

INTRODUCCIÓN

Dada la trascendencia jurídica, económica y social del Registro de la Propiedad Raíz, el Derecho Registral no puede ser un tema ajeno a nuestras aulas universitarias, ni menos a nuestros jueces y a quienes deban proponer o discutir eventuales reformas destinadas a perfeccionar nuestro sistema inmobiliario; más aún, si éste ha proporcionado enormes beneficios al país. La inserción de los inmuebles al mercado formal y su comercialización segura es consecuencia directa de la escritura pública inscrita en el Registro, dentro de un sistema de seguridad jurídica preventiva. Las mismas razones, también, son las que justifican fortalecer el principio de legalidad notarial y la seguridad en el otorgamiento de las escrituras públicas¹, ya que éstas constituyen la antesala del Registro.

¹ A este respecto resulta interesante e ilustrativo recordar algunos pasajes de un artículo que escribiera don Andrés Bello López, en 1836, en el *“El Araucano”*: *“Es el escribano el sujeto que extiende los contratos, i que, si no tiene mucho cuidado en el ejercicio de esta delicada función, puede todos los días causar males irreparables, por falta de lo que debe saber para estar advertido i advertido a los contratantes, (...)”*.

“Sobre todo, es el escribano el depositario de la confianza pública. En sus protocolos, conserva cuanto pueda considerarse preciso para hacer efectivo el cumplimiento de los pactos i de las otras disposiciones de los hombres; (...)”.

Las funciones notarial y registral son complementarias, pero distintas. La primera se manifiesta principalmente a través de la escritura pública; en cambio, la segunda lo hace a través de la inscripción. En este sentido José Manuel García García agrega que, “en el fondo,

“Sobre las calidades ya apuntadas, debería desearse que hubiesen de ser admitidos al oficio de escribanos, después de haber pasado por una prueba seria de su calidad i conducta, fuesen hombres de mediana fortuna, i radicados en el país por medio de alguna propiedad inmueble, porque estas circunstancias hacen al hombre mas dedicado al cumplimiento de sus obligaciones, más adherido a su estimación, más temeroso de contrarios resultados, i son por lo mismo una garantía que asegura a la persona”.

“Es, pues, preciso, que los que se dedican a la profesión de escribanos, tengan de qué vivir independientes de ella, para que se consideren, en cuanto es dable, libre de los asaltos que puedan hacer a su debilidad los cohechos, los servicios i obsequios, por los cuales, o falten gravemente a la fe, o tengan al menos consideraciones i condescendencias, que en ellos las mas veces deben ser absolutamente prohibidos”.

“Los escribanos bien educados, son suficiente fortuna, i con la instrucción bastante, deberían además tener muy marcada su responsabilidad, i ésta asegurada de manera que en ningún caso dejase de hacerse efectiva”.

“Suelen los escribanos mandar recoger firmas con sus oficiales, i éstos llevan el registro. Prescindiendo que solo en un caso de imposibilidad puede tolerarse el que no se concurra a las escribanías a firmar, el escribano, i no otro, debe llevar su registro en casos semejantes, para evitar los abusos que de lo contrario pueden cometerse i que la experiencia desgraciadamente nos ha acreditado que no son imposibles”.

“Por último, recomendamos la necesidad de que los tribunales se ocupen en considerar los aranceles de derechos, i que fijen uno con toda claridad i especificación, obligando a los escribanos a tenerlo a la vista del público en sus oficios, como es de lei, para que se eviten cobranzas indebidas, o sospechas de que se han hecho de este modo” (Amunátegui, M; “Escribanos”; en Obras completas de don Andrés Bello; volumen IX; Opúsculos jurídicos; edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública; impreso por Pedro G. Ramírez; Santiago de Chile; 1885; p.p. 174 a 177, 184 y 189).

la cuestión es sencilla, a través de las inscripciones, se manifiesta el Poder del Estado, que quiere que un funcionario público independiente e imparcial controle los requisitos de los documentos antes de su inscripción, y ello por los fuertes efectos que le atribuye a las inscripciones, cosa que nada tiene que ver con la libertad contractual en el ámbito de los negocios jurídicos y de la forma y prueba.

El notario está sujeto a un régimen de relación con los clientes y, además, actúa en régimen de libre competencia con otros notarios”².

La bondad de un sistema registral se basa, precisamente, en la seguridad que proporciona la inscripción, permitiendo desplegar el máximo de potencialidades que las titularidades jurídico reales pueden brindar.

En el caso del Derecho Registral Inmobiliario chileno, su estudio, además, contribuye a poner las cosas en su justo lugar respecto del sistema de origen romano de transferencia “*inter vivos*” del dominio y constitución de otros derechos reales inmuebles, el cual, a nivel del derecho comparado suele ser satanizado, sin percibirse que las críticas, más bien, podrían atribuirse a la falta de innovación o timidez de aquellos legisladores que establecieron las bases de más de algún sistema registral comparado u otras razones respecto de las cuales no nos corresponde pronunciarnos³. En todo caso, ello

² García, J.; “*José Manuel García García*”; en Registradores de España; n° 54; marzo - abril de 2010; Colegio de Registradores; Madrid; p.p. 48 y 49.

³ Incluso, hubo legisladores del siglo XIX que fueron totalmente escépticos respecto de la utilidad de la legislación registral. Así lo confirma, por ejemplo, el profesor argentino Jorge Horacio Alterini al citar las siguientes palabras de Dalmacio Vélez Sarfield: “*Para dar cumplimiento a leyes de esta importancia, se han dictado reglamentos más prolijos, se ha hecho un verdadero código del que nacerán más cuestiones que las que por esas leyes y reglamentos se han querido evitar. Basta ver la ley hipotecaria de España, los reglamentos que la acompañan, las explicaciones y comentarios que lleva, para comprender las*

podría conducir a que en algún sistema en que se pretenda proteger a ultranza al tercer adquirente, lo cual siempre tiene fisuras, se haga en base a una estructura jurídica no del todo coherente. Esta es la razón porque en el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral realizado en Lima - Perú entre los días 11 y 14 de octubre de 2010, cuando nos correspondió moderar el primer panel, hicimos mención parte en broma y parte en serio a lo que llamamos la “*inscripción mágica*”, la cual podría ser la envidia del más famoso ilusionista, ya que entra al Registro una cosa y, de manera instantánea, aparece otra, es decir, un no dueño se transforma de inmediato en dueño, pudiendo prevalecer así una verdad formal por sobre la realidad. En definitiva, puede terminar peligrosamente fundándose el Registro en la apariencia.

Para que quede claro lo que hemos intentado explicar: no vemos coherencia en la construcción de aquellos sistemas jurídicos de inscripción declarativa que consagran el principio de fe pública registral. Dogmáticamente, se trata de un verdadero aterrizaje de emergencia, es decir, forzoso.

dificultades a que dará ocasión todos los días” (Cornejo, A.; Derecho Registral; Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma; Buenos Aires - Argentina; 1994; p. VII). La hipoteca constituyó la excepción. El legislador argentino, recién en 1968, “estableció el sistema de publicidad e inscripción registral por intermedio de la sanción de la ley 17.801, que tuvo como fuente directa casi en un tercio de su normativa la ley hipotecaria española y a las leyes federales de la provincia de Buenos Aires y de la Capital Federal”. “Pero a poco menos de 10 años de la sanción del Código Civil en el año 1869, con idas y vueltas, las provincias argentinas fueron estableciendo sus propios registros provinciales, a partir de la necesidad social de dar certeza y seguridad sobre el estado jurídico de los inmuebles y de las personas” (Bianchi, J. - Martini, L. - Stachiotti, F.; “El principio de prioridad en la República Argentina”; en Cuadernos Carlos Hernández Crespo; Centro de Estudios Registrales del Decanato Autonomo de Madrid - España; 2010; enero - marzo; n° 25; p. 74).

Nuestro sistema registral, aunque suene extraño, es de fuerte tradición romana (título y modo de adquirir), pero, también, con gran influencia alemana; es decir, estamos en presencia de una mixtura de dos sistemas jurídicos, sumado a los rasgos originales que presenta nuestro Código Civil a propósito de diversas materias.

Las bases de la moderna legislación registral son coetáneas con la codificación, por lo que no se debe perder de vista la siguiente afirmación del profesor chileno Bernardino Bravo Lira: *“la codificación gira en torno al utrumque ius, del que no logra desprenderse. Es cierto que tiene un sustrato común en la cultura jurídica romano - canónica en la que están formados los codificadores, pero no lo es menos que su punto de partida está en la nueva noción de código de la Ilustración”*. Según este mismo autor, *“entre los trabajos de codificación en los distintos países hay una estrecha vinculación, que la investigación rastrea penosamente. Como fondo común está el Derecho romano, que enseñaron los más destacados codificadores, como von Martini, Zeiller y Bello, en el que se formaron todos”*⁴.

En el caso de la influencia alemana, ésta aparece expresamente reconocida en el Párrafo XXIII del Mensaje del Código Civil: *“La institución de la que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia”*.

⁴ Bravo, B.; *“Puntales de la codificación en el Viejo y en el Nuevo Mundo (1797-1855) Tres grandes modelos: Von Martini en Austria, Portalis en Francia y Bello en Chile”*; en El Código Civil de Chile (1855 - 2005). Trabajos efectuados en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación (Santiago, 3 - 6 de octubre de 2005; Alejandro Guzmán Brito (editor científico); LexisNexis; Santiago - Chile; 2007; 1ª edición; p.p. 104 y 105.

En un principio, la inscripción chilena no sería garantía del dominio, toda vez que dejó subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse consecuentemente por la prescripción adquisitiva (usucapión). Desde esta perspectiva es que hay quienes atribuyen a nuestra inscripción un efecto declarativo; sin embargo, nos parece que estas opiniones confunden, al menos desde un punto de vista estrictamente dogmático, el principio de inscripción con los efectos de la publicidad registral material.

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

Las mismas razones explican por qué el legislador utilizó la protección posesoria para amparar el dominio y, por motivos de indudable seguridad jurídica, lo extremó en el caso de los inmuebles, estableciendo una ficción de posesión a través de la inscripción reforzada por una presunción general de dominio en el artículo 700 inciso 2° del Código Civil.

Resulta indiscutible que la inscripción es el principal y más eficiente mecanismo utilizado por todas las legislaciones modernas para proteger la propiedad inmobiliaria, lo que es sencillo de explicarse si se atiende a la innegable vocación registral de los derechos reales inmuebles. Actualmente, se torna imposible concebir la pro-

piedad inmobiliaria sin el Registro. Por lo mismo es que podemos afirmar que una de las más importantes contribuciones de nuestro Código Civil, promulgado el 14 de diciembre de 1855, fue el establecimiento del sistema registral inmobiliario, colocando a nuestro país a la vanguardia de las legislaciones del siglo XIX.

No obstante la concepción original, el legislador nacional, a través de la construcción de un sistema muy afinado y de gran coherencia normativa, lo cual a veces se pone en duda, planificó que se llegaría *“aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y dominio serían términos idénticos”* (Párrafo XXII del Mensaje del Código Civil). Luego de todo este tiempo de vigencia de nuestro sistema registral inmobiliario, parece ser que lo anterior se ha cumplido, ya que son escasos los juicios que versan sobre inmuebles no inscritos⁵.

En realidad y para ser precisos, lo que nuestro legislador civil concibió fue una inscripción de eficacia constitutiva, pero que no produce efectos convalidantes. La inscripción chilena hoy en día constituye plena prueba del dominio o de la titularidad del respectivo derecho real inmueble, lo que no obsta a que judicialmente se pueda demostrar lo contrario (presunción *“iuris tantum”*). Pretender

⁵ Patricia Ferraz, Directora de Urbanismo y Regularización Fundiaria del IRIB (Brasil), en una entrevista publicada el 2008, señalaba que *“cerca de 2/3 de los inmuebles urbanos y rurales particulares se encuentran fuera del sistema formal del registro, incluyendo entre ellos gran parte de los inmuebles públicos.*

Estas características preocupantes, todavía, son fruto de la juventud de la democracia brasileña y nosotros los registradores hemos acompañado de forma espontánea y provocado importantes alteraciones legislativas que persiguen el perfeccionamiento de nuestro sistema registral, a fin de que podamos ganar en términos de seguridad y ofrecer un servicio cada vez mejor a la población” (Periódico del XVI Congreso Internacional de Derecho Registral; 20 al 22 de mayo de 2008; Valencia - España; p. 10).

exigir al titular registral que acredite que lo que dice la inscripción es efectivo, no solo es desconocer el principio de legitimación, sino que es atentatorio al sentido común y a las reglas más elementales del *“onus probandi”*. Lo normal se presume y resulta infinitamente más probable en nuestro país que quien se encuentre amparado por una inscripción sea efectivamente el titular del respectivo derecho real. De lo contrario, se debilita el Registro y pasa a proporcionar escasa utilidad a los destinatarios de la publicidad registral.

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

Tal organización de la publicidad registral, precisamente, es lo que nos permite establecer, por una parte, su íntima vinculación con la garantía constitucional del derecho de propiedad y, por la otra, el carácter de orden público de las normas que conforman el estatuto legal del sistema registral inmobiliario.

No cabe duda alguna de que nuestro legislador civil prefirió los beneficios jurídicos, económicos y sociales que proporciona la inscripción conservatoria, en desmedro de aquella idea de que *“la tierra es para el que la trabaja”*. Por lo mismo, esta última idea tampoco puede servir de argumento jurídico de interpretación.

Podría pensarse que un defecto de nuestro sistema es la causalidad de la inscripción. Sin embargo, su construcción y coherencia permite a especialistas (analizan, además, ciertos aspectos extra registrales), en un tiempo prudente, efectuar los respectivos estudios de títulos. Por lo tanto, esta es una clara demostración empírica de que los sistemas causales, en la medida que tengan una construcción dogmáticamente sólida y coherente, además de eficientes, pueden ser justos, tanto para el verdadero titular del respectivo derecho real como para el tercer adquirente. La causalidad es otro aspecto que algunos han satanizado hablando de *“largos y costosos estudios”*, es decir, de una *“verdadera prueba diabólica o infernal de la titularidad”*, lo que es muy probable en sistemas altamente imperfectos. Al menos en Chile, parece razonable que toda reforma deba ir encaminada (salvo que se quiera introducir alguna reforma radical a nuestro sistema, tal como lo sería uno de *“bona fide”* o de titularidades inatacables bajo ciertos supuestos, lo que es perfectamente analizable), principalmente, a hacer más eficiente y seguro el estudio de los títulos, debiendo contribuir los avances tecnológicos a facilitar el acceso y el cruce de información que se requiera para ello, reduciendo considerablemente costos y tiempo. Los avances tecnológicos constituyen y constituirán un invaluable factor de fortalecimiento a los sistemas causalistas.

Es indudable que nuestro sistema, luego de más de ciento cincuenta años, requiere perfeccionamientos, algunos con bastante urgencia; entre otros, por ejemplo, el fortalecimiento de ciertos principios registrales (incluso, parece ser que algunos intentos de reforma los debilitan), la eliminación de las cargas ocultas de las servidumbres y los arrendamientos, es decir, de aquellas no inscritas, la incorporación de bases gráficas y el establecimiento de una carrera funcionaria basada en méritos objetivos y con estándares adecuados de fiscalización. Resulta francamente lamentable que todo posible cambio, normalmente, pase por la discusión de ciertos aspectos orgánicos y algunos muy

puntuales de carácter procedimental o de técnica registral (por ejemplo, la adopción del folio real como la “*gran solución o novedad*”, sin perjuicio de que lo estimamos preferible al de folio personal), es decir, de carácter cosmético; ninguno de carácter sustantivo o, bien, se suelen olvidar otros aspectos muy importantes.

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

Debemos confesar que nosotros no estamos libres del pecado anterior, según lo confirman algunos pasajes de nuestro libro es-

crito hace doce años atrás, *“Estudio de títulos de inmuebles”*⁶, más cargados a enfoques civilistas tradicionales imperantes en nuestro país. Sin embargo, luego comprendimos que algo faltaba, ya que las normas y principios registrales terminan configurando un estatuto jurídico distinto al de los bienes no sujetos a registro. Las normas registrales no necesariamente son coincidentes con las extra registrales, las cuales pueden resultar limitadas, modificadas e, incluso, derogadas por las primeras. Esta convicción se ha visto reforzada con la asistencia a cursos en el extranjero y a congresos internacionales⁷.

Esto último no debe resultar extraño, ya que pocas disciplinas jurídicas han provocado en su elaboración un estudio tan intenso del derecho comparado como el Derecho Registral Inmobiliario. Su principal, pero no única, explicación es que el derecho comparado ha servido de base a las modernas legislaciones registrales. Según Antonio Pau Pedrón, su incidencia *“no ha sido uniforme; atendiendo a ella cabría hablar de tres vías en la formación histórica de las legislaciones: en unos casos se ha desarrollado un ‘comparatismo unificador’, realizándose una síntesis de ordenamientos internos; en otros, un ‘comparatismo aproximador’, que ha tratado de armonizar los ordenamientos internos respetando su pluralidad, y en otro, por último, de un ‘comparatismo inspirador’, que ha buscado en los sistemas extranjeros un modelo para configurar el propio sistema nacional”*⁸.

⁶ Sepúlveda, M.; Estudio de títulos de inmuebles; Editorial Metropolitana; Santiago - Chile; 2002.

⁷ El XIX Congreso Internacional de Derecho Registral tendrá lugar los próximos días 27, 28 y 29 de octubre en Santiago de Chile. Su comité científico, en el cual nos honra participar, es merecidamente presidido por el Conservador de Bienes Raíces de Santiago y Presidente Honorario de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, don Edmundo Rojas García.

⁸ Pau, A.; La publicidad registral; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid; 2001; p.p. 13 y 14.

Nosotros hemos seguido más de cerca los comentarios de la doctrina española, no solo porque es la que más hemos estudiado, sino, también, porque ha tenido un desarrollo notable y permanente.

Por otra parte, debemos hacer presente que, actualmente, se encuentran en trámite legislativo dos proyectos de ley que incorporan diversas modificaciones al sistema notarial y registral. El primero tuvo su origen en el Mensaje Presidencial N° 171 - 360, de 3 de octubre de 2012 (Boletín N° 8.673 - 07) y, el segundo, en el Mensaje Presidencial N° 176 - 361, de 6 de agosto de 2013 (Boletín N° 9.059 - 07). Sin embargo, no entraremos en su análisis, puesto que no sabemos cuál será su destino final. Nuestros comentarios y observaciones, especialmente al primer proyecto, fueron formulados en una sesión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Honorable Cámara de Diputados, a la cual fuimos invitados a exponer.

Finalmente, queremos aclarar que con el título de esta obra, "*Teoría general del Derecho Registral Inmobiliario*", no hemos pretendido ser presuntuosos. Nuestro único afán es contribuir a la difusión y enseñanza del Derecho Registral Inmobiliario en nuestro país, y a sentar algunas bases para la elaboración de una teoría general, incluso, si fuere necesario, desde la crítica a nuestro trabajo.

Santiago de Chile, 21 de mayo de 2014