

La *perclusio locatoris* como *vis privata legitima*

por José Luis MURGA
(Sevilla)

I. Introducción

1. — No deja de sorprender a todo aquel que estudie el interdicto *de migrando* ⁽¹⁾ la notable arcaicidad y anacronismo de la *perclusio*, aquella ocupación de los *invecta et illata* que llevaba a cabo el inquilino y que viene a ser como la contrapartida natural del interdicto. Desgraciadamente son tan escasos los datos que las fuentes nos dan que casi nada sabemos ni de uno ni de la otra. Sí parece sin embargo claro que el dueño de la vivienda alquilada, llegado el momento de la insolvencia del *conductor* en el pago de la correspondiente *pensio*, ejercía como una especie de apoderamiento o *pignus capere* sobre los muebles y enseres del inquilino, algo así como una auténtica medida de fuerza, más o menos indiscriminada con la cual lograba por sí mismo la

(1) Muy poco es lo que se ha escrito sobre el interdicto *de migrando*. Fué este una posibilidad procesal ofrecida al inquilino de algun modo asimétrica a la que suponía el interdicto Salviano en el arrendamiento agrícola. En este último el *locator* ocupaba la posesión de los *invecta et illata* tras la tramitación del interdicto. Sin embargo en el arrendamiento urbano el interdicto se ofrecía no al *locator* sino al *conductor* a fin de que este pudiera readquirir la posesión perdida de sus enseres ocupados por el *dominus fundi* como pignoración real. Vid. KRELLER: *Pfandrechtliche Interdicte und formula serviana*, en *ZS* 64 (1944), p. 313 ss.; KASER: *In bonis esse*, en *ZS* 87 (1961), p. 216 ss.; FREZZA: *Le garanzie delle obbligazioni. Le garanzie reali*, Padua 1963, p. 303 ss.

satisfacción de su crédito y ello sin necesidad de someterse a ningun tipo de formalidad ni rito especial.

La *perclusio* o toma de bienes, efectuada tal vez originariamente casi como un asalto a la vivienda del inquilino malpagador, fue sin duda un drástico procedimiento ejecutivo con el que el acreedor, por su cuenta y según su criterio, ocupaba a modo de *pignora* los bienes muebles de su deudor y en general cualquier objeto que hubiese sido introducido en la vivienda por el inquilino. Realmente se trataba de un auténtico *pignus* pero que, sin que sepamos exactamente por qué — la razón histórica la tendríamos que encontrar en el colonato —, en lugar de basarse en una *conventio* pactada por los interesados debió ser introducida por alguna misteriosa praxis, tal vez como cláusula habitual y leonina en favor del arrendador al cual se le permitía hacer efectiva la *solutio* ocupando bienes muebles, esclavos y enseres del inquilino.

Multitud de interrogantes se plantean ante esta especie de curioso fósil, conservado extrañamente hasta momentos bien tardíos de la época imperial, a modo de supervivencia residual de una época lejana. Sin embargo de todas las cuestiones que puede plantear la vieja *perclusio* ninguna quizá tan interesante como la de saber como pudo sobrevivir tanto tiempo esta medida de coacción y fuerza aún por encima de las prohibiciones y dificultades que suscitó siempre el uso de la fuerza individual. Prohibiciones algunas relativamente graves como las derivadas de aquellas leyes públicas que ya desde el año 80 o 70 con la *lex Plautia de vi* (2) y más tarde con las *leges Iuliae de vi publica*

(2) Poco es lo que sabemos de la *lex Plautia de vi* promulgada probablemente entre los años 80 y 70 a.C. Aunque probablemente contuvo tan solo preceptos de carácter general, sus normas no obstante influyeron decisivamente en la jurisprudencia y en el edicto hasta el punto de provocar la tipificación de diversos delitos pretorios caracterizados todos ellos por el empleo de la fuerza sobre bienes ajenos, como fueron, por ejemplo, el daño llevado a cabo por hombres armados, el hurto violento o *rapina* o el llevado a cabo aprovechando el alboroto y revuelo de una *turba*. Seguramente que también las nuevas concepciones legales de la *vis* influyeron igualmente en la fórmula octaviana de la *actio quod metus causa*

et privata ⁽³⁾ tipificaron y sancionaron como *crimen vis* toda clase de violencias y coacciones que pudiesen alterar la paz pública o las tranquilas relaciones entre los particulares ⁽⁴⁾.

Tuvo igualmente la *perclusio* dificultades para lograr pasar indemne sin quedar atrapada en las responsabilidades derivadas de la multitud de delitos pretorios estudiados y desarrollados por la jurisprudencia tipificándolos originariamente a partir de los viejos modelos decenvirales y antiguos como el *furtum* o el *damnum iniuria datum*, viejas matrices de donde surgieron tantos delitos nuevos dotados de acciones pretorias, como la *actio vi*

e incluso, a pesar de la antigüedad de los respectivos interdictos, en la concepción básica de la *vis quotidiana* y de la *vis armata*, connaturales en la *deiectio* posesoria. Sobre la *lex Plautia*, vid. LINTOTT: *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968, p. 80 ss; MATER-MALY, en *RE. Pauly Wissowa*, s.v. *vis*.

(3) Grandes son las incertidumbres que rodean a estas leyes, citadas unas veces en plural — *leges Iuliae de vi publica et privata* — y otras en singular *lex Iulia de vi*. Inciertas son, tanto por su posible fecha — no sabemos si fueron promulgadas por Cesar o por Augusto con el fin de ampliar o matizar algo más el *crimen vis* de la vieja *lex Plautia* —, como por su contenido ya que ignoramos si se redujeron a una simple declaración general sobre la violencia o si por el contrario contuvieron prohibiciones concretas sobre distintas manifestaciones violentas. Ha habido incluso quien mantuvo que tal vez ni siquiera llegaron a existir como tales plebiscitos penales tratándose quizá de meros comentarios posteriores a dos conocidas disposiciones normativas de la época augustea: las *leges Iuliae iudiciorum publicorum* y *iudiciorum privatorum* y que en sus comentarios finales o en cláusulas singulares trataron de reprimir penalizando cualquier coacción llevada a cabo durante la tramitación de los juicios. Según esta hipótesis, la *vis publica*, siempre más grave, estaría constituida por los actos de fuerza y coacción relativos al ámbito de la primera ley mientras que la *vis privata* serían las violencias y delitos prohibidos por la segunda. Sobre el posible alcance de la *lex Iulia de vi privata*, vid. NIEDERMEYER: *Crimen plagii und crimen violentiae. Zur Geschichte juridischer Begriffe*, en *Studi Bonfante* 2, p. 401 ss.

(4) Con el paso de los siglos en el Derecho justiniano, pérdida ya prácticamente la memoria del origen exacto de tan controvertidas leyes, parece identificarse la *vis publica* con la coacción o amenaza armada mientras que por el contrario *vis privata* sería más bien una violencia simple sin hacer uso de las armas: *Item Iulia de vi publica seu privata adversus eos caoritur, qui vim vel armatam vel sine armis commiserint*. I. 4.18.8.

bonorum raptorum prevista para la *rapina* ⁽⁵⁾, figura híbrida de robo violento entre el *furtum* y el *damnum* de la *lex Aquilia*. En otras ocasiones los delitos pretorios con su secuela de responsabilidades fueron supuestos creados *ex novo* y cuya tipificación fue debida a una actitud pretoria represiva de ciertas actuaciones ilícitas. Dentro de estos supuestos más novedosos cada vez más frecuentes, podríamos recordar el de los daños producidos con el agravante de ir acompañado el autor o autores del quebranto por cuadrillas de hombres armados: *Si hominibus armatis coactisve damnum datum esse* del que nos habla Ulpiano ⁽⁶⁾ o los deterioros y destrozos causados dolosamente aprovechando una revuelta tanto si esta hubiera sido circunstan-

(5) La *rapina* o daño violento debió ser relativamente frecuente en épocas de inseguridad ciudadana como lo fue sin duda la propia historia romana del siglo I a.C. Diversos grupos o *factiones* — la palabra *factio* parece reservarse para grupos políticos pequeños pero muy activos y violentos — utilizaban la *vis* como medio normal de ataque y defensa hasta el punto que, llegado un momento, tanto las bandas políticas o populares como aquellos grupos de hombres dedicados al pillaje y al bandolerismo ofrecen una actuación tan similar que no resulta fácil distinguir cuando estamos ante una agrupación política más o menos violenta o cuando se trata de una asociación organizada para sembrar el terror. Por otra parte, las propias familias, grupos humanos o conjuntos de vecinos se agruparon muchas veces con el fin de defenderse de la violencia usando ellos mismos a su vez de la *vis privata* como único medio para defender sus vidas y sus derechos. Es comprensible que ante un clima de malestar como este, fuera el pretor incluyendo en el edicto distintos supuestos delictivos que nos han llegado sobre todo gracias a los comentarios al edicto de Ulpiano, 56 *ad ed.*, D. 47.8.2 y Paulo 54 *ad ed.*, D. 47.8.3.

(6) En el texto edictal que conocemos casi íntegramente Ulpiano, 56 *ad ed.*, D. 47.8.2, se dice expresamente: *si... hominibus armatis coactisve* (no *coactisque*) *damni quid factum esse dicetur*. Por tanto hemos de suponer que se incurría en este delito no solo cuando el autor principal venía acompañado de hombres portando espadas y escudos, sino también cuando el conjunto de personas manifestaba una clara actitud hostil. Vid. EBERT: *Die Geschichte des Edikts «de hominibus armatis coactisve»*, Heidelberg 1968; BALZARINI: *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel Diritto romano*, Padua 1969.

cial como si estuvo manipulada precisamente con vista al daño (7).

Seguramente estas figuras delictivas poco a poco incluidas en el edicto pretorio no fueron sino la consecuencia de las grandes turbulencias e inquietudes sociales propias de una época tan difícil como la que vivió Roma en la primera mitad del siglo I a.C. con las luchas gracas en busca de un mayor bienestar económico y las guerras itálicas para lograr una equiparación humana y política siempre deseada y nunca conseguida. Era, pues, lógico que en unos años así, con los campos y ciudades de Italia llenos de bandas armadas proclives al terrorismo político cuando no al bandidaje común, las familias, los grupos humanos y las pequeñas colectividades organizaban frente a las agresiones una eficaz y violenta respuesta defensiva.

Seguramente que esa misma violencia ambiental fue la que debió obligar a los pretores a los primeros intentos represivos de la *vis* dentro del tradicional camino de las acciones a fin de erradicar no solo la violencia física sobre personas y bienes sino también la coacción moral, *vis illata animo*, ejercida sobre las conciencias. Esta lucha por eliminar esa lacra dejada por época tan difícil hubo de repercutir necesariamente en el edicto con la ampliación útil o fáctica de viejas acciones civiles e incluso con la aparición de los nuevos delitos antes comentados. Sin duda que con más dificultades pero no menos esforzadamente, los magistrados de aquellos años críticos trataron igualmente de luchar contra la extorsión y contra los especuladores del miedo. De su intento por eliminar tales abusos quedó como huella en el

(7) En el edicto aparece también el delito de daños causados dolosamente por alguien que aprovecha las circunstancias de un tumulto callejero. Para incidir en responsabilidad por este delito bastaría haber incitado a la revuelta y que se produzca el daño sin que sea necesario que el causante esté luego presente cuando aquel se produzca. Más tarde la jurisprudencia fue precisando poco a poco la tipificación de este delito sobre todo a partir de Labeón que aparece citado por Ulpiano en su pasaje 56 *ad ed.*, D. 47.8.4.

edicto pretorio la *actio de eo quod metus causa est* ⁽⁸⁾, penal y de naturaleza arbitraria, que debió gozar de una gran difusión como parece demostrar la repercusión que tuvo este remedio procesal en las obras de los juristas.

Ante este panorama, no resulta fácil explicar como pudo sobrevivir la *perclusio locatoris*, ocupación de bienes dotada siempre con el componente de una violencia más o menos tolerada, frente a la multitud de escollos que para ella surgían con los nuevos delitos creados por el derecho oficial de los plebiscitos y en la tipificación pretoria. Parece evidente que no debía ser ya suficiente el simple tradicionalismo romano con su inercia conservadora favorable a las viejas figuras para mantener sin más la licitud de un apoderamiento físico de los bienes del inquilino sin que a su vez el *locator* incurriese en el delito previsto por las leyes julias, en la responsabilidad delictiva derivada de una *vis* contra los *invecta et illata* convertida en *rapina* o en la culpabilidad derivada de una actuación que a juicio del magistrado pudiese dar pié a la *actio metus causa*.

Con el paso del tiempo, el propio crecimiento político de Roma y la estabilidad cada día más segura y firme del régimen imperial, estimuló la creación de toda una doctrina sobre la *vis* en la que aparecen ya indistintos y amalgamados, tanto los comentarios relativos a las primeras medidas represivas del delito *de vi*, como aquellos otros que hacían referencia las acciones nuevas del edicto. La propia macánica procesal de los interdictos posesorios, no obstante su gran antigüedad, recibió la influencia jurisdiccional siempre contraria a la violencia y a la fuerza abusiva enriqueciéndose así tardíamente la doctrina po-

(8) La *actio de eo quod metus causa est*, conocida de forma apocopada como *actio metus causa*, fue una acción arbitraria que abrió luego camino a una posibilidad rescisoria gracias a la *exceptio metus*. Gayo dedica su atención en la *Instituta*, 4.117 y 121 a dicha *exceptio* que gracias al propio mecanismo procesal de la fórmula permitía anular cualquier acto jurídico llevado a cabo por temor. La *actio metus causa* suele atribuirse no sin fundamento al pretor Octavio hacia el 71 a.C. en aquellos años críticos y difíciles de luchas sociales. Cfr. Von Lübrow: *Das römische Volk, sein Staat und sein Recht*, Frankfurt 1955, p. 216 ss.

sesoria con un concepto nuevo y perfilado de la *deiectio* y con una visión amplia y exacta sobre el papel de la *exceptio vitiosae possessionis*.

Si como acabamos de decir no es fácilmente explicable la supervivencia de la *perclusio* en los años tardíos de la república ni en la primera época imperial, mucho más difícil es saber como pudo continuar existiendo un acto de esta naturaleza en pleno siglo III, sobre todo si tenemos en cuenta que, se quiera o no, la *perclusio*, recuerdo anacrónico de otras épocas, llevaba siempre implícita, como acto de autodefensa del *pignus*, un componente de *vis privata* inadmisibles ya en el Imperio. En efecto, la ocupación de los bienes del inquilino mal pagador, por muy prudentemente que se intentara llevar a cabo y aún evitando cualquier exceso violento por parte del *locator*, podía considerarse como una auténtica intromisión en el ámbito político del poder imperial único realmente legitimado para la defensa de los derechos privados. Por otra parte, ya a fines del siglo II, el decreto del emperador Marco Aurelio que sancionaba con la pérdida del propio crédito al acreedor que intentando forzar a su deudor se apropiaba de los bienes de éste, no sólo se oponía verticalmente al contenido mismo de la *perclusio* sino que consagraba para siempre lo que ya era un principio evidente y basilár del poder jurisdiccional de la *cognitio extra ordinem*. La violencia, la amenaza y la extorsión inferida sobre el inquilino deudor por muy moroso o insolvente que fuera constituía en tiempos de los Antoninos un verdadero atentado al indiscutible principio de la suprema autoridad del príncipe e incluso una nueva forma de *vis* en su aspecto más sutil y político : intentar desplazar ilegítimamente la jurisdicción que compete al emperador, a los gobernadores y a los *legati*, únicos a quienes corresponde la tutela del ordenamiento jurídico y los derechos del ciudadano.

Sin embargo a pesar de tantos escollos, la *perclusio*, reliquia de una autodefensa propia de épocas remotas, logró sobrevivir muchos años y no obstante sus rarezas y anomalías ⁽⁹⁾ todavía

(9) Evidentemente que algo raro debía resultar ya aquel anacrónico decomiso y embargo llevado a cabo por el *locator* como igualmente raro

existía en los años severianos de Paulo y Ulpiano segun podemos deducir de los escasos testimonios que nos han llegado de ella. Efectivamente, son casi inexistentes los datos que podemos reunir sobre la *perclusio* y sobre el interdicto *de migrando* su contrapunto, bien sea porque los compiladores no las dejaron pasar al Digesto bien porque los propios juristas clásico-tardíos no le prestaron en su momento demasiado interés tal vez por entender, de acuerdo siempre con los enfoques realistas y pragmáticos de la doctrina, que aquella toma de bienes era ya una institución obsoleta y sin futuro.

Un único texto solitario y aislado y de un único jurista, Paulo, *de off. praef. vigil.*, D. 20.2.9, se ocupa de la *perclusio* si bien de modo indirecto y como de pasada ya que el misterioso pasaje parece preocuparse tan sólo de la conflictiva manumisión llevada a cabo por un inquilino sobre sus propios esclavos no obstante haber tenido ya lugar el acto de la *perclusio* :

Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventionem manifestari pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva iuris consultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse.

La forma verbal *percludamur* que utiliza el jurista al referirse a la *perclusio* aparece curiosamente deformada — *percludere* en lugar de *cludere* ⁽¹⁰⁾ — tal vez a causa de haber pasado a ser ya

y casi en desuso era ya el interdicto *de migrando* su contrapartida procesal. El propio Ulpiano reconoce que el tal interdicto era ya poco frecuente en el procedimiento de la *cognitio*: *infrequens est hoc interdictum*. Ulpiano 73 *ad ed.*, D. 43.32.1.2.

(10) *Praecludere* derivado de *claudo*, *clausum*, lleva implícita la idea de obstrucción por cerramiento que seguramente fue la primitiva operación que llevaría a cabo el arrendador que al negarsele la *pensio* pasaba inmediatamente a la ocupación de los *invecta et illata* del inquilino quizá in-

en el imperio una palabra típica del argot forense significando quizá tan solo el hecho cerrar la vivienda del inquilino a fin de impedir que éste pudiese trasladar los muebles afectados a otro lugar. Seguramente ya en época de Paulo, como veremos más adelante, la *perclusio* se había ido convirtiendo en un acto más o menos oficial y curialesco que había de tener lugar delante de un representante de la autoridad: el *praefectus vigilum* o algún miembro de sus cohortes.

Distingue el autor del texto la distinta situación en que pueden quedar los esclavos del inquilino, según hubieran sido estos pignorados por convenio expreso, no siendo en tal caso válida la manumisión de los mismos, o bien se tratara de aquellos otros *mancipia* sometidos al *pignus tacitum* de la locación urbana sobre los cuales por el contrario sería siempre lícito cualquier acto de disposición incluida la manumisión⁽¹¹⁾.

El pasaje de Paulo, contenido en D. 20.2.9, es en realidad la única noticia que nos llega de la *perclusio*, si bien algún dato más podríamos conseguir gracias al texto de Ulpiano dedicado al interdicto *de migrando* en sus comentarios al edicto, conservado en D. 43.32.1. Como se sabe, gracias a este interdicto reverso y antítesis de la *perclusio*, el inquilino, desposeído por el *locator*, podía reclamar otra vez sus bienes si ofrecía a aquel el pago

cluso tapiándole la puerta para impedirle el acceso al *cenaculum*. Al menos esa idea de cerramiento intencionado tiene el adjetivo *praecclusum* en otro pasaje de Paulo, 13 *ab Sab.*, D. 43.24.20 pr. Aunque el término *perclusio* no aparece directamente en ningún texto del Digesto, sí en cambio lo encontramos en alguna inscripción tardía de época imperial precisamente referida a un prefecto de vigilantes. Cfr. KASER: *Studien zum römischen Pfandrecht*, Nápoles 1982, p. 138.

(11) Choca un poco en el texto de Paulo esa extraña alusión a Nerva así como el comentario « en broma » de este jurista sobre la manumisión *per fenestram*. ¿ En que pudo consistir lo risible de la opinión de Nerva ? ¿ Se trataría solo de un ejemplo jocoso frente a los adversarios del jurista que mantenían posturas contrarias ? ¿ Consistió la broma más bien en la benevolencia con que fue acogido el ejemplo por sus discípulos ? Cfr. DE CUURRUGA : *La pignoración tácita de los « invecta et illata » en los arrendamientos urbanos en el Derecho romano clásico*, en *RIDA* 24 (1977), p. 213 ss.

de la *pensio* o bien cualquier tipo de garantía o fianza ⁽¹²⁾. Igualmente el inquilino podía solicitar el interdicto cuando el *locator* acreedor pignoraticio no diese facilidades para el cobro del alquiler que puntualmente le venía ofreciendo.

Gracias al interdicto *de migrando*, el arrendatario de la vivienda podía adquirir nuevamente la posesión ⁽¹³⁾ de sus enseres que de un modo más o menos ficticio había perdido a causa de la *perclusio* del dueño arrendador a la vez que recuperaba la correspondiente libertad de disposición y de manumisión sobre bienes y esclavos, puesta en tela de juicio y considerada ilícita a partir del momento en que quedó oficialmente *perclusum* el *cenaculum* por el impago.

La tramitación del interdicto *de migrando* que conocemos gracias a Ulpiano es bien sencilla. Se iniciaba, como en otros interdictos, con unas palabras del magistrado con las que éste se oponía a la violencia del demandado, en este caso el *locator*. Sin duda en este supuesto interdictal la violencia consistía en mantener ilegítimamente la posesión de los *invecta et illata* que, aunque ocupados lícitamente por el *locator* a partir de la insolvencia del inquilino, ahora ya no existía ninguna razón para seguir ocupándolos:

Praetor ait: Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habi-

(12) Una nueva garantía ofrecida por el inquilino podría ser la derivada de una fianza personal que automáticamente libraría del *pignus* a los *invecta et illata* gravados. Precisamente un supuesto de esta naturaleza es contemplado por Labeon, 5 *post. a Iavoleno epitomatorum*, D. 20.6.14.

(13) Tradicionalmente se vino considerando siempre por la Pandecta alemana al interdicto *de migrando* como un interdicto de adquirir y no de recuperar. Seguramente porque el *locator* a partir de la *perclusio* disponía como poseedor eventual del interdicto *utrubi* para retener legítimamente los bienes ocupados. Por tanto, como lógico contraste de esa tutela interdictal, la posesión se puede entender perdida para el *conductor* y adquirida por el *locator*, *vid. RUDORFF: Über die Pfandklagen*, en *Zeitschr. für die geschichtliche Rechtswissenschaft*, 13 (1846), p. 208 ss.

tationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto (14).

Sin embargo, como ya hemos dicho aparte de estos testimonios relativamente tardíos, el texto poco explícito de Paulo en D. 20.2.9 y la tramitación de un interdicto, ya casi en desuso en época severiana cuando el procedimiento *extra ordinem* había desalojado probablemente al procedimiento formulario de la jurisdicción litigiosa, nada o muy poco es realmente lo que sabemos de aquel acto inicial y problemático que nos ocupa : la *perclusio* del dueño de la vivienda.

II. La *perclusio locatoris* como *vis privata*.

2. — Aunque no es ni mucho menos tarea fácil el conjeturar sobre la posible naturaleza jurídica de las instituciones arcaicas, parece probable sin embargo que la *perclusio* del arrendador tenga su fundamento en una pignoración real que existió en el más antiguo colonato, una auténtica ocupación de bienes llevada a cabo por el *dominus fundi* y de la que han quedado huellas nada dudosas en el tratado catoniano *de agricultura* cuyos formularios para arrendamientos rústicos que el autor nos transcribe parecen autorizar al *locator* a una pignoración material de los *invecta et illata* : *donec domino satisfecerit aut solverit pignori esto* (15).

(14) El modelo estereotipado que para reclamar los *invecta et illata* utiliza el inquilino y que conocemos gracias a Ulpiano, 73 *ad ed.*, D. 43.32.1. pr., viene referido, al igual que sucede con el interdicto *utrubi*, a un esclavo reclamado por el solicitante del interdicto.

(15) Catón, *de agri cultura*, 150, 6 y 7. Sobre estos formularios catonianos, vid. SEGRÈ: *Corso. Le garanzie reali*, Turin 1934-35; SARGENT: *Il « de agri cultura » de Catón e le origini della ipoteca romana*, en *SDHI* 22 (1956), p. 158 ss.

Es posible que aquel original decomiso del arrendamiento agrícola del que nos habla Catón no pasara de una simple coacción tolerada con el fin de obligar al colono al pago de la *merces*, una especie de violencia autodefensiva del *locator* que operaba sobre el ánimo del *conductor* como amenaza latente desde que entraba en relación con el *dominus fundi*. Todo un sistema coactivo típicamente primitivo muy de acuerdo con la antigua permisibilidad de la *vis privata*, siempre medio eficaz y no fácilmente sustituible por la oportuna coactividad oficial que por otra parte nunca podría ser ofrecida por una estructura política todavía germinal como la ciudad-Estado primitiva.

No deja de ser curioso sin embargo que una vez conseguida para el *dominus fundi* esa posibilidad tan expeditiva de la ocupación de los *invecta et illata*, al llegar la época clásica, se consagra para siempre la *perclusio* como institución anexa al arrendamiento urbano, desapareciendo en cambio todo vestigio de esa misma facultad en el arrendamiento rústico. Sin que sepamos exactamente por qué aquella antigua posibilidad del dueño del fundo agrícola o ganadero de apoderarse impunemente de unos bienes ajenos y que de algún modo consideraba como suyos — *non videtur contractare sed pignori suo incumbere* ⁽¹⁶⁾ — fue en algún momento sustituida por el interdicto Salviano que, al suprimir aquel arcaico residuo de la autodefensa, convertía ya en ilícito cualquier intento de ocupación discrecional de los bienes pignorados, posibilidad que seguramente había venido siendo más o menos normal en el colonato antes que el pretor crease el interdicto. Finalizaba así, tal vez hacia la mitad del siglo I a.C., aquella forma anómala y trasnochada de la *pignoris*

(16) Pasados los siglos y ya en época de Ulpiano, todavía parece entender este jurista que el acreedor que por su cuenta se apodera del *pignus* no cometería *furtum* ya que de alguna manera no hace más que tomar lo que es suyo: *Cum creditor rem sibi pigneratam aufert non videtur contractare sed pignori suo incumbere*, Ulpiano, 3 *disp.*, D. 47.2.56(55). Para muchos la última frase del texto bien pudiera ser una adición tardía. *Cfr.* BESELER: *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, p. 127; LEVY: *West Roman Vulgar Law*, Philadelphia 1951, p. 214, nt. 66.

cipio, conservada por la praxis y los usos locales y pactada de modo expreso al comenzar el colonato.

Otra diferencia y no pequeña se manifiesta además entre el *pignus* sobre los *invecta et illata* en las fincas rústicas y aquel otro que recaía sobre las cosas introducidas en *insulae* y *cenacula*. Mientras que en el colonato la pignoración parece proceder siempre de un pacto expreso convenido entre el *locator* y el *conductor* del predio⁽¹⁷⁾, en los inquilinatos, según la mayor parte de los textos que han llegado hasta nosotros, aunque puede darse tal pacto de prenda, bastaría una presunción tácita⁽¹⁸⁾ para que exista dicho *pignus* convirtiéndose así sin más el *locator* en acreedor pignoraticio y permitiéndosele que, en caso de in-

(17) Normalmente los juristas cuando se plantean cualquier dificultad sobre los límites del *pignus* o sobre la concreción de cuantos y cuales bienes del colono se han de considerar *invecta et illata* parecen dejar bien claro que la pignoración tiene siempre una base pactada y por tanto será siempre el convenio entre el arrendador y el arrendatario lo que servirá al árbitro o al *iudex* para decidir en cada caso. Así al menos parece deducirse de varios textos, como por ejemplo: Scaevola, 5 *resp.*, D. 20.1.32, *debitor pactus est...*; Labeon, 5 *post. a Iav. epit.*, D. 20.6.14, *cum colono tibi convenit...*; Gayo, *de form. hypoth.*, D. 20.4.11.2, *si colonus convenit*, etc. Tal pacto se llevaba a cabo sin necesidad de una forma concreta ni ninguna exigencia oral ni escrita, según nos dice Ulpiano, 40 *ad Sab.*, D. 13.7.1 pr. *pignus contrahitur non sola traditione sed etiam nuda conventione*.

(18) En el arrendamiento urbano parece notarse una cierta praxis de signo contrario a la que normalmente venía dándose en la locación agrícola y ganadera ya que en aquel, la pignoración sobre el mobiliario y las cosas introducidas en la vivienda y sobre las allí nacidas o construidas, aunque podía convenirse por pacto, lo normal era sin embargo lo contrario y por tanto los enseres que servían de garantía para el pago del alquiler quedaban pignorados tácitamente como si efectivamente existiera una cláusula constitutiva de la hipoteca inherente en todo inquilinato. Parece doctrina común entre los clásicos que un *pignus tacite contractum* gravaba todas las cosas existentes en la vivienda bastando la mera introducción de tales efectos dentro de la casa para considerarlas sujetas al *pignus*. La existencia de esa *communis opinio* se desprende claramente de un texto de Neracio, 1 *membr.*, D. 20.2.4pr. *eo iure utimur ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur quasi id tacite convenerit*. Sobre el *pignus tacite contractum*, *vid.* sobre todo SCHULLER: *Zum pignus tacitum*, en *Labeo* 15 (1969), p. 267 ss.; CHURRUCA: *ob. cit.*, p. 179 ss.

solvencia, pudiese proceder a la *perclusio* sobre las cosas introducidas por el inquilino en la vivienda (19).

Investigar sobre las posibles razones sociales o políticas que produjeron estas divergencias entre el *pignus* sobre los *invecta et illata* del colono y el que recaía tácitamente sobre las *res inductae* del inquilino aun siendo un tema interesante nos llevaría

(19) Por el texto del interdicto *de migrando* meticulosamente transcrito por Ulpiano, 73 *ad ed.*, D. 43.32.1pr., sabemos que las cosas que habían sido objeto de *perclusio* y que podía reclamar el inquilino dispuesto al pago eran las *res introductae importatae ibi natae factaevc*. La significación de los verbos *inducere* e *introducere* es prácticamente sinónima aunque quizá el segundo aporte una idea más concreta y material de algo que se ha traído de fuera al interior de la vivienda. Con la expresión *res importatae* tal vez el pretor quisiera indicar aquellos objetos que, si bien no estaban inicialmente en la casa, fueron sin embargo llevados a ella posteriormente. Por su parte cosas nacidas parece hacer relación a los seres vivos, esclavos y animales, cuya existencia empezó precisamente en la vivienda alquilada. Algo parecido, pero referido a cosas inanimadas se indica con la palabra *factae*: cosas que fueron hechas, construidas, o especificadas en el interior de la casa urbana. La tendencia siempre pleonástica y enumerativa propia del casuismo forense y del lenguaje legislativo debió ser la causa que seguramente influyó en esta cansina enumeración a primera vista innecesaria de las cosas sujetas al *pignus*. Hemos de tener en cuenta además que siendo el *pignus* rústico arquetipo y modelo del urbano también podría aplicarse a este último la terminología que utilizan los juristas al referirse a las cosas pignorables en poder del colono. Así, por ejemplo, la expresión *invecta et illata* que connota una idea de movimiento de cosas que fueron llevadas al fundo la emplea Ulpiano para el *pignus* urbano, en su libro 28 *ad ed.*, D. 13.7.11.5. No parece sin embargo haberse acuñado como una expresión estereotipada ya que otros juristas utilizan otros vocablos semejantes como *inducta et illata* (Neracio, 1 *membr.*, D. 20.2.4pr.); *illata vel inducta* (Pomponio, 13 *ex. var. lect.*, D. 20.2.7.1.); *inducta illata ibi nata* (Gayo, *de form. hypoth.*, D. 20.4.11.2); *inducta invecta importata ibi nata paratave* (Scaevola, 5 *resp.*, D. 20.1.32). Esta misma variedad de léxico para las distintas cosas que quedan sometidas al *pignus* pasó igualmente al lenguaje de la Cancillería imperial según podemos comprobar en la redacción de las leyes. Así en una constitución del emperador Severo Alejandro del año 223, C. 4.65.5, se habla de *res inductae vel illatae*.

quizá demasiado lejos (20). Lo cierto es que esta curiosa hipoteca propia de la *locatio conductio* urbana que en la práctica incidía sobre todo el mobiliario y enseres del *habitor* y que tan parecido venía a ser a aquel *pignus generale* constituido sobre el patrimonio entero del deudor (21), se había convertido en época clásica en una forma obligatoria de garantizar el pago debido por la locación, impuesta por el *dominus* arrendador y aceptada tácitamente siempre por el inquilino hasta el punto de convertirse en una cláusula inherente al contrato y en un elemento natural del mismo (22).

(20) No solo nos llevaría demasiado lejos sino que nos alejaría además del contexto jurídico de nuestro estudio sobre la *perclusio*. Con todo, no debió andar lejos de esta diferenciación en el trato de una y otra forma de arrendamiento, la condición social de las personas. Según podemos comprobar a través de las distintas fuentes literarias fue grande la diferencia de categoría social que en Roma tuvieron los colonos, personas muchas veces bien situadas económicamente, con relación a los modestos inquilinos de viviendas hacinadas a veces en bloques de casas — *insulae* — insalubres y paupérrimas. Inquilinos que a veces tabicaban sus propias viviendas para convertirlas en varios apartamentos o *cenacula* con la finalidad de subarrendarlos. ¿Pudo influir esa casi siempre ínfima condición social del *conductor* urbano en el acatamiento obligatorio al *pignus* tácito y a la *perclusio* anexa, muchas veces inicu e innecesaria, a diferencia de lo que ocurría con el colono agrícola? Quede esta investigación para quien le interese que seguramente llegará a conclusiones curiosas dada la abundancia de datos que los autores latinos pueden proporcionar al estudioso.

(21) La referencia más antigua a esta forma de hipoteca introducida en el ordenamiento romano en época clásico-tardía la encontramos en Gayo *de form. hypoth.*, D. 20.1.15.1. Esta forma de *pignus* que recaía sobre todos los bienes del deudor presentes y futuros debió tener origen helenístico. De ella se han ocupado entre otros, WUBBE: *Res aliena pignori data*, Leiden 1960, p. 220 ss. y WAGNER: *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Graz-Köln 1967.

(22) La existencia de tal *pignus tacitum* inherente en el alquiler urbano no eliminó, sin embargo, aquella otra pignoración tradicional nacida del convenio expreso que tuvo siempre como es natural una mayor consideración a la hora de ponderar su eficacia. Así podemos deducirlo del texto en que Paulo nos habla de la *perclusio*, D. 20.2.9, donde el jurista distingue dos tipos de posibles *pignora* que pudieran incluso coincidir entre el *locator* y el *conductor* deudor pignoraticio: *est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventionem manifestari pignoris nomine tenentur*. Piensa el jurista que la principal diferencia, en el caso propuesto

Separado y divergente del contrato de colonato, el arrendamiento urbano nos ofrece un tipo de *pignus* cuyos caracteres manifiestan una cierta contradicción. Así mientras que, por una parte, tanto por su naturaleza de convenio tácito como por la línea extensiva que fue teniendo su aplicación jurisprudencial⁽²³⁾, la garantía hipotecaria propia del arrendamiento urbano mantiene una trayectoria más bien progresista y moderna, más incluso que la trazada por el rústico, por otro lado, en cambio, al conservarse insólitamente en el inquilinato la *perclusio* como forma primitiva de ocupación sin haber logrado encauzar la adquisición posesoria por medio de un interdicto análogo al Salviano, aparece ante nosotros con un marchamo relativamente arcaizante y de algun modo contrario al signo de los tiempos, sobre todo en una época como la del alto Imperio que contaba ya con una jurisdicción oficial, perfecta y total. Probablemente fue a causa de ese carácter extraordinario del *pignus* tácito sobre los bienes del inquilino por lo que Ulpiano califica de « infrecuente » al interdicto *de migrando* — *infrequens est hoc inter-*

por Paulo de un esclavo pignorado, sería que el tal esclavo en el supuesto de hipoteca expresa no podría nunca ser enajenado lícitamente. Por el contrario, en el *pignus* tácito sobre esclavos y enseres del inquilino, al conservar éste una plena disponibilidad sobre el *pignus* podría legítimamente enajenar o manumitir a su esclavo por lo menos hasta el momento clave del apremio y la *perclusio*.

(23) La pignoración tácita de muebles y enseres del inquilino que, llegado un momento, debió considerarse cómo algo normal en toda locación de viviendas, aparece extendida a otros arrendamientos distintos siempre en beneficio del dueño arrendador a fin de facilitarle con la *perclusio* un medio fácil de garantizar el pago del alquiler. Así, en época severiana según podemos deducir de Ulpiano, 73 *ad ed.*, D. 20.2.3, el *pignus tacitum* se daba también en aquellos arrendamientos de edificios no destinados a la habitación como por ejemplo en los *horrea* o construcciones destinadas a conservar y guardar el trigo, en los *diversoria* — expresión aplicable no solo a las hospederías sino también a los simples almacenes — e incluso hasta en los arrendamientos del solar no edificado o *area*. Debido también a esta misma evolución expansiva del *pignus tacitum* con sus consecuencias anexas, la *perclusio* del *locator* y el interdicto *de migrando* ofrecido al *conductor*, se aplicó incluso en los casos de cesión gratuita de viviendas: *si tamen gratuitam quis habitationem habeat hoc interdictum ei competit*. Ulpiano, 73 *ad ed.*, D. 43.32.1.3.

dictum — ya casi en desuso así como la propia *perclusio* que le servía de fundamento.

Sin embargo, no obstante esa infrecuencia de la que nos habla el jurista, lo cierto es que el *pignus* tácito inherente al arrendamiento urbano, gozó de un cierto esplendor tal vez por la comodidad que suponía para los dueños de viviendas este fácil y eficaz expediente para lograr la satisfacción del alquiler. El propio Ulpiano, en el mismo comentario al interdicto *de migrando*, nos dice que también competía éste al cesionario gratuito de un *cenaculum*. Hay que suponer por tanto que la *perclusio*, siempre compañera inseparable del interdicto, se le permitía al *locator* no sólo para garantizar el pago de la *pensio* sino para cualquier otro crédito nacido con ocasión del uso de la vivienda como pudieran ser, por ejemplo, los derivados de daños y deterioros culpables que el usuario hubiera podido causar. Esta idea parece deducirse también de un texto de Marciano, *sing., de form. hypoth.*, D. 20.2.2: *non solum pro pensionibus, sed et si deteriorationem habitationem fecerit culpa sua inquilinus* (24).

No deja de ser curiosa la tendencia a ampliar la utilización de la *perclusio* no solo para solventar créditos existentes sino incluso para la satisfacción de posibles daños todavía no producidos. Por lo menos en tiempos de Paulo y Ulpiano y seguramente ya antes, era lícito el *percludere* no solo por demora en

(24) No obstante la rotunda afirmación de Ulpiano en favor de la legitimación del cesionario gratuito de la vivienda para el interdicto *de migrando*, Pomponio en su libro 40 *var. lect.*, cuya opinión es recogida por Marciano en D. 20.2.5pr. parece opinar lo contrario. Sin embargo, la contradicción quizá sea sólo aparente y tal vez entre uno y otro jurista no haya sino el reflejo de las diferencias históricas de una institución que entre el siglo II y III de nuestra era estuvo sujeta a una intensa evolución precisamente a causa de su carácter insólito y extraordinario. El pasaje de Pomponio corresponde seguramente a una época en la que el *pignus tacitum* aún se interpretaba en su sentido originario de medio coactivo dirigido exclusivamente al pago de la *pensio*. Por el contrario, años más tarde, ya en tiempos de Ulpiano aquel *pignus* y su *perclusio* favorable a los *locatores* se podría utilizar también para cubrir el riesgo de los daños producidos en la vivienda así como cualquier otro crédito existente entre el dueño arrendador y el usuario incluido el gratuito.

el pago de su alquiler en casos de ausencia prolongada ⁽²⁵⁾, sino también cuando se temiese una actuación fraudulenta encaminada a hacer imposible la futura *perclusio locatoris* como, por ejemplo, podía suceder cuando sin causa justificada el inquilino pretendiese sacar de la vivienda los *invecta et illata* que garantizaban el pago futuro de la *pensio*.

Evidentemente estaríamos ante un caso límite de utilización de la *perclusio* ya que, al no ser exigible todavía el pago, el *pignus* como relación jurídica accesoria que es, no había nacido aún y por tanto mucho menos lo que constituía tan solo su procedimiento ejecutivo, el apoderamiento de los *invecta*. Sin embargo, si los juristas admitieron tal posibilidad ello fue debido probablemente a la mutua relación de buena fe que precede a la *locatio conductio* la cual permitiría extender también el *pignus* a la mera expectativa de la obligación puesta en peligro por la *clandestina deportatio* intentada por el inquilino ⁽²⁶⁾.

(25) Inicialmente la impaciencia natural del *locator* por cobrar cuanto antes la *pensio* acudiendo al eficaz recurso de la *perclusio* no debió tener más límite que el impuesto por los principios generales de la *bona fides* y los usos locales. Es lógico sin embargo que, llegado un momento, el ordenamiento jurídico tomase la iniciativa a fin de fijar el momento exacto a partir del cual sería ya lícito el apoderamiento de las *res inductae*. En un texto de Paulo, 29 *ad ed.*, D. 13.5.21.1, se habla de un *modicus tempus* para la *mora debitoris*, plazo que el jurista concreta en diez días siempre que la obligación no estuviera sujeta a término exacto. En otro pasaje del mismo autor, *de off. praef. vig.*, D. 19.2.56, posiblemente referido a un *locator* que tal vez quería proceder a la *perclusio*, se habla ya de un *biennium* si bien es posible que este plazo sea producto de una adición tardía, postclásica o justiniana. Cfr. EISELE: *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, en *ZS* 18 (1897), p. 22.

(26) Para un caso distinto aunque relativamente parecido, Africano, 8 *quaest.*, D. 47.2.62(61).8, nos habla de esta *clandestina deportatio*, haciendo suya la opinión de su maestro Juliano. Cree el jurista que el colono cometería *furtum* (*furtum rei suae*?) si clandestinamente sacara del fundo los frutos que servían de garantía hipotecaria para el pago del arrendamiento. Hace poco que dediqué mi atención a un supuesto de esta posible actuación fraudulenta del deudor pignoraticio. Vid. MURGA: *Quid de Errote? Un conflicto en el rango hipotecario*, en *IVRA* 34 (1983), p. 28 ss.

Finalmente y aunque fuera por la vía del privilegio político fue concedido igualmente al *restitutor aedificiorum* un *pignus tacitum* que recaía sobre los alquileres debidos al dueño de la casa restaurada. Tal beneficio que conocemos gracias a un texto de Papiniano⁽²⁷⁾ donde de un modo impreciso se alude a un senadoconsulto de la época de Marco Aurelio⁽²⁸⁾ no debió pasar al menos inicialmente de un *privilegium exigendi* concedido por el emperador — *sub Marco imperatore* — transformándose más tarde, por obra de la jurisprudencia posterior, en un *pignus tacitum*⁽²⁹⁾ igual al del *locator*. Aunque nada pueda deducirse de los textos, es de suponer que el privilegio concedido al *restitutor aedificiorum* gozase igualmente del extraordinario remedio de la *perclusio* convertida ya en una especie de elemento natural del *pignus*. Este beneficio imperial fue extendido más tarde también al banquero o al prestamista que atendiendo al ruego del *dominus* prestaron el dinero necesario — *mandatum credendi* — para llevar a cabo la restauración.

(27) Papiniano, 10 *resp.*, D. 20.2.1.

(28) Los emperadores del alto Imperio por una serie de motivos sociales y también como propaganda del régimen trataron siempre de mantener una política urbanística en la que primaban sobre todo razones de estética, decoro y belleza de las ciudades. Hace años tuve ocasión de estudiar esta misteriosa y casi mágica atracción que la alta sociedad romana sintió siempre por el buen parecer de la construcción urbana. Desde el tratado *de architectura* de Vitruvio hasta las sanciones impuestas en época julio-claudia contra los demolidores de edificios, este profundo sentido parece emerger de la conciencia colectiva de la sociedad tardorrepublicana y altoimperial, *Vid. MURGA: Protección a la estética en la legislación urbanística del alto Imperio*, Sevilla 1976.

(29) Ulpiano, 63 *ad ed.*, D. 20.1.20, nos habla de este privilegio del *restitutor* con un *pignus ex lege* sobre los alquileres, transmitiéndose así al *conductor* el derecho pignoraticio propio del *dominus*. Hay que advertir, sin embargo, que este *pignus* no fue inicialmente tácito sino nacido de una explícita *conventio pignoris* entre el constructor y el dueño del inmueble según parece desprenderse del texto: *Cum convenit, ut is, qui ad refectio-nem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit*. Del privilegio del *restitutor aedificiorum* — no así del *pignus* — se nos habla también en otros textos de Ulpiano como, por ejemplo, en 17 *ad ed.*, D. 42.3.1; 63 *ad ed.*, D. 42.5.23.1 y en el *liber singularis de officio consularium*, D.12.1.25.

III. La *perclusio* como *vis privata legitima* tras la promulgación de las *leges Iuliae*.

4. — Así instalada, permitida e incluso extendida como beneficio a unos y otros, lo realmente anómalo de la *perclusio* es su propio elemento natural, la ocupación de unos bienes y enseres que en la mayoría de los casos tendría que llevarse a cabo — salvo en los contadísimos supuestos en los que la pasividad del inquilino permitiese una cómoda actuación del *locator* — con amenazas y coacciones, cuando no con una auténtica fuerza física asaltando violentamente el apartamento, amedrentando a las personas y arrastrando el mobiliario del *habitor* de la *insula* ⁽³⁰⁾.

Resulta chocante y por supuesto casi inexplicable como pudieron ser tolerados tales actos de violencia sobre todo a partir de un momento en que tanto el poder público como la sociedad romana habían ya dejado atrás el arcaísmo de la defensa de los propios derechos utilizando la *vis privata*. Resulta contradictorio que, por una parte se consagrara casi como un slogan edictal el *vim fieri veto*, que forma parte de la tramitación interdictal y con el que el magistrado pretende alejar cualquier violencia posesoria, y que por otro lado ese mismo magistrado cerrara los ojos ante este curioso apoderamiento lleno de peligros cuando no de salvajes extralimitaciones por parte del *locator*. Por otra parte, cabría preguntarse cómo pudieron pasar inadvertidas a la

(30) En un principio, dentro del originario concepto de *perclusio*, se incluía no solo la normal retención material de los *invecta* con el fin de proceder a su venta sino incluso la simple oposición — lógicamente también por medio de un acto de fuerza del *locator* — a que el inquilino sacase de la vivienda los bienes cuando, a juicio del acreedor, tal *deportatio* pusiese en peligro la propia efectividad del *pignus*. No tendría nada de extraño que incluso la *perclusio* más antigua consistiese en una especie de obstrucción que impedía en general la entrada y salida de bienes y personas. En alguna sátira de Juvenal se encuentra la expresión *percludere inquilinum* que indudablemente nos da la idea de una especie de bloqueo del inquilino que sin poder salir y sin víveres tendría que llegar necesariamente a un acuerdo. Juvenal, *Sat.* 3. Cfr. CARCOPINO: *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, Trad. italiana, Roma-Bari 1984.

exquisita jurisprudencia del alto Imperio las extrañas anomalías de una *perclusio*, sin ritos y sin ningún signo al menos de la *ad-dictio* pretoria, en una época en la que ya era *crimen* el uso de la *vis privata* y en la que se consideraba ilícita cualquier coacción o amenaza incluso cuando tales violencias procedieran de los legítimos titulares defendiéndose de injustas agresiones.

Por otra parte, si difícil es explicarse, cómo la *perclusio* logró pasar por encima de los escollos de la *lex Iulia*, más extraño resulta adivinar qué tipo de justificación pudo encontrar la jurisprudencia clásica para conservar en los arrendamientos urbanos un medio de ejecución tan forzado y violento, sobre todo después que el *decretum divi Marci* había prohibido expresamente cualquier intento abusivo y violento del acreedor que por recuperar lo propio se apoderaba de los bienes de sus deudores. ¿Por qué si el emperador filósofo sancionó a aquel Marciano del *exemplum* nada menos que con la pérdida del propio crédito aún se permitía sin embargo al dueño *locator* aquella ocupación de las *res inductae in fundum* conservando incólume su crédito, no obstante la violencia de la *perclusio*?

Estos y otros muchos interrogantes podrían plantearse con relación a tan extraordinaria supervivencia de la *vis privata*, sobre todo si tenemos en cuenta que algunos de los muchos *crimina* aparecidos a lo largo del Imperio como reflejo de las graves vicisitudes por las que atravesó la vida pública romana, podían estar peligrosamente cercanos a cualquier posible extralimitación cometida por el *locator* en su tolerada ocupación de bienes. Tal cosa podía suceder, por ejemplo, con el delito implícito en el allanamiento de morada — *vi domum introire* ⁽³¹⁾ —,

(31) Algunas figuras delictivas que originariamente eran edictales fueron saliendo del campo de los *delicta* y convertidos más tarde en *crimina* con la *cognitio extra ordinem*. Tal sucedió, por ejemplo, con un tipo de delito, el *vi domum introire* o allanamiento de morada que tan cercana podía quedar de una *perclusio locatoris* llevada a cabo con cierta indiscreción. El *domum introire vi* que contemplaba precisamente el hecho de entrar a la fuerza en casa ajena, fue inicialmente uno más entre los muchos supuestos pretorios previstos en la *actio aestimatoria* de injurias convir-

con la *effractura* ⁽³²⁾ y con la *expilatio* ⁽³³⁾, todas ellas figuras delictivas en la que fácilmente podía caer un *locator* arrollador que pretendiera apoderarse de las *res inductae* entrando violentamente en la vivienda, rompiese los cierres de puertas y armarios o bien que fuese más allá de la ocupación permitida efectuando un innecesario saqueo en el apartamento con la excusa de la *perclusio*.

Indudablemente alguna justificación doctrinal tuvo que encontrar la jurisprudencia clásica para haber conservado, aunque lógicamente dentro de unos límites de licitud, la iniciativa de un acreedor pignoraticio de apoderarse por su cuenta de los bienes ajenos, y más aún si tenemos en cuenta que, posiblemente a raíz de la *lex Iulia de vi*, era también delito de coacción cualquier ocupación ilegítima de bienes del deudor con el fin de que tales *pignora* sirviesen al acreedor como garantía de un crédito preexistente.

tiéndose más tarde en *crimen* al tramitarse esta agresión dentro de las vías procesales del derecho público.

(32) La *effractura* o rompimiento de cierres y puertas no fue en un principio más que uno de los muchos delitos perseguibles con la acción de la *lex Aquilia*. Más tarde, en la *cognitio extra ordinem*, posiblemente después que los *divi fratres* en un rescripto del que nos habla Ulpiano impusieron la pena capital a unos malhechores que se escaparon de la cárcel rompiendo los cierres (Ulpiano, *de off. proc.*, D. 47.18.1 pr.), el delito de *effractura* pasó a convertirse en *crimen*. Según nos dice Paulo, *de off. praef. vig.*, D. 47.18.2, las penas variaban según las propias circunstancias concurrentes en los hechos.

(33) La *expilatio* o saqueo total, pura variante del *furtum manifestum*, pasó igualmente a convertirse en *crimen* tal vez por la poderosa influencia que ejerció sobre algunos delitos la *lex Cornelia de sicariis* promulgada en tiempos de Sila, entre el 82 y el 67 a.C. La represión del delito comenzó a ser oficial con lo cual esta figura se desgajó del *furtum* agravándose con penas mucho más duras: pena capital para los *honestiores* y *damnatio ad bestias* o crucifixión para los *humiliores*. Paulo, 5 *sent.*, D. 48.6.11, se ocupa de la *expilatio* de fincas urbanas o casas de campo, como delito especialmente grave: *Hi qui aedes alienas aut villas expilaverint... capite puniuntur*.

Si creditor sine auctoritate iudicis res debitoris occupet, hac lege tenetur et tertia parte bonorum multatur et infamis fit. Modestino, 2 de poenis, D. 48.7.8⁽³⁴⁾.

Ante esta situación, hay que suponer que al menos aparentemente las cosas se ponían mal para la *perclusio* del *locator* ya que al fin y al cabo lo normal sería que el apoderamiento de los *invecta* así como de los restantes enseres — *introducata nata factave* — llevase implícito casi necesariamente algún tipo de amenaza y fuerza por mucho que el meticoloso y correcto acreedor hubiera cuidado con interés en no incurrir en ninguno de los *delicta* o *crimina* que sancionaban supuestos de daño y violencia. Era por tanto al menos posible que un bien asesorado inquilino, una vez expoliado por el *percludens*, intentase reclamar aquel *quadruplum* previsto en el edicto para la *actio vi bonorum raptorum* o que incoase el correspondiente procedimiento criminal público contra el *locator* con las consiguientes penas que la *lex Iulia* y la praxis posterior de la *cognitio* imponían a los violentos.

No obstante todo ello y a pesar del posible arrinconamiento sufrido por la *perclusio*, enmarcada entre delitos tipificados, aún seguía, como sabemos, viva y admitida como forma legítima y libre de pignoración en época clásica. Al menos Ulpiano todavía parece admitir esa lícita apropiación del *pignus*, si bien el texto se refiere de modo general al acreedor pignoraticio y no específicamente al *locator*: *cum creditor rem sibi pigneratam aufert non videtur contrectare sed pignori suo incumbere.* Ulpiano 3 *disp.*, D. 47.2.56(55).

(34) Es posible que ya en época de Modestino y con toda seguridad en tiempos de Justiniano se hubieran amalgamado por la doctrina las distintas sanciones que a lo largo de los años se fueron acumulando para los delitos de violencia y coacción: la confiscación de un tercio del patrimonio impuesta por la *lex Iulia*; la nota de infamia, tal vez derivada de los delitos previstos en el edicto; y finalmente la pérdida del crédito para el acreedor que pretendió cobrar por su cuenta, sanción que en su momento fijó Marco Aurelio en su decreto. La novela 60,1 de Justiniano muestra claramente esta sedimentación de las penas históricas previstas contra la ilícita actuación violenta de los acreedores.

Aunque la frase final del texto, *sed pignori suo incumbere* ⁽³⁵⁾, sea probablemente fruto de una adición tardía, parece claro que según Ulpiano, cuyo testimonio refleja seguramente la opinión común de los clásicos, no existía *contrectatio* y por tanto tampoco *furtum* ⁽³⁶⁾ en el apoderamiento llevado a cabo por el acreedor pignoraticio sobre la cosa pignorada. Si esta doctrina, pensada originariamente para el *pignus conventum*, se aplicó también al *pignus tacitum* de la locación urbana es algo que no deja de ser bastante probable dada la identidad y unicidad de la garantía pignoraticia ⁽³⁷⁾.

A juicio pues de la jurisprudencia clásica la vieja ley represiva de los actos violentos admitiría todavía este resquicio en su prohibición general y aunque seguramente se sancionaba con la pena de confiscación del tercio al acreedor ordinario o quirografario que intentara, *per vim et sine iussu praesidis*, apoderarse de algunos bienes del deudor como garantía de su crédito, quedaba sin embargo fuera de tal penalización tanto el acreedor fiduciario, que llegado el momento oportuno quisiera recobrar la cosa fiduciada, quizá dada en precario al fiduciante, como el acreedor pignoraticio que tomase por su cuenta la prenda cuya posesión fue dejada al deudor por la *conventio pignoris*. Esa parece ser al menos la opinión de Paulo en las *sententiae* donde no sólo no considera delictiva una tal apropiación sino que de

(35) Cfr. BESELER: *Beiträge* 3, p. 127; LEVY: *West Roman Vulgar Law*, cit. p. 214.

(36) A partir de Sabino se generalizan las expresiones *contrectare* y *adtrectare* como términos técnicos propios del *furtum*. Ya antes lo utiliza también pero más esporádicamente algún jurista de la tardía República como, por ejemplo, Alfenos, D. 47.2.58 y Ofilio Namusa cuya opinión aparece recogida por Ulpiano en 40 *ad Sab.*, D. 47.2.21pr. Con el tiempo la propia expresión *contrectatio* pasaría a convertirse en sinónimo de *furtum*. Cfr. ALBANESE, en *Annali Palermo* 23 (1953), p. 78 ss.

(37) En el texto de Ulpiano contenido en D. 47.2.56(55) se utiliza el verbo *aufferre* al referirse el jurista al apoderamiento llevado a cabo por el acreedor. Casi siempre dicho verbo es utilizado con un significado genérico equivalente a tomar o incluso a aceptar. Solo en algún caso aislado parece indicar la idea de robar. Así, por ejemplo, en Paulo 40 *ad Sab.*, D. 47.2.21pr.

alguna manera lo entiende como una especie de elemento natural exigido por la propia efectividad de la garantía pignoraticia:

Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Iuliam de vi privata committit. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur. PS. 5.26.4 (38).

Sería interesante aunque no fácil saber cual pudo ser la fundamentación doctrinal que sirvió de base a los juristas clásicos para admitir la libre ocupación del *pignus* sin que el acreedor incurriese con ello en la responsabilidad criminal de la *lex Iulia*, siendo diversos los posibles planteamientos que pudieron estar en el fondo de esta permitida utilización de la fuerza por parte del acreedor.

5. — a) Bien pudo en primer lugar haber influido en la tolerancia del apoderamiento permitido en general a cualquier acreedor pignoraticio y en particular al *locator percludens* la propia praxis interdictal que de hecho puede deducirse de la *deiectio* llevada a cabo por el dueño contra un poseedor pero vicioso. Como es de sobra sabido, la utilización o no de armas en la recuperación violenta de los fundos tenía un gran interés a la hora de triunfar o no aquel poseedor *deiectus* sobre el ocupante legítimo dueño y autor de la *deiectio*.

Si en algun caso el desposeído dueño de un fundo podía a su vez impunemente ocuparlo *vi*, expulsando al poseedor clandestino o violento, resulta evidente que no se le iba a penalizar con la *lex Iulia* a quien en virtud de la *exceptio vitiosae possessionis*

(38) El texto de las *Pauli sententiae*, 5.26.4, puede proceder al igual que otros muchos pasajes de esta obra postclásica de una redacción más tardía — propiamente no puede hablarse de interpolación — que aunque no altere totalmente el sentido clásico de la doctrina mantenida por Paulo sí puede añadir expresiones chocantes como es, por ejemplo, ese *vindicare* que aparece en el pasaje referido a una reclamación *sine auctoritate iudicis*, así como la frase *apud se deposita* considerada postclásica por LEVY: *ob. cit.*, p. 214 ss.

resultaba vencedor. Sin embargo, parece también lógico que igualmente a ese legítimo y airado dueño que volvía a ocupar su fundo por su cuenta y riesgo se le exigiese un límite discrecional a fin de evitar el abuso en el ejercicio de la imprescindible violencia. Ese límite debió ser precisamente la utilización o no de armas — tomada siempre esta expresión en su sentido más amplio ⁽³⁹⁾ — en el momento de la expulsión del poseedor vicioso ya que en el trámite procesal del interdicto de *vi armata* ese agravante resultaba siempre adverso para el que utilizó las armas aún tratándose de un legítimo poseedor recuperante, al no caber siquiera la posibilidad de oponer la *exceptio vitiosae possessionis* ⁽⁴⁰⁾.

Este juego procesal del interdicto y la *exceptio* daba como resultado, no obstante la gran influencia que sobre los interdictos posesorios proyectaron las *leges Iuliae* ⁽⁴¹⁾, que en época clásica todavía fuera legítimo utilizar la propia iniciativa para recuperar por la fuerza una posesión perdida con tal de tener cierto cuidado en la *deiectio* a fin de que la agresión y su violencia imprescindible no fuera calificada como *vis armata*. Tras la recuperación, el poseedor legítimo, ya restablecido en lo suyo, conservaba su legitimidad como si nada hubiera ocurrido pudiendo retener lícitamente la posesión ya que, según Labeón, *qui per vim possessionem suam retinet, Labeo ait, non vi possidere*.

(39) Gayo, 21 *ad. ed. prov.*, D. 50.16.41; Ulpiano, 69 *ad. ed.*, D. 43.16.3.

(40) En el Derecho clásico el interdicto *de vi armata* podía ser utilizado con éxito por el poseedor vicioso contra el propietario legítimo que le expulsó con armas sin que este pudiese hacer uso durante la tramitación interdicial de la *exceptio vitiosae possessionis*, seguramente como sanción al *crimen violentiae* cometido por el dueño no obstante su titulación. Esta no utilización de la *exceptio vitiosae possessionis* parece desprenderse de Pomponio, 29 *ad Sab.*, D. 43.16.14, y aún más claridad de un texto de Cicerón, *pro Caecina*, 8.23, en donde se habla de la concesión en estos casos del interdicto, *sine ulla exceptione*. También se habla de ello en Gayo, 4.155.

(41) Que las *leges Iuliae* influyeron en los interdictos *de vi* y *de vi armata* es algo indudable y de ello queda constancia en Ulpiano al comentar los interdictos y su utilización en D.43.16.1.2.

¿Entendió la jurisprudencia clásica que esta doctrina, tal vez inicialmente proculeyana (42), que admitía una válida utilización de la fuerza tanto en el *repellere* al agresor injusto como en la *deiectio* del que ocupó ilícitamente un fundo, podía igualmente aplicarse analógicamente en la posesión de las cosas muebles? ¿Podría tolerarse también el empleo de una cierta violencia por parte del legítimo dueño si la ocupación injusta afectaba a cosas de menor entidad patrimonial como eran los restantes bienes no fundiarios?

En principio al menos, no parece que haya dificultad en admitir tal posibilidad ya que, aunque para los bienes muebles no hubo propiamente interdictos de recuperar análogos a los que existían para los inmuebles (43), el interdicto *utrubi*, donde se resolvía el contencioso sobre la posesión en favor de aquel de los dos litigantes que había conservado la cosa más tiempo a lo largo del año anterior, *maior pars anni*, podía sin embargo cumplir en ocasiones una misión recuperatoria. Por otra parte, según nos

(42) Tal vez fueron los proculeyanos — el testimonio es aportado por Ulpiano, 69 *ad ed.*, D. 43.16.28 — los primeros en percatarse de la no aplicación de las leyes augusteas represivas de la violencia cuya amplia interpretación permitía un uso moderado de la *vis*. Según la doctrina era incluso posible, siempre que el *deiectus* reaccionara inmediatamente — *confestim* — y sin dejar pasar el tiempo, *non ex intervallo*, repeler lícitamente al agresor con armas, *possumus armis repellere*, ya que seguramente se entendía que, en tal caso, al *deiectus* no le era posible utilizar el interdicto *de vi armata*, dado que la inmediata reacción del dueño no permitía siquiera la base posesoria imprescindible para la legitimación activa del mismo.

(43) Según consta claramente en Ulpiano, 69 *ad ed.*, D. 43.16.1.6, los interdictos de recuperar servían tan solo para inmuebles y no para bienes muebles para los cuales bastaban las acciones correspondientes. Con todo si estos últimos constituían un conjunto unido al fundo podrían recuperarse igualmente con el interdicto *recuperandae possessionis*. La misma opinión es mantenida por Pomponio, 29 *ad Sab.*, D. 43.16.14, cuando nos dice que los bienes muebles de la finca se pueden recuperar al mismo tiempo que el fundo. Recientemente me he ocupado del tema de la unidad moral del edificio como *compositum*, concepto unitario de gran utilidad sobre todo con vistas a la usucapión y a la reivindicación. *Vid.* MURGA: *El edificio como unidad en la jurisprudencia romana y en la ley*, Sevilla 1986.

consta por la *instituta* (44), en la fórmula del interdicto *utrubi* era posible también insertar la *exceptio vitiosae possessionis*, lógicamente con la misma mecánica procesal que en el interdicto *uti possidetis*, por lo cual si un ladrón, desposeído por el dueño que recuperó con violencia lo que era suyo, solicitaba el interdicto *utrubi* no tenía grandes esperanzas de triunfar procesalmente. Ni siquiera le serviría al poseedor vicioso el haber conservado la cosa más de seis meses ya que el interdicto quedaba anulado definitivamente con la *exceptio*. Si esta fue también como parece, la trama del interdicto *utrubi* habría que admitir *a sensu contrario* que el apoderamiento de cosas muebles era igualmente factible naturalmente si el dueño recuperante evitaba la utilización de una *vis atrox* en su lícita recuperación.

No hay duda que desde épocas bien antiguas se permitió repeler con la propia fuerza la injusta agresión (45) siendo esa impunidad en el uso de la violencia lícita, de la que tanto Gayo (46) como Paulo (47) se hacen eco, precisamente una impunidad frente a las sanciones públicas de la *lex Iulia* y también con relación a las posibles responsabilidades delictivas previstas en el edicto especialmente aquella que derivaba de la *actio vi bonorum raptorum* para el robo con violencia.

Podríamos concluir que si para la doctrina se entendía lícito expulsar *eum qui a me vi aut clam aut precario possidet*, no muy lejos debía quedar este supuesto de la que ocurría en el caso de la *perclusio*. ¿Entendieron los juristas que el deudor pignora-

(44) *Si vero de re mobili, eum potiozem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possederit, idque satis ipsis verbis interdictorum significatur.* Gayo, 4.150.

(45) La doctrina clásica debió tomar de la más antigua jurisprudencia veterana la idea de que siempre era lícita la fuerza para oponerse a una injusta violencia: *vim vi repellere licere*. Este principio del que Ulpiano se hace eco en sus comentarios al interdicto *de vi*, D. 43.16.1.27, atribuyéndolo a Casio es sin embargo mucho más antiguo.

(46) ... *eum qui a me vi aut clam aut precario possidet, impune deicio.* Gayo, 4.154.

(47) *Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deicitur.* P.S., 5.6.7.

ticio debía entregar sus bienes en el momento del impago para dar efectividad al *pignus* y que el simple apremio del *locator* lo convertía automáticamente en poseedor clandestino y vicioso?. Bien pudo suceder así y seguramente que ambos supuestos, el del poseedor desposeído que recupera lo suyo por cuenta propia y el del *locator* que tras la insolvencia del *conductor* se apodera de los *invecta et illata*, estuvieron tan próximos el uno del otro que sin duda por analogía con el primer caso se facilitó la pervivencia de la *perclusio* como lícita recuperación extrajudicial no obstante las dificultades derivadas de las leyes y del edicto.

6. — b) Una segunda fundamentación doctrinal pudo servir también a los clásicos para exonerar de responsabilidad criminal o delictiva al *locator* acreedor pignoraticio cuando al realizar su *perclusio* rozaba tal vez los límites de lo ilícito. ¿Pensaron quizá los juristas que el posible carácter vicioso o ilegítimo de la posesión que sobre sus propios enseres y las *res inductae in domum* tenía el inquilino mal pagador, podía haberle sobrevenido por una situación tal vez próxima al precario que justificaba en el arrendador un apoderamiento parecido a la lícita ocupación del *precario dans* frente a la pasividad del precarista ?

Como es sabido, el precarista que indudablemente tuvo siempre la posesión con relación a terceros mantenía en cambio una situación posesoria muy debil frente al dueño otorgante del precario que en cualquier momento podía ocupar « lo suyo », incluso por la coacción, siempre sin armas, sin que el precarista pudiera triunfar interdictalmente frente a él. Esta analogación del inquilino deudor pignoraticio con el simple precarista tal vez fue producida por la sombra arquetípica que proyectó siempre la *fiducia cum creditore* sobre el *pignus*.

En esta antigua figura jurídica de garantía, el fiduciario, al fin y al cabo convertido en propietario civil por obra de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, solía frecuentemente dejar la cosa fiduciada en precario al propio deudor fiduciante que venía así a convertirse en precarista de unos bienes y *mancipia* que habían

sido suyos hasta la realización del *pactum fiduciae* (48). De esta manera, a la vez que se evitaba para el fiduciario el peligro de la *usureceptio*, se le facilitaba también, en el momento preciso de la no satisfacción del crédito, una fácil recuperación seguramente llevada a cabo si se trataba de un fondo por medio de una *deiectio* del fiduciante-precarista o por una ocupación directa y eficaz de la cosa si esta era un bien mueble o se moviente. Lógicamente en ambos casos con la imprescindible presencia de una violencia o una coacción moral mayor o menor pero siempre lícita.

Pasados los años y creado ya por los pretores el comodo expediente recuperatorio que suponía para el *precario dans* el interdicto *de precario* (49), no desapareció sin embargo nunca totalmente aquel otro viejo sistema de la propia ocupación posesoria por parte del concedente del precario — y el fiduciario solía serlo — contra cualquier poseedor vicioso: *eum qui a me vi aut clam aut precario possidet ab adversario impune deicio*. Es evidente que si se entendía lícita la *deiectio* para el fiduciario igual de legítima por lo menos debió considerarse la *perclusio* del *locator*. En ambos casos, tanto en la *deiectio* como en la ocupación de los *invecta*, se procedía de modo natural para

(48) Muchos son los textos que nos hablan de esa entrega en precario — los textos ya retocados se refieren sin embargo siempre al *pignus* — que venía a ser práctica normal en la *fiducia cum creditore*. Celso, 7 *dig.*, D. 43.26.11; Juliano, 13 *dig.*, D. 44.7.16; Ulpiano, 30 *ad ed.*, D. 13.7.22.3. Vid. ERBE: *Die fiduzia im römischen Recht*, Weimar s.d., p. 69 ss.; TONDO: *Pignus e precarium*, en *Labeo* 5 (1959), p. 157 ss.

(49) Para los sabinianos el hecho de entregar la posesión en precario no suponía que por su parte el dueño dejase de ser poseedor. Para esta escuela existía una gran diferencia entre el precarista que retenía los bienes con conocimiento del dueño y el que poseía *vi* o *clam* el cual se los apropiaba sin el consentimiento de aquel. Esta idea de la doble posesión del *precario dans* por un lado y del precarista por otro que convertía a este último en *iustus possessor*, no llegó sin embargo a imponerse totalmente en la doctrina, triunfando por el contrario la opinión proculeyana que equiparó el precario con la posesión violenta y clandestina siendo así tres las *viciosae possessiones*. De esta polémica de escuela ha quedado huella en un texto de Paulo, 54 *ad ed.* D. 41.2.3.5. Cfr. KASER: *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Graz-Köln 1956, p. 349 ss.

poner fin a una situación irregular. Seguramente incluso, que en la mayoría de los casos las circunstancias y la propia violencia de la *perclusio* debieron ser siempre menos graves que las que generalmente acompañarían al lanzamiento de un deudor fiduciante arrojándolo de la finca y ocupando violentamente los animales y *mancipia* que aquel conservaba como precarista.

Si realmente como parece, esa proyección de la *fiducia cum creditore* se produjo sobre el *pignus tacitum* del arrendamiento urbano donde las cosas « quedaban » en poder del inquilino como en el normal precario de la fiducia sin que ni siquiera existiera un interdicto como el Salviano para lograr la efectividad posesoria, esa misma atracción de la *fiducia* sobre el *pignus* bien pudo servir de base no sólo para la fundamentación de la propia *perclusio* sino para la inversión de papeles en la legitimación del hurto. Se diría que curiosamente, con la efectividad del *pignus tacitum* provocada por la insolvencia del inquilino, se produce como una transmutación en la legitimación posesoria entre el *locator* y el *conductor*. La posesión hasta ahora retenida por este, de algún modo se hace viciosa y por lo mismo la ocupación directa de los *invecta et illata* por parte del *locator* se legitima como actuación lícita no quedando nunca el *percludens* sujeto a responsabilidad delictiva frente a un eventual ejercicio de la *actio furti* o de la *actio vi bonorum raptorum* solicitada por el inquilino. Es más, incluso él mismo sí que podría cometer hurto o apropiación violenta penalizable, si impaciente y sin todavía saldar su deuda quisiera recuperar indebidamente los muebles decomisados⁽⁵⁰⁾ o intentase fraudulentamente sacar de su domicilio los bienes que como *res obligatae* sirven de garantía para el pago de la *pensio*.

(50) Suele calificarse como *furtum rei suae* las sustracciones que podían llevar a cabo los propios dueños frente a aquellas personas que por alguna causa tuviesen derecho a detentar o poseer la cosa. Paulo, 5 *ad Sab.*, D. 47.2.15.1 y 2, plantea como supuesto de este tipo de hurto, el cometido por el nudo propietario contra el usufructuario y el del comodante que recuperase furtivamente la cosa comodada aunque solamente en el caso que el comodatario tuviera un *ius retentionis* en razón de los gastos o daños producidos por la cosa comodada. Esa es igualmente la opinión de Juliano, 5 *ex Min.*, D. 47.2.60 (59). Con relación a la *contrectatio* llevada a cabo por

La preferente facultad posesoria que a partir de la insolvencia del inquilino beneficia al *locator* llega todavía a mucho más ya, que según Neracio y Aristón — el testimonio de estos juristas clásicos de época más temprana es recogido por Ulpiano, 38 *ad ed.*, D. 13.1.12.2, — podría el acreedor utilizar la *condictio furtiva* ⁽⁵¹⁾ contra aquel tercero que se hubiese apoderado de alguno de los bienes del inquilino y que estuviesen vinculados a la tácita pignoración. No deja de resultar curiosa esta legitimación que parece tener el *locator* frente a terceros depredadores de los *invecta et illata*, ya que como es sabido esta vía procesal era utilizable exclusivamente por el dueño ⁽⁵²⁾ como acción no acumulable a la reivindicatoria debido a su carácter reipersecuente. De nuevo, también en este pequeño detalle pensado en favor del *locator* legitimado a la *condictio* podríamos encontrar como esa especie de revestimiento dominical con la que parece actuar el acreedor pignoraticio que de alguna manera defiende procesalmente « lo suyo ».

Si la tolerancia que la doctrina clásica mostró ante la defensa directa y efectiva del derecho pignoraticio del *locator* ocupando los enseres del *conductor* procedió por analogación de la lícita ocupación de los bienes dejados precariamente al fiduciante es

el propio deudor, *sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus*, que sustrae el *pignus* nos habla Paulo, 1 *decret.*, D. 47.2.88(87). Sobre el *furtum rei suae*, *vid.* SCHULZ : *Classical Roman Law*, trad. española, Barcelona 1960, p. 559.

(51) Aunque en el texto de Ulpiano se utiliza la expresión *condictio incerti*, sin embargo el jurista se refiere sin duda a la *condictio furtiva*. *Cfr.* FREZZA: *ob. cit.*, p. 351.

(52) Tajantemente lo expresa Ulpiano, 18 *ad Sab.*, D. 13.1.1 : *in furtiva re soli domino condictio competit*; y 29 *ad Sab.*, D. 47.2.14.16 : *condictio autem ei demum competit qui dominium habet*. Como es sabido, también inicialmente la *actio furti* correspondía tan sólo al dueño, si bien fue extendida más tarde a todos aquellos que tuviesen deber de *custodia* : *ei cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit* (Gayo, 3.203). En razón de esa cualidad sobreañadida del deber de custodiar la cosa, el acreedor pignoraticio podía estar legitimado a la *actio furti*. Sobre el principio clásico formulado por Gayo, *vid.* sobre todo ROSENTHAL: *Custodia und Aktivlegitimation*, en *ZS* 68 (1951), p. 217 ss. así como la recensión que sobre tal estudio hizo DE ROBERTIS en *IVRA* 4 (1954), p. 652 ss.

una hipótesis que no deja de tener una cierta probabilidad sobre todo si tenemos en cuenta la historia misma del *pignus* como mutación de una fiducia transformada en una *datio pignoris* sin *mancipatio* ni *in iure cessio*.

7. — Finalmente, alguna otra hipótesis podríamos añadir a las ya citadas como posibles fundamentaciones para la permisividad de la *perclusio* no obstante su anacronismo histórico como residuo fósil de una primitiva autotutela efectuada por el *locator*. Tal vez en su origen más remoto, cuando el arrendamiento inició su andadura como locación agrícola y ganadera existía la posibilidad, admitida por la propia praxis negocial de que el *conductor* consintiera previamente sobre esta peculiar apropiación de los *invecta et illata* que daba segura efectividad al *locator* en los casos de insatisfacción en el pago de la *merces*.

Ya tuvimos ocasión de referirnos a aquella misteriosa y anómala *pignoris capio*, probablemente informal y desprovista de rito, que parece desprenderse de los arcaicos reglamentos del colonato catoniano⁽⁵³⁾. En aquellos formularios, era el propio arrendatario quien permitía el expeditivo embargo de sus propios enseres y útiles agrícolas si bien no resulta fácil saber cual pudo ser la evolución posterior de tan curioso apoderamiento hasta llegar a su definitiva desaparición, ya en plena República, cuando el interdicto Salviano comenzó a cumplir su específica misión posesoria y pignoraticia. Más difícil aún sería conocer el momento y la posible base jurídica que permitió trasvasar aquella apropiación de los *invecta et illata* campesinos a las *res inductae in domum* de la *perclusio urbana*. Bien pudo ser que, al igual que en el colonato, los primeros pasos del apoderamiento de los muebles y objetos de valor del inquilino se hubieran basado en el propio consentimiento de las dos partes que intervenían en el arrendamiento urbano.

(53) Vid. sobre todo, MAYER-MALY: *Locatio conductio*, Viena-Munich 1956, p. 18 ss. y KAUFMANN: *Die altrömische Miete*, Graz-Köln 1964.

Es opinión bastante extendida que en los primeros y oscuros tiempos de la *locatio conductio* ⁽⁵⁴⁾, ambos contratantes, con el fin de matizar y llenar de contenido las todavía inciertas obligaciones recíprocas, buscaban la concreción de las mutuas prestaciones sinalagmáticas por medio de sendas estipulaciones cuyo contenido y repetición seguramente procedía de la propia praxis del arrendamiento. Es posible también que más tarde o quien sabe si junto a este sistema de estipulaciones mutuas, con simples pactos añadidos o sobreentendidos en el contrato se facultase igualmente al *locator* a llevar a cabo la correspondiente apropiación de bienes como eficaz garantía contra la insolvencia. Así, de un modo incierto y todavía titubeante, gracias a una equitativa interpretación de estos pactos, se fue sedimentando la doctrina del arrendamiento así como los respectivos derechos y obligaciones de las partes, jugando probablemente no pequeño papel en esta tarea interpretativa aquellos primitivos árbitros cuyas decisiones tanto ayudaron a fijar para siempre el contenido romano de una figura jurídica como la locación que inicialmente carecía de una base previa en el *ius civile* ⁽⁵⁵⁾.

(54) Existen algunas huellas que parecen indicar que en una primera época, la *locatio conductio* — lo mismo podría decirse de la compraventa y de la sociedad (no del mandato cuya incorporación a los esquemas contractuales fue más compleja y tardía) — fue ajustando y precisando lo que luego sería su contenido natural por medio de estipulaciones. Cfr. KAUFMANN : *ob. cit.*, p. 337 ss.; sin embargo, KASER : *Das Römische Privatrecht*, Munich 1971, p. 565, considera dudosa esta hipótesis.

(55) Cuando surgieron, porque necesariamente tuvieron que surgir, los primeros conflictos o dudas de interpretación sobre el contenido de aquellas estipulaciones o acuerdos del *locator* y del *conductor*, el camino normal para resolver tales contenciosos fueron inicialmente los arbitrios privados que seguramente venían siendo utilizados ya desde antiguo y quien sabe si incluso antes que la *lex Aebutia* abriera el camino al nuevo sistema procesal formulario. Casi sin que pudiera notarse, estos *arbitria*, a la vez que resolverían conflictos, iban sentando la doctrina del contrato y fijando el contenido de las mutuas prestaciones de las partes siguiendo siempre como regla de oro el tradicional criterio del *boni viri arbitratu* que fue siempre la base en donde se apoyaron luego todas las figuras jurídicas nacidas *ex consensu* y protegidas en el edicto con acciones de buena fe. Vid. BROGGINI: *Iudex arbiterve. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 124 ss.; LOMBARDI: *Dalla « fides » alla*

¿Existió en el arrendamiento urbano igualmente una época primera en la que por medio de estipulaciones o pactos se convenía expresamente las mutuas obligaciones de las partes así como aquel decomiso de los bienes del inquilino que posteriormente habría de transformarse en un técnico *pignus tacitum* inherente en los arrendamientos con fines habitacionistas?

Nada de insólito tendría tal posibilidad dada la proximidad lógica de ambos tipos de arrendamientos, siendo, por tanto, probable que la *perclusio* como ocupación discrecional más o menos violenta de los *invecta et illata* del inquilino hubiera sido inicialmente pactada en el mismo momento de la perfección del contrato⁽⁵⁶⁾. Alguna huella tardía queda en los textos de aquellas primitivas estipulaciones unidas al arrendamiento por voluntad de los propios interesados. Se trata de un largo pasaje de Paulo, 5 *resp.*, D. 19.2.54.1, y aunque el texto no se refiere estrictamente a la *perclusio* sino al lanzamiento del propio *conductor* expulsado por el *locator fundi* por falta de pago, el testimonio del jurista puede sin embargo sernos de gran utilidad dada la proximidad del supuesto con nuestro caso de la *perclusio*. Según podemos deducir del testimonio de Paulo, todavía existía la costumbre, al menos en algunos arrendamientos, de añadir al contrato unas estipulaciones con el fin de ajustar aún más las obligaciones recíprocas siendo posible según esta base pactada expulsar al *conductor* insolvente o incumplidor.

« *bona fides* », Milán 1961, p. 179 ss.; PARICIO : *Estudio sobre las « acciones in aequum conceptae »*, Milán 1986, p. 32 ss.

(56) Las estipulaciones y pactos que el dueño de la vivienda y el inquilino convinieron así como la *praxis* arbitral formaron y sedimentaron también, siempre según el criterio del *boni viri arbitratu*, a la propia *perclusio* en su totalidad: posibles límites de la ocupación; evitación de daños abusivos en el acto ocupatorio; bienes aptos para el apoderamiento frente a algunos no apropiables; otros supuestos en donde sería igualmente posible el *percludere* aún sin haberse producido la insolvencia propiamente tal, vg. ausencia larga o injustificada del inquilino (Paulo, 29 *ad ed.*, D. 13.5.21.1), *deportatio clandestina* de bienes llevada a cabo por el propio inquilino (Africano, 8 *quaest.*, D. 47.2.62(61).8); etc.

Muy posiblemente estas estipulaciones, que en la época del texto cumplían ya una simple misión penal para agravar con multas el incumplimiento del contrato ⁽⁵⁷⁾ bien pudieron ser las que originariamente hicieron posible el ejercicio de una discreta violencia sin ritos ni formas, encaminada a la ocupación de las *res inductae vel introductae* del inquilino insolvente. Pasados los siglos, casi como un residuo resistente a su propia desaparición, las estipulaciones permisivas de la *deiectio* del colono de las que nos habla Paulo y el *pignus tacitum* con su *perclusio* incorporada en el arrendamiento urbano eran ya tal vez lo poco o lo único que quedaba de una *vis privata*, antiguamente defensa habitual de los derechos subjetivos más o menos consentida por el deudor y ahora todavía conservada en el ordenamiento romano no obstante las prohibiciones de las leyes Julias.

(57) Debieron ser frecuentes las estipulaciones acordadas por los contratantes añadidas al contrato matriz unas veces con una pura finalidad novatoria y otras para agravar o penalizar el posible incumplimiento. KASER estudia un texto de Paulo, contenido en D. 19.2.54.1, como exponente de esa tendencia a sancionar con multas al incumplidor, seguramente todavía de utilización ordinaria en tiempos del jurista. Otros textos nos recuerdan también esas estipulaciones penales: Paulo, 6 *resp.* D.19.1.47, y Scaevola, 28 *dig.*, D. 45.1.122.6. *Vid.* KASER : *ob. cit.*, p. 519 ss.