

La prueba del procedimiento

Olvidemos cuanto venimos diciendo acerca de los motivos prácticos que han determinado la separación de la noción de tenencia de la casa romana y su aplicación a la vida de los negocios; volvamos a la teoría subjetiva con una plena confianza y una fe inquebrantable en su exactitud. La voluntad de poseer es la que inclina la balanza; con este axioma, por delante, abordemos las explicaciones siguientes:

Trátase, como ya hemos visto, de examinar la teoría subjetiva en el respecto *práctico*, o lo que es lo mismo, se trata de considerarla *procesal y legislativamente*. La teoría subjetiva va a comparecer sucesivamente ante el *juzc* y ante el *legislador*: ante el primero, para mostrarnos si y hasta dónde responde a las condiciones impuestas por el fin de la aplicación del derecho a los casos particulares; condiciones puramente *formales*, consistentes en la aplicabilidad fácil, cómoda, segura, o, como ya dije en otro sitio, en la *practicabilidad* del derecho (1): ante el segundo, para mostrarnos cuál es en el fondo su utilidad, si los principios que sienta y las consecuencias que entraña, aun sin darse cuenta, pueden justificarse desde el punto de vista jurídico-legislativo.

Comenzaremos por el examen de la prueba procesal.

La protección jurídica concedida por el juez tiene por condición la prueba de la existencia de las condiciones legales, a

(1) Véase a este propósito mi *Esp. del D. R.*, v. I, página 51; v. III, página 328.

las cuales las somete el derecho. La prueba es el precio por el cual el juez concede esta protección, y que deben pagar todos los que le interrogan. De la cuestión de la prueba depende en la práctica el mantenimiento del derecho discutido.

Dos elementos se deben considerar para la eficacia de la prueba. El uno es de naturaleza *concreta*, incumbe a la *parte*, posesión de los *medios* de prueba necesarios; el otro es de naturaleza *abstracta*, incumbe al *legislador*, la posición tomada por él en lo que, en breves términos, llamaré *el problema de la prueba*. Dos tareas le competen en esta materia: la una corresponde al *procedimiento*, y consiste en el establecimiento de las reglas generales del procedimiento que regirá la prueba: una *teoría de la prueba*; la otra refiérese al *derecho privado*, y tiene por objeto el examen de la cuestión de la prueba en la determinación de las reglas *jurídicas materiales*. No tenemos que ocuparnos aquí más que en este último aspecto de la cuestión.

Si no desempeña bien su tarea, el legislador puede rodear la prueba de dificultades tales, que equivalgan prácticamente a la ausencia de toda protección jurídica. Si el usucapiente ha de probar completamente las condiciones legales de la usucapión, deberá sentar, no sólo todas las condiciones positivas de ésta —la posesión y el título—, sino también la negativa; esto es, que no está *in mala fide*, que la cosa no es de aquellas que no pueden usucapirse, que su posesión no ha sido jamás interrumpida. La usucapión perdería de este modo casi todo su valor para las cosas muebles y el legislador vendría a tomar con una mano lo que hubiere dado con la otra.

La solución exacta de la cuestión de la prueba debe, pues, ser una preocupación capital para el legislador en todas las reglas del derecho que formule. Debe resolverlas de modo que no imponga a la parte una prueba demasiado difícil y permita al Juez aplicar tales reglas sin indagaciones penosas ni pérdida de tiempo. Si falta a ese deber, rodeará por sí mismo de obstáculos la realización del fin que se ha asignado: se parecerá al constructor de una máquina que consumiese por sí misma, por el roce, la fuerza producida. Tal máquina no es práctica y es nece-

sario calificar de la misma manera las reglas de derecho que exigen del Juez y de la parte un gasto de fuerza desproporcionado con el resultado perseguido. La mecánica jurídica está sometida a la misma ley que las otras, *reducción hasta donde sea posible de toda pérdida de fuerza por rozamiento*.

Tres caminos se abren al legislador para el logro de estos resultados.

El *uno* consiste en dar a su pensamiento, y que como tal no se presta a la aplicación, una forma que la haga posible. Supongamos que su intención sea enlazar el derecho electoral activo y pasivo con la madurez de juicio o de inteligencia política. Claro está que una ley concebida en esos términos no puede ejecutarse, pues impondría a las autoridades encargadas de ello trabajos indecibles y provocaría las decisiones más extrañas, resultando, en virtud del diverso criterio de las diferentes autoridades, una aplicación desigual. El camino que aquí debe seguir el legislador está perfectamente trazado: las legislaciones todas lo han reconocido; si se hace la enumeración nominativa de las clases de la población, cuya inteligencia no puede ponerse en duda, de hecho la noción indeterminada de inteligencia se reemplaza así por categorías fáciles de reconocer, ya que, sobre poco más o menos, implican tal noción, tales como la posesión de un cierto matrimonio, cierto grado de instrucción, etc. Sin duda, la idea del legislador no se encuentra allí plenamente realizada; es muy posible que entre todas esas categorías haya individuos en los cuales resulte la hipótesis desmentida; pero la renuncia a la plena concordia entre la idea y el hecho, es la condición indispensable de su utilidad práctica; lo que sacrifica la idea en tal respecto está bien compensado por lo que gana en otro. El legislador no puede expresar los pensamientos de la misma manera que el filósofo: la corrección de la forma se mide de un modo diferente para cada uno de ellos. *Aliter*—dice Cicerón (*de offic.*, III, 17)—*leges, aliter philosophi tollunt astutias, leges, quatenus MANU TENERE possunt, philosophi, quatenus RATIONE et INTELIGENTIA.*

La aplicación aproximada de la idea que ha concebido: tal

es la tarea que impone al *legislador* el principio de la practicabilidad del derecho, donde quiera que esta idea se resiste a las condiciones de una aplicación práctica. De la *aproximación* he hecho yo el punto de mira que debe dirigirla: debe tomar la idea hasta donde sea *posible*. Esta es la situación del matemático frente a la cuadratura del círculo: el problema, como tal, es insoluble; pero implica una solución cuando menos aproximada, siendo tal solución la que uno y otro deben perseguir (1). La cuestión que debe proponerse el legislador es la de saber cuáles son las categorías con las que la X que quiera lograr pueda ser reemplazada: *a, b, c, d*, o *b, c, d, e*; concuerdan regularmente, de hecho, en la vida, con X? La cuestión está reducida a un cálculo de estadística. Si la *a* no concuerda con X sino en 20 ó 30 casos de 100, es evidente que 70 u 80 no concordarán. Debe, pues, rechazarse tal categoría, pues de admitirla se vería comprometido el fin del legislador. Si por el contrario, la *b* concuerda con X en 70 u 80 casos de 100, será útil prescindir de los 20 ó 30 en que no hay tal concordia, porque para el fin perseguido siempre queda un exceso de 40 ó 60 casos.

Lo que yo digo aquí no es nuevo: los juristas romanos (2) lo han pensado y dicho antes que yo, bien que con relación a otro orden de ideas. Limítome en este caso a dar a su pensamiento una forma más precisa y tangible.

(1) Sólo para evitar la censura de ser incompleto, haré notar que el legislador puede también combinar con el método *aproximativo* — *abstracto* — el *individualizante* —, mediante la libre apreciación del Juez, alcanzando así una exactitud completa. El derecho romano nos da un ejemplo en la fijación de las diversas edades; contiene la combinación de ambos métodos, esto es, edades *fixas, abstractas* (siete, doce, catorce, veinticinco años) con edades *movibles*, determinadas *individualmente* (*infantiae, pubertati proximi, venia aetatis*). No teniendo esta forma interés aquí, prescindo de dar más explicaciones.

(2) Pomponio, en la L. 3 de leg. (3 3): *Jura constituit oportet ut dixit Theophrastus, quae επιτο πλεξστον accidunt, non, quae εχ πα λυγου*. Celso, en la L. 4-5: *Ex his, quae forte uno aliquo eam accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad eu potius debet aptari jus, quae et frequentes et facile, quam quae per raro accidunt.*

Para juzgar si el legislador ha llegado aproximadamente a x , debemos saber en qué consiste ésta. La ley puede a este propósito darnos los datos, y esto de dos maneras: o bien indica abiertamente x como el motivo de sus disposiciones especiales, o bien la traduce bajo forma de regla de derecho, a lo cual añade: serán considerados como x las categorías a , b , c , d , formulando así lo que se llama *praesumptiones juris et de jure*.

Cuando el legislador, caso más frecuente, no ha dado a conocer por sí mismo su x , compete a la ciencia investigarla en los datos ofrecidos por la ley. Este camino ha sido constantemente seguido por la jurisprudencia para ampliar por vía de analogía el alcance demasiado limitado que normalmente tienen las ideas legislativas a primera vista. A , b , c , le hacen encontrar x , y ésta, a su vez, le indica d , e , f . Si se permite una comparación, diré que no se mueve en línea recta, como erróneamente suele admitirse, yendo de lo conocido a lo desconocido, sino que, conscientemente o no, lo cual no importa, da ese rodeo por el principio, por x , y va primero de abajo arriba, de a , b , c , a x , y luego de arriba abajo, de x a d , e , f .

La ciencia no posee nombre para este procedimiento legislativo particular, lo cual es una laguna muy de sentir de la terminología, tanto más extraña, cuanto que no se trata de un caso aislado y sin importancia, sino de un fenómeno que se reproduce en todos los derechos, en todas las fases del derecho, y que encierra una de las operaciones fundamentales de la técnica legislativa. Verdad que la teoría de esta técnica está aún por escribir. De hecho se la aplica constantemente; pero nuestra doctrina tiene por principio el fijarse poco en el lado legislativo del derecho, lo que ha demostrado no deteniendo su atención en la técnica del legislador. En vano he hecho numerosos esfuerzos para encontrar el nombre exacto de esta institución por la que el legislador da la forma practicable del derecho, en vez de la impracticable. No he encontrado otro nombre que el de *método por aproximación* (*Approximationsmethode*) que tiene el defecto de no presentar más que uno de los lados de la situación, la fal-

ta de concordancia absoluta, omitiendo el elemento quizá más importante de lo manejable de la forma, del *manu tenere* de Cicerón, que permite llegar a la practicabilidad. Este segundo lado se presentará mejor bajo la expresión de *método de sustitución* (*Surrogationsmethode*), y así, mientras no se encuentre otro término mejor, recorreremos los aspectos del problema, bajo la designación de *método de sustitución aproximativa* (*Approximations-Surrogationsmethode*).

El legislador, en el caso que acabamos de examinar, satisface las necesidades de la practicabilidad del derecho, prescindiendo de una parte del fin: x , que persigue. La misma idea del abandono de éste es la base de los otros dos medios que le quedan para satisfacer esas necesidades, salvo que el abandono no recae aquí sobre la cosa misma, sino sobre la *prueba*. El legislador indica alguna cosa de ésta que el demandante debería procurar. Consistiendo las condiciones del derecho en m, n, o, p , el demandante debería probar la existencia de todas. El legislador no lo exige en ciertos casos. Ha descargado al demandante de la prueba de algunas de ellas, imponiendo al demandado la prueba de que no existen. Al efecto puede seguir dos caminos. Uno de ellos consiste en establecer para este caso una *regla de prueba*: la *presunción* (por procedimiento); en adelante designaremos este elemento como p (\equiv presunción). El otro consiste en dividir las pruebas legales en una parte *positiva*, cuya prueba incumbe al demandante y en otra *negativa* ($-n$) a cargo del demandado, la cual se refiere al elemento material del derecho. A menudo se confunden estas dos formas entre sí, hablando en ambos casos de presunciones. En realidad son diferentes, y la fórmula que va a continuación lo hará ver claro. En el caso de presunción, las condiciones positivas son: $m+n+o+p$; en los demás casos son $m+o+p-n$. En el primero el demandante *deberá* el elemento p , pero la ley lo da como existente hasta prueba en contrario: en el segundo no tiene *necesidad* de probar n en sí; ésta no forma parte de las condiciones legales de su derecho; así no tiene para qué mentarla en la acción: n la introduce en el proceso el demandado; sin eso, en

rigor, el demandante hubiera vencido *p*, como las otras tres condiciones.

Para que esta distinción se vea y para probar su exactitud, nos serviremos de los ejemplos siguientes:

Los juristas romanos exigen para la validez del préstamo la propiedad en la persona del que presta (1) El sentido de esta regla lo he explicado en otro sitio (2). Tratábase de proporcionar al *accipiens* una defensa en forma de excepción *ipso jure* para el caso de que el objeto del préstamo le hubiese sido arrebatado por el verdadero propietario. No ha habido préstamo, dice; el dinero no ha entrado en mi patrimonio. Ahora bien: es incuestionable que esa es una condición positiva, y dado esto, según las reglas generales de la prueba, corresponde al demandante formular la existencia. Inútil es advertir que la acción del préstamo podía de este modo resultar ilusoria frente a un demandado de mala fe; porque, ¿cuál es el prestador que podrá mostrar que las circunstancias que habrían *podido* excluir su derecho de propiedad sobre las monedas prestadas (3) no han existido en realidad, o que las ha confundido con las suyas. El demandante se ve aliviado del peso de esta prueba imposible por una presunción. La condición de la propiedad está a cubierto por una presunción procesal, que es igual a *p*.

Lo mismo ocurre con la prueba de la filiación. Estrictamente hablando, el hijo a quien se niega ésta debería probar que ha sido engendrado de tal padre dado: un imposible. De esta prueba le libra una presunción: *pater es, quem nuptiae demonstrant*.

(1) L. 2, § 4 de Reb. cred. (12-1) *Jus mutui datione oportet dominum esse datam.*

(2) *Esp. del D. R. t. IV, p. 76. Fundamento de la protección posesoria.*

(3) Ejemplos tomados en las fuentes: Dinero dado por un esposo, L. 39 de don., i V (24 1). Dinero depositado l. 8, Cód. Dep. (4-34); pagos nulos de personas bajo potestad o tutela. L. 11, § 2 de Reb. cred. (12-1). L. 67 de l. Dot. (23-3), L. 3, § 2, ad SC. Mac. (14-6). Dinero robado, L. 3, § 6 de estatut. (40-7). Privilegio del Fisco, L. 18, § 10. L. 21. de J. fisci (49 14).

También aquí se trata de un elemento *positivo* de las condiciones legales, que evita la necesidad de la prueba, y que implica la existencia de una presunción indubitable.

La cosa pasa muy de otro modo con relación a los obstáculos de la usucapión (1), a los cuales es necesario asimilar, en este respecto, los de la prescripción de las acciones. Sin duda, desde el punto de vista práctico, es indiferente en absoluto que en casos se diga: su no existencia se presume, pero eso no es lógicamente correcto. Si nada se opone en mi camino, nada tengo que apartar de él, y esta proposición verdadera para toda situación, lo es también *en el procedimiento*, con relación a los obstáculos que pueden oponerse al demandante. Mientras eso no se verifique, tales obstáculos no existen para él; son meras posibilidades abstractas de que no tiene por qué preocuparse. Pero si se lo ponen, no puede ser sino a cargo del demandado, que sostiene su existencia concreta, y que debe probar su aserto, siendo de su incumbencia tal prueba, porque las condiciones de la usucapión y de la prescripción están de antemano organizadas de modo que una parte, la positiva, incumbe al demandante, y otra, la negativa, al demandado.

Podría hablarse también de una presunción en todos los casos en que el demandado opone a la acción una excepción que debe probar. Así deberíamos presumir, respecto de la obligación que no ha sido extinguida, del acto jurídico que no ha sido obtenido por fuerza, que no es el producto del dolo, del error del demandado, y de toda acción que no se le opone excepción alguna. Si se pudieran erigir en presunciones en beneficio del demandante, todos los elementos que no necesita probar, lógi-

(1) También se debe comprender aquí la naturaleza no susceptible de usucapión de la cosa, y la interrupción de la prescripción. Por mi parte, coloco ahí también la condición de la *bona fides* expresada por los romanos bajo forma positiva; le doy la forma negativa de la falta de *mala fides*. Por esta forma se ha decidido el proyecto de Código civil alemán, § 881, que se acaba de publicar. Esta diferencia no tiene importancia para las explicaciones dadas arriba. El lector debe fijarse en los dos obstáculos de la usucapión indicados.

camente sería preciso también hacer lo mismo en beneficio del demandado, en cuanto a los elementos todos cuya prueba incumbe al demandante; el demandado debería tener en su apoyo la presunción de que no ha cometido ni *dolus* ni *culpa*, y de no estar *in mora*; en suma, por este camino no encontraríamos fin a las presunciones; toda la atmósfera procesal está saturada de ellas con relación a ambas partes. La presunción tiene su verdadero lugar cuando se trata de una realidad que debe sostenerse por la parte, y no de la resistencia a *simples posibilidades*. El Juez no debe preocuparse más que con las realidades que son o deben ser mantenidas como tales por las partes, pues proclamar presunciones contra simples posibilidades sería una lucha procesal contra molinos de viento. De lo que precede, resulta que no hay ningún interés práctico, esto es, procesal, en discernir la distinción aquí tratada entre la presunción y la división de las condiciones legales, pudiendo el práctico conservar el hábito de hablar de presunciones en materia de prueba aun en los casos de la última especie. Pero el teórico, que debe hablar correctamente en las cuestiones técnicas, no puede en ningún concepto perder de vista esta distinción, y debe saber siempre si ha de clasificar en una u otra categoría el elemento que el demandante no necesita probar, cosa que en el caso presente importa mucho que así sea. Nuestra doctrina puede acusar una parte de la responsabilidad a los juristas romanos, que en la organización que había recibido, entre ellos la cuestión de la prueba, no habían tenido ocasión de decidirse sobre las diversas formas de alegarla. La distinción que acabo de exponer entre los elementos positivos y negativos de las condiciones legales, no parece que la hayan conocido; no la han formulado abstractamente ni tampoco observado en un caso particular. Así ocurre, por ejemplo, que no vacilan en expresar bajo la forma positiva de la condición de *bona fides*, el elemento negativo de la falta de *mala fides*. Pero la doctrina moderna, ante el desenvolvimiento alcanzado por el derecho de las pruebas en el procedimiento común, tuvo la ocasión más apremiante de darse clara cuenta de la distinción. No estaba autorizada para

admitir una presunción sino allí donde la ley misma la hubiere establecido; ¿cómo podía justificar teóricamente los casos donde no hay presunción legal, y donde con el tacto exacto de la situación renunciaba a imponer la prueba al demandante? En su confusión acudió a la regla de que las pruebas negativas son imposibles, regla insostenible de un modo tan general (véase luego), y que no tiene punto de apoyo en las leyes. El único camino adecuado se ofrece, a mi parecer, desde el punto de vista en que yo me he colocado. Sin duda, se puede objetar que no tiene base legislativa, puesto que nuestras fuentes no lo conocen; pero hay muchas cosas sobre las cuales no se insiste, porque desde luego se comprenden, y en el caso de que hablo se trata de una de ellas, en mi concepto. Para probarlo voy a examinar desde ése punto de vista dos conjuntos de condiciones legales establecidas por los juristas romanos bajo forma positiva.

Conforme a la definición legal del *furtum*, el demandante, además de la *contrectatio*, debería probar también los elementos: *fraudulosa* y *lucri faciendi causa*. Esos elementos excluyen de la categoría del *furtum* la sustracción de una cosa sin intención de fraude o de lucro, por ejemplo, de parte de un amigo que en mi ausencia entra en mi habitación, y una vez allí, en la idea para él enteramente fundada de mi conformidad, enciende uno de mis cigarros, bebe vino, recoge el libro que me ha prestado, o de parte de un acreedor que toma la cosa para ponerla en seguridad, o en la del propietario que la toma por su propia autoridad. Todos esos hechos de *sustracción*, sin intención de robo, no están comprendidos en el *furtum*. Pero pensar que porque el *animus furandi* no se dé en esas personas, los juristas romanos deberían haber impuesto al demandante, en la *condictio* furtiva, la prueba del *animus furandi*, sería simplemente absurdo. No se podía imponer al demandante sino la prueba de la *contrectatio*; los elementos: *fraudulosa* y *lucre faciendi causa* constituían el objeto de la prueba contraria; eran los *elementos negativos* de las condiciones legales del *furtum*. Lo mismo ocurre, en mi concepto, con la condición de propiedad en la *con-*

actio furtiva y con la del interés en la *actio furti*; puntos que yo he examinado en otro lugar (1). Si se admitiera lo contrario, sería preciso decir que el *furtum* no tenía consecuencias cuando el demandante no pudiera presentar esta prueba. Esos dos elementos no pueden realmente ser considerados sino como objetos de la prueba contraria; su fin era objetar.

Idénticos principios se aplican, en mi concepto, al elemento de la *injuria* en el *damnum et injuriam datum*, así como en la *actio furti* el demandante no debe demostrar más que la *contractatio*, así en la *actio legis Aquiliae*, no debe demostrar más que el deterioro de la cosa que se encuentra en su posesión: el simple *damnum*; el elemento *injuria* no se ofrece sino para permitir al demandado aprovecharse de las circunstancias que pueden librarle de la responsabilidad. Sería absurdo en las acciones por hurto pretender dispensar al demandante de la prueba, formulando una presunción de hurto; y no lo sería menos formular aquí una presunción de *culpa*. La ley no conoce esas presunciones; las hace superfluas, refiriendo por adelantado las condiciones legales de las dos acciones al acto exterior exclusivamente. Corresponde al demandado probar que, a pesar de este acto, no es responsable de ciertas causas previstas por la ley misma. He ahí nuestro factor negativo N, que excepcionalmente enerva en este caso la eficacia de las condiciones legales positivas.

Esos ejemplos, a los cuales aún podría añadir algunos otros, muestran cuán importante es distinguir en las condiciones legales que el derecho establece los elementos positivos y los elementos negativos. Al definirlos, se puede, a imitación de los juristas romanos y para abreviar, expresar las condiciones legales bajo forma positiva, según se ha hecho en materia de usucapión por medio del verso: *res habilis, titulus fides possessio tempus*; pero al desenvolver los diversos elementos, se debe, aunque no sea más que en interés de la enseñanza y para no dar al estudiante ideas falsas, decir siempre si son de naturaleza positiva o

(1) *Del fundamento de la protección posesoria.*

negativa. En mi concepto, el profesor deberá desde luego llamar la atención de los alumnos sobre la importancia capital de la cuestión de la prueba. En la enseñanza elemental, y hablo por experiencia propia, el abandono de esta labor puede producir mucho daño y depositar el germen de donde más tarde saldrá, en lugar del verdadero jurista, su caricatura: el lógico del derecho, que se encuentra, por lo demás, también fuera de las cátedras.

He notado antes que en los casos en que era imposible no ver la división de las condiciones legales en negativas y positivas, por ejemplo, en la usucapión, se ha tratado de justificar legislativamente esta división, fundándola en la regla de que las negaciones no podrían probarse. Pero esto no es una explicación. De un lado, esta regla no es exacta en sus términos generales. No falta el caso, en derecho romano, donde todas las condiciones legales están sometidas de una manera absolutamente negativa, por ejemplo, el *non usus* de las servidumbres (1). Por otra parte, esta regla no explica la dispensa de prueba de ciertos elementos de naturaleza perfectamente positiva. Así, la condición *lucre faciendi causa*, en el robo, es positiva y, sin embargo, no debe ser probada por el demandante. Lo mismo ocurre con la *culpa* en el *damnum injuriam datum*. Esta regla tampoco se aplicó a la presunción que puede tener por objeto un hecho positivo, según hemos visto poco ha. Es preciso, pues, buscar un punto de vista aplicable a todos los casos. La simple dificultad de la prueba no basta para esto. En tal

(1) No he encontrado en parte alguna una indicación de la prueba en esta materia. Es fácil decir: las servidumbres se extinguen por el *non usus* pasados diez años; ¡pero que se pruebe el *non usus*! Si la prueba se lleva con rigor, como debiera hacerse por el Juez bajo el derecho común, es imposible practicarla; aunque se demostrase que ningún vecino había advertido en los diez años ningún hecho de uso, esto no prueba que el interesado no haya podido usar la servidumbre sin ser visto. No he tropezado en los casos juzgados con ninguno en que se hubiera probado realmente el *non usus*. La cuestión no parece existir siquiera, lo mismo teórica que prácticamente. Los juristas romanos nada dicen y tal es la razón de por qué los modernos se callan.

concepto, sería mejor tener que hacer una prueba difícil, porque entonces se podría contar siempre con el auxilio de las presunciones establecidas por la ley. La verdadera razón, en mi concepto, estriba en un punto de vista que nosotros hemos reconocido antes como decisivo para el legislador: el estadístico. El razonamiento de este aserto será el objeto de la siguiente investigación.

El objetivo que debe perseguir todo legislador, está en concordar, hasta donde sea posible, la regla abstracta con la realidad. Este punto de vista, cuya gran importancia para la practicabilidad de las reglas del derecho hemos consignado, debe servir también de base para la organización de la cuestión de la prueba. A este fin, y para decidir si impondrá la prueba de tal o cual elemento al demandante o al demandado, el legislador debe representarse la proposición numérica en la vida ordinaria, entre los casos de existencia y de los de no existencia del elemento, en una y otra alternativa. Supongamos que el elemento p de las condiciones legales de que se trate existe en la vida noventa y nueve veces de ciento, y que el elemento x no existe el 90 por 100 de las veces: sería absurdo que el legislador impusiera al demandante una prueba que, por su dificultad, no resultaría más que en el más pequeño número de casos, v. g., el 10 por 100. Ocurriría que la demanda x fundada en ese respecto, no llegaría a realizarse el 90 por 100 de las veces, mientras que descargando al demandante de la prueba, no pasaría eso más que una vez; la pérdida sería en el primer caso del 90 por 100 y en el segundo del uno. En la mayoría de las presunciones, la relación estadística a que me refiero es aún más elevada. En materia de préstamos, de varios millones de casos en que el prestamista es propietario, apenas habrá uno en que no lo sea. Sería, por tanto, ir contra el sentido común, exigir aquí la prueba de la propiedad; la presunción cubre casi por entero la realidad, puede decirse que es la sintota judicial de la realidad. En la presunción de la paternidad, la proporción es, a causa de las relaciones morales normales, infinitamente más elevada; en muchas comarcas y en algunas clases, apenas hay un caso entre mil en

que falte, mientras que la prueba rigurosa de la paternidad no podría acaso hacerse una vez por millón. Otro tanto puede decirse de la pretendida presunción de la *bona fides* en la prescripción. Frente a millones de casos en los cuales el comprador se encuentra de buena fe, apenas si podrá presentarse uno que no lo está, mientras que la prueba de la *bona fides* (1) si, como ya lo hemos supuesto, se entiende rigurosamente, jamás resultaría. El que considere conmigo esta condición, como un elemento negativo de la usucapión, falta de *mala fides*, puede comprobar la exactitud del punto de vista estadístico establecido para la configuración negativa de las condiciones legales. Lo mismo ocurre con las otras dos condiciones negativas de la prescripción; la interrupción y la cualidad de no usucapible de la cosa. De millones de cosas que se compran, se encuentra una acaso robada; de mil casos, la posesión *ad usucapionem* apenas resulta interrumpida una sola vez.

No es, pues, la simple dificultad de la prueba o su imposibilidad lo que ha llevado el derecho a las dos atenuaciones de las pruebas indicadas; lo que le ha guiado es el fin que doquiera le guía: la concordancia más estrecha del estado de cosas que quiere ordenar con la realidad, y el examen que implica esto de la proporción numérica de los casos de concordancia, con los de discordancia. La estadística es la base sobre la cual debe apoyarse el legislador para hacer practicable el derecho, y en ella se ha apoyado siempre, a sabiendas o no. Lo que muestra cuán poco basta la mera dificultad de la prueba para explicar una atenuación de la misma, es, fuera del caso ya citado del *non usum*, la relación de los muertos simultáneamente. Si algún caso

(1) Contra la opinión reinante Windscheid, *Leerbuch* I, § 117, exige la prueba de la *bona fides*: es preciso alegar y probar circunstancias «que permitan afirmar la buena fe y su recta excusabilidad». ¿Pero cuáles? Yo no puedo probar más, sino que he comprado la cosa; a la puerta, en la tienda, en la calle. Tal es la situación de hecho normal. ¿Qué más circunstancias se requieren? ¿La honradez del vendedor? He comprado la cosa a un extraño desconocido, a un ambulante, de viaje. ¿La honradez del comprador? Si el Juez no le conoce, ¿deberá empezar por inquirirla?

hay de imposibilidad de la prueba es éste: sin embargo, el derecho romano no ha creído necesario prevenirlo por medio de una presunción general. Únicamente para el caso de muerte simultánea de padres y de hijos, estableció la presunción bien conocida, que en la distinción que hace entre púberes e impúberes debía ser bastante aproximado el término medio estadístico de los casos.

El lector acaso extrañe el que para llegar al asunto que debo tratar en este capítulo, a saber; el examen de la teoría subjetiva, en cuanto la prueba de la voluntad de poseer, haya dado yo tan largo rodeo. Lo que a continuación se expondrá habrá de convencerle, creo yo, de que el rodeo no era inútil. No se trataba sólo de probar que esta teoría se frustra tristemente en la cuestión de la prueba del *animus domini*, era preciso plantear la cuestión de la prueba en materia de posesión en el terreno legislativo, y para esto las indicaciones hechas sobre la practicabilidad y la estadística nos eran indispensables.

Supongamos un legislador que se basa en la teoría subjetiva. Debe examinar si puede ser aplicada en materia procesal, es decir, si en un caso particular la voluntad de poseer puede ser probada. Supongamos a su disposición un Juez encargado de aplicar la teoría (I).

La regla que le prescribe es la siguiente: En materia posesoria debiera usted admitir la posesión cuando la voluntad del poseedor es poseer la cosa para sí, como un propietario: según los términos del proyecto de Código civil alemán, § 797, haber la cosa como suya; en los demás casos, admitirá usted tan sólo la tenencia.

(1) He presentado el ejemplo de la prueba, según la teoría subjetiva, de la cual hace tiempo me había separado, en una de mis *Cartas de un desconocido, sobre la Jurisprudencia actual*, publicada en la *Deutsche Gerichtszeitung*, 5.º año, núm. 21 (1863) y reproducida en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, pág. 54. El proceso acaba por la denegación del demandante que no ha podido probar el *animus domini* impuesta por un primerizo de la práctica. Dí a conocer en esta época mi propia opinión en las palabras que pongo en boca de este último. Con este caso me doy por curado de mi creencia en el *animus domini*.

¡Muy bien! Pero, ¿cómo reconocerá el Juez—yo desempeñaré su oficio—esta voluntad de poseer? ¿Cómo se expresará esta diversidad de la voluntad exteriormente en las circunstancias mismas de cada caso? El hecho exterior, ¿permite reconocer si interiormente corresponde a esta o aquella voluntad? Tengo ante mí dos caballeros de quienes sé que el uno tiene su caballo por suyo, y que el otro cree estar sobre el caballo de otro, que no monta «sino para ejercer por otro el poder físico». Veo a dos aldeanos cultivar un campo: el primero, lo hace con la intención de tener su propia posesión; el segundo, con la intención de ejercer la posesión de otro; ¿puedo yo discernir en ellos esta intención diferente? Si se añade aún que este último obra así desde hace ya diez años, y el otro sólo desde hace algunos días ¿me da esto indicación alguna? Absolutamente ninguna. Puede muy bien ser el primero colono y el otro propietario.

En mi confusión me dirijo a ellos y les pregunto, según debo hacerlo, conforme a la te oría reinante, si tienen el *animus domini* o *alieno nomine aeternendi*, es decir, la intención de ejercer el poder de hecho sobre la cosa para sí y para otro.

«No comprendemos eso, dirán: explíquese usted más claro».

Se trata de saber si quieren usted poseer la cosa como un propietario, a la manera de un propietario. No es preciso para eso que ustedes sean propietarios; basta que ustedes tengan la intención de tomar de hecho su posición.

Está por nacer el colono que no se atribuya esta intención. El fin de mi contrario, dirá nuestro hombre, es que yo recoja los productos de la cosa; lo cual viene a ser de hecho la posición del propietario.

¡No, pardiez! Eso toca sólo al lado *económico* de su relación de usted con la cosa, y no a su naturaleza jurídica; ésta puede ser la posesión o la tenencia. Si usted tiene la intención de poseer, su relación posesoria es una relación jurídicamente protegida, si no, no hay protección jurídica. ¿Qué intención tiene usted? Si no se trata más que de eso, yo me decido naturalmente por la protección posesoria, y esto, a lo que yo creo, me co-

responde de derecho, aun independientemente de mi intención, porque yo he tomado el *fundum* en arriendo, y el derecho no puede dejar al colono sin protección.

Si usted es colono, las cosas pasan de otro modo, porque como tal no *puede* de ninguna manera, según el derecho romano, tener la voluntad de poseer.

Entonces, ¿por qué se ha tomado usted el trabajo de inquirir mi voluntad? Podría usted haber comenzado diciendo que se trata únicamente de mi voluntad, manifestándome que no tendría aquélla ningún influjo: ¿por qué no preguntarme desde el primer momento si soy colono?

Yo no quería más que ensayar en usted una teoría jurídica sobre la posesión, según la cual la voluntad de poseer es la que hace inclinar la balanza; ahora estoy convencido de que esta teoría no resiste la prueba. Para saber si alguno posee o sólo tiene, se le debe preguntar la causa de su posesión.

El resultado de esta tentativa, diría yo al legislador presentándole mi informe, es que la voluntad de poseer no me sirve; es un elemento absolutamente impracticable; sólo os resta indicarme en qué relaciones debo yo admitir la voluntad de poseer como existente y en cuáles no.

Y entonces el legislador formulará una lista de las *causae possessionis* y *detentionis* para que practique una segunda prueba.

Tenemos, pues, la obligación de probar la *causae possessionis*. Vamos a ver a dónde llegamos ahora. Para formular un juicio decisivo, quiero admitir el caso inverosímil, pero hipotéticamente supuesto con el fin de examinar la cuestión, de que todas mis cosas muebles hayan sido englobadas en el torbellino de un proceso sucesorio. Ya he dicho antes lo que pienso de la importancia práctica de la protección posesoria para las cosas muebles: pero concedámosle por el momento importancia. Desde luego me he preguntado cuándo y cómo podré presentar la prueba de la *causae possessionis*, de la cosa que yo *poseo* en realidad por haberla comprado o haberla recibido como regalo. Me imagino que de las mil, sólo de diez podré yo presen-

tar tal prueba. De donde resulta prácticamente un déficit de 990 casos entre la realidad y el reconocimiento de mi posesión. ¡Singular protección posesoria ésta, que presta sus servicios a 10 casos y lo niega a 990!

Como Juez, hago un nuevo informe: con la *causa* estoy en el mismo caso que con la voluntad de poseer. Sin duda la *causa* me proporciona un punto de apoyo seguro para juzgar si hay posesión, mientras la voluntad de poseer me deja por completo desarmado en tal supuesto; pero no importa para la defensa. En un caso, es preciso producir una prueba completamente imposible; en otro, una prueba posible en sí, pero que en realidad es imposible de procurar. La relación es la misma en el fondo que en la *actio publiciana*. La parte no debe tampoco producir más que la prueba de la posesión y de la *causa*. ¿Por qué concedéis también una acción posesoria? La única ventaja que tiene sobre la publiciana, consiste en que beneficia también a los ladrones, y en materia de inmuebles a los que han desposeído violentamente a otro, porque todos quieren poseer la cosa «a la manera del propietario», y por tanto, deben ser reconocidos como poseedores. Pero prescindiendo del punto relativo a si estarían en situación de indicar la *causa* de su posesión—lo que en caso de denegación de la parte les pondría en el trance de producir la prueba de que en realidad han robado, usurpado la cosa, o que la han arrancado violentamente de la posesión de otro—prescindiendo de esto, os ruego, ¡oh legislador!, consideréis si hace falta mantener para tales gentes una acción inútil para todos los que han adquirido la cosa de una manera honesta. Una acción posesoria; unida a la prueba de la *causa*, es su perflua donde quiera que fuere *oportuna*, porque está sustituida por la *actio publiciana*, y donde no es superflua no sería oportuna.

Estas reflexiones del Juez sobre la aplicación en el procedimiento de la teoría de la voluntad, resumen el juicio que no puede menos de formarse sobre el valor práctico de esta teoría: tanto sobre su valor individual, en cuanto es absolutamente impracticable, como sobre su valor abstracto, porque lleva a

resultados que no se armonizan con el fin que la legislación persigue en la protección de la posesión. La conclusión está perfectamente indicada para el legislador. Debe organizar la prueba en materia posesoria, de modo que la protección de la posesión sea una realidad, y esto es lo que va sentado en la regla, según la que: *La tenencia de la cosa es posesión, salvo prueba en contrario.*

Esta regla puede expresarse de una doble manera. Primeramente bajo la forma de la *presunción*. Debe haber acudido a esta forma, siempre que para reconocer la posesión exige, además de las condiciones legales de la relación posesoria en general (III), otro elemento: la voluntad especial de poseer, o la *causa*. Tal es el camino seguido por el derecho francés en la disposición del artículo 2230 del Código civil: «On est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre». Según resulta de las palabras: *poseer para sí* y *poseer para otro*, los autores del Código se atenían aún al dogma de que para la posesión es preciso una voluntad de poseer particular, pero la presunción que han formulado les ha hecho eludir todos los peligros prácticos.

De este modo han revelado un gran conocimiento de las dificultades de la teoría corriente y un buen sentido práctico que no me cansaré de aplaudir. Este artículo, a mi ver, aventaja, en lo que toca a la vida práctica, a todo lo que la literatura ha producido en nuestro siglo acerca de la distinción de la posesión y la tenencia. De un plumazo han salvado una dificultad, contra la cual se había estrellado durante siglos la práctica del derecho común (v. luego); puede decirse francamente, que es un hecho salvador en los dominios de la posesión. Los que conozcan el derecho francés, pueden juzgar si los autores del Código tenían puntos de apoyo anteriores, y cuáles. En Pothier, del cual tanto han tomado, yo no he encontrado nada, ni en sus *Pandectae Justinianae* ni en su *Traité de la possession*. Se comprende en qué medida han sabido apreciar la importancia capital de la prueba de la posesión, por el hecho de que ocho

artículos consagrados a esto (2228-2235), no bajan de tres los que formulan presunciones. Tales son, además del artículo antes citado, el art. 2231:

«Quand on a commencé á posséder pour autrui on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.»

y el art. 2234:

«Le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermediaire, sauf la preuve contraire.»

De este modo han dado una solución satisfactoria a la cuestión de la prueba en la posesión. Toda legislación que quiere mantenerse dentro de la teoría reinante, no puede hacer nada mejor que copiar esos artículos.

El segundo camino es el descrito antes de la separación de las condiciones legales en una parte positiva y otra negativa de la posesión ($x=a+c-n$). Es el camino seguido por el derecho romano. Nuestras fuentes justinianas nada dicen en ninguna parte sobre la cuestión de la prueba en materia de posesión; pero, según he hecho notar al comienzo de esta obra, Paulo ha hablado de ella en su *Sententiae receptae*, V, 11, § 2:

Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, sit rem corporaliter teneam.

Nos hallamos, pues, ante una referencia auténtica, dada por un jurista romano sobre la práctica romana (1). El texto mismo demuestra que no ha seguido éste el camino de la presunción.

(1) Acerca de las objeciones absolutamente infundadas de Rudorff contra la fuerza probatoria de ese texto, véase luego el examen de su propia opinión:

Las palabras IDEOQUE *sufficit*, no podrían explicarse en este supuesto, porque una presunción no se formula por vía de conclusión sacada del objeto de la prueba; se pone frente a ésta como disposición positiva. La conclusión de que aquí se trata, no puede ser deducida más que si realmente es de la posesión, como yo lo creo, y en su caso, no sólo se comprende fácilmente la decisión de Paulo, sino que a su vez confirma la exactitud de sus opiniones. Arroje sobre esto la luz que de ella tome, y así es como al propio tiempo se comprende que los juristas romanos no hayan dicho ni una sola palabra de la cuestión, relativa a como la posesión debe ser probada a diferencia de la tenencia. La respuesta iba implícita, según la teoría de la posesión.

Por lo demás, sea cual sea de esas dos formas la que el legislador adopte, el resultado práctico es el mismo. Su decisión no interesa sino a la persona jurídica de la relación, bastando que asegure la facilidad de la prueba que ambas procuran. Es preciso convencerse que también en esos casos el resultado del procedimiento coincide lo más estrechamente posible con la realidad de las cosas, conforme al punto de vista que debe dirigir al legislador de la organización de la cuestión de la prueba.

Vamos ahora a someter a la prueba de la estadística la regla de que todo tenedor debe reputarse *a priori* poseedor. Veamos a este efecto, cual es de ordinario en la vida, la proporción numérica entre los casos de posesión y los de tenencia. Trátase de una experiencia que cada cual puede hacer con relación a las cosas que están al alcance de su mano. Por lo que a mí toca, el resultado de mi examen es de que varios miles de libros y otras cosas muebles—5.000 lo menos—que yo poseo, sólo hay en este momento unos cinco de que no tengo más que la tenencia. Son libros que de la librería me han remitido para examinarlos. La tenencia está, pues, respecto de la posesión en relación de 1 a 1.000. En un gran almacén puede elevarse a la de 1 a 100.000 y más. Ahora bien; para no dejar pasar un caso de tenencia en esta enormidad de casos de posesión, el poseedor real, ¿deberá producir una prueba, que en la mayoría de los casos es imposible? ¿Qué importa, en efecto, que el tenedor se des-

lice con él? Respecto del señor o dueño de la posesión, no hay nada que temer, porque puede siempre probar que no es más que un tenedor, y respecto del tercero, todo le es indiferente, En suma, es tan racional tratar *a priori* al tenedor como poseedor, que sería absurdo pretender ya comenzar por probar que lo es. Sin duda, sería erróneo tratarle así si la prueba procesal se encontrase a la altura de la científica en la cual no hay lugar a admitir como verdadero sino lo que está completamente probado. Pero sería, es verdad, desconocer por entero el fin práctico de la regla procesal, aplicar en este punto el criterio de la *verdad* absoluta. El Juez no tiene la ciencia del matemático, del naturalista, del historiador, del lógico, que deben llegar a la verdad. Si quisiera llegar a ésta como ellos, ocasionaría males muy graves. Su teoría de las pruebas llegaría a ser una verdadera maldición para la vida práctica: esto es, lo que ha sido muchas veces en la época del derecho procesal común. El punto de vista que debe guiarle es el mismo que antes hemos señalado para el legislador. Debe procurar la concordancia, lo más estrecha posible entre los resultados del procedimiento y la realidad de las cosas y para alcanzar ese fin es preciso que renuncie a la exactitud absoluta. La prueba del procedimiento *debe* ser inexacta. Pasa aquí algo de lo que pasa con la inexactitud de las monedas con relación al peso prescrito y a la proporción del metal fino que la ley autoriza expresamente en la aleación; hay un promedio de *tolerancia* que es preciso admitir. La inexactitud de la prueba procesal es como la *tolerancia* admitida en la *teoría de las pruebas*.

No hay duda de que, respecto de las cosas muebles, según hemos notado ya, la acción posesoria no es hoy sino una palabra vana, y así el derecho francés ha estado en este punto muy en lo firme, al no concederla más que para las cosas inmuebles. Pero no ocurría lo mismo entre los romanos, en la forma que tuvo hacia fines del Imperio, como acción dirigida contra terceros. Creado en su origen, en atención a la posesión de los esclavos, el *int. uirubi* tenía para esto un valor grande. Sin él, el señor de un esclavo fugitivo y refugiado en casa de

otro—cosa que no debía ser rara en Roma— no hubiera podido hacer uso más que de la *rei vindicatio* o de la *actu publiciana*. Ahora bien, ambas le imponían una prueba, a veces difícil y sometida siempre a largos plazos, mientras que el interdicto no le obligaba más que a probar que el esclavo se encontraba en su casa antes de la fuga (*utrubi-fecit*); y cuando tal condición se daba, producía seguramente su resultado inmediato en su calidad de interdicto prohibitorio, gracias, además, a la pena a que el demandado se exponía en caso de resistencia (*anus periculo agere*). El que se presentaba con la autorización probatoria de *ducere* el esclavo y que por vía de precaución llevaba consigo testigos que reconocían al fugitivo y podían atestiguar su estancia anterior en su casa, veía francas todas las puertas. Quien hubiera obtenido el interdicto por la mañana, podía tener a la tarde el esclavo en su poder. Si ahora nos imaginamos el número de esclavos entre los romanos—cítanse hasta 10.000 en posesión de un solo amo, evaluándose la población esclava bajo el imperio en Roma en 500.000—no podrá menos de reconocerse el gran valor práctico del interdicto de que se trata, no siendo concebible que los romanos llegasen a dificultarle exigiendo la prueba de la posesión *jurídica*. De los 10.000 esclavos a que me refería, apenas había uno que su amo se limitase a tener.

Respecto de las cosas inmuebles, la proporción numérica de los casos de tenencia con los de posesión debe de haber sido muy distinta en Roma, especialmente en los últimos tiempos; pero siempre será cierto que los de posesión habrán sido mucho más numerosos.

Resumiré el resultado de mis precedentes explicaciones acerca de la organización legislativa de la cuestión de la prueba. Es completamente erróneo imponer al demandante en el procedimiento posesorio, además de la prueba de la existencia puramente *exterior* de la posesión, es decir, del *corpus*, que como tal implica ya la voluntad de poseer, la prueba de un elemento *interno*, sea del *subjetivo* del *animus domini*, sea del *objetivo*, la *causa*. En la primera alternativa, el legislador haría completa-

mente ilusoria la protección que quiere conceder al poseedor, porque es imposible probar el *animus domini*, y en el segundo caso, ligase esta prueba a una condición que el poseedor real en muchos casos no está en situación de prestar, condición que, siendo también suficiente para la *actio publiciana*, haría poco menos que superflua la posesión, que quedaría reducida a un concepto puramente doctrinal. Para que la protección posesoria adquiriera una realidad práctica, el demandante debe estar dispensado de probar que es poseedor y no tenedor, para lo cual hay un doble camino. De un lado, el del procedimiento que formula una presunción de posesión y que se armoniza muy bien con el sostenimiento de la doctrina reinante. De otro, el del aspecto material del derecho, que tiene por condición la sustitución de esta doctrina por la que yo he formulado, y según la cual, los hechos que excepcionalmente reducen la relación posesoria al rango de mera tenencia, deben considerarse como elementos subjetivos de las condiciones legales de la posesión, es decir, como obstáculos a la posesión, cuya prueba incumbe, según las reglas generales, al adversario. El derecho francés ha seguido el primer camino y el romano el segundo.

Examinemos ahora la posición que la teoría de la posesión reinante ha tomado en la cuestión de la prueba.

En rigor, ¡ninguna! La cuestión de la prueba ha quedado fuera de su acción propia. Savigny no ha dicho una palabra de ella en su libro, a pesar de que es imposible que no se haya fijado en el texto de Paulo. ¿Y cuál es el motivo? No hay más que dos respuestas posibles: o que ha visto en la cuestión de la prueba un escollo ante el cual tenía que estrellarse toda su teoría del *animus domini*, o que ha estimado que el teórico no tiene por qué ocuparse de esta cuestión, pues su teoría se reduce a la noción, y que lo relativo a la aplicación compete al práctico, quien debe cuidar de ver cómo salva las dificultades. La primera hipótesis supondría en Savigny demasiada poca conciencia científica al sostener una teoría a sabiendas de que era insostenible; no puede, pues, aceptarse tal hipótesis. Queda la segunda, y por ella toca en un punto que es altamente caracte-

rístico, no sólo para Savigny, sino para toda la jurisprudencia romanista moderna.

No sería yo mismo verdadero teórico si no supiera por experiencia personal cuán lejos del pensamiento del teórico está la cuestión de la prueba; por mi parte, he tardado relativamente bastante en tener conciencia de ella, y aun cuando desde ese momento me he impuesto como ley tener en cuenta en todo lo que yo escriba la cuestión de la prueba, no respondo, sin embargo, de haberlo hecho siempre así; ¿y cómo podía ser esto de otro modo? ¿Cómo quien jamás se encuentra en situación de aplicar prácticamente el derecho—cosa que los teóricos apenas tenemos ocasión de hacer una vez abolidas las consultas de las facultades de derecho — ha de poder desenvolver en sí mismo las condiciones y las dificultades que entraña la cuestión de la prueba? Hállase como el cirujano que no tiene ocasión de manejar el bisturí, no pudiendo extrañar, por tanto, que reducido a proceder por vía meramente especulativa y teórica, llegue a resultados de imposible realización práctica, ya porque sea imposible literalmente la prueba indispensable, ya porque esté ésta rodeada de tales dificultades, que sólo un litigante insensato pudiera someterse a ella (1).

¿Qué significan todas estas sutiles distinciones teóricas, cuando el Juez no puede reconocerlas en los casos particulares? Querer imponer su aplicación, sería lo mismo que si un compositor de música escribiese para una orquesta notas que no puede dar ningún instrumento, o que un médico recetase fórmulas que ningún farmacéutico supiera interpretar. La única respuesta

(1) Como prueba, citaré no más un gracioso ejemplo tomado de *Arnds Pand.* § 529: «El *S. C. Velejanum*, dice, encuentra aplicación cuando una mujer se ha obligado, teniendo motivos para creer que no debería pagar con su propio patrimonio, pero no cuando ha contraído la obligación con la intención de pagarla realmente con sus recursos propios». ¿Que se intente probar eso Otro ejemplo: es el aserto de que quien obra en virtud de fraude debe probar el lazo de causa entre el fraude y su acto, esto es, el movimiento que se ha efectuado en el alma del que ha sido engañado.

sensata en este caso, es decir: haga usted mismo la experiencia para que yo la vea.

Y acudo a Savigny para hacer constar ante todo, con otro ejemplo tomado también de su obra sobre la posesión, con qué descuido — y en este caso diré hasta con qué irreflexión — ha pasado por la cuestión de la prueba. La olvida de tal modo, que llega a contradecirse. Enseña una cosa distinta de la que él mismo ha dicho en otro pasaje de su libro.

Se trata de la existencia de la cuasiposesión de una servidumbre predial, por ejemplo, de la de paso. En un sitio (página 480) nos dice «que basta que haya sido ejecutada *una vez a lo menos*, y esto a título de derecho», y más adelante (página 485) que para el *interdictum de itinere*, el ejercicio de la servidumbre debe verificarse en cierta medida, siendo preciso que durante el año anterior al día en que se intente la acción, el que quiera intentar el interdicto, haya ejercido el derecho de paso en treinta distintos días a lo menos. He ahí una cuasiposesión *admitida en principio*, pero que para ser protegida, esto es, reconocida *como tal en derecho*, exige una prueba particular, esto es, una posesión que exista y no exista al propio tiempo.

¿Cómo ha podido llegar Savigny a contradecirse de ese modo con sólo cinco páginas de intervalo? Sencillamente, porque en el primer pasaje se preocupa sólo de la *noción* y no de la acción, y en el segundo de la *acción* y no de la *noción*. No se le ha ocurrido ni siquiera que debiera haber entre ellas concordancia en cuanto a su resultado práctico definitivo. La *noción* prosigue precipitadamente su camino, cual si la acción nada tuviera que ver con ella, y la acción le responde cual si la *noción* no existiese (1).

(1) Algo análogo puede verse en la opinión de Puchta (*Pand.*, § 11) sobre la abolición por el legislador de la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario. «Sólo le priva de su efecto respecto del Juez»; en lo demás, queda como estaba. Se trata de un derecho que presenta la particularidad de que el Juez no tiene que aplicarle. Como si todo derecho no se verificase sino por las circunstancias de que el Juez debe apli-

Cuando Savigny escribía su obra sobre la posesión, era un joven a quien no podía censurarse con demasiada severidad la falta completa de conocimientos prácticos de que ha dado pruebas indiscutibles. Si la percepción de la importancia práctica de toda la institución le ha faltado hasta el punto de disputar a los *interdicta adipiscendae possessionis* el carácter de acciones posesorias (1) (pág. 383), no debe sorprendernos que no se le ocurriera la idea de cómo debería probarse el *animus domini*. Pero lo que sorprende es que el hombre ya maduro no haya acabado por reconocer el error de su juventud. En la sexta edición de su libro revisada por él mismo, se encuentra aún la contradicción antes indicada, la afirmación del carácter no posesorio de los referidos interdictos y el silencio más completo sobre la prueba del *animus domini*. Este silencio ha sido fielmente imitado por todos los demás autores que han escrito siguiéndole, sobre la posesión. En ninguna parte, en ninguna monografía o disertación sobre la posesión, en ningún tratado de Pandectas he encontrado un examen de la cuestión de la prueba (2). Sólo Barón constituye una excepción plausible a este propósito; a lo menos ha encontrado una solución a la cuestión (3), aun cuando él mismo reconozca que no es satisfactoria. Partidario de la teoría subjetiva, a pesar de la ocasión que para

carle. La cuasiposesión y el derecho consuetudinario, que no existen para el juez, en rigor, no existen.

(1) *Fundamento de la protección posesoria*, p. 76 y siguientes.

(2) Acerca de Bande se hablará luego.

(3) En sus *Abhandlungen aus dem preussischen Recht*; Berlín, 1860, páginas 4-10. El título del libro explica el que sus explicaciones hayan podido ser ignoradas de los romanistas; cuando antes hablaba de la cuestión de la prueba, no conocía aún su trabajo. Pero desde que Rudolf, en la edición por él publicada del libro de Savigny (1865) ha citado esta obra (n. 126) toda excusa de ignorancia, ha desaparecido aún para los romanistas, por lo que, a partir de esta época, la cuestión de la prueba ha debido ser tratada en todos los cursos de Pandectas. Según Barón, Wiederhold, *Das Interdictum uti possidetis*, § 75, ha tocado ya la cuestión de la prueba. La cita es errónea: he buscado en vano ese pasaje en la obra.

abandonarla le ofrecía la cuestión de la prueba, examina esta doctrina desde el punto de vista de su posibilidad práctica, tal cual yo la entiendo, llegando al resultado de que es absolutamente defectuosa en este respecto, porque rigurosamente hablando, la prueba del *animus domini* es literalmente imposible, lo cual explica con los mismos ejemplos que yo (pág. 163). El derecho romano no nos procura auxilio alguno en este caso, y así la práctica moderna se ha visto obligada a salir del paso por sí sola. A este propósito ha formulado todo un catálogo de *actus possessorii*, respecto de cuya eficacia no se ha hecho ilusión alguna. Al lado de actos que sólo el propietario puede realizar (edificar, demoler, cortar leñas, inscribir en el catastro), figuran otros, que también puede hacer el colono (cultivar, recoger, apacentar el ganado). Era imposible limitar la prueba a los primeros, porque de ese modo se excluía, con el colono, al verdadero propietario mismo, que no hubiera tenido ocasión de realizar esos actos. Si, por el contrario, se declaraban suficientes los últimos, el colono seguía la suerte del propietario.

En esta situación tan confusa se ha recurrido a una presunción de posesión (*semper potius praesumi nomine PROPIO quam nomine ALIENO possidere*); pero concediendo que era necesario una comprobación por medio de un examen y de una apreciación exacta de los actos de posesión aducidos por ambas partes.

Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento, ¡y qué juramento! ¡Un juramento sobre un estado de alma! ¡Y qué estado de alma! Imagínese un aldeano llamado a prestar juramento sobre el *animus domini*, que los grandes juristas no han llegado todavía a comprender.

Barón acaba afirmando, en conclusión, que la cuestión de la prueba no ha sido resuelta por la práctica, cosa que creo muy exacta. Es también de opinión, aunque sin dar prueba alguna, que la decisión de Paulo, que hemos citado para probar la práctica romana, «no se admitía en todos los procesos posesorios en

Roma, antes al contrario, en toda una serie de casos se acudía a la *CAUSA possessionis* para probar la *possessio*; y especialmente el *animus possidendi*. Los dos textos que cita a este efecto (Gayo IV, 166-168, L. 3 *pr. uti poss.* 43, 17), nada dicen: el primero limitase a mencionar la necesidad de probar la posesión, sin decir cómo, y el segundo no habla siquiera de la prueba. El argumento que saca del *interdictum de superficiebus*, que menciona expresamente la *LEX LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONES* no tiene fuerza probatoria, porque no podría sacarse de él partido alguno en cuanto a la *posesión de las cosas*, única de que aquí se trata.

Su juicio definitivo sobre el derecho romano en materia de posesión (pág. 9), es que éste con respecto a la cuestión de la prueba, ha cometido una doble falta. Si, dice, la *causa possessionis* debía ser alegada, no hacía falta una protección posesoria; la petitoria bastaba para evitar toda injusticia; y además, tanto en Roma como entre nosotros, no ha podido fundarse la prueba sino sobre actos de posesión dudosos o equívocos. En realidad, esas dos faltas no deben imputarse al derecho romano, sino a la idea errónea que de él se ha formado generalmente.

La explicación de Barón ha dado ocasión a Rudorff para colocarse enfrente de Savigny en las adiciones que ha puesto a la séptima edición de su obra (núm. 128). Mientras Barón, al reconocer como buena la necesidad de concordar la prueba con las condiciones legales de la relación jurídica, exige la prueba del *animus domini* y no cree que deba recurrirse a la *causa* sino a la fuerza y sólo para facilitar esta prueba. Rudorff comete en este caso, respecto de la posesión de las cosas, la misma falta que Savigny (pág. 76) respecto de la de los derechos; lleva la prueba a otro elemento distinto de aquél, que con Savigny y su teoría, reconoce como decisivo, a saber: a la *causa possessionis* en lugar de referirlo al *animus domini*. En cuanto a la teoría de la prueba que formula, la conceptúa tan exacta que la presenta como «la verdadera teoría romana de la posesión».

Oigámosle:

Cuando Gayo (IV, 166) dice: que el Juez en el *interdictum uti*

possidetis debía dirigir su investigación: *uter eorum nec vi... nec clam, nec precario possiderit*, síguese que el demandante debe probar, no sólo su posesión jurídica, sino también la falta de todo vicio en la posesión frente al adversario. Esta prueba se hace en este caso como respecto de todo derecho, por la prueba de la causa, esto es, por la del hecho sobre el cual el demandante funda la *legitimidad* relativa de su *voluntad* de apropiarse la cosa: debe, por tanto, establecer: 1, la adquisición con la voluntad del demandado o bien, 2, la adquisición con la voluntad de un tercero; importando poco en este último caso que sea con el consentimiento del contrario o contra su voluntad.»

Dejemos a un lado, porque no tiene interés para nosotros, la sorprendente afirmación de que el demandante debe probar la falta de todo vicio en la posesión frente al contrario. No se trata aquí más que de esta cuestión. ¿Cómo probará el demandante que es poseedor y no simple tenedor? Según Rudorff, no puede hacerlo sino remontándose hasta la *adquisición* de la posesión, y probando que tiene una causa que el derecho romano considera bastante para la posesión. El motivo que Rudorff toma de la teoría general de las pruebas jurídicas («la prueba se hace aquí como respecto de todo derecho, por la prueba de la causa»), demuestra que ha desconocido por completo la distinción fundamental entre la posesión y todos los demás derechos. No parece haberse fijado en la consecuencia de que, siendo esto así, la prueba de la existencia actual de la posesión debe también «con respecto de cualquier otro derecho» estimarse producido por la prueba de su *establecimiento*. Precisamente porque la cuestión de la existencia de la posesión se mueve en el *presente*, es por lo que se distingue de la existencia de los derechos, la cual se remonta en el *pasado*. La existencia de los derechos como tal, como hecho, no puede nunca probarse directamente; sólo puede serlo indirectamente por la de su establecimiento. Según la misma teoría subjetiva, que en este punto ha dado en el clavo, la existencia de la posesión, una vez dados el *corpus* y el *animus*, es objeto de una percepción directa. Rudorff, por el contrario, se remonta hasta la *causa* que obra en el pasado

abandonando así la idea fundamental de la teoría subjetiva. Rudorff restringe la prueba de la *causa* a los casos de adquisición de la posesión del adversario o de un tercero. ¿Es que no hay otros casos de adquisición de la posesión? La caza recogida, el tesoro encontrado, no han pertenecido nunca hasta aquel momento a nadie; la cosa encontrada, perdida o abandonada por su propietario, no está en posesión y sabido es que los romanos admiten también la adquisición unilateral de la posesión de las cosas inmuebles no poseídas, cuando la *possessio vel et negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit* (L. 37, § 1 de *usurp.* 41, 3). Ahora bien; en esos casos, ¿cómo podría el poseedor probar que había adquirido de un *terceros*? Es, por tanto, cierto que la *causa possessionis*, debe en todo caso recibir más amplia extensión que la que le da Rudorff, abrazando todas las hipótesis en que el derecho romano admite el nacimiento de la posesión.

Examinemos ahora, en primer término, los casos designados en último lugar, para ver hasta dónde nos llevaría la necesidad de probar la adquisición.

Yo he cazado algunas piezas, recogido el tesoro, pero nadie estaba presente para poder atestiguar mi adquisición. Según Rudorff, me encontraría en la imposibilidad de probar mi posesión porque la simple exterioridad no basta; como para los demás derechos es preciso probar la adquisición. Este resultado se condena por sí mismo, y estoy seguro de que el propio Rudorff no hubiera vacilado en prescindir de la prueba del *acto* de adquisición. Pero si esto pasa con estos casos, ¿por qué no ha de ser lo mismo cuando se trata de uno que haya comprado la caza al cazador o el tesoro al inventor? Si estos últimos no tienen necesidad de justificar cómo han entrado en posesión de la cosa, ¿por qué han de hacerlo los otros? Si les basta decir que han cazado la caza o encontrado el tesoro, ¿por qué no bastará decir en su caso que se ha comprado la cosa? Por lo demás, si esto no bastara, el interesado tendría el camino abierto con sostener que ha encontrado la cosa. Ahora bien: ¿qué haría el juez

en este caso? Una de dos: o los creería en ambos casos o bien en ambos les impondría la prueba.

Los romanos reconocían como poseedores aun a los bandidos y a los ladrones. Podían éstos también intentar el *interdictum utrubi*. Según Rudorff, éstos hubieran debido, para sentar su posesión, probar nada menos que habían robado o adquirido violentamente la cosa!

Ya antes he dicho lo que me parecía de la singular relación que la necesidad de probar la *causa* hubiera establecido entre la acción posesoria y la *publiciana*. Cuando un *bonae fidei possessor* intentaba en Roma esta acción, le bastaba probar la *causa* y la posesión obtenida por medio de ella; cuando intentase el *interdictum utrubi*, hubiera debido probar además la más larga duración de su posesión durante el año precedente (*major pars anni*). ¡Según esto, un posesorio obliga a una prueba *más difícil* que un petitorio!

Veamos las pruebas que el autor citado presenta de su «verdadera teoría de las pruebas romanas». No hay otra que el pasaje de Gayo IV, 166, antes citado, que no dice una palabra de la manera como la prueba debe ser procurada, sino que se limita a ordenar al Juez que investigue cuál de las partes la posee. Barón había a lo menos presentado un punto de apoyo tomado de las fuentes, en pro de la teoría de la causa, a saber: la designación de la causa en el *interdictum de superficiebus*. Rudorff no encuentra aceptable este argumento. Declaro que no he sido capaz de explicarme su respuesta, por lo que la reproduzco textualmente, dejando al lector el trabajo de adivinar lo que el autor ha querido decir.

«La *lex locationis*, dice, límitase aquí a precisar los límites convencionales de la superficie, y no el punto de partida de la posesión; en otros términos, precisa la *causa próxima*, no la *remota*. ¡Por qué sin eso faltaría la causa en todos los interdictos posesorios de aquel que posee a título de propietario?»

Según esto, porque el Pretor no la nombra en estos últimos interdictos, ¿no debe dársele importancia allí *donde la exige expresamente*? En lugar de sentar que allí no la exigía, nos enseña

algunas líneas más abajo que era necesaria. y en lugar de proponerse la cuestión, que parece imponerse también, relativa a saber si por acaso no habría sido tratándose de la *juris possessio* en la superficie, de una manera distinta, que tratándose de la posesión de las cosas, pasa rápidamente sobre la *lex locationes* del interdicto en cuestión, afirmando que se reduce a precisar los límites convencionales de las superficies. ¿Es que el Pretor no se había fijado en la cosa capital, esto es, en que se trataba del establecimiento de una *superficie* EN GENERAL? Para conocer la esencia de una cosa hace falta conocer la cosa misma. La instrucción que el Pretor daba al Juez de este interdicto, según Rudorff, debería de haber sido la siguiente: no tiene que preocuparse con la *existencia* de las *superficies*, sino tan sólo con los *límites* del derecho superficiario. Si el Pretor no hubiera impuesto al Juez la cuestión de la existencia de la *superficie*, ¿para qué habrá distinguido dicho Juez el superficiario del arrendatario ordinario? La relación exterior es exactamente la misma; ambos ocupan la casa o el piso, el elemento decisivo no puede, pues, estar más que en la circunstancia de que el derecho de uso ha sido concedido a uno de ellos bajo forma de *superficies*. En la protección posesoria del usufructuario debe haber pasado lo mismo; no podía bastarle probar tan sólo el *uti frui*, que no tiene otro aspecto en él que en el arrendatario y en el colono; ha debido valerse de la *causa*, es decir, del establecimiento del usufructo — por testamento o intervivos (1). En la petitoria, tanto en uno como en otro caso, debía probarse que la relación se había establecido por el propietario; en la posesoria bastaba el acto exterior de establecimiento como tal. Las fuentes nos dejan aquí sin apoyo: la mención *legati nomine... uteris frueris* en Vat. fr. § 90, en el *int. quod LEGATORUM*, se explica por las

(1) Savigny tampoco aquí (p. 477) menciona la cuestión de la prueba; pero, sin embargo, no debió de pasarle inadvertida la confusión posible de la relación posesoria del usufructuario con la del colono, puesto que cuando habla de la adquisición de la cuasiposesión del primero (474) exige, sin decir más, que los actos hayan sido ejecutados teniendo como objetivo el usufructo.

condiciones de este *int.* y no permite sacar sus conclusiones para el *interdictum uti possidetis utile*.

En cuanto al argumento negativo que contiene contra su opinión el texto ya invocado de Paulo, que declara suficiente la prueba de la exterioridad de la posesión, Rudorff lo esquiva diciendo que ese pasaje se refiere sólo al derecho de la *lex Cincia*. Cierto es que Paulo hace esta advertencia a propósito de la donación (V. II, § 2, de *donationibus*), pero Rudorff se ha olvidado por completo el indicar cómo la pretendida relación de ese pasaje con el derecho citado, podía disminuir la fuerza probatoria en general; lo cual prueba que no tenía idea clara de estos puntos. ¿Qué hay, en efecto, de común entre la *lex Cincia* y la prueba de la posesión? La única disposición que contiene sobre la posesión, consistía en la necesidad de esta última para la perfección de la donación de *personae non exceptae*. Esta posesión, para las cosas muebles, debe haber durado bastante tiempo, para que su restitución no pudiera ya ser reclamada por el donante por medio de *inter. utrobi* (1), debiendo sin duda el donatario hacer esta prueba de la posesión prolongada. Pero nada más. Lo que lo demuestra, es que en el pasaje citado de los fragmentos del Vaticano, Paulo, cual si hubiera previsto la objeción de Rudorff respecto a la posesión de la *lex Cincia*, añade expresamente: *probatio traditae vel non traditae possessionis non TAM IN JURE QUAM IN FACTO consistit*, o en otros términos; en cuanto a la cuestión de la posesión importa poco que la donación fuese válida o nula (*probatio non in jure consistit*). Esta cuestión es aquí, como en todos los casos, más para cuestión de hecho (*in facto consistit*), añadiendo como conclusión: *ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam*. Como es precisamente lo contrario del aserto de Rudorff, la *lex Cincia* no tiene nada de común con la cuestión de posesión; por tanto, lo que Paulo dice aquí de la prueba de la posesión es verdad *en absoluto*, la prueba de la *causa* no es necesaria.

(1) Vat. fr. § 293; *majore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt*.

Para acabar de presentar las confusiones del autor citado, nos dice en otro sitio (p. 637), donde invoca el pasaje de Paulo que se adaptaba al principio de que la posesión de hecho de la cosa dada sería decisiva, olvidando por completo que, según la página 691, esta prueba no basta, por ser necesaria también la de la *adquisición* de la posesión.

El lector, con lo que precede puede ver lo que vale la *verdadera teoría de la prueba romana*, del escritor de que hablamos. Mi pluma se resistía a descubrir todo este baturrillo de afirmaciones sin fundamento, cuyo alcance no se percibe, de conclusiones evidentemente falsas, de argumentos en el aire, y de contradicciones intrínsecas; pero era necesario exponerlo todo para el desempeño de mi tarea. No conozco en toda nuestra literatura otro ejemplo de una tan grande y compleja confusión como esa; para expresar gráficamente toda la imperdonable falta de ideas, de que da muestra en el espacio de esas tres páginas Rudorff, se me ocurre siempre compararla con el trabajo de un niño que trata de arreglar su reloj que no marcha como él desearía.

Después de Rudorff, Randa (I) ha tocado también la cuestión de la prueba en la posesión; pero se limita a tocarla porque no puede estimarse lo que dice como una solución. Limitase a decir estas palabras: «Si aprehendiendo la cosa el poseedor ha *expresado* su voluntad de apropiársela, la prueba de esto sólo es decisiva, porque precisamente la voluntad de poseer depende de su libre arbitrio. Si no la hubiera manifestado expresamente, fuera del juramento inadmisibile en el procedimiento posesorio, no queda más que la prueba *de indicios*».

La declaración expresa.— Quisiera saber dónde y cuándo se ha visto una. Por mi parte, yo he tomado durante mi vida posesión de una innumerable cantidad de cosas; pero aun siendo jurista, y como tal conociendo muy bien la importancia práctica que para mi relación posesoria tiene la consignación de mi voluntad de poseer, nunca se me ha ocurrido declarar mi *ani-*

(1) *Der Besitz nach sötterr Recht*, 3.^a edic. p. 372.

mus domini, y para decirlo todo, jamás me he preocupado por saber si obtenía la posesión o la tenencia. Me he portado como cualquiera que toma una cosa sin fijarse en si se hace poseedor o tenedor de ella. Ahora bien; si yo, que conozco muy bien la distinción entre la posesión y la tenencia, no me he cuidado de hacer esta declaración de mi voluntad de poseer, ¿cómo esperarla de un hombre cualquiera que no tiene idea alguna de semejante distinción? Es preciso decir aquí, siguiendo a Celso, en la L. 38, § 2, *de act. empti*. (19, 1); *nihil de ea re neque venditor neque emtor cogitaverunt, ut plerumque in ejus modi rebus evenisse solet*. Dejemos, pues, la declaración de la voluntad de poseer allí donde ha surgido: sobre el papel; nada tiene que hacer en otra parte.

Sin duda que si esta declaración pudiera ser hecha ante el Juez, tendría una cierta utilidad. En ese caso, realmente la cuestión se decidiría inmediatamente, pues quisiera, en verdad, ver qué parte una vez aleccionada de antemano por el Juez sobre la esencia de la voluntad de poseer y sobre las consecuencias prácticas de la misma, no respondería afirmativamente a la cuestión de saber si realmente tiene esta voluntad. Es de sentir, que ese medio de manifestarse la voluntad de poseer por una declaración, se rehace del procedimiento. Y queda sólo la declaración en el momento de la aprehensión, exigida por este autor, declaración que cabalmente no se hace nunca.

Los indicios.—[Si el autor hubiera añadido a lo menos una palabra más! Es imposible que le fueran desconocidas las explicaciones de Barón y de Rudorff: sabría, pues, qué dificultades ocasiona en la práctica la prueba por indicios de la voluntad de poseer, qué trabajo inútil se le ha consagrado, y lo que ambos autores citados han dicho del asunto. Sin embargo, guarda un silencio completo acerca del caso. ¿Qué significa esto sino que ha tenido muy poderosas razones para eludir la cuestión de la prueba de la voluntad de poseer? Y ha hecho bien por lo demás, y Savigny, lo mismo así como casi todos los otros autores, excepción hecha de los dos citados, la teoría de la dualidad de la voluntad de poseer no puede sostenerse si no se examina la

cuestión de la prueba; esta cuestión es el escollo contra el cual se estrella inevitablemente.

Seguro estoy de que arrojara una luz muy viva sobre el papel de la cuestión de la prueba en materia de posesión, comparándola con el que desempeña en las demás relaciones de derecho real, donde se representa el elemento de la posesión: *tenencia, bonae fidei possessio, propiedad*.

El carácter distintivo de estas últimas relaciones consiste en que la prueba se dirige hacia el *pasado*, mientras que la posesión se refiere al *presente*. Además, en materia de posesión recae sobre el puro *hecho* de la voluntad de poseer, realizada en la relación exterior con la cosa, mientras que en las demás relaciones recae también sobre otro elemento de naturaleza jurídica, esto es, la *causa* (I), a la cual se añade, además, para la propiedad un tercer elemento (v. luego).

La graduación de la prueba puede, pues, presentarse bajo el siguiente esquema:

I. LA POSESIÓN

Basta la mera exterioridad de la relación posesoria, sin que sea precisa aún la prueba de la voluntad. La posesión aparente implica la voluntad de poseer. La situación es la misma que en las relaciones obligatorias. En la venta y en el arriendo no se exige y no se prueba el *animus vendendi, locandi*; lo mismo debe pasar con el *animus possidendi* en la posesión. La voluntad de poseer que desempeña un papel tan grande en la teoría reinante, no se manifiesta jamás en la aplicación práctica del derecho, porque concuerda con la posesión aparente de un modo tan completo, como la voluntad de vender o de arrendar con la venta o el arrendamiento aparentes.

(1) No debe olvidarse que aquí, como en lo que precede, me he fijado sólo en la *tenencia contractual*, única de que se trata en la teoría subjetiva.

2. TENENCIA Y BONAE FIDEI POSSESSIO

La primera representa el *minimum* de la posesión; la segunda el *máximum*. En la posesión está la balanza en el fiel. La tenencia, nos representa la inclinación en un sentido, la *bonae fidei possessio* en otro. En una y otra se pone un elemento en la balanza que produce el desequilibrio: en la primera es un elemento *negativo*, que excluye la eficacia normal de las condiciones legales de la posesión, nuestro factor $-n$; en la otra es un elemento *positivo* que la aumenta, el título ($= + t$). En ambos casos, es un elemento de naturaleza *jurídica* que obra en el *pasado* y que produce este efecto, y de *ordinario* es un contrato (I). En la tenencia enderézase a la concesión *pasajera* de la cosa, en la *bonae fidei possessionis* a la concesión DEFINITIVA.

3. LA PROPIEDAD

A la posesión y a la *causa* añádese aquí, en dos casos, a saber: en la tradición y en la usucapión, un tercer elemento; en el primero, es la propiedad del autor primitivo ($= + e$), y en el segundo, la duración de la posesión ($= + d$); en la *occupatio* la causa desaparece, poniéndose en su lugar la falta de dueño ($= + h$).

Las fórmulas de las cuatro relaciones citadas revestirán, pues, con relación a la prueba, el aspecto siguiente:

para la posesión: $a + c$
 para la tenencia: $a + c - n$
 para la *bonae fidei possessio*: $a + c + t$
 para la propiedad: $a + c + t + e$
 otro caso: $a + c + t + d$
 $a + c + h$

Como en esas cuatro relaciones la voluntad individual no hace inclinarse la balanza hacia ningún lado, resulta que el dere-

(1) No tendría interés indicar aquí los casos en que esas dos relaciones pueden nacer sin contrato.

cho de las cosas goza, respecto de la organización práctica de la prueba, de una gran ventaja comparada con el derecho de las obligaciones. Los sucesos obligatorios pueden ser de tal naturaleza que, según la diversidad de la voluntad individual, impliquen ya tal acto, ya tal otro, o, en otros términos, que ese estado exterior se aplique al uno o al otro. El fiel de la balanza está aquí representado por la *voluntad individual*, que, por tanto, debe ser probada en cada caso. Encuéntrense ejemplos de la promesa reiterada, que puede ser hecha, tanto como estipulación accesoria o constituida, cuanto como novación, y en los adelantos por otros, los cuales se concilian también lo mismo con el *animus donandi* que con el *animus negotia gerendi*. La primera relación, como es sabido, ha llamado de un modo extraordinario la atención de los juristas romanos. Teniendo en cuenta la dificultad para el Juez de comprobar la voluntad en un caso dado, han considerado conveniente acudir en su auxilio para el establecimiento de toda especie de *criteriums* (y no de presunciones) (1) en favor del *animus novandi*. El juicio que Justiniano ha formulado a tal propósito, con ocasión del remedio que de ese modo concedía (2), es conocido y constituye un testimonio elocuente de la incertidumbre de este *método individualista de la prueba*, como yo le llamo. El legislador no puede, por desgracia, excluirle completamente, pero siempre que pueda debe hacerlo. Puede decirse, en honor del derecho romano, que ha hecho en éste todo cuanto le fué posible. Tenía para eso un medio muy útil en la *forma* de los actos jurídicos; v. gr., *la forma de la estipulación* para distinguir una promesa hecha con una intención jurídicamente obligatoria, de otra hecha con una intención jurídicamente no obligatoria, *la forma del testamento* para prevenir la confusión de la aseguración no obligatoria de un proyecto de última voluntad con la disposición de la última voluntad misma; la forma de la *emancipatio* y de la *in*

(1) La ley establecida *presunciones*; el jurista *criterios*.

(2) L. ult Cód. de Nov. (8-42) *Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitatis reserantes*.

jure cessio para distinguir la servidumbre predial de la conven-
ción de vecindad simplemente obligatoria o de la concesión
precaria de su ejercicio. Servía para el mismo fin también la *tra-*
ditio, que separaba el efecto de *derecho real* del contrato, del
obligatorio. Allí donde la forma faltaba, como en las convencio-
nes del *jus gentium*, los romanos habían recurrido a la fijación
exacta de las *condiciones legales relativas a la materialidad del*
derecho. Los contratos a quienes faltaba, bien sea la forma, bien
las condiciones de derecho materiales, no tenían acciones.

La desaparición en el derecho actual de las formas romanas
para el derecho de las obligaciones y de las cosas, ha produci-
do una laguna que puede ofrecer graves inconvenientes, cuando
las partes no han indicado expresamente la relación que han
querido producir. ¿Los dos vecinos se han propuesto crear una
servidumbre predial, o personal, una convención obligatoria o
un precario? Los términos de que se han servido pueden ser tan
vagos que no den noticia alguna a este propósito. En tal caso,
sólo resta interpretar la voluntad individual según las circuns-
tancias. No necesito decir cuán aventurado es esto. La cuestión
misma, relativa a saber si la parte que ha hecho a otra una pro-
mesa, por ejemplo, de acudir en su auxilio por un préstamo en
caso de necesidad, ha querido con ello ligarse jurídicamente, o
tan sólo declarar de una manera no obligatoria en derecho su
deseo de ayudarle, puede producir muchas dudas, según las cir-
cunstancias. Entre los romanos la necesidad de la estipulación
impedía la duda.

Sólo faltaba que la necesidad de la tradición fuese abolida
en los contratos relativos a la transmisión de la propiedad, para
que aquí también surgiera la cuestión de la voluntad individual,
y con ella una incertidumbre muy perjudicial para las relacio-
nes. Esta consideración es la que me indispono contra la corrien-
te, que se manifiesta cada vez más fuerte en nuestra literatura
actual, y que tiende a la eliminación del acto exterior de la tra-
dición. Y no es que yo crea que motivos deducidos del *fondo*
del derecho, deben atenernos a la tradición, y que no sepa yo
elevarme hasta la idea de que la propiedad pueda ser indepen-

dientemente de la posesión para su *establecimiento*, cual lo es para su *mantenimiento*. Lo que me mueve en este caso son razones tan sólo de carácter *procesal*. Veo en la tradición un signo muy parecido a la transición del estado *obligatorio* al de *derecho real*. Con la abolición de la tradición, la cuestión de saber si la parte no ha querido más que obligarse, o si ha transferido la propiedad, se expondría en muchos casos a las mayores dificultades: en lugar de la prueba relativamente fácil del acto de tradición, podría ser la tan difícil de la voluntad individual.

La prueba de la voluntad puede revestir una triple forma, que designaré con los nombres de método *absoluto*, *relativo* e *individual*.

La absoluta.—He dado de ella una idea antes en el ejemplo del contrato de venta y de la posesión. Su carácter consiste en que las condiciones legales de la solución se han fijado de una manera tan precisa, que implican la voluntad. La llamo de método absoluto, porque la existencia puramente aparente de las condiciones dichas, basta para excluir toda duda sobre la existencia de la voluntad.

La relativa.—Se presenta en la tradición para la propiedad. El acto exterior, como tal, no enseña si la propiedad debe ser transmitida (1); en efecto, puede la tradición implicar, según la diversidad de las circunstancias, la transmisión, bien sea de la propiedad, bien de la posesión, o bien de la tenencia. Para averiguar la intención de la transmisión de la propiedad cuando no resulte expresa, es preciso, pues, acudir a un elemento que no esté contenido en el acto exterior mismo (2), y he ahí por qué llamo a este método *relativo*. Encuéntrase la forma absoluta de la prueba, con relación a la voluntad, en la transmisión de la propiedad, en la *mancipatio* y en la *in jure cessio*. La voluntad de transmitir la propiedad resulta ahí del acto mismo, que tenía

(1) V. la conocida regla de La L. 31, pr. de A. R. D. (41-1): *nunquam nuda traditio transfert dominium*.

(2) Continuación del texto citado en la nota anterior: *sed ita si venditio aut ALIQUA SUSTA CAUSA PROCESSERIT*.

exclusivamente tal destino. El fin perseguido en esas formas hállese contenido en el acto mismo; en la tradición está situado fuera.

La individual.—La he presentado antes en el *animus novandi* y *donandi*. Análogamente a la forma del método relativo, encuéntrase frente a varias fases posibles de los actos, entre los cuales ella elige; pero mientras aquella, para responder a la cuestión del fin, tiene el recurso de acudir a la *causa*, ésta debe responder únicamente por el acto mismo, esto es, por las circunstancias que ofrece éste para interpretar o descubrir la voluntad.

Con respecto a las dificultades que puede ocasionar la cuestión de la voluntad, el método de prueba individual ocupa el *primer* lugar, el relativo el *segundo* y el absoluto el *tercero*.

No he hecho esta indicación final acerca de los tres métodos de prueba de la voluntad, sino con el objeto de poner de relieve fácilmente el contraste que existe, con relación a la voluntad de poseer, entre la teoría posesoria reinante y la mía; según, mi teoría, la prueba de la voluntad de poseer tiene la forma *absoluta*, es decir, la relación posesoria implica la voluntad de poseer; según la reinante, tiene la forma individual, es decir, que debe ser probada en cada caso particular.