

DE LA “TRADICIÓN” Y SU DEFINICIÓN EN EL *CÓDIGO CIVIL* CHILENO. A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 670

Javier Barrientos Grandon¹

1. PRESENTACIÓN

En el párrafo XXI del *Mensaje* que precede al *Código Civil* se explica paladinamente el régimen jurídico que para la adquisición del dominio y para la constitución de otros derechos reales se adoptó en el derecho codificado chileno:

“La transferencia y transmisión del dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna”.

11

Andrés Bello enfrentó así, en sede de bienes, una empresa que no hallaba precedentes en el *Code Civil*, supuesto que el codificador francés había optado por atribuir efectos reales a los contratos, de manera que desaparecía la romana distinción entre una *iusta causa traditionis* y la *traditio*, sistema al que hoy acostumbramos describir como el de la distinción entre el “título” y el “modo de adquirir el dominio”².

El codificador chileno desde muy temprano rechazó el sistema francés y optó por el modelo romano, de manera que se conservaba en él la existencia de una *traditio* con efectos dominicales, precedida de una justa causa de tradición, ahora denominada “título”. Esta orientación ya quedaba clara en el “Primer Proyecto de Código Civil”, algún tiempo atribuido a Mariano Egaña, pues

¹ Profesor de Historia del Derecho, Universidad Diego Portales.

² Sobre este régimen en el *Código Civil* chileno y algunas discusiones tocantes a él vide GESCHE MÜLLER, Bernardo, “El contrato como modo de adquirir”, en *Revista de Derecho*, N° 41-42, Concepción, julio-diciembre, 1942, pp. 149-161; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Dificultades del efecto personal del contrato”, en *Revista de Derecho*, N° 167, Concepción, enero-diciembre, 1979, pp. 49-59.

en el libro *De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce*, el primero de los artículos de su título IV decía: “El dominio sea de la Nación, sea de los particulares, se adquiere por ocupación, accesión o tradición”³, que es el más antiguo antecedente conocido del actual artículo 588 del *Código Civil*.

En dicho contexto dogmático el codificador, desde el *Proyecto* de 1853 y hasta el actualmente vigente, inauguraba el tratamiento de la tradición con una definición de ella, contenida hoy en el inciso primero del artículo 670, cuya lectura e interpretación ha generado diversas discusiones entre los civilistas chilenos; quienes, por regla general, no han considerado especialmente el proceso dogmático de elaboración de dicha definición legal.

En este estudio se intentará examinar el citado proceso de formación de la actual definición de tradición, en el contexto dogmático dentro del cual fue situada en cuanto modo de adquirir. A la luz de tal análisis se ofrecerá una lectura de algunas de las disposiciones del título VI del libro II del *Código Civil*, que más discusiones han generado en la doctrina, para proporcionar nuevas perspectivas de interpretación con el auxilio de las viejas luces que el mismo Bello dejara en sus escritos.

2. DE LA VOZ ‘TRADICIÓN’ Y DE LOS “MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO”

12

En el contexto sistematizador, característico del movimiento codificador, la decisión dogmática de Bello iba acompañada de una cierta y determinada ordenación de las materias que debían componer el libro II del *Código Civil* y que se compendia en la misma rúbrica del título: “De los bienes”, tratados en el título I; “y de su dominio”, título II para los conceptos generales y para declarar por qué modos se adquiriría, título III para tratar de aquéllos que pertenecían a la nación, y títulos IV, V y VI para ocuparse de tres de sus modos de adquirir; “posesión”, título VII; “uso y goce”, títulos VIII, IX, X y XI desde la perspectiva de las “limitaciones del dominio” y títulos XII, XIII y XIV en cuanto a la protección y amparo del dominio, posesión uso y goce de los bienes.

Dentro de tal esquema sistematizador se consolidó la adopción de la categoría de “modos de adquirir el dominio”, cuya enumeración realizaba el inciso 1° del artículo 727 del *Proyecto* de 1853: “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte i la posesión de largo tiempo o prescripción”, con la precisión contenida en su inciso 2°: “De la adquisición de dominio por estos dos últimos medios se tratará en el libro de

³ GUZMÁN BRITO, Alejandro; ÁVILA MARTEL, Alamiro y MELO LECAROS, Luis, *El “Proyecto no completo de un Código Civil para Chile escrito por el Señor D. Mariano Egaña” (Primer Proyecto de Código Civil de Chile)*, Santiago de Chile, 1978, p. 151.

la sucesión por causa de muerte, i al fin de este Código”⁴. Esta disposición se mantuvo inalterada en el llamado *Proyecto Inédito*, y en la versión promulgada y publicada del *Código Civil*, hoy vigente, se conservó con la sola eliminación en su inciso 1° de la frase alternativa “la posesión de largo tiempo o”.

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.

Así, la citada exigencia se tradujo en que, desde el *Proyecto* de 1853 hasta la versión promulgada y publicada del *Código Civil*, el título respectivo del libro II se iniciaba con un artículo que contenía la definición de la tradición como “modo de adquirir el dominio”, a la que continuaban una serie de otros artículos para fijar su régimen en cuanto tal. Pero unas reglas tocantes a la tradición sólo dominical, naturalmente no podía el codificador hallarlas de forma organizada en las fuentes romanas, ni en las castellanas, pero sí, de alguna manera, en las obras de ciertos juristas, particularmente los de tradición jusracionalista, entre los cuales le era familiar Heineccio, si bien, como se verá, optó aquí inicialmente por seguir a Roberto José Pothier, aunque sin olvidar los contenidos del *Digesto* y de las *Siete Partidas*, insertados en un esquema predeterminado de carácter sólo dominical.

⁴ En BELLO, Andrés, *Obras Completas*, Santiago de Chile, 1932, tomo IV, p. 179.

La historia del tratamiento concreto de la tradición, en cuanto modo de adquirir el dominio, sólo es conocida a partir del *Proyecto* del año 1853, pues en él apareció dentro del libro II un título VI “De la tradición”, que abrazaba desde el artículo 806 hasta el 829⁵. En el *Proyecto* llamado *Inédito* se conservó dicho título VI, pero introduciéndose una serie de modificaciones de contenido, además de haberse realizado una sistematización de sus disposiciones, las que fueron distribuidas en tres parágrafos: el 1º “Disposiciones generales” (artículo 806 a 810 y 815 a 823); el 2º “De la tradición de las cosas corporales muebles” (artículos 824 y 825) y el 3º “De las otras especies de tradición” (artículos 826 a 829 j)⁶. Esta estructura, aunque con algunas variaciones de contenido, es la que se mantuvo en el *Código Civil* promulgado y aún vigente.

3. UN ESFUERZO ASISTEMÁTICO: EL *PROYECTO* DE 1853

En el *Proyecto* de 1853 se destinaba el título VI de su libro II a tratar “De la tradición” en los veinticuatro artículos comprendidos entre los números 806 y 829⁷. En él se advertía desde un principio el propósito del codificador de ocuparse solamente de la tradición dominical, es decir, de aquélla que podía ser calificada como “modo de adquirir el dominio” en conformidad a lo que se había declarado en el artículo 727 del mismo *Proyecto*.

3.1. De las fuentes del título VI “De la tradición” en el *Proyecto de 1853*

En la edición que si hiciera del *Proyecto* de 1853 se incluyeron notas para algunos de sus veinticuatro artículos, en las que se hacía referencia a las fuentes de algunos de ellos, además de ciertos comentarios sobre su contenido.

Eran quince los artículos que contenían indicación de eventuales fuentes, y de un examen preliminar de ellas es posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) Sólo han concurrido tres grandes fuentes a saber: el *Corpus Iuris Civilis*, las *Siete Partidas* y el *Traité de la propriété* de Roberto José Pothier.
- b) Supuesta la constatación anterior puede concluirse que Bello ha trabajado exclusivamente sobre la base de la tradición jurídica del sistema del derecho común romano.
- c) En muchas ocasiones las citadas fuentes concurrían en una misma disposición, lo cual no resulta extraño, pues todas ellas obedecían, en términos generales, a unos mismos principios que eran los de la jurisprudencia romana.

⁵ En este *Proyecto* no existen los artículos 811, 812, 813 y 814, y hay un artículo 821a.

⁶ BELLO (n. 4) tomo V, pp. 208-215.

⁷ BELLO (n. 4), tomo IV, pp. 194-199.

- d) Numéricamente la presencia de estas tres fuentes era relativamente proporcional, porque Pothier aparecía referido a propósito de ocho artículos, el *Corpus Iuris Civilis* respecto de otros seis, y las *Siete Partidas* en cinco ocasiones.
- e) En cuanto a las fuentes tomadas del *Corpus Iuris Civilis* se advertía un cierta preferencia por las extraídas del *Digesto* (en cinco artículos), ya que las remisiones al *Codex* sólo aparecían a propósito de un artículo, y a las *Instituciones* en dos casos.

La clara base de contenido romanista del título “De la tradición” en el *Proyecto* de 1853 hacía que concurrieran directamente en las disposiciones de este título cuatro orientaciones diversas: a) la de la jurisprudencia clásica romana, representada por los pasajes del *Digesto*; b) la del derecho romano de tradición justiniana, presente a través de las referencias a las *Instituciones* y al *Codex*; c) la del *ius commune* de la *glossa* manifestada en el recurso a las *Siete Partidas* y d) la tradición iusracionalista de un autor final como Roberto José Pothier.

El modo y grado de influencia de estas fuentes se examinará con cierto detenimiento en los párrafos posteriores dedicados a la sistematización del título VI del libro II del *Proyecto* y al análisis de cada una de sus disposiciones.

3.2. De la sistematización de la tradición en el Proyecto de 1853

Queda dicho que en el *Proyecto* de 1853 el título VI “De la tradición” destinaba veinticuatro artículos a tratar de ella, sin que fueran agrupados en párrafos diversos, como acabó haciéndose a partir del llamado *Proyecto Inédito*, en el que se distribuyeron los artículos pertinentes en tres secciones.

Sin perjuicio de la inexistencia de párrafos en el título VI era posible apreciar en la ordenación de su articulado una cierta sistematización, presidida por la idea rectora de ocuparse en él solamente de la tradición de efectos dominicales. Esta idea matriz quedaba en evidencia, no sólo porque el mismo título era inaugurado por una definición legal de la tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio” (art. 806) sino, también, porque en los restantes veintitrés artículos no había uno solo de ellos siquiera destinado a tratar de la tradición no dominical, concretamente, de aquélla de solos efectos posesorios, de la que el codificador se ocupaba en el título VII “De la posesión” (arts. 835, 836, 841).

En cuanto a la sistematización del título VI del libro II del *Proyecto* de 1853, en él se advertía el tratamiento de seis grandes temas, cuya coherencia externa no resultaba del todo lograda:

- a) Definición de la tradición como “modo de adquirir el dominio” (art. 806).
- b) De cuándo la tradición se entiende realizada por el dueño (arts. 807 y 808).
- c) De los “requisitos” para que la “tradición” opere la “translación del dominio” (arts. 809 a 821): 1) voluntad del que tiene facultad de enajenarla como dueño o como su representante (art. 810 a 813); 2) consentimiento de quien

recibe la cosa (art. 814); 3) “título traslativo de dominio” (art. 815); 4) ausencia de error (arts. 816 a 819); 5) solemnidades en los casos en que la ley lo prescribe (art. 820); 6) pago o seguridad del pago en la tradición precedida de compraventa (art. 821).

- d) De las formas de “tradición” (arts. 822 a 826).
- e) De los efectos de la tradición (art. 827).
- f) De la “tradición” de las cosas incorpóreas (arts. 828 y 829).

El referido intento sistematizador era relativamente novedoso, si bien era posible observar que en él había influido de manera notoria el modelo de las *Instituciones de Justiniano*, en esta parte fieles a la exposición de Gayo, el cual, por lo demás, también había dejado sentir su peso en las *Siete Partidas* alfonsinas y, en menor medida, en la obra de Pothier.

Las *Instituciones* de Justiniano se ocupaban de la *traditio* en seis pasajes (2.1.40-45), que, si son sometidos a anatomía, ofrecen la siguiente “sistematización”:

- a) De la tradición en cuanto por ella se adquieren las cosas (2.1.40 i. pr. *res nobis acquiruntur*).
- b) De los “requisitos” de la tradición: 1) tradición realizada por el dueño (2.1.40); 2) de las causas de tradición (2.1.41 i. pr.); 3) de la tradición subsecuente a la compraventa (2.1.41 *in fine*); 4) de la voluntad del dueño o de su representante (2.1.42-43).
- c) De las “formas” de tradición (2.1.44-45).

16

El modelo de las *Instituciones* de Justiniano era bien conocido de Andrés Bello, sobre todo a través de las *Instituciones* de Heinecio, que fueron la base de sus propias *Instituciones de Derecho Romano*, en las cuales se apreciaba una sistematización de la tradición algo más alejada de la ordenación gayano-justiniana y más cercana a la adoptada en el *Proyecto* de 1853. En efecto, allí el tratamiento de materias era el siguiente⁸:

- a) Definición de la tradición como “modo de adquirir”.
- b) De las “especies” de tradición: “verdadera” o “figurada”.
- c) “Requisitos” para que “la tradición transfiera el dominio”: 1) “que la cosa no esté poseída por otro”; 2) “debe hacerse la entrega por alguna causa o título”; 3) quien “enajena la cosa debe tener facultad para hacerlo”; 4) “la causa o título debe ser lícito o traslativo de dominio”.
- d) De la “tradición” de las cosas incorpóreas.
- e) De la tradición precedida de compraventa.

En las *Siete Partidas*, de su lado, la sistematización de esta materia era más difícil de apreciar, supuesto que se trataba de ella en dos sedes diversas (3.28.46 y 47, y 3.30), pero, en todo caso, se conservaba una cierta estructura que remitía al modelo unitario gayano-justiniano:

- a) De la noción de “apoderamiento” (tradición) (Sp. 3.28.46i. pr.).

⁸ BELLO, Andrés, *Derecho Romano*, en *Obras completas*, Caracas, 1981, tomo XVII, pp. 55-56.

- b) De los “requisitos” de la tradición dominical: 1) causa de la tradición (“de-
recha razón” SP. 3.28.46); 2) hecha por el dueño o por alguien a su manda-
do (SP. 3.28.46).
- c) De la tradición precedida de compraventa (SP. 3.28.46 *in fine*).
- d) De las formas de tradición (SP. 3.28.47) expresamente de la “*brevi manu*” y
por “todas aquellas razones, o maneras, que pasa la tenencia de las cosas
de los unos omes a los otros, maguer no sean apoderados corporalmente,
segun dize en el Título que fabla de la manera en que puede ome ganar, o
perder la tenencia de las cosas”. Dicho título era el 30 de la mima tercera
Partida, en la que se trataba de la tradición “*per clavium*” (3.30.7), “*littera*”
(3.30.8), “*constitutum*” (3.30.9).

Finalmente, la sistematización de Pothier en su *Traité du droit de domaine de propriété* era diversa de las anteriores, aunque siempre a la sombra de su mode-
lo romano⁹:

- a) Qué sea la tradición, definida como “traslación de la posesión de una cosa”
(nr. 194).
- b) De las “diferentes especies de tradición” (nrs. 195-217).
- c) “De las condiciones requeridas para hacer pasar el dominio a aquel a quien
se hace la tradición”: 1) que sea hecha por el propietario o con la voluntad
de él (nrs. 219-224); 2) que quien hace la tradición sea capaz de enajenar
(nr. 225-227); 3) que la tradición se haga en virtud de un título verdadero o,
al menos, putativo (nrs. 228-230); 4) el consentimiento de las partes (nrs.
231-238); 5) condición particular del pago o seguridad del pago en la tradi-
ción precedida de compraventa (nrs. 239-242).
- d) Del efecto de la tradición (nrs. 243-244).

La comparación de las fuentes referidas en el *Proyecto* de 1853, desde la
perspectiva de la ordenación sistemática del contenido del título VI, permite
extraer una serie de conclusiones en cuanto a la forma de trabajo del codificador,
a las concepciones que estaban detrás de ellas, y al grado y sectores de influen-
cia de cada una de las mismas en la disciplina dogmática de la tradición en el
derecho civil chileno:

- a) Bello no seguía un modelo ordenador preexistente, sino que elaboraba uno
propio sobre la base de todas las fuentes que tenía a la vista en esta *sedes
materiae*, las que, a su vez, con mayor o menor lejanía, se hallaban influidas
por el tratamiento gayano-justiniano.
- b) La apertura del título con una definición de la tradición dominical, es decir,
en cuanto modo de adquirir el dominio, resultaba decisivamente influida
por *Siete Partidas* 2.28.46, invocada expresamente como fuente del artículo
806, pero a la vez, como esta ley alfonsina tenía como fuente directa a las

⁹ POTHIER, Roberto José, *Oeuvres*, Paris, 1821, tomo X: *Traité du droit de domaine de propriété*,
nr. 194-244, pp. 110-137.

Instituciones 2.1.40, acababa siendo el modelo gayano-justiniano el que perduraba, naturalmente también coincidente con la ordenación que seguían las *Instituciones* del mismo Bello, fundadas en las de Heinecio. Aunque Pothier también inauguraba el tratamiento de la tradición con su definición, pero como ella era de naturaleza posesoria, su influencia resultaba sólo de lugar sistemático y no de carácter dogmático.

- c) La posición del segundo núcleo, que resultaba algo incoherente, dedicado al tratamiento de cuándo había de entenderse realizada la tradición por el dueño (art. 807), esto es, cuando la realizaba él mismo o por alguien autorizado por él o por la justicia, venía también determinada por *Siete Partidas* 2.28.47, invocada expresamente como fuente del citado artículo del *Proyecto*. Mientras que la disposición del artículo 808, que trataba de la tradición realizada por un no dueño que luego llegaba a serlo o por el representante de un no dueño, resultaba de haber sido arrastrada por Bello a tal posición debido a su propósito de sólo tratar de la tradición dominical y a su vinculación con el artículo precedente.
- d) De su lado, la posición del tercer núcleo dogmático tocante a los “requisitos” de la tradición dominical, también venía determinada por el modelo gayano-justiniano (*Inst.* 2.1.40-43) y por el de las *Siete Partidas* (3.28.46), que lo seguían. No asumía aquí Bello el modelo de sus *Instituciones*, en las que primero se ocupaba de las “especies” de tradición, supuesto que tal materia no debía resultarle coherente de ser tratada antes de precisar las condiciones requeridas para que hubiera tradición dominical y, por la misma razón, tampoco asumía en esto el modelo ordenador de Pothier.

Por su parte, en la ordenación de los referidos requisitos también su modelo era personal, aunque se advertía la matriz de la ordenación de Pothier, modificada y complementada por las *Siete Partidas* y las mismas *Instituciones* de Bello.

- e) La posición del cuarto núcleo dogmático referido a las “formas” de tradición seguía el modelo de las *Instituciones* gayano-justinianas y, consecuentemente, el de las *Siete Partidas*, apartándose de la ordenación de las *Instituciones* de Bello y del *Traité* de Pothier.
- f) La posición del quinto y sexto núcleo, relativos a los efectos de la tradición sujeta a condición y a la de las cosas incorporales, tomaban el lugar de reglas finales de carácter singular, que no tenían precedentes en dicho lugar en las fuentes que Bello manejaba, si bien su contenido era tratado en diversos lugares, sobre todo por Pothier.

3.3. La tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio” en el Proyecto de 1853

Una vez incluida la tradición expresamente como un “modo de adquirir el dominio” en la enumeración del artículo 727 del *Proyecto* de 1853, Bello asumía

en el título VI del libro II la tarea de tratarla exclusivamente en cuanto tal, configurándola jurídicamente, en consecuencia, como una categoría claramente definida por el efecto que el derecho le reconocía.

Con la finalidad de cumplir el propósito anterior el codificador abría el referido título “De la tradición” con una definición de ella entendida exclusivamente como “modo de adquirir el dominio”, tarea que no era nueva, pero de la cual se seguiría necesariamente la cuestión dogmática de determinar, ¿qué sucedería en aquellos casos en los cuales no se cumpliera con las exigencias o condiciones que ella debía tener en cuanto tal?, cuestión ésta que, más tarde, originaría en la civilística chilena la preocupación por desentrañar cuál era la “naturaleza jurídica” de la tradición.

3.3.1. La definición legal de la tradición dominical

El *Proyecto* de 1853, con una redacción y un contenido diversos del actual, se iniciaba en su artículo 806 con la siguiente definición: “La *tradición* es un modo de adquirir el dominio de las cosas corporales, i consiste en la entrega que una persona hace de ellas a otra, habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, i por otra la intención de adquirirlo”¹⁰.

En el mismo *Proyecto* se anotaba como fuente de esta disposición a las *Siete Partidas* 3.28.46, tratándose en este caso de una fuente ideológica, mas no influyente en la redacción de la disposición.

El examen de la definición del *Proyecto* de 1853 es singularmente interesante para comprender los principios que gobiernan el sistema de la tradición en el *Código Civil* chileno. Por ello aquí se dará un lugar especial al análisis del referido concepto, desde la perspectiva de sus fuentes y de las orientaciones que en él se recogen.

a) *La tradición es un modo de adquirir el dominio*: la primera observación que sugiere este paso inicial del artículo 806 del *Proyecto* de 1853 es que Andrés Bello ha optado, simplemente, por el uso exclusivo de la voz técnica de la jurisprudencia romana ‘tradición’ para denominar al “modo de adquirir el dominio”, con lo cual se apartaba del uso frecuente en los autores de su tiempo que la utilizaban indistintamente junto a la palabra ‘entrega’, y que, obviamente, no ha revivido la anticuada voz alfonsina ‘apoderamiento’, que era la utilizada en las *Siete Partidas* para designar a la *traditio* romana.

Por otra parte, al definir Bello a la tradición por el género “modo de adquirir el dominio” se apartaba terminológica y dogmáticamente de la jurisprudencia clásica romana, pues ella no acuñó la expresión “*modus acquirendi*”, si bien fue elaborada sobre la base de una expresión de Gayo reci-

¹⁰ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 194.

da en las *Instituciones* de Justiniano¹¹, generalizada por los iusracionalistas, en el marco de una concepción del dominio en cuanto derecho. También se apartaba de la tradición de la jurisprudencia clásica romana, en cuanto para ésta lo que se adquiría era la cosa y no el dominio, supuesto que este último no era concebido como un *ius*.

Los juristas clásicos romanos propiamente se ocupaban “de la adquisición de las cosas en dominio”, es decir, de los actos que implicaban que una cosa fuera de alguien, y no “de la adquisición del dominio de las cosas”, pues esta última expresión habría indicado que el “dominio” era concebido como diverso de la “cosa misma”, lo que no era así, supuesto que él no cabía en la categoría de un “*ius in re*”.

Esta precisión es importante para los efectos de la “historia” de la tradición en cuanto modo de adquirir, supuesto que en las fuentes romanas clásicas ella se refería siempre a un hecho en virtud del cual se hacía “tradición de la cosa” (*traditio rei*) y no a una eventual “*traditio domini*”. Ello es lo que explica que la significación romana de la palabra *traditio* siempre hiciera referencia a un acto de traspaso de una *cosa corporal* de unas manos a otras, es decir, al “hecho de la entrega” (*factum tradendi*). Sobre la base de tal “hecho” concurría el derecho a atribuirle ciertos efectos: a) por lo general, eran simplemente posesorios (*possessio naturalis* = “mera tenencia”), muy conforme con la mera materialidad de la entrega; b) supuestas ciertas condiciones jurídicas, a la *traditio rei* podían atribuírsele efectos posesorios civiles (*possessio civilis*), que podían habilitar para adquirir la cosa por *usucapio*; c) finalmente, dadas otras condiciones, a la *traditio rei* podía reconocérsele un efecto dominical, es decir, la adquisición de la cosa en dominio.

Sólo cuando desde la época posclásica romana comenzó a imponerse una tendencia que consideraba al dominio como un *ius*, distinto de la misma cosa, era posible hablar de una “adquisición del dominio”; línea que más tarde se consolidaría al consagrarse la categoría de *ius in re*, dentro de la cual se situó al dominio, y que fue particularmente importante en la tradición iusracionalista.

Pero también Bello aquí seguía una línea metodológica diversa a la clásica romana, pues optaba por definir a la *traditio* exclusivamente cuando a ella se le reconocía un efecto dominical que, naturalmente, abrazaba también al posesorio.

La línea de definir a la tradición por su efecto dominical era una tendencia que podía apreciarse en los autores racionalistas, desde Grocio en ade-

¹¹ GAI, 2.97: “Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis adquirantur”, cfr. *Instituciones*, 2.96. La expresión “modos” parece haberse generalizado en los autores iusracionalistas.

lante preocupados por la “adquisición” del dominio¹², en el amplio marco de su noción de propiedad de raíces escolásticas españolas¹³. Pero también la indicación expresa de las *Siete Partidas* 3.28.46 como fuente de este artículo determinaba una concepción de la tradición ligada exclusivamente a la adquisición del dominio, supuesto que tal ley alfonsina se ocupaba de ella bajo la voz “apoderamiento” desde una perspectiva dominical:

“Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon. E porende dezimos, que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga alguno por su mandado, que *passa el señorío de la cosa*, a aquel a quien apoderasse della”.

La redacción del paso inicial del citado artículo 806 del *Proyecto* de 1853, exactamente igual al actual 670 del *Código Civil*, es coincidente con la misma expresión que había empleado Bello en sus *Instituciones de Derecho Romano*, cuando escribía: “Pasamos ahora a *la tradición que es un modo de adquirir...*”¹⁴, como ya lo advirtiera Hanisch Espíndola en su día¹⁵, de manera que esta noción remitía a la tradición iusracionalista que Bello había bebido de Heinecio y que recibía en sus citadas *Instituciones*, la cual, por lo demás, podía leerse en un pasaje de Pothier, pues el autor francés escribía que la tradición era una “manera de adquirir el dominio”, “por la cual se hacía pasar el dominio de una cosa de una persona a otra”, y que ella “era llamada por los doctores: modo de adquirir el dominio derivativo”¹⁶.

b) *De las cosas corporales*: esta limitación a las cosas corporales era coincidente con la jurisprudencia clásica romana y su concepción de *traditio rei*¹⁷. Así ya

21

¹² Vide FEENSTRA, Robert, “Les origines du *dominium* d’après, Grotius et notamment dans son *Mare liberum*”, en *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, 1, Madrid, 1996, pp. 179-190.

¹³ Vide GROSSI, Paolo, “La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica”, en *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1, *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, *Incontro di studio*, Firenze 16-19, Ottobre 1972, Atti a cura di Paolo Grossi, Milano, 1973, pp. 117-222.

¹⁴ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 55.

¹⁵ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago de Chile, 1981, p. 102.

¹⁶ POTHIER, (n. 9), nr. 193, p. 110: “Nous traiterons, dans celle-ci, d’une troisième manière d’acquérir le domaine, qui est la tradition, par laquelle on fait passer le domaine d’une chose d’une personne à une autre, et qui est appelée par les docteurs, *modus acquirendi dominii derivativus*”.

¹⁷ Para Gayo era claro que las cosas incorporales no admitían tradición (GAI, 2.28: “Incorporales traditionem non recipere manifestum est” y él mismo en D. 41.1.43.1: “Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est”).

la había recogido Bello en sus *Instituciones*, en las que advertía que: “Solamente son susceptibles de tradición las cosas corporales”¹⁸.

En todo caso, en el artículo 828 del *Proyecto* de 1853 se aclaraba que: “Las cosas incorpóreas no admiten tradición verdadera; pero hace las veces de tradición el ejercicio del derecho por una parte i la ciencia i paciencia de este ejercicio por la otra”¹⁹, criterio semejante al que se apreciaba en las ya referidas *Instituciones* de Bello: “En las incorpóreas hace veces de tradición la tolerancia del dueño y de aprehension o posesion el uso”²⁰.

- c) *I consiste en la entrega que una persona hace de ellas a otra*: esta expresión es clave para la comprensión del sistema seguido en el *Proyecto* de 1853 y para el debido entendimiento de las modificaciones que se hicieron por la Comisión Revisora hasta acabar con la versión definitiva del *Código Civil* promulgado y publicado.

La redacción de este pasaje de la definición recordaba la ya citada expresión de Pothier en el uso de la voz ‘persona’ y de la locución “hace a otra”: *La tradition est la translation que fait une personne à une autre*, pero más aún a la misma de Bello en sus *Instituciones*, pues en ella no sólo aparecían las expresiones “persona”, “a otra” sino la referencia a la “entrega”, porque inmediatamente después de haber anotado que la tradición era un modo de adquirir agregaba: “por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra siendo entregada por la primera”²¹.

22

El uso de la locución “una persona”, por la probable influencia de Pothier o por la definición del mismo Bello en sus *Instituciones*, y no “el dueño” en la noción del artículo 806 del *Proyecto* daba origen a que en ella misma resultara una cierta contradicción, pues parecía oponerse a su paso inicial que caracterizaba a la tradición como un “modo de adquirir el dominio”, supuesto que esa tal “persona” podía ser dueño de la cosa entregada o no serlo, de modo que en este último caso no podía generarse la adquisición del dominio. Así, la precitada definición acababa por abrazar también a la tradición de sólo efecto posesorio, acercándose entonces a la concepción que desarrollaba Pothier a propósito de la tradición, desde una perspectiva general posesoria.

Esta dificultad no aparecía en la definición que de la tradición ofrecía Bello en sus *Instituciones*; supuesto que, aunque en ella se hablaba de “persona” y no de “dueño”, al no haberse agregado a la expresión “modo de adquirir” el calificativo “el dominio”, podía incluir en su definición la consecuencia dominical precisamente mediante el efecto de “pasar” el “domi-

¹⁸ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

¹⁹ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 199.

²⁰ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

²¹ *Op. cit.*, p. 55.

nio” de una persona a otra: “La tradición es un modo de adquirir, por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra siendo entregada por la primera y aprehendida por la segunda”, de suerte tal, que esa “persona” que entregaba la cosa necesariamente había ser dueña de ella para que el dominio pasara a aquélla que la aprehendía.

En el uso de la voz ‘persona’ en la definición del artículo 806 se halla la razón para la inclusión de las reglas contenidas en los artículos 807 y 808 del *Proyecto*, antes del núcleo dogmático dirigido a reglar los requisitos de la tradición dominical, pues ellos precisaban cuándo se entendía que la cosa era entregada por el dueño o cuándo se “validaba” la tradición por la posterior adquisición del dominio de la cosa entregada por quien no era dueño en el momento de haberla entregado.

- d) *Habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, i por otra la intención de adquirirlo*: esta frase, cuya lectura ha generado en la civilística chilena una serie de dificultades, debe entenderse en la línea dogmática trazada por Bello en cuanto a su propósito de solamente definir a la tradición dominical, y de diferenciar a la *entrega* (*factus tradendi*) en que ella consistía, de toda otra *entrega* no dominical, particularmente de la posesoria, que habilitaba para adquirir el dominio por “prescripción”.

No ha seguido aquí Bello literalmente el texto de las *Siete Partidas* (3.28.46), pues en la noción de tradición que se ofrecía en ellas no se incluía referencia alguna a la “intención de transferir el dominio” y a la “intención de adquirirlo”. Tampoco seguía la tendencia que se advertía en sus *Instituciones de Derecho Romano*, ya que en la noción de tradición que se recogía en ellas no se hacía referencia a la citada “intención”, sino que sólo se la definía por su efecto adquisitivo y por el acto que la generaba: la “entrega” y “aprehensión”²². Menos seguía el concepto de Pothier, pues el autor francés en su definición general de “tradición posesoria” no incluía el elemento de “intención”²³, que también faltaba en su noción restrictiva de “tradición dominical”²⁴.

La inclusión de esta “intención” de transferir y de adquirir el dominio en la definición del artículo 806, que no se encontraba en ninguna de las nociones de tradición presentes en las fuentes que manejaba el codificador chileno, obliga a plantearse las siguientes cuestiones: i) ¿De dónde se ha tomado este elemento?; ii) ¿Por qué se ha tomado?; iii) ¿Por qué no se ha mencionado al “título”, que sí aparecía en sus fuentes? y iv) ¿Hay alguna relación entre la citada “intención” y el “título”?

²² *Vide* texto referido en nota 21.

²³ POTHIER (n. 9), nr. 194, p. 110: “La tradition est la translation que fait une personne á une autre, de la possession d’une chose: *Traditio est possessionis datio*”.

²⁴ *Vide* texto referido en nota 16.

- i *¿De dónde se ha tomado el elemento de la intención?:* sin perjuicio de no hallarse una referencia a la “intención” o voluntad de transferir y de adquirir en la noción que daba Pothier de la tradición, es muy probable que haya sido otro pasaje de la obra del jurista francés el que haya influido sobre el codificador chileno.

En efecto, cuando Pothier trataba de la tradición dominical incluía como cuarto requisito para que ella transfiriera la propiedad “el consentimiento de las partes”²⁵, y al referirse a él escribía que:

“Es necesario el consentimiento de las partes para que la tradición de una cosa transfiera la propiedad a aquel a quien se ha hecho, es decir, es menester que el propietario de la cosa que la hace, o por orden de quien se hace la tradición a alguien, tenga la voluntad de transferir la propiedad, y que aquel que la recibe tenga la voluntad de adquirir”²⁶.

Quizá Bello ha resultado influido en la redacción de su concepto por Pothier. Tal influencia es la que introducía una dificultad dogmática en la concepción del codificador chileno, pues debe recordarse que el autor francés partía de la base de un concepto general de tradición de naturaleza posesoria, y que la línea dogmática del *Proyecto* de 1853 era sólo dominical.

- 24 ii *¿Por qué se ha incluido esta referencia a la “intención”?:* con seguridad, Bello, fiel a su propósito dogmático de definir exclusivamente a la tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio”, diferenciándola de las demás tradiciones no dominicales, ha debido incluir en su definición el elemento de calificación jurídica de la entrega (*factum tradendi - traditio rei*) que la volvía dominical. Dicho elemento de calificación jurídica era, a juicio del codificador, la “intención de transferir el dominio” y la “intención de adquirirlo”.

Así debía leerse, entonces, que se adquiría el dominio cuando la entrega de una cosa que se hacía por una persona a otra, lo era porque había (*habiendo*) en la primera “intención de transferir el dominio” y en la segunda “intención de adquirirlo”. Nada decía tal frase respecto del momento en el cual dichas intenciones debían haber concordado, sino solamente que la entrega debía hacerse porque las había.

- iii *¿Por qué no se ha mencionado al “título”, que sí aparecía en sus fuentes?:* en la noción de tradición que se contenía en *Siete Partidas* (3.26.48), fuente ex-

²⁵ POTHIER (n. 9), nr. 218, p. 121: “...4° Il faut enfin le consentement des parties”.

²⁶ *Op. cit.*, nr. 231, p. 128: “Le consentement des parties est nécessaire pour que la tradition d’une chose en transfère la propriété à celui à qui elle est faite; c’est-à-dire qu’il faut que le propriétaire de la chose qui en fait, ou par l’ordre duquel s’en fait la tradition à quelqu’un, ait la volonté de l’acquérir”.

presa de la citada definición del artículo 806, sí aparecía una referencia expresa a la necesidad de una *iusta causa traditionis* o título: “Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas, o dandogelas en dote, o en otra manera o cambiandolas, o por alguna otra derecha razon”, ideas que Gregorio López en su glosa compendiaba con la frase: “Se adquiere el dominio por la tradición de la cosa en virtud de título hábil” (*acquiritur dominium traditione rei ex titulo habili*).

Bello, probablemente, ha optado por no mencionar al “título” en su definición de tradición dominical porque debió considerar que si lo hacía su concepto acabaría también comprendiendo a la tradición de sólo efecto posesorio, pues ella también requería de un título. De modo que debió parecerle que no era el título, considerado como categoría jurídica, el elemento diferenciador entre una tradición “modo de adquirir el dominio” y una tradición “posesoria”, supuesto que, precisamente, al tratar de esta última se contenía la regla del inciso segundo del artículo 835 en relación con las exigencias de la posesión *civil*: “Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”.

¿Si no era en el título, dónde se hallaba, pues, la diferencia entre la tradición dominical y la posesoria? Era el mismo Bello el que daba la respuesta al ocuparse de esta última en el artículo 835 del *Proyecto* de 1853: “Para que la tradición produzca la posesión civil no es necesario el dominio del tradente, con tal que posea a lo menos naturalmente”.

Era, entonces, la calidad de dueño del tradente el criterio que permitía diferenciar a una tradición de otra. Pero, curiosamente, en la definición del artículo 806 no se indicaba que fuera el “dueño”, sino una “persona”, quien debía hacer la tradición, lo cual representaba una inconsistencia dogmática. Quizá debió resultarle coherente con su línea dogmática el expresar dicha exigencia bajo la frase “habiendo por una parte la intención de transferir el dominio”, supuesto que sólo puede “transferirse” lo que se tiene, es decir, sólo puede transferir el dominio el dueño.

La utilización de la voz ‘persona’ en vez de ‘dueño’, no sólo podía deberse a la influencia de sus fuentes, como quedara dicho, sino, también, a la necesidad de diferenciar a la “tradición dominical” de la tradición de simple efecto de “mera tenencia”, pues ella bien podía ser realizada por el “dueño”. Aquí, nuevamente, cobraba importancia la exigencia de la “intención de transferir el dominio”, pues, aunque el dueño la hiciera (como en una entrega en alquiler) era claro que no había “intención de transferir el dominio”.

- iv ¿Hay alguna relación entre la citada “intención” y el “título”? : hasta aquí ha quedado claro que en la definición del artículo 806 se exige una “intención de transferir el dominio” y una “intención de adquirirlo”, pero nada se decía en cuánto a dónde debían constar tales intenciones. Es decir, si

tal “acuerdo de voluntades” era el del título preexistente o si era un “acuerdo específico de voluntades” en el hecho de la entrega.

En otras palabras, era claro que en la tradición dominical se adquiría el dominio ya que la entrega se hacía porque había (*habiendo*) intención de transferir y de adquirir, pero: ¿por qué había una tal intención en la entrega dominical? La guía para encontrar una posible respuesta a la pregunta anterior, fundada en las fuentes y no en mera especulación, la ofrecía el mismo Bello en su *Derecho Romano*. Veamos.

Queda dicho que Bello en sus *Instituciones de Derecho Romano* no incluía una referencia a la “intención” en su noción de tradición, pues la definía solamente por su efecto adquisitivo y por el acto que la generaba: la entrega y aprehensión²⁷, y tampoco mencionaba a la “causa” o “título” en ella. Esta última ausencia se explicaba porque, inmediatamente a continuación de la definición de tradición, se ocupaba de sus requisitos: “En segundo lugar debe hacerse la entrega por alguna causa o título”²⁸.

El citado pasaje es particularmente sugerente porque en la edición de 1843 del *Derecho Romano* de Bello se advertía una modificación que tocaba de modo directo a la conexión entre la “intención” y el “título” o “causa” de la entrega. La redacción de 1843 decía: “En segundo lugar debe hacerse la entrega *con voluntad del dueño, lo cual supone que tiene la cosa por suya, y que la entrega por alguna causa o título*”²⁹.

De esta nueva redacción se seguía que el elemento de voluntad del dueño se refería al acto material de la entrega (*factus tradendi*), y que esa voluntad en la entrega implicaba que la cosa era suya y que de hecho la entregaba (*factus tradendi*) porque existía “una causa o título”. Es decir, era la existencia de una causa o título lo que dirigía a que el dueño entregare la cosa de su voluntad y como suya.

En el pasaje de 1843 se ligaba expresamente la voluntad del dueño al hecho de la entrega de la cosa, la cual venía predeterminada por la existencia de un título. De tal manera, que si era la “intención de transferir el dominio” la que calificaba jurídicamente a la tradición como “modo de adquirir el dominio” ella se presentaba, precisamente, porque existía un “título” o una “causa” precedente de carácter “traslativo”, y tal “intención” no era diversa de la expresada en él.

3.3.2. La cuestión de la “validez” de la tradición dominical

La definición del artículo 806 del *Proyecto* de 1853, referida exclusivamente a la tradición dominical, la incluía en la categoría jurídica de “modo de adquirir el

²⁷ Vide texto referido en nota 21.

²⁸ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

²⁹ *Op. cit.*, p. 56, nota 1. Se ha destacado en cursiva la innovación.

dominio”, y con ello el codificador le confería una naturaleza jurídica que la diferenciaba de la tradición entendida como simple hecho de la entrega (*factus tradendi*), supuesto que se constituía en una entrega calificada por el derecho, en función del efecto dominical que le era reconocido.

Supuesto lo anterior debía plantearse al codificador la cuestión de decidir qué ocurriría en aquellos casos en los cuales faltare alguno de los elementos definitorios de la tradición dominical. Naturalmente la única respuesta posible era que una tal “tradición” no produciría el efecto adquisitivo del dominio, pero, sin perjuicio de ello, se generaba una cuestión de coherencia lógica y dogmática respecto de la forma técnica de expresar esta no producción de efecto dominical, dependiendo de qué categorías jurídicas se prefirieran:

a) *Para que la tradición sea válida.* Si ahora la tradición era jurídicamente calificada como un “modo de adquirir el dominio” que tenía en su base a una entrega (*factus tradendi*) especificada por la “intención de transferir el dominio” y por la “intención de adquirirlo”, la ausencia de sus elementos constitutivos debía excluir el efecto dominical y, en rigor, también un eventual efecto posesorio. Pues si se reconocía que ante la ausencia de dichos elementos la tradición podía generar, en ciertos casos, la posesión en quien recibía la cosa se contradecía la restrictiva definición de la tradición solamente dominical contenida en el mismo artículo 806, y se seguía la noción de tradición posesoria característica del derecho romano y de la tradición jurídica del derecho común y castellano-indiano.

La citada oposición debió representársele al codificador y, frente a ella, la exigencia de una “intención” de transferir el dominio y de otra de adquirirlo en la tradición dominical debió moverle a establecer una natural cercanía y proximidad dogmática entre ella y la exigencia de un “consentimiento” en los contratos. En efecto, el “consentimiento” era tratado en el mismo *Proyecto* de 1853 como uno “de los requisitos esenciales para el valor de todo contrato”. Dicho consentimiento debía ser “válido”, tal cual lo declaraba su artículo 1.626: “Todo contrato supone el consentimiento de las partes; i para que este consentimiento sea *válido*, es necesario:...” , de manera que si no se cumplía con tales requisitos el contrato era nulo, como lo prescribía el artículo 1.863 del *Proyecto*: “Es nulo todo contrato a que falte alguno de los requisitos que la lei prescribe para el valor del mismo contrato, según su especie, calidad o estado de los contratantes”.

Sobre la base de lo anterior debió parecerle al codificador que la falta de los elementos necesarios para que se configurara la tradición exclusivamente dominical la privaba de validez, palabra esta última que en el *Proyecto* de 1853 aparecía utilizada siempre en directa relación con la nulidad (cfr. artículos 1.645, 1.646, 1.652, 1.865). Así, entonces, se explicarían las referencias a la “validez de la tradición” contenidas en varios de los artículos del referido *Proyecto*: artículo 808 (“La tradición que al principio fue inváli-

da...”), artículo 813 (“Una tradición que en su origen fue inválida...”), artículo 814 (“La tradición, para que sea válida, requiere...”), artículo 815 (“Para que valga la tradición...”), artículo 818 (“El error en el título invalida la tradición...”), artículo 819 (“Si la tradición se hace por medio de procuradores o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”).

La lectura e interpretación anterior se ve reafirmada porque en el *Proyecto* de 1853, Bello, consciente de su propósito de sólo definir en el artículo 806 a la tradición dominical y de reglarla exclusivamente, no dio ningún espacio en los siguientes artículos del título “De la tradición” a aquélla de solos efectos posesorios y que podía servir de base a la adquisición del dominio mediante prescripción, aunque no deja de resultar digno de nota que en el artículo 727 del *Proyecto*, al enumerarse a los modos de adquirir el dominio, se incluyera a “la posesión de largo tiempo o prescripción”, sin que al tratar de la prescripción se mencionara siquiera a la tradición posesoria (cfr. artículo 2.687).

- b) *Para que la tradición transfiera el dominio.* Sin perjuicio de la tendencia dogmática anterior, el codificador podía optar también por señalar que si no se cumplían las condiciones sentadas en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806, ella no era “inválida”, sino que simplemente “no transfería el dominio”.

28

Una decisión como ésta se situaba en la línea del derecho romano y de toda la tradición del derecho común y castellano-indiano, que partía del supuesto conforme al cual la tradición era genéricamente un modo de adquirir la posesión y, en forma eventual, de adquirir las cosas en dominio; de guisa que si la tradición no generaba el dominio sí podía producir la posesión, que era, por lo demás, la posición que seguía Pothier según se ha dejado escrito líneas arriba. Esta opción era claramente contradictoria con el propósito de Bello de sólo reglar en el título VI del libro II a la tradición dominical y, por ende, contradecía a la misma definición inaugural de él contenida en el artículo 806.

A pesar de la incoherencia que representaba la adopción del giro “para que la tradición transfiera el dominio” el codificador también acudió a él en el *Proyecto* de 1853, pues en este caso pesó más la influencia de Pothier, fuente expresa en esta materia de su articulado.

En efecto, después de haberse definido a la tradición dominical en el artículo 806, y precisado en el artículo 807 cuando se entendía entregada la cosa por el dueño y en el artículo 808 cuando se validaba la tradición no realizada por el dueño, destinaba Bello los doce artículos siguientes (809 a 821) a tratar de los “requisitos” que debía “tener” la tradición “para que por ella se efectúe la traslación del dominio”; cuestión ésta en la que tomaba como base a Pothier, generándose con ello una dificultad dogmática, tras la cual se escondía también una dificultad semántica.

Aparecía así una diferencia dogmática entre el tratamiento que Bello hacía de la tradición y el de Pothier, pues mientras aquél lo reducía a una concepción dominical, éste la entendía como de efecto posesorio. En efecto, el autor francés organizaba el tratamiento de la posesión sobre la base de su concepto rector de la tradición de carácter posesorio³⁰, tratando inmediatamente de las “distintas especies de tradición”, es decir, de las maneras por las cuales se producía la citada “traslación de la posesión de una cosa”, ocupándose de “la tradición real”, de “la tradición simbólica”, de “la tradición *longa manu*”, de “la tradición *brevi manu*”, del “*constitutum*” y de la tradición de las cosas incorporales. Sólo una vez explicadas estas especies de “tradición” se ocupaba Pothier “De las condiciones requeridas para que la tradición transfiera la propiedad”³¹, y enumeraba cuatro condiciones.

Cuando Bello, en los artículos 809 a 821 del *Proyecto* de 1853 sigue a Pothier en sus párrafos sobre “Las condiciones para que la tradición transfiera la propiedad” surge el problema semántico, porque cuando el jurista galo utilizaba la voz *tradition* lo hacía en su denotación originalmente posesoria, mientras que el codificador chileno la había definido como dominical y, decidido a sólo tratarla en cuanto tal, no se representaba que al tomar algunas expresiones de Pothier la palabra ‘tradición’ perdía su significado estrictamente dominical y asumía el más amplio de carácter posesorio.

1. En el artículo 809 del *Proyecto* se señalaba: “La tradición, para que por ella se efectúe la traslación del dominio, debe tener los requisitos que la lei prescribe”. Aquí la voz ‘tradición’ no podía entenderse en su significación legalmente definida en el artículo 806, pues la propia regla del artículo 809 suponía que podía haber una tradición en virtud de la cual no “se efectúe la traslación del dominio”, precisamente aquélla que no tuviera “los requisitos que la lei prescribe”. Se estaba, entonces, utilizando la palabra ‘tradición’ en su denotación de “traslación posesoria”, es decir, en el uso coherente con la concepción de Pothier, pero opuesto al propósito del codificador chileno, quien, para obviar esta diferencia semántica debió haber recurrido a una redacción como la siguiente: “La tradición debe cumplir los requisitos que la ley prescribe”.

Sin duda alguna, no sólo influyó en esta deficiencia semántica del codificador el modelo de Pothier sino, también, el uso habitual de la palabra ‘tradición’ en el lenguaje jurídico castellano, indiano y nacional en el momento de elaborar el *Código Civil*.

2. El artículo 810 del *Proyecto* de 1853 rezaba: “El primer requisito de la tradición, para que transfiera el dominio, es que sea ejecutada por volun-

³⁰ Vide nota 23, cfr. POTHIER (n. 9), nr. 214, p. 110: “... la tradition n’étant autre chose qu’une translation de possession”.

³¹ POTHIER (n. 9), Article II: “Des conditions requises pour que la tradition transfère la propriété”, p. 121.

tad del que tiene facultad de enajenarla, como dueño o como representante legal o judicial del dueño”.

Caben aquí las mismas observaciones hechas a propósito del artículo anterior; pues es claro que la palabra ‘tradición’ no está aquí empleada en su definición legal de efectos dominicales, sino como “traspaso de posesión”, es decir, en el sentido de Pothier; quien, precisamente escribía que había cuatro condiciones cuyo concurso era necesario para que la tradición de una cosa que se hacía alguien le transfiriera la propiedad a él o a aquél a cuyo nombre era recibida; de las cuales la primera era “que aquel que hace a alguien la tradición de una cosa sea el propietario, o la haga con el consentimiento del propietario”³².

3. El artículo 811 complementaba a la disposición anterior al ocuparse de los supuestos en los cuales la tradición era realizada por un mandatario o representante legal o judicial del dueño: “Para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición ejecutada por el mandatario o por el representante legal o judicial del dueño es necesario que la enajenación no salga de los límites del mandato, o de la autorización legal o judicial”.

Al igual que en los casos anteriores la voz ‘tradición’ en la precitada disposición no podía leerse en su significación exclusivamente dominical, supuesto que su misma redacción denotaba que ella la presuponía empleada en un sentido amplio, porque debía precisar las condiciones que se requerían para que ella transfiriera el dominio, de lo cual se seguía que si no se cumplía con las condiciones fijadas la tradición no transfería el dominio. Ésta era la precisa forma en la que el mismo Bello entendía este artículo, pues en nota a él lo explicaba de la siguiente manera: “Así el tutor o curador que en calidad de tal vende un fundo sin previo decreto judicial, i el que subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que requiere la lei para la venta en subasta, *no transfieren el dominio*”³³.

El referido sentido y entendimiento del artículo 811 se afirmaban, además, en que la fuente de él era el *Traité de la propriété* de Pothier, citado en sus números 222 y 225 por el codificador³⁴. Es decir, nuevamente no se

³² POTHIER (n. 9), nr. 218, p. 121: “Nous remarquons quatre conditions dont le concours est nécessaire pour que la tradition qu’on fait à quelqu’un d’une chose lui en transfère la propriété, ou à celui au nom duquel il la reçoit. Il faut, 1° que celui qui fait la tradition d’une chose en soit le propriétaire, ou la fasse du consentement du propriétaire”.

³³ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 195, nota art. 811.

³⁴ POTHIER (n. 9), nr. 222, p. 123: “La tradition d’une chose est censée faite par le propriétaire, et transfère la propriété de la chose à celui à qui elle est faite, non seulement lorsqu’elle est faite par le propriétaire lui-même, mais lorsqu’elle est faite, en son nom, par quelqu’un qui a qualité pour cela. Par exemple, lorsque le tuteur d’un mineur, ou le curateur, des choses mobilières appartenantes au mineur ou à l’interdit, vend, en sa qualité, la tradition aux acheteurs, c’est le

había reparado en que para el autor galo la palabra ‘tradición’ tenía un sentido posesorio y no exclusivamente dominical, cuyo traslado al proyecto del *Código Civil* era incoherente con una pretensión de sólo tratar de la tradición dominical.

4. El inciso primero del artículo 812 del *Proyecto* de 1853 complementaba la regla de la disposición precedente desde la perspectiva de quien recibía la cosa: “De la misma manera, aquel a quien por la tradición se transfiere el dominio puede ser presentado en ella o por su mandatario o por su tutor, curador u otro representante legal”.

En este caso, dado los términos de la disposición: “aquel a quien por la tradición se transfiere el dominio”, la voz ‘tradición’ sí que se correspondía con la pretensión del codificador de haberla definido sólo como tradición dominical en el artículo 806 del *Proyecto*.

Así, entonces, en el *Proyecto* de 1853 se estaba en presencia de una inconsecuencia dogmática que, además, generaba una incoherencia semántica, supuesto que el propósito del codificador de tratar sólo de la tradición dominical se veía frustrado por haber seguido la sistematización de Pothier, en la cual la tradición era entendida en su amplia esfera posesoria.

3.4. La “tradición posesoria” o *A non domino* en el *Proyecto de 1853*

La coherencia de Bello en cuanto a sólo tratar de la tradición dominical en el título VI del libro II del *Proyecto* de 1853 fue sistemáticamente absoluta, porque, consciente de su propósito de sólo definir en el artículo 806 a la tradición dominical, no dio ningún espacio en los siguientes artículos del título “De la tra-

mineur ou l’interdit propriétaire des choses vendues, qui est censé en avoir fait la tradition par le ministère de son tuteur ou curateur; en conséquence, cette tradition en a transféré la propriété aux acheteurs. C’est le cas de cette maxime, *Le fait du tuteur est le fait du mineur*. Mais si le tuteur ou curateur avoit vendu en son nom de tuteur ou de curateur, sans décret du juge, un héritage du mineur ou de l’interdit, la tradition qu’il en feroit audit nom, ne seroit pas censée faite par le mineur ou l’interdit, et ne transféreroit pas la propriété de l’héritage à l’acheteur; car le fait du tuteur n’est censé celui du mineur que dans les choses qui n’excèdent pas le pouvoir du tuteur; mais l’alienation des immeubles du mineur ou de l’interdit est une chose qui excède le pouvoir d’un tuteur ou d’un curateur”. La referencia al nr. 225 debe ser un error, pues ha de tratarse de una remisión al nr. 223, p. 124: “On a fait la question de savoir si, vous ayant donné une chose pour la donner en mon nom à quelqu’un, la tradition que vous lui en avez faite, non en mon nom, mais au vôtre, lui a transféré la propriété. Jabolenus décide que, suivant la subtilité du droit, elle ne l’a pas transférée, la tradition n’ayant pas été faite par le propriétaire de la chose, puisqu’elle n’a pas été faite en mon nom, et que j’en étois le propriétaire; car j’ai bien voulu qu’on la donnât et qu’on en fit la tradition en mon nom, mais je n’ai pas consenti à la tradition que vous avez faite en votre nom. Néanmoins ce jurisconsulte ajoute que, suivant l’équité, je ne dois pas être reçu à revendiquer la chose sur celui à qui la tradition en a été faite, ayant eu la volonté de la lui donner”.

dición” a aquélla de solos efectos posesorios y que podía servir de base a la adquisición del dominio mediante prescripción.

Ya se advirtió que no deja de resultar significativo que en el artículo 727 del *Proyecto* de 1853, al enumerarse a los modos de adquirir el dominio se incluyera a “la posesión de largo tiempo o prescripción”, sin que al tratar de la prescripción se mencionara siquiera a la tradición posesoria (cfr. artículo 2.687).

La regulación, entonces, de la “tradición posesoria” en el *Proyecto* de 1853 no cabía dentro de su título VI, supuesto que ella no era un “modo de adquirir el dominio”, sino un “modo de adquirir la posesión”. Luego, su sede dogmáticamente lógica era la tocante a la posesión, y así, precisamente, en el título VII “De la posesión” se la reglaba de manera expresa.

En efecto, el artículo 835 del *Proyecto* decía: “Se llama posesión *civil*, la que procede de justo título i es acompañada de buena fe. Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”, aquí, entonces, aparecía la “tradición posesoria” que, como quedara dicho, no se diferenciaba de la dominical por la presencia o ausencia de “título”.

La precisión dogmática de la “tradición posesoria” se contenía en el artículo 841 del *Proyecto* de 1853: “Para que la tradición produzca la posesión civil, no es necesario el dominio del tradente, con tal que posea, a lo menos naturalmente, pero se requieren todas las otras condiciones expresadas en el título precedente”.

32 Quedaba, entonces, clara y armónicamente diferenciada de la tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio” por el hecho de que en esta última quien entregaba la cosa debía ser el dueño, si bien se mantenía la inconsistencia respecto del uso de la voz ‘persona’ en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806.

4. UNA RESISTEMATIZACIÓN: EL *PROYECTO* “INÉDITO”

La revisión del *Proyecto* de 1853 por la Comisión significó, en sede de tradición, introducir una serie de innovaciones sistemáticas y también de contenido; cuya línea dogmática básica estuvo constituida por estrechar la noción de tradición del título VI del libro II a una concepción de acuerdo con la cual ella sólo podía operar como un modo de adquirir el dominio u otros derechos.

4.1. Una nueva definición de tradición dominical

La enunciada contradicción contenida en la definición del artículo 806 del *Proyecto* de 1853, en cuanto se refería a la tradición como “modo de adquirir el dominio”, si bien no definía propiamente a la tradición dominical, por no señalar que la entrega debía ser realizada por el dueño, debió hacerse patente en la Comisión

Revisora. Por ello en el llamado *Proyecto Inédito* se incluyó la referencia expresa al dueño, al señalarse que: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, i consiste en la entrega que *el dueño* hace de ellas a *otro*, habiendo por una parte la intencion de transferir el dominio, i por otra la intencion de adquirirlo”³⁵.

Nuevamente el examen de esta definición en relación con la precedente del *Proyecto* de 1853 es clave para comprender la línea dogmática que adoptaba el codificador.

- a) *La tradición es un modo de adquirir el dominio*: este paso inicial de la definición permanecía inalterado, y por ello valen respecto de él las observaciones que quedan apuntadas al tratar del *Proyecto* de 1853, sólo que ahora este carácter dominical de la tradición se veía coherentemente reafirmado mediante la substitución de la voz ‘persona’ por la de ‘dueño’.
- b) *De las cosas*: en el *Proyecto Inédito*, y así en el actual *Código Civil*, se suprimió la expresión “corporales” en la definición del artículo 806 (hoy 670) y se eliminó el artículo 828 del *Proyecto*, que se ocupaba en declarar que: “Las cosas incorporeales no admiten tradición verdadera”, si bien hacía “las veces de tradición” el ejercicio del derecho por una parte y la ciencia y paciencia de tal ejercicio por otra.

Esta alteración significaba extender el ámbito de aplicación de la tradición al dominio de las cosas incorporeales, lo que debió parecer coherente con la regla contenida en el artículo 688 del *Proyecto Inédito* que declaraba que: “Sobre las cosas incorporeales hai también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”³⁶, supuesto que si la tradición era un “modo de adquirir el dominio” (“que se llama también propiedad” según rezaba el artículo 686) debía parecer lógico que por la tradición también se operara la adquisición de él sobre las cosas incorporeales.

El razonamiento anterior es el que explicaba también la inclusión de un inciso segundo en el referido artículo 806 del *Proyecto Inédito*, cuyo texto era el siguiente: “Lo que se dice del dominio, se extiende a la propiedad de las cosas incorporeales”.

La regla parecería indicar que lo que se adquiriría por la tradición era “el dominio sobre las cosas incorporeales” y no que se adquirieran las cosas incorporeales por tradición. Así lo que podría transferirse por tradición sería la propiedad sobre el derecho de usufructo, sin que se siguiera que la tradición fuera un modo de constituir o “transferir” el usufructo. Pero el artículo 826 del mismo *Proyecto* reglaba la tradición del derecho de usufructo y de otros: “Se efectuará la tradición de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la

³⁵ BELLO (n. 6), tomo v, p. 208.

³⁶ *Op. cit.*, p. 188.

- tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo, i del derecho de hipoteca especial”.
- c) *I consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro*: el mantenimiento de la línea dogmática de definir de manera exclusiva a la tradición dominical llevó a que en la Comisión Revisora se substituyera la expresión “que una persona hace de ellas a otra” por la referencia expresa a que dicha entrega era la “que el dueño hace de ellas a otro”, con lo cual se establecía, además, una plena armonía con la tradición mediante la cual se cumplía una obligación de “transferir la propiedad”, al tenor de lo que prescribía el inciso primero del artículo 1.756 del *Proyecto Inédito*: “El pago en que se debe transferir la propiedad, no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”.

Se indicaba ahora como fuente a Pothier en su tratado *De la propriété* (nr. 194), pero la referencia al jurista francés no tenía relación con esta modificación, pues, como se ha advertido, definía a la tradición en cuanto “traslación de la posesión de una cosa que hace una persona a otra”, y no la vinculaba al dueño, precisamente porque la entendía como acto de efectos posesorios³⁷. Tampoco se hallaba la noción de dueño en el concepto restrictivo que daba Pothier de la “tradición dominical”, pues el autor francés escribía que la tradición era una “manera de adquirir el dominio”, “por la cual se hacía pasar el dominio de una cosa de una persona a otra”, y que ella “era llamada por los doctores: modo de adquirir el dominio derivativo”³⁸.

Con esta modificación introducida en el artículo 806 se excluía directamente que quedara cubierta por la definición legal de la tradición como “modo de adquirir el dominio” la tradición de solo efecto posesorio, es decir, la *traditio a non domino*. Lograba así el codificador su propósito de únicamente definir, para los efectos de la adquisición del dominio, a la tradición dominical.

Cobraba aquí, además, un nuevo sentido la relación entre la “intención de transferir” en el dueño y la “causa” o “título”, tal cual como aparecía expresada en el pensamiento de Bello recibido en la edición de 1843 de su *Derecho Romano*. En efecto, si la tradición dominical era sólo aquella en la que intervenía el dueño, era éste quien debía realizar la entrega de modo voluntario de la cosa como suya por alguna causa o título, que era la que determinaba su “intención de transferir el dominio”.

También, era ahora esta “intención de transferir”, predeterminada por el título, la que permitía diferenciar a la tradición dominical realizada por el

³⁷ POTHIER (n. 9), nr. 194, p. 110: “La tradition est la translation que fait une personne à un autre, de la possession d’une chose: *Traditio est possessionis datio*”.

³⁸ *Op. cit.*, nr. 193, p. 110: “Nous traiterons, dans celle-ci, d’une troisième manière d’acquérir le domaine, qui est la tradition, par laquelle on fait passer le domaine d’une chose d’une personne à une autre, et qui est appelée par les docteurs, *modus acquirendi domini derivativus*”.

dueño, de la entrega de sólo efecto de mera tenencia que el dueño hiciera de una cosa suya “sin la citada intención”, precisamente, porque no había “título”.

Como consecuencia de la citada alteración, hubo de introducirse una serie de adecuaciones dogmáticas en varios artículos del *Proyecto Inédito*, consiguiéndose una mayor armonía y coherencia en el tratamiento de una tradición exclusivamente dominical.

El artículo 807 sufrió una serie de alteraciones, entre ellas la primera fue la inclusión de un nuevo inciso primero (actual 671 inc. 1º) que, desde una perspectiva exclusivamente dominical, definía al *tradente* y al *adquirente*, categorías éstas que no aparecían en el *Proyecto* de 1853 en ninguno de sus artículos: “Se llama *tradente* la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, i *adquirente* la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”.

Estas definiciones legales eran plenamente coherentes con la nueva definición del artículo 806 del *Proyecto Inédito*, de manera que en este inciso la voz ‘tradición’ aparece empleada en las dos ocasiones con sentido dominical. Ahora se recurría a estas nuevas palabras técnicas en otras de sus disposiciones en plena armonía con su concepción sólo dominical.

Definidos así dominicalmente el *tradente* y el *adquirente*, los tres incisos siguientes del artículo 807 del *Proyecto Inédito* precisaban sus nociones mediante la aplicación a ellos de principios generales:

1. Se entiende que actúan por el *tradente* o *adquirente* sus mandatarios o representantes legales: es lo que se disponía en el inciso segundo del artículo 807: “Pueden entregar i recibir a nombre del dueño sus mandatarios, sus representantes legales, i a nombre de las personas jurídicas, sus síndicos o personeros”, en relación con su inciso final: “La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o a los respectivos mandantes”.

Esta regla no era más que la *concreción* de un principio general ya consagrado en el *Proyecto Inédito*: a) artículo 1.628a: “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la lei para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”; b) artículo 2.300: “El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo”; c) artículo 650: “Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, obligan personalmente al representante”.

2. El inciso tercero del artículo 807 precisaba que: “En las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial, a petición de un acreedor, en pública

subasta, la persona cuyo dominio se transfiera es el tradente, i el juez su representante legal”.

- d) *Habiendo por una parte la intencion de transferir el dominio, i por otra la intencion de adquirirlo*: este paso final de la definición contenida en el inciso ahora primero del artículo 806 del *Proyecto Inédito* correspondía exactamente al del *Proyecto* de 1853, de modo que las observaciones que se hicieron a su respecto valen también para éste.

En todo caso, ahora esta exigencia adoptaba un nuevo sentido al quedar directamente vinculada con la palabra ‘dueño’, supuesto que sólo éste podía realmente tener “la intención de transferir el dominio” mediante la “entrega”, teniendo la cosa como suya y entregándola por una “causa” o “título”. Ello era imposible, entonces, en el caso de la “tradición posesoria”, no porque faltare “causa” o “título”, sino porque era imposible que tuviera “la cosa por suya”.

4.2. *La cuestión de la “validez” de la tradición*

Como directa consecuencia de la precisión introducida en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806 del *Proyecto Inédito*, se operó un proceso de adecuación dogmática al tratamiento de las condiciones requeridas para que se estuviera en presencia de una tradición dominical; lo que significó, en líneas generales, un apartamiento de la sistematización y lenguaje de Pothier que se habían seguido tan de cerca en el *Proyecto* de 1853, si bien no fue tan profundo como para eliminar todas las incoherencias dogmáticas y semánticas derivadas de la oposición entre la concepción dominical adoptada por el codificador chileno y la posesoria del jurista francés.

El alejamiento de la doctrina de Pothier se concretó en dos grandes ámbitos a saber: a) se eliminó toda indicación expresa a “los requisitos de la tradición” y b) se suprimió toda referencia a las condiciones o requisitos exigidos para que “la tradición transfiera el dominio”.

El abandono de una sistematización fundada en los “requisitos para que la tradición transfiera el dominio” superaba la inconsecuencia que ella envolvía, en cuanto a que tal expresión era propia de una línea dogmática fundada en una noción posesoria de la tradición y que, por ende, abrazaba junto a su efecto dominical el más amplio de carácter posesorio. De este modo, la cuestión de la falta o ausencia de los elementos definitorios de la tradición dominical, consagrada en el artículo 806, ya no se expresaba bajo la fórmula de no generar “la transferencia del dominio”, sino que se adecuaba a la categoría de la “validez” de la tradición, que había coexistido con ella en el *Proyecto* de 1853.

La primera modificación inspirada en la idea anterior fue suprimir el antiguo artículo 809 que señalaba: “La tradición, para que por ella se efectúe la

traslación del dominio, debe tener los requisitos que la ley prescribe”. La alteración consiguiente fue estructurar los antiguos “requisitos para que la tradición transfiera el dominio” como condiciones “para que la tradición sea válida”, propósito que significó adecuar y reordenar el contenido de varios de los antiguos artículos del *Proyecto* de 1853.

a) *Para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante*: inmediatamente a continuación del nuevo artículo 807, que definía al *tradente* y al *adquirente* desde una perspectiva sólo dominical, se trataba de la primera condición de validez de la tradición, pues el inciso primero del artículo 808 declaraba: “Para que la tradición sea válida, debe ser hecha voluntariamente por el tradente o su representante”.

Esta disposición reformulaba la contenida en el artículo 810 del *Proyecto* de 1853, cuyo contenido era expuesto como “primer requisito de la tradición” para que por ella se “transfiera el dominio”. Ahora se adecuaba plenamente a la definición dominical del artículo 806, de manera que para la validez de ella debía no sólo ser materialmente realizada por el dueño o su representante legal, convencional o judicial sino, también, debía ser hecha “voluntariamente”.

El artículo 810 del *Proyecto* de 1853 rezaba: “El primer requisito de la tradición, para que transfiera el dominio, es que sea ejecutada por voluntad del que tiene facultad de enajenarla, como dueño o como representante legal o judicial del dueño”.

Queda dicho que el referido artículo 810 del *Proyecto* de 1853 correspondía al “primer requisito” de los que exigía Pothier para que la tradición “transfiriera el dominio”, es decir, aquí el significado de la palabra ‘tradición’ no era dominical, sino posesorio, esto es, entendida como “hecho de la entrega” (*factus tradendi*). Así, lo exigido en el sistema de Pothier era la “voluntad” en el acto material de la entrega que, por cierto, ninguna relación tenía con la “intención de transferir el dominio” referida en la definición de la tradición dominical, pues ella era la que se había prestado en el momento de constituirse el “título traslativo de dominio” (*iusta causa traditionis*) y, en cuanto tal, era parte del “contenido” del “título”, ni menos podía referirse a la tradición *a non domino*, que había quedado excluida de la definición del artículo 806.

Particularmente clarificador respecto del sentido de esta exigencia, referida al acto de la entrega (*factus tradendi*) y no a una concepción “dominical” de ella, eran los ejemplos que el mismo Pothier ofrecía al tratarla; pues todos partían de la base de un acto material de entrega (“tradición”) diferido en el tiempo en relación con el título en el cual ella se fundaba. Así escribía que debía tenerse en cuenta que era en el momento en el que se hacía la tradición en el cual debía intervenir el consentimiento del propietario para que ella pudiera transferir la propiedad de la cosa a quien se hacía

la tradición³⁹. De esta suerte, si el dueño, habiendo voluntariamente consentido en la tradición que un tercero debía hacer de una cosa que le pertenecía, antes que el tercero efectuara la entrega (“tradición”) había cambiado de voluntad, o había perdido la vida o la razón, no subsistía su consentimiento, y así la tradición que después de ello hiciera el tercero no podría transferir la propiedad a aquél a quien la hiciera⁴⁰.

De este modo, a pesar de la alteración introducida en el inciso primero del artículo 808 del *Proyecto Inédito*, el uso en él de la palabra ‘tradición’ no se adecuaba propiamente a la noción dominical de la tradición referida en su artículo 806, sino que tenía una significación que denotaba la materialidad de la entrega, es decir, la tradición en cuanto *factus tradendi*; porque, precisamente, era en los casos en los cuales el hecho de la entrega se difería en relación con el título, en los que podía plantearse la cuestión de una oposición entre la “intención de transferir el dominio”, que el tradente sí había manifestado en el título, y su “voluntad” expresada en el momento del *factus tradendi* por él mismo o por su representante.

En la misma línea anterior ha de entenderse el inciso segundo del artículo 808 del *Proyecto Inédito* y, por lo tanto, sin relación alguna con la exigencia del “título”, ni menos con la tradición *a non domino*: “Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante legal del dueño”.

Esta disposición reformulaba y situaba en lugar sistemáticamente diverso el contenido del artículo 813 del *Proyecto* de 1853, cuyo texto era el siguiente: “Una tradición que en su origen fue inválida por haberse hecho sin voluntad del dueño, se valida retroactivamente por la ratificación posterior del mismo”.

La sustitución de la expresión “sin voluntad del dueño” por la de: “sin voluntad del tradente o de su representante” era plenamente coherente con la modificación que se había introducido en la definición de la tradición dominical contenida en el artículo 806, que importaba la expresa referencia a ser hecha por “el dueño”. También lo era su sustitución por “tradente”, supuesta la definición dominical de *tradente* contenida en el nuevo inciso primero del artículo 807, al igual que la referencia al “representante” de

³⁹ POTHIER (n. 9), nr. 221, p. 122: “Observez que c’est au temps que se fait la tradition, que le consentement du propriétaire à la tradition doit intervenir, pour qu’elle puisse transférer la propriété de la chose à celui à qui elle est faite.

⁴⁰ *Ibid.*: “Si le propriétaire, ayant volontairement, et sans y être obligé, consenti à la tradition que je devois faire de sa chose, eût depuis, avant que je l’aie faite, changé de volonté, ou eût perdu la vie ou la raison; son consentement ne subsistant plus, la tradition que je ferois depuis ne pourroit transférer la propriété à celui à qui je la ferois”.

acuerdo con las precisiones establecidas en los tres incisos finales del nuevo artículo 807.

Lógicamente esta regla se situaba como complemento de la fijada en el inciso primero del artículo 808, pues si él había señalado la exigencia de la “voluntad” del *tradente* o de su *representante* en el acto material de la entrega, el inciso segundo se ocupaba en reglar qué ocurría si dicho *factus tradendi* se había realizado sin la requerida voluntad. Naturalmente, la “tradición”, entendida como hecho de la entrega debido a la incoherencia semántica que quedaba como huella de la influencia de la línea dogmática de Pothier, era “inválida” en el momento de haber sido realizada (“al principio”), pero nada impedía que, con posterioridad, aquél cuya voluntad había faltado la ratificara, en cuyo caso la tradición “se valida retroactivamente”.

Esta regla se fijaba para los casos en los cuales la tradición, entendida como *factus tradendi*, era realizada por un incapaz relativo. Veamos las razones:

1. El inciso primero sólo exige “para que la tradición sea válida” que ella sea hecha “de manera voluntaria” por “el tradente” o “por su representante”, sin que incluya expresamente a los “mandatarios” y a los “síndicos o personeros” de las personas jurídicas, de los cuales se había ocupado tácitamente en el inciso segundo del artículo 807, cuando había precisado la noción de *tradente*.

No se trataba aquí de la tradición hecha por mandatarios, supuesto que respecto de ella había una regla expresa (artículo 810), sin perjuicio de las reglas generales tocantes a la responsabilidad del mandatario que excedía los límites del mandato (art. 2.304). En cuanto a los “síndicos o personeros” de las personas jurídicas había regla expresa (artículo 650).

2. Una tradición, en cuanto *factus tradendi*, verificada por un incapaz relativo era, de acuerdo con la regla general, “inválida”, por “haberse hecho sin voluntad del tradente”, que era el mismo incapaz relativo quien, en cuanto dueño de la cosa entregada (art. 807 inc. 1), no podía entenderse que actuara por sí mismo “de manera voluntaria”, y, asimismo, lo era por “haberse hecho sin voluntad de su representante”.
3. La tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha personalmente por un incapaz relativo adolecía de nulidad relativa, de acuerdo con la regla general sentada en el inciso final artículo 1.864 del *Proyecto Inédito*.
4. Esta tradición (*factus tradendi*), que adolecía de nulidad relativa, podía, al tenor del inciso segundo del artículo 808, validarse “retroactivamente por la ratificación”, de conformidad también con la regla general expresada en el artículo 1.867 del *Proyecto Inédito*: “La nulidad relativa... puede sanearse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes”.
5. Tal “ratificación” podía ser prestada, según el mismo inciso segundo del artículo 808, por el “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño”,

caso que podía ofrecerse: a) respecto del propio incapaz relativo después que se hubiera hecho capaz o b) respecto del marido administrador de la sociedad conyugal, cuando la tradición, en cuanto *factus tradendi*, la hubiera hecho la mujer “sin voluntad” del marido, supuesto que ella era incapaz relativa (art. 1.628 inciso 3) y era el marido quien tenía la “facultad de enajenar como dueño”, según el artículo 1.909 del *Proyecto Inédito*: “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos i sus bienes propios formasen un solo patrimonio”. Por ello el artículo 155 prohibía expresamente a la mujer “sin autorización del marido... enajenar”, de guisa que si lo hacía, tal acto adolecía de nulidad relativa y, en consecuencia, podía ser ratificado por el marido, de acuerdo con la regla expresa del artículo 160 del *Proyecto Inédito*: “El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer”.

6. La misma “ratificación” podía prestarla quien tenía “facultad de enajenar la cosa” en cuanto “representante legal del dueño”. Éste era el caso, al tenor del inciso tercero del artículo 1.628 del *Proyecto Inédito*, de “los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad” y de “los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo”. En tales casos la ratificación había de prestarla el padre, como lo reconocía expresamente el artículo 274 del *Proyecto Inédito* (“Los actos i contratos del hijo del familia que el padre haya autorizado o ratificado...”), o el curador del disipador.

Un ejemplo aclarará el campo operativo de esta regla en relación con la tradición realizada por los incapaces relativos:

Cayo, curador de Julio, disipador interdicto que era dueño de una mesa de plata, la vendía a Ticio, conviniéndose que la tradición de ella se verificaría en un tiempo posterior. Antes de la llegada del término fijado para la tradición Julio, aún sujeto a curaduría por su prodigalidad, entregaba la mesa de plata a Ticio. Obviamente, aquí Julio era el *tradente*, al tenor del inciso primero del artículo 807 porque era el dueño de la mesa de plata, cuya “intención de transferir el dominio” constaba válidamente en el título de venta porque había sido celebrada legalmente por su curador; pero en el momento del hecho de la entrega (*factus tradendi* = tradición) no podía decirse que la hiciera “voluntariamente”, ni él ni menos su *representante*, por lo tanto ella no era válida de acuerdo con el inciso primero del artículo 808. Pero dicha tradición “que al principio fue inválida” por haber faltado la “voluntad” del *representante*, podía ser ratificada posteriormente por el curador de Julio, que era quien tenía la “facultad de enajenar la cosa” en calidad de “representante legal del dueño” o, incluso, por el mismo Julio una vez libertado de la curatela, en cuanto ahora sí tenía “facultad de enajenar la cosa como dueño”.

El mismo Pothier ofrecía la explicación y el ejemplo que comprueban esta inteligencia del inciso segundo del artículo 808, *Traité* (n. 9), nr. 225, p. 126:

“L’incapacité des mineurs n’étant établie qu’en leur faveur, elle n’est que relative: ils ne sont censés incapables d’aliéner les choses qui leur appartiennent, et les aliénations qu’ils en font ne sont censées nulles, qu’autant qu’elles pourroient leur être désavantageuses. C’est pourquoi si, étant devenus majeurs, ils les ont approuvées, soit par une ratification expresse, soit par une approbation tacite, en laissant écouler le temps de dix ans depuis leur majorité sans se pourvoir contre, ils sont censés avoir été capables d’aliéner les choses qu’ils ont aliénées, quoiqu’en minorité; et la tradition qu’ils en ont faite est censée en avoir transféré incontinent la propriété à ceux à qui elle a été faite. Il en est de même des interdits pour cause de prodigalité”.

La reglas, pues, del artículo 808 no se referían a la “intención de transferir el dominio” manifestada en el título, ni menos a los casos de una tradición en la cual el *tradente* no fuera el dueño (*traditio a non domino*), sino a aquéllos en los cuales podía faltar la voluntad del *tradente* o de su *representante* en el acto material de la entrega (*factus tradendi*), cuyo caso más típico era el de la tradición verificada por un incapaz relativo (menores no habilitados de edad, disipadores interdictos y mujeres casadas al tenor del inciso tercero del artículo 1628 del *Proyecto Inédito*). Se adoptaba en esta materia el principio general relativo a la posibilidad de ratificación de sus actos (nulos relativamente), que el mismo *Proyecto Inédito* sentaba en su artículo 1.867: “La nulidad relativa... puede sanearse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes”, ratificación expresa o tácita que se regulaba en sus artículos 1.878 a 1.882.

- b) La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante legal: en el inciso primero del artículo 809 del *Proyecto Inédito* se contenía esta regla, que era el espejo de la sentada en el artículo anterior en relación con el adquirente: “La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante legal”.

Este inciso adecuaba y reordenaba el contenido del que era primero del artículo 814 del *Proyecto* de 1853, cuyo texto era el siguiente: “La tradición, para que sea válida, requiere también del consentimiento de la parte a quien se hace la entrega, o de su mandatario o representante”.

Nuevamente, en concordancia plena con la precisión dominical de la noción de tradición contenida en el artículo 806, se substituía la expresión “del consentimiento de la parte a quien se hace la entrega”, por la nueva: “el consentimiento del adquirente”, es decir, “de la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida” de acuerdo con la correspondiente definición del inciso primero del artículo 807. Del mismo modo, el reemplazo de la locución “o de su mandatario o representante” por “o de

su representante legal”, excluyéndose al mandatario, era coincidente con el campo operativo de esta regla tocante a la tradición verificada a un incapaz relativo.

De este modo, en la tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha a un incapaz relativo faltaba el consentimiento, precisamente, del *adquirente* o de “su representante legal” y, por ende, adolecía de nulidad relativa, lo cual abría la puerta a su ratificación, tal cual lo declaraba el inciso segundo del mismo artículo 809: “Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación”.

Tal disposición correspondía al antiguo inciso segundo del artículo 814 del *Proyecto* de 1853, del cual sólo se eliminaba la palabra final ‘posterior’, que debió parecer redundante en su relación con la voz ‘ratificación’, que implícitamente contiene la idea de posterioridad.

Supuesto lo que se lleva dicho, ténganse aquí presente, *mutatis mutandis*, las observaciones hechas a propósito del artículo anterior.

- c) *La tradición en que intervienen mandatarios*: queda dicho que, como los artículos 808 y 809 únicamente se ocupaban de la tradición (*factus tradendi*) hechas por el *tradente* y al *adquirente* o por los respectivos “representantes legales” de los incapaces relativos frente a la posibilidad de ratificación de la nulidad relativa, el tratamiento de la tradición realizada por mandatarios no había sido reglada junto a los casos anteriores porque de ella no se podía originar una cuestión de “nulidad relativa”. Por ello, en el artículo siguiente a los anteriores, bajo el número 810, se fijaba una regla expresa para tales casos, con el complemento de otra situación no reglada tocante a la actuación de los representantes legales en la que tampoco se hallaba envuelta una cuestión de nulidad relativa: “Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere, además, que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal”.

Esta disposición adecuaba y resistemizaba en una sola regla, comprensiva del *tradente* y del *adquirente*, el contenido de los artículos 811 y 812 del *Proyecto* de 1853, cuyos textos eran los siguientes:

(811) “Para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición ejecutada por el mandatario o por el representante legal del dueño, es necesario que la enajenación no salga de los límites del mandato, o de la autorización legal o judicial”.

(812) “De la misma manera, aquél a quien por la tradición se trasfiere el dominio puede ser representado en ella o por su mandatario o por su tutor, curador u otro representante legal.

Pero el mandatario o representante a quien se le hace la entrega, debe obrar en ello dentro de los límites de su mandato o de su representación legal”.

De acuerdo con la línea dogmática asumida por la Comisión Revisora desaparecía en el nuevo artículo 815 del *Proyecto Inédito* el uso de la expresión “para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición”, ahora substituida por: “Para que sea válida la tradición”.

El artículo 811 del *Proyecto* de 1853 estaba fundado expresamente en las doctrinas de Pothier, lo cual significaba que su contexto dogmático era el de una noción de tradición posesoria y no dominical; lo cual representaba una inconsistencia en relación con la línea asumida por el codificador chileno en el artículo 806, precisamente porque la consecuencia que debía obtenerse de la actuación del mandatario o representante legal fuera de los términos que le competían era simplemente que, en tal caso, la tradición, en cuanto *factus tradendi*, “no transfería el dominio”. Ésta era la expresa forma en la que el mismo Bello entendía este artículo, pues en nota a él lo explicaba de la siguiente manera: “Así el tutor o curador que en calidad de tal vende un fundo sin previo decreto judicial, i el que subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que requiere la lei para la venta en subasta, *no transfieren el dominio*”⁴¹.

El referido sentido y entendimiento del artículo 811 se afirman, además, en que la fuente de él era el *Traité de la propriété* de Pothier, citado expresamente en sus números 222 y 225 por el codificador⁴². Es decir, de nuevo no se había reparado en que para el autor galo la palabra ‘tradición’ tenía un sentido posesorio y no exclusivamente dominical, cuyo traslado al proyecto del *Código Civil* era incoherente con una pretensión de sólo ocuparse de la tradición dominical.

⁴¹ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 195, nota art. 811.

⁴² POTHIER (n. 9), nr. 222, p. 123: “La tradition d’une chose est censée faite par le propriétaire, et transfère la propriété de la chose à celui à qui elle est faite, non seulement lorsqu’elle est faite par le propriétaire lui-même, mais lorsqu’elle est faite, en son nom, par quelqu’un qui a qualité pour cela. Par exemple, lorsque le tuteur d’un mineur, ou le curateur, des choses mobilières appartenantes au mineur ou à l’interdit, vend, en sa qualité, la tradition aux acheteurs, c’est le mineur ou l’interdit propriétaire des choses vendues, qui est censé en avoir fait la tradition par le ministère de son tuteur ou curateur; en conséquence, cette tradition en a transféré la propriété aux acheteurs. C’est le cas de cette maxime, *Le fait du tuteur est le fait du mineur*. Mais si le tuteur ou curateur avoit vendu en son nom de tuteur ou de curateur, sans décret du juge, un héritage du mineur ou de l’interdit, la tradition qu’il en feroit audit nom, ne seroit pas censée faite par le mineur ou l’interdit, et ne transféreroit pas la propriété de l’héritage à l’acheteur; car le fait du tuteur n’est censé celui du mineur que dans les choses qui n’excèdent pas le pouvoir du tuteur; mais l’alienation des immeubles du mineur ou de l’interdit est une chose qui excède le pouvoir d’un tuteur ou d’un curateur”. La referencia al nr. 225 debe ser un error, pues ha de tratarse de una remisión al nr. 223, p. 124: “On a fait la question de savoir si, vous ayant donné une chose pour la donner en mon nom à quelqu’un, la tradition que vous lui en avez faite, non en mon nom, mais au vôtre, lui a transféré la propriété. Jabolenus décide que, suivant la subtilité du droit, elle ne l’a pas transférée, la tradition n’ayant pas été faite par le propriétaire de la chose,

La eliminación en el *Proyecto Inédito* de la referencia al requisito exigido “para que se transfiera el dominio en virtud de la tradición” y su reemplazo por “para que sea válida la tradición”, no operó el efecto integral de hacer desaparecer la dificultad semántica procedente del uso de la palabra ‘tradición’ en él, pues su lectura podía dar pie para que se entendiera que la nueva regla del artículo 810 se refiriera sólo a la tradición en cuanto hecho de la entrega (*factus tradendi*) y no en tanto el modo de adquirir el dominio definido en el artículo 806.

Sin perjuicio de lo anterior, la nota explicativa puesta por Bello al artículo 811 del *Proyecto* de 1853, que queda transcrita⁴³, dejaba en claro que el codificador chileno entendía que la regla que él sentaba era propia de la tradición dominical y, por lo tanto, no podía referirse a una tradición entendida como “hecho de la entrega”. En efecto, Bello, siguiendo los ejemplos que ofrecía Pothier, se ponía en el caso de la actuación de un representante legal (“tutor o curador”) que obraba en la constitución del “título translativo de dominio” fuera de los términos de su representación legal; como si “en calidad de tal vende un fundo sin previo decreto judicial”, es decir, celebraba la venta (“título”), y lo mismo podía decirse respecto del que “subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que requiere la ley para la venta en subasta”, de esta manera la actuación fuera de términos del representante se verificaba en la constitución del título y, consecuentemente, aquellas entregas fundadas y dependientes de tales títulos “no transfieren el dominio”⁴⁴.

El mismo criterio de entendimiento de tal disposición aparecía en el *Proyecto Inédito*, supuesto que en su artículo 810 Bello reiteraba la misma inteligencia que había dado al proyecto anterior, ahora con la inclusión de un ejemplo para el caso del mandatario:

“Art. 810. Así el mandatario que, por los términos del mandato, sólo tuviera facultad para vender la cosa al contado, no transferiría el dominio si la vendiera a plazo; i lo mismo se aplica al tutor o curador que, en calidad de tal, vende un fundo sin previo decreto judicial, i el que subastando la cosa, en virtud de sentencia judicial omite las formalidades que

puisqu'elle n'a pas été faite en mon nom, et que j'en étois le propriétaire; car j'ai bien voulu qu'on la donnât et qu'on en fit la tradition en mon nom, mais je n'ai pas consenti à la tradition que vous avez faite en votre nom. Néanmoins ce jurisconsulte ajoute que, suivant l'équité, je ne dois pas être reçu à revendiquer la chose sur celui à qui la tradition en a été faite, ayant eu la volonté de la lui donner”.

⁴³ Vide texto referido en nota 41.

⁴⁴ Debe advertirse que Bello no hacía referencia aquí a la “tradición”, pues por la redacción de su nota parecía entender que era la “venta” la que no “transfería el dominio”, lo cual no podía ser más que una deficiente redacción de la nota.

requiere la lei para la venta en subasta, Véase Pothir, *De la propriété*, núms. 222 i 225”⁴⁵.

En todo caso, en ninguno de tales supuestos se estaría en presencia de una cuestión de “nulidad relativa”, sino en sede de responsabilidad del representante o mandatario respecto de su representado o mandante, regida por las reglas generales.

- d) *Exigencia de un título traslativo de dominio*: el inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito*⁴⁶, se ocupaba en regular la exigencia de un título traslativo de dominio para la validez de la tradición: “Para que valga la tradición, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etcétera”.

El citado inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito* correspondía exactamente al que llevaba igual número en el *Proyecto* de 1853, que se fundaba, en parte, en las doctrinas de Pothier; pues la nota puesta a él remitía a su *Traité de la propriété* en el número 228, aunque también queda claro que se había tenido a la vista el número 229 para la redacción del inciso primero.

En cuanto al paso inicial del inciso primero del *Proyecto* de 1853 e *Inédito*: “Para que sea válida la tradición se requiere un título traslativo de dominio”, quedaba claro que la referencia al número 228 del *Traité* del autor francés era sólo en cuanto Pothier también mencionaba a esta condición como necesaria para la tradición dominical, pero nada más, porque ni se recibía su redacción, ni menos su contenido íntegro, pues el jurista galo escribía en dicho lugar que: “La tradición, ya hecha o ya consentida por el propietario de la cosa que es capaz de enajenar, no transfiere la propiedad sino en tanto hecha en virtud de algún título verdadero o putativo”⁴⁷.

El paso final del inciso primero del artículo 815: “como el de venta, permuta, donación, etc.” se notaba claramente influido por Pothier, quien en el número 229 de su *Tratado* anotaba que: “Se llaman justos títulos aquéllos cuya naturaleza es la de transferir el dominio de propiedad de las cosas, tales como de venta, permuta, donación, legado, etcétera”⁴⁸.

Una primera observación, digna de nota, es que aquí Bello, como en tantas otras ocasiones, fue fiel a los principios del derecho romano clásico y no admitió una tradición fundada en una “causa putativa”. La razón de este apar-

⁴⁵ BELLO (n. 6), tomo v, p. 209, nota art. 810. Valga aquí también la observación respecto de la imprecisión en la frase “no transferirá el dominio si la vendiera a plazo”.

⁴⁶ En el *Proyecto Inédito* no hay artículos 811, 812, 813 y 814.

⁴⁷ POTHIER (n. 9), nr. 228, p. 127: “La tradition, quoique faite ou consentie par le propriétaire de la chose, qui est capable d’aliéner, n’en transfère la propriété qu’autant qu’elle est faite en vertu de quelque titre vrai ou putatif”.

⁴⁸ *Op. cit.*, nr. 229, p. 127: “On appelle juste titres ceux qui sont de nature à transférer le domaine de propriété des choses, tels que ceux de vente, d’échange, de donation, de legs, etc.”.

tamiento de la doctrina de Pothier, se hallaba no sólo en el romanismo de Bello sino en su línea dogmática de sólo tratar de la tradición dominical; pues en derecho clásico la “causa putativa” no podía fundar una tradición dominical, precisamente, porque no existía una tal causa, pero ello no obstaba a que quien recibía la cosa alcanzara su posesión, claro que fundado en la causa *pro suo* y *pro possessore*, si bien distinto era el que, a pesar de dicha *possessio pro suo* y *pro possessore* pudiera adquirir la cosa por *usucapio*, supuesto que, como lo afirmaba Paulo: “Distinta es la causa de la posesión y la de usucapio” (D. 41.4.2.1: “Separata est causa possessionis et usucapionis...”).

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que en la concepción de Pothier era la tradición, entendida en su concepción general de “hecho de la entrega” (*factus tradendi*), la que requería de la existencia de un “título” para que operara el efecto de “transferir la propiedad”; es decir, el uso que él hacía de la palabra ‘tradición’ era de carácter posesorio y no dominical. Bello, al adecuar esta exigencia a una concepción exclusivamente dominical de la tradición, convertía al “título traslativo de dominio” en una condición de “validez” de la tradición dominical, de modo que si él no existía la tradición no era válida, en cuanto modo de adquirir el dominio.

Este inciso, pues, daba la regla para todos los casos en los cuales no existía título traslativo de dominio alguno que justificara la entrega. Dentro de tal “ausencia” de “título” quedaba comprendido el caso del “título putativo”, precisamente, porque él en realidad no existía. Así, Bello, apartándose de Pothier, consagraba los principios del derecho romano clásico en cuanto a la inexistencia de *iusta causa traditionis* y a la causa “putativa”.

46

- e) *Validez del título respecto de aquel a quien se confiere*: el inciso segundo del artículo 815 del *Proyecto Inédito*⁴⁹, se ocupaba en regular la exigencia de la validez del título respecto de la persona a quien se confería para que valiera la tradición. “Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

Esta disposición era idéntica al inciso segundo del artículo 815 del *Proyecto* de 1853. A diferencia del caso anterior no procede de Pothier, precisamente porque aquí se daba la regla para la “causa” o “título” que fuera “nulo”. Causa *nulla* en el derecho romano clásico era la que “no existía” (*nullus*) y, por ende, su régimen jurídico era el mismo que el de la “causa putativa”: no podía fundar una tradición dominical.

La fuente de este inciso se hallaba, con casi total seguridad, en las ideas que Bello ya había expresado en sus *Instituciones de Derecho Romano*, pues en ellas se leía que: “Finalmente la causa o título debe ser lícito, y traslativo de dominio. No sería título lícito, por ejemplo, la donación entre marido y

⁴⁹ En el *Proyecto Inédito* no hay artículos 811, 812, 813 y 814.

mujer”⁵⁰, cuya redacción en la edición de su *Derecho Romano* de 1843 era la siguiente: “Finalmente la causa o título debe ser lícito, y traslativo de dominio. No *lo sería*, por ejemplo, la donación entre marido y mujer”⁵¹.

Se trataba, entonces, de una regla complementaria a la del inciso anterior, pues si aquella se ocupaba de la “inexistencia” del título traslativo de dominio, ésta se refería a un título existente, pero inválido, cuya sanción era también la “invalidez” de la tradición.

El ejemplo que ofrecía este inciso, tocante a las donaciones irrevocables entre cónyuges, era plenamente coherente con el artículo 167 del mismo *Proyecto*: “Son prohibidas las donaciones irrevocables de un cónyuge al otro, descubiertas o paliadas. Valdrán, con todo, como donaciones revocables”, misma regla contenida en los incisos segundo y final del artículo 1.293 del *Proyecto*: “Son nulas asimismo las (donaciones revocables) entre personas que no pueden donar una a otra”, “Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”.

Tal era el caso romano prototípico de una causa *nulla*, pues, hallándose prohibidas las donaciones entre cónyuges, si se verificaba la tradición de la cosa fundándola en dicha causa (*pro donato*) no se adquiría el dominio por el cónyuge “donatario”, el cual sólo podría invocar una posesión *pro suo* y *pro possessore*.

Claramente Ulpiano explicaba este supuesto en D. 24.1.3.11:

47

“Ha de saberse que de tal modo está prohibida la donación entre marido y mujer, que por el mismo derecho nada valdrá de cuanto se hubiera hecho. Por consiguiente, si fuera cosa corporal lo que se dona, no tendrá valor alguno la tradición... pues, por el mismo derecho es de ningún valor lo que se hace entre marido y mujer por causa de donación”.

- f) *Supresión de la capacidad del adquirente*: el artículo 815 del *Proyecto Inédito* no incluía el último de los incisos de su homólogo en el *Proyecto* de 1853, que rezaba: “Se requiere, además, que la persona a quien se hace la entrega sea capaz de adquirir el dominio de la cosa”.

La eliminación de este inciso en el *Proyecto Inédito* es singularmente interesante en relación con la cuestión de la relación entre la “intención de adquirir” el dominio y la existencia de un “título traslativo” de él.

Tal supresión se debió al hecho de haberse definido en el inciso primero del artículo 807 al *adquirente*, como: “La persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre”, de manera que en ella se hallaba implícita la exigencia de su “capacidad” para adquirir,

⁵⁰ BELLO (n. 8), tomo XVII, p. 56.

⁵¹ *Op. cit.*, n. 2 y n. 3. Se ha destacado en cursiva la alteración.

idea coherente con la exigencia del “consentimiento del adquirente” prescrita en su artículo 809, en el cual Bello incluía la siguiente nota aclaratoria: “El adquirente debe ser persona capaz de adquirir el dominio de las cosas. Así la tradición de una finca no transferirá su dominio a una corporación o instituto que no estuviere autorizado para adquirirlo”⁵².

Es decir, la “capacidad” para adquirir era una exigencia que Bello, desde el *Proyecto* de 1853, refería al “título traslativo de dominio”, y que en el *Proyecto Inédito* quedaba implícitamente cubierta por la definición legal de *adquirente*, pues si éste era quien “por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida”, necesariamente, había de ser capaz de adquirir, y, en cuanto tal, manifestaba su “intención de adquirirlo” en el momento de la constitución del título.

Como se dirá en su lugar, repárese que en el *Proyecto* promulgado y publicado, en plena coherencia con esta lectura e interpretación, revivió el contenido del inciso suprimido en el *Proyecto Inédito* en la misma definición de tradición, ahora situada en el artículo 670 mediante la inclusión de la exigencia de la “capacidad”.

- g) *Ausencia de error en la persona a quien se hace la entrega*: esta condición aparecía expresada en el primer paso del artículo 816 del *Proyecto Inédito*: “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error acerca de la persona a quien se hace la entrega...”.

Esta exigencia daba una nueva redacción a la que ya existía en el artículo 816 del *Proyecto* de 1853, cuyo texto era: “Se requiere también que por parte del tradente no se padezca error acerca de la persona a quien hace la entrega...”.

Bien se ve que se ha adecuado la redacción a la luz de la línea rectora del *Proyecto Inédito*, centrado en la idea de la “validez” de la tradición, de lo cual ha de inferirse que el error en la persona a quien “se hace la entrega” torna inválida a la tradición dominical, por lo cual ella podrá ser declarada nula.

En el *Proyecto* de 1853 se indicaba en nota a este artículo el *Traité* de Pothier, en sus números 233 y 234, situado en la sistematización del autor francés a propósito del iv “requisito” para que la tradición “transfiriera el dominio”, es decir, “del consentimiento de las partes, necesario para que la tradición transfiera la propiedad”. Escribía allí Pothier que: “En segundo lugar, es necesario que el consentimiento recaiga sobre la persona a quien se quiere transferir la propiedad de la cosa respecto de la cual se hace la tradición”⁵³, pues: “No puede, en verdad, la tradición que se hace de una cosa transferir la propiedad cuando aquel que la recibe es una persona diversa de aquélla a quien se ha querido transferirla”⁵⁴.

⁵² BELLO (n. 6), tomo v, p. 209, nota art. 809.

⁵³ POTHIER (n. 9), nr. 233, p. 129: “Il faut, en second lieu, que le consentement intervienne sur la personne à qui on veut transférer la propriété de la chose dont on fait la tradition”.

⁵⁴ *Op. cit.*, nr. 234, p. 130: “La tradition qui est faite d’une chose ne peut, à la vérité, transférer la propriété, lorsque celui qui la reçoit est une autre personne que celle à qui j’ai voulu la transférer”.

En el pensamiento de Pothier este error no se producía en el título, sino en el hecho de la entrega (*factus tradendi*) y en la misma línea era adoptado por Bello según claramente se advierte en la redacción. No se trataba de un error en la persona en el momento de constituirse el “título”, supuesto que tal error podría haber envuelto la “invalidez” del título en el caso de la situación reglada en el artículo anterior, o su eventual invalidez de acuerdo con la regla general del artículo 1.633 del *Proyecto Inédito*: “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

Los ejemplos del mismo Pothier aclaraban el campo operativo de esta regla, pues giraban en torno a una donación respecto de la cual se producía el error en el momento de efectuar tradición de la cosa, pues se hacía a una persona diversa a la del donatario:

“Par exemple, si, voulant donner une chose à Paul, je fais la tradition de cette chose à Pierre, que je prends pour Paul, lequel Pierre la reçoit, comptant la recevoir pour lui; il est évident que cette tradition ne transfère la propriété de chose ni à Paul, à qui je la voulois donner (la tradition ne lui en ayant pas été faite), ni à Pierre, qui n’est pas celui à qui j’ai voulu la donner”⁵⁵.

49

- h) *Ausencia de error en el cuerpo mismo de la cosa entregada*: esta exigencia “para la validez de la tradición” era enumerada en la parte final del artículo 816 del *Proyecto Inédito*, y desarrollada en el artículo siguiente:

816 “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error acerca de la persona a quien se hace la entrega, ni acerca del cuerpo mismo de la cosa entregada...”.

817 “Se padece error en el cuerpo mismo de la cosa, cuando se entrega una cosa específica en lugar de otra.

Si se yerra en el nombre solo, es válida la tradición”.

La redacción de los artículos 816 y 817 del *Proyecto Inédito* alteraban en esta materia las que existían en sus homólogos del *Proyecto* de 1853, cuyos textos eran:

816 “Se requiere también que por parte del tradente no se padezca error acerca de la persona a quien hace la entrega, *i que ni por una ni por otra parte se padezca error acerca de la cosa entregada...*”.

⁵⁵ POTHIER (n. 9), nr. 233, p. 130.

817 “Se padece error en el cuerpo mismo de la cosa, cuando se entrega una *en lugar de otra, como el fundo o caballo A en lugar del fundo o caballo B*.”

Si se yerra en el nombre solo, es válida la tradición”.

Al igual que en el caso del error acerca de la persona, el *Proyecto* de 1853 remitía en nota a Pothier, que en el lugar correspondiente escribía que: “El consentimiento debe recaer sobre la cosa que es objeto de la tradición, es decir, es necesario que la cosa de la que se hace tradición sea aquélla que se quiere transferir en propiedad y que se quiere adquirir”⁵⁶.

Nuevamente aquí el autor francés se situaba no en un error en la cosa respecto de la constitución del “título”, sino en el momento del hecho de la entrega (*factum tradendi*) y en el mismo sentido la asumía el codificador chileno, supuesto que el error recaía en el cuerpo mismo de “la cosa entregada” (art. 816) y tal se producía “cuando se entrega una cosa específica en lugar de otra” (art. 817). Si en el momento de la compraventa, por ejemplo, se vendía y compraba la vaca Flavia no había error en el “título”, pero si al verificarse la entrega (*factum tradendi*) se entregaba una vaca diversa sí lo había, y allí operaba la regla de los artículos 816 y 817, que invalidaba la tradición. Si en el momento de la compraventa el comprador y el vendedor hubieran errado sobre el “cuerpo mismo” de la cosa vendida se aplicaba la regla general del error (“esencial”) consagrada en el artículo 1.631 del *Proyecto Inédito*: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae... sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, i el comprador entendiese comprar otra”. Se estaría, entonces, en presencia de un título nulo.

El ejemplo de Pothier otra vez era clarificador:

“Si je vais quérir chez un libraire un Missel de Paris que j’avois acheté lui la veille, et que ce libraire, ne se souvenant pas si c’est un Missel de Paris ou un Missel romain qu’il m’a vendu, me donne un Missel romain que je reçois sans y faire attention, croyant que c’est un Missel de Paris, cette tradition n’opère pas la translation de propriété, ni du Missel de Paris que j’ai acheté, puisque la tradition ne m’en a pas été faite, ni du Missel romain que j’ai reçu par erreur, puisque ce n’est pas celui que j’ai voulu acquérir”⁵⁷.

⁵⁶ POTHIER (n. 9), nr. 232, p. 129: “Premièrement, le consentement doit intervenir sur la chose qui fait l’objet de la traditio; c’est-à-dire qu’il faut que la chose, dont je vous fais la tradition, soit celle dont je veux vous transférer la propriété, et celle que vous voulez acquérir”.

⁵⁷ *Ibid.*

- i) *Ausencia de error acerca del título*: también era enumerada en el artículo 816 *in fine* del *Proyecto Inédito* esta exigencia “para la validez de la tradición” y reglada en el artículo 818: 816 “Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error acerca de... o del título”.

818 “El error en el título invalida la tradición, sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, i por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo, i por otra donación”.

En esta materia los artículos 816 y 818 del *Proyecto Inédito* mantenían inalterados los equivalentes en el *Proyecto* de 1853, que esta vez remitía en nota al *Traité* de Pothier (nr. 238) y al *Digesto* (41.1.36, 12.1.18 y 44.7.55).

Ante la cuestión de determinar cuál era el campo operativo de esta regla hay dos posibles lecturas congruentes con el sistema del *Proyecto Inédito* y que, en principio, conducen a unas mismas consecuencias jurídicas. Hay todavía una tercera respuesta, que contraría la línea dogmática del codificador chileno.

1. *Su campo operativo es el del título*: es decir, aquí se trata de la aplicación de la regla general tocante al error “en la especie del acto o contrato” que constituye el “título traslativo de dominio”, cuya presencia “vicia” el título, de manera que en el sistema causal de adquisición del dominio admitido por el codificador, como es del título del cual depende la adquisición dominical, su nulidad (en realidad, su inexistencia por no haberse formado el consentimiento) invalida también a la tradición fundada en él.

Supuesto lo anterior, el artículo 818 bien podría no haberse incluido, pues a sus conclusiones se habría arribado con la sola aplicación de las reglas generales tocantes al error.

2. *Su campo operativo es el propio de la entrega (factus tradendi)*: podría también leerse el artículo 818 como el que sienta el régimen específico del error en el momento de la entrega (*factus tradendi*) y no el del error en la constitución del título.

Excluida la razón histórica, si bien no menor, fundada en el hecho de seguir el codificador en esta disposición las opiniones de Pothier que referían el tratamiento de esta materia a una concepción posesoria de la tradición en la cual era el error en el “hecho de la entrega” el que aparecía en primer plano, sería posible argüir en pro de no regularse en el artículo 818 al error que se padeciera en la constitución del título, sobre la base de las siguientes razones:

a) El error en la constitución del título es, en la línea dogmática del *Proyecto Inédito* (también del *Código Civil* promulgado), un error que “vicia”

el consentimiento y que, por lo tanto, realmente impide que exista título, de manera que si una persona manifiesta su voluntad de comprar y la otra su voluntad de arrendar, no hay ni compraventa, ni arrendamiento, lo mismo si una manifestara su voluntad de entregar en comodato y la otra de recibir en donación, e igual ocurriría si una expresara su voluntad de vender ciertas cosas fungibles y la otra de tomarlas en mutuo.

b) Era la regla del artículo 1.631 del *Proyecto Inédito*: “El error vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de contrato que se celebra, como si uno de los contratantes entendiese empréstito, i el otro donación...”.

c) Producido un tal error no se configura un “título traslativo de dominio”, bien se considere que no existe, bien se estime que es nulo. En verdad, la divergencia de voluntades ha dado lugar a que se esté frente a un caso de “causa putativa”, precisamente porque aquel que “creyó comprar” entiende que “existe” un “título traslativo de dominio” el cual, realmente, no existe, y es en eso, precisamente, en lo que consiste la putatividad del título.

d) Si el “título traslativo de dominio” no existe o es nulo o se tiene por “putativo”, a la entrega que eventualmente le sucediera, fundándola en él, le faltaría una de las condiciones necesarias para que la tradición fuera válida, al tenor del inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito*.

e) De este modo, el error esencial que “vicia el consentimiento” en la constitución del título se halla reglado en materia de tradición en el artículo 815 del *Proyecto Inédito*, y no en el 818, pues es aquél el que excluye al “título putativo” como fundante de una tradición válida, según se dijera en su lugar.

f) Esta lectura es plenamente coherente con el sistema romano adoptado por Bello en cuanto a que la adquisición del dominio mediante la tradición es causada y, por lo tanto, depende del título traslativo de dominio.

Si el error que recaía en el consentimiento dirigido a formar el “título traslativo de dominio” se hallaba reglado con las condiciones de validez de la tradición dominical impuestas en el artículo 815, ¿cuál era el sentido, entonces, de la regla del 816 desarrollada en el 818?

Bien podía ser fijar la disciplina de una situación diversa, precisamente aquélla en la cual, habiendo “título traslativo de dominio”, era en el momento de la entrega (*factus tradendi*) en el cual se padecía el error, es decir, el error recaía “en el título” en virtud del cual se “entregaba” y se “recibía”. Es decir, no sólo se requería que hubiera un “título traslativo de dominio” que justificara dominicalmente a la entrega sino que entre dicho “título” y la “entrega” hubiera una relación de causalidad; esto es, que la adquisición de la cosa en dominio mediante la respectiva entrega

(*factus tradendi*) estuviera conectada de modo directo con la causa que la fundaba dominicalmente, conexión causal que podía verse obstada por un “error en el título” en virtud del cual se verificaba la dicha entrega.

Esta conexión entre la adquisición en virtud de la entrega y su título, derivaba no sólo de ser ella una consecuencia del sistema causado de adquisición que consagraba el *Proyecto Inédito* sino, también, de la misma concepción romana de una *traditio rei* de carácter posesorio. En efecto, cuando la “causa” estaba objetivamente dirigida a la adquisición del dominio (“título translaticio de dominio”), el efectivo control con que el adquirente se hacía de la cosa mediante la *traditio* debía derivar necesariamente de dicha causa.

Paulo ofrecía en sus *Commentaria ad Edictum* (D. 41.2.5) unos ejemplos muy claros de esta concepción causada de la adquisición y de la imprescindible conexión entre la “causa” y la “traditio” para que ella se produjera: “Si por una estipulación yo te debiera al esclavo Stico, y no te hiciera tradición de él (*et non tradam eum*); mas tú hubieras obtenido su posesión, eres un usurpador”, aquí la causa era el “pago o solución” (*pro soluto*) objetivamente dirigida a que aquél que recibiera la cosa pagada mediante la *traditio* la adquiriera; pero si obtenía la cosa sin que dicha adquisición apareciera conectada con la citada causa, no podía tenerse como que la hubiera adquirido, era, entonces, un usurpador. Lo mismo podía decirse: “Si yo hubiera vendido y no hubiera hecho la tradición de la cosa (*nec tradidero rem*), si hubieras obtenido su posesión no con mi voluntad, no la posees fundado en la compra (*pro emptore*), sino que eres un usurpador (*praedo*)”.

La situación podía apreciarse con mayor claridad en aquellos casos en los cuales, una vez constituido el título, la tradición quedaba diferida por un plazo.

Podría hallarse un ejemplo: Cayo vende a Ticio una mesa de plata pactándose que habrá de entregarla dentro de siete meses. Antes del vencimiento del plazo Cayo instruye a su mandatario Mevio para que entregue la mesa de plata en comodato a Ticio, y éste, sin recibir explicación alguna de Mevio, la recibe en el entendido de que lo es por causa de la compra que había realizado ¿Se dirá que es válida la tradición fundada en la causa de compra?, ¿Qué se dirá si Cayo, antes de vencidos los siete meses para la entrega por causa de la compraventa, solicita a Ticio la devolución de la cosa que él mandó entregar a título de comodato?

Una primera observación: no podría aplicarse aquí la regla del inciso final del artículo 835 del *Proyecto Inédito*: “La posesión de una cosa a ciencia i paciencia del que se obligo a entregarla, hará presumir la tradicion”. Cayo estaba obligado a entregar la cosa en virtud de la venta que había hecho de ella, por lo que Ticio, que la estaba poseyendo por habérsela

entregado el mandatario de Cayo, no puede decirse que la posee “a ciencia i paciencia” de Cayo desde el momento en que éste le solicita su devolución, por habérsela entregado en comodato.

Claramente aquí ha habido un “título translaticio de dominio” (compra), pero en el momento de la entrega uno ha creído entregar por una causa y otro recibir por otra. De aplicarse el artículo 818 al “hecho de la entrega” habría que decir que en esta hipótesis ha habido un “error en el título” en virtud del cual se ha verificado la entrega y, por ende, la tradición es “inválida”, supuesto que dado el sistema causal de adquisición del *Proyecto Inédito* la entrega requiere de un título traslaticio de dominio necesariamente conectado con la tradición de la cosa, que aquí no ha existido. En verdad, lo que ha ocurrido es que dicha entrega ha carecido de título, cayéndose, en consecuencia, en la regla del artículo 815, pues en este caso quien ha recibido la cosa ha creído que existe la causa de “compra”, que en realidad no existe (*causa putativa*). A la misma solución se arriba si se aplica el artículo 818 al “título”, precisamente, porque respecto de la entrega realizada no se formó título alguno traslaticio de dominio: ni el de comodato que era el intentado por el que entregaba, ni el de compra, que era el que creía quien recibía. De modo que también, la tradición resulta inválida.

54

A las mismas conclusiones habría de arribarse si la instrucción del mandatario hubiera sido entregar como donada la mesa de plata al acreedor de ella por causa de la compra. Si se mira en perspectiva del “hecho de la entrega” tal error, sobre la causa de ella, ha impedido que se configure un título translaticio a su respecto, pues no se configuró la donación ofrecida, ni menos podía fundarse ella en la compra, es decir, se trataba de una entrega sin título, volviéndose al régimen del artículo 815. Observada, pues, desde el error en el momento constitutivo del título la conclusión era la misma.

3. *Error en la intención de transferir el dominio y en la de adquirirlo*: contraria a todas razones sería afirmar que en el artículo 818 se regula un eventual error en un hipotético consentimiento específico en la entrega en orden a “transferir” y “adquirir el dominio”, pues, a fuer de ser incoherente con el sistema de adquisición causal, implicaría que en el segundo caso supuesto la tradición sería válida, supuesto que quien entregó la cosa tenía “intención de transferir el dominio”, aunque fuera por causa de donación, y quien la recibió también tenía “intención de adquirirlo”, aunque por causa de compra.
- j) *Ausencia de error en los mandatarios o representantes legales*: esta regla para la validez de la tradición se contenía en el artículo 819 del *Proyecto Inédito*: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”.

Esta disposición se tomaba literalmente del artículo 819 del *Proyecto* de 1853, con la sola substitución de la voz ‘procuradores’ por la de ‘mandatarios’. El uso de la palabra ‘procurador’ en el *Proyecto* de 1853 era clara influencia de su origen romano, pues la fuente citada expresamente en nota a él la utilizaba (D. 41.2.34.1).

Ulpiano en D. 41.2.34.1: “Pero si no me entregaras (*tradas*) a mí la posesión, sino a mi *procurator*, debe verse, si errando yo y no errando mi *procurator*, se adquirirá para mí la posesión. Y como está establecido que se adquiere para el que lo ignora, se podrá adquirir también para el que yerra; pero si errase mi *procurator*, y yo no errara, es más cierto que adquiriré la posesión”. Téngase en cuenta que la adquisición de la posesión por el *dominus negotii* mediante su *procurator* era cuestión controvertida en la jurisprudencia clásica romana.

Esta regla adquiriría su plena significación si se tenía ahora a la vista lo dispuesto en el artículo 807 del *Proyecto Inédito*.

- k) *Cumplimiento de solemnidades especialmente exigidas*: era el artículo 820 del *Proyecto Inédito* el que rezaba: “Si la lei exige solemnidades especiales para la enajenacion, no se transfiere el dominio sin ellas”.

Aquí también la Comisión Revisora transcribía el artículo 820 del *Proyecto* de 1853, aunque eliminaba su expresión inicial: “En fin,”. En nota a este artículo Bello daba la siguiente explicación: “Así cuando la lei manda subastar, o disponer que para enajenar sea necesario otorgar escritura pública, la tradicion que se hiciese sin estos requisitos no transferiría el dominio”⁵⁸.

55

4.3. *La tradición A non Domino o “posesoria” en el Proyecto Inédito*

La disciplina de la tradición *a non domino* experimentó en el *Proyecto Inédito* unas alteraciones esenciales en relación con el régimen que para ella había fijado el *Proyecto* de 1853, tanto desde una perspectiva sistemática cuanto desde la óptica de su contenido.

En cuanto a la sistematización, en el *Proyecto Inédito* se abandonó la idea de regular la “tradición posesoria” en el título “De la posesión” (VII) del libro II, de manera que se eliminó el artículo 841 del *Proyecto* de 1853 que precisaba las condiciones que se exigían “para que la tradición produzca la posesión civil” y se conservó ahora, a propósito de la posesión *regular*, el inciso primero del artículo 835: “Se llama posesión regular la que procede de justo título i ha sido adquirida de buena fe”, y su inciso segundo: “Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición”.

No reglada la “tradición posesoria” en el título “De la posesión”, fue arrasada al título VI “De la tradición”, pero dentro de una nueva y novedosa con-

⁵⁸ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 197, en nota.

cepción dogmática que eliminaba la eventual incoherencia que podría haber resultado de tratar de ella en sede de “tradición dominical”. Tal concepción, en definitiva, significaba tratarla no bajo la categoría de “tradición posesoria”, sino como “tradición de derechos”, que no eran el de dominio.

Había una serie de razones, concatenadas de manera lógica, que explicaban la nueva ubicación sistemática, en el *Proyecto Inédito*, de la tradición *a non domino* dentro del título “De la tradición” concebida exclusivamente como “modo de adquirir el dominio” o de otros derechos.

- a) *Debían fijarse las consecuencias jurídicas derivadas de la ausencia de la condición de dueño (tradente) en quien hacía la entrega*: una vez definida en el artículo 806 la tradición como necesariamente hecha por “el dueño”, esta condición se constituía en una expresa exigencia de la tradición dominical, de manera que, era necesario establecer el régimen jurídico de su ausencia.
- b) *La ausencia de la condición de dueño no podía tratarse bajo el criterio general de validez o invalidez de la tradición*: la disciplina de la ausencia de las condiciones definitorias de la tradición dominical era fijada en el *Proyecto Inédito* dentro de las categorías de “validez” o “invalidez” de ella en los artículos comprendidos entre el 808 y el 820, sin que en ellos se tratara del supuesto de no ser dueño quien realizaba la entrega, precisamente porque, en la concepción dogmática adoptada en la Comisión Revisora, ella no podía genéricamente reglarse como condición de validez, por las siguientes razones:

1. Supuesto que se había introducido un inciso segundo en el artículo 806 que ampliaba el campo operativo de la tradición “a la propiedad de las cosas incorporales”, la tradición también podía actuar en cuanto “modo” de adquirir otros derechos que el “tradente” pudiera tener sobre la cosa.
2. Supuesto lo anterior, cuando se estaba en presencia de una tradición *a non domino* necesariamente había de distinguirse si aquel “no dueño” tenía o no algún derecho, distinto del dominio, respecto de la cosa entregada, y que pudiera haber resultado “transferido” por la tradición.
3. Una primera opción era la de un “no dueño” de la cosa que tuviera, sin embargo, sobre ella otros derechos pasibles de haberse transferido mediante la tradición, al tenor del inciso segundo del artículo 806. En este caso, pues, se estaría plenamente dentro del concepto legal de tradición fijado por el codificador y no ante una mera “tradición posesoria”, por lo tanto resultaba coherente que fuera regulado en sede de “tradición dominical”. Tal era la argumentación que condujo a que se introdujera un nuevo artículo, el 822, para fijar la disciplina de la tradición *a non domino* cuando el no dueño tenía derechos distintos al del dominio sobre la cosa entregada.
4. Una segunda opción era la de un “no dueño” de la cosa entregada que no tuviera otros derechos sobre ella, pero que en el momento de la tradición sí tuviera “el derecho de ganar por la prescripción el dominio” de

ella. En esta línea dogmática, naturalmente, se caía también bajo la regla del inciso segundo del artículo 806, en cuanto por la tradición podían transferirse otros derechos, distintos del dominio, en este caso: “el derecho de ganar por la prescripción el dominio” y, por lo tanto, era coherente dogmáticamente con el concepto legal de una tradición de derechos fijada en el artículo 806. Era esta la razón que justificaba, entonces, la inclusión de un nuevo artículo, el 823, para sentar el régimen de la tradición *a non domino* cuando el no dueño tenía “el derecho de ganar por la prescripción el dominio” de la cosa entregada.

En verdad, la citada operación dogmática realizada por el codificador significaba el abandono de la habitual concepción de una “tradición posesoria”; es decir, de concebirla desde la óptica de un modo de adquirir la posesión que habilitaba para prescribir, con la evidente exclusión de entenderla, también, como un “modo” de “transferir” la posesión y de situarla coherentemente como un “modo” de “transferir” derechos, en este caso el de “ganar por la prescripción el dominio”. Se daba, pues, una nueva visión dogmática de la tradición realizada por un no dueño poseedor.

5. Una última opción era la de un “no dueño” de la cosa entregada que careciera de todo derecho sobre ella, incluso el de “ganar por la prescripción el dominio” de ella. En este supuesto, que en realidad era el de un no dueño “mero tenedor” (*possessio naturalis*), naturalmente no podía acudir a una concepción de la tradición como modo de “transferir” derechos, ni tampoco a una concepción de la tradición como modo de “transferir” o de “adquirir” la posesión, pues cualquiera de estas opciones habría envuelto una radical contradicción con el sistema adoptado por el codificador en el *Proyecto Inédito*.

Sin embargo, la solución que sí podía resultar coherente con la línea dogmática seguida por el codificador era la de entender que en este supuesto la tradición operaba como un “modo de adquirir” un “derecho”, precisamente, “el de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía”, precisamente, porque en el inciso primero del artículo 806 la tradición aparecía definida como “un modo de *adquirir* el dominio”, extendido, aunque imperfectamente en su redacción, en el inciso segundo a la “adquisición” de otros derechos. Aquí se hallaba el fundamento para el paso final del nuevo artículo 823 del *Proyecto Inédito*: “aunque el tradente no haya tenido ese derecho” (el de ganar por la prescripción el dominio).

Supuesto todo lo anterior, el codificador coherentemente reglaba en sede de tradición “modo de adquirir derechos” la diversidad de situaciones comprendidas genéricamente bajo la denominación de tradición *a non domino*, de suerte que resultaba excluida una eventual concepción, en esta sede, de una tradición en cuanto “modo de adquirir” la posesión.

4.3.1. La tradición *a non domino*, pero de “otros derechos”

De acuerdo con las razones y concepciones que quedan explicadas en los párrafos anteriores, en el *Proyecto Inédito* se incluyó un nuevo artículo, bajo el número 822, para fijar la disciplina de la tradición *a non domino* cuando el tradente, sin ser dueño, era titular de otros derechos sobre la cosa entregada, cuyo inciso primero era el siguiente: “Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

Este inciso no tenía precedentes en el *Proyecto* de 1853, y en el *Inédito* carecía de toda indicación sobre sus eventuales fuentes, lo cual era explicable, porque correspondía a una elaboración dogmática del todo novedosa, que podía atribuirse directamente al mismo codificador.

Dos observaciones solas sobre este inciso en cuanto al lenguaje empleado en él por el codificador:

- a) *Si el tradente... del mismo tradente*: el codificador utilizaba en estos casos apropiada y coherentemente la palabra “tradente”, al tenor de la definición que de él se hacía en el inciso primero del artículo 807 en relación con el inciso segundo del artículo 806 del *Proyecto Inédito*, supuesto que, técnicamente, “tradente” era quien “por la tradición transfiere el dominio” (807), u otro derecho (806).
- b) *Cosa que se entrega por él o a su nombre*: esta locución aparecía plenamente justificada debido a la regla contenida en el inciso segundo del artículo 807, en cuanto allí se establecía que: “Pueden entregar i recibir a nombre del dueño sus mandatarios...”, tal cual como se explicara en su lugar.

El citado artículo 822 del *Proyecto Inédito* incluía un inciso segundo, que completaba su campo operativo, pues se ponía en el evento de una *traditio a non domino*, pero de otros derechos, cuando el tradente adquiría con posterioridad el dominio de la cosa que había entregado: “Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición”.

A diferencia de su inciso primero, éste sí podía hallar un precedente en el *Proyecto* de 1853, pero naturalmente en un contexto dogmático diverso. En efecto, el antiguo artículo 808 del *Proyecto* de 1853 rezaba: “La tradición que al principio fue inválida en razón de haberla hecho el que no era dueño, se valida en virtud del dominio adquirido posteriormente por el que hizo la entrega.

Lo mismo se aplica a la cosa entregada en representación del que no era dueño”.

Bien se ve que el codificador en el *Proyecto Inédito* ha, coherentemente, abandonado la idea de considerar “inválida” a una tradición realizada por un tradente no dueño de la cosa entregada y, en consecuencia, también ha renunciado a estimar que la adquisición posterior del dominio por aquel tradente implicara

una “validación” de la tradición. A este fenómeno Gabriel Ocampo, miembro de la Comisión Revisora, le llamaba “retroacción”⁵⁹.

4.3.2. La tradición *a non domino*, pero del “derecho de ganar por prescripción”

En la línea dogmática, que ya queda descrita, el *Proyecto Inédito* abandonaba la concepción de una “tradición posesoria” cuando quien hacía la entrega no era dueño, pero sí poseedor; es decir, no concebía a la tradición como un “modo de transferir la posesión”, sino que adecuándola a una visión exclusiva de “tradición de derechos” la asumía conceptualmente como una tradición que operaba el efecto de “transferir” el “derecho de ganar por la prescripción el dominio” de la cosa entregada. Aparecía así el nuevo artículo 823, cuyo texto era el siguiente: “La tradición da al adquirente, en los casos i el modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”.

Esta regla se hallaba en plena armonía con el concepto legal de una tradición de derechos, tal cual se la había definido en el artículo 806 y, como ya se advirtiera, la citada operación dogmática manejada por el codificador significaba el abandono de la habitual concepción de una “tradición posesoria”; es decir, de concebirla desde la óptica de un modo de adquirir la posesión que habilitaba para prescribir, con la evidente exclusión de entenderla también como un “modo” de “transferir” la posesión. Era esta la razón que explicaba la supresión del antiguo artículo 841 del *Proyecto* de 1853, que reglaba a la “tradición posesoria”.

Al igual que en el caso anterior, la utilización de las voces ‘adquirente’ y ‘tradente’ en esta disposición era coherente con la definición legal que de ellas se había dado en el artículo 807 en relación con el inciso segundo del artículo 806.

En cuanto la tradición no se concebía como un “modo de transferir la posesión” sino del “derecho de ganar por la prescripción el dominio”, cobraba nueva fuerza dogmática la disposición del artículo 2.683 del *Proyecto Inédito*, que, respecto del poseedor de una cosa que hubiera sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos más personas”, sentaba como regla que: “El tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor”. Es decir, no es la “posesión” la que se puede “agregar”, sino “el tiempo” para prescribir.

4.3.3. La tradición *a non domino*, y la adquisición del “derecho de ganar por prescripción”

En el mismo artículo 823 del *Proyecto Inédito* se sentaba el régimen de la tradición *a non domino* cuando quien entregaba la cosa carecía, incluso, del derecho

⁵⁹ OCAMPO, Gabriel, *Proyecto de Código Civil*, “Pertenece a Gabriel Ocampo”, Santiago de Chile, 1855, p. 178, nota al art. 682.

de ganarla por prescripción, en cuyo caso la tradición también daba al adquirente el citado derecho: “aunque el tradente no haya tenido ese derecho”.

Era éste el caso de un no dueño “mero tenedor” (*possessio naturalis*), en cuyo supuesto no podía concebirse que la tradición “transfiriera” el derecho de ganar por prescripción, pero sí que ella operara, cumpliéndose la exigencias legales, como “modo de adquirir” este derecho, del cual, precisamente, el tradente carecía.

4.4. De la sistematización del título VI del libro II en el Proyecto Inédito

Supuestas todas las operaciones dogmáticas y sistematizadoras operadas por la Comisión Revisora del *Proyecto* de 1853, apareció en el *Proyecto Inédito* una estructura armónica y sistemáticamente más coherente para el título VI de su libro II, aunque todavía quedaban algunos aspectos no suficientemente trabajados.

La primera innovación expositiva de importancia consistió en distribuir el contenido del citado título en tres párrafos, de los cuales el primero quedó destinado al tratamiento de las “Disposiciones generales” tocantes a la tradición, desde la perspectiva de la definición legal de una tradición dominical; es decir, en cuanto modo de adquirir el dominio enumerado en el artículo 727 del *Proyecto* (hoy 588), y extendido a otros derechos al tenor del artículo 806 en su inciso segundo.

La estructura del referido párrafo comprendía, ahora, cuatro grandes espacios que daban cuenta de las nuevas orientaciones dogmáticas asumidas por la Comisión Revisora:

1. Definiciones Generales

- a) *Tradición dominical*: artículo 806 inciso 1º, (670 inciso 1º actual).
- b) *Tradición de otros derechos*: artículo 806 inciso 2º (670 inciso 2º actual).
- c) *Definiciones legales de tradente y adquirente*: artículo 807 (671 actual).

2. Condiciones para la validez de la tradición dominical

- a) *Voluntad del tradente*: artículo 808 (672 actual).
- b) *Consentimiento del adquirente*: artículo 809 (673 actual).
- c) *Tradición por mandatarios o representantes*: artículo 810 (674 actual).
- d) *Título translaticio de dominio y su validez respecto del adquirente*: artículo 815 (675 actual).
- e) *Ausencia de error en la tradición*:
 - e.1) Error en la persona: artículo 816 (676 actual).
 - e.2) Error en el cuerpo mismo de la cosa entregada: artículo 817 (676 actual).
 - e.3) Error en el título: artículo 818 (677 actual).
 - e.4) Error de los mandatarios o representantes: artículo 819 (678 actual).
- f) *Solemidades legales cuando así se exige*: artículo 820 (679 actual).

3. Efectos de la tradición dominical:

Único: *Adquisición del dominio*:

- a.1) Puro y simple: artículos 821 y 821 a (680 actual).
 - a.2) Sujeto a modalidad:
 - Bajo condición: artículo 821 (680 actual).
 - A término: artículo 821 a (681 actual).
 - 4. De la tradición *a non domino* o “*de otros derechos*”:
 - a) *Adquisición de los derechos transmisibles del que hizo la entrega*: artículo 822 (682 actual).
 - b) *Obtención del derecho a adquirir por la prescripción*: artículo 823 (683 actual).
- Sin perjuicio de toda la adecuación sistemática obrada en el llamado *Proyecto Inédito*, se conservó en él la huella de Pothier y de la concepción anterior, que también incluía en la noción de “tradición” a la entrega que sólo generaba un efecto posesorio; sobre todo porque no se eliminaron las referencias a las condiciones que debía reunir la tradición para que produjera la adquisición del dominio en el recipiente de la cosa entregada; de manera que ahora la expresión “para que sea válida la tradición” producía un cierto efecto distorsionador dentro de la posición adoptada por el codificador, y que aún perdura en el *Código* actualmente en vigencia. De tales dificultades se tratará en el apartado siguiente.

5. LA SISTEMATIZACIÓN DEFINITIVA: EL *CÓDIGO CIVIL* PROMULGADO Y PUBLICADO

61

Finalmente, en el texto del *Código Civil* promulgado, y todavía vigente, se mantuvo la estructura sistemática del *Proyecto Inédito* en sede de tradición, aunque se introdujeron algunas variaciones en determinadas disposiciones, cuya finalidad era superar algunas incoherencias que aún se advertían en él.

5.1. La definición final de tradición dominical

En el *Proyecto* aprobado en 1855 y publicado como oficial se introdujeron ciertas alteraciones en la definición legal de tradición, pues ahora el artículo 670 rezaba lo siguiente: “La *tradición* es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”.

Nuevamente el examen de esta definición en relación con la precedente del *Proyecto Inédito* se vuelve pieza clave para comprender la línea dogmática que adoptó definitivamente el codificador en cuanto a la tradición.

5.1.1. La tradición es un modo de adquirir el dominio

El paso inicial de la definición se mantenía inalterado en relación con el *Proyecto Inédito*, de manera que aquí deben tenerse en cuenta las observaciones que ya se hicieron al tratar de él, en su conexión con el inciso primero del actual

artículo 588 del *Código Civil*, que incluye a la tradición dentro de “los modos de adquirir el dominio”.

Hoy día, la categoría de los “modos de adquirir el dominio” ha sido recibida en la *Constitución Política de la República*, aunque bajo la variante de “modos de adquirir la propiedad”, cuyo establecimiento ha sido entregado exclusivamente a la ley, pues en el artículo 19 número 24 no sólo se asegura constitucionalmente a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre todo tipo de bienes corporales e incorporales sino, también, se prescribe que:

“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, de modo que en este inciso segundo del número 24 del artículo 19 se está en presencia de uno de aquellos casos previstos genéricamente en el artículo 60 de la *Constitución*, cuando declara que: “Sólo son materias de ley”, 3: “Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”.

62

Repárese que el lenguaje constitucional es diverso al del *Código Civil*, en cuanto utiliza la expresión “modo de adquirir la propiedad”, que el texto de Bello no emplea, si bien tal expresión es coherente con el paso inicial del artículo 588 del *Código*: “El dominio (que se llama también propiedad)...”, aunque en el mismo artículo 19 número 23 puede leerse el giro “adquirir el dominio”, cuando se garantiza a todas las personas: “La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”⁶⁰. Pero más trascendente que ello lo es una diferencia dogmática reflejada en el lenguaje definitorio del contenido de la propiedad. En efecto, Bello, con una clara cercanía a la tradición clásica romana, si bien en el artículo 588 definía al dominio o propiedad como un “derecho real”, aclaraba que él lo era “en una cosa corporal”, y que respecto de tal cosa aquel derecho real importaba “gozar y disponer de ella”; es decir, de la “cosa”, mientras que en el texto constitucional se operaban en esta materia dos alteraciones de importancia: a) las posibilidades de aprovechamiento ahora se predicán, no de la cosa, sino de la misma “propiedad” y b) se restablece la trilogía romana de posibilidades de aprovechamiento: “usar, gozar y disponer de ella”, mientras que en Bello la expresión “gozar” era comprensiva tanto del “uso” como del “goce”, supuesto que si el goce implica aprovecharse de los frutos de una cosa, tal disfrute exige necesariamente el uso, esto es, el destinar la cosa a aquello a lo que naturalmente está dirigida sin detrimento de su sustancia (arts.

⁶⁰ Vide GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Valparaíso, 2001, pp. 256-262, 269-273.

537, 575, 643, 644 *Código Civil*), sin perjuicio de su diferenciación, presente en el mismo título del libro II: “De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce”, en cuyo enunciado no se incluye a la “disposición”, supuesto que su sede propia es la del libro IV.

Reviste especial importancia el necesario complemento de la definición legal de tradición del inciso primero del artículo 670, que se contiene en su nuevo inciso segundo, pues en él se precisaba y mejoraba la redacción del anterior.

“Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

Este nuevo inciso reafirmaba el criterio dogmático del codificador en cuanto a que la tradición era un “modo de adquirir el dominio”, y también un “modo de adquirir otros derechos reales”, es decir, de aquéllos que, al tenor del artículo 576, son una especie de cosas incorporales: “Las cosas incorporales son derechos reales o personales”, definidos en el inciso primero del artículo 577 y enumerados en el inciso segundo de la misma disposición, complementada con lo dispuesto en el artículo 579⁶¹.

5.1.2. De las cosas

También en esta parte el *Código Civil*, promulgado y publicado, mantuvo sin variaciones la redacción del *Proyecto Inédito*, advirtiéndose que la eliminación de la antigua restricción a las cosas “corporales” que se había operado en aquel *Proyecto*, ahora adquiriría el nuevo matiz derivado de la extensión de la “tradición” a “los otros derechos reales”, es decir, a una especie de “cosas incorporales”.

Igualmente resultaba interesante notar el mantenimiento del artículo 829j del *Proyecto Inédito*, ahora bajo el número 699, que señalaba que: “La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro se verifica por *la entrega del título* hecha por el cedente al cesionario”, en plena concordancia con el artículo 1.901, en cuanto éste prescribe que: “La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de *la entrega del título*”.

La tradición, entonces, opera ampliamente sobre las cosas corporales y también sobre las incorporales, con la distinción de la materialidad de la entrega en lo tocante a los derechos reales y a los personales, pero, sin perjuicio de ello, ha de tenerse en cuenta que hay ciertas cosas cuya tradición no es posible, como aplicación de principios generales:

1. *Cosas inmerciables*: el *Código Civil* no contiene una definición expresa de “cosas comerciables” y “no comerciables”, aunque esta distinción se encuentra claramente recibida en él por la vía de señalarse que hay cosas que

⁶¹ Vide GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Santiago de Chile, 1995.

“no son susceptibles de dominio” (art. 585 inc. 1) o que hay “cosa incapaz de ser apropiada” (art. 1.105 inc. 1), o que “deja de estar en el comercio” (art. 1.670), como lo son aquéllas “que la naturaleza ha hecho *comunes a todos los hombres*”, respecto de las cuales “ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas” (art. 585 inc. 1), en contraposición a aquéllas “que están en el comercio humano” (art. 2498), o a que hay “dominio de cosas comerciales” (art. 2.510 inc. 1).

Supuesto que las cosas intransferibles “no son susceptibles de dominio” (art. 585 inc. 1, 1.105 inc. 1), es imposible la tradición respecto de ellas, pues jamás habrá quien pueda actuar como *tradente* debido a que éste “es la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa” (art. 671 inc. 1), precisamente, porque sólo es posible hallarse en presencia de una tradición que opere como modo de adquirir el dominio de las cosas cuando se trata de una “una entrega que el *dueño* hace de ellas a otro” (670 inc. 1). De manera que si alguien hiciera tradición de una cosa intransferible se estaría ante un caso de tradición *a non domino*, respecto del cual operarían, entonces, las reglas de los artículos 682 y 683 y, por ende, sería preciso distinguir dos situaciones diversas:

1.1. *Tradición de otros derechos*: si eventualmente el “tradente” de una cosa intransferible tuviera legítimamente algún derecho de uso o goce transmisible sobre una cosa intransferible, como lo prevé el inciso segundo del artículo 585 respecto de las cosas comunes a todos los hombres, cabría aplicar el inciso primero del artículo 682. De este modo, por la citada tradición no se adquirirían “otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”.

1.2. *Exclusión de la tradición del derecho de ganar por prescripción el dominio*: si el “tradente” careciera de todo derecho de uso y goce transmisible sobre la cosa entregada tendría lugar la aplicación de la regla del artículo 683 en cuanto excluye la adquisición del “derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía”, supuesto que tal derecho sólo se “da al adquirente” por la tradición “en los casos y del modo que las leyes señalan”, y el artículo 2.498 del *Código Civil* sólo admite “la prescripción con que se adquieren las cosas” respecto de las transferibles: “Se gana por prescripción el dominio de los bienes raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales”.

Cabe en esta cuestión tener presente también la regla, concordante con los principios generales ya explicados sobre la intransferibilidad, contenida en el número primero del artículo 1.464 del *Código Civil* en cuanto declara que: “Hay un objeto ilícito en la enajenación:... De las cosas que no están en el comercio”, de manera que, siendo la tradición un modo de adquirir el dominio que importa la enajenación por parte del tradente (art. 671 inc. 1), no es posible hacer tradición de tales cosas.

Se trata aquí de una simple concreción de la inenajenabilidad de tales cosas mediante una regla prohibitiva, de manera que una eventual tradición de ellas constituiría un acto nulo y de ningún valor (arts. 1, 10, 1.682 inc. 1).

La aplicación del artículo 682, en cuanto a una eventual tradición de “otros derechos”, aparecería como legítima excepción al principio general declarado en el número uno del artículo 1.464 en relación con el 1.682, en plena armonía con el tenor de la excepción contenida en la parte final del artículo 10 del mismo *Código Civil*; ya que tal artículo 682 representaría un expreso caso de aquéllos en los que el acto prohibido por la ley no es nulo, precisamente porque en él se ha designado “otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”⁶².

Sobre la base de la lectura que se ha hecho de las reglas relativas a la tradición y de los principios generales de la inenajenabilidad, la regla del número uno del artículo 1.464 aparece como una aplicación de tales principios.

Naturalmente es cuestión diversa de la aquí tratada la tocante a la eventual prohibición de ejecutar o celebrar ciertos actos o contratos, que pueden constituir “título translaticio de dominio”, respecto de las cosas que están fuera del comercio humano, supuesto que tales actos o contratos no importan “enajenación”, como lo es la compraventa, a propósito de la cual ha de tenerse en cuenta la regla del artículo 1.810: “Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley”; la regla general consagrada en la parte final del artículo 1.466: “Hay asimismo objeto ilícito... y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”; y la del artículo 10: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

2. *Derechos y privilegios intransferibles*: hay en el *Código Civil* una serie de casos en los cuales se está en presencia de derechos que no pueden transferirse por acto entre vivos, tales como los de uso y habitación, respecto de los cuales el inciso primero del artículo 819 declara que: “no pueden cederse a ningún título”⁶³, o el derecho de adjudicación preferente del cónyuge superviviente en el caso del artículo 1.337 número 10, pues se declara que “no puede transferirse ni transmitirse”.

En estos casos tampoco es posible que opere aquella tradición de “otros derechos reales”, de la que trata el inciso segundo del artículo 670, ni me-

⁶² Vide sobre este punto en relación con la tradición el comentario jurisprudencial de DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón; DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “Nulidad de contrato de hipoteca. Tradición de hipoteca. Nulidad y otras sanciones”, en *Revista de Derecho*, N° 200, Concepción, julio-diciembre, 1996, pp. 184-185.

⁶³ Cfr. arts. 1.618 número 9, 1.916 inciso 1, 2.466 inciso final.

nos de la tocante a la “de los derechos personales que un individuo cede a otro”, de la que se ocupa el artículo 699; porque, al tenor de la definición legal de tradición contenida en el inciso primero del artículo 670 y de la definición de *tradente* ofrecida en el artículo siguiente, no es posible cumplir con la exigencia de “transferir” un derecho de una persona a otra.

En tal sentido, este mismo principio es recogido en el número segundo del artículo 1.464, cuando declara que: “Hay un objeto ilícito en la enajenación: ...De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona”.

Distintos de los casos anteriores, en los cuales se está frente a situaciones de prohibiciones legales de enajenar, son aquellos en los que se presenta una “cláusula” o “pacto de no enajenar” en los eventos en que aquélla o éste son permitidos⁶⁴, cuyos efectos vienen señalados en la misma ley.

Tales supuestos en el *Código Civil* son los siguientes: a) el caso excepcional de la propiedad fiduciaria “cuando el constituyente haya prohibido la enajenación”, porque el inciso segundo del artículo 751 declara que, en tal caso, la propiedad fiduciaria “no será, sin embargo, enajenable entre vivos”; b) el legado “de una cosa con calidad de no enajenarla”, pues, al tenor del artículo 1.126, si: “la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita”, de guisa que la tradición será válida; c) la donación, cuando en la escritura pública (“inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido”) se “ha prohibido al donatario enajenarlas”, en cuyo caso, de acuerdo con el artículo 1.432, la resolución, rescisión y revocación de la donación dará acción contra terceros poseedores y si el donante no ejerciere tal acción “podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación”, regla que importa reconocer una suerte de ratificación de la tradición por el no ejercicio de la acción; d) la situación del “pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación”, porque aquí, al tenor del artículo 1.964, la tradición es válida, ya que tal cláusula “no dará derecho al arrendatario sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural”; e) el “pacto de no enajenar la finca censuada”, de acuerdo con el inciso primero del artículo 2.031, “no vale” y: “Toda estipulación en contrario, se tendrá por no escrita”, de modo que su tradición sería válida; f) el pacto de no enajenar los bienes gravados con hipoteca no obsta a la validez

⁶⁴ Sobre esta cuestión, discutida en la doctrina chilena, puede consultarse, además de su tratamiento general en los *Manuales* en uso, la antigua memoria de VICUÑA SUÁREZ, Luis, *De la facultad de enajenar y de su prohibición impuesta en el contrato*, Valparaíso, 1923; y el más reciente estudio de PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Prohibición de enajenar voluntaria y negativa del Conservador”, en *Revista de Derecho*, N° 168, Concepción, enero-diciembre, 1980, pp. 87-93.

de la tradición, pues, al tenor del artículo 2.415: “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”.

5.1.3. Y consiste en la entrega

Téngase nuevamente en cuenta aquí que el núcleo de la tradición dominical o de otros derechos toma su consistencia (“consiste”) del “hecho de la entrega” (*factus tradendi*), es decir, en la base de la tradición, concebida exclusivamente como “modo de adquirir”, continúa hallándose un “hecho” (*factus tradendi*), que implica el traspaso de una cosa de manos de una persona a otra; pues, ella “consiste en la entrega”, tal cual, naturalmente, lo afirma toda la doctrina chilena⁶⁵, y que expresa, desde su primera formulación por Alessandri Rodríguez, mediante la frase: “Siempre que hay tradición, hay entrega”⁶⁶.

⁶⁵ CHACÓN, Jacinto, *Exposición razonada y estudio comparado del Código Civil chileno*, II, Valparaíso, 1878, p. 160: “Lo que caracteriza la tradición es la entrega efectiva de la cosa”; VERA, Robustiano, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado por...*, III, Santiago de Chile, 1894, p. 101: “Según nuestra legislación, lo que caracteriza a la tradición es la entrega efectiva de la cosa”; URRUTIA, Leopoldo, *Explicaciones de Código Civil. (Clase de don Leopoldo Urrutia) por Oscar Dávila I. i Rafael Cañas O. R. De las obligaciones en jeneral i de los contratos*, Santiago de Chile, 1907, p. 259: “La tradición no es sino una clase de entrega”; RAMÍREZ, Tomás, *Explicaciones de Derecho Civil dadas por Don Tomás A. Ramírez. Primer Año. Apuntes tomados por Alfredo Avalos y Francisco de la Carrera*, Santiago de Chile, 1907, p. 322: “De esta definición, como del significado etimológico de la palabra, se deduce que la tradición es fundamentalmente una entrega”; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la Compra-Venta i de la Promesa de Venta*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1917, tomo I, nr. 824, p. 843: “Toda tradición supone entrega, sea real o ficta”; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, VII, *De los bienes*, II, Santiago de Chile, 1932, nr. 729, p. 278: “Consistiendo la tradición en el hecho de la entrega...”; PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil. De la copropiedad-De la propiedad horizontal y de la posesión*, IV, Santiago de Chile, 1951, nr. 883, p. 287: “Por una parte, mediante la entrega –que constituye su elemento materialístico– pone al adquirente en contacto físico con la cosa...”; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los bienes (La propiedad y otros derechos reales)*, Santiago de Chile, 1979, nr. 96, p. 115: “El código, en la definición del art. 670, prescribe que la tradición consiste en la entrega... Efectivamente, el elemento central, que da consistencia a la tradición, es la entrega del objeto tradido”, y en nr. 106, p. 122: “Más que un requisito, la entrega es en realidad el elemento substantivo de la tradición, alrededor del cual han de cumplirse las demás exigencias anotadas”; ROZAS VIAL, Fernando, *Los bienes*, Santiago de Chile, 1998, nr. 171, p. 159: “Siempre que hay tradición, hay entrega real o simbólica”; VIAL DEL RÍO, Víctor, *La tradición y la prescripción adquisitiva como modo de adquirir el dominio*, 2ª ed., Santiago de Chile, 2003, pp. 3-4: “La tradición que permite la adquisición del dominio, y que es la definida por la ley, supone siempre la entrega de una cosa de manos del tradente a las del adquirente”.

⁶⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil. Primer Año (Tomo Segundo). De los Bienes. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*, Santiago de Chile, 1933, p. 91

Supuesto lo anterior, en toda la parte siguiente de la definición legal el codificador precisa los elementos que califican jurídicamente a dicho *factus tradendi* como “modo de adquirir” y que, por ende, lo separan y distinguen de cualquier otro “hecho de la entrega”, cuyo efecto no sea dominical o de adquisición de otros derechos reales.

A regular cómo deba realizarse este *factus tradendi*, en el cual “consiste” la tradición, destina el *Código Civil* los artículos comprendidos entre el 684 y el 699.

5.1.4. Que el dueño hace de ellas a otro

Éste es el primer elemento que califica jurídicamente al hecho de la entrega (*factus tradendi*) como un “modo de adquirir” el dominio u otros derechos reales, separándola, en consecuencia, de todas aquéllas otras entregas no realizadas por el dueño o titular de otro derecho real.

La Comisión Revisora mantenía sin variaciones este paso de la definición legal, que ratificaba el criterio de una “tradición dominical”, desde el momento en que debía ser acto del dueño, en plena armonía con la definición de “tradente” que se conservaba, sin alteraciones, en el inciso primero del artículo 671; sin olvidar, que las expresiones “dueño” y “tradente” ahora habían de entenderse complementadas por el inciso segundo del artículo 670, para comprender en ellas al titular de “otros derechos reales” sobre la cosa entregada, en concordancia con el artículo 682, y con la de aquel que “transfiere” el “derecho de ganar por prescripción”, de acuerdo con el artículo 683.

Es la condición de dueño de la cosa entregada, la primera circunstancia calificatoria de la tradición en “cuanto modo de adquirir”. En tal sentido dicha persona “se llama tradente”, al tenor del paso inicial del inciso primero del artículo 671, supuesto que “es la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre”, debiendo entenderse esta última precisión en cuanto la entrega puede ser realizada por un mandatario o representante legal del dueño, de acuerdo con los incisos segundo, tercero y cuarto del referido artículo 671.

Así, entonces, este primer elemento calificador de la entrega puede expresarse como regla que, en cierto modo, refleja el principio romano *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*⁶⁷:

⁶⁷ Este principio, originariamente referido a la *mancipatio*, pero aplicable también a la *traditio* se recogía en un pasaje de Ulpiano, D. 41.1.20pr: “Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert” (“La tradición no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe”. El mismo principio, originalmente referido a la

REGLA PRIMERA: “Si la entrega de la cosa no es realizada por el dueño, su mandatario o representante legal, no se está en presencia de una tradición entendida como modo de adquirir el dominio”.

Veamos el campo operativo de esta regla y algunos casos en los que ella se concreta, como corolarios suyos:

1. *La calidad de dueño o de titular de otro derecho real se exige respecto de la entrega y no en cuanto al título translaticio de dominio:* este campo operativo ceñido al *factus tradendi* halla su razón de ser en el sistema causado de adquisición dominical adoptado por el codificador, una de cuyas consecuencias más claras es la de haber rechazado el criterio del *Code Civil*, de raigambre romano-vulgar, que atribuía efectos reales a los contratos.

La operatividad de la regla en el espacio propio de la entrega y no del título translaticio de dominio, se concreta en una serie de disposiciones del *Código Civil*, que no constituyen más que corolarios de ella.

COROLARIO PRIMERO: La venta de cosa ajena vale, pero en tal caso la entrega de la cosa vendida no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.815: “La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo (sic)”. Al tenor del inciso primero del artículo 675 es “la venta” un título translaticio de dominio, en plena armonía con el inciso tercero del artículo 703 y con el artículo 684 número 5. La venta, entonces, puede ser celebrada por quien no es dueño de la cosa, y el régimen jurídico de este contrato sobre “cosa ajena” tiene fijada su disciplina en el referido artículo 1.815, y en los demás tocantes a la obligación de saneamiento. Si, vendida una cosa ajena, tal vendedor “la entrega” a su comprador, dicho *factus tradendi* no puede ser calificado de una tradición en cuanto “modo de adquirir”, supuesto que no ha sido realizado por el dueño y, por ende, no se ha presentado el primer elemento que califica jurídicamente a la entrega como tradición dominical.

COROLARIO SEGUNDO: La constitución de un título translaticio de dominio por un coasignatario respecto de una cosa que no le es adjudicada en la partición vale, pero la entrega fundada en él no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.344 inc. 2º: “Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena”. Hay en este artículo una simple aplicación de la distinción entre el título traslaticio de dominio;

transferencia de una herencia, se recibía como regla en *Digesto* 50.17.54: “Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet” (“Nadie puede transferir a otro más derecho que el tenido por él”).

porque parte del supuesto de existir un “título de enajenación” (art. 684 N° 5), que es el que convino el coasignatario a quien finalmente no se adjudicó el bien que fue objeto de él, y la adquisición por el tercero en virtud de la entrega. Su disciplina, pues, es la misma que se sentó para la venta de cosa ajena en el artículo 1.815.

COROLARIO TERCERO: La permutación de cosas ajenas vale, pero la entrega de ellas no constituye un modo de adquirir el dominio.

Artículo 1.899 inc. 1°: “No pueden cambiarse las cosas que no pueden venderse”. La permutación es también un “título translaticio de dominio” (arts. 675 inc. 1, 703 inc. 3, 1.912) que, al referirse a cosas ajenas, tiene el mismo régimen que el sentado para la venta de cosas ajenas, en virtud de la regla contenida en el artículo 1.900: “Las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato” y, por ende, adviene aplicable la regla del artículo 1.815.

COROLARIO CUARTO: La donación con causa onerosa de una cosa que se sabe ajena vale, pero la entrega que la sucede no constituye “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.423 inc. 1°: “Las donaciones con causa onerosa no dan acción de saneamiento por evicción, sino cuando el donante ha dado una cosa ajena a sabiendas”. La donación entre vivos constituye también un “título traslaticio de dominio” (arts. 675 inc. 1, 677, 684 N° 5, 703 inc. 3), que cuando es con causa onerosa respecto de cosas ajenas halla su disciplina en este artículo 1.423.

COROLARIO QUINTO: El acuerdo de dar y recibir en pago una cosa ajena vale, pero la entrega subsecuente no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 1.575 inc. 1°: “El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño”. Esta regla debe entenderse, naturalmente, sólo respecto de aquellas obligaciones de dar constituidas en un título translaticio de dominio específico⁶⁸, pues en tal caso dicho pago se verifica mediante un *factus tradendi*, que constituye una tradición que hace adquirir el dominio a aquél que recibe la cosa pagada, sólo en cuanto quien le pagó era dueño, pues de lo contrario el pago “no es válido”, es decir, no liberó al deudor de su obligación y puede, en consecuencia, exigírsele. Así, esa entrega no fue una “tradición dominical” y al haberse hecho por quien no era

⁶⁸ Era explicable esta regla en el derecho romano clásico en cuanto existía la *stipulatio* como causa de obligaciones, entre ellas la de *dari*, más en el derecho actual, es dificultoso hallar una causa o fuente autónoma de obligación de dar en sí misma. Así, no procede, pues, su aplicación en cuanto a la compraventa, y en una interpretación amplia sí cabría en relación con la donación.

dueño, se trata de una entrega de cosa ajena, que será inoponible al verdadero dueño, sin perjuicio de que quien recibió la cosa pagada haya adquirido “el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683).

Artículo 1.575 inc. 3º: “Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar”. En este caso, supuesta la naturaleza propia de las cosas “fungibles” (art. 575), la entrega de ellas no hace adquirir el dominio a quien las recibe en pago y, por lo tanto, su dueño conserva el dominio de las especies entregadas, pero sólo le es posible reivindicarlas mientras conserven su identidad o no hayan sido consumidas. Una regla semejante se recibe en el artículo 2.202, que se explica más abajo.

COROLARIO SEXTO: El título translaticio de dominio constituido por los herederos del comodatario respecto de la cosa comodada vale, pero la entrega realizada en virtud de él no constituye un “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 2.187 inc. 1º: “Si los herederos del comodatario, no teniendo conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante (no pudiendo o no queriendo hacer uso de la acción reivindicatoria, o siendo ésta ineficaz) exigir de los herederos que le paguen el justo precio de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación le competan, según viere convenirle”. Es también esta disposición una aplicación de la regla que diferencia entre el “título translaticio de dominio”, pues se pone en el caso de la existencia de cualquier “título de enajenación” (art. 684 N° 5), y la tradición, supuesto que los referidos herederos no son dueños de la cosa comodada a su causante y, en consecuencia, han podido constituir un título translaticio de dominio, pero ello no obsta a que, en todo caso, hallan entregado una cosa ajena, de modo que dicho *factus tradendi* no opera como “modo de adquirir el dominio”, y es tal la razón, por la cual el comodante, dueño de ella, cuenta con la acción reivindicatoria para reclamarla.

COROLARIO SÉPTIMO: El mutuo celebrado respecto de cosas ajenas vale, y la entrega no constituye una tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 2.202 inc. 1º: “Si hubiere prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrán reivindicar las especies, mientras conste su identidad”. El mutuo es un contrato real cuya finalidad es “cierta cantidad de cosas fungibles” (arts. 1.443, 2.196), que no se perfecciona “sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio” (art. 2.197), de manera que si quien celebra un contrato de mutuo (“título translaticio de dominio”, v.gr. art. 677)⁶⁹ es dueño

⁶⁹ Es la *iusta causa romana pro creditore*.

de las especies que entrega, tal *factus tradendi* opera como “modo de adquirir el dominio”, pero si no es dueño la entrega no constituye una tradición dominical. Por esto, quien recibe las especies no se hace dueño de ellas y está sujeto a la acción reivindicatoria por parte del dueño. Nótese que lo reivindicable son “las especies, mientras conste su identidad”, debido al carácter de fungibles de las cosas objeto de este contrato (art. 575), y por ello esta regla está en plena armonía con la del inciso tercero del artículo 1.575, pues la adquisición del dominio se produce aquí por una suerte de “confusión”.

COROLARIO OCTAVO: La transacción con quien es poseedor aparente de un derecho es inoponible a su titular, y la eventual entrega no constituye “modo de adquirir el dominio”.

Artículo 2.452: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen”. La transacción, en ciertos casos, constituye un “título translaticio de dominio” (art. 703 inc. 3). Hay aquí una regla excepcional que, en todo caso ha de entenderse en relación con la del inciso final del artículo 2.456: “Si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho”.

2. Si la entrega la realiza un mero tenedor de la cosa, ese “*factus tradendi*” no constituye un “modo de adquirir el dominio”: diversas son las posibilidades de un mero tenedor que realiza la entrega de una cosa de la cual no es dueño, pero en todas ellas, jamás dicho *factus tradendi* constituye un “modo de adquirir el dominio”. En todo caso, los eventuales efectos no dominicales que el derecho reconozca a dicha entrega no dependerán de la ausencia de dominio en el mero tenedor de la cosa entregada, sino de la concurrencia de otros elementos de calificación jurídica de la entrega, particularmente de la naturaleza del título en el cual se funda dicha entrega.

Un mero tenedor (art. 714) puede, en virtud de un “título de mera tenencia”, entregar una cosa ajena, en cuyo caso quien la recibe solamente se constituye en mero tenedor. Tal sería el caso del arrendatario que subarrienda la cosa que tenía arrendada, siempre y cuando se hallare expresamente facultado para subarrendar de acuerdo con el artículo 1.946, o el de aquél que entrega en comodato una cosa perdida, hurtada o robada, al tenor del artículo 2.183 en sus tres incisos finales.

Caso diverso es el del mero tenedor (art. 714) que teniendo “la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella” (art. 730) y enajena “a su propio nombre la cosa”; pues aquél que la recibe “adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior” (art. 730); en cuyo evento se está frente al caso de una tradición que da “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683), precisamente en la circunstancia delimitada por la parte final del artículo 683, pues quien realizó la entrega carecía de tal derecho.

3. *Si la entrega la realiza el poseedor de la cosa, la tradición no constituye un “modo de adquirir el dominio”*: al igual que en el caso anterior, una entrega realizada por un poseedor no constituye “modo de adquirir el dominio”, y los otros efectos que el derecho le reconoce dependen de un elemento de calificación jurídica diverso, normalmente de la naturaleza del título en virtud del cual se realiza la entrega.

Si el poseedor realiza la entrega de la cosa que posee en virtud de un “título no translaticio de dominio”, tal entrega solamente vuelve mero tenedor al que la recibe, pues por ella el poseedor no pierde su posesión. Es la regla del artículo 725: “El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquier otro título no translaticio de dominio”.

A diferencia del supuesto anterior, cuando el poseedor entrega la cosa fundado en un “título translaticio de dominio” se está en presencia de una tradición que da a quien ha recibido la cosa “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683).

4. *Si la entrega la realiza quien no es mandatario del dueño, ese “factus tradendi” no constituye un modo de adquirir el dominio*: esto es así porque se faltaría a lo dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 671, debiendo, en consecuencia, aplicarse las reglas generales tocantes al mandato y, eventualmente a la agencia oficiosa, para fijar la disciplina de cada supuesto concreto que se ofreciese.

Si quien entrega la cosa no es mandatario del dueño y la realiza a nombre de éste se cae en la disciplina de la agencia oficiosa (arts. 2.286 a 2.294) y tal entrega no habrá operado como “modo de adquirir el dominio”, sin perjuicio de la posibilidad posterior de ratificación, por parte del dueño, de lo obrado por el agente oficioso.

Si se trata efectivamente de un mandatario del dueño es necesario que obre “dentro de los límites de su mandato” (art. 674), de manera que si se excede de sus términos, dicha tradición no opera como “modo de adquirir el dominio”; y quien recibe la cosa sólo estaría en el evento de haber adquirido “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683); pues la tradición sería “inválida”, entendiéndose con ello que es inoponible al mandante, pues le habría entregado una “cosa ajena”. Este caso puede admitir la peculiaridad de haberse tratado de una actuación del mandatario “que por una imperiosa necesidad sale de los límites de su mandato”; en cuya situación “se convierte en un agente oficioso” (art. 2.122) y, por ende, puede dicha entrega llegar a operar el efecto de “adquisición del dominio” de acuerdo con las reglas fijadas en los artículos 2.286 a 2.294 del *Código Civil*.

5. *Si la entrega la realiza quien no es representante legal del dueño, ese “factus tradendi” no constituye un modo de adquirir el dominio*: porque también se faltaría a lo

dispuesto en los incisos segundo y final del artículo 671, debiendo, en consecuencia, aplicarse las reglas generales tocantes a la actuación de los representantes legales.

En el caso de los tutores y curadores, por ejemplo, pueden distinguirse diversas situaciones: a) que la entrega sea realizada antes del discernimiento de la tutela, en cuyo caso, lo que realiza el pretendido tutor es nulo (art. 377), sin perjuicio de la excepción que consagra el mismo artículo 377: “pero el discernimiento, una vez otorgado, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo”, de modo que tal *factus tradendi* no constituye una tradición en cuanto “modo de adquirir el dominio”, aunque pueda eventualmente llegar a serlo; b) que la entrega sea realizada por un tutor o curador que no lo es “verdaderamente, pero creyendo serlo”, en cuyo caso: “sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja” (art. 426 inc. 1°); c) que la entrega hubiera sido realizada por alguien que actuó “de mala fe, fingiéndose tutor o curador” (art. 426 inc. 3°), en cuyo caso tampoco se está frente a una tradición que opere como “modo de adquirir el dominio” y el que recibió la cosa podrá, eventualmente, haber adquirido “el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía” (art. 683).

74

5.1.5. Habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio

La Comisión Revisora agregó en este pasaje de la definición la expresión “facultad e”, de tal manera que ahora se comprendía dentro de la noción legal de tradición una doble exigencia en el tradente, a saber: i) que tuviera “la facultad de transferir el dominio” y ii) que tuviera “la intención de transferir el dominio”.

Esta doble exigencia continuaba necesariamente vinculada con la concepción de una tradición exclusivamente dominical o de derechos. La inclusión de la necesidad de haber “facultad” de transferir el dominio quedaba ahora ligada de forma dogmática con los artículos 671, 672 y 674, en los cuales la Comisión Revisora había tratado especialmente de dicha “facultad” como “condición de validez” de la tradición y que en el *Proyecto Inédito* no aparecía recogida en la definición legal.

De esta manera, el codificador incluía un segundo elemento de calificación jurídica de una entrega en cuanto “modo de adquirir el dominio”. Este elemento era doble, pues, exigía la “facultad” y la “intención” de transferir el dominio.

1. *La “facultad de transferir el dominio”*: el entendimiento de esta condición contenida en la definición de tradición del artículo 670 exige previamente determinar cuál es su campo operativo, y una vez establecido se impone su lectura e interpretación.

Este elemento, que califica jurídicamente a una entrega en cuanto “modo de adquirir el dominio”, puede expresarse también como regla:

REGLA SEGUNDA: “Si la entrega de la cosa es realizada por el dueño, su mandatario o representante legal, que carecen de la facultad de enajenar no se está en presencia de una tradición entendida como modo de adquirir el dominio”.

Veamos, también, el campo operativo de esta regla y algunos casos en los que ella se concreta, como corolarios suyos:

a) *La facultad de transferir el dominio se exige específicamente respecto de la entrega y no en cuanto al título translaticio de dominio*: no sólo de la redacción de la definición contenida en el inciso primero del artículo 670 sino, también, de sus antecedentes histórico-dogmáticos, aparece que esta exigencia está referida al “hecho de la entrega”, en cuanto la tradición “consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro”, y es respecto de ella que se predica la necesidad de haber la “facultad de transferir el dominio”.

Si se leyera esta disposición en cuanto a que estuviera referida a la constitución del “título translaticio de dominio”, surgiría la necesidad de distinguir, al menos, dos situaciones diversas, a saber: a) la de quien, por no ser dueño de la cosa, pudiera entenderse que carecería de la “facultad de transferir el dominio”, en cuyo caso este entendimiento pugnaría con el sistema general del *Código Civil* que admite la constitución de títulos translaticios de dominio sobre cosas ajenas, cuyo ejemplo más típico es el de la compra-venta; b) la de quien, siendo dueño, carece de la capacidad para convenir el “título translaticio de dominio”, situación ésta que se solucionaría de acuerdo con las reglas generales tocantes a los actos y declaraciones de voluntad, que importarían la nulidad de dicho “título” y, por ende, la exigencia del artículo 670 simplemente reiteraría un principio general.

Además, convendría reparar aquí, aunque son reglas en sede posesoria, en el artículo 704 número 3° que declara no ser justo el título: “Que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por un decreto judicial, no lo ha sido”.

Sin perjuicio de lo anterior, referir al “título” la exigencia de la citada “facultad” dejaría sin solución legal aquellos casos en los cuales, habiéndose constituido un título translaticio de dominio plenamente válido, la entrega fuera realizada posteriormente por quien careciera de dicha facultad, como un incapaz relativo que, sin la intervención de su representante legal, entregara la cosa debida.

En resumen, ha de afirmarse que el codificador no tenía necesidad de fijar reglas singulares en cuanto a la capacidad o facultad para convenir el “título translaticio de dominio”, supuesto que su régimen se hallaba fijado en aquéllas generales que el mismo *Código* había establecido al tratar de los “actos y declaraciones de voluntad” y en las particulares sentadas para cada uno de los actos que constituyen “títulos” concretos. Pero sí resultaba

necesario fijar las condiciones que gobernaban el *factus tradendi*, sobre todo cuando la entrega se difería en el tiempo y podía ser realizada por un incapaz.

- b) *La facultad de transferir el dominio está referida al dueño, su mandatario o su representante legal*: supuesto que es condición de la tradición, en cuanto modo de adquirir el dominio, que ella sea realizada por el dueño, es respecto de éste de quien predica la definición del artículo 670 el que haya la “facultad de transferir el dominio”, pero también respecto de sus mandatarios o representantes legales, en cuanto lo dispuesto por los incisos segundo y final del artículo 671.

La inclusión en la definición legal de tradición de esta exigencia de la “facultad” se explica porque ella viene a recoger la condición de “validez” de la tradición expresada en el actual artículo 672, y que corresponde al antiguo 808 del *Proyecto Inédito* y al 810 del *Proyecto* de 1853.

En efecto, queda explicado en su lugar que el actual inciso primero del artículo 672 exige para la validez de la tradición que sea “hecha voluntariamente por el tradente o por su representante”, y que tal regla opera en el campo de las actuaciones de los incapaces relativos; pues son éstos los que, no obstante ser dueños, carecen de la “facultad de transferir el dominio”, de manera que si de hecho realizan la entrega, ella adolece de un vicio cuya sanción es la nulidad relativa, y puede, en consecuencia, “validarse” retroactivamente “por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa”, ya sea “como dueño o como representante del dueño”, al tenor del inciso segundo de la misma disposición.

- c) *Respecto del dueño la facultad de transferir el dominio equivale a la facultad de enajenar y, en cuanto tal, corresponde a su capacidad de ejercicio*: como ya quedara establecido sólo el dueño puede realizar una entrega que constituya el “modo de adquirir el dominio” denominado tradición, de manera que no es lógico ni coherente identificar esta exigencia de “facultad de transferir el dominio” con la condición de dueño de la cosa entregada, pues sería una lectura inútil de esta disposición, ya que no produciría efecto propio alguno⁷⁰ y, además, podría llevar a sostener que esta exigencia no es predicable de los mandatarios y representantes legales.

Hay autores que defienden la opinión que se ha desechado en el párrafo anterior. Entre ellos Rozas Vial quien, al tratar de los “requisitos del tradente para que pueda transferir el dominio”, afirmaba que: “Debe tener la facultad de transferir el dominio. Esto significa que debe ser dueño de la cosa o

⁷⁰ El principio de “utilidad” de la interpretación está recibido en el *Código Civil* a propósito de la interpretación de las cláusulas contractuales en el artículo 1.562 y, en cierto modo, en la interpretación legal de acuerdo con el inciso primero del artículo 22.

del derecho que transfiere. Si el tradente no es dueño de la cosa, la tradición no es nula sino que no transfiere el dominio”⁷¹ y Vial del Río:

“Facultad en el tradente de transferir el dominio. Este requisito, expresamente contemplado en la definición de tradición del artículo 670, significa que para que la tradición transfiera el dominio el tradente debe ser dueño de la cosa o del derecho real de que se trata. Sólo el dueño tiene la facultad o aptitud jurídica de transferir el dominio... Como consecuencia de ser la tradición un modo de adquirir el dominio derivativo, sólo transfiere el dominio si el tradente es dueño”⁷²,

idea que reitera en otro lugar: “En nuestro concepto, cuando la ley dice que en el tradente debe haber facultad de transferir el dominio, se refiere a que éste debe ser dueño”⁷³.

El silogismo anterior es, en realidad, un paralogismo, que no toca a la cuestión discutida, supuesto que envuelve la identificación de dos nociones diversas, a saber: la “titularidad” del derecho de dominio, y la “facultad” de transferirlo o de “enajenar” la cosa, distinción ésta que, por lo demás, reconoce el mismo *Código Civil*, por ejemplo, en el sutilísimo inciso primero de su artículo 1.084: “La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día”.

Naturalmente sólo quien es titular del derecho de dominio puede hacer dueño a otro, pero su titularidad no implica, necesariamente, que cuente siempre con la “facultad” de realizar la transferencia o enajenación. Así, sólo el dueño incapaz absoluto puede transferir el dominio, aunque no esté facultado para realizarlo en forma personal, sino a través de su respectivo representante, y lo mismo en cuanto al incapaz relativo; pues, en tales casos quien está “facultado” por ley para actuar por el incapaz es su representante quien, también debe tener la citada “facultad” concreta de transferir al tenor del artículo 674, de manera semejante a los mandatarios.

Así, la condición de dueño para que opere la tradición dominical es exigencia diversa de la “facultad de transferir el dominio”, que también ha de concurrir en el citado dueño y que, en consecuencia, equivale a su capaci-

⁷¹ ROZAS VIAL (n. 65), nr. 176, p. 163. A pesar de esta identificación, también agrega, en el mismo lugar, que el tradente: “Debe tener capacidad de ejercicio. Si no tiene capacidad de ejercicio, la tradición, que es un acto jurídico, es nula”.

⁷² VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 34.

⁷³ *Op. cit.*, p. 36.

dad de ejercicio, tal cual lo ha entendido nuestra más sana doctrina⁷⁴. Del mismo modo, ha de conectarse lógicamente esta exigencia de “facultad” en el dueño con lo prescrito en el artículo 672 del *Código Civil*, pues en dicha palabra utilizada en la definición legal se compendia su contenido. De manera que si la tradición la realiza un incapaz relativo ella, de acuerdo con las reglas generales, puede ser ratificada por el mismo incapaz cuando haya dejado de serlo o por su representante legal debidamente facultado.

Esta exigencia se concreta en el caso del “pago en que se debe transferir la propiedad” (art. 1.575 inc. 1), pues no sólo se requiere que quien paga sea “dueño de la cosa pagada” sino, también, supone que “el que paga tiene facultad de enajenar” (art. 1.575 inc. 2°), de manera que si ha sido un incapaz relativo quien ha pagado, tal pago adolece de nulidad relativa y, por ende, puede ser ratificado, al tenor del artículo 672, pues aquella tradición “que al principio fue inválida... se valida retroactivamente por la ratificación”, precisamente de aquel “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño”, con la lógica excepción consagrada en el inciso final del artículo 1.575 debido a la especial naturaleza de los bienes fungibles.

- d) *Respecto del mandatario o del representante legal del dueño, la facultad de transferir el dominio equivale a obrar dentro de los límites del mandato o de su representación legal, es decir, deben actuar debidamente autorizados:* aquí la palabra “facultad” utilizada en la definición legal se refiere directamente a la regla del artículo 674 del mismo *Código Civil*, en cuanto en ella se prescribe que: “Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal”, precisamente porque, al tenor del inciso final del artículo 671: “La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por el o a el respectivo mandante”.
- e) *Si el dueño carece de facultad para transferir el dominio la tradición no es válida, pero puede ser ratificada:* es la regla general consagrada en el artículo 672 del *Código Civil*, precisamente porque aquí a la tradición, en cuanto *factus tradendi*, hecha en forma personal por un incapaz relativo no puede el derecho reconocerle efectos jurídicos y, asimilándola al régimen general de sus actos y declaraciones de voluntad, habría de decirse que ella adolece de “nulidad relativa”, de acuerdo con la regla general sentada en el inciso final artículo 1.682. Así, esta tradición que adolece de nulidad relativa, puede, al tenor del inciso segundo del artículo 672, validarse “retroactivamente por la ratificación”, en plena coherencia con la regla general expresada en el artículo

⁷⁴ CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil. Primer Año. Tomadas en clase de don Luis Claro Solar. Por Eduardo Varas S. i Alvaro Vergara V.*, Santiago de Chile, 1906, nr. 529, p. 241; CLARO SOLAR (n. 65), nr. 714, pp. 260-261; PESCIO VARGAS (n. 65), nr. 895, pp. 328-329; PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 97, p. 117.

1.684: “La nulidad relativa... puede sanearse por el lapso de tiempo (sic) o por la ratificación de las partes”.

Esta lectura es, por lo demás, coherente con las reglas tocantes a la “injusticia” del título en sede posesoria derivada de un vicio de nulidad, susceptible de ser ratificado. En efecto, el artículo 704 en su número 4° prescribe que no es justo título “El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por un decreto judicial, no lo ha sido”, si bien aquí la palabra “enajenación” debiera hacerla equivalente de “tradición”, más bien pareciera referida al “título”. En todo caso, la regla del artículo 705 explica su campo operativo en relación con el título: “La validación de un título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título”.

En cuanto a la referida “ratificación”, según el mismo inciso segundo del artículo 672, es preciso distinguir dos supuestos diversos, a saber: i) los casos en que puede ser prestada por el “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño” y ii) las situaciones en las que puede prestarla quien tiene “facultad de enajenar la cosa” en cuanto “representante legal del dueño”.

i) *Ratificación por el “que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño”*: esta posibilidad puede ofrecerse hoy día respecto del propio incapaz relativo después que se hubiera hecho capaz.

En el sistema originario del *Código Civil* también operaba respecto del marido administrador de la sociedad conyugal, cuando la tradición, en cuanto *factus tradendi*, la hubiera hecho la mujer “sin voluntad” del marido, supuesto que ella era incapaz relativa y era el marido quien tenía la “facultad de enajenar como dueño”, ya que se prescribía que: “El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio”. Por ello se prohibía expresamente a la mujer “sin autorización del marido... enajenar”, de guisa que si lo hacía, tal acto adolecía de nulidad relativa y, en consecuencia, podía ser ratificado por el marido, de acuerdo con una regla expresa que rezaba: “El marido puede ratificar los actos para los cuales no haya autorizado a su mujer”.

ii) *Ratificación por el que tiene “facultad de enajenar la cosa” en cuanto “representante legal del dueño”*: éste es el caso, al tenor del inciso tercero del artículo 1.447 de: “los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo”. En el primer caso la ratificación ha de prestarla el padre o la madre, como se reconoce en el artículo 261, y en el segundo la ratificación ha de prestarla el curador del disipador.

f) *Si el mandatario o representante legal carecen de facultad para transferir el dominio la tradición no es válida, pero puede ser ratificada*: esta regla no es más que aplicación de principios generales, como el contenido en el artículo 2.160 a propósito del mandato.

La lectura que aquí se ofrece acerca de la palabra ‘facultad’, contenida en la definición legal de la tradición, directamente conectada con el artículo 672 y la posibilidad de la “ratificación” cuando en ella han intervenido incapaces relativos, no es compartida por la generalidad de la doctrina chilena que, frente a tal disposición, manifiesta las siguientes opiniones:

i) *Artículo 672 como regla general de la voluntad en los actos jurídicos*: el inciso primero del artículo 672 exige “para que la tradición sea válida” que sea “hecha voluntariamente por el tradente o su representante”, y en su inciso segundo dispone que: “Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño”.

Nuestra doctrina más tradicional, probablemente influida por Pothier, interpreta este artículo 672 como aquél en el cual se exige como “elemento” o “condición” de validez de la tradición “el consentimiento de las partes”, tal cual lo había explicado el autor francés⁷⁵; a pesar de que Bello no siguió en esta materia a Pothier, según se ha explicado, pues nunca consideró esta condición para la validez de la tradición⁷⁶. Sobre la base de tal lectura resultó muy explicable que se encasillara a la tradición dentro de la concepción general del “acto jurídico”. Así era explicada como un acto jurídico en el que debía concurrir un consentimiento libre y exento de vicios, de suerte que si tal consentimiento libre faltaba la tradición no era válida (art. 672 inc. 1), pero, posteriormente, podía ser ratificada por el dueño o su representante (art. 672 inc. 2).

Luis Claro Solar, en 1906, al explicar la tradición sostenía que: “La tradición es el modo de adquirir más frecuente en la vida. Sus elementos son cuatro: tradente, adquirente, consentimiento y título”⁷⁷, y al tratar del consentimiento afirmaba que él: “En la tradición es el acuerdo entre las dos voluntades, la una en desprenderse del dominio i la otra de adquirirlo. Es un acto jurídico bilateral, una convención”⁷⁸, cuyas consecuencias extraía al comentar el inciso primero del artículo 672:

“Aquí ‘voluntariamente’ quiere decir sin vicio en el consentimiento, libre i espontáneamente. Puede suceder que la tradición no sea válida al principio por no haber habido consentimiento del tradente, por ignorar el hecho o por cualquiera otra causa análoga. Después, conocido el hecho,

⁷⁵ POTHIER (n. 9), nr. 231, p. 128, § IV “Du consentement des parties, nécessaire pour que la tradition transfère la propriété”.

⁷⁶ *Vide ut supra* 3.3.1 letra d)

⁷⁷ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 526, p. 240.

⁷⁸ *Op. cit.*, nr. 533, p. 242.

puede ratificarlo. La tradición queda entonces válida retroactivamente, porque la ratificación produce ese efecto, retrotrae las cosas al momento en que se verificó el hecho”⁷⁹.

Claro Solar, en 1932, variaba en algo esta primitiva concepción, porque, aunque mantenía su opinión en cuanto a que la tradición era una “convención” y, en cuanto tal, un: “acto voluntario bilateral”⁸⁰, no señalaba al “consentimiento” como uno de sus elementos, si bien seguía afirmando que: “Dice la ley que la tradición debe ser hecha voluntariamente por el *tradente*, es decir, con voluntad libre y que no adolezca de vicio en su intención de transferir el dominio al adquirente”⁸¹.

La misma originaria concepción de Claro Solar podía leerse en 1907 en Ramírez Frías:

“El primer requisito indispensable para la validez de la tradición es que sea hecha voluntariamente por el tradente o su representante, y con el consentimiento del adquirente o de su representante (arts. 672, 673). De aquí resulta que la tradición, a diferencia de otros modos de adquirir, es un acto jurídico, bilateral y consensual; y por consiguiente, todo lo que hemos visto sobre el consentimiento en los actos jurídicos es aplicable también a la tradición”⁸².

81

Una dirección más cercana a la originaria de Claro Solar se recibía en 1912 por su hijo Claro Salas⁸³, similar a la que mantenía Barros Errázuriz: “Los siguientes son los requisitos o condiciones jurídicas necesarias para que exista la tradición: 1º concurrencia de dos partes que intervienen en la entrega, una que efectúa la entrega y que se llama tradente, y otra que recibe y se llama adquirente; 2º consentimiento de una y otra; y 3º existencia previa de un título translaticio de dominio”⁸⁴. Así al detenerse en el consentimiento explicaba que:

⁷⁹ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 533, pp. 242-243.

⁸⁰ CLARO SOLAR (n. 65), nr. 709, pp. 254-255.

⁸¹ *Op. cit.*, nr. 716, pp. 261-262.

⁸² RAMÍREZ FRÍAS (n. 65), p. 324.

⁸³ CLARO SALAS, Héctor, *Elementos de Derecho Civil en conformidad al programa universitario. Resumen en Cuadros sinópticos*, I, Santiago de Chile, 1912, p. 166. Repárese que en el prólogo se advierte que: “Esta obra ha sido revisada por el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile don Luis Claro Solar”.

⁸⁴ BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo, *Curso de Derecho Civil. Primer Año. Según el programa aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado. Explicaciones de la clase de Don...*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1921, p. 236.

“La tradición es un acto jurídico y como tal, es un acto voluntario de las partes que en él intervienen; ellas deben prestar su consentimiento, ya compareciendo personalmente al acto, ya por medio de sus representantes, que desempeñan el papel de intermediarios. Si la tradición se efectuó sin la voluntad de las partes puede validarse posterior y retroactivamente por la ratificación de ellas o de sus representantes debidamente autorizados (672 y 673)”⁸⁵.

En la doctrina chilena de mediados del siglo pasado Pescio Vargas asumía parcialmente esta concepción al afirmar que: “Nadie puede poner en duda que la tradición es un hecho, puesto que es obra del hombre y es siempre en virtud de un hecho que entran en aplicación las normas jurídicas. La tradición es, por otra parte, un acto que el sujeto o los sujetos que intervienen en ella, realizan o ejecutan de modo consciente y en concreto”⁸⁶, concluyendo que: “Habría que hacer notar que si la tradición no constituye un acto jurídico bilateral unitario, las normas de los artículos 676 y 677 no tendrían razón de ser”⁸⁷. Contemporáneamente esta misma visión es recibida en 1979 por Peñailillo Arévalo: “De la definición de este modo, se desprende su carácter convencional: acuerdo de voluntades que produce consecuencias jurídicas; no se crean con ella obligaciones –con lo que sería contrato– sino precisamente con ella se extinguen obligaciones contraídas en el título que le antecede”⁸⁸, y así concibe como segundo requisito de la tradición el “Consentimiento de ambas partes”, respecto del cual explica que: “Nada nuevo se agrega aquí, desde que se ha señalado que la tradición es un acto jurídico bilateral. Debe sí precisarse que ese consentimiento debe implicar la intención determinada de ambas partes de transferir y adquirir, respectivamente el dominio (arts. 670, 672 y 673)”⁸⁹. En esta misma línea de examinar la tradición a la luz de la doctrina de los actos jurídicos se situaba en 1992 Gaete Rojas, aunque lo hacía desde la perspectiva de considerarla como un pago o solución:

“La tradición es un acto jurídico bilateral. En cuanto acto jurídico, la tradición está encaminada a extinguir la obligación de entregar, que por una causa anterior tiene el tradens y el correlativo derecho personal que tiene el accipiens, motivo por el cual tiene la naturaleza jurídica de

⁸⁵ BARROS ERRÁZURIZ (n. 84), p. 237.

⁸⁶ PESCIO VARGAS (n. 65), nr. 866, p. 295.

⁸⁷ *Op. cit.*, nr. 866, p. 299.

⁸⁸ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 94, p. 114.

⁸⁹ *Op. cit.*, nr. 99, p. 118.

solución o pago, sin perjuicio del efecto adquisitivo de dominio para el accipiens que la ley le atribuye”⁹⁰.

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos ha admitido, por regla general, la explicación de la tradición bajo el esquema de los actos jurídicos, concibiéndola como uno de carácter bilateral, aplicándole, en consecuencia, las reglas tocantes a los actos y declaraciones de la voluntad, dentro de las cuales se encuentra la exigencia del consentimiento en el acto o declaración y que tal consentimiento no adolezca de vicio (art. 1.445).

La Corte Suprema, por ejemplo, en sentencia de casación del 13 de julio de 1999 declaraba que la tradición es: “Un acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431 (sic), 1439 y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas”⁹¹; opinión reiterada por el mismo tribunal en sentencia del 25 de enero de 2001: “La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes”⁹².

Esta lectura del artículo 672 para el tradente y de su correspondiente en el 673 para el adquirente, los desvincula de la “facultad” referida en la definición legal de tradición y los conecta con los artículos 676, 677 y 678 en los que se trata de los eventuales “vicios” que pueden obstar a la validez de la tradición, que son leídos, precisamente, como “vicios del consentimiento” en la tradición. Así, en Luis Claro Solar en 1906⁹³, en Tomás Ramírez Frías en 1907⁹⁴, en Alfredo Barros Errázuriz en 1921⁹⁵

⁹⁰ GAETE ROJAS, Sergio, “La tradición en el Derecho Romano y en el Derecho Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, N° 1, Santiago de Chile, 1992, p. 67.

⁹¹ GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6°, p. 58.

⁹² Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4°.

⁹³ CLARO SOLAR (n. 74), nr. 535, pp. 243-244: “El consentimiento en la tradición puede adolecer, como en toda declaración de voluntad, de error, fuerza i dolo. Ya sabemos en qué consisten estos vicios del consentimiento. Hai error en el consentimiento cuando versa sobre la identidad de la especie que debe entregarse o sobre la persona. En el caso de error sobre la identidad de la cosa, existe más que vicio del consentimiento, hai ausencia del consentimiento. El error sobre la persona hace nula la tradicion, siempre que la persona sea determinante del acto”.

⁹⁴ RAMÍREZ FRÍAS (n. 65), p. 325: “(Art. 676) Encontramos resumidos en este artículo los vicios del consentimiento por error. Los arts. 677 y 678 hablan sobre los casos en que el error en el título o en las personas invalida la tradición”.

⁹⁵ BARROS ERRÁZURIZ (n. 84), pp. 236-237: “El consentimiento de las partes o de sus mandatarios o representantes legales, debe versar sobre la cosa, objeto de la tradición, sobre la persona a quien se hace la entrega y sobre el título o causa de la entrega. Si hay error sobre cualquiera de estas cosas es inválida la tradición”.

y, en cierto modo, en Claro Solar en 1932⁹⁶ y en Daniel Peñailillo Arévalo en 1979⁹⁷.

- ii) *Artículo 672 como regla de la ausencia de voluntad en la tradición en cuanto acto jurídico*: una suerte de variación de la doctrina anterior, precisándola dogmáticamente, es la defendida por Guzmán Brito en 1991, para quien la disposición del artículo 672 está relacionada: “Con la voluntad de cualquier tradición, indispensable como acto jurídico que es”⁹⁸, de manera que en ella estaría prevista la situación de invalidez de la tradición cuando hubiera faltado la voluntad del tradente, como en las realizadas por absolutamente incapaces, y quizá en aquéllas en las que hubo error, fuerza o dolo.

Al explicar su lectura del artículo 672 Guzmán Brito sostiene que aquí:

“Se trata de una tradición que no vale por haber faltado la voluntad del tradente, como dice la disposición, y en este caso se encuentran las hechas por absolutamente incapaces, o quizás en que intervino error, fuerza o dolo, aunque no aquellas en que incidió error esencial por excluir expresamente la hipótesis el artículo 676 con toda razón. En general habría que incluir todos los casos en que de una u otra manera faltó la voluntad”⁹⁹.

84

La dificultad de esta lectura estriba en que, de acuerdo con las reglas generales, los actos de los absolutamente incapaces adolecen de nulidad absoluta y éstos, al tenor del artículo 1.683 “no puede sanarse por la ratificación de las partes”; de guisa que el inciso segundo del artículo 672 debería entenderse como una excepción a dicha regla general, y así lo sostiene y defiende agudamente Guzmán Brito¹⁰⁰, fundado en la dependencia causal de la tradición.

⁹⁶ CLARO SOLAR (n. 65), nr. 717, p. 262: “En la tradición, como en todo acto o declaración de voluntad, el consentimiento puede estar viciado por error, fuerza o dolo. Al tratar *De la tradición* el legislador sólo se ha referido especialmente al error. En cuanto a la fuerza y el dolo, son aplicables las reglas generales referentes a estos vicios del consentimiento de que trataremos en su oportunidad”. Explica en detalle estas materias en los nr. 718-723, pp. 262-270.

⁹⁷ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 100, p. 118: “Como en todo acto jurídico, el consentimiento de que aquí se trata debe estar exento de vicios; los vicios de que el consentimiento puede adolecer y las normas a que se somete su análisis, son los comunes; pero el código ha señalado para la tradición algunas reglas relativas al vicio del error. Este puede recaer en la cosa tradida (art. 676, relacionado con el art. 1452), en la persona (art. 676), o el título (art. 677)”.

⁹⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Contribución a la crítica del dogma de la voluntad como fuente de efectos jurídicos. La voluntad específica en los actos jurídicos de derecho patrimonial privado”, en BARROS BOURIE, Enrique (coord.), *Contratos*, Santiago de Chile, 1991, p. 256.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Esta misma opinión, tocante a que aquí la ley habría temperado el rigor de las reglas generales en materia de ratificación, en ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA,

En efecto, advierte Guzmán Brito que:

“La derogación parcial del derecho común de ratificación se justifica por la naturaleza de acto dependiente y causado que tiene la tradición: no hay inconveniente en que la tradición hecha por un absolutamente incapaz, por ejemplo, sea ratificable, porque en definitiva es el título el que decide la validez del conjunto: si aquel también había sido celebrado por el incapaz, aunque se ratifique la tradición, subsistirá la nulidad del título que es insanable”¹⁰¹.

Pero si ello fuera así, ¿qué significado jurídico podría tener ratificar la tradición si su causa (título) seguirá siendo insanablemente nula? Hallaría sentido esta lectura sólo si la causa la convino alguien plenamente capaz, pero en el momento de la tradición era incapaz absoluto.

Queda ampliamente explicado en su lugar que la regla del artículo 672 fue concebida para aquellos casos en los cuales la tradición, normalmente diferida en el tiempo en relación con su causa, era efectuada por un incapaz relativo, en cuyo evento el inciso segundo del citado artículo sólo confirma el derecho común en sede de tradición. Lectura que, por lo demás, se aviene con las reglas del inciso segundo del artículo 19 en cuanto, para interpretar esta “expresión obscura de la ley”, ha recurrido “a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”, y con la precisa del inciso primero del artículo 22; pues es “el contexto de la ley” el que ha servido “para ilustrar el sentido de cada una de sus partes”, lográndose que entre las tocantes a la ratificación en general y las de la ratificación en la tradición haya “la debida correspondencia y armonía”.

¿Pero, si la lectura que aquí se defiende del artículo 672 lo refiere a la entrega verificada por los incapaces relativos, bajo qué regla quedarían cubiertas las entregas realizadas por incapaces absolutos? Es ardua cuestión ésta, cuya anatomía exigiría considerar, tentativamente, diversas posibilidades, a la luz de la exigencia de la “intención de transferir el dominio” y de “adquirirlo” contenida en el artículo 670 vinculada con el artículo 675, como se explicará en el apartado siguiente al tratarse de la referida “intención”.

iii) *Artículo 672 como regla de la tradición “a non domino”*: a diferencia de las opiniones anteriores, para otros autores se trataría aquí de un caso de

tradicción realizada por quien no es dueño de la cosa, pues hacen coincidir la ausencia de “voluntad del tradente o de su representante” con la condición de dueño, ya que sólo éste podría tener tal voluntad, de suerte que con posterioridad el verdadero dueño o su representante podrían ratificar esta tradición “que al principio fue inválida”, por haber sido realizada *a non domino* y que, por tal razón, le era “inoponible” al dueño.

Era ésta la opinión de Alessandri y Somarriva, quienes al comentar los artículos 672 y 673 sostenían que sus prescripciones no eran: “Sino una consecuencia necesaria de lo expresado anteriormente, según lo cual la tradición es válida aunque se haga por otra persona que el dueño de la cosa”¹⁰², y también la de Rozas Vial: “Nos parece que la ratificación a que se refiere el art. 672 es la que hace el dueño de la cosa entregada cuando el tradente no lo era”¹⁰³. Últimamente sigue y desarrolla esta línea dogmática Vial del Río:

“En nuestro concepto, cuando el artículo 672 menciona al tradente se refiere inequívocamente al dueño de la cosa, de modo que el inciso primero, sustituyendo la palabra tradente por dueño, diría: ‘para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el dueño o su representante’, interpretación que corrobora el inciso segundo al decir: ‘Una tradición que...’. Así, falta la voluntad del tradente o, más precisamente del dueño, en la hipótesis de que (sic) una persona que no es dueña de una cosa y que tampoco es representante del dueño, la entrega a otra persona, lo que perfectamente podría ocurrir en caso de que el vendedor de una cosa ajena la entregue al comprador. Dicha entrega no va a transferir el dominio pues falta la voluntad del dueño o del tradente, lo que significa que es inoponible a éste. Sin embargo, si el dueño o el representante del dueño ratifican la entrega, acto por el cual se acepta que la tradición sea oponible al dueño que inicialmente no tuvo la calidad de parte en ella, se entiende que ésta transfirió el dominio desde que se entregó la cosa, por el efecto retroactivo que la ley atribuye a la ratificación”¹⁰⁴.

Hay también alguna jurisprudencia que admite la doctrina anterior y considera que la regla del artículo 672 se refiere a la tradición *a non domino*, cuya consecuencia sería la “inoponibilidad” de tal acto al verdadero dueño y, por ende, susceptible de ser “ratificado” por éste.

¹⁰² RODRÍGUEZ Y SOMARRIVA (n. 100), p. 316.

¹⁰³ ROZAS VIAL (n. 65), nr. 179, p. 166.

¹⁰⁴ VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 53.

Tratándose de una hipoteca constituida sobre cosa ajena se ha estimado que la sanción para ella no es su nulidad, sino la “inoponibilidad” al verdadero dueño de la cosa, quien, al tenor del artículo 672 del *Código Civil*, podría ratificarla. Así lo ha declarado la Corte Suprema en sentencia del 8 de mayo de 1990:

“La constitución de una hipoteca por quien no es dueño del bien raíz respectivo no constituye una causal de nulidad sino que más propiamente es una causal de inoponibilidad respecto de quien es verdaderamente el dueño. Así aparece claramente expresado, a propósito del contrato de compraventa, por la que dispone el artículo 1815 del Código Civil al disponer que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo, precepto claramente demostrativo que la causal de ineficacia en estos casos es la inoponibilidad y no la nulidad pretendida. Si fuere, como lo sostiene la demandante, la nulidad absoluta del contrato resultaría que dicho acto no podría ratificarse por quien es el verdadero dueño de la cosa dada en hipoteca, atendida la circunstancia de que la nulidad absoluta no admite ratificación, lo que no puede sostenerse válidamente ya que el inciso segundo del artículo 672 del Código Civil contempla claramente la posibilidad de la ratificación de los actos inoponibles al disponer textualmente que ‘una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño’”¹⁰⁵.

87

Esta doctrina claramente se aparta del sistema consagrado en el *Código Civil*. En efecto: a) la tradición *a non domino* tiene su régimen propio en los artículos 682 y 683 del *Código Civil*; b) la voz *tradente* utilizada en el inciso primero del *Código Civil* debe entenderse en su significación legal, es decir, no sólo la de quien “transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre” (art. 671 inc. 1) sino, también, la de quien puede transferir otros derechos reales (art. 670 inc. 2, 682), y el de aquél cuya entrega “da al adquirente... el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”; c) no es posible sustituir la voz *tradente* por la de *dueño* en el inciso primero del artículo 671, porque ello dejaría fuera de la regla aquellos casos en los que una tradición *a non domino* transfiere otros derechos

¹⁰⁵ GJ. 119, Santiago de Chile, 1990, Corte Suprema, Rec. Queja, Santiago, 8 de mayo de 1990, cons. 6°.

reales diversos del dominio, contrariando así el texto expreso de los artículos 670 inciso 2 y 682; d) tampoco es aceptable la referida substitución cuando la tradición “da al adquirente” el “derecho de ganar por prescripción el dominio” (art. 683), porque repárese que lo que “da” la tradición es un *derecho* (el de ganar por prescripción) y no opera la tradición dogmáticamente como modo de adquirir la posesión, supuesto que para los efectos del título VI del libro II la tradición es únicamente un “modo de adquirir derechos”¹⁰⁶.

2. *La intención de transferir el dominio*: por lo tocante a la exigencia de la “intención de transferir el dominio”, en nada innovaba el texto definitivamente aprobado y promulgado del *Código Civil* en relación con el llamado *Proyecto Inédito*, de manera que aquí deben tenerse por reproducidas las observaciones que quedan hechas al tratar de él.

Así, pues, este segundo elemento de calificación jurídica de la entrega aparece necesariamente conectado con el actual artículo 675, de manera que también puede ser expresado como regla:

REGLA TERCERA: “La entrega de la cosa debe hacerse con intención de transferir su dominio, y tal intención existe cuando la precede un título translaticio de dominio lógicamente conectado con ella”.

88

Veamos, al igual que en los casos anteriores, cuál es el campo operativo de esta regla y aquellos casos en los que se concreta.

a) *La intención de transferir el dominio se exige respecto de la entrega que, en cuanto “factus tradendi” causado, depende de su título translaticio de dominio*: al expli-

¹⁰⁶ Téngase en cuenta también, a propósito de esta cuestión tocante al artículo 672, la opinión de GUZMÁN BRITO (n. 98), p. 255: “Se ha pensado en que este inciso guarda relación con la tradición hecha por quien no era dueño de la cosa y posteriormente ratificada por el dueño o su representante. Pero esto no puede ser así: la tradición *a non domino* no sólo es válida sino que es eficaz para hacer adquirir la posesión conducente a la prescripción adquisitiva: en consecuencia carecería de sentido que el inciso 2º del artículo 672 hable de ‘tradición inválida’. Enseguida, en el caso de que la tradición no la haga el verdadero dueño, sino un poseedor o tenedor, no es posible decir que aquella fue hecha ‘sin voluntad del tradente’, porque el tenedor o poseedor era de hecho el tradente y el verdadero dueño fue ajeno al acto, de modo que este se realizó con la voluntad del tradente. Lo cual es distinto a decir que en la tradición *a non domino* ella es efectuada sin voluntad del dueño; y así para referir esta norma a la tradición *a non domino*, sería necesario reemplazar ‘tradente’ por ‘dueño. Tal corrección tendría la ventaja de complementar el artículo 682: ‘Si el tradente no es el verdadero dueño...’, porque esta norma no se pone en el caso de que, hecha una tradición *a non domino*, el verdadero dueño posteriormente la ratifique, aun cuando es preciso reconocer que, de acuerdo con las reglas generales, nada se opone a que ello sea posible incluso sin norma expresa”. Aunque es un matiz, adviértase que el autor no ha reparado en las definiciones del inciso primero del artículo 671.

carse la exigencia de la “intención de transferir el dominio” aparecida en el *Proyecto* de 1853 se detalló la lectura que, en su contexto dogmático, resultaba coherente con el sistema trazado por el codificador, cuyo propósito era explícitamente definir a la tradición dominical, y diferenciar a la *entrega* (*factus tradendi*) en que ella consistía, de toda otra *entrega* no dominical, particularmente de la “posesoria” que habilitaba para adquirir el dominio por “prescripción”¹⁰⁷.

El citado propósito se profundizó en el *Proyecto* llamado *Inédito*, y en el promulgado y publicado tal intención aparece, de la sola lectura, predicada del hecho de la entrega, pero tal “intención de transferir” no es específica. En efecto, la pregunta que aquí cabe hacer es, ¿por qué en el acto de la entrega hay en el tradente una intención de transferir el dominio? La respuesta: porque esa entrega está lógica y jurídicamente conectada con su causa, es decir, con el título translaticio de dominio en el cual ella se funda y, en tal sentido la palabra ‘intención’, utilizada en la definición legal, compendia la exigencia del artículo 675, esto es, la exigencia de un título.

En otras palabras, si en la concepción dogmática de Bello es la “intención de transferir el dominio” un elemento que califica jurídicamente a la tradición como “modo de adquirir el dominio” diferenciándola de otras entregas no dominicales; tal “intención” se presenta en el *factus tradendi*, precisamente, porque existe un “título” o una “causa” precedente de carácter “translaticio” que funda y justifica la entrega con la “intención de transferir”. Así, tal “intención” no es específica y propia de la entrega, pues afirmar tal sería desconocer todo el sistema causado de adquisición acogido por el *Código Civil* y convertir a la tradición en un “acuerdo adquisitivo” independiente de su título. Naturalmente, un acuerdo tal no tiene reconocimiento alguno en el *Código* como título translaticio de dominio.

En el sentido que queda referido, es decir, en el de estimar a la intención de transferir en la entrega como dependiente de la expresada en su causa, se manifestaba Alessandri Rodríguez y, últimamente, Peñailillo Arévalo y Vial del Río.

La doctrina anterior aparecía, aunque no formulada explícitamente, en Alessandri Rodríguez en el año de 1933: “En la donación, en la compraventa, en el mutuo hay tradición y no entrega, porque el objeto de todos esos contratos es transferir el dominio. Por eso se dice que la compraventa, la permuta, el mutuo, la donación, son títulos translaticios de domi-

¹⁰⁷ *Vide ut supra* 3.3.1, letra d).

¹⁰⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Derecho Civil. Primer Año (Tomo Segundo). De los Bienes. Versiones taquigráficas tomadas en la clase de Derecho Civil del Señor Arturo Alessandri Rodríguez*, Santiago de Chile, 1933, p. 92.

nio”¹⁰⁸, pero ya de manera expresa en la versión de Vodanovic: “Esa intención se manifiesta en la tradición por la existencia de un título traslativo de dominio. De tal modo que si ha habido una compraventa anteriormente, se deduce que hay tradición”¹⁰⁹. Por su parte, en 1979 escribía Peñailillo Arévalo que: “Cuando la entrega se efectúa con intención de transferir el dominio (u otro derecho real), queda configurada la tradición. Esa intención que concurre en la tradición, se manifiesta también en el título del que la tradición es consecuencia”¹¹⁰, y en 1999 Vial del Río sostenía:

“Para que la tradición opere la transferencia del dominio, no basta con la manifestación de voluntad de las partes, en el sentido de que una entrega y la otra recibe. Es necesario, además, que las partes celebren el acto con una intención precisa: en el tradente, transferir el dominio; y en el adquirente, adquirirlo. Para que pueda configurarse esta intención, será indispensable, en primer lugar, que la tradición tenga como antecedente un título traslativo de dominio, pues sólo en éstos surge la obligación de hacer una tradición que transfiera el dominio. Así, por ejemplo, la tradición que hace el vendedor al comprador de la cosa objeto del contrato de compraventa, permite presumir que la intención del primero es transferir el dominio; y que la intención del segundo es adquirirlo. En cambio, jamás podría presumirse esta intención si la entrega se fundamenta en un título de mera tenencia, como sería, por ejemplo, el arrendamiento de una cosa”¹¹¹.

Discutible, en todo caso, resulta la siguiente vinculación dogmática que realiza Vial del Río:

“Tratándose de las cosas corporales muebles, el artículo 684 exige que la intención del tradente de transferir el dominio, no obstante que es posible presumirla del título traslativo, se exteriorice en forma expresa, por alguno de los medios que la disposición establece, de modo tal que no pueda surgir duda en cuanto a que el tradente quería transferir el dominio de la cosa que ha recibido el adquirente”¹¹².

Esta cuestión no es materia propia de este estudio, pero al pasar, surge la dificultad de conciliar dicha lectura con lo prescrito por el inciso final del artículo 702: “La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que

¹⁰⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 100), nr. 451, p. 311.

¹¹⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO (n. 65), nr. 96, p. 115.

¹¹¹ VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 17.

¹¹² *Ibid.*

se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción”.

Sin perjuicio de las opiniones reseñadas, que resultan coherentes con el sistema causado de adquisición consagrado por el codificador chileno, la doctrina y jurisprudencia chilenas han sostenido posiciones distintas de la que aquí se ha explicado, fundada en la concepción de una entrega causada, advirtiéndose, al menos, las siguientes líneas dogmáticas.

- i) *Intención de transferir i de adquirir referidas exclusivamente al título*: algunos autores directamente vinculan la exigencia de la “intención”, contenida en la definición legal de tradición, con la necesidad de ella en la sola constitución del título, de guisa que no les resulta necesaria en el hecho de la entrega.

En esta línea se sitúa Gaete Rojas: “En consonancia con la inclusión del elemento intencional de la tradición en la definición del artículo 670 del Código Civil, el artículo 675 exige para la validez de la tradición ‘un título traslativo de dominio como el de venta, permuta, donación, etcétera’”¹¹³.

- ii) *Intención de transferir y de adquirir como equivalentes a la voluntad general en el acto de la entrega*: en este sentido se manifiesta Guzmán Brito, quien comparte la opinión que entiende el campo operativo de la “intención de transferir el dominio” como radicado en la esfera de la entrega, pero no la concibe como tal “intención”, dependiente del título, sino que la hace coincidir con la “voluntad” normal que debe concurrir en un acto como lo es la entrega¹¹⁴. En todo caso reconoce que esta lectura significa atribuir al codificador una imprecisión en el lenguaje, pues, en vez de la expresión “intención de transferir y adquirir el dominio” debería haber preferido la de: “intención de entregar y recibir la cosa”¹¹⁵.

Supuesta la lectura que se ha hecho de la voz ‘intención’, en cuanto elemento jurídico calificador de la tradición dominical en Bello, no parece justificable leer tal palabra como sinónimo de “intención de entregar y de recibir”, al menos, por dos razones: a) desaparecería el elemento básico que distingue a una entrega dominical de una no dominical y b) en la definición legal del inciso primero del artículo 670 no tendría cabi-

¹¹³ GAETE ROJAS (n. 90), p. 74.

¹¹⁴ GUZMÁN BRITO (n. 98), p. 256: “La intención de transferir y de adquirir el dominio, a menos de introducir un serio desajuste en el sistema causal adoptado por el Código para la tradición, no debemos considerarla como un requisito especial de aquélla, sino como la normal voluntad del acto de la entrega, su voluntad concreta o típica”.

¹¹⁵ *Op. cit.*, pp. 256-257: “Pues es evidente que también la entrega como todo acto debe ser voluntario, aunque es preciso reconocer que el lenguaje ha traicionado al Código, que debió hablar no de “intención de transferir y adquirir el dominio”, sino de “intención de entregar y recibir la cosa”.

da la exigencia del título translativo de dominio, por lo cual habría que tachar de deficiente la definición de Bello, por contraria a las reglas básicas en materia de definiciones.

iii) *Intención de transferir y de adquirir independientes en el título y en la entrega*: hay alguna jurisprudencia, relativamente reciente, que importa desvincular la “intención de transferir el dominio” y de “adquirirlo” presente en la entrega de aquélla manifestada en el título que la causa, exigiendo que ella se manifieste de manera específica e independiente en el hecho de la entrega, con lo cual se está admitiendo que en la tradición dominical hay un acuerdo de voluntades dirigido a transferir el dominio y a adquirirlo que opera como requisito independiente del consentimiento expresado en el título y que, en consecuencia, se rige, no por las reglas propias de la tradición, sino por las generales relativas a la validez de los actos y declaraciones de voluntad, acercándose así a la concepción que el derecho civil alemán ofrece de la tradición.

La Corte Suprema, en la ya citada sentencia de casación de julio de 1999, considera que uno es el consentimiento dirigido a transferir y a adquirir manifestado en el título y otro, en igual sentido, expresado en la tradición concebida como acto jurídico; de manera que si una vez que se ha constituido válidamente un título, muere el tradente antes de verificarse la tradición, no es posible que, una vez muerto, un mandatario, con poder suficiente constituido en el mismo título, realice la entrega; pues, si lo hace, tal tradición adolece de nulidad absoluta porque ha faltado el consentimiento en la tradición:

“Según se desprende de los artículos 670, 675, 686 y 1824 del Código Civil, es necesario tener presente que un contrato de compraventa no tiene por sí solo la virtud de convertir en dueño de la cosa vendida a su comprador, sino que tal contrato es únicamente el título que puede conducir a ello, pues es necesario que luego opere el modo de adquirir llamado tradición... acto jurídico que, como todos, según los artículos 1431 (sic), 1439 y 1445 del Código Civil, para su existencia requiere, al ser bilateral, del consentimiento de ambas partes involucradas, en circunstancias que, dado su fallecimiento, la vendedora ya no podía prestarlo”¹¹⁶,

de guisa que como:

“Al momento que la demandada requirió la inscripción del bien raíz, éste era de propiedad de la sucesión formada por la descendencia de la

¹¹⁶ GJ. 229, Santiago de Chile, julio 1999, Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 6º, p. 58.

vendedora, la cual, entonces, no pudo prestar el consentimiento requerido para ello, de lo que se sigue que, dada la ausencia de dicho requisito de existencia de tal acto jurídico, éste no fue válido, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1681 y 1682 del ya citado Código, que dispone que, al no concurrir un requisito de existencia de un acto jurídico, éste es nulo absolutamente”¹¹⁷.

El mismo criterio, y para un caso análogo al anterior, ha sido reiterado por la Corte Suprema en sentencia pronunciada el 25 de enero de 2001:

“La tradición efectivamente es un acto jurídico que debe cumplir con los requisitos de tales negocios, entre otros, el consentimiento de las partes, declaración de voluntad común que requiere manifestarse actualmente, esto es, coetáneamente a la entrega real o simbólica del bien, a lo que en la especie se opone la circunstancia de haber fallecido tales partes con mucha antelación a la entrega simbólica, representada por la inscripción; en consecuencia, debe concluirse que la inscripción a nombre del comprador no ha existido jurídicamente, en la medida que se procedió a ella prescindiendo absolutamente de la voluntad de los interesados, lo que en definitiva importa que sea ineficaz como modo de adquirir el dominio, que la referida parte sólo conservara el derecho que le confería su calidad de contratante, y que la actual vigencia de una inscripción a nombre de los demandados sólo constituya posesión del derecho de dominio que, por no haber sido de su causante, no se les transmitió por causa de muerte”¹¹⁸.

93

La referida opinión jurisprudencial ha sido comentada por Rodríguez Pinto:

“Toca esta materia el núcleo de los sistemas de transferencia de propiedad que la Corte Suprema se preocupa en aclarar, pues es en este contexto que el fallo de casación reitera la consabida doctrina de que el nuestro es un sistema de título y modo de adquirir, de raíz romana; y que, por lo tanto, la compraventa en este caso era sólo el título traslativo, ineficaz por sí mismo para transferir la propiedad (Cons. 6°)”¹¹⁹.

¹¹⁷ Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago de Chile, 13 de julio de 1999, cons. 7°, pp. 58-59.

¹¹⁸ Corte Suprema, Cas. Civ., rol 3.939-99, Santiago de Chile, 25 de enero de 2001, cons. 4°.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, “La cláusula ‘se faculta al portador’ y la transferencia de propiedad por tradición”, en *Revista Chilena de Derecho*, 27, N° 1, Santiago de Chile, 2000, p. 174.

Pero inmediatamente advierte que:

“Lo curioso es que así las cosas, las partes deban reeditar su voluntad en el modo de adquirir (tradicción-inscripción), un negocio jurídico en sí, para que sea plenamente eficaz la voluntad negocial ya expresada en el título, otro negocio jurídico en sí. No deja por esto de tener lógica el paso del codificador francés que, a comienzos del siglo XIX, simplemente eliminó la obligación de repetir la voluntad de enajenación en el modo de adquirir, dando plena eficacia real al título o convención traslativa de propiedad”¹²⁰.

Esta doctrina es antigua, la defendía expresamente Pothier y en un supuesto semejante al caso que motivó la sentencia de la Corte Suprema de 1999, pero que en la línea del autor francés resultaba explicable supuesta su concepción general de una “tradicción de efectos posesorios” y no de una “tradicción de derechos”, cual es el sistema adoptado por nuestro codificador. Así, las condiciones que exigía Pothier para que la tradicción (*factus tradendi*) “transfiriera la propiedad” se referían al hecho de la entrega y no al título de ella; línea dogmática que, como queda explicado, desechó el codificador chileno y que, por ende, al ser asumida por la Corte Suprema importa una grave incoherencia frente a los principios que gobiernan una tradicción concebida como exclusivamente dominical o de adquisición de otros derechos.

Pothier escribía que debía advertirse que era

“al tiempo de hacerse la tradicción en el que el consentimiento del propietario debe intervenir en la tradicción para que ella pueda transferir la propiedad de la cosa a aquel a quien ella se hace. Si el propietario, habiendo voluntariamente, y sin estar obligado, consentido en la tradicción que un tercero (‘yo’ = ‘mandatario’) debía hacer de su cosa, hubo después, antes que el tercero la hubiera hecho, cambiado de voluntad, o perdido la vida o la razón, no subsistiendo su consentimiento: la tradicción que hiciera el tercero no podría transferir la propiedad a aquel a quien se hiciera”¹²¹.

¹²⁰ RODRÍGUEZ PINTO (n. 119), pp. 174-175.

¹²¹ POTHIER (n. 9), nr. 221, p. 122: “Observez que c’est au temps que se fait la tradition, que le consentement du propriétaire à la tradition doit intervenir, pour qu’elle puisse transférer la propriété de la chose à celui à qui elle est faite. Si le propriétaire, ayant volontairement, et sans y être obligé, consenti à la tradition que je devois faire de sa chose, eût depuis, avant que je l’aie faite, changé de volonté, ou eût perdu la vie ou la raison; son consentement ne subsistant plus, la tradition que je ferois depuis ne pourroit transférer la propriété à celui à qui je la ferois”.

Más difícil de admitir aún se vuelve la opinión sentada por la Corte Suprema si se observa que ella descabala por completo el sistema causado de adquisición asumido por el codificador; y que pasa por encima de todos los principios que rigen a la tradición dominical, contrariando, de paso, la regla de interpretación legal consagrada en el inciso primero del artículo 22 del mismo *Código Civil*, supuesto que una tal interpretación impide que entre todas las partes de la ley haya “la debida correspondencia y armonía”, sin perjuicio de no ceñirse a la regla del inciso segundo del artículo 19, debidamente complementada por los pasajes del *Mensaje del Código* referidos al sistema de adquisición del dominio. En efecto, hacen bien las citadas sentencias en distinguir el título translaticio de dominio de la tradición, pero no hay fundamento alguno para sostener que esa correcta distinción dogmática implique una radical separación entre ambos actos; pues ello conduce a destruir por su base la concepción de una “entrega causada”, que es en lo que consiste la tradición al tenor del artículo 670 en relación con el 675.

Naturalmente, en los casos que dieron origen a las sentencias anteriores se hallaba también envuelta la cuestión tocante a la discutida cláusula: “Se faculta al portador”, que ambas sentencias consideran simplemente como un mandato que expira con la muerte del mandante y, en consecuencia, el mandatario que realiza la inscripción después de la muerte del mandante no ha podido expresar en la tradición (“inscripción”) la voluntad de su mandante, ya muerto¹²². Sumada esta interpretación a la concepción de la tradición como un acto jurídico bilateral, que requeriría de un específico consentimiento dirigido a transferir y a adquirir el dominio, se cierra el círculo de una doctrina jurisprudencial que, en la práctica, viene a independizar al título translaticio de dominio de la entrega dominical, descabalandos peligrosamente el sistema causado de adquisición de derechos consagrado en el *Código Civil*.

Hay, no obstante lo anterior, también alguna jurisprudencia reciente que, por la vía de estimar que la cláusula “se faculta al portador” envuelve un mandato que no expira con la muerte del mandante y que importa un caso lícito de autocontratación, considera válida la tradición efectuada mediante la inscripción del título translaticio de dominio con posterioridad al fallecimiento del vendedor.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 23 de septiembre de 1999 declaraba, fundándose en las opiniones de Alessandri Ro-

¹²² Sobre esta cláusula *vide* ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 100), II, p. 391; STITCHKIN BRANOVER, David, *El mandato civil*, 3ª ed., Santiago de Chile, 1975; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Se faculta al portador de copia autorizada...”, en RDJ, LXXXI, Santiago de Chile, 1984; WINTER IGUALT, Rodrigo, “El portador facultado”, en *Revista del Abogado*, N° 13, Santiago de Chile, julio, 1998; RODRÍGUEZ PINTO (n. 119).

dríguez y Somarriva Undurraga y Stitchkin Branover, que la referida cláusula: “Importa un mandato para celebrar un acto jurídico, la tradición del derecho mediante la inscripción de la escritura en el competente registro. A este mandato va unida, naturalmente, la facultad de representar a las partes. Como el portador de la copia de la escritura representa tanto al adquirente como al tradente, ejecuta un autocontrato o acto jurídico consigo mismo”¹²³, y, en consecuencia: “El mandato otorgado en este caso, que indeterminadamente facultaba para requerir y firmar la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces; no se extingue por la muerte de uno de los mandantes, toda vez que accedía al contrato de compraventa que se ha querido o previsto cumplir mediante su gestión”¹²⁴, de manera que podía declararse que resultaba necesario: “Desestimar la demanda interpuesta en autos en sus puntos primero y segundo de las respectivas peticiones en orden a declarar la nulidad de la tradición y cancelar la inscripción respectiva”¹²⁵.

- b) *La putatividad del título es incapaz de fundar una intención de transferir el dominio en el hecho de la entrega*: esto es así, precisamente, porque el inciso primero del artículo 675 del *Código Civil* exige “para que valga la tradición” que haya “un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.”, sin que se hubiera dado cabida a una tradición dominical fundada en un título putativo, como sí la admitía Pothier, según quedara ya explicado, precisamente porque el “título putativo” es aquél que no existe¹²⁶.

Entonces, justamente, porque la “intención de transferir el dominio” es dependiente de su causa o título translaticio, no es posible que una entrega fundada en un título que se cree existente, pero que en realidad no existe, pueda operar como tradición dominical. De guisa, que si no hubo compraventa, y luego entre el supuesto vendedor y el pretendido comprador, creyendo que la hubo, se verifica la entrega con una específica y propia “intención de transferir el dominio y de adquirirlo”; tal entrega no constituye una tradición dominical, porque esa “intención en la entrega” no depende de una causa translaticia de dominio, que es aquélla en la cual se debió haber expresado la única “intención de transferir y de adquirir” que es jurídicamente relevante para que la tradición opere con efectos adquisitivos.

En el caso previsto el supuesto vendedor que entregó la cosa, que era suya, al pretendido comprador que la recibió, no ha podido transferirle el dominio, porque no hubo tradición y, en consecuencia, sigue siendo dueño

¹²³ GJ. 231, Santiago de Chile, 1999, Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ., rol 6.404-96, Santiago, 23 de septiembre de 1999, cons. 1°.

¹²⁴ *Op. cit.*, cons. 3°.

¹²⁵ *Op. cit.*, cons. 4°.

¹²⁶ *Vide ut supra* 4.2, letra d).

de la cosa y podrá reivindicarla como suya. Naturalmente, respecto del vendedor, la entrega de la cosa supuestamente vendida y comprada no constituye un caso de pago de lo no debido, pues las reglas de éste operan, precisamente, cuando la especie pagada no puede reivindicarse, sin que se olvide que no es posible vincular este caso con el artículo 1.575 del *Código Civil*, en cuanto la obligación del vendedor es de entregar la cosa y asegurar la vacua y pacífica posesión del comprador, y no la de “transferir la propiedad”. En cambio, para el supuesto comprador que pagó el precio sí se está en presencia de un evento de pago de lo no debido, pues el error consistente en la creencia de existir una obligación, fundada en la compraventa, impidió que ese pago generara su efecto normal de liberarle de una obligación y, en consecuencia, tal error volvió indebido el pago y, supuesta la naturaleza fungible de las especies monetarias, el dinero no será reivindicable, por lo que contará con la acción personal por el pago de lo no debido.

El inciso primero del artículo 675, pues, da la regla para todos los casos en los cuales no existe título translaticio de dominio alguno que justifique una entrega en la cual concurre la “intención de transferir el dominio y de adquirirlo”. Así, dentro de tal “ausencia” de “título” queda comprendido el caso del “título putativo”, precisamente, porque él realmente no existe. Bello, entonces, apartándose de Pothier, ha consagrado los principios del derecho romano clásico en cuanto a la inexistencia de *iusta causa traditionis* y a la causa “putativa”.

97

Aunque, a propósito de posesión, no estará demás recordar aquí lo dispuesto en el artículo 704 número 4º, que reza: “No es justo título... El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etcétera”.

- c) *Un título declarado nulo no puede fundar la intención de transferir y de adquirir el dominio en una entrega*: esto es así, justamente, porque una vez declarada la nulidad del título translaticio de dominio tienen las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían “si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (art. 1.687), es decir, adviene asimilable a la situación del “título putativo”, en concordancia con la jurisprudencia clásica romana, de guisa que, en verdad, puede considerarse como que no hubo título translaticio de dominio y, por ende, no se cumple con la condición de validez exigida en el inciso primero del artículo 675. Entonces, no pudo haber “intención de transferir y de adquirir el dominio” en el título y, siendo así, menos pudo haberla en la entrega, pues una tal intención en ella depende causadamente de la de su título.

Cuestión diversa es que quien recibió la cosa, fundándose en un título nulo, pueda adquirir el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa, cumpliéndose las exigencias legales.

Jurisprudencia antigua y reciente confirma la opinión precedente, en cuanto estima que un título translaticio de dominio declarado judicialmente nulo no puede ser causa fundante de una tradición dominical¹²⁷.

Así lo ha declarado la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia del 14 de enero de 1942, a propósito de la nulidad judicialmente declarada de un aporte en sociedad: “Que siendo nulo, absoluta y relativamente el contrato social que ha sido objeto de la demanda, la tradición de los bienes hecha por virtud de ese contrato, resulta, también, ineficaz y sin valor alguno”¹²⁸. También la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia del 14 de octubre de 1999, confirmada por la Corte Suprema, conociendo por la vía de casación en el fondo, en fallo del 26 de septiembre de 2000:

“El título del señor (...) por el cual cedió sus acciones y derechos al señor (...), es el mismo que tenían en común al adjudicarse dicha propiedad en un remate declarado nulo por sentencia judicial, de modo que, no era un justo título, y por ende, adolecía también de un vicio de nulidad, y en estas circunstancias, el dominio de ese 50% reclamado por la demandada no pudo ser adquirido por tradición, dado que su antecesor –el señor (...)– no lo tenía, por cuanto su cedente no se encontraba en condiciones jurídicas de cederle dicha proporción del bien raíz rematado, ni tenía otros derechos transmisibles respecto a una compraventa declarada nula”¹²⁹.

98

Bajo esta regla del inciso primero del artículo 675 quedarían cubiertos los casos de ciertos “títulos nulos”, dentro de los cuales se hallarían las situaciones en las que intervienen incapaces absolutos en la tradición, y no bajo la del artículo 672 como agudamente defiende Guzmán Brito. Aunque ésta es, como se anticipara, una ardua cuestión, puede sugerirse la siguiente lectura, que distinguiría dos supuestos diversos, a saber:

i) *Título constituido por un incapaz absoluto*: si en la constitución del título ha intervenido como futuro tradente un incapaz absoluto, se aplican las re-

¹²⁷ Entre los autores, así en ROZAS VIAL (n. 65), nr. 182, p. 169: “Si el título adolece de algún vicio de nulidad, la tradición que se haga en virtud de él no transfiere el dominio”; VIAL DEL RÍO (n. 65), p. 38: “Cuando el título translaticio es un contrato, para que la tradición transfiera el dominio el contrato debe ser válido; porque si éste es declarado nulo, la tradición que se hubiera efectuado teniendo a tal contrato como antecedente, carecería de título para transferir el dominio... Aunque el contrato adolezca de tales vicios, como produce todos los efectos que le son propios mientras la nulidad no sea declarada, sirve como título suficiente para la tradición y el adquirente adquiere el dominio si la nulidad no se declara judicialmente”.

¹²⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Ap. Civ. Concepción, 14 de enero de 1942, cons. 24, en *Revista de Derecho*, N° 39-40, Concepción, enero-junio, 1942, pp. 290-291.

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, Ap. Civ., rol 19.337-97, Rancagua, 14 de octubre de 1999, cons. 11°, conf. Corte Suprema, rol 15.031, Santiago, 26 de septiembre de 2000.

glas generales tocantes a los actos y declaraciones de voluntad, de modo que aquel título adolecería de nulidad absoluta (art. 1.682 inc. 2). Cabrían entonces tres situaciones diferentes, aunque con una misma solución, a saber:

i.i) *La entrega la realiza el mismo incapaz absoluto*: supuesto que en el título nulo no hay jurídicamente una “intención de transferir el dominio”, la entrega posterior que él realizara, como dependiente de su título, jamás podría entenderse causada en él y, por ende, dicha entrega no operaría como modo de adquirir el dominio.

i.ii) *La entrega la realiza el representante legal del incapaz absoluto*: supuesto que la intención de transferir el dominio en el acto de la entrega depende de su causa o título, dicha entrega no produciría efecto adquisitivo alguno, sin que pudiera entenderse que el representante legal está ratificando el título, supuesta la regla del artículo 1.683 *in fine*.

i.iii) *La entrega la realiza el incapaz absoluto, pero una vez que eventualmente hubiera obtenido la capacidad*: por el mismo principio de la causalidad de la entrega y por esta regla del artículo 675 ella tampoco constituiría una tradición dominical.

En estos casos, no cabría más que constituir un título válido capaz de causar la entrega, para cumplir con lo prescrito por el artículo 675.

- ii) *Título constituido válidamente*: si el título ha sido constituido válidamente por el representante legal del incapaz absoluto, pero el acto de la entrega lo realiza éste y no aquél, se sale de la regla del artículo 675 y se cae en las del artículo 671, pues aquí la entrega debía ser realizada, “a nombre” (art. 671 inc. 1) del incapaz absoluto, por su “representante legal” (art. 671 inc. 2) y, supuesto que: “Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, ni admiten caución” (art. 1.457 inc. 2), se entra en el campo de la regla general del inciso segundo del artículo 1.682: “Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”, y en la correspondiente de la parte final del 1683 que veda su saneamiento por la ratificación.
- d) *Un título simulado no puede fundar una entrega dominical o de otros derechos*: la simulación del título translaticio de dominio, judicialmente declarada, no puede fundar una tradición dominical o de otros derechos, precisamente porque la entrega depende de su título en el cual ha de constar la “intención de transferir el dominio” y la correlativa de “adquirirlo”¹³⁰.

¹³⁰ Sobre la simulación en el derecho chileno, además de los *Manuales* en uso, *vide* las antiguas *Memorias* de FUENTES VENEGAS, Rolando, *De la simulación*, Santiago de Chile, 1936 y de DIEZ DUARTE, Raúl, *La simulación ante la jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1944; del mismo *La simulación de contrato en el Código Civil chileno: teoría jurídica y práctica forense*, Santiago de Chile, 1957; PAILLÁS PEÑA, Enrique, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Santiago de Chile,

Esta situación es singularmente interesante para examinar la adquisición causada en la tradición, y el papel jurídico que desempeña el título, en cuanto continente en el que se expresa la “intención de transferir el dominio” y la correspondiente de “adquirirlo”. Por ejemplo, cuando se simula una compraventa para ocultar una donación, es claro que tanto en el contrato simulado cuanto en el acto oculto hay “intención de transferir el dominio”; pero la tradición debe necesariamente fundarse en el título en el cual consta realmente la “intención de transferir y de adquirir” y no en el simulado, porque la adquisición mediante la entrega debe estar lógica y jurídicamente conectada con su causa. Así, tratándose de una compraventa simulada de bienes raíces para ocultar una donación, la tradición, que se verifica mediante la inscripción de la escritura de compraventa, no aparece conectada con la real “intención de adquirir y de transferir”, que es la que consta en la donación y, por ende, no cumple con la exigencia del inciso primero del artículo 675.

Éste es el entendimiento que rectamente ha dado la jurisprudencia cuando se ha comprobado que el “título translaticio de dominio” es simulado, de manera que declarándose judicialmente su nulidad cae necesariamente la tradición fundada en él.

En sentencia dictada por el Juez de Letras de Los Lagos el 28 de junio de 1999, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia el 26 de julio de 2000, se llegaba a:

“La convicción de que el contrato de compraventa celebrado por las partes no es sincero, real ni verdadero, existiendo falta de sinceridad en su celebración, de manera tal que las partes muestran al exterior un contrato que realmente no quieren y a cuyas consecuencias no pretenden someterse y que constituyen en su esencia lo que se conoce como simulación, por lo que esta situación vicia de nulidad la convención celebrada y que se materializó en el contrato de compraventa del Resto del Fundo Los Hualles, ubicado en la comuna y departamento de Linares”¹³¹,

1984; FUEYO LANERI, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 2ª ed., Santiago de Chile, 1991, parte IV, cap. 7 “La simulación (o falta de sinceridad contractual”); del mismo *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago de Chile, 1990, cap. 12 “La simulación de los negocios jurídicos o la falta de sinceridad contractual”; PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, “Cuestiones teórico-prácticas de la simulación”, en *Revista de Derecho*, N° 191, Concepción, enero-junio 1992, pp. 7-28; PARRA LABARCA, Ricardo, *La simulación: doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1994; LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, “La acción de simulación”, en *Revista de Derecho*, N° 6, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1998, pp. 91-107; ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “La simulación y los terceros: consideraciones civiles y penales”, en *Revista Chilena de Derecho*, 27 N° 2, Santiago de Chile, abril-junio, 2000, pp. 265-290.

¹³¹ Juez de Letras de Los Lagos, Civ. Los Lagos, 28 de junio de 1999, cons. 8, conf. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ap. Civ., rol. 10.070-00, Valdivia, 26 de julio de 2000.

y por esta razón se declaraba nula la compraventa y se ordenaba cancelar la inscripción de ella:

“Se declara nulo el contrato de compraventa celebrado por los demandados (...), por escritura pública de 4 de junio de 1998, inscrito a fojas 1.085 N° 1.413 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Linares, correspondiente al año 1998, debiendo en consecuencia cancelarse la mencionada inscripción dejándose constancia de la presente resolución a su margen y restableciendo el dominio a nombre de la Sociedad Agrícola, Ganadera y Forestal Ltda.”¹³².

- e) *La invalidez del título respecto de aquel a quien se confiere no puede fundar una intención de transferir el dominio en el hecho de la entrega*: esta es la regla del inciso segundo del artículo 675: “Se requiere, además, que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges”.

Este inciso, que procedía directamente y sin alteraciones del 815 del *Proyecto* de 1853 y del *Proyecto Inédito*, queda explicado que daba la regla para la “causa” o “título” que fuera “nulo”, en la línea del derecho clásico romano; pues causa *nulla* era, precisamente, la que “no existía” (*nullus*) y, por ende, su régimen jurídico era el mismo que el de la “causa putativa”: no podía fundar una tradición dominical. Se trata, entonces, de una regla que complementa a la del inciso anterior, pues si aquella se ocupaba de la “inexistencia” del título traslativo de dominio, ésta se refiere a un título existente, pero inválido, y, en cuanto tal, incapaz de justificar la “intención de transferir y de adquirir” en el acto de la entrega, pues no puede causarla.

Queda dicho que el ejemplo recibido en este inciso procede del derecho romano, mantenido pues en el derecho civil codificado¹³³, al cual pueden asimilarse las situaciones previstas en el artículo 1796: “Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no divorciados perpetuamente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad”, porque en estos casos la compraventa no puede considerarse como título que “sea válido respecto de la persona a quien se confiere”.

- f) *El error en el título obsta a que en la entrega exista la intención causada de transferir y de adquirir el dominio*: es la regla sentada en la parte final del artículo 676 y detallada en el artículo 677, que se ha explicado detenidamente al tratar del *Proyecto Inédito*¹³⁴.

¹³² Juez de Letras de Los Lagos, Civ. Los Lagos, 28 de junio de 1999, cons. 8, conf. Corte de Apelaciones de Valdivia, Ap. Civ., rol. 10.070-00, Valdivia, 26 de julio de 2000, parte resolutive.

¹³³ Vide CORRAL TALCIANI, Hernán, “Donaciones entre cónyuges: una prohibición de veinte siglos”, en *Revista Chilena de Derecho*, 26, N° 2, Santiago de Chile, 1999, pp. 349-367.

¹³⁴ Vide *ut supra* 4.2, letra i).

Naturalmente, si hay error en el título mal podría haber en él la intención de transferir el dominio y de adquirirlo y, en consecuencia, la entrega jamás podrá causadamente depender en una intención no presente en su causa.

Una aplicación jurisprudencial equivocada de las reglas tocantes al error, en relación con el título de la tradición, puede apreciarse en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de octubre de 2000. Los hechos de la causa eran los siguientes:

1. Al disolverse cierta Cooperativa de Reforma Agraria se adjudicaron a “A” la parcela N° 61 y 1/38 parte de los derechos de la Reserva Cooperativa N° 3, inscribiéndose ambas adjudicaciones.
2. Posteriormente “A” vendió a “B” la citada parcela N° 61 y los referidos derechos en la Reserva Cooperativa N° 3, inscribiéndose la referida escritura pública de compraventa.
3. Más tarde, “B” constituyó en favor de “C” primera hipoteca sobre el inmueble consistente en la parcela N° 61.
4. No satisfecha la obligación principal, “C” dedujo juicio especial hipotecario, cuyo resultado fue el remate de la referida parcela N° 61, expresamente individualizada en las bases del remate, en cabeza de “D” extendiéndose la escritura de adjudicación respectiva por el juez de la causa, y procediéndose a su posterior inscripción.
5. En esta última escritura de adjudicación, debidamente inscrita, fue incluida no sólo la Parcela N° 61 sino, también, los derechos en la Reserva Cooperativa N° 3, que no habían sido hipotecados.
6. Supuesto lo anterior “B” demanda en juicio ordinario que se declare la nulidad de la tradición en cuanto a incluido en ella bienes no hipotecados ni adjudicados, ordenándose la correspondiente cancelación de la inscripción de la adjudicación en lo tocante a los citados derechos en la Reserva Cooperativa N° 3.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, revocando la sentencia de primera instancia, acogió la demanda y declaró: “Que es nula la tradición de la noventa ava parte de las reservas cooperativas números dos y cinco; de la treinta y ocho ava parte de la Reserva Cooperativa número tres a que se refiere la inscripción de dominio de f. 365v. N° 549 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Limache del año 1992 en favor de don (...), debiendo cancelarse dicha inscripción respecto a los referidos derechos, con costas”.

Si bien, la solución adoptada por la Corte resulta apropiada, sus fundamentos son del todo ajenos a la disciplina de la tradición y de las reglas que gobiernan el error en ella. Veamos cuáles fueron los fundamentos del Tribunal: PRIMERO: “Que la tradición de los bienes raíces se hace mediante la inscripción del título, en este caso la escritura de adjudicación en el remate judicial, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces res-

pectivo”. Nada parece objetable, pues se limita a recibir este considerando lo dispuesto en el artículo 686 del *Código Civil*.

SEGUNDO: “Que tratándose de una venta forzada en pública subasta, el deudor, en este caso don Jaime Avelino Seguel Escobar, fue representado legalmente por el Juez de Letras del Segundo Juzgado Civil de Valparaíso”. También está exento de reparos este considerando, coherente con lo dispuesto por el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

TERCERO: “Que de acuerdo con los títulos analizados, el inmueble denominado Parcela 61 y los derechos sobre las Reservas y Bien Común especial, si bien se encuentran incluidos en una sola inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyen dos propiedades diferentes, no existiendo ningún antecedente que permita considerarlos como un solo todo, o considerarlos dentro de los bienes señalados en los arts. 2420, 2421, y o 2422 del *Código Civil*, para comprenderlos dentro del inmueble hipotecado”. Considerando este que sólo se limita a reconocer que, efectivamente, los derechos en la Reserva Cooperativa N° 3 no habían sido hipotecados.

CUARTO: “Que de todo lo anterior, es preciso concluir que el Juez de Letras que actuó en representación del deudor en la escritura de adjudicación cometió un error al incluir los citados derechos, lo que constituye un vicio del consentimiento, debiéndose tener presente que el art. 677 del *Código Civil* dispone que el error en el título invalida la tradición”. Este considerando, que es el séptimo y último de la sentencia, es el que merece una serie de objeciones, veamos cuales sean ellas:

i) El error ha sido cometido por el juez, y se ha incurrido en él en la constitución del título translaticio de dominio, es decir, en la adjudicación y, por lo tanto, advienen aplicables las reglas generales tocantes al error en los actos y declaraciones de voluntad, y no las reglas propias de la tradición.

No se está frente al caso de un error en la tradición, dado que ella versó, exactamente, sobre las cosas contenidas en el título y, por ende, no es posible aplicar la reglas del artículo 676, precisamente, porque no se ha padecido “error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse”, ya que ciertamente se ha entregado la especie designada y determinada en el título.

ii) El juez, en la referida escritura de adjudicación ha actuado “como representante legal del vendedor”, al tenor del artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*¹³⁵, y no como “representante legal” del tradente (art. 671 inc. 3).

Aunque coincidente, no es propio aplicar aquí la regla del artículo 671 inciso tercero, pues ella se refiere a la actuación del juez como represen-

¹³⁵ CPC. Art. 497: “Para los efectos de la inscripción, no admitirá el Conservador sino la escritura definitiva de compraventa. Dicha escritura será suscrita por el rematante y por el juez, como representante legal del vendedor, y se entenderá autorizado el primero para requerir y firmar por sí solo la inscripción en el Conservador, aun sin mención expresa de esta facultad”.

tante legal en la tradición, ya que sólo en ella “la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal”, de guisa que tampoco adviene aplicable el artículo 678 en cuanto señala que: “Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición”. Son inaplicables los artículos 671 y 678 porque ellos no operan en la constitución del título, debido a que en dicho título nada se transfiere, y por ello éste es el supuesto expresamente previsto en el artículo 497 del *Código de Procedimiento Civil*.

iii) Tal error ha recaído “sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra” (art. 1.453 *in fine*). No puede pasarse en silencio que aquí se está en presencia de una “venta forzada”, por lo que el ejemplo del artículo 1.453 es muy preciso.

En caso alguno puede sostenerse que el referido error es el previsto en el artículo 677 del *Código Civil*, como lo afirma expresamente la referida sentencia, supuesto que el campo operativo de tal regla es el del error que se genera cuando una de las partes supone un título translaticio de dominio y la otra uno de mera tenencia, o “cuando por las dos partes se suponen títulos translaticios de dominio, pero diferentes”. En el caso sujeto a sentencia, la aplicación del artículo 677 es extravagante, porque dicho error en el título no existió, sino que él recayó sobre la cosa vendida.

iv) Un error tal, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, bien ha podido: a) obstar o impedir la formación del consentimiento (“error obstáculo” u “obstativo”¹³⁶ o, bien, b) simplemente “viciar el consentimiento” (“error esencial”)¹³⁷.

¹³⁶ BARROS ERRÁZURIZ (N. 84), p. 206: “En los casos indicados, no puede decirse propiamente que está viciado el consentimiento; lo que ocurre es que falta en absoluto el consentimiento, porque no ha habido acuerdo alguno de voluntades, ya que las partes han querido cosas diferentes”; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, XI, Santiago de Chile, 1933, nr. 770: “En estos casos (los del art. 1.453) no sólo hay vicio del consentimiento, sino que no hay en absoluto consentimiento: la voluntad de una de las partes no se ha encontrado con la voluntad de la otra parte; no han concurrido en la cosa o hecho que debe formar el objeto de las obligaciones por contraer. No ha existido el *idem placitum consensus* que puede constituir la convención”. En el mismo sentido MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo de la, *Derecho Civil. Contratos*, Santiago de Chile, 1954, p. 79; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *Curso de Derecho Civil* (versión de VODANOVIC, Antonio), I, Santiago de Chile, 1961, nr. 423 y nr. 465; PESCIO VARGAS, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 1978, II, nr. 160, pp. 58-59; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago de Chile, 1977, nr. 39; LARRAÍN RÍOS, Hernán, *Lecciones de Derecho Civil*, Santiago de Chile, 1994, pp. 274-275. Algunas sentencias en este sentido: Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago, 4 de abril de 1945, cons. 5º, con cita expresa de la opinión de Claro Solar (RDJ. XLII, IIª parte, sec. Iª, pp. 558-559); Corte Suprema, Cas. Civ. Santiago, 30 de mayo de 2001, cons. 4º (GJ. 251).

¹³⁷ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho civil*, Santiago de Chile, 1988, nr. 267, p. 242: “Aunque muy graves (los casos del art. 1.453), no significan falta de consentimiento, sino vicio del

- v) Producido este error, para ciertos autores el acto afectado por él es inexistente¹³⁸; para otros, y para la jurisprudencia mayoritaria, el acto es nulo de nulidad absoluta¹³⁹ y para una minoría de autores el acto sería nulo de nulidad relativa¹⁴⁰.
- vi) Supuesto, entonces, que el título constitutivo de dominio es “inexistente” o nulo, no es posible considerar que se cumpla con la exigencia prescrita por el artículo 675 del *Código Civil* y, en consecuencia, no puede operar como causa de la tradición.
- vii) Más aún, como dicho error esencial ha excluido por completo el consentimiento, como también lo ha admitido una constante jurisprudencia¹⁴¹, no sólo se está en presencia de un título nulo, inhábil para causar una tradición dominical (art. 675) sino, también, ha, consiguientemente, faltado la “intención de transferir el dominio” en el título y, por ende, no es posible que de una tal adjudicación declarada nula pueda hacerse depender la “intención de transferir el dominio” en el hecho de la entrega (art. 670), como acto que ha de estar, precisamente, causado en ella.

En resumen, la doble exigencia de “facultad e intención de transferir el dominio” quedaba directamente vinculada con la palabra ‘entrega’. La primera referida a la capacidad de ejercicio del tradente o al obrar debidamente facultados los mandatarios o representantes legales, y la segunda a la dependencia de su título translaticio de dominio.

105

5.1.7. Y por otra la capacidad e intención de adquirirlo

El texto finalmente aprobado y publicado del *Código Civil* agregaba la expresión “capacidad e”, de manera que también en relación con el adquirente se

consentimiento”. Comparte esta opinión LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Santiago de Chile, 1977, nr. 134.

¹³⁸ PESCIO VARGAS (n. 136), II, nr. 160, p. 59: “En doctrina los dos casos de error a que nos acabamos de referir constituyen errores llamados ESENCIALES, que obstan a la formación de la voluntad y, por tanto, constituirían ejemplo típico de inexistencia jurídica”. En el mismo sentido LARRAÍN RÍOS (n. 136), p. 275.

¹³⁹ CLARO SOLAR (n. 136), XI, nr. 770; aunque con reservas, MAZA RIVADENEIRA (n. 135), pp. 79-80. Para jurisprudencia en esta línea *vide* Corte de Apelaciones de Santiago, Ap. Civ. (GT, 1908, nr. 7.713, p. 1.062); Corte de Apelaciones de Santiago, Santiago, Ap. Civ., 9 de septiembre de 1941 (RDJ, XLII, N° 9, IIª parte, sección Iª, p. 556), conf. Corte Suprema, Cas. Civ., 4 de abril de 1945, cons. 13° (RDJ, XLII, nr. 9, IIª parte, sección Iª, p. 559); Corte Suprema, Cas. Civ., 30 de mayo de 2001, cons 4° (GJ, 251).

¹⁴⁰ BARROS ERRÁZURIZ (n. 136), p. 206; LEÓN HURTADO (n. 136), nr. 134; DUCCI CLARO (n. 136), nr. 267, p. 242.

¹⁴¹ Corte Suprema, Cas. Civ. 4 de abril de 1945, cons. 3°, 5° (RDJ, XLII, nr. 9, IIª parte, sección Iª, p. 558); Corte de Apelaciones de Valparaíso, Valparaíso, Ap. Civ., 23 de junio de 1992, cons. 7°, conf. Corte Suprema, Cas. Civ., 7 de agosto de 1995; Corte Suprema, Cas. Civ., 30 de mayo de 2001, cons 4° (GJ, 251).

consagraba una doble exigencia para estar en presencia de una tradición dominical o de otros derechos, a saber: i) la capacidad de adquirir el dominio y ii) la intención de adquirir el dominio.

1. *La capacidad de adquirir el dominio*: la inclusión de la “capacidad” de adquirir el dominio en el adquirente significaba también completar la definición de tradición y, a su vez, implicaba retomar expresamente una de las condiciones de validez que ya había aparecido en el *Proyecto* de 1853.

Esta exigencia también puede ser expresada como regla:

REGLA CUARTA: “Para que la tradición opere como modo de adquirir el dominio es preciso que el adquirente tenga capacidad de goce”.

Veamos, brevemente, el campo operativo de esta regla, y los corolarios que se siguen de ella:

- a) *La capacidad exigida en el adquirente corresponde a la capacidad de goce*: el codificador no utiliza la voz ‘facultad’ que había empleado respecto del tradente, precisamente porque aquella palabra la entendía en cuanto “poder de disposición” o de “enajenar”, de manera que aquí referida al adquirente habría resultado impropia, pero sí era menester compendiar en la definición legal del artículo 670 la exigencia relativa al “adquirente” que se contiene en el artículo 671, de tal manera que esta “capacidad” queda referida a la posibilidad de incorporación patrimonial de derechos o, en otras palabras, a la llamada “capacidad de goce”.

Se ha dicho que en el *Proyecto* de 1853, sobre la base de un texto de Pothier, se incluía separadamente esta exigencia de la capacidad en el adquirente: “Se requiere, además, que la persona a quien se hace la entrega sea capaz de adquirir el dominio de la cosa” (art. 815 inc. final), y que su eliminación en el *Proyecto Inédito* se debió a que en éste se incluyó la definición legal de “adquirente” (hoy 671 inc. 1), en la cual se halla implícita la exigencia de su “capacidad” para adquirir, idea coherente con la exigencia del “consentimiento del adquirente” prescrita en el artículo 673, respecto del cual, y queda dicho, Bello explicaba expresamente que: “El adquirente debe ser persona capaz de adquirir el dominio de las cosas. Así la tradición de una finca no transferirá su dominio a una corporación o instituto que no estuviere autorizado para adquirirlo”¹⁴².

De esta manera, la “capacidad” para adquirir es una exigencia que queda implícitamente cubierta por la definición legal de *adquirente* contenida en el inciso primero del artículo 671 del *Código Civil*, pues si éste es quien “por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida”, necesariamente, ha de ser capaz de adquirir, de guisa que su “capacidad” apa-

¹⁴² BELLO (n. 6), tomo v, p. 209, nota art. 809.

rece como condición de validez para la tradición dominical o de otros derechos, y así se justifica su inclusión en la definición legal del artículo 670.

- b) *Esta regla no es más que la concreción de la exigencia general de capacidad de goce*: supuesta la lectura anterior ella debe entenderse al tenor de las disposiciones comunes relativas a la capacidad de goce de las personas naturales y jurídicas (arts. 963, 1.387, 1.391, 1.446, 556). Quedan, en consecuencia, excluidas de esta capacidad las entidades que no gozan de personalidad jurídica.

Téngase en cuenta aquí el inciso primero del artículo 963, aunque referido a la incapacidad para adquirir herencias y legados: “Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas”, pero aplicable expresamente a las donaciones entre vivos (art. 1.391).

2. *La intención de adquirir el dominio*: en plena concordancia con la exigencia respecto del tradente, también se requiere en la definición legal de tradición dominical que el adquirente tenga la “intención” de adquirir el dominio, y ella solamente puede existir cuando a la entrega la precede un título translaticio de dominio, en el cual se ha manifestado dicha intención, que causa a la entrega.

Así, pues, éste es otro elemento de calificación jurídica de la entrega que aparece necesariamente conectado con la exigencia de la “intención de transferir” en el tradente, y con lo dispuesto en el artículo 675, de manera que también puede ser expresado como regla:

REGLA QUINTA: “La recepción de la cosa debe hacerse con intención de adquirir su dominio, y tal intención existe cuando la precede un título translaticio de dominio lógicamente conectado con ella”.

Valen aquí, *mutatis mutandis*, todas las observaciones que quedan hechas en relación con la “intención de transferir el dominio”.

5.2. *De la validez de la tradición y de la Tradición A non Domino en el Código Civil*

Tanto la cuestión de la “validez de la tradición” cuanto la de la tradición *a non domino* se mantuvieron sin alteraciones en el *Código Civil* publicado y promulgado en relación con el *Proyecto Inédito*, de manera que se remite al lector a su tratamiento en dicha parte y, por lo demás, tales temas constituyen materias de estudio propio y singularizado, que exceden el propósito de este trabajo.

En todo caso, en relación con la tradición *a non domino* debe insistirse en que ella se mantiene reglada en el título VI del libro II del *Código Civil*; no desde

la perspectiva de una “tradicición posesoria”, sino en coherencia con el propósito de Bello de solamente referirse en esta sede a una tradición entendida como “modo de adquirir el dominio” o como “modo de adquirir otros derechos”.

Supuesto lo anterior, en el caso de una *traditio a non domino*, quien recibe la cosa puede adquirir: a) los “otros derechos transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”, según el artículo 682 en concordancia con el inciso segundo del artículo 670 y b) “el *derecho* de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”, pues en este caso la tradición no opera como modo que “transfiere derechos”, sino como “modo de adquirir un derecho” originariamente, y por ello el artículo 683, con toda precisión, señala que en este caso: “La tradición *da* al adquirente...”.

6. CONCLUSIONES

Después del pesado examen que se ha hecho de la definición legal de tradición contenida en el inciso primero del artículo 670 del *Código Civil* es posible reseñar, brevemente, algunas conclusiones generales, las particulares quedan detalladas a propósito de las respectivas materias.

1. El codificador en el título VI del libro II del *Código Civil* asumió la tarea de tratar exclusivamente de la tradición en cuanto modo de adquirir el dominio, otros derechos reales o el derecho de ganar por prescripción.
2. El intento dogmático anterior no hallaba precedentes en sus fuentes y por ello no siguió fielmente a la jurisprudencia clásica romana, para la cual la tradición operaba como modo de adquirir la posesión y como modo de adquirir el dominio.
3. Por la misma razón anterior tampoco siguió la concepción dogmática de Pothier, cuyo presupuesto era una concepción general de la tradición posesoria.
4. A pesar del esfuerzo dogmático de definir exclusivamente una tradición en cuanto modo de adquirir derechos, la utilización de Pothier para la elaboración de ciertas disposiciones introdujo el problema semántico de emplear la voz ‘tradición’ en alguna ocasión con sentido posesorio.
5. El campo operativo de la definición legal de la “tradición” contenido en el artículo 670 es sólo para los específicos efectos de la adquisición de los derechos referidos por ella, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del *Código Civil*, pues está allí definida “para ciertas materias”, y no para otras.

Supuesto lo anterior, en principio, la voz ‘tradición’ definida en el artículo 670 del *Código Civil* se refiere únicamente a la tradición dominical o de otros derechos, de manera que debe precisarse en qué otras disposiciones del *Código* es utilizada en tal significación legal, y en cuáles no. Tal cuestión será materia de un próximo estudio.