LA *ACTIO PUBLICIANA RESCISSORIA*

Mª Victoria Sansón Rodríguez.

(D.17,1,57 (Pap.l.10 resp.): *Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.*)

D. 17,1,57 transmite un fragmento del libro diez de los responsa de Papiniano, en el que es tratado un supuesto particular de rescisión de la usucapio en beneficio del ausente. Se trata de un conocido texto de difícil interpretación y que ha dado lugar a explicaciones contradictorias, un auténtico rompecabezas para la doctrina, no sólo por la doble lección transmitida en los manuscritos del Digesto (*Publiciana actione non inutiliter acturum - non utiliter acturum*)[1], sino por la naturaleza de la acción (rescisoria o no, decretal o edictal) y de la cognición de causa (*causae cognitio*) a la que se alude en el *responsum*, entre otras cuestiones.

En el supuesto de hecho decidido por Papiniano[2], un mercader de esclavos (*venaliciarius*: Afr.D.50,16,207) que parte para provincias, da a un mandatario el encargo de vender los esclavos que deja en Roma. El mandatario muere y el mandato se extingue. Pero sus heredereos por error y sin ánimo de sustraer nada vendieron algunos de estos esclavos. Los esclavos han podido ser usucapidos por los compradores[3]. La venta realizada por los herederos ha causado, sin embargo, un perjucio patrimonial al *venaliciarius*, lo que se revela

---

1.- V. MOMMSEN, *Editio maior* I, p. 495, l.35 *non inutiliter*] P y *latinae* BS (Doroth) *cum* BS (pl)...et B (Anon.)..., *non utiliter* FU. La lección *non utiliter* es la de la Florentina y de la Vulgata, la lección *non inutiliter* se encuentra en la edición de VINTIMILLIUS (Paris 1548.8) y CHARONDAS (Antverpiae,1575) y se confirma en los escolios de las Basílicas. Sobre la cuestión de la doble lección y las ediciones que hacen referencia a los manuscritos en los que aparece una u otra v. GLÜCK, *Pandekten III*, Leipzig 1807, pp. 366 ss, con referencias a la doctrina más antigua y SAVIGNY, *System des heutigen röm. Recht*, 7, Berlin 1840, 7, p. 293 ss.

2.- Se ha intentado sin embargo, en diversos momentos, con el fin de defender la lección *non utiliter* de la *littera florentina*, pero sin buenos resultados, interpretar que el mercader de esclavos no es, en el supuesto de hecho, el mandante, sino uno de los compradores que ejercita la a. Publiciana antes de transcurir el plazo de usucapión. Pero ello no ha conducido a una mejor interpretación del texto. Así por ej. GLÜCK, *Pandekten III*, cit., pp. 366 ss, recogiendo la interpretación de *Gothofredus*, al que siguieron Schulting y Püttmann. (V. la crítica de SAVIGNY, *System* 7, cit., pp. 296 ss. y WANGEROW, *Pandekten*, Leipzig 1863, pp. 669 ss., a esta interpretación y, más adelante, ERMAN, *Beiträge zur Publiciana*, SZ. 13 (1892), pp. 183 ss.).

3.- La expresión *usucaptos videri placuit*, alusiva a una opinión generalmente admitida, puede plantear la duda de si los esclavos han sido ya usucapidos o todavía no. A favor de la interpretación de que la usucapión ha sido ya consumada habla, no sólo la segunda parte -como veremos- en la que se contiene la decisión jurídica, sino también el escolio 1 al texto equivalente de las Basílicas 14,1,57, perteneciente probablemente a Estéfano. La posibilidad de usucapión implica que los compradores lo son de buena fe y que la falta de *animus furandi* en los herederos hace que estemos ante una venta de *res habilis*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

en las palabras finales del responsum *neque oporteat eum....adfici damnum*. Cuando el mercader de esclavos regresa a Roma, quiere ejercitar la acción Publiciana contra los compradores. ¿Podrá ejercitarla con éxito?, esta es la cuestión resuelta por Papiniano.

La decisión jurídica: Papiniano resuelve que el mercader, una vez ha regresado a Roma, podrá ejecitar con éxito la acción Publiciana. La doctrina más antigua discrepó en cuanto al acogimiento de una u otra lección. Pero, desde interpretación de Savigny[4], se acepta mayoritariamente la lección *non inutiliter*, que cuenta, además, con el apoyo de las Basílicas, según la cual, Papiniano decidiría que el *venaliciarius* podría ejercitar eficazmente la a. Publiciana, sobre el fundamento de que "el que se fió de una determinada persona, no debe sufrir daño por el error o la impericia de los herederos de la misma"[5].

Una cuestión no suficientemente aclarada por la doctrina en relación a éste texto es la del error en que incurren los herederos y sus efectos. Sin duda, se trata de un error iuris. Es verdad que el error (también el error de hecho) excluye el *animus furandi* y que ello posibilita la usucapión por parte de los compradores de buena fe (Gayo 2, 50). Pero recientemente[6] ha sido puesto de relieve por los trabajos de Winkel y Kupiszewski que, en algunos ámbitos como el de la usucapio (Paul.D.41,3,31 pr.) o el de la *bonorum possessio* (Paul.D.37,1,10 pr.), se muestra una tendencia de la jurisprudencia a tomar en consideración el error de derecho para negar la usucapión o la bonorum possessio (para Kupiszewski[7], Papiniano -D.22,6,7- formularía la regla más débilmente que Paulo). También es de observar en nuestro fragmento que Papiniano da relevancia al error de derecho de los vendedores (herederos del mandatario), acogiéndolo como fundamento de la actuación eficaz de la Publiciana y de la denegación de la *exc. iusti dominii* a los compradores, no ya negando directamente que la *usucapio* pueda ser consumada por éstos, pero si privándole de efectos y permitiéndo la restitución a la situación originaria, si de este error se ha derivado un *damnum* para un tercero (el mandante)[8]. Seguramente , es ésta la novedad introducida por el *responsum* de Papiniano, un nuevo caso de rescisión de la *usucapio*, sobre la base del aludido fundamento de equidad.

Si se acoge esta interpretación, esto significaría que en el texto el ejercicio con éxito de la actio Publiciana, conllevaría una rescisión de la *usucapio* en beneficio del mercader ausente, sobre la base de aquél fundamento de equidad, seguramente en aplicación de la

---

4.- SAVIGNY, *System*,7, pp.292 ss.

5.- El inciso siguiente, cum *exc. iusti dominii causa cognita detur*, no sería un obstáculo, si se interpreta, presuponiendo la omisión de un *non nisi* (antes de *causa cognita detur*), en el sentido de que Papiniano quería decir que, como la *exc. iusti dominii* no se concede sino pevia cognición de causa, en el caso concreto se denegará por razones de equidad, porque la venta ha comportado un perjucio patrimonial para el mercader de esclavos, y no es aceptable mantener la usucapión de los compradores cuando ésta se ha derivado del error o la impericia de los herederos (v.Savigny, op. cit., p 299 nt.d.).

6.- V. JÖRS-KUNKEL (HONSELL, MAYER-MALY, SELB), *Römisches Recht*, Berlin 1987, p. 125 en relación a la regla de procedencia preclásica *error iuris nocet* (rara vez el error de derecho fue considerardo tan disculpable como el error de hecho) y literatura citada en nt. 55 y ss (especialmente WINKEL, *Error iuris nocet*, 1985 y KUPISZEWSKI, Scritti Guarino 3, Napoli 1984, pp. 1359 ss).

7.- KUPISZEWSKI, Scritti Guarino, 3, Napoli 1984, pp. 1359 ss.

8.- El escolio 2, de caracter reciente según Heimbach, vendría a decir, en cambio, que el *error iuris* en el que incurren los vendedores impide la usucapión.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

clausula generalis (*si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*) del edicto de restitución (a favor o contra el ausente) transmitido en D.4,6,1,1, que daba lugar a una *actio in rem rescissoria* de la usucapión. ¿Cuál sería el procedimiento de restitución seguido en éste caso?; en el *responsum* papinianeo se habla de la concesión de la a. Publiciana al venaliciario y de la denegación, previa cognición de causa, de la *exc. iusti dominii* a los compradores que han completado los plazos de usucapión.

Esto plantea otros interrogantes que la doctrina relativa al texto no ha resuelto de forma definitiva:

1) Por un lado, está el de cuál es la naturaleza de esta acción Publiciana mencionada en el *responsum*, que enlaza con las cuestiones siguientes planteadas en la doctrina: 1º) con la cuestión de si existió realmente una Publiciana rescissoria en época clásica, pues Carrelli[9] ha negado su existencia en esta época, aunque de la existencia de una Publiciana con función rescisoria en época clásica da testimonio Paul. D.44,7,35 pr., 2º) con la cuestión, admitida su clasicidad, de si esta acción, conteniendo una ficción de no usucapión del adversario (o sea, ficción contraria a la de la Publiciana ordinaria) se concedería en virtud del Edicto Publiciano (Huschke[10]), o si en realidad se trataba de la Publiciana ordinaria que seguiría correspondiendo al que alguna vez reunió los requisitos para el ejercicio de esta acción, aunque ya no fuera poseedor usucapiente (Appleton[11]), no siendo pues necesaria, en ninguno de estos dos casos, a tal fin una previa in *integrum restitutio*, o si, por el contrario, esta acción se había extinguido para el demndante y había de serle restituida[12], 3º) en este último caso, se plantea la cuestión de si era restituida mediante previo decreto del magistrado (Lenel[13]) o directamente, sin necesidad de decreto (Savigny, Karlowa[14]) , y 4º) si tal acción restituida contenía una ficción diversa (y contraria) a la de la Publiciana ordinaria (en cuyo caso el tenor de la fórmula ficticia coincidiría con el de la *rei vindicatio rescissoria*), esto es, se trataría en realidad de una *rei vindicatio rescissoria* a la cual acabó extendiéndose la denominación de Publiciana (Lenel), o si, por el contrario, se trataba de fórmula ordinaria pero con función recisoria (Savigny, Windscheid, Keller[15]).

2) Por otro lado, está el problema de la naturaleza de la *causae cognitio* mencionada la en el texto, en virtud de esa *causae cognitio* el magistrado denegaría la *exc. iusti dominii*; pero el magistrado, en el supuesto decidido en D.17,1,57, no se limita, en su *causae cognitio*, a comprobar si se dan los presupuestos del edicto para la concesión o denegación de la *exceptio*, sino que prácticamente estaría decidiendo ya sobre el fondo del litigio, es decir,

---

9.- CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria*, en SDHI 3(1937), pp. 20 ss.

10.- HUSCHKE, *Das recht der Publicianischen Klage*, Stuttgart 1874, pp. 101 ss. Para su crítica y para la crítica de la tesis de CUQ, *L'Edit Publicien*, NRH 1(1877), pp. 365 ss. v. APPLETON, *Histoire de la propiété pretorienne et de l'action Publicienne*. II, Paris 1889, pp. 50 ss., y CARRELLI, *L'actio Publiciana rescissoria*, en SDHI 3 (1937), pp. 24 ss.

11.- Histoire II cit.,pp. 8-10;32-34;70.

12.- Así AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, pp. siguiendo a Lenel y a Savigny.

13.- LENEL, E.P. 3ª, Leipzig 1927, pp. 120-123.

14.- SAVIGNY cit.p. 228 ss, cree posible que la estructura de la i.i.r. evolucionara hasta ser concedida ex edicto y no *ex decreto*. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II, Leipzig 1901, p. 1091.

15.- SAVIGNY, cit, 292 ss. WINDSCHEID,*Pandekten* & 199, nt. 14 y KELLER, *Der römische Civilprocess und die actionen*, Leipzig 1883, pp. 405-406 y nt. 948. También BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrecht* 2, Berlin 1873, p. 93 y nt.33.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

estaríamos ante una cognición de causa que presupone una gran facultad discrecional de magistrado, no sujeta a las prescripciones que él mismo ha establecido en el Edicto (este texto ha estado en el centro de atención de teorías contrapuestas sobre la naturaleza de la *causae cognitio* praetoria de Lévy-Bruhl[16] y Martini [17], y de éste y Luzzatto[18], el cual se adhiere en parte a la tesis de Lévy-Bruhl).

3) Estos problemas, están en conexión con una tercera cuestión, que es la de naturaleza y el mecanismo del procedimiento de *in integrum restitutio*, tema también debatido por la doctrina (teorías contrapuestas de Burchardi y Karlowa y más tarde de Carrelli[19] y Lauria[20], sobre la naturaleza del procedimiento de i.i.r.), y la de su evolución en época clásica, debido a la extensión e influencia del procedimiento de las *extraordinariae cognitiones* en la última etapa clásica (teorías de Cervenca y Raggi[21]).

Examinaremos, a continuación, el responsum de Papiniano, teniendo en cuenta toda esta variada problemática y los resultados a que ha llegado la doctrina en relación a la misma.

1.- El primer problema aludido es el de la naturaleza de la a. Publiciana mencionada en D.17,1,57 y la cuestión de la existencia en época clásica de una Publiciana rescissoria.

---

[16].- LÉVY-BRUHL, *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, Tijdschrift 5(1924), pp. 383 ss., en especial pp.409 ss. Para el autor la c.c. se identifica como, norma general, con el control de los presupuestos procesales relativos a la propia legitimación del magistrado y a la legitimación activa y pasiva de las partes en relación a la concreta controversia, fuera de estos casos el pretor sólo puede actuar la c.c. si ésta estaba prevista en el Edicto. La c.c. tendría lugar pues, como regla general (salvo en algunos casos excepcionales por razones de equidad), cuando el magistrado se reservaba esta facultad en el Edicto o cuando ésta entraba en el marco de sus atribuciones jurisdiccionales normales (control de los presupuestos de legitimidad). Para el a. la c.c. por la cual el pretor creaba una nueva acción o medio jurídico, apenas merece esa denominación. Con esta función innovadora fue utilizada comúnmente en la época republicana; una vez insertado en el Edicto el nuevo medio jurídico, la c.c. figura en el álbum como instrumento de control del pretor sobre el mismo y deja de figurar en el Edicto cuando el medio jco. cristaliza. Pero este ámbito de aplicación originario tiende a desaparecer a medida que el edicto del pretor se consolida, permaneciendo en el edicto sólo escasos ejemplos. En relación a nuestro fragmento el autor se expresa así en la p. 423: "...la *causae cognitio* a la que procede el magistrado antes de insertar la *exceptio iusti dominii* implica por su parte la voluntad de descartar la pretensión del propietario quiritario, incluso fundada, si el derecho del propietario bonitario le parece preferible y en la p. 426 escribe: "en ciertos casos más raros (sin duda con refrencia al fr. 57), parece que la investigación del magistrado lleva sobre el fondo mismo del litigio; en éstas hipótesis la barrera que separa el *ius* del *iudicium* parece que desaparece, al menos de hecho, y el juez no hace más que confirmar con su sentencia una decisión que de alguna manera le ha sido dictada por el magistrado". En la p. 431. El autor señala que a pesar de la existencia de algún parecido superficial, la c.c. y la *cognitio extra ordinem* son instituciones totalmente diferentes y ésta no pudo derivarse de aquélla.(Para la crítica de las teorías que pretenden ver en determinadas intervenciones pretorias el origen o precedentes de la *cognitio extra ordinem*, v. LUZZATTO, G.I, *Il problema d'origine del processo extra ordinem I*, Premesse di metodo.I cosiddetti rimedi pretori, Bologna 1965,p. 17 ss.;*In tema di origine nel processo "extra ordinem*, en Studi Volterra II, p. 679 ss.).

[17].- MARTINI,R., *Il problema della causae cognitio* pretoria, Milano 1960, v. especialmente en relación al fr. 57 pp. 124-129, el autor sostiene frente a LÉVY-BRUHL que la *causae cognitio* pretoria es siempre la misma, sea cual sea el fin al que se dirige y tiene el carácter de una valoración discrecional del magistrado.

[18].- LUZZATTO, Studi Volterra II cit., p. 681 ss. Para la crítica de la tesis de MARTINI v. también CERVENCA, BIDR 64(1961), p. 386 ss

[19].- V. infra nt.22.

[20].- LAURIA,*Jurisdictio*, en Studi Bonfante II, Milano 1930.

[21].- V. infra nts. 35 y 36.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

La referencia a una a. Publiciana con esta función rescisoria la encontramos, además de en D.17,1,57, en otros dos pasajes:

D.44,7,35 pr. (Paul. l.1 ad ed. praet.): I*n honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum ..... illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum.....item Publiciana, quae ad exemplum vindicationes datur. sed cum recissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

I.J. 4,6,5: *Rursus ex diverso si quis, cum rei publicae causa abesset vel in hostium potestate esset, rem eius qui in civitate esset usu ceperit, permittitur domino, si possessor rei publicae causa abesse desierit, tunc intra annum recissa usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id suam esse rem. quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accommodat, sicut ex latiore digestorum seu pandectarum volumine intellegere licet.*

En el primero de ellos (D.44,7, 35 pr.) se nos habla genéricamente de una acción Publiciana (que puede ser acordada tanto a favor como contra el ausente) que se restituye *recissa usucapione* (con rescisión de la usucapión), dentro del año útil, porque se da contra el *ius civile*.

Lenel creyó que este texto hacía referencia a una *rei vindicatio rescissoria* y Carrelli[22] ha negado la genuinidad de la referencia a la *actio Publiciana rescissoria* que, en su opinión, no existió en época clásica. La fórmula de la *rei vindicatio rescissoria* fue reconstruida por Lenel sobre la base del texto de las Instituciones de Justiniano 4,6,5, inserto a continuación del tratamiento de la acción Publiciana del poseedor de buena fe, relativo a una acción rescisoria concedida al *dominus* contra el ausente, acción que, según se nos ha transmitido en la paráfrasis de Teófilo, contendría la ficción contraria a la Publiciana *si adversarius* (*possessor*) *rem non usucepisset*[23] (*Si is homo q.d.a. a N°N° usucaptus non esset, tum si eum hominem ex iure quiritium Ai. Ai. esse oporteret, etc.*).

Lenel entendió que esta acción, con ficción de no usucapión del adversario, no era edictal, sino que era una acción decretal, restituida al demandante mediante una *in integrum restitutio*. Para Lenel se trataría propiamente de una *rei vindicatio rescissoria*, pues el juez tendrá que comprobar si el restituido era con anterioridad *dominus ex iure Quiritium*.
Según Lenel, por otra parte, la acción referida en el fr. de Paulo 35 pr., sería también en puridad una *rei vindicatio rescissoria*, aunque el autor admite, a la vista de este texto, que la denominación *Publiciana rescissoria* pudo ser clásica por un proceso de gradual avecinamiento en época clásica entre estas dos *rei vindicationes* utiles (*a. Publiciana y a. res-*

22.- Carrelli, *L'actio Publiciana rescissoria*, SDHI 3(1937), pp. 20 ss., *Decretum e sententia nella r. i. i.*, Annali Bari I 1938, pp. 129 ss., *Sul beneficium restitutionis*, SDHI 4(1938), pp. 5 ss.
23.- Ferrini, *Notae critiche al l. IV dello pseudo-Teofilo*, Opere I, Milano 1929, pp. 27 ss (espec. p. 32).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

cissoria)[24], pero prudentemente no llega a descartar la posibilidad de que el texto aludiera a la Publiciana ordinaria del Edicto.

El fragmento de Papiniano sin duda alude a una Publiciana que sirve a una finalidad rescisoria de la usucapión, por ello es indudable su conexión con la acción Publiciana rescisoria mencionada en el fr. 35 pr. de Paulo. La Publiciana a la que hace referencia el pasaje de Papiniano, D.17,1,57, no puede, sin embargo, identificarse con una *rei vindicatio* rescisoria, con ficción de no usucapión del adversario, contra ésto está el hecho de que el demandado pueda oponer una *exceptio iusti dominii*; y esta posibilidad no se entendería, en el proceso clásico, si la acción ya fingía que el demandado no había usucapido[25]. Pero, además, la fórmula de esta *rei vindicatio rescissoria* presupondría que el venaliciario con anterioridad era *dominus ex iure Quiritium*, y en el texto de Papiniano ésto no parece ser relevante, al no distinguirse si aquél con anterioridad era *dominus*, propietario bonitario o mero poseedor de buena fe. Savigny (y también Bekker) entendió ya que nuestro texto hace referencia a la Publiciana ordinaria. El hecho de que se refiera a la Publiciana ordinaria pudo además haber provocado las contradictorias lecciones de los manuscritos del Digesto y el error polar en la lección *non utiliter*, sobre todo, si se tiene en cuenta la regla transmitida por el propio Papiniano en D.6,2,16 (*exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est*) y Neracio D. 6,2,17.

Admitido que se trata de la fórmula ordinaria (Gayo 4,36), la cuestión estriba en determinar si la a. Publiciana seguía correspondiendo al venaliciario porque una vez reunió los requisitos de su ejercicio (Appleton), o si la acción ya extinguida había de serle restituida. Pero D.44,7,35 pr. parece indicar claramente que la acción Publiciana se restituye al demandante por el plazo de un año, lo cual implica que se había extinguido como consecuencia de la *usucapio* del tercero, que ahora se rescinde. El actor sólo tendría con anterioridad una a. Publiciana y ésta es la acción que le era restituida, o simplemente podía caber la duda o ser discutido que el demandante hubiera llegado completar los plazos de uscapión y ser preferible aquélla a la *rei vindicatio rescissoria*[26].

En nuestra opinión, la acción Publiciana del fr. de Papiniano y la del Fr. de Paulo coinciden. Se trata en ambos textos de una a. Publiciana con fórmula ordinaria que se restituye al demandante por el plazo de un año, la explicación de Savigny[27] de que la Publiciana siendo ya de por si una acción ficticia no necesitaba de la inserción de otra ficción, sino que la rescisión se operaba de otra manera nos parece aceptable. En cambio, la interpretación de Lenel de D.44,7,35 pr. de que la Publiciana rescisoria es en realidad la decretal *rei vindicatio rescissoria*, parte de una concepción hoy ya superada sobre el procedimiento de actuación de la i. i. r., según la cual éste se actuaba siempre en dos fases: la primera ter-

---

[24].- LENEL, op. cit., pp. 120-123.

[25].- Así por ej. ya VOIGT, cit por KELLER, Der r. Civilprocess...cit., p. 406 nt. 948, SAVIGNY, op. cit, pp. 188 ss y 304., APPLETON, op. cit., p. 66, CARRELLI, SDHI 3(1937), p. 26 nt. 16, MARTINI, op. cit., p. 127 nt. 72, CARUSI, *L'azione Publiciana in diritto romano*, Roma 1967, p. 110.

[26].- LENEL de hecho no descartó la posibilidad de que se tratara de la Publiciana ordinaria.

[27].- SAVIGNY, op. cit., pp. 236 ss.

[28].- *Iurisdictio*, Studi Bonfante 2, cit., p. 514 ss. Para el estado de la doctrina posterior v. CERVENCA, NNI, XV, Torino 1968, p. 739 ss. y Labeo 24 (1978),p. 213 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

minaba con un decreto del pretor por el que se concede al restituido una acción útil (en nuestro caso con ficción de no usucapión del adversario), el *iudicium rescindens*, y una segunda fase en la que se ejercita esta acción decretal (en nuestro caso la *rei vindicatio* rescissoria), el llamado *iudicium rescissorium*. Tras la tesis de Lauria[28] sobre la estructura de la in integrum restitutio en época clásica, se acepta mayoritariamente, que el *decretum restitutionis* no era siempre indispensable, sino que, más bien, la restitución se operaba en la mayoría de los casos por el pretor en una única fase concediendo directamente al interesado una acción rescisoria (ficticia), (tras una previa cognición de causa, en la que comprobaba la correspondencia del caso con los supuestos de restitución previstos en el edicto). Hoy se tiende a aceptar también que la i.i. r. no constituía una institución con una única forma procedimental, sino que, por el contrario, hubo diversas formas de actuarse, en época clásica, esta restitución total.

Si nos fijamos ahora en el comentario de Estéfano al texto de las Basílicas, equivalente al de Papiniano D.17,1,57, contenido en el escolio 5 de Heimb., en él se nos dice que la acción Publiciana corresponde, no sólo al poseedor de buena fe antes de usucapir, sino también al que en otro tiempo fue *dominus*, para rescindir la usucapión completada por un tercero. Estéfano, parece corroborar la interpretación de Lenel, no parece estar pensando en la fórmula ordinaria de la a. Publiciana (*anno possedisset*), sino en una fórmula con ficción contraria a aquélla, con ficción de no usucapión del adversario, que se corresponde con la de la *rei vindicatio* rescissoria de época clásica (I.J. 4,6,5).

Se contrapone, también en el sch. 1, perteneciente según Heimbach con alta probabilidad al índice de Estéfano[29], la acción Publiciana a la acción directa, la cual se ha extinguido; acción directa que, para Estéfano, no puede ser otra que la *rei vindicatio* (pues habla de *dominus* y en su época la contraposición *ius civile-ius honorarium* ha desaparecido).

En cambio, Doroteo[30], parece apoyar más la idea de que Papiniano tratase de una Publiciana ordinaria aunque con función rescisoria, pues Doroteo habla de una *Publiciana rescissoria* y admite que pueda favorecer al que no tuviera réplica contra la *exc. iusti dominii*, al haber adquirido a *non domino*. Doroteo se refiere pues a la fórmula ordinaria de la Publiciana (aunque, en su época, ésta sólo se refiere ya al poseedor de buena fe, adquirente a *non domino*), pero una Publiciana con función rescisoria. Creo que Doroteo se mantiene más fiel que Estéfano al derecho clásico, al mismo tiempo que adapta el texto de Papiniano a su propia época (en la que una Publiciana ordinaria con función rescisoria sólo podía tener sentido en relación al adquirente a *non domino*). En época clásica esta *actio Publiciana* con función rescisoria podía corresponder, además, al propietario bonitario, que no podría demostrar que con anterioridad fue *dominus ex iure Quiritium*, por no haber completado los plazos de usucapión, o cuando esta circunstancia era discutible. De hecho Papiniano no habla de *dominium* para referirse a la situación jca. *del venaliciarius*, en realidad no la describe, lo cual podría indicar que este dato no es relevante, basta con que reuniera los requisitos para el ejercicio de la a. Publiciana del Edicto.

---

[29].- *Manuale Basilicorum*, VI, p.270. MOMMSEN, en cambio, prefiere hablar de autor incierto con el indicativo "pl", sobre cuyo significado v. Praefatio De Maior, p.73 nt.2.

[30].- Sobre el estilo de DOROTEO, jurista ma´s inclinado a conciliar los viejos y los nuevos tiempos, v. BONFANTE, *Storia del Diritto romano* II, Milano 1923, pp. 63-64.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

Creemos que hay que entender, asimismo, el texto de Paulo D.44,7,35 pr. como alusivo a una posiblilidad de actuar la rescisión mediante la directa concesión de una *actio in rem*, la *actio Publiciana* (restitución procesal de la acción), sin necesidad de modificar su fórmula, porque ésta es, en definitiva, también una reivindicatoria útil (aunque a diferencia de la *rei vindicatio rescissoria* sea una acción edictal y no decretal), y siendo ya una acción ficticia, la rescisión (restitución material) no se opera con la inserción de una ficción contraria, sino de otra manera. La rescisión (restitución material), se actúa finalmente con la denegación, *causa cognita*, de la *exc. iusti dominii*, o quizá también con la concesión de una réplica. Según el fr. 35 la acción se da sólo por el plazo de una año porque se concede contra el *ius civile. Contra ius civile* sólo puede significar que con ella se produce una rescisión de la *usucapio*, esto es, que se da contra o a pesar de la *exc. iusti dominii* del demandado, porque, en el caso concreto, el magistrado puede denegar, *causa cognita*, la *exceptio iusti dominii*, sobre el fundamento de equidad (*iusta causa*) o, quizá, dependiendo del caso concreto, conceder una *exc. in factum* en virtud de un decreto.

2.- Esto nos coloca de lleno en el segundo problema que planteabamos, el de la naturaleza de la *causae cognitio* que lleva a cabo el magistrado. No se limita a examinar el magistrado si se dan los requisitos del edicto para su concesión, sino que decide discrecionalmente, a la vista de las circunstancias del caso, si es más equitativo concederla o denegarla y, al denegarla, prácticamente decide la controversia, adelantando la sentencia del juez. No se limita a dar o denegar la exc., sino que, según se dice en el escolio 1, examina si hay una *iusta causa* para conceder la *exceptio i. dominii*. Lévy-Bruhl achaca este razonamiento a una falta de comprensión del procedimiento clásico por parte de los juristas bizantinos. Pero habría que poner en duda esta opinión. Es verdad, que estas características no parecerían corresponderse con un concepto de *causae cognitio* pretoria, que entienda que como norma la cognición de causa es un mero instrumento de control de los presupuestos de legitimación o legitimidad previstos en el edicto. El texto de Papiniano es uno de los pasajes en los que se apoya Martini[31] para afirmar que la *causae cognitio* implica siempre una valoración discrecional del magistrado, contra la tesis de Lévy-Bruhl según la cual esto sólo ocurriría en casos excepcionales[32]. Pero, según este último autor, en nuestro texto parece que se elimina la barrera entre el *ius* y el *iudicium*. Esto implicaría una semejanza con la característica más acusada del procedimiento de las *extraordinariae cognitiones*, que es precisamente la desaparición de la bipartición procesal. Para Luzzato[33], el cual se adhiere en parte a Lévy-Bruhl, en las restituciones dectretales del pretor, nos encon-

---

[31].- MARTINI,R., *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, v. especialmente en relación al fr. 57 pp. 124-129, el autor sostiene frente a LÉVY-BRUHL que la causae cognitio pretoria es siempre la misma, sea cual sea el fin al que se dirige y tiene el carácter de una valoración discrecional del magistrado.

[32].- LÉVY-BRUHL, *La causae cognitio sous la procédure formulaire*, Tijdschrift 5(1924), pp. 383 ss., en especial pp.409 ss. Para la crítica de las teorías que pretenden ver en determinadas intervenciones pretorias el origen o precedentes de la *cognitio extra ordinem*, v. LUZZATTO,G.I, *Il problema d'origine del processo extra ordinem* I,Premesse di metodo.I cosiddetti rimedi pretori, Bologna 1965,p. 17 ss.;*In tema di origine nel processo extra ordinem*, en Studi Volterra II, p. 679 ss.

[33].- Op. cit. nt. anterior.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

tramos, por excepción en presencia de una discrecionalidad bastante amplia del magistrado. Pero en nuestro caso no nos encontramos, por lo dicho, en el punto anterior ante una restitución decretal. Al denegar la *exceptio iusti dominii*, el magistrado parece rescindir directamente la *usucapio*, sin que la cognición de causa desemboque en un decreto; parecería quizá más conforme al procedimiento formulario y a la contraposición *ius civile-ius honorarium*, que el pretor concediera la exc. si se daban los presupuestos del Edicto y operara esta rescisión indirectamente mediante la concesión de una réplica al demandante basada en una *iusta causa*, que siendo probablemente una *repl. in factum* se concedería mediante *decretum*, en virtud de una previa cognición de causa, pues la exc./repl. *in factum* es decretal.

A la posibilidad de oponer una réplica alude el escolio de Doroteo, cuando el venaliciario fuera un adquirente *a domino*. El problema sería siempre que hay una usucapión de los compradores-demandados que es posterior a la adquisición del demandante, y que por ello debe ser previamente rescindida, y tal vez no se consideró oportuna la réplica si el demandante no había sido privado de una cosa de la que no era siquiera el propietario bonitario, pues entonces entre dos poseedore de buena fe adquirentes a distintos no propietarios, jugaría para Papiniano la regla *in pari causa possessor potior haberi debet (Paul. D,50,17,128), ...melior causa sit possidentis quam petentis* (Ulp.-Jul. D.6,2,9,4), y la concesión de la réplica iría contra tal principio[34]. Pero en el texto de Papiniano entra en juego el fundamento de equidad y la consideración de que el error de derecho del vendedor no debe perjudicar a un tercero.

3.- ¿Significaría todo esto que nos hallamos ante una rescisión operada en vía de *cognitio extra ordinem*?. El texto de Papiniano no deja ver si el caso se resolvía en un procedimiento formulario o en vía de *cognitio extra ordinem*. Pero el hecho de no ser la rescisión la consecuencia de un previo decreto del magistrado, sino de poducirse en virtud de la denegación de la *exc. iusti dominii* al demandado, apunta en dirección a que el caso decidido por Papiniano se resuelve en vía de *extraordinaria cognitio*, donde resulta difuminada la contraposición *ius civile-ius honorarium*, en consonancia con la evolución de la i.i.r. en época clásica tardía señalada por Cervenca[35], a menos que tratándose de un caso resuelto en vía de proceso formulario éste acuse ya una importante transformación por influencia de la extensión y el auge adquirido a fines de la época clásica por el nuevo procedimiento de las *extraordinariae cognitiones*, transformación que en materia de *in integrum restitutio* ya ha sido señalada por la doctrina en los últimos tiempos (Raggi[36]).

34.- V. SAVIGNY, op. cit. 292 ss

35.- CERVENCA, *Osservazioni sulla restitutio litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, IURA 12 (1961), p. 202 ss, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano 1965, pp. 66-83.

36.- RAGGI, *La restitutio in integrun nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, pp. 115-116. La decisión de Papiniano se inserta en el contexto de la época clásica tardía en la que como ha puesto de relieve RAGGI se da una nueva realidad procesal, en virtud de la cual la jurisprudencia tiende cada vez más a unificar la anterior distinción entre dos regímenes procesales heterogéneos: procedimiento del *ordo* y procedomiento de la *cognitio extra ordinem* y en el que este último tiende a imponerse sobre el anterior. V. también las observaciones de GIUFFRÉ, *Papiniano fra tradizione e innovazione*, en ANRW II,,15, Berlin 1976, p. 632 ss, sobre Papiniano como jurista de una época de transición, atento a los fenómenos de su tiempo y en el que se manifiesta fuertemente la tensión entre tradición y el mundo nuevo que apremia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

Esta interpretación coincide, así pues, con el hecho, ya constatado en la doctrina, de que la decisión de los supuestos de i. i. r. a partir de los Antoninos va siendo absorbida cada vez con mayor fuerza por el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, fenómeno que con los Severos se muestra ya en toda su amplitud[37], hasta el punto de que el *praefectus urbi* tiende a sustituir al pretor en los poveimientos de i.i.r. en la propia Roma[38]. A esto se añade que "el supuesto tratado por Papiniano con seguridad es resuelto en aplicación de la claúsula *generalis* del edicto de restitución a causa de ausencia, y es también una opinión recientemente difundida que los nuevos supuestos de restitución eran introducidos ya en época clásica tardía por el emperador a través de su cancillería, ya fuera directa, ya fuera indirectamente, y no por el pretor. Consiguientemente, se da una tendencia a basar la rescisión no en el *imperium* del magistrado, sino en las constituciones o decisiones del emperador[39], con la decadencia implícita de la distinción entre acción edictal y acción decretal." Innovaciones que llegan a afectar, además, al propio procedimiento de restitución operado ante el pretor[40].

Papiniano distingue todavía la a. Publiciana con función rescisoria de la *rei vindicatio* rescisoria, pues la restitución se realiza sólo a través de la denegación , *causa cognita*, de la *exceptio iusti dominii* a los demandados, pero sería un primer paso para operar la transformación, y la fusión de ambas acciones. La fusión entre la *rei vindicatio rescissoria* y la a.Publiciana (que se observa en la acción transmitida en I.J.4,6,5), probablemente aún no está operada en época de Paulo[41]. Esta fusión es en cambio plenamente imaginable en la época Dioclecianea con la generalización del procedimiento *extra ordinem*[42], y en la que la acción rescisoria se contrapone, en las constituciones de este emperador, a la acción directa. Hipótesis que vendrá avalada por la acción rescisoria contemplada en la Paráfrasis de Teofilo a las Institucuones, si verdaderamente como se cree éste se basó en un modelo postclásico del (finales del) siglo IV (Santalucía[43]).

Mª Victoria Sansón Rodríguez

37.- CERVENCA, *Osservazioni...*, cit., pp. 202 ss, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano 1965, pp. 66-83. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, p. 334.

38.- CERVENCA, *Studi vari sulla r.i.i.*, Milano 1965, p. 62 ss.

39.- CERVENCA, *Studi* cit., p. 69 ss.

40.- RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano 1965, p. 117 ss. CERVENCA, *Osservazioni sulla restitutio litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, IURA 12 (1961), pp. 225 ss, Studi.., cit., pp. 71 ss, con referencia al rescripto de Antonino Pío mencionado en D.4,1,7 pr.

41.- Asimismo, las constituciones de la época de Alejandro Severo no dan motivo para suponer que una tal fusión esté operada en esa época. C. 2,51,2(a.226) y C.2,51,3 (a.223) contienen manifestaciones excesivamente amplias y generalizantes como para sacar conclusiones a este respecto. Lo que si se puede extraer de ellas es que tanto las expresiones allí contenidas *(in bonis alicuius, in bonis meis, amota praescriptione, intra anuum utilem*), como el propio contexto de las constituciones imperiales, hacen pensar en un paralelismo entre el remedio ahí concedido, sin duda, por razón del contexto, en vía de *cognitio extra ordinem*, y la acción contemplada en el fr. 35 pr.

42.- Este hecho debió propiciar aquella fusión a la que hemos aludido. La expresión contenida en C.3,32,24 (a.294-305) *citra beneficium actionis rescissoriae* ha sido interpretada por CERVENCA, *Studi* cit., pp. 122.123, como indicativa de que la fusión entre i.i.r. y *actio rescissoria* está definitivamente operada, la i.i.r. se identifica con la acción rescisoria y se habla de *beneficium* en relación a esta última y no como en época clasica con referencia a la i.i.r. En esta constitución y en C.8,51,18 (a.300-305) se contrapone la acción rescisoria a la acción

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

directa, la cual se ha extinguido, según se nos dice en este último pasaje, cuando la cosa ha sido usucapida por un tercero (*...vel liberatione ex bonis substracta, vel non utendo finita esse videntur*). En las constituciones de Diocleciano se habla genéricamente de una *actio rescissoria* y en ellas como ha visto Raggi la i.i. *restitutio* tiende a ser subplantada por la idea de nulidad. Indicios éstos quizá de una fusión de medios, *rei vindicatio rescissoria* y a. Publiciana.

[43].- V. SANTALUCIA, *Contributo allo studio della Parafrasi di Teofilo* I, en SDHI 31 (1965), pp. 171 ss, según el cual el modelo que sirvió a la paráfrasis de Teófilo debe datarse hacia finales del sigo IV. CARRELLI, SDHI 3 (1937) cit., p. 30, habla en concreto de las *res cottidianae* como modelo de la paráfrasis. Sin embargo, frente a la negación de la paternidad gayana de la obra mencionada hecha por la crítica interpolacionística, hoy está más difundida la opinión de que la misma es de origen gayano y constituiría otra versión del manual institucional que, a diferencia de la obra contenida en el manuscrito veronense, no prevaleció en la praxis ni en la enseñanza (v. por ej. PUGLIESE, *Gaio e la formazione del giurista, en Il modelo di Gaio nella formazione del giurista*, Milano 1981, p. 13, TALAMANCA, *Istituzioni di d. r.*, Milano 1990, pp. 510-511).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251

https://doi.org/10.55104/FRDC_0251