

EL DERECHO PROCESAL ROMANO

X LA

PROTECCION JURIDICA DE LA PROPIEDAD

Estudiar el procedimiento judicial romano es conocer en su forma cabal el derecho de Roma. De manera que ese estudio, lejos de ser una disquisición "arqueológica" sin finalidades positivas, resulta un elemento de primer orden para esclarecer los conceptos fundamentales del derecho.

Esto se evidencia de una manera tangible en el derecho primitivo, puesto que allí el mecanismo procesal se compenetra e identifica casi con la misma ley.

La vitalidad del derecho romano sobrepasa toda hipótesis. Sin embargo se equivocaría de par en par el que creyera que desde los comienzos de la existencia de Roma, las normas jurídicas se hayan mantenido inalteradas a través de veintisiete siglos de historia. Los principios contenidos en la "Recopilación Justiniana" (año 529 p. C.) y "post justiniana" (siglo XII) han experimentado, a la par de todo otro elemento social, una evolución a la vez complicada y natural: se han ido amoldando con las diversas necesidades de los tiempos y de los individuos a quienes debían de aplicarse; eso sin modificar su esencia y sin vulnerar la universalidad de sus principios.

Bastaría hojear el "Código" y en especial modo "las Pandec-

tas" para encontrar los rastros de ese fenómeno evolutivo que ha permitido injertar en la urdiembre de la doctrina jurídica de la última época, los principios de la más vieja claridad; para averiguar que el pensamiento, verbi gratia, de Gayo o de Ulpiano, más aún algunos conceptos fundamentales contenidos en las XII Tablas, han permanecido idénticos, a pesar de ese enorme trascurso de tiempo y han sido aplicados por los jueces del imperio alemán, hasta el día en que tuvieron su definitiva consagración en el último código civil de la vieja Europa.

De consiguiente, una reseña fiel de la evolución del derecho procesal romano, mientras nos dará motivos de conocer el medio ambiente en que ese producto tuvo origen, nos habilitará para un estudio que refleje la realidad del fenómeno en sus múltiples aspectos, dándonos de esa manera un conocimiento lo más científico y exacto posible.

La evolución del Derecho Procesal

1°. La legislación de un pueblo es la resultante de su grado de civilización.

Por lo que a Roma atañe, no debemos olvidarnos de que, siendo su organización agrícola con marcado tinte aristocrático, el derecho refleja en sumo grado esa particularidad. Fué simple, solemne, formalístico, rígido, riguroso en sus aplicaciones; hasta severo. Representa más bien el elemento conservador que, junto con una fuerza de inercia de característica progresiva, fué el secreto de su grandeza.

Las fórmulas—tendremos ocasión de verlo más adelante—son la aplicación de aquel "ceremonial" que es una peculiaridad preeminente y exclusiva de toda sociedad humana; ceremonial tanto más importante y difundido cuanto más primitivo es el pueblo al que se refiere.

La característica de ser el romano un pueblo agricultor—hablo del período regio o romuleo—ha dado origen a un conjunto de nor-

mas jurídicas que se refieren a la posesión de la tierra, cuya posesión era una de las condiciones para ser *civis romanus*. Así la misma terminología de la época nos lo revela y la organización serviana, finca sobre un principio timocrático que tiene como base la renta creada por la propiedad inmobiliar. De ahí las expresiones conocidas: *adsiduus*, *proletarius*, *locuples*, *pecunia* (de *pecus*), etc.

Si el derecho, pues, refleja el estado económico; la forma procesal que sintetiza la defensa de ese derecho debió de asumir necesariamente las mismas características. La correlación es perfecta en todas partes. Ahora bien: como la norma jurídica primitiva estaba compenetrada con la forma primitiva también de esa sociedad, a ella debemos de acudir para estudiar de cerca esa evolución.

La organización romulea es más bien familiar o "inter-gentes" que del estado, en la acepción rigurosa del vocabulo. Médula de la agrupación es la *familia* entendida en el estricto significado agnaticio o gentilicio (los *cognati* o sea el parentesco *jure sanguinis* era completamente desconocido y no recibió protección sino en la jurisdicción pretoria); prueba de ello es la fundamental forma de constitución familiar.

Más que el individuo, el derecho del tiempo protege al *pater*; hacia este convergen todos los derechos que se reanudan en la *matris*; mujer, hijos, esclavos, animales, en una palabra toda la propiedad está sujeta al poder del *pater familias*. El Estado no tiene título para intervenir y de consiguiente la justicia se administra por medio del *caput familiae* y el proceso se desenvuelve entre los *sacra* de la familia o de las *gentes*.

Estamos lejos aún de una organización judicial aunque imperfecta.

Que así haya sido y que el Estado no tuviera ingerencia en la administración de la justicia, lo demuestra una infinidad de instituciones de cuya existencia es posible encontrar rastros en los documentos inmediatamente posteriores.

En efecto, la justicia de ese período está reducida al uso de la *vis privata* ejercida por el lesionado y sus parientes; solo con el

decurso del tiempo y con el predominio siempre mayor de la colectividad organizada, a esa que podríamos llamar "venganza legal" se substituye la contienda judicial. A la lucha de familias, sucede la lucha ante el órgano destinado a impedir los excesos y las posibles extra-limitaciones de los interesados.

Pero esa transformación no fué ni repentina, ni completa.

2°. En todos los pueblos vemos rastros de esa forma rudimentaria de la justicia y la venganza de los germanos que ha permanecido con caracteres salientes en sus mismas costumbres, es de ello un ejemplo típico. En la India, el antiguo procedimiento se resumía en el *Dharma* o *cápio* y el acreedor llevaba presa la mujer, los hijos y hasta la hacienda. Forma esta que indicaba de por sí un progreso frente a un estadio originario en el cual la tribu del individuo ofendido luchaba contra la tribu del ofensor. (Véase *Maine*. Inst. prim. pág. 370).

En Roma encontramos vestigios de esa arcaica costumbre y bien dice el *Maine* citado que "cada acto y forma de la *legis actio per sacramentum* simboliza cosas que en un tiempo lejano debieron de verificarse realmente".

Por lo que al ejercicio de la *vis privata* atañe, en el derecho romano encuéntranse pasajes relativamente numerosos y hasta han tenido cabida en la más antigua codificación que se conozca.

La Ley de las XII Tablas, por ejemplo, permitía y hasta daba sanción legal a la muerte del ladrón nocturno: *si im occisit iure caesus est* y la observación que a ese respecto encontramos en el Digesto muestra el fundamento de esa medida: *necque enim qui potest in furem statuere necesse habet adversus furem litigare; idcirco nec actio ei a veteribus prodita est*. (Dig. XLII. 2. 17).

La *in ius vocatio* podía extenderse hasta el *in ius rapere* y la *manus iniectio* se mantuvo como forma procesal por tanto tiempo. El "talión" así como en el *actio de membris ruptis* podía llevarse a cabo por la persona del ofendido sin la asistencia de ningún magistrado. La *pignoris capio* que se encuentra legislada en la Tabla XI, restringida a determinados casos, representa un procedimiento

originario y extra judicial que tiene su analogía en el antiguo derecho céltico e indiano. La *ultio* tenía aún sus aplicaciones en la remota antigüedad; el parricida venía entregado a la familia para su venganza; la *deditio per patrem patratum* dejaba al culpable a la discreción del estado ofendido.

Igual cosa sucedía con la posterior forma de la *noxae datio* que es una fase evolutiva de ese primitivo estado de cosas; lo mismo con la *vis festucaria*, la *manus conserere*, y el *meum esse aio*.

Todas estas formas que hemos ligeramente esbozado son una prueba acabada y científicamente exacta de un originario estado de relaciones sociales, en que el magistrado bajo cualquier título —ya sea *rex*, *judex* o *arbiter*—no intervenía en las contiendas y el empleo de la fuerza era dejado al arbitrio del individuo, bajo la única sanción del grupo gentilicio o familiar al que pertenecía. No había, en otras palabras, verdadera justicia; no había un procedimiento por rudimentario que fuera y de consiguiente no había la *lex* ni el órgano destinado a aplicarla.

3. Pero cuando poco a poco al arbitrio individual o colectivo empezó a substituirse la intervención de un ente superior, dotado del poder coercitivo sobre los individuos, entonces nació el derecho procesal y empezó a concretizarse la norma jurídica objetiva; o sea el *ius*.

Veremos en seguida, por lo que al derecho procesal romano se refiere, como el sacramental *mittite ambos hominem* de la fórmula pretoria es el índice de que ese lento y oscuro proceso evolutivo había alcanzado una madurez completa.

Aun así, abandonada la administración de la justicia en manos de un órgano superior desinteresado, no tenemos un derecho procesal completo, en el sentido de una ilimitada libertad de las partes para hacer valer sus pretensiones. El procedimiento de este primer período, a pesar de la bipartición fundamental que se conservó hasta Dioclesiano (*in iure e in iudicio*) demuestra muy poca agilidad y está revestido de un ropaje solemne que obstaculiza su libre movimiento.

Bajo ese punto de vista, por lo tanto, resulta rigurosamente exacto aquello de que “tanto el *actio* cuanto el procedimiento están compenetrados con la misma substancia jurídica”. (Véase *Cogliolo. Dirit. Roma. 1886*).

Esta confusión que choca con nuestra modernísima manera de concebir la forma procesal, como suprema defensa de los derechos individuales controvertidos, no podía ser notada en esa época de relativa sencillez en los actos de la vida social y jurídica.

Mientras para nosotros la acción es algo que nace con la violación o la turbación de un derecho y de consiguiente su aparición es cronológicamente posterior a la norma que debe de hacer respetar; en este primer período del proceso romano sucede todo lo contrario: la sentencia—si así puede llamarse la conclusión del litigio primitivo—“crea” el derecho; de manera pues que en estas primeras concepciones jurídicas, el *actio* precede al *ius*.

Esa compenetración de la norma jurídica con el medio destinado a hacerla valer; esa precedencia de la forma sobre la substancia del derecho son ya de por sí un paso enorme hacia una concepción superior de la justicia pero no son, ni mucho menos, “toda la justicia”.

En realidad, cuando algunas cuestiones empezaron a no ser más resueltas por la fuerza física, sino por el juicio o del padre o del rey, entonces sucedió aquello que sabe suceder en el origen de toda institución: el formalismo penetró en la misma substancia de los derechos, objetos de las pretensiones de los litigantes, y los derechos que el juez garantizaba asumían en su presencia palabras solemnes cuya terminología rigurosa se trocó en monopolio de los pontífices.

La organización judicial

Un principio fundamental domina toda la organización judicial romana; o sea la división de la instancia civil en dos grandes fases: el *ius* y el *iudicium*.

La función judicial no está—a la par de las legislaciones mo-

dernas—confiada a una sola persona llamada indistintamente magistrado o juez: ella se repartía entre dos individuos que con diferentes títulos llenaban en un solo e idéntico proceso dos fines distintos. Al *magistratus*, que representa la pública potestad, corresponde la dirección de la instancia hacia su término, la fijación del objeto del litigio, su pronta resolución si esto es posible o en caso contrario remitirlo al *iudex*. Este, que es un simple particular, emite su opinión sobre los fundamentos de las pretensiones de las partes y concluye el pleito con la sentencia. Semejante repartición de poderes entre el magistrado y el juez, ocasionaba necesariamente una división de la instancia en las dos fases que ya hemos indicado.

Esta regla según la cual todo proceso civil debe en un principio recurrir dos estadios sucesivos, constituye aquello que los romanos llamaban *ordo judiciorum privatorum*. Tiene un origen muy antiguo, tal vez en la iniciación de la República y se ha mantenido hasta Diocleciano bajo cuyo imperio por vez primera, en lugar de remitir el proceso al *iudex*, el magistrado falla él mismo, *cognoscebat extra ordinem*. Es la regla seguida en el bajo imperio, en cuya época la distinción mencionada había desaparecido, desde que los dos fines se habían confundido y compenetrado.

Los magistrados

El magistrado romano, a diferencia de lo que sucede en nuestros tiempos, era parte de una organización que reunía en sus manos el poder y entre todos la *jurisdictio* que es uno de los atributos de la autoridad suprema, *imperium*.

Siguiendo la cronistoria romana, en un primer momento fueron los reyes, después los cónsules y en fin los pretores—urbano y peregrino—los magistrados encargados de administrar justicia; hasta llegar al imperio, en que esta función reside en el *praefectus urbi* o *praefectus praetorio*.

Los jueces

Estos que eran simples particulares *judices privati*, se dividían en dos grupos: los que estaban llamados a ese cargo por una sola vez (el *unus iux*, el *judex*, el *arbiter* o los *recuperatores*) o los que tenían un carácter permanente: los *centumviri* y los *decemviri stlitibus judicandis*.

La designación del juez, dejada al libre albedrío de las partes, revela los vestigios de un régimen de justicia privada. Ni el estado, ni el magistrado lo imponen: y este último se limita tan solo a dar fuerza legal al convenio de los litigantes acerca de la designada persona que deberá resolver el litigio.

4.º. Una antigua costumbre, como que de ella no existen sino débiles rastros en las XII Tablas, había ido ampliando insensiblemente y fijando el número de todas aquellas *actiones* o sea aquellas pretensiones que podían hacerse valer ante el magistrado. Más aún: debió de haber tantas pretensiones cuantas eran las acciones contempladas en el formulario de los pontífices; y hasta podríamos decir que lo que en aquel entonces existía en realidad no era el derecho sino el *actio* o sea la manera para que ese derecho pudiera existir.

Cuantas hayan sido esas fórmulas no es posible decir. Sin embargo lógico es suponer que su número fuera determinado de antemano sin poderse aumentar a capricho y es hasta probable que de la fórmula de cada una de esas acciones se haya tomado el nombre para indicar su contenido. Se habrá dicho, pues: *actio de arboribus succissis* o bien: *actio furti*, *actio finium regundorum*, etc.

La mayor parte de esas acciones o bien nacían de pretensiones justas y de cuya utilidad práctica habían tenido prueba los pontífices o bien realizaban concesiones obtenidas con una ley (las *leges regiae*). En todos estos casos, sin embargo, sucedía lo que hemos indicado ya: las leyes concedían el *actio* y la fórmula para hacerla valer; pero el derecho no nacía con la ley sino con la sentencia del magistrado.

a) *Las Legis acciones*

Promulgadas las XII Tablas estas no renovaron las institutas limitándose a sancionar, fijar y publicar el derecho preexistente. Se reprodujeron, pues, en sus tablas todas las acciones o sea los derechos anteriores con palabras imperativas, como: *si quis arbores succidat*, tomándolas de la fórmula de cada una.

Desde entonces todas esas *acciones* nacidas de la costumbre con el formulario pontifical o del magistrado, encontraban su apoyo en las XII Tablas o sea en la *Lex* fundamental; por eso fueron llamadas *legis acciones de arboribus succissis o hurta*, etc.

La palabra *legis (legis actio)* por lo tanto se le agregó no para indicar que provenían de la ley—puesto que eran anteriores a ella—sino tan solo porque son reproducidas en la ley por excelencia, conservando las mismas palabras que tenían antes en las fórmulas pontificales.

Ahora bien: toda acción al ser llevada ante el magistrado, tenía común con todas las demás, la solemnidad de algunas palabras que los litigantes estaban obligados a pronunciar; cuales palabras tenían por objeto el *sacramentum*, la *postulatio judicis* o la *manus iniectio*. De ahí todas las acciones se agruparon en tres principales categorías: *l. a. sacramento*; *l. a. per judicis postulationem*; *l. a. per manus iniectioem*. Tripartición genérica que abarcaba todas las especies de formas procesales para la defensa de los derechos en juicio. (1).

Prescindiendo de la razón etimológica de esa denominación,

(1) Es por esta razón que no nos ocupamos de las otras dos acciones *per pignoris capionem y per conditionem*; la primera, según observa Girard era un procedimiento y no un proceso; procedimiento de violencia en el que la parte actora se hacía justicia por sus manos y concluía con un estado de hecho que excluía todo debate y por ende la sentencia; la segunda era una simplificación de la *l. a. sacramento* pues en esta el procedimiento ante el juez empezaba casi donde terminaba la otra, o sea: en la intimación a comparecer ante el juez.

lo cierto es que, a partir de esa época existió un proceso regular dividido en las dos partes: *ius* y *iudicium*. Veremos en seguida como el primer período ha variado, pasando del sistema de la *legis actio* al de las fórmulas, quedando idéntico el segundo.

5°. Las acciones de ley conocidas eran cinco, de las cuales hemos ya dado los nombres de las tres principales; las dos restantes eran la 1ª. *per conductionem*; la 1ª. *pignoris capionem*.

Todas tenían las siguientes características: a) se consideraban sagradas a la par de la misma ley y por ende inmutables; (*nulla actio sine lege*). b) eran accesibles a los ciudadanos romanos, a menos que una ley especial no las extendiera a los peregrinos; (1) c) no podían ser experimentadas por un representante o procurator (2); d) sus fórmulas eran invariables de manera que un error en las mismas traía como consecuencia fatal la pérdida absoluta de la causa (3); e) las *exceptiones* no eran admitidas (4); f) con la pronunciación de la *legis actio* se extinguía el derecho mismo y de consiguiente no era posible promover una segunda vez la misma acción.

Cuales hayan sido en origen los derechos que correspondían a cada una de las *legis actiones* mencionadas no es posible saber de la documentación incompleta que ha quedado al respecto. Podemos sin embargo exponer las conclusiones a que ha arribado el Voigt en sus estudios sobre las Doce Tablas.

(1) *Item civitas romana peregrino fingitur... veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. Nam si cum peregrino agatur formula ita concipitur Iudex esto; si paret L. Titio A. Dione hermaei filio opere consilio... si civis esset...* Gayo. IV. n. 17.

(2) *Nunc adomenendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.* Gayo. IV. 82.

(3) *... ipsarum legum verbis accomodatae erant, et ideo immutabilis proinde atque leges observabantur...* Gayo. IV. II.

(4) Gayo. IV. 108.

La *l. a. per manus iniectioem* contenía todas las pretensiones determinadas de por sí: el *actio iudicati; damnati; furti manifesti*. La *l. a. sacramento* comprendía todas las *vindicationes (rei, filii, uxoris, servitutis, hereditatis)*. La *l. a. per iudicis postulationem* comprendía todas aquellas acciones que unen el concepto del *ius* al del *aequitas*, como ser: *arbitrium litis aestimandae, actio confessoria, fiduciae, familiae erciscundae, tutelae, finium regundorum, aquae pluviae arcendae*.

La *l. a. sacramento* tiene como *intentio* el *dare oportere o dare facere* y de consiguiente todas las acciones personales que tengan una *intentio* diversa caen bajo la 1.ª: *per iudicis postulationem*.

La *l. a. sacramento* no tiene la *demonstratio* mientras las otras sí. En fin la *l. a. sacramento* remitía la causa a los *centumviri* y las demás al juez.

Resumiendo: la *l. a. sacramento* tenía doce acciones; la *per iudicis postulationem* tenía treinticinco y tres la *per manus iniectioem*.

La particularidad de la primera es dada por el *sacramentum* o sea de la suma de dinero que las partes litigantes ponían como apuesta en el caso de pérdida y sobre cuya cantidad se provocaban mutuamente. El vencedor retiraba sus partes; mientras la del perdedor iba, en un primer momento a los sacerdotes—*consumebatur in rebus divinis*—y después a la caja del Estado (1).

(1) Estudiando un poco más detenidamente estas formas procesales diré: 1) El juicio propio a la *legis actio sacramento* era confiado a los Centumviros y más tarde a los Decemvros para las *vindicationes in libertatem vel in servitutum*. La ley Pinaria (del año 322 según Hartmann) estableció el plazo de 30 días entre el *provocare* y el *dare iudicem*.

Gayo VI. 15... “ad iudicem accipiendum venirent; postea vero reversis dabatur. Ut autem XXX (die) iudex daretur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex”.

De las palabras “ad iudicem accipiendum” y “iudex datur” no se debe argumentar que la 1.ª *sacramento* concediese el “unus iudex”: “dare iudicem” es una frase general y los jueces de esta 1.ª. eran siempre los

b) *Las Fórmulas*

6. La extremada sutileza de las *legis actiones*, su excesivo formulismo; más aún, los peligros a que estaban expuestas las partes litigantes, las habían vuelto odiosas a la mayoría del público. La

centumviro y los decemviri. Después de la concesión del "iudex" tenía lugar la *comperendinatio*, esto es la fijación del "dies perendinus" en el que las partes debían concurrir ante el juez. Gayo I. 15. La sentencia no tenía relación con el contenido del derecho, sino con la apuesta sacramental y el vencido no era "damnatus" sino "judicatus".

La pérdida de la apuesta implicaba la pérdida del derecho. No puede negarse que el vencido a más de dar aquello por el cual había sido llamado, resultaba multado con la "suma sacramenti", lo que es como una pena. Festo dice "poenae nomine" y Gayo IV. 13: "caque autio proinde periculosa arat falsi loquo propter jusiurandum". El elemento de la pena se encuentra también en el caso en que no se restituyan las "falsae vindiciae latae. TAB. XII. 3" si vindiciam falsam tulit, si velit ies, praetor arbitros tres dato. Eorum arbitriorei, fructus duplione damnum decidito". Este elemento penal común a los antiguos juicios tenía dos fines: castigar la temeridad del vencido y pagar la obra del estado que había prestado su autoridad; de tal manera que Rudorff con una frase muy feliz aunque poco jurídica caracteriza la l. a. *sacramento* como un "judicium publicum de re privata".

En la l. a. *sacramento* en fin, como en todas las demás, no se admitían excepciones por parte del demandado. (Gayo IV. 108).

II. La l. a. *per iudicis postulationem* ha quedado confusa en su contenido porque nos falta la guía de Gayo, habiéndose perdido la hoja del manuscrito de Verona, en la cual se habla de ella. Tan solo en las notas de Valerio Probo puede encontrarse la fórmula final: "te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des".

Este juicio estaba confiado a un juez o árbitro. TAB. II. 2. "iudex arbiterve". Paulo Diae. 15. I. "arbiter dicitur iudex quod totius rei habet arbitrium".

Esta l. a. es tan antigua cuanto la primera; remonta a la antigua costumbre romana de hacer decidir las controversias por un amigo de confianza llamado "iudex" (Cic. De Off. III. 19i) aunque fuera nombrado por el magistrado. "Judex y arbiter" eran dos términos equivalentes en aquellos tiempos y servían para indicar el contrapuesto del colegio centumviral de

LEY AEBUTIA y las dos importantes leyes procesales de Augusto, quitaron las ya viejas solemnidades del procedimiento, permitiendo que se adaptaran con gran elasticidad a las nuevas y variadas

la *l. a. sacramento* y las mismas XII Tablas usaban indistintamente las dos expresiones.

La mayoría de los escritores cree que la *l. a. sacramento* se aplicaba a las obligaciones directas a un “certum” y la *l. a. per iudicis postulationem* se refería a los “arbitria” o las obligaciones directas a un “incertum”.

III. La *l. a. per manus iniectioem* contiene el antiguo proceso ejecutivo y tal vez es contemporánea de las otras dos. El acreedor que tenía un derecho perseguible echaba las manos encima del deudor donde quiera que lo encontrase y lo llevaba ante el pretor, en cuya presencia se pronunciaban las palabras solemnes, esencia de la *l. a.* Era necesario que el deudor fuera “iudicatus” o sea que el derecho del acreedor fuese el objeto o de la *l. a. sacramento* o de la *iudicis postulationem* y que se hubiere convertido en “actio iudicati”.

Algunos escritores, como Bekker, creen que esta *l. a.* sea la más antigua máxime por sus caracteres de violencia; en consecuencia sostienen que la primera forma de “manus iniectio” no sea la “iudicati”. Bekker afirma que en su origen esta acción debió de existir o para el “nexum” o para algunos delitos (“furtum”) y luego para el “iudicatus”; dicha opinión está relacionada con aquella otra que afirma sea el “nexum” el instituto jurídico más antiguo; lo que parece poco atendible desde que el “nexum” es una derivación del “mancipium”.

El “oboeratus” o sea el deudor llevado a la casa del acreedor quedaba por 60 días, pero no como esclavo: continuaba libre y tenía la propiedad de sus bienes, como decían las XII Tablas: “si volet suo vivito” y como explicaba Gayo: “erat interea ius paciscendi”. Para que no se fugara podía ser cargado de cadenas: “vincito aut nervo aut impedibus” y el acreedor debía de mantenerlo “ni suo vivito quod eum habebit libras farri endo dies dato, si volet plus dato”. Después del tercer mercado el deudor quedaba esclavo y si los acreedores eran varios podían dividirlo en partes: “tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto”.

IV. La *l. a. per conditionem* está profusamente comentada por Savigny y el Barón en su obra formula una teoría a la que se adhiere la mayoría de los romanistas. Según este autor, la “condictio” no pertenece al derecho substancial, sino al procedimiento clásico; es una acción que puede derivar de toda especie de contrato, de buena fé o de estricto derecho, cuya peculia-

relaciones jurídicas de la época (1): Y como, por otra parte, los progresos del derecho substancial toman su punto de partida de los edictos de los pretores, el nuevo proceso civil también tuvo su desarrollo en los mismos edictos, creadores de las fórmulas. (2).

En este nuevo período procesal tuvo una vida muy larga o sea duró por toda la edad gloriosa de la jurisprudencia romana de Cicerón hasta Diocleciano. Todas las obras de los jurisconsultos clásicos

consiste en que la fórmula no expresa la “causa debendi” ni tiene “demonstratio e intentio”. Desaparecido el procedimiento clásico la “condictio” se confundió con las demás acciones “in personam”. La “condictio” es una acción abstracta, personal y corresponde a la “actio in rem causa non expresa”.

La teoría del Barón, aceptada por Lenel y en parte por Sohn, fué impugnada por Buhl con argumentos que no satisfacen.

(1) Gayo. IV. 30.

(2) El traspaso de las “legis acciones” a las fórmulas habría tenido, según la opinión de Keller y de la mayoría, como período intermedio el sistema de las “sponsiones”. Gayo (IV. 91) trata extensamente el “agere in remper sponsionem” contemporáneo al “agere per formulam”. Era una “sponsio praejudicialis”, porque la sentencia sobre la “summa sponsionis” tenía por objeto juzgar el derecho real controvertido; a ella iba agregada también una “stipulatio pro parete litis et vindiciarum” que substituía la análoga de la “legis actio”. Dicha “sponsio” no era voluntaria, pero la parte invitada no podía rehusarse, porque de lo contrario se verificaba la “ductio” y la “bonorum venditio”.

Cuando la “sponsio” empezó a usarse para controversias sobre derecho real es difícil decir con exactitud. Cicerón (Verres, II. 45) dice que “hoc iure maiores nostri et nos semper usi sumus” y por ende considera la sponsio como una forma muy antigua, usada hasta en Plauto. Estas “sponsiones” eran convencionales pero muy pronto se hizo delante del pretor siendo obligado el convenido por el actor.

Muy probablemente las “sponsiones” hechas al tiempo de las “legis acciones” se hacían valer con la l. a. *sacramento*, no solo por ser “la summa sponsionis” una “pecunia certa” sino además por ser la sponsio una l. a. *generalis*. Cuando en el período subsiguiente se usó la “fórmula petitoria”, la “sponsio” decayó lentamente.

sicos están en relación íntima con aquel procedimiento, sin cuya noción exacta resulta imposible entender.

La especialidad del nuevo sistema consiste en la transformación que se ha hecho sufrir al procedimiento *in iure*. Como es sabido esa primera fase de la instancia tiende a la consecución de una fórmula escrita, que concede el magistrado y en la que este último, después de haber nombrado el juez, traza con términos imperativos la misión que se le encarga.

Para llegar a obtener la fórmula, las partes no deben más *agere* en el sentido legal de la palabra, o sea ejercitar solas y sin intervención, el ritual solemne. Ahora exponen con toda libertad sus pretensiones respectivas, sin tener necesidad de hacerlas pasar a través de una fórmula verbal inmutable, como la *legis actio*. Investido de un poder ilimitado para la confección de la nueva fórmula, el *praetor* puede ensanchar el campo de aplicación de ellas, concediendo atención a derechos que la antigua ley dejaba en desamparo o dulcificando el rigorismo antiguo (*adyuvandi, suplendi y corrigendi gratia*).

Sin embargo, la diferencia notable entre el proceso de la *legis actio* y el de las fórmulas no estriba solo en este carácter que podríamos llamar externo; la nota predominante consiste, lejos del formulismo anterior, en una amplia libertad de exposición al magistrado de sus derechos de parte de los litigantes, y el juez una vez enterado de todo, concedía o rehusaba la fórmula, según la verdad o la falsedad de las alegaciones del actor.

Esa fórmula se resumía en un juicio hipotético, con el cual el pretor determinaba la cuestión a decidirse por el juez, al que venía conferida la facultad de absolver o condenar, según fuera el resultado del examen de los hechos alegatos y probados. (1).

Ha sido justamente observado que el *praetor* por medio de la

(1) Quod A. A., N. N. hominem vendidit, quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet ex fide bona, tanti Judex N. N. A. A. condena, si non paret, absolve. Gayo. IV. 40-43.

fórmula se vuelve, por decirlo así, el árbitro del proceso el que viene a caer bajo la señoría del edicto pretorio.

Cuales fueron las partes constitutivas de la fórmula y la subdivisión de estas últimas, con relación a su alcance y su naturaleza, no es el objeto de la presente monografía. Nos bastará con haber consignado aquí esta segunda fase del derecho procesal romano; puesto que la última fué la desaparición completa de las dos partes del proceso para dar lugar al triunfo del procedimiento *extra ordinem* sobre el ordinario (*ordo judiciorum privatorum*) que hasta entonces había imperado.

c) El proceso *extra ordinem*

7. Con esta última etapa llegamos a la completa independencia del juicio y a la máxima libertad de las partes litigantes, quienes pueden buscar la vía que mejor les convenga para la consecución de sus fines, sin las trabas del período formular y sometidas tan solo a un conjunto de disposiciones regulares del proceso, que tienen estricta analogía con nuestro procedimiento actual.

Múltiples son las causas que han contribuido al nacimiento del sistema que podríamos llamar extraordinario. Con el progreso del régimen absoluto los magistrados—máxime los de creación imperial, *praefectus urbis, vigilum, annonae*—se han convertido en delegados del magistrado supremo. El Emperador, cuando administraba justicia, estatúa de la misma manera que se supone hayan hecho los reyes de la época legendaria: tomaba intervención en el litigio, sin remitir al juez. En tal estado de cosas, si el emperador se descarga de alguna facultad sobre un delegado, confiere necesariamente a este último el derecho que aquel tiene, junto con la facultad de emitir sentencia.

De este modo la *cognitio extra ordinem judiciorum privatorum* se volvió en procedimiento normal y el magistrado—estrictamente dicho—se cambió en juez.

La *cognitio extraordinaria* empezada bajo los Severos, preci-

pita con Diocleciano hasta que con Justiniano todos los juicios se han cambiado en extraordinarios. (1).

La protección jurídica de la propiedad

8. Las distintas fases a través de las cuales pasó el derecho procesal romano, repercutieron sobre la defensa del más fundamental de los derechos: el de propiedad. Para estudiarlo, aunque sea someramente, es menester que procedamos a una distinción delicada de las diferentes significaciones que la palabra propiedad tuvo en Roma, puesto que a cada una de ellas correspondió en la cronistoria procesal, una defensa particular que estaba en armonía con la organización judicial de la época.

Ahora bien: puede decirse que ningún pueblo de la antigüedad haya tenido y transmitido a los demás un concepto del derecho de propiedad tan absoluto, tan perpetuo, tan exclusivo como el pueblo romano.

Al poder del jefe de familia sobre las personas correspondía exactamente el poder sobre las cosas que constituían su patrimonio; ese poder característico—*mancipium* o *dominium ex jure quiritium*—puede decirse que no conoce ningún límite, al igual que la potestad paterna.

En efecto, con excepción del freno que la costumbre más antigua puso a la prodigalidad por medio de la interdicción (que sin embargo debía ser propuesta por los parientes y pronunciarse por el magistrado) y excepción hecha de la superintendencia genérica de la "censura", el dueño legítimo no sufría restricción de ninguna especie en el ejercicio del derecho de propiedad. Sin distinguir entre propiedad mobiliaria o inmobiliaria, él podía enajenar sus bienes en vida, donarlos, disponer por testamento, sin que la familia, la *gens* o el estado fueran autorizados para intervenir. Más aún: la idea de la alta soberanía del estado fué ignorada por completo

(1) Paragr. 8. Instit. De Interdic. IV. 15).

por los romanos, de tal manera que un impuesto fundiario hubiera aparecido a los ojos de ellos como una señal odiosa de sujeción.

En realidad, desde los primeros tiempos de la república hasta el imperio, Roma e Italia toda se vieron libres de cualquiera contribución inmobiliar, puesto que de esos terrenos que los ciudadanos gozaban (el *ager privatus de los fundi italici*) no debían al estado contribución ninguna; mientras que los *fundi provinciales* o sea las tierras de las demás partes de la república o imperio romano, quedaban bajo el dominio del estado, el que hacía pagar a sus ocupantes un impuesto anual (*stipendium* o *tributum*) como corresponsivo del uso y como reconocimiento del ente colectivo.

Nótese, sin embargo, que el antiquísimo derecho no hacía distinción entre derechos reales y personales; todo indistintamente caía bajo el único y homogéneo concepto de poder—*manus*—perseguible con una única forma—la *vindicatio*—introducida en la *legis actio sacramento*. (1).

(1) La antiquísima homogeneidad jurídica no conocía la distinción entre derecho real y personal, y el procedimiento por consiguiente se refería también a la masa homogénea de los derechos contenidos en la “*manus*”.

La l. a. en efecto no tenía sino una forma y servía para todo el derecho existente y las palabras solemnes eran tan generales que esto permitían. “*Ecce tibi vindictam imposui*”. (Gayo IV. 16) “*Anne tu contra vindices*”. (Gayo II. 24). “*Ius peregi, sicuti vindictam imposui*”. (Gayo IV. 16); estas palabras servían al padre para poder pedir cualquier derecho ya sea sobre las personas ya sea sobre las cosas.

Cuando los contratos asumieron una configuración propia y surgió el concepto de una acción no real sino personal, entonces aquellas palabras de la l. a. se restringieron a los derechos reales y se radicaron y precisaron con el “*ai meum esse ex iure Quiritium*”; mientras que para los derechos personales se cambió el formulario de la l. a. y se dijo: “*ai te X mihi dare oportere*”. (Gayo IV. 20). El origen posterior del derecho procesal se resume también de esto, que para su realización se aprovechó la l. a. *sacramento* cambiando su fórmula; pero la l. a. *sacramento*, muy oportuna para el derecho real y para los primeros ensayos del derecho personal, se volvió inútil e inhábil a medida que mayor se hacía la evolución del derecho personal y más tarde hizo crear una l. a. especial: la *per conditionem*.

Tampoco sería exacto hablar de obligaciones en este período. Dominio y obligación son dos conceptos que deben haber nacido juntamente, porque se comprenden el uno frente al otro y en antiguo debieron de estar fundidos en el concepto genérico de *manus* o potestad del padre sobre las personas y las cosas o sea sobre aquel conjunto ideal que sintéticamente los antiguos llamaban *familia pecuniaque*, o sea: todo el patrimonio.

Digimos que el originario concepto de propiedad es el que se indica con la palabra *mancipium*, cuya significación etimológica debe ser de *manus-capere*, según opinan la mayoría de los romanistas; palabra la cual pone de manifiesto la relación inmediata de pertenencia a una persona y el empleo de la fuerza. Lo que podría muy lógicamente autorizarnos a admitir la concepción popular de que la potestad, o sea la fuerza, crea el derecho.

9. Intimamente ligada con la variada significación de la idea de propiedad, está la idea de la defensa jurídica de la misma. Y como el contenido y el significado de esa palabra ha variado en el transcurso del tiempo, variando de consiguiente el procedimiento destinado a protegerla; así dividiremos la exposición en tres períodos distintos. El primero, cuando la palabra propiedad responde al concepto genérico de *mancipium*. El segundo, cuando dicha palabra significa tan solo el conjunto de aquellas cosas reales de las que es posible tener el dominio quiritarario. El tercero, que responde a la protección del dominio pretorio o bonitario, que precipita la fusión de los dos conceptos en el de la propiedad real, cuya fisonomía es la que ha llegado hasta nosotros.

. Primer período

10. En el conjunto de las cosas que comprendía el *mancipium* se encierra la totalidad del patrimonio del padre de familia, puesto que él solo tenía el *caput* suficiente para poder conseguir el *dominium ex iure quiritium*. Ni la mujer, ni los hijos, aún mayores de edad, menos aún los esclavos, podían poseer.

Cuales fuesen esas cosas lo dice Ulpiano: "*Omnes res aut mancipi sunt aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus; item servi et quadrupedes quae dorso colloque domantur, velut boves et muli equi asini*". (XIX. De dom. et adq. I.). Formaba, pues, parte del patrimonio del *civis*, todo lo que representaba entonces un valor económico el que estuviera en relación con la organización agrícola del pueblo romano.

Ahora bien, ¿cómo se defendía ese patrimonio? O para hablar más técnicamente: ¿cuál era la protección jurídica de esa propiedad?

Desde luego, al decir "protección jurídica" indicamos que está fuera de discusión el período anterior a las XII Tablas, en el que imperaba el uso de las *vis privata*. Con la promulgación de la ley y la sanción de las *legis actiones* comparece todo un sistema procesal que, bien que mal, defiende al orden constituido.

En la *l. a. sacramento*, en efecto, se comprenden todas las *vindicaciones* de habla el Digesto o sea la protección más completa del derecho de propiedad de esa época: la *vindicatio rei, filii, uxoris, servitutis, tutelae, hereditatis, in libertatem*, entendiendo por *vindicatio* según la explica Cicerón: *per quam vis et injuria et omnino omne, quod obfuturum est, defendiendo aut ulciscendo propulsatur*". (De inv. II. 53).

Parece extraño que pueda hablarse de reivindicación de la esposa, del hijo o de una tutela; pero no será así cuando recordemos que en esa época el concepto de la dignidad personal era muy limitado y la condición jurídica de las personas sometidas a la potestad del *caput familiae* era asimilada por completo al de una *res*.

Más aún: el mismo Gayo nos ofrece un ejemplo típico de ese estado de la mentalidad de la época, al hablarnos de la posibilidad de que se pueda reivindicar la mujer o el hijo, contra el que los haya "robado." (Gayo. III. 199).

Tenemos, pues, en principio que son objeto de reivindicación

todo lo que se ha enumerado anteriormente. Sería superfluo analizar uno por uno todos estos casos; bástenos con saber que por la mujer esa *vindicatio* era legitimada por el concepto de dominio que sobre ella venía a tener el *pater*, una vez entrada a formar parte de la familia agnaticia *filiae loco*.

La *coemptio* en efecto es como lo dice Ulpiano, una *imaginaria venditio* que se practicaba por medio de la *mancipatio* y terminaba con las palabras: "*mihí empta est numo uno*" ante los cinco testigos púberes y el *libripens*.

Lo mismo dígase de los hijos y de los esclavos; los unos y los otros podían ser consignados *noxae* o dados en *mancipium* a la persona dañada, la que mediante una *vindicatio utilis* o una *exceptio doli* podía reclamar o defender al individuo dado *noxae*, contra toda confabulación entre padre e hijo o dueño y esclavo. Con este último se procedía con una *vindicatio en libertatem* para hacerlo *sui iuris*.

La tutela en su origen era considerada, más que un deber en el interés del menor, un derecho para los *gentiles* o los *agnati*, era objeto de una *reivindicatio* a la par de cualquier otra cosa corporal o material.

Todas estas formas de protección a la propiedad se han venido desarrollando paulatinamente e insensiblemente, por no existir aún en derecho la distinción entre cosas corporales e incorpóreas; de tal manera que de una reivindicación ficticia se llegó por fin a una reivindicación real, o sea a la defensa de la propiedad estrictamente considerada.

Como se desarrollara el proceso en este período, bástenos con saber que en la *l. a. sacramento* había entre las dos partes una lucha a mano armada para la posesión de la cosa litigiosa; cada uno llevaba una pequeña vara (*festuca, vindicta*) símbolo de *hasta* que indicaba la propiedad quiritaria. Poniendo las manos sobre la cosa objeto del pleito, los dos pronunciaban las palabras solemnes para indicar su pretensión: era la *rei vindicatio* y la *contra vindicatio*; "*hunc ego hominem ex iure quirittunum meum esse aio*" lo que indica-

ba que se debía dejar a la autoridad pública la resolución en aquel desafío singular. Venía en seguida la apuesta (*sacramentum*) y en fin la posesión momentánea de la cosa disputada (*vindiciae*) que se otorgaba por el magistrado al que se creía con más derecho, con tal de que ofreciera garantía en caso de pérdida del juicio (*praedes litis et vindiciarum*). Con esto se verificaba la *litis contestatio* o sea se cerraba el período del *in iure* en el que el debate se consideraba concluido y se abría el segundo período el *juicium*, que terminaba con la sentencia.

Segundo período

II. La acción clásica es la *rei vindicatio* o sea la sanción jurídica más amplia y completa que el derecho civil pueda asegurar a la propiedad quiritaria, al *dominium ex iure quiritium*. Gracias a ella, el propietario que ha perdido la posesión de la cosa, puede reclamarla contra quien quiera que la detenga y, previa la comprobación de su derecho de propiedad, conseguir del poseedor su restitución, junto con los accesorios.

Al decir que la reivindicación tiende a recuperar la *cosa* no decimos que esta cosa deba de ser forzosamente un inmueble; bien que la acción esté principalmente destinada a la protección de la propiedad inmobiliar, esa protección no es exclusiva.

Como en la actualidad todos los códigos conceden esa acción para la defensa de la propiedad mobiliaria e inmobiliar, con las restricciones y modalidades que le son propias a cada una de ellas en el derecho procesal romano, dicha distinción ni siquiera existía en el texto de la ley, desde que la bipartición en *res mobilis* y *res soli* no tuvo la importancia que debía de tomar en el derecho posterior imperial y sobre todo en el moderno.

En efecto, es debido a la circunstancia de que en la categoría de las *res mancipi* se comprendieran simultáneamente cosas muebles e inmuebles, que las grandes teorías de la posesión, de la propiedad,

de las servidumbres y de la herencia son aplicables en casi todas sus partes así a las unas como a las otras.

Los jurisconsultos no conceden a la distinción un lugar aparte y no se preocuparon—como los modernos han hecho—de generalizarla, extendiéndola hasta las cosas incorporales.

Tenemos, pues, que la *rei vindicatio* se aplica indistintamente a todo concepto de "cosa".

Sin embargo esa noción de la acción real, así como la hemos definido, ya no es la del derecho antiguo o sea del período de las *legis actiones*, cuyo alcance y naturaleza hemos estudiado: ni es la que prevaleció en el último período del derecho bajo el imperio de Justiniano. Es la del derecho formular, que pasaremos a esbozar brevemente.

Suprimidas las ceremonias simbólicas de la *l. a. sacramento*, ya no existe la lucha simulada sobre la cosa, por ante el magistrado con la *festuca* y la apuesta. El que, pretendiéndose propietario ha perdido la posesión de la cosa, la reclama contra el que la posee y la detiene sin derecho. Tiene, en otras palabras, hacia la propiedad, se presenta al magistrado para pedirla, de donde las expresiones usuales *petere*, *petitio*, sin apoderarse de ella con la fuerza, aunque sea simulada, como en el período anterior.

El pretor le concede entonces una fórmula, la *fórmula petitoria*, por medio de la que reclama la cosa como propia—*intendit suam rem esse*—(Gayo. IV. 91). Ya no está ligado por ningún procedimiento y con ninguna persona determinada como en la apuesta sacramental; puede de consiguiente ir contra cualquier adversario, aún cuando este no alegue ningún derecho de propiedad.

Esa acción petitoria, sin embargo, conserva siempre su originaria denominación: es una *rei vindicatio*, que se transforma de personal en real—*in rem*—en el sentido que posteriormente se le ha dado a esta expresión. Puede decirse que es la acción del propietario que no posee contra el non-propietario que posee.

A partir de ese instante, la práctica va construyendo poco a poco las reglas de la futura acción, precisando sus condiciones y sus efectos.

Condiciones para su ejercicio

La acción se ejerce solo sobre las cosas que pueden ser sujetas al *dominium ex iure quiritium* y se da al que se pretende *dominus* bajo la condición de que haya sido desposeído. El propietario que tiene la cosa y que se cree turbado en la posesión, no podría en ningún caso ejercitar la reivindicación contra el autor de la supuesta turbación, puesto que lo único que en este caso le compete son los interdictos. (2 Instit. De act. IV. 6. Diges. Uti possid. XLIII. 17).

Cuanto a las personas contra las cuales se confiere la acción, se ha visto ya que era abierta contra todo poseedor, sin preocuparse de su intención—si quiere o no quiere pretenderse propietario—en una palabra, contra quien quiera tenga la cosa en su poder y pueda por consiguiente devolverla: *ab omnibus qui tenent el habent restituenti facultatem*. (Dig. De rei vind. VI. I.).

Destino de la res durante el proceso

La posesión de la cosa que se reivindica viene—como en el período de la *l. a. sacramento*—entregada por el magistrado a aquel que crea conveniente; sino que resta provisoriamente en poder de quien tenía para posesión antes del proceso, salvo la obligación de dar fianza, la *satisdatio iudicatum solvi*, que tiene una filiación evidente con los *predes litis et vindiciarum* del primer período. Este poseedor se constituye en demandado en la causa y como no tiene pretensiones análogas a las del adversario, no tiene nada que probar. Para triunfar y quedarse con la cosa, le bastará desbaratar las pruebas del contrario: de aquí la importancia de la posición de convenido y el rol de los interdictos posesorios *uti possidetis* y *utrubi*, que sirven de preliminar a la acción reivindicatoria y fijan de antemano las respectivas situaciones de los dos litigantes en el pro-

ceso sobre el fondo: *uter possidere uter petere debeat*. (Gayo. IV. 148).

Efectos de la acción

El juez se pronuncia directamente sobre la pretensión del actor, *suam rem esse ex iure quiritium* y llegará a la solución del litigio sin pasar por una vía más larga y más complicada como hacía anteriormente. A pesar de esto el juez no se limita a una simple *pronuntiatio* a una declaración de derecho relativa a la que queja llevada a su tribunal; y sí al contrario deducirá de ella las consecuencias inmediatas: absolverá o condenará.

Habrá absolución, cuando el actor no puede ofrecer la prueba de su derecho de propiedad o cuando el convenido le opone con éxito una excepción, como la *exceptio rei venditae, donatae, traditae* (lo que ocurre en el caso en que el mismo actor haya puesto en posesión al demandado en virtud de una *iusta causa* que a eso le obliga) o una *exceptio doli* (cuando el actor rehusa el reembolso de los gastos necesarios y el *plus* valor debido a los gastos útiles).

Habrá condena si el actor pudo probar su derecho y tuvo buen juego de las excepciones opuestas. Pero, de conformidad con una de las reglas fundamentales del sistema formulario, esa condena no consiste en la orden dada al convenido de devolver la cosa (puesto que el juez no condena *ad ipsam rem*) sino en la suma de dinero representativa del valor del objeto en litigio (Gayo IV. 48). De tal manera que el actor no consigue la cosa en sí, sino su equivalente económico.

Para remediar a este inconveniente el juez introdujo en la fórmula una cláusula por medio de la cual se indicaba al demandado las satisfacciones *in natura* que debía de ofrecer al actor, para obtener su liberación. Este poder conferido al juez hacía entrar la acción en la categoría de las *fórmulas arbitrarie* de las cuales era la más característica. Las indemnizaciones se resumían en la obligación de restituir la cosa y sus accesorios (*rem et causam*). La cau-

sa comprendía los frutos producidos desde el día de la *litis contestatio*. Si el demandado era de mala fé, debía los frutos desde el día en que entró en posesión. El de buena fe al contrario, hacía suyos los frutos percibidos hasta el día de la *litis contestatio* y por ende, no era responsable de aquellos que por negligencia dejó de percibir. Dicha regla sufrió pequeñas modificaciones en el último período del derecho, en que el poseedor de buena fé debe los frutos que aún no había consumido (1),

Solo en caso de falta de cumplimiento de la satisfacción fijada por el juez, el demandado incurría en una condena pecuniaria, cuyo monto venía fijado por el actor bajo juramento, en caso de que el convenido se resistiera a la ejecución del *arbitratus*.

Extensión de la acción

Se ha visto la acción reivindicatoria dada contra cualquier poseedor, substituirse a la acción dirigida tan solo contra quien se pretendía *dominus*.

Al fin de la época clásica se fué aún más allá. Se admitió la acción contra el que ya no poseía, por haber cesado de poseer dolosamente, *qui dolo desuit possidere* o que no habiendo tenido nunca la posesión se había fraudulentamente hecho pasar por tal: *qui liti se obtulit*.

Estos dos nuevos casos tendían a alterar en sus líneas fundamentales la naturaleza de la acción reivindicatoria. En efecto, con la modificación indicada, la acción ya no tiene como fin la reclamación de la cosa en sí, sino la consecución de una indemnización contra el que la debe, ya sea por haber perdido la posesión, ya sea por haberse hecho pasar como si en realidad la tuviere. Es, en otras palabras, la idea concomitante de la obligación que penetra en el

(1) Efecto del s. c. Juventiano que igualaba al poseedor de buena fé con el de mala fé.

campo de la acción real y que la complica con la aparición de un elemento extraño.

La reivindicación del Bajo Imperio a pesar de que sea presentada por las Institutas como el tipo de acción *in rem*, asume un carácter complejo que no permite distinguirla tan claramente como antes de la acción *in personam*.

Por lo que a la restitución de la cosa se refiere, se obtenía directamente, todas las veces que era posible, desde que el *arbitratus iudicis* podía ser ejecutado *manu militari*.

Acción negatoria y prohibitoria

12. Al lado de la reivindicación, que es la acción real por excelencia, el derecho romano colocaba otros dos recursos legales para proteger la propiedad: la acción negatoria y la prohibitoria.

La existencia y alcance de estas dos acciones es objeto de diferentes comentarios de parte de los romanistas actuales.

La acción negatoria contemplaba el caso de un tercero que, sin negar o contestar el derecho de propiedad, pretende ejercer un derecho real sobre la cosa ajena. En ese caso el dueño afirmaba categóricamente ante el magistrado *N. N. ius non esse fundo Corneliano uti frui invito eo*, con lo que se iniciaba un verdadero procedimiento judicial.

Con la prohibitoria se llegaba al mismo fin, con una terminología algo diferente o sea: prohibiendo al demandado de poder ejercer el derecho real que abusivamente goza: *si paret A. A. ius esse prohibendi N. N. uti frui*.

La existencia y la autonomía de esta segunda forma frente a la primera no ha sido aceptada sin discusión. Lo que al respecto puede manifestarse es la opinión de Karlowa y Monnier, citados por Girard, de que la forma prohibitoria era concedida tan solo cuando el actor quería hacer cesar *incontinenti* el ejercicio de actos que se resumían en una lesión inminente de los derechos. Los autores citados opinan en este caso que mediante caución suficiente,

podía interrumpir el acto turbatorio durante el proceso, mientras en la negatoria, el ejercicio controvertido del derecho real habría podido continuar previa fianza ofrecida por el demandado.

Sea de ello lo que fuere, diremos que la acción negatoria a la par de la "rei vindicatio" se concede al dueño quirritario y podía ser ejercitada por medio de la *legis actio* o por la *fórmula petitoria*.

Difiere de la *revindication* en esto: a) que la negatoria se da al propietario posesor que afirma no estar su cosa gravada por ninguna servidumbre, tanto en el caso en que él ejerce el derecho de propiedad libremente, cuanto en la hipótesis de que el contrario ejerza un derecho real; b) que la *condemnatio* en la acción negatoria no consiste, como en la reivindicación, en la invitación a devolver, sino en la normalidad de los casos en una promesa garantizada de no volver a ejercer los derechos negados: *cautio de amplius non turbando*.

Tercer período

13. Este último período se caracteriza por el hecho de que el magistrado civil *splendi et adjuvandi gratia* extiende la defensa de la ley aún a aquellas personas que no son *cives* y a aquellas cosas que no son pasibles de un *iure quirritium*.

Como esta innovación tan atrevida y radical haya podido verificarse en un pueblo tan formalista y conservador como el romano, es lo que se pondrá de manifiesto echando una ojeada a los derechos reales de institución pretoria y en especial modo a la teoría de la posesión. (1).

Podría decirse en forma general que todas las innovaciones pretorias arrancan de esta sola y exclusiva idea: proteger la posesión.

(1) No parezca extraño que en una monografía sobre la propiedad hablemos y con detención analítica del instituto de la posesión. Anticipándonos a las conclusiones que se sacarán de esta exposición, decimos desde ya que la más aceptada y moderna teoría en la materia, ve en la posesión como el aspecto exterior y casi diría materializado de la propiedad.

Pero esa protección, que era desconocida bajo el imperio del derecho quirritario, apareció poco a poco empezándose primero a conceder una defensa pretoria a la simple detención de la cosa (*corpus*) para llegar a proteger al poseedor *stricto sensu* o sea a aquel que une al primer elemento, la intención de poseedor por corresponderle en buena ley (*animus*) y en último ir hasta la defensa genérica del que carece de ese elemento espiritual y es de perfecta mala fé.

Esa evolución no fué concomitante ni instantánea ni completa desde un principio.

Cuando hablamos de la defensa de la posesión, debemos hacer la salvedad de que no aludimos a la posesión de la propiedad, que no era desconocida al derecho civil, y que tenía un rol considerable en caso de adquisición de la propiedad quirritaria (*ocupatio, usucapio, traditio*). El derecho pretorio, al buscar que sus ideas innovadoras tuvieran aceptación y prevalencia, encontró ya formada y existente aquella concepción jurídica de la posesión de la propiedad. Lo que le facilitó en singular manera su obra, desde que le bastaba con conservar aquella, robusteciéndola. Y esto la hacía manteniéndose dentro de las normas que le fijaba la ley, en cuyo ámbito sin embargo podía moverse con toda libertad, ordenando los debates y sobre todo concediendo excepciones o despachando fórmulas *in factum, utilitatis causa, bonae fidei*.

La trayectoria recorrida por el pretor a ese respecto podría determinarse por medio de tres puntos.

1°. En un primer momento el juez no puede rehusar la *rei vindicatio* al que invocando su calidad de propietario reivindica contra el que posee. Pero, aún no pudiendo desconocer el derecho de propiedad, el pretor reserva al demandado la posesión interinal de la cosa controvertida hasta la sentencia y lo releva del cargo de la prueba; de tal manera que, si el actor no alcanza a poner de manifiesto su derecho de propiedad, el contrario no deberá devolver la cosa y conservará su posesión. Lo que, a pensarlo bien, no es sino una consecuencia lógica y muy humana de la presunción:

que la propiedad pertenezca de hecho y de derecho al que posee.

2°. El segundo punto nos lleva un poco más lejos. El conflicto puede originarse entre el que, no pretendiéndose dueño, busca turbar la posesión al otro o intenta hasta desposeerlo. ¿En qué situación jurídica estará entonces el poseedor? Ciertamente es que este último no ejerce el derecho de propiedad, como tampoco lo puede hacer el otro; pero tiene la posesión y esta deberá ser una circunstancia a su favor, lo que el pretor ha sancionado concediendo: a) los interdictos *retinendae* o *recuperandae possessionis* según se trate de impedir una turbación o indemnizarle de un despojo por parte del contrario; b) una acción petitoria análoga a la reivindicación, reconociendo así la existencia de un derecho real que es el contrapuesto del *dominium*, especie de propiedad secundaria que lleva el nombre entre los tratadistas de "propiedad pretoriana".

3°. El tercer punto consiste en proteger la posesión, ya no en vista de una presunción de propiedad, sino (de por sí inspirándose en la usucapion; de manera a concederle una excepción *praescriptio longi temporis*, por medio de la cual podía rechazar la demanda tendiente a quitarle la cosa.

14. Mucho se ha discutido acerca del fundamento de esas medidas pretorianas.

De acuerdo con la opinión más autorizada, diremos que el pretor, al defender la posesión ha tenido como principal fin, el de proteger la propiedad misma. Ahora bien: en caso de un conflicto, probar ese derecho de propiedad, significa la mayor parte de las veces, tentar una empresa sino imposible, por lo menos muy difícil y hasta aleatoria (prueba diabólica, la llamaban los glosadores de la escuela de Boloña) puesto que no solo sería menester probar ese derecho en relación de su causa inmediata, sino de sus más viejos antecesores.

Para remediar ese inconveniente, el magistrado romano haciendo de un lado la *propietas*, se limitó a considerar la *posesio*. Defendiendo esta defiende de contragolpe a aquella también. Lo que por otra parte se impone como consecuencia, cuando se piense

en que no se le podría exigir al poseedor la prueba de que él merece la protección que se le concede, como supuesto propietario, pues se vendría así a “quitarle con una mano lo que se le ha concedido con la otra” según la expresión gráfica de un moderno tratadista.

De manera, pues, que el pretor al hacer la defensa del poseedor entiende proteger al propietario aparente, como que en la generalidad normal de los casos viene con esto a defender al propietario verdadero. (1).

Puesto así de manifiesto el motivo que presumiblemente debió de inducir al pretor romano a proteger al poseedor, ya sea por vía de edictos ya sea por vía de acción petitoria, nos resta muy poco que decir sobre este tercer período de la protección jurídica de la propiedad.

La intervención del magistrado romano tuvo—lo hemos visto ya—como fin el de extender la noción de propiedad más allá de los límites estrechos que tenía ante el *ius civile*: fueron de consiguiente concedidas algunas acciones reivindicatorias útiles a aquel poseedor que por su nacionalidad, por el medio de transferencia puesto en uso o por la naturaleza de la cosa, considerábase incapacitado para conseguir el verdadero *dominium*.

Estos casos fueron:

1.º. La propiedad de los “Peregrini”. Generalmente el pretor concedía a estas personas, que no podían por faltarle el *ius commercii* negociar con las formas clásicas de la *mancipatio* o de la *in iure cesio*, no operar sobre *res Mancipi*, una acción real en forma útil cuando habían adquirido derechos absolutos sobre una cosa por uno de los medios contemplados por el derecho de gentes. Se les concedía la *rei vindicatio utilis* o la *actio damni infecti*, el *damni injuria dati*, bajo forma ficticia, o sea considerándolos “como” si fueran ciudadanos romanos.

(1) Esta es la teoría defendida por Ihering en sus “Fundamentos de los interdictos posesorios” a la que se contraponen la de Savigny, que entiende ver en los interdictos medidas de policía dictadas por el pretor.

2.º La propiedad de los “fundi” provinciales. Sobre esta clase de tierras que pertenecían al dominio del estado, los particulares no tenían sino una *quasi proprietas*, por cuya garantía el pretor concedía igualmente una *vindicatio utilis*, en la generalidad o también una *actio publiciana*; la que se distinguía de la primera en que su reducción era diversa, no solo por tenerla que fundar en la ficción de la usucapion, sino además en una segunda ficción: de que se hablara de los *fundi* provinciales “como” si fueran los itálicos.

3.º “In bonis habere”. Aquí no se oponía a la transferencia regular de la propiedad ni la capacidad del adquirente, ni la naturaleza de la cosa, sino el modo empleado. De consiguiente, no estando hecho de conformidad con una de las maneras contempladas por el derecho civil, la propiedad — por decirlo así — se desdoblaba: una parte, la verdadera, el *dominium ex iure quiritium* quedaba en manos del vendedor; la otra, la *in bonis* pasaba al comprador.

El dueño bonitario podía usar la cosa como mejor le plugiera, desde que con la tradición tenía la posesión material y de consiguiente la forma más tangible e inmediata de esa propiedad.

Sin embargo, estaba expuesto a una posible pretensión del vendedor. Para protegerlo, el pretor le concedía además de los interdictos posesorios, una acción pretoria análoga a la reivindicación, de donde su denominación corriente de *vindicatio utilis* o *actio publiciana*.

Dicha acción que tiene como fundamento la usucapion, dispensa tan solo al que la invoca del requisito del tiempo, sin librarle por eso de los demás: que la cosa pueda ser objeto de usucapion; que el actor sea ciudadano; que tenga la posesión, justo título y buena fe. Más aún: a pesar de estos requisitos indispensables, podía el *in bonis* encontrarse frente a frente con el dueño quiritarario de la cosa o con el que estaba *in causa possidendi*.

En el primer caso el pretor, que no quiere suprimir el término de la usucapion que está corriendo a favor del actor, podrá conceder al dueño quiritarario una *exceptio iusti domini*, por cuyo medio le será posible absolverlo; o en caso haya comprado al ver-

dadero dueño, entonces aún concediendo al demandado la *exceptio justi dominii*, dará al actor una *replicatio doli, replicatio rei venditae et traditae*, que paralizarán la defensa del convenido y dará la victoria al actor.

En el segundo caso, cuando el demandado está usucapiendo, le corresponde por derecho una defensa que se basa en el mismo período de usucapion en que se encuentra; o sea una *publiciana* solo en el caso en que el actor no tenga una réplica.

Ahora bien, el actor tiene dicha réplica si es propietario *in bonis* y procede contra un simple poseedor de buena fé (dicha réplica es la de haber recibido a *domino*); o si ambos recibieron la misma cosa del mismo autor y el actor fué el primero de fecha (cual réplica es de prioridad, *rei prius venditae et traditae*).

En todos estos casos si el que experimenta la *publiciana* justifica la *intentio* o sea ofrece los motivos jurídicos de su acción, o si rechaza las excepciones por medio de réplicas procedentes en derecho, el juez pronuncia el *arbitrium* o en caso contrario condena: cual trámite es en un todo igual al de la acción real que le ha servido de modelo.

He aquí como, a través de esta rápida reseña del concepto de la propiedad, se ha venido perfilando con caracteres salientes una doble figura jurídica del *dominium*, acreedora al estudio y a la atención de los estadistas y de los estudiosos: entiendo referirme a ese dualismo anacrónico y peligroso, el dominio quiritario y el bonitario, que fué a su tiempo constatado por Gayo, quien lo llamó atinadamente *divisio*. (Gayo. II. 40) y que tuvo una vida muy corta si bien movimentada.

Las causas que provocaron su desaparición fueron varias: primera entre todas las acciones petitorias concedidas al propietario pretoriano, que diferían de la *rei vindicatio* clásica tan solo por la fórmula. Ahora bien: el día en que el sistema formular desapareció, el dualismo apuntado se trocó en una identidad absoluta, ci-

mentada más aún con la fusión de toda diferencia entre ciudadanos y extranjeros, entre tierras itálicas y tierras provinciales.

De esta manera y por medio de un recorrido muy largo y muy vicioso, el derecho romano volvía al punto de partida o sea a la doctrina primitiva de la unidad del concepto de propiedad, *ad unum esse dominium*. (Gayo. II. 40).

Ruggero Mazzi