

BASES ROMANÍSTICAS PARA UNA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DEL SISTEMA CHILENO DE TRANSFERENCIA INMOBILIARIA*

María de los Angeles Soza Ried

Profesora de Derecho Romano
Universidad de los Andes

María Sara Rodríguez Pinto

Profesora de Derecho Civil
Universidad de los Andes

INTRODUCCIÓN

El Código Civil chileno exige para toda tradición la existencia de un título traslativo que justifique la adquisición, como el de venta, permuta o donación (art. 675). La tradición de inmuebles se efectúa por la inscripción del título (art. 686). Para dar completa publicidad a las mutaciones en el dominio de la propiedad raíz, el Código también exige la inscripción de la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de un inmueble (art. 689) y del decreto judicial de posesión efectiva de una herencia, para disponer de los inmuebles comprendidos en la herencia (art. 688). Estas normas no confieren a la inscripción un carácter constitutivo de dominio, sino que solamente conceden al adquirente la presunción dominical de que goza el poseedor (art. 700). Así las cosas, el que se cree dueño pero no tiene su título inscrito deberá probar su dominio contra el que lo tiene, demostrando su mejor derecho. La inscripción es así garantía (arts. 728, 2505) y prueba de posesión (art. 924). Podemos finalmente agregar que si el tradente no es dueño, no transfiere más derechos que los que tiene (art. 682). Y que, con el transcurso de los plazos de prescripción adquisitiva (hasta 10 años), el titular registral se encuentra al amparo de todo reclamo y su posesión se consolida con la propiedad.

Es este, en apretada síntesis, el sistema chileno de transferencia inmobiliaria. Al instaurarlo, Bello se hace heredero de una larga tradición jurídica que se remonta a las formas clásicas romanas y a su evolución. El propósito de este trabajo es, pues, identificar las bases sobre las que descansa nuestro sistema de transferencia inmobiliaria, avanzar hipótesis sobre sus orígenes y sugerir interpretaciones de las normas en que se apoya. El proyecto suena tal vez ambicioso, y posiblemente excede los límites de este artículo. Pero asumiendo el desafío que supone resumir en pocas páginas el desarrollo de una institución milenaria, pensamos que una relación lo más ordenada posible de estas bases es profundamente iluminadora sobre el estado actual de nuestro sistema y sus problemas.

* Este artículo ha sido preparado en el contexto del proyecto de investigación "La tradición en el derecho romano: sus proyecciones en el derecho moderno, especialmente en el derecho civil nacional" auspiciado por el Fondo de Ayuda a la Investigación de la Universidad de los Andes, Proyecto FAI N° DER-001-99.

En este contexto, las páginas que siguen discurrirán de la siguiente manera. El trabajo se concentrará, en primer término, en una exposición del tema de los modos de adquirir en el derecho romano hasta detenernos en la tradición, que nos ocupará en el resto del artículo. Para analizar la estructura de la tradición romana es inevitable referirse, en primer lugar, al binomio clásico de título y modo de adquirir, y, en segundo, a la exigencia de una *iusta causa*. El *animus transferendi et accipiendi dominii* es analizado someramente en la primera parte del trabajo, pero es en la segunda donde se estudia con mayor detenimiento, a propósito de la definición de tradición que da nuestro Código Civil. ¿Exigió el derecho en alguna época la reiteración del propósito traslativo ya expresado en el título? ¿Lo hace actualmente nuestro derecho nacional?

Del terreno de la causa de adquisición pasaremos al de la forma de la tradición. El artículo describirá, a continuación, el decaimiento de las formas solemnes en el derecho posclásico y la lenta introducción de otras formas de publicidad, predecesoras de los registros. Se estudia aquí la recepción de la escritura, del documento y las formas ficticias de tradición a que dieron origen estos mecanismos, con los cuales ya conectamos directamente con los modernos registros.

La evolución, evidentemente, es mucho más larga y lenta que lo que pocas páginas pueden decir. Bello redacta el Código en pleno apogeo de los registros, que adoptan su forma moderna, según la mayoría de las opiniones, a partir de la Ordenanza de Federico II de Prusia, de 20 de diciembre de 1783¹. En este punto, pues, el artículo conecta con el derecho patrio, su contexto histórico y sus rasgos más sobresalientes.

De toda esta evolución se deduce fácilmente el sustrato profundamente romanístico de nuestro sistema, y es esto lo que esperamos haber demostrado hacia el final de este artículo.

PRIMERA PARTE: EL CONTEXTO ROMANO DE LOS MODOS DE ADQUIRIR

El término y el concepto "modo de adquirir"

El término modo de adquirir el dominio expresa la forma concreta a través de la cual una persona empieza a ser dueña de un objeto, y se diferencia radicalmente del concepto de *successio*, que implica la idea de subrogación².

Son modos de adquirir, pues, solo aquellos que producen como efecto propio la atribución del dominio en una persona, y se dirigen total y exclusivamente a esa adquisición. La terminología "modos de adquirir" no es originaria ni típicamente romana, sino que tiene su origen en la conocida obra de Gayo, las *Institutiones*. En el libro II, párrafo 97, Gayo dice: "veamos ahora de qué modos adquirimos las cosas por medio de una universalidad...". Esta expresión es tomada, más tarde, en las *Institutiones* de Justiniano (a. 533 d. C.) En esta obra, el vocablo aparece en el libro II, párrafo 9, fragmento 6. La adopción justiniana de la terminología hizo posible su recepción en el derecho posterior y su traspaso ulterior a numerosos códigos civiles de países de tradición romanística³.

¹ Hay muchos registros predecesores a la ley prusiana, antiguos y modernos, algunos de los cuales se dará cuenta en este artículo. La ley prusiana tiene el mérito de haber servido de modelo a muchas de las legislaciones hipotecarias europeas. Sin embargo, nuestro derecho parece tener una inspiración diversa, pues quiso evitar expresamente los inconvenientes que originó la puesta en práctica de los registros de Federico II. Para detallados antecedentes ver, por todos, Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, 1932) t. 7, pp. 293-375.

² Sobre este punto, vid. SOZA RIED M. de los Angeles, *Adquisición patrimonial y sucesión: una precisión de conceptos a partir del Derecho Romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* de la Universidad Católica de Valparaíso, en adelante *REHJ*.XXI (1999) pp. 75 y ss.

³ De todos modos, en el derecho romano clásico no se concibió la herencia como un modo de adquirir: solo por influencia de las categorías enunciadas por Gayo en las *Institutiones*, donde se habla de los modos por los que adquirimos una universalidad, que también pasó más tarde a las *Institutiones* de Justiniano, quedó incorporada la sucesión hereditaria como un modo de adquirir una universalidad, y así quedó estatuido en nuestro derecho civil nacional.

En derecho romano clásico, en consecuencia, solo son modos de adquirir aquellos que realmente atribuyen el dominio de una cosa en una persona y, desde este punto de vista, la tradición cae perfectamente dentro de este concepto. Como ya se ha dicho, los romanos clásicos no utilizaban la expresión modos de adquirir sino más bien la de causas, las cuales se basan en la noción de *capere*. El modo de adquirir o causa consiste en una apropiación, en la aprehensión material hecha por el adquirente, no siendo relevante el hecho de la traslación, sino el de la adquisición. Este verbo *-capere-* además es la raíz etimológica de varios de los términos que aluden a los modos de adquirir la propiedad (*mancipatio*= *manu capere*, *usucapio*= *usus capere*, *occupatio*= *ob capere*, etc.⁴. De todos modos, la idea del protagonismo del adquirente en el acto adquisitivo no es exclusiva de los modos ya mencionados, sino que se hace presente también en la *traditio*: el *tradens* (tradente) deja la cosa, la “abandona”, para que el *accipiens* (adquirente) la aprehenda y tome posesión de ella⁵.

Clasificación de los modos de adquirir

La doctrina romanística ha elaborado, en algunos casos con fundamento en las fuentes, diversas clasificaciones de los modos de adquirir. Una de estas clasificaciones es la que distingue entre modos originarios y derivativos. De acuerdo con lo que se ha afirmado inmediatamente arriba, no nos parece que esta clasificación sea demasiado apropiada, teniendo en cuenta el concepto que los romanos clásicos tenían de adquisición de la propiedad. Por lo demás, esta es una distinción que no aparece en las fuentes y que fue elaborada por juristas posteriores, probablemente glosadores y comentaristas. Casi podríamos decir que el acto de adquisición es unilateral. Se discute además la utilidad de esta primera clasificación, en el sentido de que solo algunos modos de adquirir parecen inscribirse más fácilmente en una u otra categoría, como por ejemplo, la ocupación (modo originario) y la tradición (modo derivativo)⁶; en lo que se refiere al resto de los modos, no puede decirse lo mismo. En efecto, en el caso de la usucapación, se discute si la propiedad adquirida es o no independiente del propietario anterior. Lo mismo sucede en algunos casos concretos de accesión, como es el de la separación de los frutos: ellos pertenecen al propietario de los frutos y, por lo tanto, no hay verdadera adquisición. Igualmente sucede con la sucesión hereditaria, que no es considerada en el derecho romano clásico como modo de adquirir.

Tampoco es netamente romana la distinción entre modos de adquirir a título singular y a título universal, que se introduce a raíz de una expresión poco técnica de Gayo. En virtud de esta expresión, la herencia y las otras figuras por las cuales una persona traspasa su patrimonio a otra (*adrogatio*, *conventio in manum* y *bonorum venditio*) parecen concebidas como modos de adquirir una universalidad. Pero la herencia, por razones que en este trabajo no podemos desarrollar, no es uno de los modos de adquirir una universalidad, sino una forma de subrogarse en la persona jurídica del causante, para darle continuidad⁷. Las restantes figuras sí pueden en cambio concebirse como modos de adquirir, porque no se produce el fenómeno de la subrogación, sino una verdadera adquisición, aunque de un objeto universal. Sin embargo, la distinción gayana, como ya se ha adelantado, tuvo gran influencia en el derecho posterior; tanto es así, que en el derecho civil chileno la herencia es considerada como un modo de adquirir.

⁴ Estas afirmaciones son coincidentes en autores como A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed. (Pamplona 1997) §157; GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, t.I (Santiago 1996) pp. 522 y ss.; SAMPER, *Derecho Romano*, 2ª ed. (Santiago 1991) pp. 128 y ss.

⁵ Aunque en la raíz del vocablo *traditio* no se hace presente la voz *capere*, de todos modos, el hecho de adquirir se expresa con el término *accipere* (*ad capere*).

⁶ Este sí que es un modo típica y esencialmente derivativo, en el sentido de que existe una dependencia y continuidad entre el *dans* y el *accipiens*. En relación con el carácter derivativo de la *traditio*, suele invocarse la sentencia de Paulo, recogida en D. 50, 17, 54-Ulp.46 *ad ed.*: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*. En relación con el verdadero alcance de esta regla, *vid.* A. D'ORS, *op. cit.* §158.

⁷ *Vid.* SOZA RIED M. de los Angeles, *op. cit.* en *REHJ.XXI* (1999) pp. 97 y ss.

La única clasificación de modos de adquirir que aparece en las fuentes es la que distingue entre modos del derecho civil y modos del derecho de gentes. Los primeros son accesibles a los ciudadanos romanos, y, los segundos, también a los extranjeros. Son accesibles a los extranjeros, la ocupación, la accesión, la tradición. De todos modos, esta distinción no parece tener demasiado interés práctico, ya que los peregrinos con *ius commercii* pueden celebrar la *mancipatio*, y, por lo tanto, llegar a ser dueños civiles o quiritarios. Actualmente esta clasificación no tiene ninguna relevancia ni significado.

Una clasificación que, aunque no aparece en las fuentes, sí parece adaptarse con bastante precisión a las concepciones romanas, es la que distingue entre modos solemnes y modos reales de adquirir. Los primeros consisten en la realización de una forma prescrita; los segundos se basan en el simple hecho posesorio. Los modos solemnes de adquirir: *mancipatio*, *addictio*, legado vindicatorio, han desaparecido como modos de adquirir en el derecho moderno. Los modos reales, en cambio, tienen plena vigencia: ocupación, accesión, usucapión (prescripción adquisitiva).

En resumen, de las cuatro clasificaciones mencionadas, las dos primeras, aunque no se deducen directamente de las fuentes, sí puede decirse que derivan del derecho romano, aunque de la época bizantina; la tercera, aunque es romana porque aparece en las fuentes, no tiene demasiada aplicación práctica, siendo la última la que realmente se adecua al pensamiento y praxis romanas.

Título y modo de adquirir

Suele sostenerse que el sistema adquisitivo de la propiedad de nuestro derecho occidental, de raigambre romanística, se enmarca en torno al binomio título-modo. En efecto, la transferencia de la propiedad exige una justa causa o título y un modo de adquirir el dominio. Los juristas romanos, que no solían elaborar teorías sino que eran más aficionados a encontrar soluciones prácticas para los casos concretos, no idearon la teoría del título y el modo, pero puede desprenderse de sus escritos que sí se exigía la existencia de un fundamento jurídico suficiente para transferir el dominio y una forma concreta a través del cual pudiera materializarse el traspaso de la propiedad⁸. Así se deduce del siguiente texto de Paulo, jurista clásico epigonal: D.41,1,31: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur*. Esta dualidad de fundamentos de la adquisición dominical también se halla consagrada en una constitución imperial del año 293 d. C., atribuida a Diocleciano, Maximiano y Constancio: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. En otras palabras, la propiedad no se transfiere por el mero consentimiento, siendo necesaria la existencia de un modo.

En esto, nuestro sistema de adquisición se diferencia del esquema francés, en que basta con el título para que se produzca la adquisición del dominio. En cualquier caso, no debe olvidarse que en Francia se siguió originariamente el sistema de origen romanístico. Solo en una época posterior, por influencia de la Escuela Iusnaturalista (Grocio, Puffendorf, Burlamaqui), se introduce esta idea de que no es necesaria la tradición. Según Grocio, el derecho natural no impone la tradición para el traspaso de la propiedad. De acuerdo con la doctrina de Puffendorf, si la tradición, acto físico, es necesaria para desplazar la posesión, que es un poder físico, el consentimiento, acto puramente intelectual, parece suficiente para transferir la propiedad, que es un poder puramente intelectual. Y, para Burlamaqui, la tradición no tiene más relevancia que servir de signo que manifieste la intención de transferir la propiedad⁹.

⁸ La explicación de esta teoría, así como la influencia de la misma en el cambio de la concepción de la tradición, aparece más adelante.

⁹ Una breve reseña histórica de estos cambios puede encontrarse en CARBONNIER, *Derecho Civil*, vol. II, I (Barcelona 1965) pp. 208 y ss. A pesar de la fuerza con que penetra esta doctrina de origen iusnaturalista, autores de la talla de Domat, Planiol y Pothier se resisten a aceptar el traspaso de la propiedad *solo consensu*.

Estas ideas se manifiestan especialmente en dos artículos del Código Civil francés: art. 1138 y 1583¹⁰. Un reproche que se puede hacer a este sistema –de hecho lo hace la propia doctrina francesa–, es que resulta difícil determinar el momento en que se produce la transferencia del dominio. Además, se presentan inconvenientes en relación con terceros, sobre todo cuando se trata de la propiedad inmobiliaria. Los franceses han tenido que ir perfeccionando su sistema de transferencia de inmuebles, para evitar los problemas que puedan derivarse de la deficiencia de publicidad, cuando ella afecte a terceros. De todos modos, se presenta la ventaja de la simplicidad y la comodidad, que hace más ágil el sistema de transferencia.

También se diferencia nuestro sistema del alemán, que como el francés, nació del derecho romano. Aunque podría decirse que en este derecho se hace presente una cierta disociación de título y modo, ella es más bien teórica. La adquisición depende, en realidad, del bien que se quiere transferir. Así se desprende del artículo 925 del BGB: la transferencia de la propiedad de los muebles tiene lugar por medio de un negocio jurídico traslativo, y se exigen dos requisitos: la entrega de la cosa y el acuerdo abstracto de transmisión. Cuando se trata de propiedad inmobiliaria, en cambio, se requiere el acuerdo abstracto de transmisión y la inscripción en el Registro de Propiedad, que tiene carácter constitutivo. El acuerdo a que se alude en la legislación alemana relativa a la transferencia de propiedad, es abstracto en el sentido de que es totalmente independiente respecto del negocio causal obligacional, de modo que, aunque el elemento causal falte por inexistencia o invalidez, hay transmisión por el solo efecto del acuerdo real abstracto, completado por la inscripción, cuando se trata de un inmueble. En resumen, la fuerza de la transferencia reside en el acuerdo abstracto de transferencia¹¹.

Según sabemos, el mecanismo de transferencia ideado por el derecho alemán deriva de la doctrina elaborada por Savigny en el siglo XIX. En efecto, el ordenamiento jurídico alemán, siguiendo la tradición romanística, hasta esa época había sido fiel al principio de que la transferencia de las cosas exigía un título y un modo de adquirir. Pero parece ser que esta doctrina no era del gusto de Savigny, quien la combatió con energía, dando a los textos clásicos que se referían a la materia, una interpretación distinta a la tradicional¹².

Requisitos de la tradición en el derecho romano

La tradición en derecho romano opera como un modo de adquirir el dominio siempre y cuando cumpla una serie de requisitos: que se trate de una *res nec mancipi*; que la entrega la haga el dueño; que haya una justa causa, y que la entrega material se haga efectiva. Dándose todos estos requisitos, el adquirente se hace dueño de la cosa entregada. Uno de los requisitos que parece especialmente importante, y que sigue siéndolo en el derecho moderno, es aquel que exige que el tradente sea propietario de la cosa. Surge aquí uno de los puntos más difíciles de la tradición, dado que, en caso de que no lo fuese, ella no opera un efecto de traslación dominical. Sin embargo, tampoco es que no produzca ningún efecto: la tradición hecha por el no dueño produce, de todos modos, un traspaso posesorio, y, en caso de ratificación hecha por el verdadero dueño, el acto de traspaso queda totalmente validado y con efecto retroactivo.

¹⁰ La existencia de este sistema de transferencia se observa claramente también en la regulación relativa a la transferencia de la propiedad: art. 609 del Código Civil: “La propiedad se adquiere por efecto de ciertos convenios...”.

¹¹ En efecto, el derecho civil alemán distingue entre los negocios obligacionales y los negocios de disposición. Además de establecerse una regulación totalmente separada para estos dos tipos de negocios, la mayoría de los actos de disposición son abstractos, es decir, independientes de la validez del negocio obligatorio que los fundamenta. Una explicación detallada de este sistema puede encontrarse en ENNECERUS, KIPP, WOLF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo 1º, parte general, primera parte (traducción de la 39ª ed. alemana, a cargo de Pérez González y Alger; 3ª ed. al castellano, a cuidado de Hernández Moreno y Gete-Alonso) (Barcelona 1981) pp. 43 y ss.

¹² *Vid. infra*, especialmente nn. 51 y 52.

La iusta causa

Dentro de los mencionados requisitos es de especial relevancia la *iusta causa* (en lenguaje dogmático moderno, el título traslativo de dominio) que es el acto que permite que otro adquiera efectivamente el dominio. En efecto, de acuerdo con lo que sostienen diversos romanistas, los actos jurídicos se clasifican en primarios, abstractos y causales, siendo estos últimos aquellos en que debe probarse la causa para que el acto produzca efectos¹³. Si entendemos por negocio causado aquel que no tiene eficacia sino en la medida en que conste la causa, y por abstracto, aquel en que se prescribe la forma en que debe manifestarse la voluntad, y en el que los requisitos externos suplen o sustituyen a la causa¹⁴, es evidente que la tradición es un negocio causado.

A juicio de A. D'Ors¹⁵, la *traditio* es un acto causal por excelencia, ya que completa un acto anterior que justifica el resultado adquisitivo. En conclusión, la misma exigencia de una justa causa permite sostener que se trata de un acto esencialmente causado; solo puede producirse la *datio*, es decir, la transferencia de propiedad, si es que existe la justa causa. A su juicio serían justas causas de adquisición derivativa los convenios de dar en préstamo (*credere*); de dar en pago, cuando la obligación tiene por objeto un *dare* (*solvere*); de tener por comprado (*emere*); de dar sin contraprestación (*donare*); de dar en dote (*dotem dare*).

Es interesante la distinción que hace el autor a propósito de la *causa adquirendi*, en el sentido de que la falta de dicha causa imposibilita que la *traditio* opere el efecto adquisitivo del dominio; en cambio, en el caso de que falle la causa remota, esto es, aquella que sustenta a la *causa adquirendi* (la previsión de un matrimonio, en el caso del *dotem dare*, o la deuda, en el supuesto de la *solutio*, aunque la *datio* se haya producido realmente), la retención de la propiedad adquirida viene a quedar sin causa (*causa retinendi*), y en consecuencia, puede el tradente recuperar lo previamente dado¹⁶.

Aunque la mayoría cree que la tradición en Roma es un acto causado por excelencia, algunos otros piensan que se trata de un acto abstracto, lo cual sostienen apoyándose en textos concretos de las fuentes y en el régimen de la *solutio*¹⁷.

¹³ Debe tenerse en cuenta que el concepto de causa en el derecho romano tiene diversas acepciones; puede ser considerado como: a) el motivo o hecho productor de efectos jurídicos; b) la fuente de las obligaciones civiles; c) la contienda jurídica o *lis*; c) las formalidades que se añaden al contrato para su perfección (palabra en los actos que se contraen *verbis*; escritura en los actos *litteris*; tradición en los negocios que se contraen *re*; d) motivo jurídico que impulsa a las partes a obligarse. Es este último el sentido que más interesa aquí. Según esta acepción, puede decirse que la causa, en el derecho romano, no era un elemento esencial a todo acto jurídico, ya que algunos negocios no derivaban su validez de la causa, sino de un hecho predeterminado (actos primarios) o de la existencia de unas formalidades previamente exigidas (abstractos). Hoy en día, en cambio, el concepto de causa se ha extendido y se ha configurado como uno de los elementos esenciales de todo acto o negocio jurídico.

¹⁴ Al hacer esta afirmación no queremos decir que el negocio abstracto carezca de causa: solo que se prescinde de su inmediata consideración, y esto porque la abstracción permite conseguir diversos fines. Es el caso de la *stipulatio*, que era una promesa con la cual se podía contraer la más variada gama de obligaciones. De hecho, era la fuente de obligaciones más frecuente en el derecho romano. Se consideraban como negocios abstractos los siguientes: *mancipatio*; *in iure cessio*; *acceptilatio*; *transcriptio nominum*; *agere per aes et libram*; *stipulatio*.

¹⁵ D'ORS A., *op. cit.* § 170.

¹⁶ La acción que utiliza para recuperar lo dado es la *condictio* (acción personal), y no la reivindicatoria, por cuanto la propiedad fue realmente transferida.

¹⁷ VOCI, "*Iusta causa traditionis*" e "*iusta causa usucapionis*", en *SDHI*. 15 (...) 141ss. No se trata de una opinión demasiado aislada, ya que el propio autor señala como defensores de la idea —al menos en algunos aspectos— a juristas de la talla de Scialoja, Betti, Monier, Lange, Erhard, Schulz, y Kaser, entre otros. No podremos, por razones evidentes de espacio, desarrollar los pilares de esta afirmación. En un sentido parcialmente distinto se pronuncia BETTI, *Sul carattere causale della 'Traditio' classica*, en *Studi Riccobono* 4 (1936) pp. 113 y ss. que admite el carácter causal de la *traditio*, pero agrega que dicho acuerdo debe renovarse en el momento de la tradición, a fin de que la transferencia posesoria se produzca, precisamente, a título de aquella justa causa. De esta manera, solo es decisivo el acuerdo en la medida en que se manifieste en el acto de la tradición. Tampoco podremos, por las razones ya indicadas, detenernos en los detalles de esta posición.

En una dirección similar a la de A. D'Ors, encontramos la opinión de Guzmán¹⁸, para quien lo que justifica realmente la tradición no es el mero hecho de la *solutio*, o de la *emptio*, etc., sino el convenio de pago, de compraventa, etc. El autor agrega, haciendo un análisis pormenorizado de dichas causas, que, en el caso del convenio de donación, debe tratarse de un pacto de donación, ya que si se tratara de una promesa de donación, se genera una obligación de dar que habría de cumplirse con una *solutio*, que es otra de las justas causas; en el caso de la dote, también debe tratarse de un pacto dotal, no de una promesa de dote; en el supuesto de la *solutio*, se trata de un convenio de pago que se basa en una estipulación, un legado damnatorio, o cualquiera otra fuente obligacional (excluida la compraventa); en el caso de la compraventa, el convenio coincide con una fuente de las obligaciones, que es el contrato; y en el de crédito, la causa es el convenio de dar en crédito.

En definitiva, la tradición no es un acto abstracto, por cuanto no se prescribe una forma expresa de manifestación de voluntad para perfeccionar el negocio y tampoco se exige el pronunciamiento de palabras rituales ni la realización de gestos. Es, en cambio, causado, ya que su validez depende de la *iusta causa* o *causa acquirendi*¹⁹. Este esquema de adquisición, pues, toma en cuenta no la causa remota sino la inmediata causa de adquisición, que es, en la práctica, el convenio adquisitivo o *iusta causa acquirendi* (en terminología moderna se trataría del título traslativo de dominio). Solo en el caso de comprobarse que esta no exista, puede exigirse la devolución de lo previamente dado en propiedad²⁰.

El error en la causa

En Roma también se discutió el tema del error en la causa, que se presenta cuando hay un disenso de las partes en torno a la causa²¹. Es el caso, por ejemplo, de que el tradente entregue para pagar una deuda (*solutionis causa*) o porque ha vendido (*venditionis causa*) y el

¹⁸ GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, t. I, cit., pp. 576 y ss.

¹⁹ Pese a poder afirmarse que la tradición es un acto causado, en el sentido de que se exige siempre una causa, debe aceptarse que en el caso de la *solutio* y de la dote se dan varias situaciones especiales; el convenio (*causa acquirendi*) depende a su vez de una causa remota, que, aunque no tenga inmediata relevancia en el momento de la *datio*, sí puede tenerla en el caso de no llegar a existir, porque provocaría una imposibilidad de retención por parte del *accipiens*. En otras palabras, el efecto traslativo del dominio se da porque la existencia de una causa próxima (acuerdo de pago o pacto dotal) supone la causa remota (débito, o matrimonio, en el segundo caso). Puede observarse una diferencia entre este mecanismo de transferencia y el que elaboró el derecho alemán, en el que se da, como ya se ha comentado, una absoluta independencia entre el negocio obligacional y el de disposición, de modo que la validez del primero no afecta a la transferencia propiamente tal; solo genera una obligación de indemnizar para evitar un enriquecimiento injusto. Aunque a primera vista ambos sistemas parecen equivalentes, en la práctica no lo son, ya que en derecho romano la constatación de la no existencia de la causa remota permite al tradente recuperar lo previamente dado, en el caso del derecho alemán, solo se genera una obligación de indemnizar para evitar el enriquecimiento injusto.

²⁰ La causa putativa, esto es, la causa que se cree existente pero no lo es, no justifica la adquisición del dominio, pero sí permite poseer. Distinto es el caso del pago de lo no debido (*solutio indebiti*) que no debe considerarse como una causa putativa, sino como una *datio ob causam*, siendo la existencia de una deuda supuesta la causa remota sobre la que sustenta la adquisición.

²¹ Mucho se ha hablado de este tema en la literatura romanística, pero no es del caso exponer, en esta oportunidad, cada una de las distintas opiniones sobre la materia. De todos modos, puede consultarse la siguiente bibliografía (no se trata de una enumeración exhaustiva): PFLÖGER, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischen Recht*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische abteilung)*, Weimar, en adelante, SZ 58(1938); ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa de la tradición* (Madrid 1945); VOCI, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, en *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, en adelante, SDHI 15 (1949) pp. 141 y ss.; CUIGNET, *De la iusta causa traditionis et des fragments 36, D. De adq. rer. dominio, 41,1 et 18 (18,1)*, *De reb. cred.*, 12,1, en *Revue Internationale des Droit français et étranger*, París, en adelante, RIDA 6 (1959) 3ª serie; A. D'ORS, *Sobre la supuesta antinomia en materia de causa traditionis*, en *IURA* 6 (1955) pp. 145 y ss.; KASER, *Zur iusta causa traditionis*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, Roma, en adelante, BIDR 64 (1961) 61 y ss.; MIQUEL, *La doctrina de la causa de la tradición en los juristas bizantinos*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, en adelante, AHDE. 31 (1961) pp. 515 y ss.; JAHR, *Zur iusta causa traditionis*, en SZ 80 (1963) pp. 141 y ss.; WESEL, en SZ 85 (1968) pp. 100 y ss.

adquirente reciba como donado (*donandi*) o como entregado en crédito (*credendi causa*). En estos casos, la tradición es totalmente ineficaz, y, en la práctica, equivale a una causa putativa, que se cree existente pero no lo es. Un supuesto distinto es el del disenso en la *causa solutionis*, esto es, el caso de que ambas partes convengan en que se trata de un pago o *solutio* pero disientan en cuanto al origen de la obligación. Así ocurre, por ejemplo, cuando el deudor entiende pagar lo que debe por testamento y el acreedor recibir lo que se le debe por promesa (*stipulatio*). Según el jurista Juliano, la tradición es, en este caso, eficaz (D. 41,1,36). Pero cuando se trata de la entrega de una cantidad de dinero, y una de las partes entiende recibirla por causa de donación y la otra por causa de crédito, se produce una compleja discusión doctrinal entre los juristas Juliano y Ulpiano. El primero (D.41,1,36—*Iul. 13 dig.*) sostiene que la tradición es eficaz, ya que la tradición, que es gratuita, comprende al préstamo que también lo es. El segundo (D.12, 1, 18pr.—*Ulp. 7 disp.*), en cambio —en abierta y explícita oposición a Juliano—, juzga que no se configura ni donación ni crédito, y, por lo tanto, tampoco se produce la transferencia de la propiedad. Por último, cuando las causas supuestas por cada parte no solo son distintas sino que una de ellas ni siquiera es adquisitiva del dominio, es nula la tradición y no se adquiere el dominio²².

En relación con este tema, debemos referirnos brevemente a la *traditio* como acto voluntario. Mucho se ha hablado del *animus transferendi et accipiendi dominii*, cuestión que está íntimamente relacionada con la justa causa. En efecto, la *traditio* es un acto que requiere, por esencia, de la voluntad de las partes, pero es sumamente importante determinar el momento en que se requiere dicha voluntariedad. No parece que la voluntad deba referirse al momento de la entrega, sino al acto o convención que justifica la transferencia. No puede decirse que deba exigirse, pues, como requisito adicional, un *animus transferendi* y un *animus adquirendi*²³. En la entrega hace falta tan solo que la voluntad se refiera a la tenencia material del objeto. Si se exigiera un acuerdo voluntario en la tradición, la *iusta causa* se haría innecesaria²⁴.

²² También se trató en derecho romano el *error in dominio*, que se da cuando el *tradens* entrega una cosa propia creyéndola ajena o una cosa ajena creyéndola propia. Lo mismo ocurre cuando el *accipiens* recibe cosa propia creyéndola ajena o cosa ajena creyendo que no es del que se la entrega, sino de un tercero. Respecto de esta tema, también se dan diversas opiniones doctrinarias; según algunos, hay que distinguir el caso del tradente que simplemente desconoce su derecho de propiedad, del caso del que se atribuye erróneamente un dominio que no existe. El primer caso es más bien un supuesto de ignorancia, que no invalida la *traditio*; el segundo, en cambio, es un caso de error, que impide el traspaso de la propiedad. A juicio de un sector importante de la doctrina, el error de dominio invalida la tradición en la medida que se excluya en el tradente o el adquirente la voluntad de transferir y de adquirir el dominio, respectivamente. En las fuentes existen numerosos casos de *error in dominio*, que han sido minuciosamente tratados por los romanistas. En principio, en todos ellos debe valer la consigna que afirma que debe estarse más a la realidad y no a la creencia del que entrega o recibe: "*plus in re est, quam existimatione mentis*". Hay casos de *error in dominio* relativamente sencillos, como es el caso de la venta de cosa ajena, que, aun siendo inválida, una vez ratificada por el dueño, adquiere pleno valor. Otros son más complejos, y suscitan diversas opiniones doctrinales, como es el caso de la tradición que hace por error el curador de un demente, que entrega una cosa suya creyendo que es del demente.

²³ Sí lo exige —y no se trata de una opinión aislada, según veremos más adelante—, Betti (*vid. nota 17*). En un sentido contrario, nos encontramos con la opinión de GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado Romano*, t. I, cit., pp. 581 y ss., no es necesario reiterar la voluntad de transferir y la de adquirir en el momento de la entrega porque ya ha sido manifestada en la *iusta causa*. De este modo, no puede exigirse en el momento de la *traditio* un *animus transferendi* y un *animus accipiendi dominii*, expresiones que, además, no tienen base en las fuentes y son más bien elaboraciones de los intérpretes posteriores.

²⁴ Esto es, en definitiva, lo que ocurre en el actual derecho alemán, en que basta un acuerdo abstracto en orden a transferir y adquirir. En efecto, la entrega o tradición se configura así como un acto abstracto, es decir, independiente de las causas típicas que puedan fundar la transferencia, y el momento volitivo queda concentrado en el modo. Si el elemento voluntad se dirige, en cambio, hacia el título o causa, nos encontramos con el sistema francés, que no exige la voluntad en la entrega, porque ya se ha traspasado la propiedad con el solo acuerdo voluntario derivado de la causa.

SEGUNDA PARTE: LA FORMA DE LA TRADICIÓN Y SU EVOLUCIÓN

Las formas de entrega

Veamos ahora el tema de las formas de *traditio* según sea la naturaleza de las cosas. No entraremos a detallar aquí las diversas formas de *traditio* aplicables a los bienes muebles, sobre las cuales no hay discusión, al menos en lo que se refiere a la época clásica. Sí veremos, en cambio, lo que sucede respecto de los inmuebles, ya que se observan interesantes cambios en las formas de tradición de este tipo de bienes. Desde épocas remotas del derecho romano las formas de entrega de los inmuebles podían ser más o menos solemnes, según se tratara de fundos itálicos o extraitálicos.

En efecto, en el derecho romano clásico, la tradición era un modo de adquirir el dominio de las cosas y se refería exclusivamente a las *res nec Mancipi*, esto es, a las cosas menos relevantes desde el punto de vista de una economía de carácter agropecuario, como era la romana. Las cosas de mayor contenido económico en ese contexto histórico, las *res Mancipi* (los fundos itálicos, la casa, los esclavos, los animales de tiro o carga y las servidumbres rústicas), se transferían utilizando formas solemnes: la *Mancipatio* o la *in iure cessio*. Como puede observarse, la categoría económica de los bienes determinaba la forma en que estos debían transferirse.

Sin embargo, lentamente y todavía en el derecho romano clásico, se va produciendo un decaimiento de las formas solemnes de transferencia. Pudo ser determinante, en este sentido, la protección que concede el pretor a las adquisiciones de *res Mancipi* realizadas por simple *traditio*. Pese a todo, y debido, probablemente, al conocido tradicionalismo jurídico de los romanos, las formas solemnes no desaparecen sino hasta una época posterior. En efecto, es precisamente en el derecho romano posclásico cuando se producen una serie de cambios sustanciales en lo relativo a la transferencia de bienes.

Entre estos cambios destaca el hecho de que la *Mancipatio* va siendo cada vez menos utilizada para operar la transferencia de *res Mancipi*, hasta que finalmente, en una época indeterminada, desaparece totalmente, quizá por una importancia cada vez menor de la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*. La tradición se erige, en definitiva, como el modo general y más frecuente de transferencia de los bienes, independientemente de su importancia económica o estabilidad dentro de un patrimonio.

El uso de la escritura

Otro aspecto relevante que determina un cambio en las formas de transferencia de los bienes, es que se extiende el uso de los documentos precisamente en los actos de enajenación, y va desapareciendo paulatinamente el recurso a la oralidad²⁵. Este cambio va precedido de un fenómeno que comienza ya a fines de la República romana, y que se caracteriza por el uso cada vez más frecuente de la *scriptura* en una serie de figuras jurídicas y en el mismo procedimiento. En el ámbito procesal, este fenómeno queda de manifiesto en la abolición de las acciones de la ley, y, en el campo negocial, es evidente en dos importantes actos jurídicos: el testamento y la *stipulatio*. Así, el que figura en unas tablas testamentarias selladas por siete testigos, se ve beneficiado por el pretor a través de la *bonorum possessio secundum tabulas*, de modo que adquiere –en virtud de un documento: las *tabulae*– una condición similar a la

²⁵ ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes de la contratación escrita*, en *AAMN* (Anales de la Academia Matritense del Notariado) t. IV (Madrid 1948) pp. 4 y ss. En relación con la forma de los negocios jurídicos, señala que hay negocios que son formales en el sentido de que necesitan de una determinada formalidad, que puede ser oral o escrita, y otros que son no formales, dado que pueden cristalizar en una forma cualquiera. Lo que desaparece, en otras palabras, no es la formalidad en sí misma, sino la formalidad basada en determinados ritos orales.

del verdadero heredero. Con esto, el hecho de haberse o no realizado realmente el acto libral (testamento oral, *per aes et libram*) no es determinante para la validez del acto testamentario²⁶. A fines de la República, el testamento pretorio sustituirá plenamente al testamento civil. Algo parecido ocurre con la *stipulatio*, que tenía lugar bajo la forma de una promesa oral y solemne y se utilizaba para contraer un gran número de obligaciones. En un primer momento, y, a consecuencia de la extensión de la *stipulatio* a los peregrinos, se introduce el uso de dejar constancia escrita de la promesa oral. Posteriormente, las palabras solemnes se presumían *iuris et de iure*, y ya no era necesario que ellas se pronunciaran realmente²⁷. El mayor uso de la *scriptura*, pues, como puede observarse, produce una transformación del aspecto formal de varios negocios jurídicos de importancia.

La lenta caída de las formas orales solemnes, que caracterizaban los actos jurídicos de los romanos, y la sustitución de dichas formas por la *scriptura*, es un tema no totalmente pacífico. Un sector de la doctrina, más bien minoritario, sostiene que dicho fenómeno se debe tan solo a la propia evolución interna del Derecho Romano, mientras que otro sector afirma deberse fundamentalmente a las influencias greco-orientales, más proclives a apoyar en los documentos la sustanciación y la prueba de los negocios jurídicos. Es un tema largamente debatido en la doctrina romanística el de las influencias que habrían ejercido ciertos derechos de la antigüedad en el derecho romano. El hallazgo en 1778 de papiros en Egipto, que dio inicio a los estudios de papirología, constituye el punto de partida de una serie de investigaciones referidas a ciertos núcleos culturales de la Antigüedad, produciendo no pocas repercusiones en el campo de las investigaciones romanísticas. El primero en afirmar esta influencia en el período posclásico es Mitteis²⁸, cuya doctrina es, en general, aceptada. Para algunos autores, incluso la estructura externa de las escrituras romanas fue tomada de la práctica griega²⁹. En época republicana y clásica se extendían sobre tablas de madera recubiertas de cera (*tabulae*). El uso de hojas de papiro (*charta*), las cuales sustituyeron a las tablas de madera, en cambio, se introduce ya en la época imperial.

Una doctrina contraria se encuentra, en cambio, en Riccobono³⁰, para quien la lenta desaparición de las formas solemnes orales se debe tan solo a la propia evolución interna del derecho romano. Pero esta opinión aislada ha sido blanco de muchas críticas, entre otras, la de Levy³¹, quien sostiene que la presencia posclásica de la escritura necesariamente se debe a la influencia de un factor nuevo, dado que el derecho posclásico no se distinguió precisamente por su originalidad creadora. En otras palabras, no puede afirmarse que la propia evolución interna del derecho romano habría hecho necesaria la sustitución de la oralidad por la escritura, ya que en este estado evolutivo del derecho romano ya no se producían cambios trascendentes por propio impulso, sino que parecen más bien provocados desde fuera.

²⁶ FRANCISCO SAMPER, *Derecho Romano* (Santiago, 1991) p. 213. Vid. también A., D'ORS, *Derecho privado romano*, 9ª ed. (Pamplona, 1997), § 273, que señala que el testamento pretorio es, en la historia del documento romano, el primer documento que tiene un valor constitutivo.

²⁷ El cambio relativo a la estipulación es consecuencia de la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del imperio (a. 212 d. C.). A partir de este momento, se introduce, como cláusula de estilo, la constancia ficticia de haberse realizado la estipulación, de manera que el documento estipulatorio deja de ser un acto meramente probatorio. A. D'ORS, *Derecho privado* cit., § 428.

²⁸ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreich* (Leipzig 1891) y *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1908.

²⁹ Así, por ejemplo, KASER, *Derecho romano privado*, 2ª ed., trad. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro (Madrid 1982) p. 46.; JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. de la 2ª ed. alemana por Prieto Castro (Buenos Aires 1937) pp. 141 y ss.

³⁰ RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano* (Milán 1949) 11ª ed., pp. 161 y ss.

³¹ LEVY, *Westen und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, en SZ. 49 (1929) 255, citado por ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes* cit., en AAMN cit., p. 82.

La transferencia de la propiedad y la scriptura

En la época posclásica se observa, pues, ahora sí claramente por influencia griega, que tiende a darse un valor excesivo a los documentos, lo cual, en lo atingente a las convenciones que se dirigen a la transferencia de bienes, tiene una gran repercusión. En efecto, el documento va adquiriendo en la práctica un valor constitutivo, y, en relación con los actos que miran a la transferencia de bienes, directamente dispositivo de la propiedad. Esto se produce porque en las provincias orientales, en las que surgió y se desarrolló esta práctica, no había una distinción nítida entre acto obligatorio y acto de transmisión de la propiedad³². Este rasgo del derecho oriental se agudiza especialmente a partir de la *constitutio antoniniana* (a. 212 d. C.), que extiende la ciudadanía a todos los habitantes libres del imperio. Entre las prácticas más generalizadas que se introducen está la costumbre de que el actual tradente entregase al adquirente el documento en que constaba su calidad de propietario (en terminología moderna, su "título de propiedad"), y la de redactar un único documento en que constaba, por un lado, el negocio motivante (causa), y, por otro, la transferencia misma.

La introducción de estas prácticas, que aparentemente no tenían más que una importancia desde el punto de vista probatorio de los negocios, tienen, de hecho, un alcance mucho mayor en orden a los negocios de transferencia, que son los que por el momento nos interesan. En efecto, cuando la valoración judicial que se hace de ellos es tan fuerte como para que el mero documento sustituya a la entrega posesoria, en realidad, puede decirse que el documento ha adquirido fuerza dispositiva. Así ocurre en el segundo de los casos, en que la simple declaración de haberse efectuado la entrega, operaba de por sí la transferencia de propiedad. En el primer caso se trata más bien de una entrega simbólica, en el sentido de que la tradición del documento en que consta la propiedad del tradente, de alguna manera hace las veces de entrega de la cosa misma³³.

Se discute largamente en la doctrina romanística si existió real y verdaderamente, en la práctica, una costumbre tan difundida de darle a los documentos este valor excesivo, que va más allá de la mera prueba de actos ya realizados³⁴.

El documento y las formas fictas de tradición

En el contexto de estas profundas transformaciones que va experimentando la transferencia inmobiliaria, a consecuencia de un mayor valor que se concede al documento, debemos referirnos también a las formas *fictas* de *traditio* que se van introduciendo en una época no totalmente determinada, y que se deben a influencias de orígenes distintos. Algunas de ellas aparecen ya en la época clásica romana, como la *traditio brevi manu* y *longa manu*. Menos seguro es que se haya aplicado en este época, al menos con los efectos de transferir la propiedad, el *constitutum possessorium*. Algún autor ha sostenido que las formas *fictas* de *traditio*, generalizadas en la época posclásica, permiten afirmar que la disposición de la propiedad tenía lugar ya en este tiempo por el nudo pacto. De algún modo, según esta teoría, las formas *fictas* de *traditio* de esta época son el antecedente directo del sistema francés de

³² ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho romano* (Buenos Aires 1973), p. 227.

³³ Para un análisis detallado y exhaustivo de estas prácticas, *vid.* VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, en *IURA* 38 (1987) pp. 87 y ss.

³⁴ Un autor determinante en este sentido es BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, I (Berlín 1880) p. 62 n.1. (Referencia bibliográfica indirecta; no hemos podido consultar el volumen original). Sin embargo, de acuerdo con la mayoría de los autores, los romanos no dieron al documento un valor constitutivo de derechos. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado* cit., p. 141: "...el documento romano no tuvo carácter dispositivo, lo que quiere decir que no corporificaba el negocio jurídico mismo, sino que solo atestiguaba un acto negocial externo a él, oral, formalista o libre de forma; era, en una palabra, simple documento probatorio". Sin embargo, como ya se ha dicho más arriba, en algunos determinados negocios —testamento y *stipulatio*— se produce un fenómeno interesante desde tiempos de Antonino Pío, esto es, en la última época clásica.

disposición *solo consensu*. Esta opinión ha suscitado fuertes críticas en la romanística, ya que no parece posible que en la época posclásica se haya aceptado, en el derecho oficial, la práctica de estas formas ficticias de tradición.

Diocleciano

En efecto, en contra del posible abuso que podía derivarse de la práctica documental en los actos de transferencia, van a reaccionar diversos emperadores. Especialmente lo hace Diocleciano (fines del s. III d. C.), lo cual queda en evidencia a la luz de una serie de rescriptos en los que parece exigir una entrega material, posesoria, restando valor a las meras declaraciones de entrega³⁵.

Un régimen particular se observa en relación con las transferencias que tienen por causa una donación, que parecen escaparse al sistema general de transferencia, y en las que los propios emperadores se muestran más indulgentes a la hora de exigir la entrega material y corporal. Este régimen se enmarca en el contexto de la *lex Cincia de donationibus et muneribus* (204 a. C.)³⁶, que hacia esta época estaba siendo sobrepasada por una realidad que no era comprensible en la época en que se promulgó. En efecto, según sabemos, los romanos eran más bien reacios a los actos de liberalidad, que estimaban sospechosos, sobre todo cuando se realizaban en favor de extraños³⁷. Las *personae exceptae* (exceptuadas de la prohibición de donaciones excesivas a extraños, establecida por la *lex Cincia*), en cambio, parecen gozar de unos ciertos privilegios, en el sentido de que la transferencia de la propiedad se producía sin necesidad de esperar a la entrega posesoria, bastando con una forma simbólica de entrega, o con la extensión del documento en que constaba el acuerdo de donación. Una serie de rescriptos de esta época parecen evidenciar esta nueva tendencia que se va imponiendo en la práctica.

Formalidades de la transferencia inmobiliaria bajo Constantino

En tiempos de Constantino (s. IV), las cosas van tomando un cariz distinto. Aunque en principio sigue la idea de Diocleciano en el sentido de exigir una *traditio* corporal, este emperador añade a la entrega una serie de requisitos formales, sobre todo en relación con los bienes inmuebles, que la hacen perder, en cierto modo, el carácter de acto informal que siempre había tenido. Se establece un régimen diferenciado para la venta y para la donación de bienes inmuebles; la entrega de los inmuebles por causa de venta debía estar rodeada de solemnidades como era la presencia de los vecinos; y la entrega de inmuebles por causa de donación, además de la presencia de los vecinos, debía quedar registrada en el acta de un gobernador provincial o magistrado municipal (*insinuatio*). Para la donación exige además que ella conste en un documento; en el caso de la venta, la *scriptura*, en cambio, no se exige expresamente, aunque era de frecuente aplicación. Por otra parte, Constantino vuelve a poner en su sitio al documento, que va a tener nuevamente un carácter probatorio³⁸.

³⁵ Para el análisis de algunos de estos rescriptos, *vid.* SOZA RIED, M. de los Ángeles, *Valor de los documentos relativos a transferencias (tiempos de Diocleciano)*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 4 (2000) pp. 538 y ss.

³⁶ Este plebiscito está recogido en *Fragmenta Vaticana* (250-316).

³⁷ En relación con las razones que habrían determinado una *desuetudo* de esta legislación, *vid.* MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el derecho romano tardío* (Pamplona 1968) pp. 104 y ss., que destaca el espíritu cristiano, que favorece los actos de liberalidad con el fin de salvar la propia alma (*pro redemptione animae*).

³⁸ La legislación de Constantino en relación con la transferencia de la propiedad, consiste, en realidad, en una serie de rescriptos que se hallan recogidos en *Fragmenta Vaticana*, y en *epistulae* dirigidas a funcionarios, las cuales pueden encontrarse en el *Codex Theodosianus* y *Iustinianus*. F.V. 249 (Cth.8.12.1) (a.323); 291(a.313); 274 (a.315); 290 (a.316); 287 (a.318); Cth.8.12.2 (a.317); 8.12.4 (a.318); 8.12.3 (a.323). Para el análisis de estos textos, *vid.*, especialmente, VOCI, *Tradizione* cit., en *IURA* 38 (1987) pp. 96 y ss.

El sistema justiniano

El estudio del sistema justiniano de transferencia de la propiedad inmobiliaria —entendiendo por tal no solo el que emana de su propia legislación sino también el contenido en el *Corpus Iuris*, particularmente en el *Codex*, donde quedan recogidas las constituciones imperiales de los emperadores que le precedieron— ha sido necesario para establecer si existió verdaderamente un sistema estructurado de transferencia de la propiedad inmobiliaria en la época posclásica, o si fue viendo la luz, más bien de un modo abrupto, por la recepción desordenada de distintas influencias exógenas al derecho imperial. Si nos atenemos a los resultados alcanzados por Voci³⁹, llegamos a la siguiente conclusión: aunque el emperador se preocupa de establecer que el negocio obligatorio es distinto de la tradición, y de permitir en algunos casos concretos la entrega simbólica, no dice nada expreso respecto de la transferencia de bienes inmuebles. Es más, Justiniano ni siquiera recoge las disposiciones establecidas por el emperador Constantino, con lo cual deja entregada la regulación de este tipo de transferencia a las disposiciones de los prefectos del pretorio, los cuales tenían en cuenta la diversidad de los derechos locales. Y ¿qué sucede en definitiva?: en la práctica, seguía rigiendo el sistema de inspiración constantiniana, en el sentido de la publicidad que debe darse a la transferencia inmobiliaria. Tenemos conocimiento de estas formas de transferencia en época justiniana, gracias a los documentos ravenenses, de los cuales parece deducirse que los prefectos respetaban la legislación existente —y no solo la de Constantino, sino también las posteriores regulaciones—, de modo que la transferencia inmobiliaria quedaba garantizada por la intervención de la autoridad pública.

En efecto, tan solo algunos puntos relacionados con esta legislación han llegado a nuestro conocimiento, como el relativo a la exigencia de una *traditio* corporal para las donaciones, y la necesidad de que el acuerdo de donación y la entrega corporal sean actos separados y claramente distintos. Por otro lado, se exige también en la donación hecha a *persone exceptae* el requisito de la entrega corporal, que antes, como hemos visto, no se exigía. La exigencia de la *insinuatio*, más que con la naturaleza de los bienes, se relaciona ahora con la cuantía de la donación. La regulación relativa a la venta de inmuebles se encuentra esparcida en una serie de fuentes en la que no parece existir un criterio demasiado uniforme, sobre todo por lo que se refiere, por ejemplo, a la necesidad o no de la escritura que sustente el acto de transferencia. Cuando se trata de ventas y donaciones hechas a las iglesias y fundaciones pías, la propiedad se transfiere en el momento del contrato, sin necesidad de esperar al acto de la tradición.

Por otra parte, hay una serie de condiciones histórico-jurídicas que habrían determinado que la forma de transferencia fuese distinta según se tratara de bienes muebles e inmuebles. Según sabemos, el criterio de la movilidad de los bienes no era determinante en el derecho anterior (clásico), sino el de la permanencia o estabilidad de los bienes desde el punto de vista económico. Más de algún autor ha sostenido que la función de publicidad que habría cumplido la desaparecida *mancipatio* en relación con los bienes de mayor contenido económico —presencia de cinco testigos más un *libripens*—, la habría cumplido ahora la *traditio* rodeada de solemnidades (*sollemnis introductio locorum*). En relación con las exigencias formales que se establecen a propósito de la transferencia inmobiliaria, podemos decir, pues, que estas se establecen con distintas finalidades, no tienen solamente fines de corte administrativo o fiscal; pretenden además otros objetivos, como es el de la publicidad de las transferencias de propiedad inmobiliaria y la disminución de los pleitos derivados de la misma.

En el contexto de la historia de la tradición inmobiliaria, parece particularmente importante la *insinuatio*, que era, según Amelotti⁴⁰, la lectura solemne de un acto escrito, que, luego de su verbalización, se transformaba en un documento público. También podía suceder

³⁹ VOCI, *Tradizione* cit., en *IURA* 38 (1987) pp. 144 y ss.

⁴⁰ AMELOTI, *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*, en *AAMN* cit. t. XXIX (Madrid 1987).

que el interesado acudiese al magistrado de la curia sin un documento escrito de partida, pero que se levantara un acta de lo declarado ante el funcionario, otorgándose, posteriormente, copia auténtica de la relación verbal. En este sentido, no puede decirse que la *insinuatio* fuese un mero acto de transcripción en la curia municipal. Tampoco era un acto exclusivamente creado para oficializar la transferencia de inmuebles por causa de donación, sino, en realidad, un mecanismo general ideado para dar mayor valor a los documentos y transformarlos en públicos. De todos modos, al exigirse esta insinuación respecto de los inmuebles, comienza en el imperio romano un proceso de diferenciación en cuanto a la forma de transferencia de los bienes muebles e inmuebles. En efecto, a partir de este momento, la transferencia inmobiliaria va a producirse de un modo formal, debiendo ser acompañada de la presencia de un elemento de publicidad. Si la tradición es claramente un acto no solemne, parece que desde esta época empieza a ser solemne, al menos en relación con ciertos negocios y determinados bienes. Puede decirse que la función de publicidad que tenía la desaparecida *mancipatio*, la llena ahora esta nueva tradición rodeada de formalidades.

En relación con la duda de si existió en la mente de este emperador la idea de desvincular la tradición de su elemento posesorio y establecer una *traditio* instrumental o *per chartam*, nos inclinamos más bien por la respuesta negativa. En efecto, Justiniano sobre todo recoge el contenido de la legislación anterior. Sin embargo, no sabemos si la exigencia de la protocolización de algún modo influye en la aceptación posterior –medieval– de la *traditio per chartam*. Entre los autores conocedores de la materia suele distinguirse entre *traditio per chartam* y *traditio chartae*⁴¹. Esta última consiste en la entrega del documento, mientras que la primera ya ni siquiera exige su entrega; la sola extensión del mismo tiene fuerza dispositiva. Sabemos que ambas formas de entrega se dieron en un momento en la práctica del Imperio, pero no está del todo claro si el emperador Justiniano realmente las acogió en algunos casos. Si a este documento registrado oficialmente se le da una eficacia dispositiva de la propiedad, nos colocamos plenamente en el ámbito de una verdadera *traditio* instrumental en el sentido moderno, en cuyo caso, además, se produce un quiebre en la bilateralidad de la adquisición. En efecto, una entrega tan espiritualizada que pueda llevarse a cabo tan solo con el registro del documento en que consta el negocio de transferencia, hace, en definitiva, que lo trascendental sea ya tan solo el título registrado, y que el modo, que originariamente debía ser posesorio, deje de tener relevancia⁴².

Origen histórico de los registros

En fin, parece observarse, aunque de un modo todavía precario y no totalmente estructurado, una forma especial de transferencia de la propiedad inmobiliaria en la época posclásica. Esta se habría definido a partir de la exigencia de que la transferencia de la propiedad inmobiliaria se realizara a través de la tradición corporal acompañada de una suerte de inscripción oficial, la llamada *insinuatio*, que parece ser el antecedente más directo de lo que puede ser la moderna inscripción de la tradición de los bienes inmuebles. Aunque ya existía

⁴¹ CUENA CASAS Matilde, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales* (Barcelona, 1996), p. 265.

⁴² Debe tenerse en cuenta que ya en una época anterior se habían introducido diversas formas de *traditio ficta* que pueden deberse, ya sea a un proceso de cambio interno del derecho romano, según algunos autores, o a influencias de orígenes distintos, según otros. Se trata de las conocidas *traditio brevi manu* y *longa manu*, el *constitutum possessorium*, amén de otras formas que se introducen propiamente en el período postclásico. RICCOBONO, *Traditio ficta*, en SZ. 33 (1912) pp. 259 y ss. y SZ. 34 (1913) pp. 159 y ss., en una opinión bastante minoritaria, ha sostenido que las formas *fictas* de *traditio* generalizadas en la época postclásica permiten afirmar que la disposición de la propiedad tenía lugar ya en este tiempo, por el nudo pacto. De algún modo, según esta teoría, las formas *fictas* de *traditio* de esta época son el antecedente directo del sistema francés de disposición *solo consensu*. En definitiva, no está claro todavía en la romanística si los romanos llegaron o no a desvincularse del elemento posesorio en la transferencia de la propiedad.

un sistema de registro mucho más moderno que la *insinuatio*, en un período muy anterior a Constantino (provincia de Egipto), este sistema no es adoptado ni recogido por el derecho imperial. Las finalidades que tenía la *insinuatio* se vinculan más a bien a exigencias de publicidad que protegen a terceros, y más tarde, a la necesidad de asegurar el pago de determinados impuestos. De todos modos, es un punto de partida de gran importancia para la futura estructuración de un sistema de transferencia de la propiedad inmobiliaria.

De todas formas, y a modo de curiosidad histórica, la idea de formar registros de ciertos actos no era desconocida para los romanos. Ya en el s. I d. C. se ideó, a iniciativa de Augusto, el registro donde debería quedar constancia de los nacimientos. Concretamente por lo que se refiere a la propiedad, y también en el s. I d. C. —esto es, en una época muy anterior a la *insinuatio* de Constantino—, los romanos adoptaron un registro de propiedad para la provincia romana de Egipto, del cual ya se ha hecho mención. Se trata de un archivo o registro de documentos privados, y otro anexo de adquisiciones, organizado de acuerdo con el sistema de folios personales, en el que figuran los nombres de los propietarios por orden alfabético. Cuando el dueño quería vender su predio, debía notificarlo al registro para obtener su aprobación, y, una vez concedida esta, se produce la transferencia de la propiedad, previa declaración del nuevo adquirente ante el mismo registro. Se cree que la razón por la cual se adoptó este sistema registral en el Egipto romano —que, entre paréntesis, existía en esta provincia desde hacía varios siglos—, fue la de asegurarse el pago de impuestos⁴³. Aunque no sabemos por qué estos registros no se aplicaron en otras provincias del Imperio, sí podemos suponer que ello ocurrió debido a que los romanos no habían desarrollado un sistema de garantías reales, a diferencia del derecho de origen griego, y debido a ello no conocían su real funcionamiento. Quizá también porque, de momento, no interesaba la idea de estructurar un sistema de registro oficial, con fines catastrales, en que constaran las posesiones de la propiedad inmobiliaria. Según sostiene Schulz⁴⁴, el derecho romano no se interesaba, al menos en la época clásica, por la publicidad de los actos de transferencia, no porque fuese un derecho primitivo en este aspecto, sino por su carácter más liberal en temas de propiedad.

Por último, pensamos que puede existir alguna relación entre el establecimiento de un sistema especial de transferencia inmobiliaria y la configuración más precisa de la terminología posterior “título y modo” para aludir a los requisitos de toda transferencia a título derivativo. Esta percepción se relaciona, en parte, con la regulación que se va dando a la donación en tiempos de Justiniano. En efecto, la donación promisoria se configura como un contrato consensual, el cual necesita de un modo de cumplimiento, cual es la tradición; y cuando se trata de donación de bienes inmuebles, ambos actos —el acuerdo de donación y la entrega, que debe realizarse de un modo solemne— deben quedar separados. De este modo, la *traditio* cumple una función de ejecución de un contrato obligatorio, más que de un estricto negocio causado de transferencia.

Tradicón de las cosas incorporales

Si ya hemos dicho que las formas de entrega dependen de la naturaleza de las cosas que se transfieren y que las cosas inmuebles con el tiempo van a requerir mayores formalidades, debemos hacer una breve referencia a las cosas incorporales. Según sabemos, en derecho

⁴³ Según el interesante y minucioso trabajo de ÁLVAREZ SUÁREZ, *Los orígenes* cit., en *AAMN* cit., pp. 69 y ss., los ptolomeos habían creado una serie de impuestos que gravaban las transferencias de propiedad y la constitución de derechos reales, los cuales se cobraban en el momento en que se otorgaba el documento contractual. Esta obligación de someter los documentos a registro consta desde el año 231 a. C. Normalmente se dejaba constancia de haberse pagado el impuesto en el referido documento, pero también podía expedirse un recibo independiente. Las exigencias tributarias, pues, parecen ser el origen de la prescripción de registrar los documentos relativos a esos negocios, y, al parecer, la falta de registro tornaba inválido el documento.

⁴⁴ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teijeiro (Barcelona 1960), p. 339.

romano el dominio solo se ejerce sobre cosas corporales. Así lo dice Gayo en sus *Instituciones*: "es manifiesto que sobre las cosas incorpóreas no puede haber tradición". Respecto de derechos reales, no opera la tradición, porque ellos no se transfieren sino que se constituyen. Los derechos personales, al estar vinculados a la persona, tampoco pueden cederse por tradición, aunque sí puede recurrirse a una serie de expedientes que permiten desprenderse del ejercicio de tales derechos, sin desvincularse de la titularidad sobre los mismos, como es el caso de la cesión de créditos y deudas por medio de la representación procesal (*procuratio in rem suam*). Solo en un tiempo muy posterior, ya en el derecho medieval, se admitió la propiedad sobre las cosas incorpóreas en virtud de doctrinas de diversos glosadores entre los que destacan Azo, y, especialmente, Bártolo de Sassoferrato. El detalle de esta evolución no será comentado aquí, ya que en esto seguimos plenamente los estudios del profesor Guzmán Brito relativo a las cosas incorpóreas⁴⁵. Andrés Bello adopta estas concepciones del derecho medieval y admite una especie de propiedad sobre las cosas incorpóreas, con todas las consecuencias que ya sabemos que se producen en el campo del derecho constitucional en relación con la protección de los derechos. La idea de la propiedad sobre los derechos no es admitida por los códigos europeos, con excepción del austríaco. Sí la aceptan, en cambio, los códigos civiles de algunos países latinoamericanos influidos por el nuestro (Ecuador, Colombia, El Salvador).

TERCERA PARTE: EL SUSTRATO ROMANÍSTICO DEL SISTEMA CHILENO

Recepción del sistema romano por el derecho chileno

A continuación debemos referirnos a la tradición en el derecho civil chileno. Sin perjuicio de afirmar que las normas relativas a la tradición en nuestro derecho civil se inspiran directamente en el pensamiento jurídico romano, debemos reconocer, en la evolución de esta figura, la influencia de doctrinas de orígenes distintos. En efecto, y aunque los requisitos de la tradición son prácticamente los mismos que en derecho romano, el listado de títulos (*ex justas causas*) es bastante más extenso. Lo propio sucede con la misma definición de tradición contenida en nuestro Código Civil.

La definición de tradición de nuestro Código dice (art. 670, inc. 1º) que "la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e *intención* de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e *intención* de adquirirlo". Se observa patentemente la exigencia de un *animus transferendi* y *adquirendi dominii*, que cualifica el acto de la entrega. Sin embargo, el conjunto de las normas relativas a la tradición, y especialmente el art. 675, nos indican que se exige además un título traslativo de dominio, lo cual, a nuestro juicio, hace innecesaria la mención del elemento volitivo, que ya se da *per se* en la justa causa (título traslativo de dominio). En efecto, es imposible concebir un título traslativo sin contar con una voluntad común de transferir el dominio.

Debemos referirnos, pues, a las posibles influencias que habría recibido Andrés Bello a la hora de redactar el referido artículo. Las notas de Bello en el Proyecto de 1853 en relación con las fuentes utilizadas nos remiten únicamente a dos textos: la *Partida 3ª* (L. 46, tít. 28) y el *Tratado de la Propiedad*, de Pothier⁴⁶.

La primera parte de la definición de la tradición, según señala Hanisch⁴⁷, Bello la toma de sus propias *Instituciones de Derecho Romano*. Hasta aquí la influencia romanística es más que evidente. Pero es necesario atender a la segunda parte de la definición, donde se vislum-

⁴⁵ GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorpóreas en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago 1995).

⁴⁶ Véase ANDRÉS BELLO, *Obras Completas* (1888), t. XII, p. 183.

⁴⁷ HANISCH, *Andrés Bello y su obra en el Derecho Romano* (Santiago, 1983) p. 102.

bra el influjo de una doctrina ya más elaborada, y no precisamente de extracción clásica: el ánimo o intención de transferir y de adquirir el dominio. En las *Partidas* no se halla mención de este concepto⁴⁸; Pothier⁴⁹, en cambio, sí habla de la voluntad de transferir y la voluntad de adquirir (§ IV “*Du consentement des parties, nécessaire pour que la tradition transfère la propriété*”), que apoya en un texto del Digesto (D. 44, 7, 55–Iavol. XII *Epist.*), donde resalta especialmente dicho ánimo, en desmedro de las justas causas o títulos. Es más, el jurista francés señala que la tradición es válida incluso cuando se basa en un título putativo, lo cual pone aún más de manifiesto el protagonismo de este elemento frente al carácter objetivo del título⁵⁰.

El recurso de Bello a otros juristas extranjeros connotados, como podría ser el caso de Savigny, no es tan seguro. El romanista alemán no desarrolla en sus primeras obras el tema de la tradición de una manera original o contraria a la doctrina de los juristas que le precedieron. Solo en una época tardía, Savigny plasma su famosa distinción entre el contrato obligatorio y el contrato real abstracto⁵¹, concibiendo la tradición precisamente como un negocio que cae dentro de este segundo grupo. En el contexto de esta nueva concepción⁵², la voluntad común de transferir y de adquirir se perfila como un elemento esencial de la tradición, y el título específico queda desplazado a la categoría de un mero indicio de esa voluntad recíproca.

Ya se ha dicho que el requisito del *animus* en Roma no era inherente a la tradición, sino que quedaba subsumido en la justa causa. Por otra parte, al igual que en Roma, la tradición se erige como el más corriente de los modos derivativos de adquirir la propiedad. Pero nuestra tradición se diferencia del derecho romano en que ahora sirve además para adquirir derechos reales y personales (arts. 670 inc. 2º y 699 Código Civil).

En el marco de la tradición como acto causado, debe señalarse especialmente el art. 675 que exige, para la validez de la tradición, la existencia de un título traslativo de dominio. La norma menciona, a modo de ejemplo, la venta, a permuta y la donación: otros títulos traslativos de dominio pueden encontrarse en el art. 703, a propósito de la posesión. En cualquier caso, se observa que el elenco de las justas causas no ha experimentado una gran evolución, salvo por lo que se refiere al convenio de dote, que, por razones históricas evidentes, ya no constituye un título traslativo de dominio.

Podemos decir también que, al igual que ocurría en derecho romano, la tradición no opera solo como modo de adquirir el dominio, sino que tiene también efectos posesorios, lo cual se

⁴⁸ La *Partida* 3ª, ley 46, tít. 28 dice —en lo que a nosotros interesa— lo siguiente: “Apoderan los homes unos á otros en sus cosas vendiéndogelas, o dándogelas en dote ó en otra manera, ó camióndogelas ó por alguna otra razón derecha. Et por ende decimos que por tal apoderamiento como este que faga un home á otro en alguna su cosa, ó que lo faga otro alguno por su mandado, que pasa el señorío de la cosa á aquel que apoderan della...”

⁴⁹ POTHIER, *Traité du Droit de Domaine de propriété* § IV, pp. 231 y ss.

⁵⁰ En cualquier caso, no podemos descartar la posible influencia de otras fuentes bibliográficas que pusiesen también acento en el elemento subjetivo de la voluntad común de transferir y adquirir, a las que Bello pudiese haber accedido. Para un elenco de los libros de Derecho Romano que se encontraban en la biblioteca del jurista en la época en que compuso sus *Instituciones de Derecho Romano*, puede verse HANISCH, *op. cit.*, pp. 217 y ss. El listado completo de los libros que formaban parte de su biblioteca puede encontrarse en la Biblioteca Central de la Universidad de Chile y en la Biblioteca Nacional.

⁵¹ La explicitación de la mencionada doctrina puede encontrarse en su *Tratado de las Obligaciones* (= *Obligationenrecht* II), elaborado entre 1851 y 1853. Un estudio bastante completo acerca del génesis del contrato real abstracto puede verse en RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* = *Revue d'Histoire du Droit* 38 (1970) 3/4, pp. 315 y ss. Y, respecto de las posibles influencias ejercidas por juristas bizantinos en Savigny, puede verse MIQUEL, *Doctrina de la causa* cit. en *AHDE*. 31(1961) 515ss.

⁵² La originalidad de esta doctrina es discutible: en algunas obras de glosadores y comentaristas [vid. RANIERI, *Brevi note* cit., en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* = *Revue d'Histoire du Droit* 38 (1970) 3/4, pp. 315 y ss.], e incluso de juristas bizantinos anteriores [vid., MIQUEL, *Doctrina de la causa* cit. en *AHDE*. 31 (1961) pp. 515 y ss.], ya se encuentra una tendencia a resaltar el *animus transferendi et accipiendi* por encima de la causa típica. La oscilación de la doctrina intermedia parece deberse especialmente al hecho de que algunos de los textos referidos a la tradición que recogen los compiladores permiten —según una interpretación lata— sostener que se trata de un acto más bien abstracto. En cualquier caso, como ya hemos afirmado (vid. *supra*), la opinión de que la *traditio* en derecho romano clásico era causada parece predominar.

produce cuando el tradente no es verdadero dueño de la cosa que entrega. Pero también, al igual que en el Derecho Romano, según dispone el art. 672 inc. 2° del Código “La tradición que fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o su representante se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o representante del dueño”. También se valida retroactivamente la tradición que fue inválida por falta de consentimiento del adquirente (art. 673 inc. 2°). La posibilidad de ratificar la tradición por parte del dueño nos habla del efecto traslativo del dominio que opera la inscripción. La tradición hecha por el no dueño vale, sin embargo, como título posesorio suficiente para comenzar a poseer; y así se explica que el Código admita que se ratifique la tradición retroactivamente, o que incluso admita como suficiente título para usucapir esta inscripción posesoria. Esto debe confrontarse, además, con el principio romanístico de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (Ulpiano, D. 50.17.75), al cual el Código chileno da plena recepción en el art. 682 y con la venta de cosa ajena que el ordenamiento también permite en el art. 1815 del Código Civil. La ratificación de un acto nulo también se extiende a la actuación del representante o mandatario que no tenía poder suficiente para enajenar (arts. 672 y 721).

Por lo que se refiere a la capacidad y representación, el Código exige que tanto tradente como adquirente sean capaces (art. 670). La regla de la plena capacidad es reiterada en el art. 723, cuando el Código permite al menor adulto adquirir posesión de cosas muebles, pero no de inmuebles. Las partes pueden ser representadas en el negocio, legal o voluntariamente (arts. 671, 672, 673, 674, 721); de tal modo que, para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que estos obren dentro de los límites de su mandato o representación legal (art. 674).

Cuando se trata de tradición de bienes inmuebles, la posibilidad de efectuar la inscripción a través de un representante ha permitido el desarrollo en la práctica forense de una cláusula de estilo en los títulos traslativos que autoriza al portador de la escritura para requerir del registrador la inscripción del título, única forma posible de hacer la tradición de inmuebles. Conservando la tradición su carácter de negocio bilateral, la ejecución del encargo por parte del portador se configura como un negocio consigo mismo, puesto que representa a la vez a tradente y adquirente. La validez de este pacto es defendida por la doctrina y por la jurisprudencia –si bien inconsistente– de los tribunales de justicia⁵³.

Por lo que se refiere a los vicios que puedan afectar a la tradición, debe decirse que el Código chileno no da una regulación especial a los vicios de fuerza y dolo en el Título VI del Libro II, donde trata de la tradición. Sí considera posesiones viciosas la violenta, que es la que se adquiere por la fuerza (art. 710), y la clandestina, que es la adquirida con dolo, ocultándola a los que tienen derecho a oponerse a ella (art. 713). Estas posesiones son generalmente consideradas como inútiles para usucapir.

El error –siguiendo el Código la sistemática de las Partidas– sí tiene un tratamiento especial, aun en profunda armonía con las reglas generales de las Obligaciones y Contratos. Se requiere para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse (art. 676, en relación con el art. 1453), ni en cuanto a la persona a quien se le hace la entrega (art. 676, en relación con el art. 1455), ni en cuanto al título (art. 676) que es un error en la causa. Estas normas son evidentemente herederas del sistema romano descrito más arriba en estas páginas.

El error en el título invalida la tradición sea cuando una sola de las partes supone un título traslativo de dominio y la otra no, por ejemplo, cuando una parte tiene el ánimo de entregar a título de comodato y la otra de recibir a título de donación; sea cuando ambas partes suponen títulos traslativos pero de distinta naturaleza, por ejemplo cuando una entrega

⁵³ Para un comentario más detallado del desarrollo de esta práctica, véase, María Sara RODRÍGUEZ PINTO, *La cláusula ‘Se faculta al portador’ y la transferencia de propiedad por tradición*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N° 1 (2000), pp. 167-175.

a título de mutuo y la otra recibe a título de donación (cf. art. 677). Con esta norma Bello zanja la antigua antinomia entre los textos de Ulpiano y Paulo en relación con el disenso en la causa, dando un valor relevante a la causa típica o título. En efecto, aunque ambos títulos sean traslaticios de dominio, las partes no están de acuerdo en un específico fundamento de la adquisición, lo cual acarrea la nulidad del acto. (Esta disposición nos hace convencernos de que la tradición en el Código Civil chileno está concebida como un acto causado, pese a lo que se afirma en el artículo 670.)

A pesar de esta impecable regulación, persiste en la doctrina la duda de si estos defectos del consentimiento negocial pertenecen al título que le sirve de antecedente o al negocio traslativo en sí mismo⁵⁴. Probablemente esta duda no existiría si la tradición se entendiera solamente como el acto dirigido a crear en otro la relación dominical, y no se hablara de un *animus transferendi y adquirendi dominii*.

El error en cuanto a la persona a la que se hace la entrega, según el artículo 676, invalida la tradición, salvo que el error se refiera tan solo al nombre. Esta parece ser aplicación de la regla que dice que el error en cuanto a la persona o identidad de las partes no vicia la voluntad, salvo cuando se trata de un acto *intuitu personae* (art. 1455 inc. 2° del CC). Hay autores que afirman que la tradición es un acto de esta naturaleza, ya que el tradente debe pagar al acreedor para que el pago sea válido (art. 1576), y que más lógico habría sido decir que en este caso hay pago de lo no debido⁵⁵.

Formas de hacer la tradición en el derecho chileno

Por lo que se refiere a la entrega, propiamente tal, tampoco ha habido grandes cambios, desde el derecho romano hasta nuestros tiempos, sobre todo en lo que se refiere a las consecuencias de la entrega hecha por el dueño y por el que no tiene la propiedad sobre el objeto. También, como antes, existen unas formas reales o ficticias de hacer la *traditio* sobre las cosas muebles. La tradición de las cosas inmuebles en cambio tiene un régimen muy preciso en el que es necesario detenerse.

El Registro Conservatorio de Bienes Raíces

A la época de la dictación del Código Civil (1855), existían en Chile —como en todos los países de derecho castellano— los registros de hipotecas y censos. La tradición de bienes raíces se efectuaba de cualquier forma, real o simbólica. Bello, inspirado en la Ordenanza de Federico II de Prusia, de 20 de diciembre de 1783, y en el Código Civil austríaco, de 1811 —cuerpos que posiblemente conoció a través de la obra de Antoine de Saint-Joseph, *Concordances entre les Codes civils étrangers et le Code Napoleon* (1842)—, instaura un nuevo sistema en virtud del cual la tradición de bienes raíces y de derechos reales constituidos en ellos se hará por inscripción en un registro especial, semejante al de hipotecas y censos que se anexaría con él. Se trataba, en sus propias palabras, “de una nueva fusión del régimen hipotecario asociando dos objetos que tienen entre sí un enlace íntimo, o que, por mejor decir, se incluyen uno en otro: dar una completa publicidad a las hipotecas, y poner a vista de todos el estado de las fortunas que consisten en posesiones territoriales”⁵⁶.

No quiso dar Bello a la inscripción la función de garantizar la propiedad, sino simplemente la posesión. Para dar a la inscripción la función de garantía de propiedad habría sido necesario obligar a todo propietario, usufructuario o usuario de bienes raíces a justificar la realidad y valor de sus títulos. No era posible obtener este resultado sino por medio de providencias compulsivas, que habrían producido multiplicados y embarazosos procedimien-

⁵⁴ Véase, por todos, A. ALESSANDRI R. y otros, *Tratado de los Derechos Reales*, 5ª ed. (Santiago, 1993), t. I, p. 205.

⁵⁵ Así, ALESSANDRI, *op. cit. supra*, p. 204.

⁵⁶ Andrés Bello, *Mensaje del Código Civil chileno* (1857).

tos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración⁵⁷. En cambio, no dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de tradición, “la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente”⁵⁸. Al hacer obligatoria la inscripción de la tradición, y con otros fines, también de las transmisiones hereditarias y de las sentencias declarativas de prescripción adquisitiva, al cabo de cierto número de años todos los bienes raíces se hallarían inscritos y al abrigo de todo ataque. En opinión de Bello “la inscripción sería entonces un título incontestable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían [haber llegado] desde luego, sin que para ello [haya sido] necesario apelar a medidas odiosas, que [habrían] producido un grave sacudimiento de toda la propiedad territorial”⁵⁹.

Bello aspiraba a que con este sistema se llegaría rápidamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos: “la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse”⁶⁰. Y, en gran medida, sus aspiraciones se han cumplido, pues el sistema ha funcionado desde entonces con defectos menores y fácilmente corregibles. Prueba de ello es que las normas sustantivas que lo regulan no han sufrido modificaciones substanciales en más de un siglo.

Ahora bien, para comprender el actual estado del sistema chileno y las aparentes contradicciones que surgen de un estudio minucioso de sus normas debe tenerse en cuenta que en casi todos los proyectos de Código Civil anteriores al que se promulga, Bello concibe este sistema de tradición por inscripción como régimen alternativo y voluntario para los inmuebles, subsistiendo en forma paralela el sistema vigente de tradición real o simbólica. Hasta el *Proyecto de 1853* la propiedad raíz en Chile se habría estructurado en dos regímenes paralelos, uno para inmuebles inscritos (una vez inscrita una transferencia, todas las posteriores debían hacerse de la misma forma) y otro para inmuebles no inscritos. Pero, a última hora, Bello opta por exigir la tradición por inscripción para todos los inmuebles, posiblemente como una manera de incorporar más aceleradamente toda la propiedad raíz al sistema de registro, sin las medidas compulsivas que quiso evitar, según expone en el Mensaje. Así se desprende del régimen que aparece por primera vez en las normas del llamado *Proyecto Inédito*, posterior al de 1853 en que el Código está casi acabado y anterior al Proyecto promulgado en 1855. Subsisten, sin embargo, en el *Proyecto Inédito* y en el promulgado algunas normas que en el primitivo sistema se habrían referido al régimen paralelo de inmuebles no inscritos, las cuales se han prestado para centenarias discusiones en la doctrina y para no pocos acalorados juicios contradictorios. Ha sucedido lo anterior, pues un sector importante de los autores se ha resistido a dar una interpretación armónica de todos estos preceptos con la idea de incorporar todos los inmuebles al Registro, que Bello consigna en el Mensaje.

CONCLUSIONES

El estudio de las reglas relativas a la tradición en nuestro derecho civil nos hacen llegar a la convicción de que seguimos insertos dentro de la estructura romanística de título y modo de adquirir. En efecto, no basta la sola causa o título para realizar la tradición ni tampoco puede ser suficiente la existencia de un convenio traslativo de dominio para operar la transferencia de la propiedad.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

Por otra parte, aunque en estricta relación con lo anteriormente afirmado, nuestro Código Civil chileno recoge las ideas esenciales referidas a la tradición, ya perfiladas en el derecho romano clásico. El mismo concepto de título traslativo de dominio —que coincide con el romano de *iusta causa*— nos hace afirmar que la tradición de nuestro Derecho Civil es causada, del mismo modo que lo era en el derecho romano.

El elenco de justas causas (títulos traslativos de dominio) tampoco parece que haya variado sustancialmente. En efecto, con excepción del convenio de dote, el resto de las causas de adquisición se ha conservado, aunque en algunos casos con denominaciones distintas. Otras muchas reglas, y muy especialmente la referida al error —que ha de referirse al título—, hacen aun más evidente que la tradición es esencialmente causada. En todo este contexto, el art. 670 del Código Civil no podría ser interpretado como una norma que admite formas de tradición abstracta.

La regulación relativa a las formas de entrega, al menos por lo que se refiere a las cosas muebles, no ha sufrido grandes modificaciones ni se ha visto cuestionada por el rigor de la crítica doctrinaria. No sucede lo mismo, en cambio, con la tradición inmobiliaria, que ha experimentado fuertes vicisitudes en la historia de nuestro derecho occidental. Aunque ya se observa en la época posclásica del derecho romano una tendencia a utilizar la escritura y la inscripción como mecanismos de publicidad que sustituyeran las formas arcaicas de entrega, estos cambios se hacen especialmente relevantes a partir del siglo IV d. C., a raíz de la llamada *insinuatio* acompañada de entrega corporal y convocación de los vecinos. Son los primeros pasos de lo que sería más adelante la entrega por medio de la inscripción del documento en que consta la causa de adquisición, recogida por nuestra normativa actual, en la cual la transferencia de la propiedad inmobiliaria gira en torno a la inscripción del título en el Registro Conservatorio. Por otro lado, y conectando también con lo anterior, en la tradición de los bienes inmuebles no puede ser más relevante la causa, toda vez que ella se realiza por la inscripción del título traslativo, según mandato del art. 686 del Código Civil. La inscripción, de este modo, no es reiteración del propósito traslativo ya expresado en el título, sino un acto jurídico dependiente de él.