

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
II Semestre 2007

Profesores: Francesco Campora
David Núñez

DERECHO CIVIL IV

MATERIAL COMPLEMENTARIO

Tradicción

Barrientos, Javier. De la "tradicción" y su definición en el Código Civil chileno. En: Revista Chilena de Derecho Privado (Fundación Fueyo), N°1, 2003, pp. 11-108.

Revista Chilena de Derecho Privado
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTOR

Carlos Pizarro Wilson
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales y de Chile

SECRETARIO DE REDACCION

Rafael Mery Nieto
Profesor de economía
Universidad Diego Portales

CONSEJO EDITORIAL

Javier Barrientos Grandon
Profesor de historia del derecho
Universidad Diego Portales

Carlos Peña González
Profesor de derecho civil
Universidad Diego Portales

Oswaldo Contreras Strauch
Profesor de derecho comercial
Universidad Diego Portales

Jorge López Santa María
Profesor de derecho civil
Universidad Adolfo Ibáñez

Gonzalo Figueroa Yáñez
Profesor de derecho civil
Universidad de Chile y Diego Portales

Ricardo Sandoval López
Profesor de derecho comercial
Universidad de Concepción
y Diego Portales

Christian Larroumet
Profesor de derecho civil
Université Panthéon-Assas (Paris II)

EDITOR

Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri
República 105, tercer piso, Santiago de Chile
teléfono: 6762640; Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO

Nº 1 - 2003

FERNANDO FUEYO LANERI

ISSN 0718-0233

PRESENTACIÓN	7	COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
DOCTRINA		Obligaciones y responsabilidad civil por Alejandra Aguad D. y Carlos Pizarro W.	245
De la tradición y su definición en el Código Civil chileno por Javier Barrientos Grandon	11	Contratos especiales por Inigo de la Maza G.	265
Contratos por adhesión y cláusulas abusivas por Inigo de la Maza Garmuri	109	Propiedad y derechos reales por Javier Barrientos G.	269
Efectos económicos de las uniones de hecho en la jurisprudencia española por José Ramón de Verda y Beza monte	149	Derecho de familia y sucesorio por Leonor Etcheberry C.	285
La responsabilidad médica por el hecho ajeno por Carlos Pizarro Wilson	181	Derecho de la competencia por Rafael Mery N.	291
OPINIÓN PROFESIONAL		RESUMENES DE JURISPRUDENCIA	301
Algunas reflexiones sobre el procedimiento establecido para resolver las controversias que se originan en hechos, actos o contratos relativos al comercio marítimo por Andrés Cuneo M.	209	ACTUALIDAD LEGISLATIVA	315
Informe en derecho sobre oferta pública de adquisición de acciones por Carlos Peña G.	223	RECENSIONES	331
		ÍNDICE DE MATERIAS	343
		SIGLAS Y ABREVIATURAS	349
		NORMAS EDITORIALES	355



DE LA "TRADICIÓN" Y SU DEFINICIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO. A PROPOSITO DEL ARTÍCULO 670

Javier Barrientos Grandón¹

1. PRESENTACIÓN

En el párrafo XXI del *Mensaje* que precede al *Código Civil* se explica paladina-mente el régimen jurídico que para la adquisición del dominio y para la cons-titución 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 correspon-de 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 transfere el dominio, no transfere 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 roma-na 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 tradi-ción, ahora denominada "título". Esta orientación ya quedaba clara en el "Pri-mer 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* GASCHÉ MÜLLER, Bernardo, "El contrato como modo de adquirir", en *Revista de Derecho*, N° 41-42, Concepción, julio-diciembre, 1942, pp. 149-161; PEÑAHUICO 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; quines, 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"

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 1º 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 2º: "De la adquisición de dominio por estos dos últimos medios se tratará en el libro de

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 1º 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:

- Tratar de la tradición simplemente como una entrega, es decir, como el *mero factus tradendi*.
- 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.
- 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 alterna 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 castellanias, pero sí, de alguna manera, en las obras de ciertos juristas, particularmente los de tradición jurista, entre los cuales le era familiar Heinzeo, 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.

³ GUZMÁN BRUTO, Alejandro; ÁVILA MARTEL, Alaminro y MERO 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.

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 el artículo 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 un 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)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 aquella 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:
- 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.
 - Supuesta la constatación anterior puede concluirse que Bello ha trabajado exclusivamente sobre la base de la tradición jurídica del sistema del derecho común romano.
 - 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.

- 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.
- En cuanto a las fuentes tomadas del *Corpus Iuris Civilis* se advertía una cierta preferencia por las extraídas del *Digesto* (en cinco artículos), ya que las referencias 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 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 parágrafos 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 parágrafos 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 veintidós artículos no había uno solo de ellos siquiera destinado a tratar de la tradición no dominical, concretamente, de aquella 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:

- Definición de la tradición como "modo de adquirir el dominio" (art. 806).
- De cuándo la tradición se entiende realizada por el dueño (arts. 807 y 808).
- 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 incorporales (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* alfonquinas 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 acquiritur*).
 - 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).
- 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 traslaticio de dominio".
 - d) De la "tradición" de las cosas incorporales.
 - 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 ("decreta razón" Sp. 3.28.46); 2) hecha por el dueño o por alguien a su mandato (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 misma tercera *Partida*, en la que se trataba de la tradición "*per clavium*" (3.30.7), "*litterar*" (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 modelo 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 tradición 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 influencia 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 alfonquina tenía como fuente directa a las

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

Instituciones 2.1.40, acababa siendo el modelo gayano-justinianeo el que perduraba, naturalmente también coincidente con la ordenación que seguían las *Instituciones* del mismo Bello, fundadas en las de Heinkeio. 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 el 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-justinianeo (*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-justinianeas 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 abrió 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 alfoncina ‘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 recibida

¹⁰ BELLO (n. 4), tomo IV, p. 194.

da en las *Institutiones* 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 el reverso 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. *Institutiones*, 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 *Institutiones 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 Heinccio y que recibía en sus citadas *Institutiones*, 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

¹² Vide FEENSTRA, Robert, “Les origines du dominium d’après, Grocius et notamment dans son *Mare liberum*”, en *Homenaje al Profesor Alfonso García Galla*, I, 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*, I, *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, *Incontro di studio*, Firenze 16-19, Octubre 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. 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*”.

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 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 incorporales 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 incorporales 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.

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-

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 intencion de transferir el dominio, i por otra la intencion 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"?

¹⁸ Véase texto referido en nota 21.

¹⁹ POTHIER (n. 9), nr. 194, p. 110: "La tradition est la translation que fait une personne à une autre, de la possession d'une chose: *Traditio est possessionis datio*".

²⁰ Véase texto referido en nota 16.

i ¿De donde 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. 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-

presa de la citada definición del artículo 806, si aparecía una referencia expresa a la necesidad de una *iusta causa traditionis* o título: “Apoderaran 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 comprendía 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

²⁵ ПОТНІЕР (n. 9), nr. 218, p. 121: “...4º 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'acquiescer”.

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 entregara 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

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 representarse 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 certeza 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 ley 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 inválida

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.

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 aquella 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 cumplieran 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”.

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 galó 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 ley 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 aquella que no tuviera “los requisitos que la ley 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 Véase 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 transfere la propriété”, p. 121.

rad 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 aquel 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 presuponia 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'excedent 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. J'aboléus 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 aquella 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 (cf. 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 requirieren todas las otras condiciones expresadas en el título precedente".

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 intención de transferir el dominio, i por otra la intención 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 incorporales 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 incorporales, lo que debió parecer coherente con la regla contenida en el artículo 688 del *Proyecto Inédito* que declaraba que: "Sobre las cosas incorporales 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 incorporales.

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 incorporales".

La regla pareciera indicar que lo que se adquiriría por la tradición era "el dominio sobre las cosas incorporales" y no que se adquirirían las cosas incorporales 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 domina*. 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 actio*".

³⁸ *Op. cit.*, nr. 193, p. 110: "Nous traiterons, dans celle-ci, d'une troisième manière d'acquiescir 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*".

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 transfere 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 transfere es el tradente, i el juez su representante legal".

d) *Habiendo por una parte la intención de transferir el dominio, i por otra la intención 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 hubiera "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 definitivos 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 lei 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 *adquiriente* 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 "transfiera 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 traditiōis*) 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 regular 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". Este 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:

40

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 Potnier 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".

Las 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 aquellos 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.

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 sistemmatizaba 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 las expresiones "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 ferait audit nom, ne seroit pas censée faite par le mineur ou l'interdit, et ne transférerait 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. J'aboléens 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 el 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 jurisculte 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 Véase 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 ley para la venta en subasta, Véase Pothier, *De la propriété*, núms. 222 i 225⁴⁵.

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 representante o mandante, regida por las reglas generales.

d) *Exigencia de un título translativo de dominio*: el inciso primero del artículo 815 del *Proyecto Inédito*⁴⁶, se ocupaba en regular la exigencia de un título translativo de dominio para la validez de la tradición: "Para que valga la tradición, se requiere un título translativo 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 translativo 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 gallo 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 *Traité* 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".

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

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:

"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,

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

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" prescrite 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 "transfiera 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 "invalidéz" 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 voulais 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.

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 remita 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 aquella 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 Flavina 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 entendiéndose vender cierta cosa determinada, i el comprador entendiéndose 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 recoit 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 traditio, 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 donacion, o sea cuando por las dos partes se suponen títulos traslativos de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mucho, i por otra donacion".

En esta materia los artículos 816 y 818 del *Proyecto Inédito* mantenían inalterados los equivalentes en el *Proyecto* de 1853, que esta vez remita 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 aquella 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 traslativo 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 solutio*) objetivamente dirigida a que aquél que recibiera la cosa pagada medianamente 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 (*ne tradidero rem*), si hubieras obtenido su posesión no con mi voluntad, no la poseses fundado en la compra (*pro emptore*), sino que eres un usurpador (*praedator*)".

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 obliga a entregarla, hará presumir la tradición". 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 traslativo 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 traslativo 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 traslativo 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.

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 traslativo 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. Obsérvase, 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 puesto 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 sustitución 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 (*tradis*) 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 adquirí 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 enajenación, no se transfere 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 tradición que se hiciere sin estos requisitos no transferiría el dominio"⁵⁸.

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 arrastrada al título VI "De la tradición", pero dentro de una nueva y novedosa con-

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