Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Año I Mayo de 1934

Revista de Derecho

SUMARIO:

Editorial. *Un acto significativo*

Alfredo Larenas *Los Juicios de Dominio (Continuación)*

Agustín Spotke V. *El Derecho Mercantil* I

Jesús H. Paz (hijo) *El derecho sucesorio de los cónyuges en la Legislación Argentina*

JURISPRUDENCIA.—

De las facultades de los defensores de menores en el ejercicio de su ministerio.

Sobre resolución de contrato.

Aplicación de la pena de muerte.

Interpretación del Art. 3.º del Código de Minas.

No procede el recurso de queja por la interpretación que el Juez haga de la Ley.

NOTAS UNIVERSITARIAS

NOTAS AL MARJEN

LEYES Y DECRETOS

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION - Chile

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Alfredo Larenas

Los juicios de dominio

Subsiste en nuestro derecho la acción publiciana

(CONTINUACION)

I

NOCION la mas sencilla la del dominio, y concepto el más simple el de los derechos reales, que no exige conocimientos preliminares muy extensos, en los casos que la práctica presenta de contestación o impugnación del derecho de propiedad, los juicios que al respecto se promueven en nuestro país presentan no obstante complicaciones y dificultades que contradicen aquellos principios sencillos sobre que descansa el concepto del derecho real y la institución misma de la propiedad; dificultades y complicaciones todas ellas que tienen su fundamento en diversos factores que nos proponemos dilucidar en estas breves notas.

Al acometer esta tarea nos proponemos llevar a efecto, en obsequio a nuestros estudiantes de Derecho principalmente, lo que insinuábamos en el anterior número de esta Revista, en or-

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

den a las acciones judiciales y a la necesidad de dedicar más atención a su estudio dentro de los programas vigentes en nuestra enseñanza universitaria.

No con el propósito de hacer un reproche a nadie, que manifiestamente no lo merecen los miembros del Foro, formados en una Escuela deficiente al respecto, es necesario decirlo bien en alto: en nuestros tribunales, (y me refiero a todos los de la República), se pleitea muy ociosamente en un gran número de casos, por causa de falta de análisis adecuado del caso a plantear, vale decir, por no estudiarse bien la procedencia de las acciones judiciales que en un caso dado corresponde entablar.

Y esto que es explicable en materia de obligaciones o de relaciones jurídicas derivadas del deredho sucesorio, asuntos de suyo muy complicados que exigen conocimientos preliminares indispensables, ocurre aun cuando se trata de casos, en principio tan sencillos, como son los relacionados con litigios sobre la propiedad.

Los anales de nuestros tribunales, — de que son ecos vivos las publicaciones en que se mandan insertar sus decisiones más importantes, y la Revista de altos estudios en que se publican juntos con los fallos del tribunal de casación, interesantes trabajos de nuestros más eminentes juristas,— acusan variados casos en que sentencias sobre juicios relacionados con cuestiones de dominio han requerido dilucidación larga y engorrosa y han exigido de parte de los magistrados estudios acuciosos y más o menos profundos, traducidos en los fundamentos de los respectivos fallos.

Naturalmente, en muchos de los casos sometidos a la decisión judicial, en que litigándose sólo sobre la propiedad se han presentado dificultades graves para exclarecerlos, la complicación procede no de la manera más o menos errada como se ha planteado el pleito, cuanto tal complexidad se deriva de factores que dicen relación con nuestro sistema sobre la constitución de los derechos inmobiliarios no suficientemente garantidos con el Registro del Conservador de Bienes Raíces tal cual está organizado en nuestro país.

Pero no pocos casos de dificultades en los fallos, así de

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dominio como de otras materias, —también hay que decirlo, no por vía de reproche cuanto con fin de amable reconvención dirigida a la enmienda de los rumbos hasta aquí seguidos,— no pocos de tales casos, decimos, se deben a un factor lamentable: al mal planteamiento de la demanda muchas veces, a la mala organización de la defensa del demandado otras, a la confluencia de ambas deficiencias en no pocas ocasiones. Todos los funcionarios judiciales que tienen alguna experiencia en la materia, no podrán menos de confirmar nuestro aserto en el sentido de que los fallos que más vigilias y esfuerzos les han costado, no han sido ni con mucho los que han debido expedir con motivo de cuestiones de suyo graves sometidos a su decisión, cuanto de pleitos que se promueven o defienden más o menos ligeramente, sin madurar bien las peticiones o defensas principales o incidentales que procede hacer. Acaso la trascendencia de la cuestión, puesta en evidencia por la práctica diaria, aconsejan acometer en nuestra legislación procesal una reforma que permitiera a los jueces, procediendo de oficio, enmendar oportunamente los rumbos errados y prevenir de esta suerte las dificultades, no pocas veces insolubles, que en definitiva al pronunciar sentencias sueles presentárseles.

II

Pero, volviendo al objeto principal perseguido con el presente estudio, que es el de exclarecer algunos puntos relacionados con las acciones procedentes en resguardo o protección del derecho de propiedad, debemos recordar algo de lo que ya significamos en nuestro anterior artículo. Manifestamos entonces que, entre las más diversas acepciones que se han asignado y se asignan hoy a la palabra "acción", en el lenguaje técnico del derecho la más adecuada es aquella según la cual tal palabra expresa una facultad que se deriva de la ley para acudir a la vía judicial en protección de un derecho discutido y prefijado en la misma ley.

Como se vé, aparece en contradicción este concepto con el que surge de observar el interesantísimo proceso de la forma-

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción del derecho romano. En efecto, en Roma la acción jugó un papel que hacía aparecer como sinónimas las palabras "derecho" y "acción"; lo cual se explica por el carácter conservador de aquella legislación, al par que por la necesidad en que se encontraron frecuentemente los romanos de preveer al natural desarrollo de sus instituciones jurídicas exigido por el progreso de los tiempos. No sólo el pretor, sino también los jurisconsultos y los emperadores, atendiendo a tal necesidad, llenaban los vacíos de la legislación, creando acciones nuevas, con lo cual atribuían carácter de derecho a relaciones que no lo habían tenido hasta entonces; y eran de tal suerte sinónimas en la práctica las palabras "acción" y "derecho" que, según afirma el gran romanista belga Maynz, en la mayor parte de los casos, cuando se trataba de determinar la naturaleza de una relación cualquiera, los jurisconsultos romanos no preguntaban cuál era el derecho que resultaba, sino más bien cuál es la acción que se podía ejercitar. Vestigio de aquella tradición romanista es sin duda la costumbre tan generalizada hoy en día de calificar la acción como "el derecho en ejercicio"; definición ésta, como otras similares, que no resultan exactas, porque aparecen en confusa compañía la acción con el derecho que ella garantiza. La acción constituye en realidad un elemento distinto, el accesorio de un derecho que supone y que engendra precisamente la acción. En otros términos, según la expresión de Manresa, la acción es la sanción del derecho, su arma defensiva, y no nace ciertamente el derecho de la acción, sino la acción del derecho.

Según Pothier, derecho y acción son dos palabras diferentes, que se aplican a un bien único, la cosa corporal e incorporal que es o puede ser objeto de una reclamación judicial; la primera palabra se emplea para indicar de preferencia "la relación jurídica en estado de paz"; la segunda se usa para marcar "la sanción de la violación intentada o consumada, el estado de lucha por el respeto de esa relación jurídica perturbada".

III

Recordadas estas indispensables nociones, llega lo oportu-

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nidad de considerar sucesivamente cuáles son las acciones que protegen el derecho de propiedad en nuestro derecho positivo, si subsiste en el derecho moderno, y especialmente en el nuestro, la Acción Publicana del Derecho Romano, y finalmente si cabe acumulación de las acciones.

Después de describir el Art. 889 de nuestro Código Civil la *reivindicación* o *acción de dominio,* señalando los requisitos que le dan nacimiento, y después que el Art. 893 otorga, en primer término, tal acción al dueño de una cosa, cualquiera que sea la naturaleza de su derecho de propiedad, dice textualmente el Art. 894:

"Se concede la misma acción aunque no se pruebe dominio, *al que ha perdido la posesión regular* de la cosa y *se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción*".

Como se vé, el precepto legal de nuestro Código es muy claro y preciso, en el sentido de mantener en nuestro derecho la propia acción publiciana de los romanos.

Pero para dejar establecida esta conclusión, sin lugar a duda, vamos a estudiar brevemente cómo surgió en el Derecho Romano la *Publiciana in re actio*.

IV

Vale recordar a este respecto que el *jus civile* sólo concedía la *reivindication* al propietario *ex - jure - quiritium* y, lo era tal el que había adquirido la cosa por los modos solemnes de la *mancipatio,* la *in jure cessio* y la *usucapio*. En tales circunstancias, cuando una persona estaba en vía de usucapir una cosa, de la cual llegaba a perder la posesión, no podía ejercitar la *rei - vindicatio* para hacérsela restituir, aunque manifiestamente su situación era digna de interés, toda vez que el derecho civil le habría de reconocer, después de terminado el plazo de la usucapión, su cualidad de propietario.

Un pretor desconocido, llamado Publio o Publicio, tuvo la iniciativa de crear una acción *in rem* ficticia, según la cual el juez debía estatuir sobre la pretensión del demandante, *como si*

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la usucapión se hubiese cumplido. Consiste la ficción en que el demandante es tratado como si hubiese cumplido el tiempo señalado por la ley para ganar la cosa por usucapión.

Los autores están, contestes en que es difícil determinar para qué caso el edicto del pretor ofrecía primero la acción publiciana y si contenía una sola fórmula, o dos diferentes, una de ellas para el propietario bonitario y la otra para el poseedor de buena fé. En todo caso, no tiene importancia averiguarlo, porque lo cierto es que en el siglo I de nuestra Era estaba ya acordada tal acción: 1.º) al propietario bonitario y 2.º) al poseedor que hubiere recibido tradición de una cosa en virtud de un justo título y de buena fé de alguna persona que no fuere propietario.

No hace al caso detenerse en la hipótesis del propietario bonitario, ya que la propiedad *in bonis* desapareció por completo bajo Justiniano; debiendo por lo tanto limitarnos a considerar el caso, tanto más interesante cuanto que ha trascendido al derecho moderno, del poseedor de buena fé.

Era, como hemos dicho, "la publiciana" una acción útil creada por analogía con la reivindicatoria, que contenía la ficción, según la cual se consideraba al demandante como habiendo cumplido la usucapión que sólo había empezado. Se concedía en tesis general a quien estaba desposeído, contra todo poseedor; pero para poder ser ejercitado, era necesario que el demandante hubiera estado antes de la pérdida de la posesión, en vías de usucapir, siendo necesario que el demandante hubiese poseído la cosa aunque no fuese más que un instante.

Aunque esta *rei - vindicatio* ficticia producía los mismos efectos que la propia acción de dominio, sin embargo el demandado no perdía el proceso en todos los casos que el demandante justificase su pretensión de haber poseído *ad usucapionem*. Podía ocurrir que el demandado tuviere un título superior y la equidad exigía entonces que se quedara con la cosa reivindicada. Para precisar los casos en que vencía el demandante había que distinguir tres casos: 1.º) Cuando el demandado fuere el mismo el propietario, el adquirente desposeído por aquél, no triunfaría ejercitando la publiciana, en razón de que el derecho del posee-

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dor de buena fé, aun mereciendo mucho favor, no puede triuntar sobre el del propietario; 2.º) Cuando el demandado fuese un poseedor de mala fé, en cuyo caso no era dudosa la victoria del demandante, porque la acción publiciana fué precisamente creada para proteger al poseedor que tiene justo título y buena fé contra los usurpadores; y 3.º) Cuando el demandado fuere un poseedor que está él de la misma manera *in causa usucapiendi*, o sea, hallándose ambos en situación de usucapir y siendo ambos poseedores de buena fé, en cuyo caso, en último término, el hecho actual de la posesión determina la victoria. Lo que implica decir que no puede dirigirse la acción en contra de un poseedor que ha adquirido la posesión en las mismas condiciones que el demandante, ya que éste tendría igual derecho a prevalerse de la acción.

V

Antes de abordar la cuestión relacionada con la subsistencia en el derecho chileno de la acción publiciana, tal y cual fué formulada en el romano, hecho que, nos parece, no puede tenerse en duda, es intersante referirse a la controversia suscitada entre autores franceses y muchos españoles por una parte, y los juristas italianos en su mayor parte, sobre sí a más de la reivindicatoria, se admite en el Derecho moderno, la acción publiciana.

Los que sostienen que no puede ser desconocida en el Derecho moderno la acción ficticia y útil que era la publiciana, manifiestan que no es posible dejar sin una defensa real, sin una acción petitoria, al poseedor con justo título y buena fé contra poseedores que tienen un título inferior. Y a los que objetan que las acciones ficticias no son admitidas en las modernas concepciones jurídicas, se les replica que no se trata propiamente de una *fictio pratoria*, sino de una tutela del derecho de posesión basada en el mejor título que frente al demandado poseedor legítimo tenga el actor, antes poseedor también con justo título y buena fé.

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Principalmente los autores que, como el español Manresa, sostienen la naturaleza de derecho, y aún de un verdadero derecho real, que tiene la posesión, afirman enfáticamente la existencia en el Derecho peninsular de la acción publiciana. Confiesa Manresa que no hay, en realidad, un texto legal claro en que apoyar la existencia de tal acción en el poseedor; pero al mismo tiempo sostiene que no se puede por menos de reconocer que existe el derecho que la llamada acción publiciana debe proteger, concluyendo que donde hay un derecho, no puede menos de existir una acción.

Pero aunque no haya en la legislación española, lo mismo que en la francesa, texto legal alguno que de un modo expreso hable de tal acción, la generalidad de los autores de ambos países admiten la publiciana. En su concepto, basta que exista el derecho que esa acción debe proteger; no es necesaria ninguna declaración especial del Código Civil.

En opinión de destacados juristas italianos, por el contrario, la tentativa de resucitar en el derecho positivo del país, la publiciana no puede decirse que haya tenido éxito. Allí se opondría a tal finalidad, por un lado el silencio del Código, y por otro, el precepto del artículo 439 que concede sólo al propietario la *reivindicatio*. Según su sentir, cuando el derecho de dominio del actor no resulta probado, la reivindicación no procede.

V I

La discusión doctrinal sostenida por tratadistas franceses y españoles, frente a los italianos y que se plantea principalmente en el terreno de los principios, no ofrece en nuestro Derecho positivo materia para discusión alguna. Nuestro Código Civil tiene al respecto, como antes lo hemos dicho, un precepto claro, el del artículo 894, texto legal que señala una de las ventajas de la posesión regular, la cual aparece protegida no sólo por las acciones posesorias, sino por una acción petitoria, análoga a la reivindicación: la propia acción publiciana del Derecho Romano.

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El conocido tenor del artículo 894 no puede ser más explícito: se concede la acción reivindicatoria aunque no se pruebe dominio; se le otorga al poseedor regular que ha perdido la posesión; se le concede al poseedor que se halla en el caso de poder ganar la cosa por prescripción, o como se decía en el Derecho Romano "al poseedor que perdió la posesión antes de usucapir como si la usucapión se hubiese cumplido antes de perder la posesión", y finalmente, no se dá sino contra el poseedor que tenga un título inferior al del reivindicante.

Los términos de nuestra ley no pueden ser, pues, más precisos en el sentido de mantener los principios que regían la acción publiciana. Y como si todo lo dicho fuera poco, en las notas puestas por el sabio redactor de nuestro Código Civil al proyecto de 1853, que indican las fuentes de que se han tomado o los motivos en que se fundan los artículos, aparece al pie del artículo pertinente de aquel proyecto, como fuente de tal disposición legal, la acción publiciana de los Códigos Justinianeos.

Nadie, por lo demás, entre nuestros catedráticos y estudiosos, ha podido avanzar la pretensión de sostener que no subsiste en nuestra legislación la acción publiciana. Alguna discordancia ya felizmente desvanecida, sólo se ha manifestado en cuanto al alcance del artículo 894, en cuanto dice que la acción en referencia se concede "al que ha perdido la posesión regular y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción". Se pretendió, sin duda equivocadamente, que era necesario para la procedencia de la acción que se hubiera cumplido por el actor el tiempo prescrito para la prescripción y que solamente no hubiere obtenido todavía declaración judicial sobre la usucapión ganada.

Semejante opinión no sustentada ya en la actualidad, importaba sostener que en nuestro derecho existía una acción publiciana desfigurada, no basada ya en la ficción de tener por finalizado el plazo de la prescripción. En otros términos, sería lo mismo que afirmar que la acción del artículo 894 no es ficticia.

Otra grave consecuencia, relacionada con los efectos de la prescripción, se derivaba de aquella tesis, cual era, la de estimar

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que la prescripción adquisitiva o usucapión, una vez cumplida. no produce sus efectos por la concurrencia de los elementos que la constituyen sino una vez que fuera judicialmente declarada; afirmado esto contra todos los principios que nos dicen que la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberlas poseído con las condiciones legales, durante el tiempo que las leyes requieren, y que nos indican a la vez que, aunque el Juez no puede declarar de oficio la prescripción y debe ser alegada por el prescribiente, la sentencia es meramente declarativa y no hace más que constatar que se han reunido las condiciones exigidas por la ley para que se produzca la usucapión.

VII

Debemos concluir sin entrar por ahora al análisis de las complicadas cuestiones que suscita el régimen de los bienes inmuebles inscritos en nuestro país, que es admisible en nuestra legislación, según las reglas generales, la acumulación de la acción reivindicatoria del artículo 893 con la del Art. 894 que hemos dejado analizada, deduciendo subsidiariamente, la última.

El orden lógico en que debe proceder el dueño de una cosa que se pretende tal, es: 1.º) reivindicar la cosa como verdadero propietario probando o tratando de probar su derecho de dominio y el de sus causantes; 2.º) caso de comprender que no va a prosperar su acción o que le será muy difícil probar su derecho, lo que debe considerar muy atentamente, cabe que haga valer subsidiariamente el hecho de haber ganado la cosa reivindicada por prescripción, aportando al efecto los elementos probatorios del caso y alegando, por lo tanto. formalmente, en la demanda o en la réplica la prescripción adquisitiva; y 3.º) en último término y siguiendo una natural gradación descendiente. procede invocar la acción publiciana del artículo 894, en el entendido de que el reivindicante puede encontrarse en el caso por lo menos de haber empezado una prescripción útil. Todo lo dicho naturalmente no ha de aplicarse a todos los casos, sino al bien señalado de un dueño que no puede probar su derecho de dominio y que, considerado atentamente el caso, vea la posi-

Artículo: Los juicios de dominio. Subsiste en nuestro Derecho la acción publiciana (continuación)
Revista: Nº6, año I (May, 1934)
Autor: Alfredo Larenas

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bilidad de acreditar los requisitos que llevan a la prescripción, o por lo menos todos, excepción hecha del transcurso del tiempo. Pueden en efecto, presentarse casos en que sea procedente alegar la adquisición del dominio por prescripción o la procedencia de la acción publiciana separadamente consideradas.

Lo que en todo caso debe tenerse presente es que la acogida que pudiera darse en un caso a la acción publiciana en favor de un poseedor regular en contra de un poseedor con título inferior, no produce ni puede producir cosa juzgada en contra del verdadero propietario.

*
* *

Nos reservamos para otra ocasión considerar algunos otros particulares relacionados todavía con los juicios de dominio.

(CONTINUARA)