

# SOBRE EL OBJETO DE LAS FICCIONES PRETORIAS \*

por

Alejandro Guzmán Brito

I. El propósito de la presente comunicación es fijarnos en el objeto de las ficciones pretorias en el derecho romano. Es así como intentaremos mostrar que dichas ficciones siempre recaían sobre lo que, con una muy amplia terminología, llamaremos calidades jurídicas, y nunca sobre hechos del mundo material. Si definimos funcionalmente una ficción como el considerar existente lo inexistente o viceversa, lo anterior viene a significar que una ficción da por existente una calidad jurídica inexistente, atribuyéndola a cierto individuo que realmente no la posee, o al contrario; pero que jamás dichas existencia o inexistencia fingidas se refieren a hechos materiales, verdadera y respectivamente inexistentes o existentes.

Esta verificación presenta tan solo una anomalía, y ella corresponde a la ficción propia de la acción Publiciana, en donde lo fingido es el transcurso de un plazo.

Queda expresamente excluido de este estudio el análisis de las ficciones legales<sup>1</sup>; pero también el de las llamadas ficciones jurisprudenciales, atendida la doctrina, por nosotros aceptada, de que verdaderamente tales ficciones no existieron en el derecho romano, según lo ha demostrado de modo convincente García-Garrido<sup>2</sup>.

Debemos, además, indicar que el examen de las ficciones pretorias se circunscribe a aquellos casos de dichas ficciones que se encuentran positivamente establecidos como tales por las fuentes. Con ello excluimos toda referencia a las ficciones pretorias conjeturadas por la romanística, pero no documentadas como históricamente existentes. Precisamente, este punto de vista, a nuestro juicio, debe permitir establecer un criterio acerca del objeto que debieron de tener las ficciones pretorias no-documentadas, cuando, por otros antecedentes, es posible deducir su existencia histórica<sup>3</sup>.

\* Comunicación presentada al I Congreso Chileno de Historia del Derecho y Derecho Romano, celebrado entre los días 12 y 15 de noviembre de 1975, en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

<sup>1</sup> En materia de ficciones legales, todo estudio acerca de ellas debe resolver previamente el problema de la capacidad de la ley para crear *ius* o modificarlo, y ello excedería enormemente el objeto de este trabajo. Atribuyendo a la ley dicha capacidad, la ficción legal se hace inútil y todas las fórmulas legales que los autores suelen considerar como casos de ficción, en realidad serían de equiparación de los efectos de las hipótesis legales nuevas a los efectos de hipótesis ci-

viles ya reconocidas, es decir, se trataría de una economía de lenguaje y de una manera de ilustrar lo querido por la ley, pero no de ficciones. Por lo demás, esto que se ha dicho para la ley vale también para los senadoconsultos.

<sup>2</sup> GARCÍA-GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en el derecho romano*, en *Anuar. Hist. Der. Esp.* 37 (1957), 1-38, espec. 29-38.

<sup>3</sup> Debe tenerse especialmente en cuenta ahora el exhaustivo estudio de VALLENO, *Acciones útiles* (Pamplona 1974), en el cual, dada su tesis de que *actio utilis* equivale a acción ficticia, se contienen numerosas hipótesis de ficción. Vid. mi recensión a esta obra, en *Rev. Est. His. Juríd.* 1 (1976), 156-162.

La tesis que aquí defendemos ya ha sido insinuada antes por Dekkers, dentro de un contexto amplio y sin una insistencia particular a propósito del examen de los distintos casos de ficción por él estudiados, incluso, a nuestro juicio, a veces contradiciendo en dicho examen el punto de partida<sup>4</sup>. Esto acaso explique que las líneas trazadas por aquel autor hayan pasado desapercibidas por la doctrina, y que sea corriente el decir de los estudiosos, de que las ficciones romanas tenían por objeto dar por existente o inexistente un hecho realmente inexistente o existente<sup>5</sup>. El análisis que ahora emprendemos mostrará que la primera alternativa de objeto de una ficción debe eliminarse.

II. Ficción "si heres esset". Encontramos expresamente atestiguado el uso de una ficción pretoria "si heres esset" en tres casos:

a) respecto del *bonorum possessor* o "sucesor" por derecho pretorio, cuya carencia de la calidad civil de *heres* le impedía usar las acciones reales y personales que habían competido a su causante, al mismo tiempo que los terceros se hallaban en la imposibilidad, por la misma razón, de accionar en su contra mediante las acciones que habían tenido frente a dicho causante<sup>6</sup>. El pretor, no pudiendo otorgar al *bonorum possessor* la calidad de *heres*<sup>7</sup>, daba en su favor y en su contra las correspondientes acciones, pero introduciendo en las fórmulas respectivas la ficción "si heres esset", referida precisamente al *bonorum possessor*. Documenta tal ficción Gai. 4. 34 y Ulp. Reg. 28. 12.

b) respecto del *bonorum emptor* o tercero adquirente de un patrimonio hereditario vendido en ejecución concursal. Puesto que el *bonorum emptor* no se convierte en propietario civil de ese patrimonio, no puede ejercer las acciones que tenía su anterior propietario fallecido, ni pueden ejercerse en contra del *bonorum emptor* las que terceros tenían frente a dicho propietario<sup>8</sup>. Para permitir el ejercicio activo y pasivo de tales

<sup>4</sup> Dekkers, *La fiction juridique* (París 1935), 22-23. Ejemplos de contradicciones en el examen particular de las ficciones son, según nuestro parecer, el considerar una ficción "si inter Nm. Nm. et Am. Am. divortium intervenisset" (p. 141), pues el divorcio, con tener efectos jurídicos e, incluso, con ser el mismo un acto jurídico, es un hecho del mundo material; respecto de la ficción "si pubes fuisset", cabe decir lo mismo (p. 171).

<sup>5</sup> Así: PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (reimp. Milano 1947) 2, 88 n. 1: "fatto"; Betti, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Padova 1947) 1, 287: "presupposti di fatto"; García-Garrido (supra n. 2), 7: "elemento de hecho o de derecho"; Biondi, *Istituzioni di diritto romano*<sup>4</sup> (Milano 1972), 22: "fatto"; d'Ors, *Derecho privado romano*<sup>2</sup> (Pamplona 1973), 94: "hecho"; Scherillo, *Corso di istituzioni di diritto romano* (Milano s.d.) 2, 188: "elemento di fatto". En otros casos se emplean expresiones ambiguas: Arangio-Ruiz, *Las acciones en el derecho privado romano* (trad. Gutiérrez, Madrid 1954), 79: "condiciones exigidas por el derecho

objetivo"; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*<sup>10</sup> (Torino 1951), 117: "condizioni del rapporto originario"; Scialoia, *Procedimiento civil romano* (trad. Sentís-Ayerra, Buenos Aires 1954), 462-463: "elementos exigidos por el derecho civil"; Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966), 253: "Tatbestandselement"; GUARINO, *Diritto privato romano*<sup>4</sup> (Napoli 1970), 203: "requisito del *ius civile*"; Iglesias, *Derecho romano*<sup>6</sup> (Barcelona 1972), 205: "requisitos" o "circunstancias". Dentro de tales ambiguas expresiones, en relación con la posible dualidad de objeto en la ficción, podemos entender incluidos también a los hechos materiales. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>6</sup> (reimp. Aalen 1970) 1, 181 habla de "droit ou qualité". Lo primero es un error, pues jamás la ficción pretoria se refiere a un derecho (subjetivo), y lo segundo, siendo cierto, se mantiene aún en la ambigüedad antes señalada en otros autores.

<sup>6</sup> Gai. 3. 81.

<sup>7</sup> Gai. 3. 32.

<sup>8</sup> Gai. 3. 81.

acciones respecto del *bonorum emptor*, el pretor otorga la llamada acción Serviana, en la cual figura la ficción "*si heres esset*" aplicada al *bonorum emptor*<sup>9</sup>. Menciona esta ficción Gai. 4. 35.

c) respecto del fideicomisario a quien el heredero fiduciario ha restituido la herencia. Como quiera que el heredero resulta ser precisamente el fiduciario, en principio las acciones existentes en favor y en contra del causante pasaban a tal heredero, en circunstancias de que quien realmente recibía el patrimonio hereditario era el fideicomisario.

El senado consulto Trebeliano dispuso que dichas acciones competieran en favor y en contra del fideicomisario, y el pretor, haciendo aplicación de esta disposición, las otorgaba *quasi heredi et in heredem*, es decir, como en favor de un heredero y como en contra de un heredero. Gai. 2. 253 e Inst. 2. 23. 4 llaman *utiles* a estas acciones, y Theoph. Par. ad leg. aclara perfectamente que ellas eran ficticias, en las cuales se usaba la ficción "*si heres esset*" respecto del fideicomisario.

En todos estos casos nos encontramos en presencia de ficciones cuyo objeto es la calidad de *heres*, y consisten en atribuirle a quien realmente carece de ella. Pero la calidad de *heres* solo se entiende desde el derecho y, obviamente, no pertenece al mundo material: se trata, en consecuencia, de una calidad jurídica.

III. Ficción "*si civis romanus esset*". Se trata de acciones legítimas (sc. acciones derivadas de una ley) inutilizables por no-romanos o en contra suya por romanos, en circunstancias de que resultaba justo extenderlas, activas y pasivamente, también a ellos, en resguardo de sus intereses, si intentaban accionar, o de los terceros, si estos pretendían demandar a un no-romano. Esta extensión era cumplida por el pretor otorgando la correspondiente acción con la ficción "*si civis romanus esset*", relativa al no-romano. Así, p.ej., sucedía con la *actio furti* o con la *actio legis Aquiliae*. Refiérese a esta clase de ficción Gai. 4. 37, en donde, aparte de transcribirse la fórmula ficticia de la *actio furti*, se explica que con ello *civitas romana peregrino fingitur*, y que la acción se da *ficta civitate romana*.

En torno a esta ficción, todo cuanto se dijo para la ficción "*si heres esset*" puede repetirse aquí. La calidad de *civis* es precisamente jurídica, y no un hecho del mundo material. La ficción consiste en atribuirle a un no-romano, quien realmente carece de ella.

IV. Ficción relativa a la *capitis deminutio*. Gai. 4. 38 expone el siguiente caso de ficción pretoria relativa a la *capitis deminutio*: alguien, deudor por derecho civil, sufre la *capitis deminutio* llamada mínima, es decir, es arrojado o ingrese a la *manus* de su marido; debido a ello, la obligación se extingue. Con el fin de evitar la frustración del interés del acreedor, el pretor concede la *restitutio in integrum* y la subsiguiente acción ficticia en favor de dicho acreedor y en contra del (ex-) deudor. En dicha acción se finge que el (ex-) deudor *capitis deminutus non esse*, con lo cual la deuda debe ser cancelada. Se refiere al caso Gai. 4. 38<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Si el concursado estaba vivo, entonces se empleaba la acción Rutiliana (Gai. 4. 35): usar la Serviana, en estas circunstancias, habría conllevado la idea

de considerar al concursado vivo como muerto.

<sup>10</sup> Vid. también Gai. 3. 84 y cf. Inst. 3. 10. 3.

Por lo demás, la acción se encontraba prometida en el edicto, de acuerdo con Dig. 4. 5. 2. 1 (Ulp., 12 *ed.*):

Ait praetor: Qui quaeve, postea quam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, indicium dabo<sup>11</sup>.

Según Lenel<sup>12</sup>, la fórmula de la acción sería: *Si Ns. Ns. capite deminutus non esset, tum si Nm. Nm. Ao. Ao. dare oporteret, iudex Nm. Nm. Ao. Ao. . . . condemnato, s.n.p.a.*

La promesa edictal de Dig. 4. 5. 2. 1 no debe conducir a engaño con su expresión *quasi id factum non sit*<sup>13</sup>: ella está referida a la hipótesis *qui quaeve. . . capite deminuti deminutae esse*. Lo que se supone que *factum non sit* es el que alguien ha entrado en la condición de *capitis deminutus*; y dicha condición es, naturalmente, de carácter jurídico. No se trata, por lo tanto, de suponer no realizado el acto que produjo la *capitis deminutio*, p. ej., la *adrogatio* o la *conventio in manu*, que, aún siendo actos jurídicos, son también acontecimientos materiales, sino que se trata de dar por inexistentes los efectos jurídicos (y no materiales) de dicho acto: la calidad de *capitis deminutus*.

V. Ficción "si . . . anno possedisset".— Mención especial merece la ficción contenida en la acción Publiciana. Dice Gai. 4. 36:

<Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana> vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditum 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 As. As. emit <et> is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur <ex iure Quiritium eius> esse oporteret, et reliqua<sup>14</sup>.

La promesa edictal de esta acción figura en Dig. 6. 2. 1. pr. (Ulp., 16 *ed.*):

<sup>11</sup> Dice el pretor: "contra aquellos o aquellas respecto de quienes se alegue que han sufrido *capitis deminutio* después que con ellos algo se gestionó o se contrató algún negocio, dará un juicio como si eso no haya sido".

<sup>12</sup> LENEL, *Das Edictum Perpetuum* 3 (reimp. Aalen 1956), 118.

<sup>13</sup> LENEL (supra n. 12), 117 n. 4 sospecha de esta frase por su ambigüedad, ya que, en vez de considerársela referida a la *capitis deminutio*, podría entenderse en relación con *actum contractumve*, y porque en vez de *sit* debería hallarse *esset*.

<sup>14</sup> <También se finge la usucapación en aquella acción> llamada <Publiciana>.

Se da dicha acción a aquel que, habiéndosele hecho tradición de una cosa en virtud de una justa causa, sin que luego la hubiera usucapido, reclama dicha cosa por haber perdido su posesión. Puesto que no puede pretender que la cosa es suya de acuerdo con el derecho de los Quirites, se finge que la ha usucapido, y así la reclama como si se hubiera hecho propietario de acuerdo con el derecho de los Quirites, como en este caso: "haya un juez. Si Aulo Agerio hubiera poseído durante un año el esclavo que compró, del cual se le hizo la tradición, y entonces ese esclavo debiera ser suyo <de acuerdo con el derecho de los Quirites>, etc.".

Ait praetor: Si quis, id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo<sup>15</sup>.

Pero esta versión justiniana adolece de indudables alteraciones<sup>16</sup>, de modo que la versión original pudo ser:

Si quis, id quod mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

Así, pues, de acuerdo con esta restitución, si alguno había adquirido algo por *mancipatio* o *traditio* (sin importar si el enajenante había sido o no dueño), precedidas de una justa causa, y perdiere luego la posesión antes de haber usucapido la cosa, el pretor le otorgaba una acción que es la Publiciana.

Gayo dice que en dicha acción *usucapio fingitur*, y luego repite que *fingitur rem usucepisse*, como si lo fingido hubiese sido precisamente la *usucapio*. Pero, si nosotros atendemos a la fórmula que luego él reproduce, verificaremos que la ficción propiamente era "*si... anno possedisset*". De acuerdo con ello, lo fingido era el año y no la *usucapio*. En todo caso, es conveniente recalcar que no se finge la posesión, porque la acción tiene como presupuesto el que el actor haya poseído la cosa un instante siquiera<sup>17</sup>; sobre esta base, se atribuye a tal posesión, real y no fingida, la prolongación del tiempo.

Con esta interpretación, nuestra tesis relativa al objeto siempre jurídico de la ficción romana encuentra una excepción: el plazo, en sí mismo considerado, no es una calidad jurídica. A tal respecto, debemos hacer las siguientes consideraciones:

a) en verdad, no es desechable la hipótesis de que lo fingido en la acción Publiciana hubiera sido, no el plazo sino la *usucapio*, es decir, no "*si... anno possedisset*", sino "*si... usucaptum esset*", como Gayo lo da a entender cuando habla de que en dicha acción *fingitur rem usucepisse*.

Es de notar que el carácter ficticio de aquella acción no se desprende de la cláusula edictal en que estaba prometida, tal cual nos ha sido conservada por Dig. 6.2.1. pr., y esa cláusula perfectamente daría pie para pensar en que lo ahí prometido era una acción *in factum*. Por el contrario, la expresión edictal *et nondum usucaptum* hace echar de menos una expresión complementaria, en donde el carácter ficticio de la acción quede de manifiesto, y si una expresión así existió, posiblemente estuvo referida precisamente a la frase transcrita. Como ella es el elemento que en último término impide al poseedor entablar la acción civil reivindicatoria, pues aún no ha usucapido la cosa, la referencia a la ficción debió de coordinarse con tal elemento. En consecuencia, tal referencia bien pudo ser *quasi id usucaptum esset*, con lo cual la promesa quedaría así:

<sup>15</sup> Dice el pretor: "Si alguien reclama lo que con justa causa le fue entregado por quien no era su dueño, y antes de haberlo usucapido, le daré una acción".

<sup>16</sup> Vid. *Index Interp.* ad leg. (tam-

bién *Suppl.*). La versión que recogemos en el texto es la de Lenel (*supra* n. 12), 171.

<sup>17</sup> Dig. 6. 2. 12. 7.

Si quis, id quod mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, quasi id usucaptum esset, iudicium dabo<sup>18</sup>.

Los compiladores justinianos habrían suprimido la expresión *quasi id usucaptum esset* para eliminar el carácter ficticio de la acción Publiciana.

De ser correctas estas conclusiones, nuestra tesis quedaría salvada por lo que respecta a la construcción edictal. En el edicto, el objeto de la ficción habría sido la *usucapio*, que, si bien se basa en elementos materiales (como la posesión) y de medición convencional (como las medidas de tiempo equivalentes a uno o dos años, según los casos), no es, en sí misma, una situación material sino jurídica: se trata de atribuir a la cosa la calidad de usucapida (*res usucapta*).

Pero, es cierto, todavía permanecería en pie la construcción formularia de la acción en los términos expuestos por Gayo: dice éste que la fórmula rezaba, en su parte pertinente, "*si... anno possedisset*", y no "*si... usucepisset*". También es cierto que tal construcción se ajustaba a la idea de evitar que a través de la ficción se sorteasen las prohibiciones de usucapir ciertas cosas (p. ej., las *res furtivae*), pues, de haber sido la ficción relativa a la *usucapio*, entonces incluso tales cosas hubieran podido ser reclamadas con la acción Publiciana. Construyendo, en cambio, la ficción como relativa al tiempo, todavía el juez podía rechazar la acción si, pese a la ficción del tiempo, resultaba que la cosa no había podido ser usucapida, y, en consecuencia, resultaba imposible obtener la conclusión: "y entonces la cosa debiera pertenecerle en virtud del derecho civil" (*tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse oporteret*).

En consecuencia, un *non liquet* se impone en torno a la posibilidad de una referencia expresa en el edicto al carácter ficticio de la acción Publiciana, y todavía queda en pie que al menos su fórmula fingía un lapso.

b) La ficción "*si anno possedisset*" alude no a un lapso cualquiera sino a un lapso jurídicamente fijado, es decir, a aquel plazo de dos años para los *fundi* y de un año para las *ceterae res*, como exigible para estimar consumada la *usucapio*. Desde este punto de vista, podríamos considerar que nuestra ficción se refería a una calidad jurídica: un lapso jurídicamente definido y determinado.

c) Finalmente, los lapsos de uno o dos años no son propiamente un hecho del mundo material cuanto medidas convencionales de tiempo, pues un calendario (por muy natural que se pretenda) al final de cuentas es él mismo una convención, del mismo modo que lo son las demás medidas. Mirada así la situación, un lapso puede aproximarse a las categorías jurídicas de *heres, civis o capitis deminutus*, también ellas construcciones artificiales y convencionales (aunque tiendan, por otro lado, a basarse en la naturaleza de las cosas). Y en ello radica la razón última de que haya sido posible una ficción relativa al tiempo, que es la misma que explica la existencia de ficciones referentes a categorías jurídicas y

<sup>18</sup> Si alguno reclama lo que le fue dado en una mancipatio o entregado con justa causa, y antes de haberlo usuca-

pido, le daré una acción como si lo hubiera usucapido.

la imposibilidad de ficciones relativas a hechos materiales, según luego se verá.

VI. Debemos ahora considerar un texto que da cuenta de una ficción, sin que, a nuestro juicio, en realidad sea tal. Gai. 4. 32:

Item in ea forma, quae publicano proponitur, talia fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnatur<sup>19</sup>.

El texto da a entender la existencia de una fórmula (*forma*) pretoria reemplazante de la antigua *legis actio per pignoris capionem*, en la cual iba insertada una ficción "*si pignus captum esset*".

A nuestro modo de ver, sin embargo, el caso contemplado aquí por Gayo no debió de constituir una ficción propiamente tal. Para explicar tal postura tan radical, que contraviene las palabras del texto mismo, es menester adentrarnos en el estudio de algunos aspectos de la *pignoris capio*.

De acuerdo con Gai. 4. 28, la *pignoris capio* era lícita para el publicano en virtud de su establecimiento en la *lex censoria*:

Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent<sup>20</sup>.

Como es sabido, existen otros casos en que estaba permitido usar esta *legis actio*<sup>21</sup>, de los cuales no nos vamos a ocupar ahora. En relación con el caso que tratamos (si bien extendiendo la hipótesis a los demás), cierta doctrina<sup>22</sup> ha creído explicar la función que cumplía en el procedimiento formulario la pretendida ficción de *pignoris capio* referida por Gai. 4. 32, de la siguiente manera: mientras dicho procedimiento no fue introducido, la relación deudora entre el vectigalista y el publicano no estaba sancionada por el *ius civile*, es decir, no consistía aquélla en una *obligatio* continente de un *dare oportere*. De ahí que se hubiera autorizado el ejercicio de la *pignoris capio* en favor del publicano y en contra del vectigalista, de modo de constreñir a este último a pagar al primero el vectigal insoluto, mediante la presión que significaba la toma de un bien del vectigalista como prenda; si éste, pues, deseaba recuperar dicha prenda, no le quedaba otro camino que saldar el vectigal.

Todo esto parece sustancialmente cierto. Pero, además, se ha pretendido<sup>23</sup> que, introducido el procedimiento formulario, ya no se recurrió más a la toma efectiva de prendas, y el pretor, en una fórmula especial,

<sup>19</sup> También en la fórmula que se ofrece el publicano hay una tal ficción, de modo que, si una prenda hubiese sido cogida, aquel a quien esta prenda había sido cogida sea condenado a pagar tanto dinero cuanto en otro tiempo debería pagar.

<sup>20</sup> También la ley censoria da la *pignoris capio* a los publicanos de los vectigales públicos del pueblo romano en

contra de aquellos que, por alguna ley, debieran vectigales.

<sup>21</sup> Gai. 4. 27, 28. Cf. Gell. 6. 10. 2.

<sup>22</sup> Por todos, PUGLIESE, *Il processo civile romano* (Roma s.d.) 1,321-336.

<sup>23</sup> PUGLIESE (supra n. 22) 1,333-336; Gai.4.32 e la *pignoris capio*, en *Mélanges Ph. Meylan* (Lausanne 1963) 1,1-14; espec. 9-14.

habría fingido dicha toma, con el objetivo preciso de crear una relación civil de *obligatio* entre el vectigalista y el publicano que fundara la condena del primero. Puesto que, cuando la *pignoris capio* se cumplía efectivamente, el vectigalista, si deseaba recuperar su prenda, debía pagar el vectigal, cuando aquélla ya no se cumple más, se finge como realizada “para dar a la *condemnatio* de la fórmula aquella base que, de otro modo, no existiendo un *dare (facere) oportere*, la habría faltado”<sup>24</sup>.

Esta hipótesis no es aceptable. Suponer que la ficción de una toma de prenda crea una *obligatio* del vectigalista hacia el publicano, capaz de fundar la *condemnatio* en el procedimiento formulario, y que, para lograr tal resultado, se habría introducido la ficción, parte del supuesto —absolutamente indemostrado, pero también falso— de que cuando la *pignoris capio* se realizaba efectivamente, un tal vínculo se producía. Si así hubiera sido, entonces querría decir que una vez cogida la prenda, el publicano disponía de una acción civil para cobrar el vectigal al vectigalista, fundado en la *obligatio* generada por la *pignoris capio*. Pero una acción así no existió jamás. Por el contrario, el publicano se mantenía en una actitud pasiva, en espera de que el vectigalista le pagara para recuperar su prenda; por lo tanto, era más bien a este último a quien correspondía tomar la iniciativa<sup>25</sup>.

Si lo anterior fue como hemos indicado mientras la *pignoris capio* se practicaba efectivamente, entonces, una vez surgido el sistema narrado por Gai. 4, 32, la pretendida ficción ahí consignada no pudo ser apta para crear el vínculo obligacional civil. Si una real *pignoris capio* no generaba *obligatio*, no se ve cómo una *pignoris capio* ficticia la hubiera generado. Ningún juez hubiera podido extraer de la ficción “*si pignus captum esset*” la conclusión “*tum Nm. Nm. X milia sest. dare oporteret*”.

De esta manera, si efectivamente la fórmula señalada por Gai. 4. 32 contenía una ficción, otra debió de ser su función. Pero tal función no pudo ser diferente de aquella que la *pignoris capio* efectiva cumplía en el antiguo sistema. Entonces, la toma de prenda servía para constreñir al vectigalista a pagar al publicano, pero no creando una *obligatio*, sino por medio de la presión, llamémosla, psicológica que implicaba el haber perdido un bien propio. Resulta claro, sin embargo, que esta función coactiva no podía cumplirse mediante una ficción de *pignoris capio*, pues, precisamente, se habría tratado de una ficción. El vectigalista no hubiera tenido ningún interés en pagar, ya que realmente ninguna prenda le había sido cogida. El problema debe ser planteado, a nuestro juicio, en otros términos.

Gayo dice esencialmente que existió una acción para condenar al vectigalista en favor del publicano. Debemos, en consecuencia, pensar que dicha condena, no basándose en ninguna relación obligacional civil, se hizo posible en virtud de la misma acción a la que Gayo se refiere. En

<sup>24</sup> PUGLIESE (supra n. 22) 1,335; *Id.* (supra n. 23), 9-10: “no pudiendo afirmarse ni hacerse verificar por el juez, que el contribuyente estaba obligado a pagar la suma del *vectigal* al publicano, se presuponía que el contribuyente, si una prenda hubiese sido tomada, habría estado *constreñido* a pagar dicha suma para rescatar la prenda...”.

<sup>25</sup> El mismo Pugliese (supra n. 22) 1, 331-332, supone que el vectigalista que se sentía haber sido injustamente víctima de una *pignoris capio*, podía demandar al publicano con acciones ordinarias, como la *vindicatio*, la *actio furti* o la *actio legis Aquiliae*, en su caso, y utilizar la *sponsio praeiudicialis*.

un momento determinado, se sancionó el pago del vectigal a través de una acción, y el vectigalista, que antes sólo se veía coaccionado indirectamente a dicho pago, entonces se vio directamente obligado a él en virtud de la acción (*actione teneri*).

Dentro de esta acción, ¿qué función cumplía la referencia a la antigua *pignoris capio* (*si pignus captum esset?*). A nuestro juicio, con ella se introduce nada más que un criterio de referencia cuantitativo para medir la condena: el vectigalista debe ser condenado a pagar tanto dinero cuanto antes debía pagar si se le hubiese cogido una prenda (para rescatarla).

No se trata, por lo tanto, de fingir cogida una prenda para obligar al vectigalista a pagar. En tal caso, Gayo no hubiera dicho que se le condena a cuanto pagaría si se le hubiese cogido una prenda, sino que hubiera dicho que se le condena como si una prenda le hubiese sido cogida (dando por supuesto que el coger una prenda permitía fundar una condena, es decir, daba lugar a una *obligatio*). De lo que se trata es de suponer que una prenda ha sido cogida para determinar a cuánto debe ser condenado el demandado. Gayo, en consecuencia, está hablando de la *condemnatio* y no de la *intentio*. De haber existido realmente una ficción, es evidente que ella debía figurar en la *intentio* para fundar luego la *condemnatio*. Pero Gayo se está refiriendo a un criterio incluido en la *condemnatio* apto para determinar su monto. Todo ello significa que la operación que el juez debía realizar consistía, no en pasar por alto que no había habido una *pignoris capio*, en virtud de que se le había ordenado fingir que realmente la había habido, sino que, acreditada la existencia de la deuda (en base a la autónoma y directa *intentio* de la fórmula), de calcular el monto de la condena poniéndose en el caso que se hubiera realizado una *pignoris capio*. En síntesis, lo mismo que se hacía cuando el juez calculaba la condena en acciones que permiten tener en cuenta el *interesse*, es decir, poniéndose en el caso de lo que hubiera significado para el acreedor el cumplimiento exacto y oportuno de la deuda por el deudor, si este hubiera cumplido<sup>26</sup>.

En todo caso, que no nos traicionen las palabras. Suponer, para los efectos del cálculo de la condena, que ha habido una *pignoris capio* no es técnicamente una ficción. Tampoco lo es, p. ej., el mantener las desheredaciones para el cálculo de la porción intestada que hubiera correspondido a los preteridos en el caso de la *bonorum possessio contra tabulas*, si la sucesión de que se trata se hubiera abierto *ab intestato*<sup>27</sup>. Si así hubiera realmente sido, las desheredaciones no hubieran existido, y los desheredados hubieran llevado su cuota, por lo que la del preterido hubiese sido menor que aquella que le corresponde manteniendo dichas desheredaciones. Tal sistema, de mantener las desheredaciones, conduce a suponer que, de haberse abierto *ab intestato* la sucesión, los desheredados no existían; pero ello, repetimos, no es una ficción, sino un simple modo de calcular. Lo mismo sucede en el caso que analizamos: no se trata de fingir una *pignoris capio*, sino de suponerla para efectos de un cierto cálculo<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> No es, naturalmente, que afirmemos haber tenido lugar el *interesse* en la acción de Gai. 4. 32. Se trata nada más que del recurso a una analogía ilustradora.

<sup>27</sup> Dig. 37. 4. 8. pr.; 37. 4. 10. 5.

<sup>28</sup> En todo caso, resulta claro que las

"verdaderas" ficciones son distintas de esta "suposición" para efectos del cálculo, incluso para el mismo Gayo, pues éste, en el párr. 4. 34, al exponer las primeras, comienza por decir: "*Habemus adhuc alterius generis fictionis*".

Aceptando que la referencia "*si pignus captum esset*" no es sino un criterio cuantitativo determinante de la condena, es preciso plantear el problema de su funcionamiento.

Provisoriamente hemos dicho que bajo el régimen de la *pignoris capio*, lo que el vectigalista se veía conducido a pagar para recuperar la prenda era el equivalente al valor del vectigal. Pero ahora debemos introducir el tema de si más propio resulta aceptar que incluso bajo ese régimen, el pago no era equivalente a dicho valor, sino a uno más alto. Sólo así, a nuestro juicio, y descartada la teoría de la fuerza creadora de una *obligatio* civil de parte de la *pignoris capio*, se explican los términos del texto gayano, en virtud de los cuales la condena es a cuanto se hubiera debido pagar si una prenda hubiese sido cogida. De otro modo, Gayo quizá habría dicho directamente que la condena era al valor del vectigal.

La tesis de que el valor cancelable por el vectigalista para rescatar su prenda era el valor de la misma prenda, encuentra su obstáculo en que, cuando la prenda realmente no era cogida, resultaba imposible determinar ese valor en base a la cosa supuestamente cogida. ¿Cuál de todas las pertenecientes al vectigalista se consideraba tomada como prenda?<sup>29</sup> Esta hipótesis, en consecuencia, debe descartarse por absurda.

Pero, así las cosas, es mejor practicar el *ars nesciendi* en una cuestión que, apareciendo, en nuestra opinión, clara en su planteamiento —criterio cuantitativo de referencia y no ficción— no resulta igualmente clara en su solución —cómo operaba dicho criterio.

Nos resta por explicar el error de Gayo, consistente en afirmar la existencia de una ficción en la fórmula ofrecida al publicano. Preliminarmente, debemos recordar que, si efectivamente la ficción Publiciana era "*si... anno possedisset*", entonces ya tenemos otro caso en que Gayo erró en la apreciación acerca del carácter de una ficción, cuando afirma que aquella consistía en  *fingere rem usucepisse*. ¿Por qué no pudo errar también a propósito de la acción del publicano?<sup>30</sup> Posiblemente la *condemnatio* de esta acción incluyera la expresión "*si pignus captum esset*", con la función que nosotros hemos creído mostrar. Gayo, por la similitud de esa expresión con las construcciones propias de las verdaderas ficciones: "*si heres esset*", "*si civis esset*", "*si capitis deminutus non esset*", posiblemente estimó que la construcción "*si pignus captum esset*" era indicio de una ficción.

VII. Para terminar estas observaciones, nos resta por intentar explicar los motivos de la procedencia de ficciones, tan sólo atañentes a calidades jurídicas, y su improcedencia respecto de hechos materiales. ¿Por qué el pretor se sentía autorizado a fingir que un no-heredero era heredero, y no hacía lo propio fingiendo, p. ej., que un muerto está vivo?

<sup>29</sup> El argumento, en sí, pertenece a Pugliese (supra n. 22) 1, 333 n. 201; pero él sólo sirve para abatir la hipótesis de que el valor de condena era el de la cosa o uno referido a ella, no la de que dicho valor no era equivalente al monto del vectigal, que es la conclusión de Pugliese.

<sup>30</sup> No olvidemos cuán difícil es configurar un concepto claro de ficción, lo que ha inducido a muchos autores a equívocos, extendiendo desmesuradamente dicho concepto: vid. GARCIA-GARRIDO (supra n. 2), 1-5.

La ficción, como instrumento de la técnica formularia, funcionaba para superar el derecho civil; pero, junto a las acciones portadoras de ficciones, existían las acciones *in factum*, cuya función resultaba igualmente superadora de aquel derecho. Frente a estas dos clases de recursos jurisdiccionales cabe preguntarse, ¿cuándo el pretor, para superar el derecho civil, ofrecía una acción ficticia y cuándo una *in factum*?

Nos parece que la respuesta viene dada por la conclusión a que nos hemos visto conducidos en este estudio: si se trataba de producir determinados efectos jurídicos para cuya producción se alzaba en contra un elemento o cualidad jurídicos prescritos por el derecho civil, en el caso concreto realmente existentes o inexistentes, entonces la manera de pasar por sobre ellos era fingir su inexistencia o su existencia, según el caso. Si, en cambio, el defecto o el exceso impeditivos de la producción de determinados efectos estaba constituido por hechos del mundo material, entonces lo propio era dar una acción *in factum*, en la cual se supeditase la condena a la verificación de los hechos que precisamente interesaba reconocer como relevantes, describiéndolos en la correspondiente fórmula.

Esquemáticamente, pues, podría decirse que con la ficción se supera un elemento jurídico, mientras que con la acción *in factum* se supera un elemento de hecho<sup>31</sup>.

Este criterio, aparentemente muy claro, todavía no explica, sin embargo, el por qué con la ficción se puede superar un elemento jurídico, en tanto no un elemento de hecho, de modo que, por así decir, haya resultado necesario recurrir a las acciones *in factum* para cumplir esta segunda operación.

La razón, nos parece, se encuentra en el carácter constructivo de lo jurídico frente al carácter natural de lo fáctico<sup>32</sup>. El *ius civile* está constituido por un conjunto de categorías conceptuales creadas, con las cuales los hechos son discriminados, distinguidos y juzgados, sin ser ellas mismas dichos hechos. En consecuencia, resultan manejables por la potestad del pretor, quien puede ordenar al juez dar por jurídicamente existente o inexistente una determinada calidad. Los hechos, por el contrario, se imponen; son datos que escapan a la creación jurídica y, por ende, a su libre atribución por medio de ficciones. La tan celebrada actitud de los romanos consistente en su firme adhesión a la naturaleza de las cosas, tenía que hacerles comprender esta sencilla verdad.

Tal es también la razón por la cual el caso, ciertamente anómalo, de la ficción Publiciana fue posible: las medidas de tiempo tienen una estructura similar a lo jurídico: también aquellas son construcciones y no datos del mundo material, quedando, así, abierta la posibilidad de su libre atribución potestativa mediante el recurso a la ficción.

<sup>31</sup> Debido al carácter "fáctico" de las acciones *in factum*, resultaba impropio que una acción ficticia se basara en una acción *in factum*. Si el pretor deseaba extender a otros supuestos una acción

de tal naturaleza, entonces daba una nueva y distinta acción *in factum*: vid. VALINO (supra n. 3), 24.

<sup>32</sup> Para esto, cf. DEKKERS (supra n. 4), 22-24.

