

GREGORIO ALBERTO DILLON

*Profesor de Derechos Reales e Intelectuales.
Universidad Católica de Santiago del Estero
y Universidad del Museo Social Argentino*

LA PRUEBA EN LA *REI VINDICATIO* Y EN LA *ACTIO PUBLICIANA* EN MATERIA DE INMUEBLES EN EL DERECHO ROMANO Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

I- Breve Introducción a la *Rei Vindicatio*

Refiriéndose a la clasificación de las acciones, Gayo nos dice que existen dos géneros de acciones: las acciones “in rem” y las acciones “in personam” (Inst. IV, 1); y agrega que la “*actio in personam* es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya e virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir cuando reclamamos que se nos deba dar, hacer o prestar algo (*dare, facere, prestare, aportare*)” (Inst. IV, 2), y que “la *actio in rem* es aquella por la cual pretendemos que una cosa es nuestra, o que nos compete un derecho cualquiera, como por ejemplo el de *usus*, el de *usufructus*, el de paso (*eundi agendi*), el de *aquam ducendi*, el de *altius tollendi* o el de vista (*prospiciendi*). El adversario tiene una acción contraria que es la *actio negativa*” (Inst. IV, 3).

Dice también que las acciones “in rem” son llamadas “*vindicationes*”; en cambio las “*actiones in personam*”, por las cuales pretendemos que se nos deba dar o hacer algo, son llamadas “*condictiones*” (Inst. IV, 5).

La “*rei vindicatio*” era pues la acción real que en el derecho romano se concedía al propietario quiritario para recuperar su cosa, mueble o inmueble de quien la poseyera.

La cosa debía ser corporal o material y ser susceptible de propiedad privada, es decir estar en el comercio.

Esta acción concertaba en el derecho romano el *ius persecuendi* que, aún hoy, posee todo titular de derecho real que ejerce su derecho sobre la

cosa por medio de la posesión, como el propietario (*dominus*) o el usufructuario.

No se concedía a quien sólo tenía la cosa in bonis pues éste no era considerado propietario.

II- La Prueba en la *Rei Vindicatio*

Fácil es advertir en consecuencia que quien pretendía ejercer esta acción reipersecutoria debía probar la propiedad actual sobre la cosa.

El reivindicante estaba obligado a probar no sólo el título de su adquisición sino también el de quienes lo habían precedido en la propiedad, hasta el antecedente más antiguo: esta fue la llamada “prueba diabólica”.

En el proceso romano existieron dos principios, de especial importancia, que fueron receptados por la legislación argentina: el referido a la carga de la prueba y el de la libre apreciación de estas por el *iudex*.

Respecto del *onus probandi*, el actor debía probar los hechos en que fundaba su demanda. Estos hechos eran afirmados en la “*intentio*”, y si no los probaba perdía el pleito. Si él afirmaba ser el propietario actual del inmueble debía probarlo. Paulo nos dice en el Digesto que “incumbe la prueba al que afirma, no al que niega” (D. 22. 3. 2).

El Código de Justiniano le decía al reivindicante: “Persigue en forma de juicio las posesiones que dices que te pertenecen, porque no le incumbe al poseedor la necesidad de probar que ellas le pertenecen, pues dejando tú de hacer la prueba, queda el dominio en su poder” (C.4.19.2).

Y el mismo Código establecía que “El que posee bienes ajenos, aún cuando no tenga ningún justo título para tenerlos, no está obligado a restituirlos sino al que pruebe su demanda” (C.3.32.28).

El Código Civil argentino receptó este principio relativo a la prueba disponiendo que “El poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a la posesión. El posee porque posee” (art. 2363).

III- Pero si el reivindicante debía probar su propiedad actual sobre el fundo, el demandado por su parte no estaba totalmente exceptuado de producir prueba sobre la causa de su posesión: debía probar los hechos a los actos jurídicos en que la fundaba. El antiguo principio del derecho procesal romano que expresaba que al actor le incumbe la carga de la prueba, se modifica profundamente después, y ya no importa para la prueba cuál es en el litigio la posición del litigante: si él afirmaba un hecho o se excepcionaba basándose en un acto de su adversario o de un tercero, debía probarlo, independientemente de que fuese actor o demanda-

LA PRUEBA DE *REI VINDICATIO* Y EN LA *ACTIO PUBLICIANA*...

do. Todo hecho extintivo, modificatorio o constitutivo que se opusiera al progreso de la acción debía ser probado por quien pretendiese sacar algún provecho de ello.

Por eso seguramente una ley de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos, a Publicio y a Optato decía: “En vano teméis, que no se exija la prueba por el que es demandado en juicio” (C. 4.19.8).

Por la misma razón decía otra ley que “ Si poseéis predios que reivindicar vuestros hermanos emancipados sosteniendo que les fueron donados por vuestro padre común, a ellos mismos les incumbe la necesidad de la prueba del hecho, y si teniendo ellos los predios, como si se les hubieran donado por vuestro padre, los pedís vosotros constituidos herederos del padre, a fin de que demuestren que no tuvo consistencia vuestra pretensión, son compelidos a probar surgiendo la cuestión, por qué medios se hicieron dueños” (C. 4. 19. 16.).

El principio romano acerca de la carga de la prueba ha sido recibido en el derecho argentino en varias leyes, pero para el caso nos basta citar el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que en sus dos primeros párrafos expresa: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

IV- Dijimos que el *iudex* tenía libre apreciación sobre las pruebas. Sin embargo esto no siempre fue así en el sistema procesal romano, y después del sistema formulario, hubo épocas, según los emperadores, en que la apreciación de la prueba se tornaba más rígida y menos libre.

De todas maneras leemos en el Digesto la cita que se hace de un Rescripto del Divino Adriano que dice: “No se puede definir suficientemente con ninguna regla cierta qué argumentos basten en cierto modo para probar una cosa cualquiera, así como no siempre, pero muchas veces se descubre la verdad de cualquiera cosa sin documentos públicos, y otras el número de los testigos, otras su dignidad y autoridad, otras, por ejemplo, la fama general confirma la verdad de la cosa, de que se trata”. Y entonces Callistrato (discípulo de Papiniano y consejero del emperador Alejandro Severo) termina diciendo: “Así, pues, en resumen solamente puedo contestarte esto, que ciertamente el conocimiento no puede sujetarse desde luego a una sola especie de prueba, sino que por dictamen de tu conciencia debes estimar qué es lo que creas, o qué lo que te parezca poco probado” (D. 22.5.3.2).

A este último razonamiento del jurisconsulto Callistrato, en el derecho procesal moderno lo llamamos “reglas de la sana crítica”. Así, en el derecho argentino, con relación a la apreciación de la prueba en juicio civil o comercial dice el Código Procesal de la Nación, ya citado, que “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa” (art. 386).

V- Prueba que podía ofrecerse

La prueba de la propiedad inmueble podía lograrla el *dominus* en la *rei vindicatoria* con el ofrecimiento de documentos, confesión, juramento, testigos, pericia de expertos, reconocimiento judicial (inspección ocular).

En primer término, el *rei vindicante* debía designar con toda exactitud la cosa demandada, “y si la pide toda, o parte, o qué parte; porque la denominación de cosa no significa el género, sino la especie” (D.6.1.6), y “el que haya de pedir un fundo deberá decir su nombre, y en qué lugar esté” (D.6.1.6, in fine), y también seguramente los límites y quiénes eran sus vecinos o propiedades linderas.

Pues bien, todo esto era lo que el reivindicante debía probar, además, desde luego, su propiedad quiritaria.

Pero el actor, o sea el reivindicante, además de designar con toda exactitud la cosa demandada y afirmar su propiedad quiritaria sobre ella, debía probarlo todo esto, porque si no producía prueba sobre todo ello (objeto demandado y propiedad quiritaria sobre él), el poseedor seguía tranquilamente en la cosa. Por eso el Código dice que “Confesando el actor que él no puede probar lo que asevera, no constriñe al demandado con la necesidad de demostrar lo contrario, porque por la naturaleza de las cosas es nula la prueba del que niega un hecho” (C.4 19. 23). Además son aplicables a este supuesto nuestras citas anteriores, especialmente: C.4.19.2 y C.3. 32. 28.

En cuanto a los medios de prueba que mencionamos, que pueden ser utilizados por el *dominus* reivindicante, el Código nos dice que “El dominio de una propiedad se acredita no solamente con el instrumento de compra, sino con otros cualesquiera legítimos medios de prueba” (C. 4. 19. 4).

Tan es así esto que existen varias disposiciones en el Código de Justiniano que admiten la prueba del derecho o de lo afirmado aun en el caso de no mediar instrumentos o de pérdida de los mismos. Así, por ejemplo, en C. 4. 21. 10: “Como quiera que aun sin mediar instrumentos sub-

LA PRUEBA DE *REI VINDICATIO* Y EN LA *ACTIO PUBLICIANA*...

siste válida la venta hecha, se determinó que, consiguientemente, tampoco habiéndose perdido los que habían mediado se destruye la realidad de la verdad”.

Sobre los mismos principios se decidió en un caso de donación que no se instrumentó que “Habiendo sido puesta e la vacua posesión de un predio por causa de donación, no porque se asevera que se prescindió de otorgar el instrumento de este hecho puedes no obtenerla” (C.4. 21. 12).

Otra ley decía que “Puesto que las cosas no se hacen en los instrumentos, sino que en estos se consigna el testimonio de lo que se hizo, debes demostrar, habiendo producido en derecho los medios de prueba que puedes, que se hizo la compra, que tu padre fue puesto en la vacua posesión, y que se entregó el precio” (C. 4. 19. 12).

Y así también en caso de que el título no estuviere a nombre del reivindicante, la ley lo insta a que demuestre su propiedad por otros medios de prueba: “Los que sustraen documentos ajenos, no pueden en manera ninguna utilizarlos para la prueba del dominio, porque la lectura de los mismos no favorece al que los lee, sino al que designa el texto de la escritura. Y así, como quiera que no se desestiman los demás indicios de pruebas, demuestra en la forma de derecho competente que te pertenece el dominio de los predios, que se ponen en litigio. Porque no conviene que el que reivindica bienes que por el comprador se entregó dinero suyo, se esfuerce para la prueba, puesto que semejante hecho, aunque sea probado, no le presta ningún apoyo a su demanda” (C. 4. 19. 21).

Semejante hecho no le presta ningún apoyo a su demanda de reivindicación, porque no sólo debe probar la entrega del dinero sino también el mandato para la adquisición de los predios en litigio.

VI- Según Gayo, el juramento “Se introdujo en la práctica, como el mayor remedio para terminar los pleitos..., con lo cual se deciden las controversias ya por pacto de los mismos litigantes, ya por autoridad del juez” (D.12. 2. 1). Y Paulo en sus Comentarios al Edicto decía que “Contiene el juramento una especie de transacción, y tiene mayor autoridad que la cosa juzgada” (D.12. 2.2).

Para efectuar el juramento, pues, es necesario que él haya sido pedido por parte contraria: “Si defiriéndolo el poseedor, juró el demandante que es suya la cosa, se dará la acción al actor; pero esto solamente contra aquél que defirió el juramento, y contra aquéllos que le sucedieron en su lugar; pero si quisiera usar contra otro de la prerrogativa el juramente, en nada le aprovechará, ... porque no debería perjudicar a tercero, lo que se hubiese tratado entre otros” (C. 12. 2.9. 7; y C.12.2.10).

Esta prueba no ha pasado al derecho procesal moderno, pero en el derecho argentino algún vestigio ha quedado en la llamada prueba de confesión, cuando las partes en el litigio recíprocamente puede exigirle a su contraria que absuelva posiciones concernientes a la cuestión que se discute, con juramento o promesa de decir verdad. Estas posiciones a la contraria son afirmaciones (equivalentes a juramento) para el ponente. Véase arts. 404 y sigtes. del Código Procesal civil y Comercial argentino.

VII- La confesión en el derecho romano era un acto propio de la parte que la prestaba. No era un acto provocado, sino más bien espontaneo, y, como el juramento, hacía cosa juzgada si se admitían los hecho del adversario.

En el derecho argentino contienen a la confesión como prueba todos los códigos procesales de las Provincias y el ya citado Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 404 y ss).

VIII- La prueba pericial era empleada también en el derecho romano. Los agrimensores, por ejemplo, fueron muy frecuentemente utilizados por el juez en la *actio finium regundorum*. Eran nombrados de oficio por él y debían hacer su pericia bajo juramento.

Como el objeto principal de la agrimensura era establecer los límites de las tierras y su superficie, es de suponer, creo que con bastante seguridad, que también serían nombrados por el juez en las litis que versaban sobre la *rei vindicatio* de tierras de cultivo. Si no había límites naturales, como ríos, arroyos, montañas, era muy fácil que sus límites naturales, como ríos, arroyos, montañas, era muy fácil que sus límites se confundieran con el de los fundos vecinos. Desde época muy antigua éstos peritos utilizaban el instrumento llamado *ferramentum* o groma, y también las distancias eran medidas con la cuerda.

Pero también en la *reivindicatio* el juez utilizaba, según fueran los hechos controvertidos, peritos calígrafos para determinar la autenticidad de los títulos de propiedad, y peritos tasadores para determinar el valor de la cosa, etc.

Todos los códigos procesales civiles de la Argentina han receptado esta prueba de peritos, la que es utilizada en muy diversos pleitos.

IX- La inspección ocular era utilizada en el derecho romano en la *rei vindicatio* de los inmuebles. El juez de oficio o a petición de parte la realizaba en el fundo, si este estaba en su jurisdicción, pues de lo contrario delegaba esta prueba en otro magistrado. Esta prueba era realizada en presencia de las partes.

LA PRUEBA DE *REI VINDICATIO* Y EN LA *ACTIO PUBLICIANA*...

Ella la realizaba el juez en el lugar del inmueble para constatar su nombre, situación o cualquier otra circunstancia relativa al pleito, es decir cosas que pasaban bajo los sentidos del juez. Pero si debía realizar cálculos u otras operaciones, esto quedaba en manos de los peritos.

Era utilizada también esta prueba para determinar si en el predio había o no construcciones, si esto estaba en discusión, etc.

Esta prueba ha pasado al derecho argentino con el nombre de “reconocimiento judicial”. Se la puede ver, por ejemplo, en los arts. 479 y 480 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, donde se dispone que ella, como en el derecho romano, puede ser de oficio o a pedido de parte, con asistencia de las partes y sus letrados.

X- Principios del Código en materia de testigos han pasado a la normativa moderna. Ellos subyacen en los códigos procesales argentinos. Así por ejemplo el que disponía que “Contra un testimonio escrito no se produce testimonio no escrito” (C. 4. 20. 1); el que expresaba que “Es cierto que es de ningún valor la sola declaración producida, y sin que la causa haya sido probada con otros requisitos legales” (4. 20. 4); “Es conveniente que para favorecer la verdad se presenten testigos que puedan anteponer a todo favor y poder la fidelidad debida a la religiosidad judiciaria” (C.4. 20.5), etc.

Otro importante principio para la resolución de la *rei vindicatio* era aquél que decía: “En la sustanciación de los litigios tienen la misma fuerza así la fe de los instrumentos, como las deposiciones de los testigos” (C. 4. 21. 15).

Pero hoy en día, en derecho moderno, el título sobre un inmueble para acreditar el derecho real de dominio se prueba exclusivamente con instrumento (“título suficiente”) más traditio. Así por ejemplo en el derecho civil argentino (art. 2602). En otras legislaciones también se exige para ello la inscripción de título suficiente en el Registro de la Propiedad Inmueble, no en la Argentina, porque en ésta la inscripción del derecho real de dominio es al solo efecto de su oponibilidad a terceros (art. 2505 del Código Civil).

XI- Finalmente, también en la reivindicación de inmuebles en el derecho romano podía probarse el título de propiedad por indicios, lo que hoy denominamos “prueba indiciaria”.

Así, cuando el Código trata de la *rei vindicatio* dice: “Los demás indicios, que no se rechazan por el derecho, no hacen menos fe para la prueba que los instrumentos; si, pues, litigas sobre la propiedad de una casa, y el negocio está íntegro, no se te prohíbe que uses de este derecho” (C. 3. 32. 19).

XII- La Prueba de la *Reivindicatio* en el Código Civil Argentino

El Código Civil Argentino trata en cuatro artículos los distintos casos que pueden presentarse en la reivindicación de inmuebles:

- 1º- Reivindicante con título de fecha posterior a la posesión del demandado que no tiene título (art. 2789);
- 2º- Reivindicante con título de fecha anterior a la posesión del demandado que no tiene título (art. 2790).
- 3º. Reivindicante y poseedor con sendos títulos dados por la misma persona (art. 2791).
- 4º- Reivindicante y poseedor, ambos con título, pero otorgados por distintas personas, sin que se pueda establecer cuál de ellas era la verdadera propietaria (art. 2792).

XIII- En el primer caso, art. 2789, el Código dice: “Si el título del reivindicante que probase su derecho a poseer la cosa, fuese posterior a la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda”.

¿Entonces en este caso el reivindicante pierde el juicio? En el derecho argentino sí, si el actor antes de dar traslado de la demanda no acompañó junto a su título los títulos de sus predecesores en la propiedad, hasta una fecha anterior a la posesión del demandado.

Ésta era la prueba diabólica del derecho romano. En el derecho romano esta prueba se detenía cuando había podido retrotraerse lo suficiente como para poder oponerse también la prescripción adquisitiva, y siempre claro está que ella fuera anterior a la posesión del demandado.

Lo mismo sucede en el derecho civil argentino, pues esta prueba no deberá ir más allá de la fecha de posesión del demandado y surtirá efecto para el accionante si el poseedor a su vez no le puede oponer la usucapio.

Como en el derecho argentino la propiedad no se adquiere sin la traditio (arts. 577 y 2601 a 2603), éste sería un caso de acción reivindicatoria incoada por quien todavía no es propietario, a pesar de que posee título suficiente. Pero la jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido desde hace mucho años que procede la acción, porque, en la enajenación que le ha hecho su autor al reivindicante, se encuentran cedidas implícitamente todas las acciones que aquél poseía como consecuencia cedidas implícitamente todas las acciones que aquél poseía como consecuencia de su título (art. 1444 y nota de Vélez al art. 1445 del Código Civil).

XIV- Para el segundo supuesto no habría dificultades. Dice el art. 2790: “Si presentare títulos de propiedad anterior a la posesión y el demandado

LA PRUEBA DE *REI VINDICATIO* Y EN LA *ACTIO PUBLICIANA*...

no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica”.

Eso será así siempre que el demandado no le pueda oponer la prescripción larga, tal como sucedía en el derecho romano, que en el derecho argentino es de veinte años (art. 4016).

XV- En el tercer caso el código argentino dice: “Cuando el reivindicante y el poseedor contra quien se da la acción, presentaren cada uno títulos de propiedad, dados por la misma persona, el primero que ha sido puesto en posesión de la heredad que se reivindica, se reputa ser el propietario” (art. 2791).

Si bien la fuente inmediata de este artículo, como en el de los dos anteriores y en el siguiente, fue Pothier (*Tratado del Derecho de Dominio de la Propiedad*, t. VII, N° 323 a 327, Edic. de Barcelona de 1882), no cabe duda a mi juicio que la fuente mediata fue el derecho romano. Así leemos en el Código que “Es evidente en derecho, que siempre que en forma legal se vende por completo un predio a dos personas, es preferida para tener el dominio aquella a quien primero se le entregó. Si, pues, hubieres probado antes el presidente de la provincia, que en tiempo anterior compraste la posesión y pagaste el precio, no consentirá que seas expulsado de la posesión bajo el pretexto de que no se han entregado las escrituras. Estará, no obstante, en tu arbitrio, recibir con los intereses el precio que pagaste, pero de suerte que se tengan en cuenta los frutos percibidos y los gastos; puesto que también si a título de donación reivindicais ambos el dominio de la cosa, es justo que se considere preferido aquél a quien le fue entregada primero la posesión del suelo” (C. 3. 32. 15).

Ahora bien, entiendo que el art. 2791 del Código Civil argentino, si bien no distingue, no prevee ahí la acción reivindicatoria sino la acción Publiciana.

En efecto, no dice el Código ahí que la persona que otorgó el título a ambos haya sido el propietario de la cosa. Y si esa adquisición por parte de los adquirentes fue a non domino, es evidente que el poseedor no tiene en ese caso la acción reivindicatoria sino la Publiciana.

Si por el contrario ambos hubiesen adquirido de quien era el legar propietario, es obvio que sólo adquirió el dominio quien primero fue puesto en posesión del inmueble. Si éste pierde la posesión y la adquiere el otro, frente a la reivindicación del primero el segundo pierde la acción, porque la ley se inclina por considerar propietario al “primero que ha sido puesto en posesión de la heredad”, pues es también evidente que es a él a quien se le ha hecho tradición de la cosa, momento ese en que si tenía título suficiente ha adquirido la propiedad.

Pero esa hipótesis, de que sea el verdadero propietario quien ha otorgado ambos títulos a distintas personas, no parece que haya sido la prevista. Pothier, fuente inmediata de este artículo, dice que esa es la solución “aun cuando no se estableciera que esta persona de quien ambos pretende haber adquirido la heredad hubiera sido el propietario, se presume haberlo sido; y aquél que primero ha sido puesto por ella en posesión de dicha finca objeto de la acción de reivindicación, debe ser reputado haber adquirido de ella la propiedad indicada”, y agrega a continuación de este texto una cita en latín del Digesto, que en su traducción dice: “Si alguien hubiere vendido por separado una cosa a dos que la comprasen de buena fe, veamos quién pueda usar preferentemente de la acción Publiciana, si aquél a quien primero fue entregada la cosa, o el que tan solo la compró. Y escribe Juliano en el libro séptimo del Digesto: que si verdaderamente hubieren comprado a uno mismo, que no era dueño, sea preferido aquél a quien primero se entregó la cosa...” (D. 6. 2. 9. 4), Pothier, ob cit., N° 326.

Por qué si es acción Publiciana el Código Civil Argentino la trata dentro de la reivindicatoria? Porque “la acción Publiciana se refiere a una semejanza de propiedad, no de posesión” (D. 6. 2. 7. 6), y de ahí se sigue entonces que “en la acción Publiciana tendrá lugar todo lo que hemos dicho también respecto de la reivindicación” (D. 6. 2. 7. 8).

La acción Publiciana la dio por primera vez un pretor de nombre Publicio o Publicius, fundado en razones de equidad, a quien había adquirido la cosa con título y buena fe, pero de quien no era el propietario y habiendo sido despojado de la cosa no podía todavía accionar por reivindicación por no haber cumplido el plazo de la usucapión. Pues bien, como el derecho de este adquirente era muy superior al poseedor que tenía la cosa, Publicio concedió la acción bajo la ficción de que el plazo de usucapión habíase cumplido (el profesor brasileño Agerson Tobasa Pinto dice que esta acción fue creada en el año 67 a.C., *Direito Romano*, Imprensa Universitaria, Fortaleza, 1999, pág. 237 y citas al pie).

Vale decir entonces que por su semejanza con la propiedad, el que es adquirente de buena fe y con justo título es investido, frente al tercero que lo despojó de la cosa, como si él ya fuera propietario.

Sin embargo esta investidura de propietario no sería suficiente para él frente al verdadero dueño, porque la adquisición en este caso de la Publiciana, por hipótesis, a sido a non dominio.

XVI- La cuarta y última hipótesis sobre la prueba en la acción reivindicatoria está prevista en el Código Civil argentino en el art. 2792, que textualmente dice: “Cuando el demandado y el demandante presenten ca-

LA PRUEBA DE *REI VINDICATIO* Y EN LA *ACTIO PUBLICIANA*...

da uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión”.

El Profesor titular de la Universidad Nacional de La Plata, de Derecho Romano, Dr. Guillermo L. Allende (fallecido el 11.3.94), resolvió esta cuestión en el año 1979 en un artículo publicado en la Revista Jurídica *La Ley*, cuyo título fue: “La acción reivindicatoria del art. 2792 del Código Civil (No es tal, sino Publiciana)”.

Dice el Dr. Vélez en la nota a este artículo 2792 de su Código que “La escuela de los Proculyanos sostenía que en el caso del artículo debía preferirse al del título más antiguo que hubiese primero tomado posesión de la heredad, pero prevaleció la escuela de los Sabinianos que enseñaba que debía preferirse al que tenía la posesión de la cosa L.9. 4. Dig. De public. in rem act.”.

Hace notar Allende (ob. cit., cap. VIII) que Neracio, citado por Pothier, no da la cosa en este caso en propiedad al que tenía el título más antiguo, sino aquél a quien primero le fue entregada (v. D. 19. 1. 31. 2), y él era también de la escuela de los Proculyanos.

Es decir Vélez toma como fuente para los artículos de la prueba en la acción reivindicatoria a Pothier (ob.cit.), pero a través de él toma las ya milenarias soluciones del derecho romano: la solución que da nuestro art. 2972 es la que expresó el jurisconsulto Juliano en el Digesto: que si la cosa es adquirida a distintas personas, “que no eran dueños, sea mejor la condición del que posee, que la del que pide” (D. 6. 2. 9. 4 in fine).

Dice Pothier que esta decisión está fundada en la siguiente regla:

“*In pari causa, causa melior possidentis*”, es decir “En paridad de causa, tiene mejor causa el que posee”.

XVII- Nuestro codificador, pues, ha tomado sus soluciones para la prueba en la acción reivindicatoria íntegramente del derecho romano. Dos de los artículos, el 2789 y el 2790, se refieren propiamente a la acción reivindicatoria, pero los otros dos, el 2791 y el 2792, son atinentes a la *actio Publiciana*, acción ésta que ya tiene más de dos mil años de existencia.

