

Algunas observaciones sobre la función originaria de la acción publiciana

M^a Victoria Sansón Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Romano

0.- Introducción

La *actio Publiciana* ha sido una de las cuestiones más discutidas en la romanística durante siglos. La dificultad proviene de los pocos datos seguros con los que se cuenta en relación a esta acción y del carácter hipotético que presentan, por tal razón, las explicaciones aportadas por la doctrina¹.

En los últimos tiempos², sin embargo, la doctrina ha abandonado los intentos de reconstruir el Edicto Publiciano y su fórmula o fórmulas y de fijar la fecha de su

¹ Tenemos noticia del contenido del edicto y la fórmula de la a. Publiciana a través de tres textos, dos de ellos pertenecientes a los comentarios de Ulpiano al Edicto: D.6,2,1 pr. y D.6,2,7,11, y un tercero a las Instituciones de Gayo, 4,36, que presentan diferencias y contradicciones entre sí y que han dado lugar a muy diversas reconstrucciones del Edicto y la fórmula o fórmulas.

² Una referencia a la literatura más reciente sobre la a. Publiciana puede encontrarse en BENEDEK, Ferenc, «Ursprung und Funktion der actio Publiciana», en *Studia Pólay*, Acta Universitatis Szegediensis de Att. József nominatae, Szeged, 1985, pp. 71-91

creación³, para centrarse en la cuestión de la función originaria y clásica de la acción y las causas de su introducción.

1.- La tesis de Wubbe sobre la causa de introducción y la función de la *a. Publiciana* en época clásica

El problema de la función originaria y clásica de la *a. Publiciana* ha sido punto de debate en la romanística actual a raíz del artículo de Wubbe⁴ en el que el autor ataca la opinión tradicional, según la cual la función originaria de la *a. Publiciana* era la de proteger al que ha adquirido una *res Mancipi* sin las formalidades exigidas por el *ius civile* (tesis que alcanza su mejor formulación en Lenel⁵, que se basa para hacer la reconstrucción del Edicto publiciano fundamentalmente en D.6,2,1 pr.D.6,2,1 pr.⁶), o la de proteger al propietario bonitario (opinión sostenida por Bonfante⁷, el cual prefiere basar su reconstrucción en Gayo, Instit. 4,36⁸). Para Wubbe, la función de la *a. Publiciana* ya desde su origen fue la de proteger al *bonae fidei possessor*, concepto procesal amplio adoptado por Wubbe —diverso del concepto sustancial del adquirente de buena fe *a non domino*⁹—, que abarcaría la protección, no sólo del adquirente *a*

³ La datación de la *a. Publiciana* es insegura, aunque hay acuerdo en considerar que, al seguir ésta el modelo de la fórmula petitoria de la *rei vindicatio*, sólo cabe situar su aparición tras la *lex Aebutia* (la cual se sitúa entre el a. 150 y el 120 a. C.). En las Instituciones de Justiniano 4,6,4 se atribuye su creación a un pretor llamado Publicio. Siguiendo este dato, los autores se inclinan a atribuir el Edicto Publiciano a un pretor Publicio del año 68 a. C. que es mencionado por Cicerón, *Pro Cluentio*, 45,126, aunque la cuestión no es pacífica y ofrece muchas dificultades que explican el que la doctrina haya abandonado prácticamente el intento de datar exactamente su fecha de introducción y de que se le sitúe mayoritariamente de una forma genérica entre el s. II (tras la *lex Aebutia*) y el s. I a. C.

⁴ WUBBE, Felix B.J., «Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne», en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)*, Office International de Librairie, Bruxelles, 8 (1961), pp. 422 ss

⁵ LENEL, Otto, «Nachträge zum Edictum Perpetuum», en *Savigny Zeitschrift (SZ)*, H. Böhlau, Weimar (act. Wien-Köln-Graz), 20 (1889), pp. 11-31 y *Edictum Perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, 1927, pp. 170 ss.

⁶ D.6,2,1 pr. D.6,2,1 pr. (Ulp. l. 16 *ad ed.*): *Ait praetor: «si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo»*. Lenel elimina «*id quod traditur*» como una interpolación justiniana, que sustituyó al originario «*id quod Mancipatur*». También rechaza, con la unánime doctrina, como producto de una interpolación justiniana las palabras «*non a domino*» del texto del edicto transmitido en D.6,2,1 pr., y considera, además, que la referencia a la *emptio bonae fidei* de D.6,2,7,11 (Ulp. *eod.*): *Praetor ait: «qui bona fide emit. non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet...* sólo figuraba en la fórmula, no en el Edicto.

non domino, sino también del adquirente «*a domino*» sin formalidades, del adquirente de una *res inhabilis* que no puede usucapir y, en fin, del propio *dominus ex iure Quiritium*, pues la buena fe significa, en su opinión, convencimiento, en el momento de adquirir la posesión, de que se ha adquirido a un propietario, ya sea correcto este convencimiento, ya se demuestre después como falso o erróneo. La razón de este amplio ámbito de protección estaría determinada por la que, según el autor, fue la causa de introducción de la *a. Publiciana*: evitar las dificultades de prueba que conllevaría el ejercicio de la *rei vindicatio*, al aparecer en Roma la noción de propiedad absoluta —y sigue en este punto a la inicial construcción de su maestro Kaser¹⁰—, como consecuencia de la sustitución de la antigua *legis actio sacramento in rem* —la cual proporcionaba tan sólo una protección relativa, al debatirse en ella únicamente cual de los dos contendientes tenía una mejor posición jurídica respecto de la cosa—, por el procedimiento *per sponsionem* y la fórmula petitoria —en los que se impone ya al demandante la carga unilateral de la prueba del derecho de propiedad (*probatio diabolica*)—. Wubbe llega a admitir, como hemos dicho, sobre este presupuesto, que la *a. Publiciana* protegió al adquirente por *traditio ex iusta causa*. Dentro de esta categoría se encontraría también el adquirente que ha usucapido ya, es decir, el *dominus pleno iure*, dado que se trataba de facilitarle la prueba del dominio con esta acción, y ésta sería, dadas sus ventajas, la acción elegida por el propietario, pues con ella se limitaba a probar que la cosa le había sido entregada y el justo título o causa de la entrega¹¹.

⁷ BONFANTE, Pietro, «L Editto publiciano», en *Scritti giuridici varii*, II, U.T.E.T, Torino, 1926, pp. 389-438, especialmente pp. 399 y 404; Bonfante cree que Lenel restringe injustificadamente la *a. P.* al supuesto típico de «*in bonis*» de las «*res Mancipi*» meramente entregadas, cuando en realidad existieron otros supuestos de *in bonis* no menos importantes que englobaban también a la *res nec Mancipi*.

⁸ Gayo, Instit. 4,36: «*Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana*» vocatur. *Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam EX IURE QUIRITIUM SUAM ESSE intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT «ET» IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM EIUS ESSE OPORTERET et reliqua.*

⁹ WUBBE, «*Quelques...*», *cit.*, p. 437 y nt. 65, identifica *al bonae fidei possessor* con el adquirente de una cosa por *traditio ex iusta causa*.

¹⁰ KASER, Max, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, 2^a ed., H. Böhlau, Köln-Graz, 1956, pp. 298-302, ver, sin embargo, ahora la revisión de KASER, «*Über relatives Eigentum im altrömischen Recht*», en *SZ* 102 (1985), pp. 1 ss, 24, y «*Zur legis actio sacramento in rem*», en *SZ* 104 (1987), pp. 67 ss, 73 ss, respecto a su anterior postura.

¹¹ WUBBE, «*Quelques remarques...*», *cit.*, *RIDA* 8 (1961), pp. 420 ss, 425, 437-438

La tesis de Wubbe recibió la respuesta de Sturm¹², quien, acogiendo la reconstrucción de Lenel y la opinión tradicional, sostuvo que la causa de la introducción de la *a. Publiciana* fue la protección de las adquisiciones «*a domino*» realizadas sin las formalidades prescritas (*res Mancipi traditae*) y, aunque más tarde sirvió también para la protección del adquirente *a non domino*, aún en la época de Gayo, según el autor, la aplicación de la *a. Publiciana* a este supuesto fue muy limitada, debido a la prohibición de usucapir las cosas robadas y al amplio concepto de *furtum*¹³. Niega Sturm¹⁴ que las dificultades de prueba del derecho del propietario en la *rei vindicatio* fueran la causa de la creación de la *actio Publiciana*. La teoría medieval de la *probatio diabolica* no es reconducible, en su opinión, a las fuentes romanas y afirma que las dificultades de prueba no debieron ser distintas en la *rei vindicatio* y en la *a. Publiciana*.

Junto al problema de la función originaria y clásica de la *a. Publiciana* se plantea, así pues, en estas aportaciones, el problema de su relación con el derecho de propiedad y con la protección dispensada a la propiedad a través de la *rei vindicatio*. Diósdí¹⁵, Apathy¹⁶ y Benedek¹⁷ han observado que los puntos discutidos por Wubbe y Sturm no pueden ser rebatidos completamente, pero mientras los dos primeros autores citados intentan llegar a un punto medio, conciliador de ambas tesis, Benedek¹⁸ considera imposible esta conciliación.

2.- La relación entre *a. Publiciana* y *rei vindicatio* y la cuestión de la *probatio diabolica*

Una primera cuestión que se ha planteado, así pues, en la romanística actual es la de la prueba del dominio en la *rei vindicatio* del procedimiento formulario, y la función en relación a ésta de la *a. Publiciana*, por ser punto central de la argumentación de Wubbe y del debate con Sturm.

¹² STURM, Fritz, «Zur ursprünglichen Funktion der *a. Publiciana*», en *RIDA* 9 (1962), pp. 357 ss.

¹³ STURM, *op. cit.*, pp. 359 ss., extrae estas consecuencias comparando la evolución de la *usucapio*, para lo que se apoya en el estudio realizado al respecto por DE VISSCHER, Fernand, «Auctoritas et Mancipium», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, Roma, 22 (1956), pp. 87 ss., «Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana», en *SDHI* 23 (1957), pp. 26 ss. y «De la défense d'usucaper les choses volées», en *RIDA* 5 (1958), pp. 469 ss, por la conexión de ambas instituciones. En una primera época la usucapición no se aplicaba a las *res nec Mancipi*, las *XII Tablas* contenían sólo la prohibición de usucapir las *res Mancipi* robadas. Luego, en el curso de la evolución posterior se admitió la usucapición de las *res nec Mancipi* y la usucapición fue aplicada a las adquisiciones *a non domino*; finalmente, como consecuencia de la *lex Atinia* (s. II a.C.) se extendió la prohibición de usucapir las *res furtivae* a todo tipo de cosas. La *Publiciana*, según Sturm, siguió una evolución paralela: primero sirvió de protección de las adquisiciones no formales de *res Mancipi*, luego se admitió su ejercicio por el adquirente *a non domino*, pero finalmente la extensión de la prohibición de usucapir de la *lex Atinia* a las *res nec Mancipi* robadas vino a limitar estos casos de aplicación de la *a. Publiciana*.

2.1. Feenstra¹⁹ y Kiefner²⁰ han compartido el punto de vista de Wubbe de que la solución romana a las dificultades de prueba en la *rei vindicatio*, cuando el demandante no podía basarse en una adquisición originaria, fue la *a. Publiciana*. Sin embargo, es muy dudosa la existencia de un antiguo concepto de propiedad relativa²¹. Parte de la doctrina romanística pone en cuestión que la antigua *legis actio sacramento in rem* sólo protegiera una situación de propiedad relativa y que existieran, desde el punto de vista de la prueba, diferencias esenciales con el proceso formulario²². Así, Diósdí²³ y Benedek²⁴ comparten en este punto la tesis de Sturm, al negar la clasicidad de la *probatio diabolica*. Diósdí llega a la conclusión de que la prueba en la *rei vindicatio* no debió ser más difícil que en la *a. Publiciana*²⁵, por lo que ésta no pudo ser la causa de su introducción en el Edicto. Este autor cree además, siguiendo a

¹⁴ STURM, *op. cit.*, p. 363 ss.

¹⁵ DIÓSDI, György, *Ownership in ancient and preclassical Roman Law*, Akademiai Kiadó, Budapest, 1970, pp. 155.

¹⁶ APATHY, Peter, «Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die actio Publiciana?», en *Studi Sanfilippo I*, Giuffrè, Milano 1982, p. 24.

¹⁷ BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, pp. 71 ss., espec. pp. 81-83.

¹⁸ BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, p. 83.

¹⁹ FEENSTRA, Robert, «Action Publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge», en *Mélanges Meylan*, I, Imprimerie Central, Lausanne, 1963, pp. 91 ss.

²⁰ KIEFNER, Hans, «Klassizität der 'probatio diabolica'», en *SZ* 81 (1964), pp. 212 ss. Este autor adopta una posición intermedia entre Wubbe y Sturm en lo que concierne a la *probatio diabolica*, pero para defender en lo básico el punto de vista tradicional sobre las dificultades de prueba en la *rei vindicatio*.

²¹ V. WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte I*, C.H. Beck, München, 1988, p. 257 nt. 99, y bibliografía allí citada; de la configuración de la antigua *legis actio sacramento in rem* como controversia entre pretendientes al derecho (*ex iure Quiritium*) sobre una cosa, no debe conducir al malentendido sobre el contenido de la originaria propiedad, pues de aquélla no se extrae forzosamente su relatividad y, por otra parte, el problema de la relatividad, debe separarse de la cuestión de los límites subjetivos del efecto normativo de cada sentencia.

²² STURM, *op. cit.*, pp. 363 ss., 397 ss., Diósdí, *op. cit.*, pp. 161 y 165, BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, p. 99; «Zur Frage des diabolischen Beweises», en *Studi Biscardi IV*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 452, lo importante en ambos procedimientos es probar un proceso de usucapión.

²³ DIÓSDI, *op. cit.*, p. 161 ss.

²⁴ BENEDEK, «Zur Frage...», *cit.*, pp. 445 ss.

²⁵ DIÓSDI, *op. cit.*, p. 162, considera que la protección de la *a. Publiciana* sólo alcanza a los *bonae fidei possessores* que están en vías de usucapir, no protege al propietario civil, pues no se pretendió proteger con ella una propiedad relativa, cuya existencia niega el autor en Derecho romano.

Pflüger²⁶, que la carga de la prueba en la *rei vindicatio* del procedimiento formulario puede ser repartida entre las partes, pues una vez el demandante prueba una adquisición legítima, la carga se traspaasa al demandado. Esta explicación no ha encontrado acogida posterior, pues una cosa es decir que el demandante sólo debe probar que ha adquirido en virtud de una *iusta causa* y un modo de transmisión, y otra cosa es exigir al poseedor demandado que si quiere conservar la cosa pruebe su derecho de propiedad. Además, Diósdí²⁷ incurre en contradicción al decir, más adelante, que el actor en la *a. Publiciana* para vencer ha de probar el derecho de su predecesor²⁸.

Por su parte, Apathy²⁹ considera que la dificultad de prueba en la *rei vindicatio* no sería la causa, o al menos la causa principal, de creación de la *a. Publiciana*. Para el autor, esta acción cumpliría desde un principio diversas funciones en época clásica, además de la función de proporcionar una protección absoluta al propietario bonitario y una protección relativa al poseedor de buena fe, la *a. Publiciana* contribuiría, en época clásica, a facilitar la prueba del demandante³⁰, pero, a diferencia de Wubbe, opina que ésta no pudo ser la única finalidad de la acción, a lo sumo constituiría un efecto posterior o secundario de la misma³¹, y ésto se manifiesta de forma evidente en que la adquisición de la propiedad podía fracasar por un defecto de forma, no pudiéndose ejercitar con éxito la *rei vindicatio*, aún cuando el demandante pudiera probar sin dificultad el derecho de su predecesor; por ello, Apathy afirma que la finalidad principal que se persiguió al crear esta acción fue la de proteger al adquirente *res Mancipi* sin formalidades.

Benedek³² ha entendido que el problema de la prueba del derecho de propiedad llega a un callejón sin salida porque es tratado por los autores como un problema de transmisión, cuando el problema que se plantea en la práctica no es el de la prueba de la precedente situación de propiedad del transmitente, sino que se trata más bien de probar un proceso de usucapión, y así se revela en el tratamiento o regulación contenida en los 10 títulos del libro 41 del Digesto, en donde en lo fundamental los modos de adquisición son tratados como supuestos de usucapión. Esta realidad, según el autor, resulta innegable en una sociedad que aún no conoce las posibilidades de la adquisición de la propiedad (de buena fe) *a non domino* en el tráfico mercantil y del

²⁶ PFLÜGER, Heinrich H., «Über die probatio diabolica», en *Archiv für civilistische Praxis*, 78 (1892), pp. 316 ss. (citado por STURM, *op. cit.*, p. 369, nt. 29).

²⁷ DIÓSDI, *op. cit.*, p. 164, nt. 6.

²⁸ Para su crítica v. BENEDEK, «Zur Frage...», *cit.*, p. 451.

²⁹ APATHY, *Studi Sanfilippo I*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 33.

³⁰ APATHY, Peter, «Actio Publiciana beim Doppelkauf», en *SZ* 99 (1982), pp. 158 ss.

³¹ APATHY, *Studi Sanfilippo I*, *cit.*, pp. 25-26 y 32 ss.

³² BENEDEK, «Zur Frage...», *cit.*, pp. 452 ss.

Registro de la Propiedad. Según Benedek, el Derecho Romano elimina las consecuencias del principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* con la ayuda de la *usucapio* o adquisición por la posesión continuada de una cosa³³. La *usucapio* estaría llamada, así pues, a facilitar la prueba del dominio³⁴. Para Benedek no existirían sustanciales diferencias entre los dos procedimientos (el antiguo y el clásico) en materia de prueba del *dominium*, ya que en ambos lo que en realidad se habrá de decidir es cual de los dos contendientes, demandante o demandado, ha usucapido después³⁵.

2.2. Por nuestra parte creemos que es un hecho innegable que el transcurso de los plazos de usucapición facilitaba la prueba del dominio para el demandante en el proceso reivindicatorio, tanto más cuanto en el Derecho romano clásico, estos plazos eran lo suficientemente breves como para permitir el fácil recurso a este medio de prueba del dominio. Asimismo, la admisión de la *successio possessionis* desde época temprana, e incluso, más tardíamente, tal vez de la *accessio possessionis* (cuando en la época de Severo y Caracalla se admitió ésta, posiblemente también a los efectos de la usucapición³⁶), favorecían una más rápida usucapición para aquél que había adquirido de forma derivativa y, consecuentemente, facilitaban la prueba del dominio en la *rei vindicatio*.

Puede aceptarse también que la *a. Publiciana*, al exigir sólo la prueba del título (*iusta causa*) y de la *traditio*, y fingir transcurrido el plazo de usucapición, facilita aún más la prueba y comporta una situación más favorable para el demandante que la que le corresponde en la *rei vindicatio*, pues le ahorra la prueba del transcurso de los plazos de usucapición. Pero resulta extremadamente dudosa, como veremos después, la función que Apathy atribuye a la Publiciana de época clásica de facilitar al adquirente *a domino* la prueba del *dominium* respecto a la *rei vindicatio*.

Son correctas, sin embargo, las consideraciones que hace Apathy para excluir que este motivo procesal de facilitación de la prueba del dominio fuera la causa de creación y la función principal de la acción Publiciana. El autor señala que las diferencias con la hipotética protección relativa del antiguo procedimiento de las acciones de ley serían considerables, porque la *a. P.* es utilizable sólo por el adquirente que

³³ BENEDEK, «Zur Frage...», *cit.*, pp. 465 ss.

³⁴ En conexión con la posibilidad de usucapir, no existiendo *animus furandi* en el vendedor, las cosas adquiridas *a non domino*, afirmada por Gayo en sus Instituciones 2,50.

³⁵ BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, p. 90.

³⁶ V. por todos KASER, Max, *Römisches Privatrecht I*, 2^a ed., C.H. Beck, München, 1971, p. 423 y nt. 59 (frente a la antigua teoría de ZANZUCCHI, Pier Paolo, «La successio e l accessio possessionis nell usucapione», en *Archivio Giuridico [AG]*, 72 [1904], pp. 353 ss).

aún no ha usucapido³⁷, y no por el que puede probar una usucapión ya verificada a su favor, pues la *a. P.* sirve a la defensa del propietario bonitario, no porque éste sea poseedor usucapiente, sino porque todavía no ha usucapido, lo que supone una considerable limitación de la legitimación a la acción en el aspecto temporal en comparación con la antigua *legis actio sacramento in rem* (en el supuesto de que en ésta se diera sólo una protección relativa). Por esto mismo, ha de descartarse también que la *a. Publiciana* fuera creada por razones procesales, para evitar las dificultades de prueba del dominio en la *rei vindicatio*.

3.- La causa de introducción de la *a. P.* y su función en la época clásica

3.1. En cuanto a este problema hay que partir del argumento textual dado por Lenel para apoyar su tesis de que el Edicto Publiciano fue creado para la protección de las *res Mancipi* meramente entregadas. Un dato que no puede ser olvidado, es el pasaje de Ulpiano D.6,2,1,1 donde se comentan las palabras *et nondum usucaptum* del Edicto Publiciano, en el que Ulpiano se pregunta y se sorprende de que junto a la *traditio* y a la *usucapio* no se mencionen en éste otros corrientes modos de adquirir (como el de adquisición en virtud de legado), pues ésto indicaría que cuando al adquirente le es legada la cosa (a lo que según Lenel³⁸ se agregaba, en el texto original, la referencia a la *mancipatio* y a la *in iure cessio* de la cosa) la acción honoraria sería superflua, como lo sería en el caso de la usucapión ya verificada. De ahí deduce Lenel que la observación de Ulpiano sólo se entendería si el Edicto trataba únicamente de la mera *traditio* realizada por el *dominus*. Luego apunta Lenel que aún en el caso de no hacerse referencia en el Edicto a la *traditio a domino* de *res Mancipi*, Ulpiano estaría pensando más en este caso que en el del mero adquirente de buena fe *a non domino*³⁹. Para Lenel, esta acción fue creada para la protección del que adquiriría una *res Mancipi* por mera *traditio*, sin que se observaran las forma-

³⁷ V. APATHY, *Studi Sanfilippo I, cit.*, p. 33 y también BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, p. 87.

³⁸ LENEL, *op. cit.*, p. 17 y nt. 2.

³⁹ LENEL, *op. cit.*, p. 18. El autor (pp. 29,30) cree que en la época en que se creó el Edicto Publiciano todavía no existía la necesidad de proteger al adquirente de una «*res nec Mancipi*» por *traditio a non domino*, pues a éste le bastaba la todavía utilizada *legis actio sacramento in rem*, en la que no se exigía una prueba absoluta de la propiedad, resultando protegido el que tuviera una mejor posición jurídica (en tal proceso el demandado no se podía limitar a intentar demostrar la falta de derecho de propiedad del demandante), la situación cambió con la introducción de *vindicatio* unilateral y se sintió la necesidad de extender la protección de la *a. Publiciana* (con algunas modificaciones a la fórmula) a estos adquirentes. Lenel parte de una más temprana aparición del Edicto Publiciano que Wubbe.

lidades de la *mancipatio* o la *in iure cessio* prescritas por el *ius civile* para la transmisión del *dominium ex iure Quiritium*.

3.2. Después de Wubbe la doctrina ha tendido a descartar la razón procesal para explicar la causa de introducción de la *actio Publiciana*, y a buscar, para dar esta explicación, razones conectadas al contexto social y económico de la República tardía y a razones de derecho sustancial o material. Diósdí⁴⁰ y Apathy⁴¹ creen, como hemos visto, que en la introducción de esta acción tuvo especial significado la necesidad de dar protección a los adquirentes de *res Mancipi* meramente entregadas, que hasta ese momento no tenían protección mediante la *rei vindicatio* o mediante interdictos, aunque indirectamente la amplia formulación del Edicto podía dar cabida a la protección del adquirente *a non domino*, pero esta última protección no era la finalidad perseguida por el pretor Publicio al crear la *a. Publiciana*. Pero mientras Apathy cree que la causa de la creación de la *a. Publiciana* se conecta a la protección del propietario bonitario, Diósdí niega esa conexión y estima que esta acción protegió desde sus orígenes al *bonae fidei possessor*⁴². Sus posiciones difieren, sin embargo, más en cuanto al concepto mismo de *in bonis esse* del que parten, que en cuanto a los supuestos para cuya protección fue introducida la acción *Publiciana*, en relación a los cuales muestran un acuerdo bastante amplio.

Mientras Apathy parece identificar al propietario bonitario con el adquirente de *res Mancipi* por mera *traditio (ex iusta causa)*, Diósdí niega la existencia de un concepto técnico de *in bonis*, de propiedad bonitaria, en la época clásica⁴³, tener la cosa *in bonis* era sólo el reconocimiento de la actual situación patrimonial y no designaba la propiedad pretoria. Sobre esta base, se opone Diósdí a la conexión entre *in bonis esse* y *actio Publiciana* hecha por la doctrina tradicional, por la que también están influenciados Bonfante y luego Kaser⁴⁴.

⁴⁰ DIÓSDI, *op. cit.*, p. 165.

⁴¹ APATHY, *Studi Sanfilippo I, cit.*, p. 32.

⁴² DIÓSDI, *op. cit.*, pp. 164-165, da una explicación basada en el contexto histórico a la aparición de la *a. Publiciana*: el desarrollo del comercio y de las ventas masivas de esclavos propició la decadencia de la utilización, en las ventas de *res Mancipi*, de los negocios formales arbitrados por el *ius civile*; con la introducción de la *a. Publiciana* el pretor pretendía acelerar el tráfico de mercancías y, al proteger las transmisiones no formales de *res Mancipi*, reconoció de una forma limitada la posibilidad de una protección al adquirente de buena fe *a non domino*.

⁴³ DIÓSDI, *op. cit.*, pp. 173-178.

⁴⁴ Más recientemente ANKUM, Hans, VAN GESSEL-DE ROO, Marjolijn, y POOL, Eric, «Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *in bonis alicuius esse/in bonis habere* im klassischen römischen Recht», en *SZ* 107 (1990), pp. 155-215, han puesto de relieve la exis-

3.3. Otros intentos diversos de explicación, que sin embargo no parecen atendibles, provienen de Di Lella y Benedek

No demuestra Di Lella⁴⁵ su tesis de que la *a. Publiciana* fue creada para proteger situaciones de apariencia jurídica y para la tutela de la confianza del adquirente de buena fe (ya fuera a *domino*, ya a *non domino*), con el fin de defenderle frente al *dominus* fuera o no el enajenante⁴⁶ y corre el riesgo de trasladar una discusión de la dogmática moderna a las fuentes romanas. Recurre también el autor a la idea de desposesión voluntaria como fundamento de la concesión de la *a. Publiciana*, idea que trata de extraer con fatiga y a contrario sensu de D.6,2,9,5⁴⁷. Contra Di Lella se puede objetar simplemente que el actor con la *a. Publiciana* no sólo sucumbe cuando el demandado *dominus ex iure Quiritium* puede demostrar que la cosa ha comenzado a circular contra su voluntad, o que la falta de propiedad en el enajenante era conocida por el comprador, sino también cuando el dueño demuestra ser propietario y haber permanecido ajeno al acto o negocio a través del cual ha adquirido el demandante (aunque no se pudiera decir que el enajenante la tuviera contra su voluntad, por ej., por ser heredero de su arrendatario o depositario). No puede aceptarse, a la vista de las fuentes, la tesis de Di Lella de que la *actio Publiciana* es un medio de protección de la confianza y la apariencia de derecho, no tanto por las ventajas de prueba como por la tendencia a reducir el *dominium* a un *nudum ius Quiritium*.

Benedek⁴⁸ cree que ni las enajenaciones no formales ni las adquisiciones a *non domino* fueron el motivo o causa de creación del Edicto Publiciano. La protección de las adquisiciones no formales de *res mancipi* serían más bien, para este autor, la consecuencia de la *a. Publiciana* y no su causa, y las adquisiciones a *non domino*, por la concurrencia de la prohibición objetiva de usucapir las *res furtivae* de la *lex Atinia*, constituirían un supuesto demasiado singular para constituir el motivo de introducción de la *a. Publiciana*⁴⁹. Según Benedek la extensión de la prohibición de usucapir las *res*

tencia de un concepto técnico de *in bonis alicuius esse* en la jurisprudencia clásica. Para estos autores el concepto de *in bonis alicuius esse/habere* no está necesariamente ligado a la *a. Publiciana* y la *exc. rei venditae et traditae*, aunque la propiedad bonitaria responde a una noción de propiedad absoluta protegida *erga omnes*.

⁴⁵ DI LELLA, Luigi, *Formulae ficticiae*, Jovene, Napoli 1984, pp. 67-127.

⁴⁶ DI LELLA, *op. cit.*, pp. 83 y 113. Con este objeto trata de demostrar, sin conseguirlo, por las mismas objeciones que se le han hecho a Watson (*The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, pp. 104- 107), una aparición tardía de la *actio Publiciana* (s.I d.C.) y circunscrita en su origen a la *emptio bonae fidei*⁴⁶, lo que tampoco consigue demostrar.

⁴⁷ DI LELLA, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁸ BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, pp. 84 ss.

⁴⁹ BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, pp. 90-91.

furtivae a las *res nec mancipi*, introducida por la *Lex Atinia*, determinaría que con pocas excepciones sólo pudiera usucapir el adquirente *a domino*, el cual desde la adquisición de la posesión era visto como un probable propietario, y podía recibir, por ello, protección material previa (pues antes de la usucapición no podría probar el dominio con facilidad). Con anterioridad a la *lex Atinia*, al poder usucapir el adquirente de una *res nec mancipi furtiva*, no se consideró conveniente proteger al adquirente. Pero toda esta fundamentación de Benedek es muy dudosa, es discutido en la doctrina el alcance mismo de esta *lex rogata* en relación a la disposición de inusucapibilidad de las *res furtivae* de las XII Tablas, su fecha es incierta y su aparición se sitúa por la doctrina en un período amplio, entre los s. III y II a.C.; además, aún cuando se aceptaran los presupuestos de los que parte Benedek, no se ve por que razón no se pudo sentir, también antes de la ley *Atinia*, la necesidad de proteger a los poseedores usucapientes de *res mancipi*.

A pesar de que esta fundamentación no parece atendible, si que resulta aceptable la idea de Benedek de que esta acción sería introducida para proteger al presunto o probable propietario, adquirente por *traditio ex iusta causa*, mientras aún no ha usucapido; el riesgo que se corría, al proteger a éste, de proteger al mismo tiempo a adquirente *a non domino* era mínimo. El efectivo propietario, que a causa de robo ha perdido la cosa, no resulta perjudicado, pues podría en todo momento vindicar la cosa de aquél⁵⁰. La idea de que la *a. Publiciana* se creó para proteger al presunto propietario que todavía no ha usucapido y que conecta con la duda, que conlleva toda adquisición derivativa, de si se adquiere o no de persona legitimada, se puede aceptar, así pues, en principio como una correcta observación de Benedek. Pero, ello no obstante, esta idea no explica por qué la *a. P.* se vincula en el Edicto a la *traditio* (al ser ésta, junto a la *iusta causa*, presupuesto de la protección brindada por el Edicto) y no a otros modos de transmisión como la *mancipatio* o la *in iure cessio* o el legado.

No explica, por otro lado, Benedek como son tratados en las fuentes los supuestos de dudosa legitimación del enajenante. Estimamos que en estos casos, como en los de adquisición de *res mancipi tradita*, la *a. Publiciana* viene a superar un obstáculo de orden civil que impide la protección de estas adquisiciones con la *rei vindicatio*, pero su origen está en conexión con la transmisión por *traditio* a causa de venta, aunque luego su ámbito se ampliara⁵¹.

⁵⁰ Frente al usucapiente de buena fe podrá reivindicar dentro de los plazos de usucapición, pero si el adquirente lo era de mala fe podrá reivindicar también una vez ha transcurrido el plazo de usucapición, v. BENEDEK, «Ursprung...», *cit.*, p. 87.

⁵¹ Esta protección presume que tal adquirente es un adquirente *a domino*, pero la *Publiciana* cubre también el supuesto de adquisición *a non domino* y de adquisiciones *a non domino* con poder de disposición y *a domino* sin poder de disposición; si el enajenante no estaba legitimado para disponer, éste se prodrá de relieve en el proceso, y la *a. Publiciana* no podrá prospere

4.- La pretendida función secundaria de facilitación de la prueba del dominio

4.1. Una conclusión —aunque no aceptada unánimemente— a la que ha llegado la doctrina posterior a Wubbe es la de que la *a. P.* se limita a la protección del poseedor usucapiente, que ha adquirido por *traditio ex iusta causa* y que aún no ha usucapido. Creemos que esta conclusión debe ser admitida, pues la *a. P.* no puede prosperar cuando la cosa no es *habilis* (por ej. por tratarse de una *res furtiva*), o cuando el adquirente *a non domino* lo es de mala fe, dada la remisión que se hace en la fórmula a la adquisición del *dominium ex iure Quiritium* por ficción del transcurso del plazo de la *usucapio* (...*anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret...*), y no puede prosperar aunque el demandado no logre demostrar un mejor, o al menos igual, derecho a la cosa.

4.2. Creemos, por otro lado, de acuerdo con Diósdí y Apathy, que, a pesar de que cumple en época clásica esa función de protección del poseedor usucapiente, la causa de creación de esta acción no fue la protección del adquirente *a non domino* en sentido estricto.

La limitación de la *a. Publiciana* al poseedor usucapiente, como ha observado Apathy⁵², es comprensible si se piensa que esta acción fue creada para la protección del propietario bonitario (él piensa en el adquirente *a domino* de una *res mancipi* meramente entregada), para la tutela del adquirente *a domino*, que no recibe una protección adecuada ni con interdictos, ni con la *rei vindicatio*, la cual exigía la prueba del efectivo derecho de propiedad.

La *a. Publiciana*, según este autor, no estaría pensada para la protección de los adquirentes *a non domino*, porque esta acción, en comparación con la *legis actio sacramento in rem*, restringe mucho la legitimación activa a la misma de los adquirentes *a non domino*, a los cuales no protege como titulares de una propiedad relativa⁵³, pues tienen que reunir todos los requisitos de la usucapión, salvo el del transcurso del

rar frente a la *exc. iusti dominii* del verdadero dueño ajeno a la transmisión, o cuando se demuestre que la cosa no puede ser usucapida por tratarse por ej. de una *res furtiva* o realizada contra una prohibición legal, o por haber sido adquirida de mala fe a no propietario, o cuando el representante abusa de su poder de gestión, etc.

⁵² APATHY, *Studi Sanfilippo I*, p. 34.

⁵³ No protege a un adquirente o poseedor de buena fe mejor facultado a la cosa que su adversario, sino al poseedor usucapiente, pues si la cosa es por ej. una *res furtiva* el que demanda con la *a. P.* sucumbiría, punto débil de la teoría de Wubbe que ya fue destacado por KASER, Max, «In bonis esse», en *SZ* 78 (1961), p. 191 ss., y por WIEACKER, Franz, «Zur Verpfändung fremder Sachen», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue d'histoire du droit (TR)*, Groningen, Djakarta, Bruxelles, La Haya, 30 (1962), p. 67.

tiempo, y si éstos no resultan acreditados sucumbirían, aunque el demandado no haya probado una situación jurídica equiparable a la del demandante. Esto dificultaba enormemente que la acción pudiera ser ejercitada con éxito por el adquirente *a non domino*. En cambio, para un adquirente *a domino* la remisión a la *usucapio* implica sólo una limitación temporal, lo que hace pensar que fue ideada para la protección de este último supuesto⁵⁴.

Apathy ha entendido, así pues, que esta acción se conecta a la protección del propietario bonitario, sin embargo, parece circunscribir el concepto de propietario bonitario al adquirente *a domino* de una *res mancipi* sin formalidades (separando así propiedad bonitaria y propiedad pretoria).

Sin compartir este punto de vista restrictivo del concepto de *in bonis esse*, nos parece probable que esta acción surgiera para proteger al adquirente *a domino* o a persona legitimada, porque la *a. P.* no puede prosperar frente a la *exceptio iusti dominii* del verdadero dueño ajeno a la enajenación en la que basa su reclamación el demandante, pero sí puede ser ejercitada con éxito, frente a la *exceptio iusti dominii* del propietario que de alguna manera ha intervenido en aquella enajenación (vendiendo y entregando, o consintiendo la enajenación), mediante la concesión de una réplica al adquirente. Al proteger al adquirente *a domino*, sin embargo, se protegía indirectamente a aquellos adquirentes de buena fe *a non domino* de una cosa susceptible de usucapión (*res habilis*), frente al poseedor que tenía una peor posición jurídica que el demandante y que por ello no podía oponerse a la *a. P.* (protección relativa), aunque el pretor no estuviera pensando en la protección de este supuesto cuando creó la acción Publiciana.

Apathy cree, así pues, en la misma línea que Diósdí⁵⁵, que la *a. P.* era de esencial significación para el que adquiere una *res mancipi* sin formalidades. Pero para Apathy, el pretor al crear la *a. Publiciana*, en cualquier caso, quiso proteger al propietario bonitario, adquirente *a domino*, corrigiendo así al *ius civile*⁵⁶. El autor se basa también en el argumento de que, en este supuesto, la *a. Publiciana* permite al propietario bonitario la renovación en la situación de usucapión, cosa que no ocurre con el adquirente *a non domino*, pues éste, al ser repuesto en la posesión, tiene ya mala fe y no podrá usucapir.

⁵⁴ APATHY, *Studi Sanfilippo I*, p. 33.

⁵⁵ DIÓSDI, *Studi Sanfilippo I*, p. 165.

⁵⁶ APATHY, *Studi Sanfilippo I*, p. 35

4.3. Sin embargo, Apathy⁵⁷, partiendo de este dato, por lo demás dudoso, de que el adquirente de buena fe a non domino no puede, tras el proceso, renovar una situación de usucapición por estar ya en mala fe (al no aplicarse ya a la posesión interrumpida, según Jul. D.46,4,7,4 y Paul. D.41,3,15,4, la regla *mala fides superveniens non nocet*) y, sin embargo, resultar protegido con éxito con la *a. Publiciana*, llega a la conclusión, siguiendo en este punto a Wubbe, de que la *a. Publiciana*, al basarse más en la *traditio ex iusta causa* (que en una posesión *ad usucapionem*), protegería más bien al demandante como un legítimo adquirente que como un poseedor usucapiente⁵⁸. Sólo queda abierta para él una nueva usucapición si el hecho de propiedad queda «oscura», pero en tal caso el actor no es quizá un poseedor usucapiente, sino un propietario que recurre a la *Publiciana* por su mayor facilidad de prueba en comparación con la *rei vindicatio*⁵⁹. Aquí parece haber un intento, por parte de Apathy, de conciliar la tesis de Wubbe con su contrapuesta. A pesar del profundo y finísimo razonamiento realizado por Apathy, el autor no explica esta función (secundaria) de facilitación de la prueba del dominio, ni su engarce con las otras dos funciones que atribuye a la *a. Publiciana* en época clásica (protección relativa del poseedor de buena fe y protección absoluta del propietario bonitario). La idea de que la *a. P.* tiene también como fin facilitar la prueba del dominio al demandante, aún cuando éste sea un propietario no usucapiente, no puede apoyarse en la sola base de D. 41,3,15,2 y D. 41,4,7,4. No tiene pues suficientes apoyos textuales esta tesis. Pero, además, si analizamos casos donde la propiedad o la legitimación del tradente queda «oscura», casos de dudosa legitimación del enajenante, vemos que las fuentes pueden apoyar la observación de que el comprador es protegido más sobre la base de una *traditio ex iusta causa*, como legítimo adquirente, que en calidad poseedor usucapiente, pero creemos que no corroboran, sino más bien contradicen, la conclusión de Apathy sobre la función de facilitación de la prueba del derecho de propiedad que cumple aquí la *a. Publiciana*.

Pap. D.6,2,14, D.6,12,14 (Ulp. 16 ed.): Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denuntiavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilo minus tradiderit, emptorem tuebatur praetor, sive possideat sive petat rem. sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti: si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.

⁵⁷ APATHY, Peter, *SZ* 99 (1982), pp. 158 ss.

⁵⁸ APATHY, *Studi Sanfilippo I*, p. 36.

⁵⁹ APATHY, *Studi Sanfilippo I*, p. 37.

Comprobamos en este pasaje que, en el supuesto de adquisición de una *res*, en virtud de la venta y entrega hecha por persona dudosamente legitimada (el procurador ha recibido mandato de vender pero, una vez hecha la venta, el *dominus negotii* prohíbe entregar la cosa vendida y, no obstante, el procurador la entrega), el pretor protege al adquirente, ya posea (concediéndole la *exceptio* «*si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*»), ya pida la cosa (mediante la *a. Publiciana*). En conexión con las conclusiones de Apathy, se plantean dos problemas que son resueltos en las fuentes contradiciendo los resultados a los que llega el autor (y, en definitiva, la tesis de Wubbe al respecto, que no es posible conciliar con los resultados de la teoría tradicional):

1) ¿Podría escoger el adquirente, en caso de perder la posesión, entre la *rei vindicatio* y la *a. Publiciana*? Papiniano D.6,2,14 hace referencia a la *a. Publiciana* —el título del Digesto (D.6,2) donde se inserta este pasaje lo revela— del adquirente. El adquirente es protegido, así pues, si ha perdido la posesión, con la *a. Publiciana*. ¿Dificultad de prueba para éste adquirente?, sin duda, pero su protección con la *a. Publiciana* ¿no será debida a que desde el punto de vista del derecho material faltan a este adquirente los requisitos para adquirir el *dominium ex iure Quiritium* debido a la expresa prohibición de entregar por parte del *dominus*? Desde el punto de vista del derecho material, cabe la duda de si el procurador estaría legitimado a entregar en virtud del mandato de vender que le ha sido conferido: el procurador, en el supuesto decidido en D.6,2,14, había vendido con la voluntad del *dominus negotii*, pero entrega (en nombre propio) contra la prohibición de éste, esto es, contra su voluntad. Desde el punto de vista sustancial, no puede, sin embargo, decirse que el adquirente sea un *dom. ex i. Quir. ni un dominus pleno iure* (así D.41,1,9,4 exige que la entrega sea realizada por el *dominus* o *voluntate domini: Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat an voluntate eius aliquis... «rel.»*), no cabe pues para el adquirente la posibilidad de elección entre *rei vindicatio* y *a. Publiciana*, pero al desplazarse toda la problemática de la protección al plano del *ius honorarium* queda en la oscuridad si el adquirente es un propietario bonitario o un mero poseedor de buena fe, ambas cosas son posibles y ello dependerá del derecho o situación del *dominus negotii*⁶⁰, aunque lo cierto es que para la defensa del adquirente, frente a éste último, con la excepción mencionada en el texto (*exc. si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*) y con la *a. Publiciana*, Papiniano no toma en cuenta el requisito de la buena fe. La explicación de estos casos no se puede hacer desde el punto de vista procesal (opción entre *rei vindicatio* y *a. Publiciana* y dificultades de prueba del dominio).

⁶⁰ V. MIQUEL, Juan, «Exceptio rei voluntate eius venditae D.6,2,14», en *Estudios homenaje a Juan Bms. Vallet de Goytisolo V*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 675 ss., 677 ss., y «Traditio rei alienae voluntate domini», en *Mandatum und Verwandtes, Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Springer, Berlin 1993, pp. 271 ss.

2) En consecuencia ¿hay una explicación desde el punto de vista material de por qué este adquirente de una *res (mancipi o nec mancipi)* no ha adquirido el *dominium pleno iure*, esto es, también la propiedad civil, cuando ésta le ha sido vendida *voluntate domini*, pero luego le ha sido entregada contra esta voluntad? Creemos que sí: La distinción entre la actuación del *procurator* en nombre ajeno/en nombre propio, y el requisito del *ius civile*, en este último supuesto (actuación en nombre propio), de realizar también la *traditio*, no sólo la venta, *voluntate domini*. La cuestión resulta mal enfocada desde el punto de vista procesal. La cuestión no es ¿elegirá este adquirente, pudiendo utilizar la *rei vindicatio*, la *a. Publiciana* por la mayor facilidad de prueba? La cuestión, en realidad, es que, precisamente por aquella naturaleza oscura de la legitimación del enajenante, al no cumplir determinados requisitos de orden civil, pero pareciendo justo al pretor considerar que en el caso se ha dado una adquisición legítima, el adquirente sólo podrá ejercitar la *a. Publiciana*⁶¹. Una vez en el ámbito de la defensa pretoria si es aplicable el razonamiento de Apathy: el comprador es protegido más bien como un legítimo adquirente, aunque en el caso concreto sólo hubiera podido obtener, a lo sumo, una posesión de buena fe, por ser el principal un mero poseedor de buena fe.

Benedek se ha opuesto a esta función de facilitación de la prueba del dominio que según Apathy también cumpliría la *a. Publiciana*. Ciertamente, resulta difícil compaginar la teoría tradicional con la teoría de Wubbe sobre la función originaria y clásica de la *a. Publiciana*. Muy incierta es la función de facilitación de prueba que, entre otras, atribuye Apathy a la clásica *a. Publiciana*: la función de protección del que ha adquirido el *dominium*, el cual recurre a esta acción por las mayores facilidades de prueba frente a la *rei vindicatio*, cuando la propiedad o la legitimación del enajenante es dudosa.

4.4. Por otro lado, como hemos visto, Benedek cree que esta acción se introdujo por razones de derecho material y no procesales, pero él rechaza la idea de que la causa de introducción de la misma fuera la protección de las adquisiciones no formales de *res mancipi* (también la de que fuera creada para proteger al adquirente *a non domino*) y piensa que se creó con vistas a la protección del presunto o probable propieta-

⁶¹ Papiniano (10 *resp.*) D.17,1,57 hace referencia indirecta a una *Publiciana rescissoria* (cuya existencia confirman Paul. D.44,7,35 pr. y las Basílicas: comp. Doroteo, *scholia 5 Heimbach ad B.14,1,57*), la ejercita el que en otro tiempo reunió, es verdad, los requisitos de esta acción (Estéfano *sch. 5 Heimb. ad B. eodem*), frente a un comprador que ha usucapido con posterioridad, pero es una acción que se restituye al demandante a los fines de rescisión de la usucapición del adversario.

rio. Según ésto, la concesión de la *a. Publiciana* al adquirente presupone que éste es un presunto o probable propietario, un legítimo adquirente, aunque tal presunción puede destruirla en el caso concreto el demandado mediante la oposición de la *exc. iusti dominii*, siempre que ésta no pueda ser paralizada a su vez por el demandante con una réplica. Pero entonces habría que preguntarse ¿por qué se limita esta protección al adquirente por *traditio (ex iusta causa)*?, ¿es que no existen igualmente otros modos (derivativos) de adquirir en los cuales puede plantearse la misma duda acerca de la legitimación del enajenante?

La protección del propietario bonitario, adquirente a *domino*, seguramente está en la base de la introducción de esta acción. Sin embargo, tal vez no está plenamente justificado reducir estos supuestos a la enajenación de *res Mancipi* por mera *traditio (ex iusta causa)*, sin observar las formalidades exigidas por el *ius civile*. Tal vez lo correcto sea entender que en la base de su protección está también la de proteger al adquirente a persona legitimada según el *ius honorarium*, aunque falte algún requisito del *ius civile* en orden a esa legitimación. Se puede constatar en las fuentes la existencia de supuestos de adquisición, a no dueño autorizado a vender cosas de otro, no sólo de *res Mancipi* sino también de *res nec Mancipi*, en los que, no permitiendo un defecto de orden civil (por ej. ausencia de un *tradere voluntate domini*⁶²) la adquisición del *dominium ex iure Quiritium*, la *actio Publiciana* protege al comprador como legítimo adquirente por *traditio ex iusta causa*, y en los que se puede dar, además de una protección relativa, una protección absoluta, esto es, incluso frente al *dominus ex iure Quiritium* (que autorizó la venta). Ésto puede hacer pensar que la acción *Publiciana* es creada para la protección no sólo de las adquisiciones de *res Mancipi traditae a domino*, sino también para la protección de los adquirentes —tanto de *res Mancipi* como de *res nec Mancipi traditae*— *a non domini con potestas alienandi*, esto es, por medio de procuradores, de tutores y curadores... (Gayo, Inst. 2,64), donde se presentan vicios de orden civil, pero a los que el pretor protege como legítimos adquirentes⁶³.

⁶² Gayo D.41,1,9,4, habla de este requisito de la transmisión de las cosas del *dominus* por medio de *traditio*, en el caso de la enajenación por procurador dotado de una posición autónoma, y la equipara en tal caso a la realizada por el mismo *dominus*, sin distinguir entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, podría pensarse que Gayo (comp. Gayo, Instit. 1,54 —*duplex dominium*—) se refiere tanto al *dominus pleno iure* como a la propietario bonitario, en tal caso el requisito operaría como regla también en orden a la adquisición de la propiedad bonitaria por *traditio*, pero este empleo parece extraño al uso de la jurisprudencia clásica y es muy dudoso que Gayo emplee aquí la palabra *dominus* en esa doble acepción.

⁶³ Si ésto no fue así, al menos habría que reconocer que no mucho después de la introducción de la *a. Publiciana* ésta se extendería por la jurisprudencia a la protección de estos casos, aunque, sin embargo, no hay motivo fundado para pensar que se deban a una extensión jurisprudencial de la *a. Publiciana*, pues se refieren al mismo supuesto de compraventa.

Se explicaría así por qué, protegiendo al que adquiere a persona dudosamente legitimada, la *a. Publiciana* se limita a la adquisición por *traditio* (y no por *mancipatio o in iure cessio*), cuestión ésta que, como hemos visto, Benedek no explica: si la protección se limita a la adquisición por *traditio*, aún tratándose de un problema de dudosa legitimación del enajenante, es porque muy probablemente como regla estos «representantes» no podían realizar negocios formales de enajenación (*mancipatio o in iure cessio*) sobre cosas del principal, por razón del formalismo interno de estos negocios, como ya observó Mitteis⁶⁴.

En conclusión, considerar que la *a. P.* es la mera consecuencia de la necesidad de proteger las adquisiciones por *traditio* de *res Mancipi*, en las que no se han observado los negocios formales de *mancipatio o in iure cessio* exigidos por el *ius civile*, posiblemente supone no enfocar la cuestión en toda su dimensión, pues junto a la causa de necesidad de superar el formalismo de los negocios del *ius civile*, como consecuencia de las transformaciones económicas y sociales operadas en el s. II a.C., a fines de la república, otras causas, conjuntamente con ésta, pudieron motivar su creación en el contexto histórico de desarrollo del comercio a gran escala, como es por ejemplo la de la proliferación de importantes explotaciones económicas y formación de grandes patrimonios, ya que con ellos comienza a ser común la actuación en el mundo jurídico, no sólo a través de hijos y esclavos, sino también de procuradores libres de potestad⁶⁵, a los que se siente la necesidad de atribuir un poder de disposición sobre cosas ajenas con el fin de que administren todo o parte del patrimonio y negocios de un señor, los cuales es dudoso que pudieran realizar actos formales de enajenación respecto a cosas del dueño, no así la *traditio*, y respecto a cuyas enajenaciones (de *res Mancipi o nec Mancipi*) se podía plantear la necesidad de corregir el *ius civile* y superar otros requisitos exigidos por éste⁶⁶ para la transmisión del *dominium ex iure Quiritium*.

⁶⁴ MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Erster Band*, Leipzig 1908, pp. 208-210. V. también por último KASER, «Zum Wesen des römischen Stellvertretung», en *Ausgewählte Schriften II*, Camerino 1976, Jovene, p. 256.

⁶⁵ D ARMS, John H., *Commerce and social standing in ancient Rome*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London, 1981, pp. 42 ss. (v. también ANGELINI, Piero, *Il procurator*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 55 ss., p. 62 ss., especialmente p. 65, con relación a la realidad socio-económica del *procurator* romano).

⁶⁶ La misma necesidad se observa a fines de la república, por la tendencia a superar la tutela agnaticia de la mujer (y la correlativa prohibición de usucapir sus *res Mancipi* establecida por el *ius civile*), en la admisión de la *usucapio* y, probablemente también, la tutela procesal del adquirente de buena fe de *res Mancipi* de la mujer, que ésta realizaba sin la autorización del *verus tutor* (comp. *Fr. Vaticana I*).