

V. Defensa de la propiedad	65
1. La rei vindicatio	65
A. Prueba del dominio en el juicio reivindicatorio	66
B. Efectos de la sentencia que reconoce el derecho de dominio y ordena restituir la cosa	67
2. La actio negatoria	69
3. La actio publiciana	69
4. Otros medios jurídicos de defensa del dominio	70

V. DEFENSA DE LA PROPIEDAD

En el ordenamiento jurídico romano la propiedad tuvo varios medios jurídicos de defensa, dependiendo éstos del tipo de menoscabo que se le infringía, es decir, según si había sido violada en todo o en parte la plena potestad sobre la cosa.

Para el caso de infracción total, como cuando el *dominus* es desposeído procede la *rei vindicatio*. Si era parcial, como en el caso de que un tercero pretendiera tener un derecho real distinto del dominio, sobre la misma cosa, como un usufructo, procede la *actio negatoria*.

1. LA REI VINDICATIO

En contra de la violación total de la “*plena potestas*” procedía la *rei vindicatio* que se concibe como la acción del propietario *ex iure Quiritium* no poseedor ejercitable en contra del poseedor no propietario destinada a obtener el reconocimiento del propio derecho sobre la cosa y por ello —en consecuencia— su restitución o el pago de su valor.

En esta acción del *dominium* es, pues, actor o demandante el que no está en posesión de la cosa. En las *Instituciones* de Justiniano (4, 6, 2) se explica que en las controversias de cosas corporales “demanda el que no posee: y al que posee, no se ha dado acción para que niegue que la cosa es del actor...”

El demandante debe señalar, todos los datos que permitan singularizar la cosa objeto de la reivindicación. En *Digesto* 6, 1, 6, dice Paulo: “Si alguien ejercitare una acción real, debe designar la cosa, y si la pide, toda o parte, y qué parte, porque la denominación de cosa (reivindicable) no significa el género sino la especie”.

En un comienzo sólo se admitió que se dedujera la *rei vindicatio* en contra del poseedor que retenía la cosa para sí; después, esta acción real se extendió en contra de aquellos que detentaban la cosa a nombre de un tercero (comodatario, depositario, etc.). Ulpiano, en *Digesto* 6, 1, 9, refiriéndose a lo expresado por Pegaso señala: “dice que no puede vindicarse de aquel en cuyo poder está depositada o prestada una cosa,

o del que la tuviera en arrendamiento... Pero opino que se puede pedir a todos los que tienen una cosa y tienen facultad de restituirla". En tal caso, el detentador demandado debía declarar en nombre de quien tenía la cosa (*laudare actorem, nominare dominum*). Y en caso que nominado el dueño, éste finalmente no comparecía al juicio, por una constitución de Constantino debía restituirse la posesión al demandante: "...si persistiere en la resolución de no comparecer... que el actor sea puesto en posesión de las cosas, quedándole reservada al ausente toda alegación sobre la cuestión principal" (*Código de Justiniano* 3, 19, 2).

En el derecho de Justiniano la *rei vindicatio* era procedente inclusive en contra del *facto possessor*, vale decir, en contra de quien, sabiendo que no era el dueño, se despojaba dolosamente cediendo la cosa a otros. En *Digesto*, 6, 1, 27, 3 indica Paulo: "Pero también está obligado por la acción real el que antes de contestada la demanda dejó con dolo de poseer la cosa..." y era condenado también por el ordenamiento jurídico, ya en la época clásica, el que recibía la cosa diciendo que él la poseía, engañando así al demandante sobre el verdadero poseedor. Dice Paulo en *Digesto*, 6, 1, 27, 1: "Pero si cuando yo quisiera pedir una cosa a Ticio, dijere alguno que él la poseía, y por esto se mostró parte contraria en el pleito, si yo justificare esto mismo en la prueba al proseguir el pleito, debe ser de todos modos condenado". Es éste el caso *qui liti se obtulit*, vale decir, quien sin serlo realmente, se muestra como parte contraria en el pleito de reivindicación con el fin de que se siga en su contra el juicio, dando tiempo así, "a que transcurra el plazo necesario para la usucapión a favor del verdadero poseedor".⁶⁶

El demandado podía no asumir la defensa de la cosa, y entonces, tratándose de un inmueble, el pretor ordenaba la restitución de la posesión al actor, mientras, tratándose de una cosa mueble, admitía directamente que el actor se la llevase⁶⁷ (*Digesto*: 50, 17, 156; 6, 1, 80; 2, 3, 1, 1).

A. Prueba del dominio en el juicio reivindicatorio

Si, en cambio, el demandado poseedor asumía la defensa de la cosa, negando que el demandante fuese propietario, éste debía probar su dominio, lo que en caso de adquisición derivativa era difícil pues debía el reivindicante no sólo probar su dominio sobre la cosa sino también el

⁶⁷ Di Marzo, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁶ Arias Ramos, *op. cit.*, p. 267.

de su antecesor y así sucesivamente hacia atrás, hasta llegar al primer adquirente a título originario. Tal tipo de prueba es calificado con razón por los comentaristas medievales como “*probatio diabolica*”. Menos dificultoso resultaba sumar el tiempo durante el cual los antecesores estuvieron en posesión de la cosa, enterando así el plazo requerido para ganarla por usucapión, en este caso, por agregación de posesiones (véase *successio* y *accessio possessionis*, página 59 de este texto).

Si el reivindicante no lograba probar su derecho, el demandado poseedor proseguía en la posesión de la cosa.

En cambio, si el reivindicante lograba probar su dominio, el demandado debía restituirle la posesión de la cosa. Si se negaba a esta restitución era obligado, previa estimación pecuniaria de la cosa (*litis estimatio*) a pagar su valor.

B. *Efectos de la sentencia que reconoce el derecho de dominio y ordena restituir la cosa*

Cum causa rei. La cosa debía ser restituida con todo aquello por ella producido y recibido por accesión. Gayo, en *Digesto*, 6, 1, 20 explica: “. . . porque no basta que se restituya el mismo cuerpo, sino que es necesario también que se restituya la causa de la cosa (*‘ut et causa rei restituatur’*)”; ello significa que no basta con devolver la sola cosa. Si ha producido frutos, existen ciertas situaciones en que deben restituirse. Así, en el derecho clásico, el poseedor vencido en el juicio reivindicatorio —estando de buena fe— se queda con los frutos percibidos hasta antes de la *litis contestatio*. Después de ésta, debe restituirlos. Bajo Justiniano, en cambio, cualquiera que fuera la época en que los hubiere percibido, debía devolver todos los que estuvieren en su poder (*fructus extantes*). Hacía suyos solamente los frutos consumidos (*fructus consumpti*). Estas consideraciones respecto del poseedor de buena fe no regían para el de mala fe, estando incluso obligado a pagar el valor de los frutos que no se produjeron por su culpa o negligencia. En el *Código* de Justiniano 4, 9, 1, se ordena: “El poseedor de mala fe, vencido en cuanto a la propiedad, habiendo sido demandado respecto a los frutos existentes por la reivindicación (*vindicatione*) y en cuanto a los consumidos por la *condictio* (*condictione*), es compelido a atender a la restitución de los mismos” (dada por los emperadores Diocleciano y Maximiliano —294 al 305 d. C.—). Y en el mismo *Código*, 3, 32, 22, los mismos emperadores en buena síntesis señalan: “Es cierto, que

es costumbre que los poseedores de mala fe restituyan *todos* los frutos (*omnes fructus*) en unión de la cosa misma.”

Deterioros. La regla es que el poseedor de buena fe no responde de los deterioros, salvo aquellos causados por su culpa y después de contestada la demanda.

El poseedor de mala fe, en cambio, responde de los deterioros, antes y después de contestada la demanda; antes, si se produjeron por su culpa. Después de la *litis contestatio* responde siempre, aunque el daño se haya producido por caso fortuito. Este último punto se revisa bajo Justiniano, resolviéndose que no respondía del caso fortuito si probaba que el daño se habría producido igual, aun estando la cosa en poder del dueño.

Gastos (impensae). Correspondía por su parte, al propietario reivindicante, resarcir al poseedor de los gastos hechos en la cosa.

En el derecho clásico debían restituirse al poseedor de buena fe —íntegramente— los gastos *necesarios*, indispensables para la mantención de la cosa. Los gastos *útiles*, que aumentan el rendimiento y el valor de la cosa, también debían reintegrarse al poseedor y de la siguiente manera: pagando la suma que resultara menor, comparando el gasto realizado con el valor de la mejora obtenida. Los gastos *voluptuarios* —de mero embellecimiento o lujo— no eran reintegrados.

Si el propietario no reembolsaba los gastos necesarios y útiles, el demandado, aun vencido y todo en el juicio de reivindicación, tenía derecho a conservar la posesión de la cosa (*ius retentionis*). De modo que tiene carácter de requisito previo a la restitución de la cosa, el pago de los gastos necesarios y útiles por parte del *dominus*.

El poseedor de mala fe, en cambio, no podía pretender compensación alguna. Todo esto, en el derecho clásico.

Bajo Justiniano, al poseedor de mala fe se le reconoció el derecho a ser indemnizado por los gastos necesarios. Y además, tanto al poseedor de buena fe como de mala fe se les concedió la facultad de retirar (*ius tollendi*) todos aquellos gastos aplicados a mejoramientos voluptuarios, siempre que estos retiros se hiciesen sin deterioro para el propietario y con algún provecho para el poseedor mismo. El dueño podía oponerse al retiro de las mejoras voluptuarias, aun cuando se hubieren podido separar sin deterioro, pagando al poseedor el precio de las mismas.

2. LA ACTIO NEGATORIA

Correspondía al propietario *ex iure Quiritium* en contra de quien pretendía tener un derecho de servidumbre o de usufructo en su predio. En *Digesto*, 8, 5, 2 dice Ulpiano: “Respecto a las servidumbres nos competeri, a ejemplo de las que pertenecen al usufructo, las acciones reales, tanto la confesoria como la negatoria; la confesoria, al que pretende que a él le competen las servidumbres; la negatoria, al dueño que lo niega (“...*in rem actio negatoria competit domino qui negant*”). El dueño demandante debía probar su derecho de dominio, y el demandado por la actio negatoria, que era quien pretendía tener un “*ius in re aliena*” debía también probar la existencia de su derecho. Con esta acción el *dominus* obtenía la cesación de los actos perturbadores del ejercicio de su derecho. En caso necesario, procedía la *cautio de non amplius turbando* la cual imponía una fianza para garantizar en lo sucesivo el libre ejercicio de la *plena potestas* del *dominus*.

3. LA ACTIO PUBLICIANA

Hemos ya observado que la propiedad bonitaria —en caso de desposeimiento— estaba protegida por la acción publiciana, fundada en un cumplimiento ficto de la usucapión de parte del que tenía la cosa “*in bonis*”. Gayo en *Institutas*, 4, 36, explica: “(También, en la acción que se llama publiciana se finge una ‘usucapio’). Esta acción es dada a aquel que habiéndosele hecho ‘*traditio*’ de una cosa en virtud de una ‘*iusta causa*’, pero que aún no ha usucapido, reclama la misma por haber perdido la posesión. En efecto, como no puede pretender que la cosa sea suya de acuerdo con el derecho de los Quirites, se finge que ha usucapido la cosa y la reclama como si se hubiera hecho propietario ‘*ex iure Quiritium*’...”

Hemos observado que, después de crearse para defender al propietario “*in bonis*”, la *actio publiciana* se extendió en su aplicación a todo poseedor que hubiere adquirido la cosa en virtud de justa causa y buena fe inicial y que hubiere perdido la posesión antes del tiempo necesario para usucapir. Esta última fue la aplicación que tuvo esta acción bajo Justiniano; correspondía al poseedor de buena fe que, habiendo recibido tradición de una cosa a *non domino* con base en una justa causa, no había todavía usucapido.⁶⁸ Sin embargo, el poseedor de buena fe no triunfa

⁶⁸ Di Marzo, *op. cit.*, p. 155.

en contra del legítimo dueño: Paulo (*Digesto*, 6, 2, 16) es terminante: "A la acción publiciana se ha de oponer la excepción de legítimo dueño" ("*Exceptio iusti dominii publicianae obicienda est*"). En efecto, la publiciana si bien protegía al poseedor de buena fe en contra de un poseedor cualquiera, no podía tener eficacia en contra del propio dueño que oponía la referida excepción, precisamente por haber sido desposeído sin su voluntad.

4. OTROS MEDIOS JURÍDICOS DE DEFENSA DEL DOMINIO

Otros medios jurídicos que el propietario tenía contra las amenazas a la integridad de la cosa, fueron la *actio finium regundorum*, la *operis novi nuntiatio*, la *cautio damni infecti*, la *actio aquae pluviae arcendae* y el *interdicto quod vi aut clam*.

La *actio finium regundorum* tenía por finalidad la determinación de la franja de cinco pies que separaba los predios rústicos, y se hacía valer ante un *iudex* o *arbiter*. La *operis novi nuntiatio* era un acto extrajudicial (debía hacerse *in re presenti*) que tenía por objeto impedir que se continuase una construcción, reparación o demolición lesiva para el titular del derecho de propiedad o de un *ius in re aliena*. Esta intimidación, celebrada fuera de la presencia del magistrado, competía tratándose de obras realizadas en terreno público, a todos los ciudadanos.

La oposición del *nuntians* quedaba sin efecto en los siguientes casos: 1º Cuando rehúsa jurar que no actúa maliciosamente; 2º Si no prueba su derecho a oponerse a la obra; 3º Si el que emprende la construcción o demolición da garantías de que indemnizará de todo posible perjuicio.

De no darse ninguna de las circunstancias enumeradas y si el *nuntiatius* prosigue los trabajos se opone al *interdictum demolitorium*.⁶⁹

La *cautio damni infecti* era el medio jurídico destinado a garantizar contra el daño temido por el estado amenazante de obras existentes en un predio o de nuevas obras que se ejecuten en él.⁷⁰ En *Digesto*, 39, 2, 2, Gayo explica (*Comentarios al edicto provincial*, libro XXVIII): "Daño que amenaza es daño aún no hecho, que tememos que sobrevendrá" (*Damnum infectum ets damnum factum, quod futurum veremur*). Como su nombre lo indica, constituye una caución; "por lo

⁶⁹ *Vid.*, Hernández-Tejero Jorge, Francisco, *Derecho romano*, Madrid, Escelicer, 1959, pp. 286-287.

⁷⁰ Di Marzo, *op. cit.*, p. 158.

común, la *cautio* se presta en forma voluntaria, es decir, extrajudicialmente. . . La negativa a prestar caución abre las puertas a un procedimiento ante el magistrado”.⁷¹ Si el demandado persiste en su actitud después de la reclamación ante el pretor, éste introduce al reclamante en la posesión (más precisamente detentación) del predio vecino —*missio in possessionem*—. Si esto no basta, en virtud de una segunda resolución magistratual (*ex secundo decreto*), la posesión conferida al reclamante lo habilita para usucapir el inmueble pertinente. En *Digesto*, 39, 2, 15, 16, Ulpiano, refiriéndose a lo escrito por Juliano, expresa: “Escribe Juliano, que el que es puesto en posesión a título de daño que amenaza, no comienza a adquirir el dominio por el transcurso de largo tiempo antes que con segundo decreto del pretor”.

La *actio aquae pluviae arcendae* era un medio jurídico para proteger al propietario ya considerado en las XII Tablas. Así da fe el *Digesto* en 40, 7, 21: (Pomponio) “. . .de este modo interpretaron los antiguos también las palabras de la Ley de las Doce Tablas: ‘si perjudicare el agua llovediza’, esto es, si pudiere perjudicar. Tenía por objeto restituir las cosas a su estado anterior en los predios vecinos cuando se había alterado el curso natural de las aguas lluvias, las que podían ocasionar daños en la propiedad vecina. Si la alteración no era imputable al demandado, el mismo demandante eliminaba o demolía a su costa la causa del daño (*patientia prestatio*)”.

El *interdictum quod vi aut clam tenia* como finalidad demoler una obra ya terminada que se ha construido en un predio que el reclamante tiene como dueño, poseedor, usufructuario e incluso arrendatario, dentro del año. En *Digesto*, 43, 24, 1, 1, señala Ulpiano (*Comentarios al edicto*, libro LXXI); dice el pretor: “Restablece a su primitivo estado la cosa, de que se trata, que se hizo violenta o clandestinamente, cuando hay facultad para ejercitar la acción. Este interdicto es restitutorio; y por medio de él se puso obstáculo a la malicia de los que intentan hacer alguna cosa violenta o clandestinamente; porque se les manda que la vuelvan a su primitivo estado”.

⁷¹ Iglesias, *op. cit.*, p. 304.