

*2.3.8. La prueba
en determinados procedimientos*

ALFONSO CASTRO SÁENZ

*Profesor. Derecho romano Licenciado en Geografía e Historia
Universidad Hispalense*

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA. UNA INDAGACIÓN PROCESAL SOBRE EL SISTEMA CAUSAL ROMANO DE LA PROPIEDAD

Sumario: 1. «Reivindicatio», «causa» y «probatio diabolica» en la «mancipatio». 2. La usucapión como cierre y como prueba. 3. La prueba de la causa. 3.1. El objeto: la «iusta causa traditionis». 3.2. Los medios: testigos y documentos. 4. «Tempus» y «iusta causa usucapionis» como objeto fundamental de prueba. 5. Límites y decadencia de los negocios formales y causalización plena de la prueba. 6. Superación de la prueba del «tempus» y concentración en la de la «causa»: la «actio Publiciana».

1. Es principio largamente difundido, desde las más antiguas manifestaciones procesales del genio jurídico romano, que la carga de la prueba¹

¹ Sobre ella la literatura es relativamente amplia, entre otras razones, porque es tema amplio desde el punto de vista cognoscitivo. Vid., entre otras referencias, LEMOSSE, *Cognitio. Etude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique* (Paris, 1944), p. 158 y ss.; LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, en *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), p. 418 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona, 1969), ahora incluido en *Estudios de derecho procesal civil romano* (La Coruña, 1999), pp. 17 y ss., especialmente 63 y ss.; AA.VV., *Le preuve en droit* (Bruxelles, 1981), p. 25 y ss. Existe, en cualquier caso, una buena selección en IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones* (Barcelona, 1993), 11ª ed., pp. 193-194, n. 72. Cito por la 11ª ed. y no por la 12ª (Barcelona, 1999), porque de ésta se han amputado inesperadamente todas las notas que configuraban el riquísimo tesoro bibliográfico de este clásico.

corresponde a quien afirma. Existe un enunciado paradigmático de Paulo al respecto² y, en el campo de la *actio in rem*, otro igualmente modélico de su coetáneo y rival Ulpiano³: la carga de la prueba, pues, en la *reivindicatio*, corresponde a quien reclama, al igual que en la Publiciana, aunque en ambos casos en principio lo que ha de probarse es distinto: la *probatio diabolica* de la acción reivindicatoria, que obliga a remontarse a la adquisición originaria de la *res*, se convierte, en el segundo y más sutil instrumento, en la prueba sólo de la *iusta causa* en virtud de la cual se entró en la posesión de la cosa y se debió entrar en su titularidad civil: una prueba, pues, de lo próximo frente a la constatación, por lo común dificultosísima, de las lejanías a que exige remontarse el proceso reivindicatorio, el más solemne y formal –el más antiguo también– de todos los romanos⁴.

A veces, ciertamente, no es necesario que el demandante deba probar lo que dice; Celso, siempre preciso, nos lo recuerda en su *libro 7 digestorum*⁵. Ello es, simplemente, porque no es siempre el actor el que afirma; piénsese en el caso de las excepciones, ya en el procedimiento formulario, donde –expresamente nos lo indica Ulpiano⁶– el reo hace de actor: él es el que afirma; él es el que prueba.

De hecho, en la primitiva *actio per sacramentum*, acción antiquísima que es anterior a la codificación decenviral y que, en verdad, marca el inicio, desde el punto de vista genético, del mundo de los derechos⁷, la controversia, muy apegada a su origen prejurídico de confrontación violenta entre dos individuos que se defienden y atacan en pie de igualdad con todas sus fuerzas⁸, es realmente doble y el principio de contradicción realmente absoluto, porque, técnicamente, los dos contendientes afirman lo mismo y son for-

² Paul. 69 *ed.*, D. 22, 3, 2.

³ Ulp. 17 *ed.*, D. 6, 1, 73.

⁴ Pronto se verá el papel jugado por la usucapión en el atemperamiento de tal desmedida prueba en la *reivindicatio*, precisamente debido al carácter originario de la *usucapio* (vid. *infra* & 2-3); al final del presente trabajo, se incidirá en la relación entre *usucapio* y *actio Publiciana* y en la aproximación que el fenómeno de la usucapión establece entre las respectivas prácticas probatorias y de ejercicio de ambas acciones (vid. *infra* & 7).

⁵ El texto fue compilado en D. 22, 3, 12.

⁶ Ulp. 7 *disput.*, D. 22, 3, 19 pr.

⁷ CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito, en la génesis de los derechos*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 3 (1999), pp. 163-189.

⁸ Esto está muy bien explicado en MURGA, *Derecho romano clásico*, 2. *El proceso* (Zaragoza, 1983), 2ª ed., p. 21 y ss.

 PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

malmente demandantes⁹. Los dos, pues, en definitiva, vienen obligados a probar su derecho¹⁰, es decir, su poder sobre la cosa y la legitimación pasiva en realidad no se asienta, de forma pura, sobre la posesión previa de la cosa más que en el inicio mismo del litigio, ni tampoco en la posesión interina que el pretor confiere a uno de los dos, puesto que tal concesión se fundamenta, básicamente, en razones de seguridad: el magistrado entrega la cosa en la fase *in iure* a quien le proporciona más garantías de devolución¹¹.

La prueba por excelencia en el Derecho arcaico es la testifical, consecuencia evidente del carácter sagrado que la palabra tiene en todas las culturas primitivas¹² y la oralidad consecuente de todos los negocios del viejo ordenamiento romano: *testamentum*, *sponsio*, *cretio* y, por lo que hace a lo que aquí nos interesa, naturalmente también la *mancipatio*. El testigo venía obligado a acudir, según la explicación que entiendo más plausible¹³, a la llamada del interesado; en caso contrario, se le declaraba *intestabilis*¹⁴ y debía sufrir los rigores, difíciles de calibrar en toda su intensidad para nuestra moderna mentalidad, de la *obvagulatio*¹⁵. Gayo nos describe los requisitos que se exigen a los testigos¹⁶ y lo propio hace Modestino¹⁷; los sujetos *in potestate* pueden serlo, incluidos los esclavos, como refleja este mismo jurista¹⁸, y se hace evidente al respecto el caso en que hayan intervenido en la adquisición del objeto. Ulpiano precisa aún más, al sostener taxativamente que padre e hijo *in potestate*, o dos hermanos *in potestate*, pueden ser testigos en el mismo negocio¹⁹.

En cualquier caso, el gran problema de la carga de la prueba no radica en ello, sino en el propio objeto de la misma: hay que remontarse a la adquisición originaria del objeto, a través de toda la cadena de adquisiciones intermedias. Ello obedece al hecho de que en la primitiva economía romana el intercambio, sobre todo el de los bienes en verdad importantes para la economía y el poder familiares, es escaso. No existe, de hecho, un solo

⁹ MURGA, *op. cit.*, p. 122; IGLESIAS, *op. cit.*, p. 270.

¹⁰ MURGA, *op. cit.*, p. 140. Eso no ocurre en ninguna otra *actio legis*.

¹¹ Vid. por todos MURGA, *op. cit.*, p. 125.

¹² Emblemáticamente, ahí está Jn. 1, 1 para mostrarlo.

¹³ MURGA, *op. cit.*, pp. 140-141.

¹⁴ *Ibidem*, p. 140.

¹⁵ *Ibidem*, p. 141 y n. 151.

¹⁶ Gai. 2, 105-106 y 108.

¹⁷ Mod. 8 *reg.*, D. 22, 5, 2.

¹⁸ Mod. 8 *reg.*, D. 22, 5, 7.

¹⁹ Ulp. *reg.*, D. 22, 5, 17.

instrumento *puramente* concebido para propiciar natural y directamente el fin económico del cambio entre dos (partes). La base de la pirámide jurídica es el derecho, civil por antonomasia, de la propiedad y no existe la compraventa consensual, instrumento jurídico de evidentes resonancias, pero a una sociedad diferente, fruto de un derecho mercantil que Roma sólo se dará cuando lo necesite: a partir del siglo III a.C.²⁰

De hecho, el carácter drástico de la *probatio diabolica* tiene mucho que ver con el hecho de que no se desea el traspaso de los bienes mancipables en una sociedad atenazada de inmovilismo como la romana arcaica. La *mancipatio*, ciertamente, parece, con su complejo ritual, más un mecanismo de *disuasión*²¹ que de diáfana transmisión de los bienes. Cada ulterior *mancipatio* viene crecientemente *penalizada* en lo estrictamente social –y jurídico– con esa *probatio* brutal.

2. ¿Cómo probar que la propiedad que sobre un determinado bien se esgrime es de carácter originario si han mediado transmisiones? Vaya por adelantado que el problema se agrava por la especial trascendencia del objeto en cuestión de la transmisión si ésta versa sobre un bien mancipable. De hecho el bien es mancipable porque, dada su relevancia social y económica, requiere de la *mancipatio*, es decir, de un mecanismo que aporte, en sí mismo, la prueba de la transacción. Cabe advertir ya, sin mayores dilaciones, dados la premura de tiempo que preside el acto en que se basa este escrito y el propio tema que trato en el mismo, la controversia doctrinal acerca de si la mancipación, aparte de su valor probatorio, cumple con lo que, modernamente, llamaríamos un efecto suficiente de publicidad²². Pringsheim²³ y Kaser²⁴ lo afirman, en términos e intensidades distintos;

²⁰ Sobre esto vid. si se desea CASTRO, *Derecho mercantil y Derecho romano. Nuevas observaciones sobre un problema antiguo*, en vías de publicación.

²¹ *Ídem*, *Posesión y proceso, acto y rito*, cit., p. 177.

²² Cfr., al respecto de este tema del sistema de publicidad romano de las transmisiones, entre otros, COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare*, en *Studi e testi pubblicati dall'Istituto di storia del diritto italiano dell'Università di Roma*, 3 (1954), y GALLO, *Un capitolo di storia della pubblicità*, LABEO, 3 (1957), p. 105 y ss., recensión pormenorizada y en buena medida contraria de la anterior obra.

²³ PRINGSHEIM, *Le témoignage*, RIDA, 6 (1951), p. 162 y ss.

²⁴ KASER, *Das Römische Privatrecht* (München, 1971), 2ª ed., pp. 37-38, 43, 317-318; vid., además, *idem*, *Eigentum und Besitz* (Weimar, 1943), pp. 65, 120 y ss., 138 y ss., 199 y ss., 209, 371; *idem*, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, ZSS, 68 (1951), pp. 131 y ss., en concreto 181-182.

 PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

Filippo Gallo²⁵ lo niega taxativamente, relativizando, quizás en exceso, la eficacia de los instrumentos formales del Derecho romano para cumplir, siquiera sea en alguna medida, una función de cierta publicidad de la transmisión. Esa prueba, en cualquier caso, puede ser difícil siempre, pero, en ocasiones –y no en pocas-, puede hacerse, en principio, realmente imposible, sobre todo:

- si la cosa ha sido transmitida en diversas ocasiones y se ha perdido memoria de la adquisición originaria, no quedando siquiera vivos testigos del tiempo en que acaeció: memoria, ciertamente, porque en un mundo dominado por la prueba testifical y el poder de la palabra pronunciada, la memoria tiene carácter probatorio²⁶. Eso explica la invención originalísima²⁷ y precoz -pues ya está en las Tablas- de la usucapión.

- en el marco de la Roma mercantilizada de a partir del siglo III a.C., cuando las transacciones se hacen cada vez más frecuentes. Ello explica la creación de un expediente como el de la *actio Publiciana*, que no es más que la *generalización* del factor probatorio que en sí misma incorpora la *usucapio*²⁸.

La prueba de la adquisición originaria de la propiedad, en sentido genérico, la suministra en principio el propio hecho de la posesión que, en sí misma, es una apariencia de derecho que hay que destruir. O lo que es lo mismo: la posesión ininterrumpida durante el tiempo suficiente, esto es, la usucapión. Más aún: contrariamente a lo que suele afirmarse, el papel de la usucapión en el marco del sistema adquisitivo romano es *constante* y no sólo *recurrente*. Es decir: su razón de ser es doble. Por una parte, vehículo que permite el complemento mediante el transcurso del tiempo que necesita una posesión justa que no ha supuesto la adquisición de la propiedad al adolecer la transmisión de un defecto formal, entendiendo formal como *ritual* o social, en el más amplio sentido: ausencia de testigos en la *mancipatio*, defecto en la escenificación del rito mancipatorio, pero también necesidad del reforzamiento/aseguramiento a través de la usucapión de la aprehensión por ocupación de un bien abandonado aparentemente, aunque sobre esto cabría realizar algunas

²⁵ GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimento nel diritto romano arcaico e classico*, SDHI, 23 (1957), p. 174 y ss.

²⁶ Lab. 6 *pith.*, D. 22, 3, 28.

²⁷ TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990), p. 421; FERNÁNDEZ BARREIRO & PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano* (Madrid, 1997), 3ª ed., p. 238.

²⁸ Vid. *infra* & 6.

reflexiones acerca del *si sciamus* de D. 41, 7, 2 de Paulo, que refleja la controversia entre sabinianos y proculeyanos sobre el tema de la *traditio in incertam personam*²⁹. Pero, por otra, la usucapión se configura no sólo como un recurso ante la carencia de algún requisito socialmente querido para la adquisición –derivativa u originaria– de un bien mancipable, sino también como complemento continuo que acredita la efectiva adquisición originaria del bien. Quiero decir con esto que el hecho de que la usucapión tenga valor originario y venga a suministrar, cuando se produce, la prueba de una adquisición plena que desplaza la necesidad de la *probatio diabolica*, no se produce sólo cuando una transmisión defectuosa debe ser completada mediante ella, *sino en todo momento*. Sería absurdo que el adquirente imperfecto de la cosa se vea beneficiado por una usucapión que le permite exonerarse de la pesada carga de la adquisición originaria del bien cuya posesión ha perdido y pretende recuperar con la *reivindicatio* y que no lo sea el adquirente pleno y perfecto, en cuya adquisición derivativa no se ha producido defecto alguno. En ambos casos la usucapión se ha puesto en marcha, tenga luego o no relevancia ese hecho *automático*, y sólo se desmonta *de entrada* si la adquisición fue *a non domino*.

Esto que he expuesto en el párrafo anterior se refuerza por la certeza de que en el derecho arcaico no tiene razón sólo quien la esgrime porque substancialmente la tiene, sino quien la tiene porque la ha sustentado en el exacto cumplimiento de una formalidad encadenante. Otra cosa es saber cuando se produjo tal fenómeno: desde el instante mismo en que se concibió este instrumento derivado del ejercicio continuado del *usus* o en algún momento posterior, aunque necesariamente muy antiguo. Y, naturalmente, lo dicho no obsta para la constatación de una realidad evidente: la usucapión, en el caso de adquisición perfecta que no necesita de complemento alguno por el tiempo, resulta irrelevante *aunque se dé*, siempre que no venga nadie a poner en duda que aquella adquisición perfecta se dio, pues entonces cumple con su función superadora de la pesada *probatio* de la adquisición originaria.

Derecho arcaico y forma –decía–: realidades conectadas inextricablemente. Razón formal, pues, y no razón substancial, en algo que es mucho más que una simple forma de hablar.

²⁹ Sobre esto me permito remitir a CASTRO, D. 41, 7, 2: *reflexiones sobre la “traditio in incertam personam” y otras precisiones sobre la “occupatio”*, en *Actas de las II Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Huelva, 24-25 de marzo de 1999 (Huelva, 2000).

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

3. La originariedad de la adquisición se muestra con la posesión inmemorial que de la cosa se tiene; se prueba, sin embargo, con la posesión ininterrumpida durante uno o dos años. Y ahí nos encontramos ya con una paradoja inicial: la usucapión, que es prueba de adquisición originaria –y que lo es *siempre* (que se dude de una determinada titularidad), ha de probarse a su vez por quien la esgrime como prueba de su originaria adquisición: como prueba y, en su caso, desde luego, como modo de adquisición.

¿Fue siempre así? No, sin duda, en el tiempo, si es que se produjo, imposible de determinar, en que la usucapión no existiera, tiempo escaso (o *no dado*), pues la *usucapio* se me antoja institución arraigada en lo más hondo de la cultura jurídica romana, en todas sus manifestaciones, incluida la hereditaria, pese a lo que se ha sostenido³⁰, en algo que creo supo ver muy bien Bonfante³¹. Puede decirse con palabras simples, sólo aparentemente paradójicas: se está usucapiendo siempre, hasta que se usucape. La usucapión se pone en marcha incluso cuando no es necesaria para completar una transmisión defectuosa. De ese modo, la necesidad de probar la adquisición originaria del bien en una reivindicación se reduce a probar que se ha estado en la posesión del bien durante dos años, siempre que haya buena fe y justa causa, requisitos introducidos en el dibujo más delineado de la *interpretatio* pontifical³². El problema no se da en las adquisiciones originarias, en las que basta con la *derelictio* justificativa o con esa suerte de *pseudo-derelictio* que se da en todos los otros modos que no son estrictamente el ocupatorio, sino en las derivativas, porque es requisito imprescindible para usucapir que la transmisión que ha hecho poseedor al usucapiante la haya efectuado el verdadero dueño. ¿Cómo determinarlo? ¿Remontándose a la anterior transmisión? He ahí el problema. El problema de probar la causa.

3.1. En las transmisiones derivativas romanas, observadas a lo largo de una evolución centenaria, la *traditio* acredita la máxima relevancia. Ello por tres razones:

³⁰ VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano, 1952), p. 200; *idem*, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale* (Milano, 1967), p. 109; GUARINO, *Diritto privato romano* (Napoli, 1997), 11ª ed., p. 488, que sostiene el probable origen pontifical de la institución.

³¹ BONFANTE, *Scritti di diritto romano*, 2 (Torino, 1918), pp. 492, 693; *idem*, *Corso di diritto romano, V. Le successioni. Parte generale* (1930, Milano, 1974), p. 276 y ss.

³² TALAMANCA, *Istituzioni*, *cit.*, pp. 424-425.

- su naturalidad, que la hace universal y no exclusiva, lo que favorece los intercambios internacionales.

- su limpidez, que la hace útil y sencilla como ninguna otra que intelectualmente el jurista pueda crear de la nada.

- su juridicidad innata, que deriva de su carácter posesorio, siendo como es la posesión el caldo nutriente donde hunde sus raíces la propiedad.

Todo esto nos coloca, de lleno, frente al tema (al problema) de la causa, que es complejo, como se ha destacado desde antiguo³³. *Causa* es concepto posesorio; *iusta causa*, jurídico³⁴. La *traditio* jurídica lleva impresas las huellas dactilares de la posesoria; por ello, en la simple entrega de un objeto a nivel posesorio subyace todo el edificio jurídico de la relación jurídica personal: de la *traditio* a la *datio*, que es la relación obligacional más sencilla que existe, sólo hay, en efecto, un paso nimio. En la *traditio* jurídica el acuerdo es más amplio; la causa, necesariamente, ha de versar sobre un negocio jurídico: *ius*, y no el simple acuerdo posesorio³⁵. Transmitida una cosa por *traditio*, ¿qué es lo que hay que probar, llegado el caso? ¿Cómo?

Ya en época imperial, comenzó a extenderse la práctica de realizar un documento justificativo³⁶. Incluso a fines de la República se extiende en la praxis jurídica la redacción de un documento *ad probationem*, que es posible que derivase de las *tabulae* de la *nuncupatio* –que como sabemos tienen fuerza de ley, según las XII Tablas–, con la no insignificante diferencia de que tales nuevos documentos no constituyen una declaración unilateral por el transmitente, sino que lo firman partes y testigos. Decaída la oralidad dominante de los negocios típicos romanos, por la conjunción del comercio con extranjeros y provinciales, en cuyas tradiciones jurídicas, más antiguas, ya se han impuesto los documentos escritos, y por las propias necesidades de seguridad de un tráfico mercantil en verdad vertiginoso, la *mancipatio* se convierte en un tipo más de *scriptura*³⁷ –que se hace obligatoria bajo Justiniano, naturalmente para inmuebles³⁸– y en el siglo IV se exige la *insinuatio* en los *gesta*

³³ Vid., por todos, en ese sentido, ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición* (Madrid, 1945).

³⁴ MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* (Palermo, 1994), 2ª ed., p. 311 y ss.

³⁵ BEHREND, “*Iusta causa traditionis*”. *La trasmissione della proprietà secondo il “ius gentium” del diritto classico*, SCDR, 9-10 (1997-1998), p. 145, defiende con acierto que la *traditio* corresponde a la *natura*, mientras que la *iusta causa* se refiere a la *institutio*.

³⁶ C. 8, 53, 1.

³⁷ GUARINO, *op. cit.*, p. 719; IGLESIAS, *op. cit.*, p. 256, n. 218.

³⁸ IGLESIAS, *op. cit.*, p. 261.

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

*municipalia*³⁹. Esta progresiva entronización de la documentación escrita propició la paulatina creación de todo un entramado, cada vez más complejo, de registros inmobiliarios que recuerdan, mucho más de lo que suele reconocerse, a una regulación que nos aproxima –hasta cierto punto, por supuesto– a nuestro propio derecho registral moderno. Los juristas más tardíos, desde luego, recogen en sus obras, a veces incluso en las más emblemáticas, referencias muy concretas a diversos aspectos de esta regulación y de estos problemas. Un repaso no exhaustivo puede servirnos de indicación al respecto:

-Paul. 5 *sent.*, D. 22, 4, 2: sobre copias y originales.

-Gai., *de form. hypoth.*, D. 22, 4, 4 (= D. 20, 1, 4): sobre las escrituras de hipoteca.

-Flor. 10 *inst.*, D. 28, 1, 24: sobre la posibilidad de sellar diversos originales.

Incluso otros juristas más antiguos también concentran su atención en estos asuntos, como ocurre con Próculo, en sus epístulas (libro 6)⁴⁰, sobre varios originales, o el elegante Sexto Pedio (25 *ad edictum*), tal y como nos cuenta Paulo (41 *ad edictum*)⁴¹, referido a los documentos escritos por siglas.

Paradójicamente, la espiritualización que experimenta la *traditio* desde Trebacio a Paulo y que es de estirpe proculeyana (ahí está al respecto el modélico texto de Celso en su *digesta*⁴²), es lo que va a permitir el reforzamiento de la vertiente probatoria en el ámbito de las tradiciones. Era, de otra parte, una evolución inevitable, acorde con los cambios jurídicos y sociales de un nuevo mundo mercantilizado. Incluso el poseedor se hace propietario del bien si el dueño lo quiere aunque no tenga la posesión. Nos lo cuenta Pomponio *ad Sabinum* (11)⁴³. He ahí una *traditio* tan espiritualizada que se niega a sí misma.

Y sin embargo, como digo, la espiritualización experimentada por la *traditio* en el siglo de Augusto propicia la materialización de nuevos mecanismos probatorios: la instrumentalización de la *traditio*⁴⁴, y en general la llamada –en terminología medieval⁴⁵– *traditio symbolica*⁴⁶,

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ D. 31, 47.

⁴¹ D. 37, 1, 6, 2.

⁴² D. 41, 2, 18.

⁴³ D. 41, 1, 21.

⁴⁴ C. 8, 53, 1.

⁴⁵ Vid., por todos, RICCOBONO, *Traditio ficta*, ZSS, 33 (1912), p. 259 y ss.; *idem*, ZSS, 34 (1913), p. 159 y ss.

⁴⁶ Cfr. Pap. 1 *def.*, D. 18, 1, 74; *res cott.*, D. 41, 1, 9, 6 (I. J. 2, 1, 45); Paul. 54 *ed.*, D. 41, 2, 1, 21.

abren el camino en derecho romano de la escrituración de las entregas que, unida a la descomposición del negocio mancipatorio, introducen progresivamente un incipiente derecho registral, desconocido y hasta contrario a las esencias jurídicas romanas. El ansia de control propia de la fagocitante y expansiva administración imperial, desde luego, no es ajena al fenómeno que describo. Sobre estos documentos, en los que comienza a adivinarse una creciente introducción del elemento público, sobre las imbreviaturas⁴⁷ y la doble escrituración de copias y originales⁴⁸, sobre la figura de los notarios o tabelliones⁴⁹ que comienzan a prosperar en el bajo Imperio, existe literatura, si no muy extensa, sí al menos de interés⁵⁰. Pero lo más importante aquí y ahora es señalar que los documentos con fines probatorios pueden ser conseguidos a través de la *editio instrumentorum*⁵¹, complementaria de la *editio formulae*⁵² y que comprende los *instrumenta litis*⁵³ incluidas las *testationes*, o declaraciones escritas de los testigos⁵⁴) y, más tarde⁵⁵, superada la desconfianza ante el documento *inerte* en el que no palpita la intención del

⁴⁷ D. 2, 13, 1-4-10, textos respectivamente de Ulpiano 4 *ad edictum* los dos primeros y de Gayo 1 *ad edictum provinciale* el último.

⁴⁸ Paul. 5 *sent.*, D. 22, 4, 2.

⁴⁹ Ulp. 10 *de off. proc.*, D. 48, 19, 9, 4; C. 2, 9, 2; Nov. 44.

⁵⁰ Entre otros, cfr. sobre los instrumentos y documentos TALAMANCA, *Documento e documentazione*, EdD, 13 (1964), p. 554 y ss.; FERNÁNDEZ BARREIRO, *Los principios dispositivo e inquisitivo en el proceso romano*, SDHI, 41 (1975), ahora en *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 497 y ss.; *idem*, "Dilatio litis propter instrumenta", en *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), ahora en *Estudios de derecho procesal*, cit., p. 527 y ss.; RODRÍGUEZ ADRADOS, *La dogmática del instrumento público y la glosa accursiana*, SCDR, 9-10 (1997-1998), p. 63 y ss.; en sentido más amplio y estrictamente procesal, FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información*, cit., especialmente, pp. 19 y ss., 38 y ss., 63 y ss., 102 y ss., 162 y ss., 259 y ss., 295 y ss., 311 y ss., 323 y ss., todos con bibliografía.

⁵¹ D. 2, 13, con textos de Ulpiano, Paulo, Mauriciano, Gayo, Modestino y Calístrato.

⁵² FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información*, cit., p. 63, con bibliografía.

⁵³ Ulp. 31 *ed.*, D. 17, 1, 8 pr.

⁵⁴ Pero vid. Call. 4 *de cognit.*, D. 22, 5, 3, 4, para su decadencia; en la *cognitio* la *testatio* no corroborada por otros medios carece de valor; vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información*, cit., p. 71.

⁵⁵ Cfr., respecto de esta acción, para las diferencias entre procedimiento formulario y cognitorio, Paul. 4 *epit. Alf. dig.*, D. 10, 4, 19 y C. 3, 42, 9.

 PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

que habla⁵⁶, por medio de la *actio ad exhibendum*⁵⁷, al margen de otros procedimientos inspirados en ella⁵⁸.

3.2. Adviértase, en todo caso, que el adquirente y, en virtud de la obligación de *auctoritas* ante el peligro de evicción⁵⁹, también el mancipante, no son los únicos que en la moderna acción reivindicatoria formularia han de probar, en ese caso, el derecho y la transmisión/adquisición. Ni basta con añadir únicamente a los testigos –lo es el *libripens*⁶⁰, incluso especialmente, porque no se limita a una actitud pasiva en el transcurso de la ceremonia, sino que participa en ella- para completar el elenco de los que tienen que afrontar, en la segunda fase del proceso, la carga de la prueba con su testimonio. El caso es sencillo: si alguien niega la validez de la mancipación debe probarlo; es Paulo en sus *responsa*⁶¹ quien nos lo dice⁶².

En cualquier caso, ha de probarse, por quien esgrime el derecho, que se ha adquirido, más allá de la efectiva *mancipatio*, originariamente. La usucapión, con el refuerzo de la posesión y el tiempo –espacio y tiempo, pues, las dos coordenadas de la existencia-, viene a configurar un cierre a ese imposible derroche de recuerdo: de recuerdo fijado y actualizable como prueba en juicio. ¿Cómo probarlo? La documentación –lo hemos visto- contribuye crecientemente, desde el período tardío republicano pero especialmente en los siglos imperiales, a mostrar que una *mancipatio* se produjo efectivamente y que lo hizo en un tiempo suficiente para que los plazos de la usucapión la hayan convertido en originaria. Pero esta proliferación del documento no termina por desplazar definitivamente al testifical como medio de prueba de importancia prioritaria. Adriano prefiere, en época

⁵⁶ D. 10, 4, 19.

⁵⁷ FERNÁNDEZ BARREIRO, *La previa información*, cit., p. 276.

⁵⁸ Para la *actio in factum ad exhibendum* y la *actio in factum de ommissa exhibitione*, vid. *ibidem*, p. 302 y ss.

⁵⁹ Heredada, como se sabe, por la *emptio venditio*, aunque no puedo ocuparme de esta interesante cuestión aquí. Vid., por todos, recientemente, WACKE, *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en derecho romano y derecho comparado*, SCDR, 4 (1992), pp. 157 y ss., especialmente 164 y ss., que reproduce, con algunas modificaciones, su *Die verschuldete Eviktion, Dogmengeschichte und Rechtsvergleichendes zu & 440 Abs. 3 BGB.*, en *Festschrift f. H. Niederländer zum siebzigsten Geburtstag* (Heidelberg, 1991), p. 141 y ss.

⁶⁰ Gai. 1, 119; 2, 107.

⁶¹ D. 22, 3, 5.

⁶² Habla de *emancipatio*; sirve, naturalmente, por mancipación, una o tres veces escenificada.

tan avanzada como el siglo II, mucho más el concurso de los testigos⁶³, cuyo latido puede captar, que los fríos y alterables testimonios escritos, lo cual acredita la desconfianza visceral del romano, patente en este romano lleno de helenismo –no lo olvidemos-⁶⁴, frente al documento. Eso tiene que ver con la pulsión de una sociedad que creó un derecho radicalmente antropocéntrico, igualitario de estructuras, ético, en el marco de una comunidad reducida de contactos directos que nunca dejará de pesar en la psique colectiva, incluso tras los siglos de la expansión universal en que la Urbe se convirtió en sinónimo del Orbe. La palabra oral es sagrada; en ella reside la vida, a la que va el derecho y de la que el derecho viene, pero sobre todo reposa en ella lo que en ella hay de desconcertante y de cierto.

El Derecho de Roma en materia de prueba busca la verdad. La *luz de la verdad*. Nos lo dice un jurista más o menos recóndito, pero significativo de una época y de un pensar nuevos, Calístrato, coetáneo griego de Papiniano, interesado por temas apenas tocados por los grandes juristas que lo precedieron, como la *cognitio extra ordinem* o el derecho fiscal⁶⁵. Es enormemente ilustrativo observar como un autor que centra su atención en el procedimiento cognitorio -donde la prueba documental es el medio hegemónico por excelencia⁶⁶- tanto o más que en el edictal⁶⁷, afirme en sus *quaestiones* (2)⁶⁸ que si un acto puede probarse como verdadero, aunque falte su constancia escrita, no vale menos por ello. Él mismo, en el libro 4 de sus comentarios al procedimiento cognitorio⁶⁹, consagra atención preferente al tema de los testigos, sus requisitos⁷⁰ y casuística, y se dedica a estudiar el diferente tratamiento que ha de darse a ambos medios de prueba, testifical y documental, ocupándose de asuntos aparentemente nimios o irrelevantes, no desde un punto de vista práctico, pero sí bajo el prisma

⁶³ Call. 4 *de cognit.*, D. 22, 5, 3, 3.

⁶⁴ No lo hagamos, pues es especialmente en las culturas orientales y paradigmáticamente en las helenísticas donde la práctica negocial es, y desde antiguo, por escrito.

⁶⁵ ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano* (Madrid, 1980, trad. Pelsmaeker), 4ª ed., p. 352.

⁶⁶ MURGA, *op. cit.*, p. 382.

⁶⁷ Escribió, ciertamente, un comentario de derecho pretorio de enigmático título: *ad edictum Monitorium*.

⁶⁸ D. 22, 4, 5.

⁶⁹ D. 22, 5, 3.

⁷⁰ Tradición antigua en la Jurisprudencia, pues, como mínimo, y de forma preferencial, de Gayo llega a Modestino; vid. *supra* nn. 16-17.

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

estrictamente jurídico, como el del pago del desplazamiento de los testigos⁷¹, así como los de citaciones temerarias⁷² o innecesarias⁷³, que han de evitarse en lo posible. Cuestiones de peso son, desde luego, afrontadas también por él: la valoración de los diversos testimonios ha de realizarse desde criterios flexibles que atiendan a la verdad esencial⁷⁴, aunque luego se deje atar por algunos apriorismos para él irrenunciables: *determinismos*⁷⁵. Su pasión por Adriano y su obra legislativa⁷⁶ es indiscutible, como ya se ha visto en este trabajo⁷⁷, y a ella une, en cierta medida como complemento en la atención a la feliz época de los Antoninos, ida ya cuando él escribe, el interés por algunos aspectos de las aportaciones en la materia de Marco Aurelio⁷⁸. Paulo, en fin, que en su obra enciclopédica viene a clausurar la época clásica en unión de Ulpiano, aún habla de la prueba testifical en igualdad frente a la documental⁷⁹, ambos como *instrumentos de prueba*. Y en su valoración, desde luego, no ha de prevalecer la mayoría, sino *la exactitud sincera de los testimonios*⁸⁰.

4. Nuestro concepto se flexibiliza. De probar *en* el tiempo se pasa a probar *el* tiempo. La clave probatoria reside en la usucapión, que viene ella misma a configurarse como una prueba concluyente de adquisición originaria del bien. Probado el tiempo ininterrumpido de posesión –prueba fácil, pues se trata sólo de uno o dos años–, la clave para que la *usucapio* se materialice es la causa, y la causa, pues, es lo que debe probarse. Lo que prueba –la usucapión– un determinado objeto –la adquisición de la propiedad– ha de ser a su vez probado, si alguien lo pone judicialmente en duda. De ahí que en este ámbito quepa distinguir entre una prueba hacia el exterior, que es la propia usucapión, y otra interna, que es la prueba de la causa, que entra en juego cuando alguien niega u obvia la adquisición o cuando, perdido el bien, el adquirente pretende reivindicarlo o reclamarlo con la Publiciana.

⁷¹ D. 22, 5, 3, 4.

⁷² D. 22, 5, 3, 6.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ D. 22, 5, 3, 2.

⁷⁵ D. 22, 5, 3 pr.

⁷⁶ D. 22, 5, 3, 1-2-3-4-6.

⁷⁷ Vid. *supra* n. 63 y la porción de texto a que se adjunta.

⁷⁸ D. 22, 5, 3, 6.

⁷⁹ Paul. 2 *sent.*, D. 22, 4, 1.

⁸⁰ Arc. *Char.*, de *testib.*, D. 22, 5, 21, 3.

La causa de la usucapión no es subjetiva, sino *objetiva*, según Celso en texto *ad Sabinum* (31) de Ulpiano⁸¹. Es quizás ésa la diferencia entre causa y buena fe: basta con leer a Paulo *ad edictum* (54)⁸² para reafirmarlo. De ese modo, la buena fe se presume y no hay que demostrarla; la prueba de la causa, en cambio, incumbe al poseedor usucapiente. ¿Pero de qué causa hablamos exactamente? Paulo, de nuevo, es el encargado de iluminar el camino: con él, en quien culmina la corriente jurisprudencial más avanzada acerca de la posesión, cabe señalar que hay que distinguir entre la causa de la posesión y la de la usucapión⁸³: se puede comprar de mala fe y recibir la cosa, pero no se puede usucapir. La mala fe invalida la *emptio venditio*, contrato de buena fe por excelencia, sobre cuyo paradigma se construye el edificio de todos los demás, y ha de reclamarse la posesión, que sí se ha transmitido, porque la *traditio*, mecanismo *ciego*⁸⁴, ha cumplimentado su eficacia *natural* y la posesión se ha adquirido⁸⁵. Pero ha de tenerse en cuenta que el primer momento en que se exige la buena fe es, sin embargo, como inauguración de la usucapión, el de la tradición y no el de la compra, testimonio ulpiano (16 *ad edictum*)⁸⁶ que nos relata el triunfo de la opinión sostenida en los primeros reinados del Principado por Sabino y Casio. Era inevitable que se impusiese esta visión, más sistemática y apegada a la realidad misma del acto posesorio-jurídico de la tradición, que recorre el arco que va de la posesión a la propiedad: la buena fe en la usucapión se da tanto en la entrega de la cosa como en el acuerdo contractual que *le da causa* y, siendo como es la usucapión un fenómeno que deriva *genéticamente* de la aprehensión poseso-

⁸¹ D. 41, 3, 27.

⁸² D. 41, 4, 2 pr.

⁸³ D. 41, 4, 2, 1. Es decir, se distingue entre causa posesoria y causas jurídicas, que para los juristas, como se refleja en el Digesto (títulos 3 y 4-5-6-7-8-9-10 del libro 41), son directamente identificadas con las de la usucapión; vid. sobre esto, si se desea, recientemente, CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, Apollinaris, 71 (1998), pp. 257 y ss., concretamente 257-268. Creo firmemente en la causalidad de la *traditio*, aunque es tema polémico; entre otras muchas referencias, cfr. BETTI, *Sul carattere causale della traditio*, en *Studi Riccobono*, IV (Palermo, 1936), especialmente p. 125 y ss.; VOCI, *"Iusta causa traditionis" e "iusta causa usucapionis"* SDHI, 15 (1949), p. 141 y ss.

⁸⁴ CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales"*, cit., p. 275.

⁸⁵ Para la distinción entre causa *substancial* o remota y *funcional* o inmediata en la *traditio* -especialmente relevantes en la jurídica-, vid. *ibídem*, pp. 272-281.

⁸⁶ D. 41, 3, 10 pr.

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

ria, es lógico que se atienda a ese momento estrictamente primigenio y no al del contrato, que es a la vez un acto paralelo o previo a la entrega. En cambio, la *iusta causa* es un concepto enteramente jurídico y no existe problema a la hora de delimitar el instante en que hay que atender a ella: la objetividad de la misma conlleva su entera realidad conclusa; el negocio jurídico que sustenta la transmisión de la propiedad –y que suele ser en época avanzada la compraventa, pero que evidentemente no tiene por qué ser ése– ha de probarse en aquello que lo distinga, que le dé nacimiento: en los contratos llamados –redundantemente⁸⁷– consensuales ese instante es el acuerdo contractual; en los actos formales hay que atender a la celebración del rito validante⁸⁸; en los reales esa situación se simplifica por una suerte de *confusión*: la entrega es lo que perfecciona el vínculo y suministra la *iusta causa* de la adquisición de la propiedad, pero también ésta se adquiere mediante la entrega (aunque depende de si el bien es o no mancipable, de la época y del tipo de propiedad de que habremos). La entrega perfecciona la obligación que da causa a la propia entrega. Fin y medio.

⁸⁷ Digo esto porque todos los contratos en época clásica son consensuales; mutuo y estipulación son contractualizados por Gayo (I. 3, 89-90-92) ya entrado el siglo II, y ésta fue una visión minoritaria que sólo terminó por imponerse en la sistematización postclásica (*res cott.*, D. 44, 7, 1 pr.-1-7) y justinianeas (I. J. 3, 13-14). Sobre estas cuestiones versa mi aportación a las III Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, previstas para octubre de este año 2000 en Granada; en cualquier caso, la contribución en este sentido fundamental es, a mi juicio, naturalmente D'ORS, "*Creditum*" y "*contractus*", *AHDE*, 26 (1956), p. 183 y ss. (= *ZSS*, 74 (1957), p. 76 y ss.).

⁸⁸ El caso de estipulación como causa de la *traditio* del bien no puede resultar extraño; IGLESIAS, *op. cit.*, p. 262, la recoge como ejemplo de *causa solvendi*. No es el momento de entrar en profundidad en este tema; piénsese en la existencia de dos estipulaciones encaminadas a cumplimentar el fin económico de la compraventa, aun antes de la consensualización de la misma y la creación del contrato de *emptio venditio*, que sí es una causa emblemática. En realidad, no hay lista cerrada de causas y todo lo más que puede realizarse es una enumeración de tipo casuístico o una clasificación general de grandes arquetipos causales (como intenté realizar en CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales"*, *cit.*, p. 267 y ss., apoyándome en la realizada por VOGLI, "*iusta causa*", *cit.*, p. 141 y ss., aunque él dedujese luego la naturaleza abstracta de la tradición y yo no).

5. Constatando que en la ocupación y otros modos adquisitivos similares⁸⁹, que no son el objeto central de este trabajo, por su –en mi opinión– menor interés desde el punto de vista probatorio, lo que hay que probar es la *derelictio* (o *pseudo-derelictio*) previa en caso de que el anterior dueño reclame el objeto, para lo que la clave está en el tiempo transcurrido –que fortalece el nuevo poder al tiempo que debilita el antiguo, lo que es particularmente importante en los bienes inmuebles y/o mancipables⁹⁰ y en la fiabilidad de los testimonios recabados al respecto en uno u otro sentido, conviene quizás centrarse en los llamados modos derivativos, en los que la realidad, no sólo probatoria, en definitiva, se enriquece por el concurso de las voluntades y todo el juego jurídico que ello conlleva. En los mecanismos formales –*mancipatio*, *in iure cessio*–⁹¹ la prueba interna la facilitaban respectivamente el rito mancipatorio y la *confessio in iure*; externamente, la prueba se limitaba a constatar la celebración del correspondiente ritual, que testigos y documentos suministraban; la usucapión cerraba el sistema, superando la necesidad de la *probatio diabolica* y situando el problema probatorio donde en verdad debía estar: en la *causa*. La prueba, si no se *causalizaba* el sistema con la usucapión como mecanismo *constante*⁹², era de enorme dificultad, como he indicado⁹³, en las adquisiciones formales sobre todo. Téngase en cuenta, por ejemplo, como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina para situar a la *in iure cessio* en sus

⁸⁹ Vid. bien trazadas las líneas que arquitecturan estos modos de derecho natural en BALDUS, <*Iure gentium adquirere*>. Una <*duplex interpretatio*> in tema de *acquisto della proprietà a titolo originario*, en SCDR, 9-10, cit., p. 103 y ss., con bibliografía minuciosa y –sobre todo– actualizada.

⁹⁰ Me permito remitir de nuevo a CASTRO, D. 41, 7, 2: *reflexiones*, cit., respecto a estas cuestiones de reequilibrio del sistema causal romano de adquisiciones en el ámbito de la *derelictio/occupatio*; allí podrá encontrarse consignada, además, la bibliografía fundamental.

⁹¹ No es éste el momento de debatir sobre el carácter real de la primitiva mancipación, convertida luego en un negocio formal. Baste decir que, en cualquier caso, en la trascendencia validante del acto mancipatorio, hasta donde nos es posible conocerla a lo largo de la historia jurídica romana, tuvo siempre una importancia decisiva el elemento ritual. En todo caso, quizás en ninguna otra figura del más antiguo Derecho romano pueden hallarse concentrados en su estructura íntima originaria, y tan claramente en sus primeros desarrollos cronológicos, los dos elementos genéticos de todo derecho: la posesión y la forma.

⁹² Vid. *supra* & 2.

⁹³ Vid. *supra* & 1.

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

justas coordenadas de eficacia, que el magistrado estaba sólo un año en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales⁹⁴ y que no llevaba recuento escrito de los negocios realizados bajo su jurisdicción⁹⁵, según parece probable (aunque posiblemente no se puede asegurar de forma absoluta). Y aunque esto afecta sobre todo a la vertiente de la publicidad más que a la de la prueba –cosa diferente es calibrar el alcance de estas peculiaridades⁹⁶–, incide también en cierto modo en este segundo campo –que es el que aquí nos interesa– y acredita una limitación inherente al propio sistema formal romano de propiedad, eficaz en una sociedad pequeña y de escasos intercambios, pero insuficiente en el vértigo de la modernidad romana.

Demanda también, qué duda cabe, la *causalización* completa del sistema, que –me apresuro a decirlo– no es sólo consecuencia de esta impericia natural del ritualismo para hacer frente a las nuevas realidades sociales y económicas de Roma a partir aproximadamente del siglo III a.C., sino efecto de la propia idoneidad natural de la causa y del fenómeno causal. Causa, pues; a ella como objeto se consagra la prueba de las transmisiones, merced a la trascendencia de un modo *de seguridad* como la usucapión. Causa que garantiza la desaparición de la *mancipatio*⁹⁷ y la *in iure cessio*⁹⁸ y el triunfo jurídico de *traditio* y *usucapio*, permanentemente en simbiosis, en el propio devenir de un derecho romano crecientemente desritualizado⁹⁹, y en nuestro propio derecho moderno. La prueba de la causa de la *traditio* posesoria es muy sencilla: la tenencia es en sí misma prueba de la entrega; la entrega, del consentimiento. Pero en una *actio* lo que importa es la prueba

⁹⁴ GALLO, *La pretesa*, cit., p. 199.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 200.

⁹⁶ Cfr. *supra* & 2 y nn. 22, 23-24 y 25.

⁹⁷ Justiniano la deroga después de una larga decadencia; vid., por todos, la síntesis de IGLESIAS, *op. cit.*, p. 256, nn. 218-219.

⁹⁸ Vid. *ibidem*, p. 258. La última mención es del año 293, en una constitución imperial (*Consultatio*, 6, 10) y Gayo (2, 25) la da en su tiempo como caída en desuso. Antes la precedió una decadencia precoz, pues en época clásica no solía utilizarse, según es plausible, para la transmisión de las *res Mancipi*, al adherir menos garantías a la transmisión que la *mancipatio* (*actio auctoritatis*, *actio de modo agri*), aunque vid. la advertencia bibliográfica al respecto de IGLESIAS, *ibidem*, n. 230; ciertamente, era también muy complicada de utilizar, en un mundo mercantil, de continuas transacciones, para la transmisión de las *res nec Mancipi*, allí donde se disponía, además, de la eficacísima y diáfana *traditio*, protegida, por otra parte, por el pretor con la acción Publiciana.

⁹⁹ CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito*, cit., pp. 183-184.

de la *causa* jurídica, de la *iusta causa*, esto es, del soporte del traspaso de la propiedad. Eso es lo que hay que probar realmente, y la situación se enriquece, además, con la espiritualización de la *materialidad* de “ese acto incoloro” que es la *traditio*, como expresivamente lo llama Labruna¹⁰⁰. En cualquier caso, como ocurre hoy en día, el real problema probatorio y la necesidad de habilitar un mecanismo que facilite la prueba a quien adquirió el bien se da de forma evidentemente prioritaria en la transmisión que protagonizan los bienes inmuebles y, en época más temprana, los mancipables. Su volumen e importancia así lo demandan.

6. En este esquema *traditio* y *usucapio* se mezclan inexorablemente, porque ésta supone la conversión de la entrega en una figura originaria, merced al transcurso del tiempo, que depura la naturaleza derivativa de la tradición. Esto explica dos cosas relativamente enigmáticas:

- en la *traditio* las fuentes sólo mencionan respecto de la *traditio* al *tradens*¹⁰¹; en la *usucapio* el protagonista es justo el contrario, el *accipiens*, y este recubrir la entrega con la pátina del tiempo es lo que explica que a la usucapión se la conciba como una enajenación en la visión jurisprudencial romana¹⁰².

En substancia, es una enajenación cambiada de ángulo, por defecto de la *traditio*, hecha pura adquisición.

- el título *pro suo*¹⁰³, que no se circunscribe simplemente al título putativo¹⁰⁴.

La usucapión, manifestación del *usus*, es, pues, una prueba¹⁰⁵, como la posesión es, en definitiva, una apariencia, y esto, más que una coincidencia, es una nítida consecuencia, porque ésa es la función que en un

¹⁰⁰ LABRUNA, “Tradere”. *Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, en *SCDR*, 9-10, cit., pp. 321 y ss., en concreto 334.

¹⁰¹ PEROZZI, *Della tradizione. Suo concetto e sua natura giuridica. Studi* (Città di Castello, 1886), incluido en *Scritti giuridici*, I (Milano, 1948), p. 21, al cuidado de Brasiello, en apreciación reafirmada por LABRUNA, *op. cit.*, p. 337.

¹⁰² IGLESIAS, *op. cit.*, p. 241, con bibliografía.

¹⁰³ D. 41, 10.

¹⁰⁴ MIQUEL, *Compraventa y adquisición de la propiedad*, *SCDR*, 5 (1993), pp. 89 y ss., en concreto 96, incluido también en *Estudios Murga* (Madrid, 1994), p. 573 y ss.

¹⁰⁵ Y no desde luego una presunción, porque causa y tiempo han de probarse; internamente, lo único que se presume es la buena fe.

PRUEBA, CAUSA Y ACCIÓN REIVINDICATORIA...

mundo jurídico cumple la posesión; es *apariencia* de dominio y, con justa causa y tiempo suficiente (probados), es *prueba* de dominio.

La *actio Publiciana* es la procesalización de esa prueba natural: es su extensión y su aseguramiento. En el vaciado publiciano no se requiere prueba alguna que no sea la de la causa, superándose incluso –y específicamente– la del tiempo, necesaria en la usucapión. Se supera límpida y definitivamente de este modo insuperable la *probatio diabolica*, porque no es necesario esperar al cumplimiento del año o los dos años: la usucapión, aquí fingida, es modo originario y se basta como prueba de adquisición. Ello, naturalmente, propicia el reconocimiento de una titularidad que no es civil, sino pretoria, porque el viejo *ius civile* nada sabe de usucapiones fingidas, y que no es sino una cualificación en época histórica del tronco nutricional de la posesión¹⁰⁶: *in bonis habere*¹⁰⁷, pues, en el que, llevándose la causalidad hasta el último extremo de sus posibilidades, se convierte a la causa en la base absoluta de las transmisiones romanas, del derecho de propiedad, del derecho todo. *Consensus, bona fides, contractus*, son todos conceptos muy cercanos; *voluntas, animus, causa*, también se nos acercan: entre ellos y con los anteriores, inevitablemente. Es un nuevo Derecho que triunfa y se impone a los maltrechos ritualismos del arcaico. Y del mismo modo que la usucapión había venido a incidir en la suavización de la prueba en la *reivindicatio*, pudiendo venir ésta centrada en la causa y el tiempo de la *usucapio*; del mismo modo que la *usucapio* se pone en marcha automáticamente, incluso en aquellos supuestos en que no es necesaria para completar una defectuosa transmisión *con causa* de la propiedad civil; igualmente, la *actio Publiciana* no será sólo utilizada por los poseedores cualificados que, con causa, no adquirieron la propiedad civil, sino también por aquéllos que tienen la causa pero también la titularidad *ex iure Quiritium*, todo ello, naturalmente, por el hecho de que con el

¹⁰⁶ CASTRO, *Posesión y proceso, acto y rito, cit.*, pp. 163-164, 173-176, 181-183.

¹⁰⁷ Vid. al respecto, si se desea, recientemente, CASTRO “*In bonis esse*”, o *el triunfo de la causalidad. Un acercamiento a Gai. 4, 36*, aportación al II Congreso Internacional y V Congreso Iberoamericano de Derecho Romano (Buenos Aires, 18-21 de agosto de 1999), que espero aparezca en las *Actas* correspondientes; puede completarse con *idem*, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: “bonorum possessio” e “in bonis habere”*, basado en mi comunicación presentada en la LII Sesión de la SIHDA (Madrid, 28 de septiembre-1 de octubre de 1998), en principio destinado a *RIDA*. En ambos trabajos, desde luego, puede encontrarse la bibliografía fundamental sobre el tema, que, naturalmente, es otra.

ALFONSO CASTRO SÁENZ

nuevo mecanismo ni siquiera se tiene que probar el tiempo, *que se tiene por dado*¹⁰⁸.

La acción convierte lo que es un fenómeno en una realidad concretable, ganada al tiempo, fija: exacta. Y la prueba se simplifica. El tiempo se hace espacio sólo; lo que es *siendo* se convierte, para siempre, en un simple y taxativo *ser*. La usucapión, que es siempre pasado o futuro, se convierte, en el molde de la Publiciana, en puro presente. El triunfo de ese presente absoluto de lo humano que es el derecho. *Usus* frente a *actio*. Línea, pues, frente a punto.

Sevilla, enero de 2000.

¹⁰⁸ Vid. ahora *supra* & 1 *ab initio* y n. 4, para completar lo allí apuntado.