

LA APELACIÓN FRENTE AL SENADO EN LA EDAD ADRIANA

UNA TEORÍA CON BASE EN D.5.3.20.6¹

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Problemática: las teorías que sobre el funcionamiento del senado como tribunal de apelación han sido realizadas por la doctrina no encuentran confirmación en el imperio de Adriano.* 1. *Posición de Mommsen.* 2. *Posición de Marini Avonzo.* 3. *Posición de Arcaria.* II. *Nuestra hipótesis a la luz de los datos que presenta D.5.3.20.6.* III. *Fundamento formal de nuestra hipótesis: el consilium de Adriano tiene función jurisdiccional.* 1. *Integrantes del consilium.* A. *Amici comites.* B. *Los juristas.* C. *Individuos aprobados por el senado.* 2. *La comisión senatorial que participó en el consilium jurisdiccional de Adriano pudo haber sido la misma que resolvió la controversia del Juvenciano en grado de apelación.* IV. *Fundamento material de nuestra hipótesis: la probable formulación del senadoconsulto Juvenciano por parte de jurisconsultos.* 1. *La intervención de Juvencio Celso en la elaboración de nuestro senadoconsulto encuentra confirmación en D.5.3.45; D.5.3.13.13; D.5.3.18.1.* 2. *La teoría de Juliano sobre la responsabilidad del poseedor hereditario frente al heredero no contradice los postulados del Juvenciano, sino por el contrario lo confirman.* 3. *Identificación de los juristas autores de algunos principios del Juvenciano.* V. *Las razones por las que el senado no decidió directamente la materia de apelación.*

¹ La presente investigación ha sido realizada en el transcurso del año 2000 con el apoyo financiero del "Ministerium fuer Schule, Wissenschaft und Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen-Heinrich Hertz-Stiftung" en el Instituto de Derecho Romano de la Universidad de Colonia, Alemania, del cual es director el Prof. Dr. Andreas Wacke, a quien deseo agradecer su generosa hospitalidad.

I. PROBLEMÁTICA: LAS TEORÍAS QUE SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SENADO COMO TRIBUNAL DE APELACIÓN HAN SIDO REALIZADAS POR LA DOCTRINA NO ENCUENTRAN CONFIRMACIÓN EN EL IMPERIO DE ADRIANO

El senado romano además de la función jurisdiccional penal de primer grado² tuvo una civil-administrativa en materia de apelación;³ en el número 22 de la presente revista tratamos de demostrar que el *senatus consultum Iuventianum* es un posible ejemplo de la segunda sin haber entrado en el análisis detallado del procedimiento respectivo;⁴

² Sobre el presente aspecto ver: Franca DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano* (s/e, Giuffrè, Milán, 1957) pp. 1 a 36; 61 a 167; Francesco ARCARIA, *Senatus censuit* (s/e, Giuffrè, Milano, 1992), pp. 15 a 21, con amplia bibliografía.

³ Sobre tal argumento ver: Theodor MOMMSEN, *Roemisches Staatsrecht*, (Unveraenderter, photomechanischer nachdruck, der dritten auflage, der Akademifche Druck-u. Verlagsanstalt, Graz, 1952), pp. 106 a 108; Robert VILLERS, "Appel devant le prince et...", *op. cit.*, pp. 375 a 391 limitando su investigación al primer siglo del imperio; Heinz BELLEN, "Zur Appellation vom Senat an den Kaiser", *ZSS*, v. 79 (1962), pp. 164 a 168; Jochen Bleicken, *Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechtes im fruhen Prinzipat* (s/e, Vandenhoeck & Ruprecht, Goettingen, 1962), pp. 153 a 157, limitando su estudio al imperio de Nerón; Wieslaw LITEWSKI, "Die roemische Appellation in Zivilsachen", *RIDA*, v. 13 (1966), pp. 278 a 283; DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, pp. 36 a 60; Max Kaser, *Das Roemische Zivilprozessrecht* (zweite Auflage, neu bearbeitet von Karl Hackl, C. H. Beck'sche, Muenchen, 1996), p. 504; O. E. TELLEGEN-COUPERUS, "Did the senate function as a court of appeal in the later Roman empire?", *TR*, v. 53 (1985), pp. 309 a 320, cuya investigación se centra en un texto epiclásico de Arcadio CARISIO, *libro singuli de testibus* D.22.5.21.1; ARCARIA, *op. cit.*, pp. 11 a 323; centrándose al imperio de Nerón, Randazzo, "Apello Civile e Processo Fiscale...", *op. cit.*, pp. 337 a 367.

⁴ Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum. Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano", *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, v. 22 (1998), específicamente en el §VI, pp. 180 a 187, explicamos que el senadoconsulto Juvenciano es una sentencia de apelación porque: a) En los primeros siglos del imperio existen fuentes literarias que demuestran la facultad del Senado de conocer controversias jurídicas en grado de apelación (Dio Cass.55.34.2; Tacito, ann.1.75.2; 4.6.2; 14.28.1 y Suetonio, Tib.30; Nero 17). b) En la época de Adriano se observa una *oratio* realizada por el príncipe, citada en Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2, que dice lo siguiente: *Sciendum est appellari a Senatu non posse Principem; idque Oratione divi Hadriani effectum*. (Se ha de saber que el príncipe no puede ser apelado por el Senado, y esto se dispuso en una oración del divino Adriano). En el texto se niega la posibilidad de apelación de las sentencias del príncipe por parte del senado, deduciéndose que, fuera de tal situación, el Senado podía ser llamado a funcionar como autoridad de apelación. c) El contenido de la exégesis que realizamos en dicha investigación trató sobre la reconstrucción de un caso práctico, identificándose incluso el nombre de la persona fallecida y obteniéndose mayores datos de la interpretación que hici-

por lo tanto, nos parecería importante afrontar el problema de la reconstrucción del procedimiento de apelación en época de Adriano (periodo en que el senado promulgó el Juvenciano) con base en los datos que presenta el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* en D.5.3.20.6. Los resultados recabados no tendrán como finalidad determinar criterios generales de aplicación en toda la edad del principado, sino simplemente constatar la posible situación vigente en la mencionada etapa histórica.

1. Posición de Mommsen

Según Mommsen,⁵ las apelaciones civiles dirigidas a los *patres* eran en teoría dirigidas a los cónsules y al senado; pero este último desarrollaba simplemente la función de un *consilium* consular de manera análoga al procedimiento criminal, porque con base en un senadoconsulto permanente (que no especifica el autor) quienes decidían eran exclusivamente los cónsules; el senado ejercitaba su derecho no de manera autónoma sino delegando su facultad a los mismos.

Si aceptásemos la posición de Mommsen sobre el procedimiento de apelación frente al senado, deberíamos considerar que los autores del senadoconsulto Juvenciano fueron Juvencio Celso y Quinto Julio Balbo; tal suposición podría encontrar elementos de prueba en D.5.3.20.6 en donde se observa que tales cónsules presentaron al senado una propuesta (*Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his...*), y en Celso, *libro quarto digestorum* D.5.3.45 y Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.13 textos que reflejando el pensamiento de Celso sobre la materia podrían demostrar su intervención en la realización de la presente disposición (tales serán analizados más adelante); aunque, dichos fundamentos puedan hacer pensar en la veracidad de la posición mommseniana (al menos en el imperio de Adriano), la referencia en D.5.3.22 y D.5.3.40 a una *oratio principis*

mos del esolio 7 a Bas.42.1.20. Ocasionalmente tal *lis* en un determinado momento una *vindicatio caducorum*, por ello, puede compartirse la opinión dominante en doctrina, según la cual era posible la apelación de las sentencias de tal materia frente al Senado. d) La resolución del senado tiene las características propias de una sentencia.

⁵ MOMMSEN, *op. cit.*, pp. 106 a 108.

que provocó la decisión del senado⁶ demostraría que la controversia jurídica fue resuelta por el emperador (dentro de su *consilium* del que también formaba parte Celso) y no *motu proprio* por los cónsules.⁷

2. Posición de Marini Avonzo

De Marini Avonzo,⁸ que por un lado presenta una serie de textos que podrían demostrar resoluciones del senado en grado de apelación incluyendo al senadoconsulto Juvenciano como un claro ejemplo, por el otro, al referirse al procedimiento durante el transcurso de la edad del principado, llega a la conclusión que la falta total de noticias sobre el funcionamiento concreto de este órgano como tribunal civil hacen que el problema tenga una difícil solución. Tal conclusión nos impediría encontrar en su obra una respuesta que pudiésemos aplicar al imperio de Adriano; cabe simplemente destacar que el problema entre la *oratio* que hemos citado y el presente *senatus consultum* lo resuelve aceptando una posición de Appleton que niega la relación entre ambas disposiciones;⁹ la presente investigadora, en

⁶ Textos que serán analizados en el siguiente §.

⁷ Remitimos a la doctrina las convincentes críticas que despertaría la tesis mommseniana en su aplicación durante toda la época imperial: DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale... op. cit.*, pp. 43 y 44; ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, pp. 122 a 123.

⁸ DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale... op. cit.*, pp. 36 a 60.

⁹ Charles APPLETON, "Le vrai et le faux sénatus-consulte Juvenien", *RHD*, v. 9 (1930), pp. 1 a 19, considera que los compiladores o sus predecesores bizantinos confundieron el Juvenciano con otro senadoconsulto de la misma época en materia de rescisión de usucapión lucrativa *pro herede* citado en Gayo 2.57; y que la *oratio* mencionada por Paulo tendría relación con el segundo senadoconsulto y no con el Juvenciano; el fundamento de la posición de Appleton se basaría en los siguientes argumentos:

1. En D.5.3.20.6.pr se menciona la palabra "*libello*", en lugar de "*oratione*", demostrando que el senadoconsulto Juvenciano no tuvo el carácter de acto legislativo votado por el senado y propuesto por el emperador mediante *oratio*, sino simplemente de una consulta de Adriano al senado, y como tal contenida dentro del *libellus*; en el Juvenciano quien habla es el senado y habla por sí solo (*de qua re ita censuerunt*) respondiendo a una simple petición del emperador (*libellus*) no originada por ninguna *oratio principis*; si realmente el Juvenciano hubiese sido un senadoconsulto emitido *ex auctoritate Hadriani* el texto debería haber empleado el término *oratione*.

2. El texto D.5.3.22 de Paulo (citado anteriormente) trataría de la *oratio* que originaría el senadoconsulto en Gayo 2.57, porque se mencionarían los efectos de la rescisión de la *usucapio pro herede* consistentes en que el poseedor debería restituir todo el lucro que hubiese obtenido de la posesión de la herencia, independientemente de que se hubiese actuado de buena o mala fe. La falta de distinción entre ambos tipos de posesión iría en

contra del espíritu del senadoconsulto Juvenciano que, por el contrario, realizaría tal distinción.

3. El otro texto de Paulo en D.5.3.40.pr (también citado anteriormente), según el cual el momento de la determinación del lucro que el poseedor debe restituir al actor correrá a partir de que fue pedida la herencia, se encuentra en contraposición al del mismo jurista en el *liber vicensimo ad edictum* D.5.3.36.4 que dice lo siguiente: *Quo tempore locupletior esse debeat bonae fidei possessor, dubitatur: sed magis est rei iudicatae tempus spectandum esse*. (Se duda en qué momento deba considerarse más rico el poseedor de buena fe; pero es más verdadero que se deba mirar el momento de la cosa juzgada). Tal distinción mostraría una contraposición entre la *oratio* que originó el senadoconsulto citado por Gayo 2.57, donde el momento correría a partir de que fue pedida la herencia, y el senadoconsulto Juvenciano, en que sería a partir de la sentencia.

4. La Constitución del emperador Marco Aurelio A. *Augurino, proconsuli Africae* del 170 en C.3.31.1 que dice: *Senatus consultum auctore divo Hadriano, avo meo, factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet*. (Un senadoconsulto hecho con base en la autoridad del divino Adriano, abuelo mío, con el cual fue establecido qué cosa y de cuál momento deba ser restituido cuando la herencia es evicta no sólo hace referencia a las controversias del fisco, sino también a los privados que piden la herencia). Tal constitución mencionaría las disposiciones de D.5.3.22 y 40 que corresponderían a la *oratio* de Adriano, no teniendo ninguna relación con el senadoconsulto Juvenciano, y consecuentemente excluyéndose una extensión del mismo a la petición de herencia entre privados en la época de Marco Aurelio. ¿Cómo sería posible que los juristas clásicos posteriores al Juvenciano como Juliano, Gayo, Paulo hubieran ignorado esta extensión? Conforme a la tesis de Beseler consistente en que tal extensión es fruto de interpolaciones, como la constitución hace referencia a la *oratio*, para obtener el texto original bastaría eliminar los términos *<solum>* y *<etiam>*, de tal forma la consulta senatorial que llamamos Juvenciano regularía las peticiones de herencia fiscales, mientras que el senadoconsulto de Adriano las peticiones de herencias entre privados.

Los fundamentos en que se basa Appleton para negar la existencia de relaciones entre la *oratio* y el senadoconsulto Juvenciano despiertan ciertas dudas que a continuación presentamos:

1. La utilización del término "*libello*" en lugar de "*oratione*" en D.5.3.20.6.pr no demuestra necesariamente que el contenido del *libellus* fue simplemente una consulta que el emperador realizó al senado excluyendo por lo tanto la relación con la *oratio* citada en D.5.3.22 y D.5.3.40, porque podría interpretarse en los siguientes sentidos:

a) Que Adriano había tenido presente el *libellus* de los herederos (*libello complexus est*) y que en el *rescriptum* había fijado el principio de las *usurae* como piensa Carcaterra; o bien,

b) Que el concepto "*libellus*" diese simplemente una idea de forma y que en su posible contenido incluyese la respectiva *oratio*.

Por otra parte, la afirmación: *de qua re ita censuerunt* (de la cosa que así han decidido) ciertamente implicaría una decisión del senado; pero tal enunciado no excluye que dicha decisión hubiese sido provocada por una *oratio*. Consideraríamos poco probable que el emperador pidiese al senado un parecer sobre determinado problema jurídico cuando dentro de su *consilium* se encontraban los más renombrados juristas de la época que hubieran podido resolverlo.

2. La relación que observa Appleton entre D.5.3.22 y Gayo 2.57 es difícil de aceptar, tratándose en el primer texto de la subrogación del precio a la cosa hereditaria vendida y

en el segundo de la eliminación en la misma época de la *usucapio pro herede lucrativa*. Falta en Gayo 2.57 la más mínima referencia a una subrogación real, impidiéndonos de presuponer mucho menos que la *oratio* que dio origen a tal senadoconsulto tratase del mencionado argumento. Es cierto que en D.5.3.22 no se considera la buena o la mala fe, pero esto no significa que la *oratio* corresponda a Gayo 2.57 en lugar de D.5.3.20.6; la conducta del poseedor no tendrá relevancia en el caso de la devolución del precio, porque tal tendrá lugar, bien sea que hubiese actuado de buena o de mala fe; la conducta, por el contrario, será relevante en materia de intereses, argumento que no es tratado en tal parte de la *oratio*.

3. Aunque sea cierto que existe una contraposición entre los dos textos de Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.40 y D.5.3.36.4, eso no significaría que para el senadoconsulto citado por Gayo 2.57 el momento fuese el de la introducción de la instancia, mientras que para el senadoconsulto Juvenciano el de la sentencia, porque la razón de la discrepancia entre los dos textos de Paulo radicaría en que para el jurista el criterio seguido en la *oratio* sería "duro algunas veces" (*interdum durum est*), como expresamente lo critica en D.5.3.40, proponiendo una posición alternativa personal en D.5.3.36.4, que se aleja de la disposición de la *oratio* incorporada en el senadoconsulto Juvenciano; tal hecho podría ser comprobado con la utilización del término *dubitatur* en el último de los textos citados, que parecería poco adecuado cuando el propio senadoconsulto Juvenciano establecía una reglamentación al respecto. Probablemente tal disposición había dejado de estar en vigor en la edad tardoclásica por haber sido considerada "dura algunas veces", dudándose sobre el nuevo criterio que podría aplicarse al respecto, por lo que Paulo propuso el suyo propio. Desconocemos cuál de los dos hubiese sido seguido en el senadoconsulto citado por Gayo en 2.57, porque el texto no lo menciona, posiblemente pudo aplicarse analógicamente el establecido en D.5.3.40, si bien tal aplicación no significaría que la *oratio* anterior correspondiese a la materia de la rescisión de la *usucapio pro herede*, porque tal materia concierne a un argumento distinto.

4. Es difícil admitir que la constitución de Marco Aurelio al procónsul de África Augurino en C.3.31.1 no tenga nada que ver con el senadoconsulto Juvenciano, y que, por el contrario, corresponda a la *oratio* que originaría el senadoconsulto de Gayo 2.57, cuando en D.5.3.22 y D.5.3.40 se citan partes de la *oratio* que encuentran confirmación en el senadoconsulto Juvenciano.

5. Interpretar el texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.9 en el sentido restringido de que, si fuese un *pater* el que reivindicaba los *caduca*, deberían aplicarse las disposiciones del Juvenciano y no en el sentido amplio de incluir todo tipo de peticiones de herencia entre particulares es un argumento poco fundamentado, porque, como todos sabemos, en la *vindicatio caducorum* el fisco es el beneficiario de los *caduca* y no los particulares; aparte que debemos recordar que la controversia fiscal que motivó el senadoconsulto Juvenciano se originó como resultado de una indignidad, no existiendo casos en las fuentes en que tales *caduca* pudiesen acrecer la parte de los demás coherederos.

6. Considerar que los juristas clásicos ignoraron la extensión de las disposiciones del Juvenciano a la petición de herencia entre privados, y que tal extensión fue realizada por los compiladores parecería otra suposición poco aceptable, porque como veremos a lo largo de la presente investigación, el pensamiento de los juristas clásicos se encuentra reflejado en el presente senadoconsulto.

La posición de Appleton ha sido seguida además por Joseph DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérité privée en Droit Romain*, (s/e, Recueil Sirey, París, 1953), p. 116; Pablo FUENTESECA, reseña a la obra de Dénoyez, *AHDE*, v. 24 (1953), pp. 721 a 722;

un estudio posterior,¹⁰ afirmó que respecto al Juvenciano, Adriano no presentó una propuesta sobre tal, sino por el contrario envió a los cónsules un *memorandum* sobre un caso que debería ser discutido nuevamente en el senado en materia de apelación. La presente opinión parecería difícil de aceptar, porque la *oratio* de Adriano ciertamente presentaba el contenido del Juvenciano, el cual simplemente debía ser ratificado por los *patres*, como demostraremos a continuación.

Al respecto Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.22 cita parte de la *oratio* en la siguiente manera:

... "*Dispícite, patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum*"... (Examinen, padres conscriptos, si tal vez sea más equo que el poseedor no haga lucro, y el precio que por cosa ajena hubiere percibido, lo restituya, porque puede estimarse que en lugar de la cosa vendida de la herencia haya sucedido su precio, y que en cierto modo este mismo se hizo parte de la herencia...).

En la *oratio* de Adriano se presentan los problemas jurídicos del enriquecimiento del poseedor de una cosa hereditaria ajena y de la restitución del precio de su venta, pudiendo creerse que dicho precio se hubiere sustituido a la cosa vendida formando en cierto modo parte de la misma herencia.

Puesto que el poseedor no tenía que enriquecerse en caso de venta de una cosa hereditaria ajena, la posición del emperador es orientada en el sentido de que sería más equitativo que se restituyese el precio en lugar de la cosa, poniendo dicha propuesta a consideración de la asamblea. Cuando hicimos la reconstrucción del litigio fiscal que

Pelayo DE LA ROSA DÍAZ, "Hereditatis petitio", *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, v. 3 (1988), pp. 1271; ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, p. 223; en sentido contrario: Paulo Federico GIRARD, *Manuale Elementare di Diritto Romano* (versione italiana sulla quata edizione francese di Carlo Longo, Società Editrice Libreria, Milán, 1909), p. 914; Antonio CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano* (s/e, Cuore di Maria, Roma, 1948), v. 2, pp. 252 a 259.

¹⁰ En "Cognitio Senatus. Origeni, competenze, forme processuali", *Gli Ordenamenti Giudiziari di Roma Imperiale. Princeps e Procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico G. Boulvert. Copanello 5-8 giugno 1996* (Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999), pp. 377 a 383.

originó el Juvenciano en un estudio anterior,¹¹ constatamos que en la controversia de la herencia de Rústico se trataba de dos poseedores del precio y no de uno solo, como parecería hacer referencia la presente *oratio*, pero, según nuestra opinión, tal aspecto no representa un obstáculo para considerar que se trata de un mismo problema, porque la *oratio* es expresada en términos generales, que en su aplicación práctica produciría efectos a cada uno de los poseedores del precio.

La opinión del emperador parecería haber sido aceptada incondicionalmente por los *patres* en la formulación del senadoconsulto Juvenciano y aplicada al presente caso práctico, manifestándose en D.5.3.20.6b de la siguiente forma:

Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent...

(Del mismo modo es aprobado, que a los que hubiera sido pedida la herencia, si contra ellos hubiera sido juzgado, los precios, que a éstos hubieran llegado de las ventas de las cosas de la herencia...).

El emperador propuso en la *oratio* la regla general de que el precio percibido por la venta de cosa ajena fuese restituido, enunciándose en singular (*possessore, pretium*); mientras que el senadoconsulto incorporando tal principio lo expresa en plural (*a quibus; adversus eos; pretia; ad eos*). La razón de tal diversidad radicaría, como hemos dicho, en que el emperador estableció el principio jurídico aplicable al caso concreto, y que el senado procedió a tal aplicación.

Otra referencia a la *oratio* la menciona Paulo, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.40.pr:

Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas... (También eso se expresa en la oración del divino Adriano, que después de aceptado el juicio se entregue al actor lo que habría tenido, si le hubiese sido dada la herencia al tiempo en que la pidió...)

La propuesta del emperador establece que después de la *litis contestatio* el valor de la cosa debida será el correspondiente al mo-

¹¹ GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum..." *op. cit.*, pp. 140 a 148.

mento en que fue pedida por el actor. Interpretando tal *oratio* a la luz del caso práctico nos podemos cuestionar a qué actor se refiere, si al *delator* que provocó el inicio de la *lis* y que ejercitó la acción a nombre del fisco o bien al propio *fiscus* que era el efectivo titular de los correspondientes *caduca*. Según nuestra opinión, si bien materialmente el *delator* es el actor en la *vindicatio caducorum*, el texto no puede referirse a éste, porque carece de un derecho sustancial (el premio que recibe por la denuncia de los *caduca* es un elemento secundario y poco relevante dentro del contenido del presente juicio); tal situación nos haría pensar que más que concerniese al *quivis de populo* se tratase del efectivo titular del derecho, esto es, del fisco;¹² tal aseveración podría comprobarse con la exégesis que realiza Ulpiano respecto al Juvenciano en D.5.3.20.7:

Ait Senatus: 'Cum antequam partes caducae fisco peterentur'; hoc evenerat, ut partes caducae fisco peterentur... (Dice el senado: Como antes que por el fisco se pidieran las porciones caducas; había sucedido esto, que se pidieran por el fisco las porciones caducas...).

Es posible constatar que Ulpiano hace referencia al titular del derecho sustancial y no al *delator* que ejercitó materialmente la acción, siendo este último simplemente el instrumento mediante el cual el fisco pudo obtener su respectivo derecho; además como es notorio, en el presente caso se trata de resolver el problema de las *partes caducae* y no del premio que por la respectiva denuncia recibiría el *delator*.

Siguiendo con la interpretación de la parte de la *oratio* expresada en D.5.3.40.pr, podemos afirmar que el fisco tendrá derecho a la cuantía de la cosa debida (entiéndase el precio de los *caduca* según propuesta del emperador y ratificación del senado) a partir del momento en que la pidió; esto es, cuando el procedimiento fue iniciado mediante la *denuntiatio* o *evocatio litteris* o *edictis*, porque, como es notorio, el ejercicio de la acción requiere del conocimiento de los demandados. Al respecto, el senadoconsulto en D.5.3.20.6d dice:

¹² Al respecto PROVERA, *La vindicatio caducorum, op. cit.*, p. 100 manifiesta que el *delator* actúa *nomine fisci* y que en caso de que permaneciera inactivo el magistrado inclusive tenía la facultad de realizar la *evocatio* bien sea del mismo *delator* como del *possessor*.

Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset ei, aut litteris, vel edicto evocatus esset, censuerunt. (Y dictaminaron que se ha de considerar pedida por el fisco la herencia desde aquel momento en que primeramente hubiere sabido alguno que a él se le pedía, esto es, cuando hubiese recibido la *denuntiatio* o la *evocatio litteris* o *edictis*).

El senado decidió que el momento en que se considerará pedida por el fisco la herencia será a partir de que alguno de los demandados hubiera sido notificado mediante la *denuntiatio*, o la *evocatio litteris* o *edictis*. De tal aseveración podemos comprobar una vez más que la petición de la parte de la herencia transformada en *caduca* iniciará según criterio del Juvenciano cuando fue realizada la notificación del ejercicio de la respectiva acción a alguno de los dos demandados; esto es, cuando dentro del procedimiento el fisco hubiera pedido la parte de la herencia de Rústico que le correspondía; así también Ulpiano confirmando lo anterior dice en D.5.3.20.11 que los términos *petitam autem hereditatem* deberán ser interpretados como: *ex quo quis scit a se peti...id est, quum primum aut denuntiatum esset...* (desde que alguno sabe que se le pide... esto es, no apenas o se hubiese realizado la *denuntiatio*...).

Haciendo una comparación entre la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.40.pr y la correspondiente al senadoconsulto que se encuentra en D.5.3.20.6d podemos considerar que ambos ordenamientos se complementan entre sí, porque mientras el primero dice que deberá entregarse al actor (entiéndase el fisco como hemos afirmado anteriormente) lo que habría de haber tenido si le hubiese sido restituida la herencia al tiempo en que la pidió; el segundo fija de forma más precisa el momento necesario para dicha restitución; por ello, podríamos pensar que el texto del senadoconsulto nos ayuda a entender las breves palabras citadas en la *oratio*, porque si la herencia deberá ser restituida al tiempo en que la pidió el fisco, el senadoconsulto nos confirma por otra parte, que dicho momento comenzará a partir de que hubiese sido efectuada la notificación; esto es, cuando judicialmente el fisco pidió a los demandados la respectiva *hereditas*.

De la comparación que acabamos de realizar entre la *oratio* de Adriano citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40pr y el Juvenciano podemos constatar la dificultad de aceptar la posición de Marini

Avonzo respecto a que Adriano presentó simplemente un *memorandum* sobre un problema jurídico que debía ser resuelto por el senado porque el contenido de la *oratio* es una propuesta sobre el presente ordenamiento.

3. Posición de Arcaria

El estudio de Arcaria sobre la apelación frente al senado en época imperial representa hoy en día la mayor aportación sobre la materia, logrando identificar elementos de carácter procedimental;¹³ si bien en líneas generales compartimos las conclusiones del estudio durante la época imperial (e incluso en nuestra investigación anterior aplicamos dichas conclusiones al Juvenciano)¹⁴ encontraríamos ciertas dudas en lo referente a dos aspectos; el primero, correspondiente a la continuidad de la actividad jurisdiccional del senado en materia civil dentro del periodo que va del 69 al 117 d. C; y el segundo, el ejercicio de tal función de forma directa en el imperio de Adriano. Las razones por las que nos parecen discutibles tales aseveraciones son las siguientes:

- a) La ausencia de fuentes sobre la actividad judicial de apelación senatorial en la época que va de la muerte de Nerón a la de Nerva

¹³ ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 11 a 323; específicamente sus conclusiones sobre el procedimiento pueden observarse en la p. 125: Instrucción preliminar de la controversia por parte de los cónsules y la transmisión del juicio a la asamblea (Tac. Ann. 3.63.1-2; 14.17.1-2; 13.4.2); la competencia exclusiva para Italia y las provincias senatoriales (Tac. Ann. 13.4.2); depósito de sumas de dinero y el pago de una sanción en caso de *lis temeraria* (Suet. Gai. 40 y Tac. Ann. 14.28.1); la votación *per discessionem* (Sen. De vita beata 1.5-2.1); la audición de las partes mediante abogados (Plin. Epist. 4.12.1-4); la garantía del contradictorio (Plin. Epist. 5.4.1); la condonación de las *multae* (Plin. Epist. 4.29.2); la actuación del senado no en sesión plenaria, sino mediante el trámite de comisiones numéricamente restringidas (Tac. ann. 4.6.2 y SHA. vita M. Ant. Phil. 10.2). Recensiones a la presente obra por M. MARRONE en *Iura*, v. 43 (1992), pp.135 a 144 y Olindo DI POPOLO, "Il Ruolo Giudiziario del Senato nel Principato", *Labeo*, v. 40 (1994), pp. 392 a 403, los cuales parecerían compartir las conclusiones del presente estudio; así también Franca DE MARINI AVONZO, "Sulle competenze del Senato imperiale", *Index*, v. 25 (1997), pp. 621 a 625, la cual se reserva cualquier crítica a Arcaria, en virtud de que la presente obra es una profundización sobre la propuesta que había realizado anteriormente ella en *La funzione giurisdizionale...*, op. cit., pp. 36 a 60.

¹⁴ GONZÁLEZ ROLDÁN, *Senatusconsultum Iuventianum*, op. cit., pp. 180 a 184.

(68-98 d. C.) no puede seguramente interpretarse, como lo hace Arcaria,¹⁵ en el sentido de considerar la continuidad de tal actividad; las noticias sobre la función jurisdiccional penal de primer grado en tal periodo no presuponen necesariamente la existencia paralela de una función civil-administrativa de segundo grado.

- b) En lo que respecta al imperio de Vespasiano, la fuente citada Suet. *Vesp.* 10¹⁶ no hace ninguna referencia a la función del senado como tribunal de apelación, no siendo posible demostrar tal actividad en el mencionado periodo.
- c) Dudosas son las fuentes que el autor presenta sobre el funcionamiento del senado como tribunal de apelación en el imperio de Trajano.¹⁷ La primera es Plinio, *epist.* 4.12.1-4:

...Egnatius Marcellinus...Cum in provinciam quaestor exisset scribamque, qui sorte obtigerat, ante legitimum salarii tempus amisisset, quod acceperat, scribae daturus, intellexit et statuit subsidere apud se non oportere. Itaque reversus Caesarem, deinde Caesare auctore senatum consuluit, quid fieri de salario vellet. Parva quaestio, sed tamen quaestio. Heredes scribae sibi, praefecti aerari populo vindicabant. Acta causa est; dixit heredum advocatus, deinde populi, uterque percommode. Caecilius Strabo aerario censuit inferendum, Baebius Macer heredibus dandum; obtinuit Strabo. (Ignacio Marcelino...habiendo partido a la provincia como *quaestor* y habiendo perdido el escribano¹⁸ que le había correspondido en suerte, antes del tiempo legítimo del salario que había recibido y que era al punto de dar

¹⁵ ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 95 y 96.

¹⁶ *Litium series ubique maiorem in modum excreverant, manentibus antiquis intercapedine iuris dictionis, accedentibus novis ex condicione tumultuque temporum...* (Series de litigios en todos lugares habían crecido en medida mayor, permaneciendo los antiguos a causa de la suspensión de la jurisdicción, y añadiéndose nuevos a causa de la condición y confusión de los tiempos).

¹⁷ ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 97 a 102; en el mismo sentido DE MARINI AVONZO, "Cognitio Senatus...", op. cit., p. 377, considera que el presente texto trata de un problema de apelación.

¹⁸ Sobre el término escribano, en el *Dizionario di antichità Classiche di Oxford*, op. cit., *vox scribi (scribae)* se menciona que eran en origen todas las personas que practicaban la escritura, cuando los copistas vienen a ser llamados "librarios", el término viene limitado a los secretarios de personas privadas o de los magistrados, especialmente de los que se ocupaban de cuestiones financieras o municipales. Estos *scribae publici* eran en general ciudadanos libres pertenecientes a la clase de los caballeros y recibían un sueldo regular, el cual como puede ser observado resulta ser la causa del problema jurídico mencionado en el presente texto; así también ver Camillo SOLIMENA, *Plinio il Giovine e il diritto pubblico di Roma* (s/e, Luigi Pierro, Nápoles, 1905), p. 188, núm. 2, con referencias bibliográficas.

al escribano, entendió, y estableció que no debía retenerlo consigo mismo. Por tanto una vez regresado consultó al César, después con base en la autoridad del César al senado, qué quería que fuese hecho de tal salario. Pequeña cuestión, pero sin embargo cuestión. Los herederos del escribano lo reivindicaban para sí, los prefectos del erario para el pueblo. Fue hecho un litigio; habló el abogado de los herederos, después del pueblo, ambos muy oportunamente. Cecilio Estrabón deliberó que debía encajarse al erario, Bebio Macer que debía darse a los herederos; ganó Estrabón).

Según Arcaria el presente caso haría referencia a una controversia jurídica (*Acta causa est*) —y en tal punto estamos de acuerdo—; las dudas existirían en la posibilidad de que habría sido resuelta en grado de apelación. El fundamento de tal hipótesis radicaría en la siguiente afirmación: los herederos del escribano iniciaron la instancia y el *quaestor* después de haber conocido de la cuestión estableció que la suma de dinero destinada al pago del *salarium* no podía permanecer en sus manos, decidiendo por lo tanto de consultar directamente al emperador al regresar a Roma; las pruebas al respecto serían los verbos *intellexit et statuit*, que testimoniarían respectivamente el *cognoscere* en sentido técnico y el decidir, así como la expresión *Caesarem consuluit*, que indicaría el típico procedimiento de consultación imperial por parte de funcionarios y magistrados, que era la *consultatio ante sententiam*; por lo tanto, concluye el estudioso que el texto expresaría la existencia de un juicio en parte de primer grado, en cuanto se sigue delante al *quaestor*, y en parte de apelación, en cuanto el senado parecería sustituir la propia decisión emanada por Ignacio Marcelino, que tendría la naturaleza de *interlocutio* por ser una decisión emanada *ante sententiam*.

Parecería difícil de aceptar la interpretación de Arcaria, porque, si bien se inició una controversia jurídica sobre el salario del escriba muerto frente al *quaestor*, de la *consultatio ante sententiam* no podría desprenderse la existencia de una *interlocutio* o resolución de primer grado emanada por tal autoridad. El *quaestor* debe decidir entorno a la controversia, y al no saber cómo resolverla consulta al emperador, respondiéndole a su vez que el senado deberá decidir al respecto; de lo anterior podríamos pensar que independientemente que el *quaestor* hubiese sido la autoridad competente, el senado fue quien resolvió

excepcionalmente en primera instancia por decisión del emperador, sustituyendo por lo tanto la función del *quaestor* en virtud de su desconocimiento sobre la forma en que debería actuar en el presente caso.¹⁹

El segundo ejemplo que presenta es igualmente dudoso siempre Plinio en *epist.* 5.4.1 dice:

Res parva, sed initium non parvae. Vir praetorius Sollers a senatu petiit, ut sibi instituere nundinas in agris suis permetteretur. Contra dixerunt legati Vicetinum; adfuit Tuscilius Nominatus. Dilata causa est. (Cosa pequeña, pero al inicio no pequeña. El expretor Sollers pidió al senado, que a él fuese permitido instituir un mercado en su terreno. Contrariamente se pronunciaron los *legati Vicetinum*; asistió Tuscilio Nominato. La controversia ha sido reenviada).

Las razones por las que Arcaria consideraría que el presente caso es una controversia de segundo grado radicarían en el empleo de los términos "*dilata causa est*" que demostrarían la existencia de un litigio, así como también la presencia del abogado Tuscilio Nominato; tales argumentos, según nuestra opinión, no son prueba suficiente para demostrar una apelación frente al senado, ya que los mismos podrían aplicarse igualmente en la hipótesis de que Sollers hubiese solicitado la autorización administrativa al senado mediante su abogado Tuscilio Nominato, y existiendo oposición por parte de los *legati*, Plinio hubiese calificado como *causa* el conflicto de intereses.

¹⁹ Dentro de la bibliografía que ha tratado el presente texto únicamente Arcaria ha identificado la existencia de una sentencia de apelación que, como hemos observado parecería difícil aceptar; DE MARINI AVONZO, *op. cit.*, p. 54, parecería ser de la idea que la presente controversia se resolvió en primera instancia y según ella sólo en caso de que un magistrado menos escrupuloso que Ignacio Marcelino la hubiese resuelto según su propio criterio hubiera sido posible la intervención del senado en segunda instancia (tal hipótesis necesitaría ser comprobada en fuentes del mencionado periodo histórico); KASER, "*Das Roemische Zivilprozessrecht*", *op. cit.*, p. 358, núm. 42, considera que la intervención del senado se debió a "Anrufung des Kaisers in einem Sonderfall"; sobre las razones por las que Marcelino se dirigió al *princeps* en lugar del senado, la interpretación de los términos "*parva quaestio*" y los datos que el presente texto presenta sobre la organización financiera del imperio romano en el tiempo de Trajano ver Pietro CERAMI, "*Parva quaestio, sed tamen quaestio*", *Riflessioni su Plin. Epist. 4.12*", *Studi in Onore di Arnaldo Biscardi*, v. 2, pp. 215 a 219.

d) Arcaria aplicando al senadoconsulta Juvenciano la hipótesis de que los *patres* hubiesen ejercitado directamente la facultad de apelación en el imperio de Adriano negaría la relación entre la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40.pr y nuestro senadoconsulta.²⁰ El autor aceptaría al igual que De Marini Avonzo, la posición de Appleton que criticamos anteriormente sobre una "confusión" de los compiladores entre el senadoconsulta Juvenciano y la mencionada *oratio* sin dar argumentos al respecto.

De lo anterior hemos podido constatar que la doctrina no nos da una respuesta sobre el procedimiento de apelación frente al senado en la época de Adriano que pueda resolver la relación existente entre la respectiva *oratio* y el senadoconsulta Juvenciano; por ello, consideramos necesario afrontar la presente problemática mediante los datos que otorga D.5.3.20.6 y así tratar de reconstruir el procedimiento respectivo en tal periodo histórico.

II. NUESTRA HIPÓTESIS A LA LUZ DE D.5.3.20.6.

La doctrina ha constatado la práctica a partir de la época adrianea que el emperador tomase la iniciativa de *senatusconsulta* mediante *orationes* comunicadas al senado por escrito, que, una vez leídas, eran aprobadas por la asamblea sin realizar modificaciones.²¹ A partir de Adriano tales *orationes* empiezan a tener mayor relevancia y a ser consideradas con mayor atención por la jurisprudencia,²² aunque por sí solas carecían de fuerza de ley. La razón de tal situación podría consistir en el hecho que siendo el resultado de discusiones jurisprudenciales efectuadas en el *consilium* representasen la opinión predominante o bien los puntos de encuentro entre las dos escuelas jurídicas que en tal época encontrarían a sus últimos representantes. Ahora

²⁰ *Idem*, pp. 223 a 229.

²¹ Así, por ejemplo, Mario MAZZA en *Lineamenti di storia del diritto romano* (2a. edizione sotto la direzione di Mario Talamanca, Milán, Giuffrè, 1989), p. 398; Mario BRETONE, *Storia del Diritto Romano*, (3a. edizione ampliata, Roma-Bari, Laterza, 1989), pp. 222 a 228.

²² v. g. GAYO, 2.57; ULPIANO, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2; *idem*, *libro primo de censibus* D.50.15.1.1; PAULO, *libro vicensimo ad edictum* D.5.3.22 y D.5.3.40.pr.

surge la cuestión de cómo se efectuaba el procedimiento de apelación frente al senado en la época de Adriano. Además de la especial dificultad que presenta el problema durante el transcurso del principio porque las fuentes sobre la materia carecen de una continuidad cronológica,²³ los datos identificados en doctrina²⁴ no encuentran confirmación a la luz de D.5.3.20.6pr, texto con que inicia el Juvenciano; por ello, trataremos de realizar una hipótesis sobre su funcionamiento aplicado exclusivamente al imperio adrianeo, etapa a partir de la cual el *consilium principis* se encuentra representado oficial y permanentemente entre otros, por juristas, los cuales pudieron haber participado en la elaboración de la presente disposición.

El prefacio del senadoconsulto Juvenciano se encuentra en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.20.6, que lo manifiesta con las siguientes palabras:

...*Pridie idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar Traiani Parthici filius divi Nervae nepos Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas Martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt.* (El día anterior al quince de marzo, los cónsules Quinto Julio Balbo y Publio Juvencio Celso Ticio Aufidio Eno Severiano, pidieron (a los senadores) que se decida que sea hecho de lo que el emperador César hijo de Trajano Pártico, nieto del divino Nerva, Adriano Augusto, óptimo emperador y máximo príncipe propuso el 3 de marzo, que fue próximo, comprendiéndolo en un documento. Y de esto así (los senadores) decidieron.

La doctrina está de acuerdo en afirmar que la redacción del presente pasaje es poco feliz;²⁵ así Carcaterra²⁶ adecuadamente observó que el latín del texto presenta problemas desde el punto de vista gramatical; <*quid fieri placeat*> expresado en subjuntivo presente fren-

²³ Existen lagunas sobre la materia en el periodo que va del 69 d. C., al 117 d. C.; en sentido contrario ver ARCARIA, *op. cit.*, pp. 95 a 102, tesis que hemos tenido oportunidad de criticar anteriormente.

²⁴ Específicamente nos referimos al mismo ARCARIA, *op. cit.*, principalmente ver p. 125.

²⁵ Ver al respecto las notas que se encuentran en la edición del Digesto de Mommsen; así también APPLETON, *op. cit.*, pp. 3 a 4; CARCATERRA, *op. cit.*, v. 2, pp. 92 a 95.

²⁶ CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

te a *fecerunt* (indicativo perfecto) y en una interrogativa indirecta; así también el <*complexus esset*>, es dirigido al subjuntivo abandonado con el “*proposuit*”.

Frente a tal problemática se han realizado diferentes propuestas de interpretación; por un lado, Mommsen,²⁷ bajo un aspecto simplemente formal agrega el término *divi* antes de Trajano y *optimus* en lugar de *imperator*, modificaciones que no resuelven el presente problema; Appleton²⁸ considera que se podría armonizar el <*proposuit*> con el <*complexus esset*> mediante una conjunción copulativa <*et*>, descartándola de antemano porque tal conjunción faltaría en el texto, aparte que, como observa Carcaterra,²⁹ tal reconstrucción sería imposible desde el punto de vista sintáctico (efectivamente un indicativo no puede estar unido mediante una conjunción a un subjuntivo). Los autores anteriores aceptan una opinión realizada en el siglo XVI por Pitou³⁰ discípulo de Cuyacio que dice que el verbo <*proposuit*> fue un error de escritura, considerando que el manuscrito utilizado por los compiladores tenía probablemente la abreviatura <*pp*>, que fue traducido de tal forma y que realmente significaba <*pater patriae*>,³¹ por lo que el texto originariamente debió haber dicho del siguiente modo:

...*verba fecerunt de his quae imperator <pater patriae> quinto nonas martias, quae proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri placeat...* (hicieron las palabras sobre lo que el emperador <padre de la patria> el 3 de marzo, que fue próximo había comprendido en un documento, de lo que sea decidido que sea hecho).

La presente propuesta, si bien permitiría una mejor sintaxis, continuaría a tener el problema del <*placeat*> en lugar de un <*placeret*>.

²⁷ MOMMSEN, *op. cit.*, p. 114.

²⁸ APPLETON, *op. cit.*, p. 3.

²⁹ CARCATERRA, *op. cit.*, p. 94.

³⁰ Al respecto ver MOMMSEN, *op. cit.*, p. 114, núm. 7; Ernest Levy-Ernest Rabel, *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* (Hermann Boehlaus Nachfolger, Weimar, 1929), p. 78; posición aceptada por Fliniaux, “Le Sénatusconsulte Juvencien...” *op. cit.*, p. 82; APPLETON, *op. cit.*, pp. 3 y 4; CARCATERRA, *op. cit.*, p. 94; por último, ver DE MARINI AVONZO, “*Cognitio Senatus...*”, *op. cit.*, p. 379.

³¹ Sobre tal apelativo honorífico ver Francesco DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* (s/e, Jovene, Nápoles, 1974), v. IV, parte prima, pp. 227 a 229.

por lo que Carcaterra³² presenta la hipótesis de que Ulpiano, al traducir el discurso directo en indirecto, se le escapó el tiempo correcto del verbo.

Difícilmente podremos dar una solución al respecto, porque si bien son fundadas las presentes hipótesis³³ nos encontramos dentro del campo de la especulación; nosotros tratando de salvar el término <proposuit> (porque una *oratio* fue propuesta al senado, como ya vimos), sobreentendimos la existencia de un <cum> que permitiría armonizar el <complexus esset> y así traducirlo como gerundio.

Aunque sean discutibles las presentes soluciones; bien sea que aceptemos la posición de Pithou o la nuestra, se desprenden del presente pasaje los siguientes elementos:

- a) Una propuesta del príncipe dirigida al senado mediante un *libellus* (*de his quae imperator... <pater patriae> ...libello complexus esset*; o bien; *de his, quae imperator...proposuit...<cum> libello complexus esset*.)
- b) Tal propuesta fue presentada por los cónsules (...*Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt...*).
- c) El senado decidió al respecto (*De qua re ita censuerunt*).

La *quaestio* que surgiría de la lectura del texto sería la referente a la intervención del emperador en la presente controversia; ya tuvimos ocasión de criticar en nota la posición de Appleton que consideraba que tal se limitaba a una simple consulta que sobre el presente problema jurídico realizaba al senado, porque, como afirmamos, dentro de su *consilium* se encontraban los más renombrados juristas de la época que hubieran podido resolverlo (como veremos en el siguiente §).

³² CARCATERRA, *ibid*, p. 95, según el presente autor originariamente el senadoconsulto se enunciaba de la siguiente forma: *Quinto nonas martias. Caesar Senato ave. De his quae libello complexus sum, quid fieri placeat rogamus censeatis Quirites...*

³³ Efectivamente la propuesta de Pithou parecería encontrar confirmación en ciertas constituciones en que aparece tal referencia como en *Vat. Frag.* 283; y la última de Carcaterra encontraría ejemplos análogos en el mismo libro *ad edictum* de Ulpiano v. g 31.5 y 20.3 donde el jurista omitió <Julianus scribit> dejando sin verbo el periodo indirecto.

De Marini Avonzo,³⁴ negando la relación entre el senadoconsulto y la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40.pr, es de la idea que Adriano simplemente delegó al senado la decisión sobre la controversia, pero, como demostramos en la *oratio* se encontraba la posición del emperador sobre el presente argumento.

Al respecto, Arcaria³⁵ considera que los herederos interpusieron la apelación frente al emperador, y que Adriano, respetando la competencia de los *patres* de decidir contra las decisiones de los jueces del erario transmitió mediante *libellus* la petición de revisión, por lo que el emperador, más que una delegación *ad hoc* en favor de la asamblea, simplemente respetaría la competencia propia del senado; tal interpretación del texto, según nuestra opinión, presentaría las siguientes dudas:

- a) Ya tuvimos oportunidad de demostrar en una investigación anterior que la autoridad competente fue probablemente el fisco y no el erario.³⁶
- b) Su razonamiento niega la falta de relación entre la *oratio*, citada por Paulo en D.5.3.22 y D.5.3.40.pr, y nuestro senadoconsulto que, como observamos, difícilmente podría aceptarse.
- c) Se presupondría la existencia de un error por parte de los agraviados consistente en la interposición de la apelación frente a una autoridad incompetente (el emperador), que además *motu proprio* lo subsanaría solicitándole a los cónsules la presentación del *libellus* al senado para su respectiva resolución.

Según nuestra opinión, parecería más probable otra solución, consistente en que si bien el senado fue competente en segunda instancia, los agraviados, conforme al procedimiento respectivo, interpusieron la apelación frente al emperador, para que de tal manera tuviese conocimiento el mismo, y gracias al apoyo del *consilium principis* resolviese al respecto; así una vez concluida dicha fase, se presentaría a los *patres* la decisión mediante la forma de una *oratio* para que fuese aprobada. La presente hipótesis se basaría en dos argumentos principales:

³⁴ DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale... op. cit.*, p. 47.

³⁵ ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, pp. 225 a 226.

³⁶ GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum", *op. cit.*, pp. 158 a 165.

1. El *consilium* de Adriano tiene función jurisdiccional.
2. La probable formulación del senadoconsulto Juvenciano por parte de jurisconsultos.

III. FUNDAMENTO FORMAL DE NUESTRA HIPÓTESIS:

EL *CONSILIIUM* DE ADRIANO TIENE FUNCIÓN JURISDICCIONAL³⁷

La función jurisdiccional del *consilium principis* bajo el imperio de Adriano se encuentra en S. H. A. *De vita Hadriani* 18.1 que al respecto menciona:

Cum iudicaret, in consilio habuit non amicos suos aut comites solum sed iuris consultos et praecipue Iuventium Celsum, Salvium Iulianum, Neratium Priscum aliosque, quos tamen senatus omnis probasset. (Cuando juzgaba, tuvo en el consejo no sólo sus amigos o bien *comites*, sino jurisconsultos y principalmente Juvencio Celso, Salvio Juliano, Neracio Prisco, y otros, que sin embargo hubiera aprobado todo el senado).

Como es posible observar, el texto hace referencia a la actuación del emperador en su función judicial, asesorado de su respectivo *consilium*. Tal hecho se desprende del término *iudicaret*, que implica subsecuentemente la facultad del príncipe de decidir sobre controversias jurídicas. Palazzolo³⁸ acertadamente afirma que el valor del

³⁷ Sobre el presente argumento ver: Edouard CUQ, *Le conseil des empereurs d'Auguste á Diocletien*, Mémoires présentés par divers savants à l'académie des inscriptions et belles-lettres de l'institut de France. (Première série, Imprimerie Nationale, París, 1884), pp. 1 a 361; E. DE RUGGIERO, *vox "Consilium"*, Dizionario epigrafico di antichità romane, v. 2.1, Roma, 1900, pp. 609 y sig.; Giovanni CICOGLIA, *Consilium principis* (ristampa anastatica dell' edizione 1902; Roma; L'Erma di Bretschneider, 1971), pp. 1 a 292; CROOK, *Consilium principis. Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian* (s/e, Cambridge, 1955); Giuseppe GROSSO, *Lezioni di Storia del diritto romano* (5a. edizione; Torino, Giappichelli, 1965), p. 375; Wolfgang KUNKEL, "Die Funktion des Konsiliums in der magistratischen Strafjustiz und im Kaisergerecht, ZSS, v. 85 (1968), pp. 265 y sig.; Francesco DE MARTINO, *Storia della costituzione romana, op. cit.*, v. 4, parte prima, pp. 671 a 680; Francesco AMARELLI, *Consilia principum* (s/e; Nápoles, Jovene, 1983), pp. 15 a 194. Limitado el argumento a determinada etapa histórica ver: Gian GALEAZZO TISSONI, "Sul *consilium principis* in età traianea", SDHI, v. 31 (1965), pp. 222 a 245; Nicola PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C* (s/e; Milán, Giuffrè, 1974), pp. 26 a 49; Valerio MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio* (s/e; Milán, Giuffrè, 1988), pp. 39 a 49.

³⁸ *Potere imperiale, op. cit.*, p. 32, núm. 30.

mencionado verbo no debe ser limitado al sentido restrictivo de pronunciar un *decretum*, sino al más amplio, que comprenda toda actividad jurídica; por otra parte, si bien Arcaria³⁹ acepta tal posición, niega sin embargo que el presente pasaje haga referencia a la actividad judicial, porque existirían textos que, al tratar tal argumento omitirían toda referencia a los juristas citados anteriormente, como sería el caso de los siguientes:

- a) S. H. A. *De vita Hadr.* 8.9. *Erat enim tunc mos, ut, cum princeps causas agnosceret, et senatores et equites Romanos in consilium vocaret et sententiam ex omnium deliberatione proferret.* (Ciertamente existía entonces la costumbre, que cuando el príncipe conocía los litigios, llamaba en consejo bien sea los senadores, bien sea los *equites* romanos y emanaba la sentencia con base en la consulta de todos).
- b) S. H. A. *De vita Hadr.* 22.11. *Causas Romae atque in provinciis frequenter audivit adhibitibus in consilio suo consulibus atque praetoribus et optimis senatoribus.* (Oía frecuentemente los litigios en Roma y en las provincias predispuestos en su consejo los cónsules y los pretores y los óptimos senadores).
- c) Dio Cass. 69.7.1. Solucionó todos los litigios más importantes y necesarios también mediante el senado y juzgaba (εδικάζε) con los primeros a veces en el palacio.

Las presentes fuentes, aunque les falte la mención textual de los jurisconsultos, no son prueba suficiente y decisiva para excluirlos de la actividad jurisdiccional, como opina Arcaria, por las siguientes razones:

1. En los textos a) y b) se afirma genéricamente la presencia de senadores y *equites* sin insistir si tenían o no el carácter de juristas (el hecho de no haberlo expresado no significa que carecieran de tal título).⁴⁰

³⁹ Francesco ARCARIA, "Commissioni senatorie e *consilia principum* nella dinamica dei rapporti tra senato e principe", Index, v. 19 (1991), pp. 286 a 287.

⁴⁰ Sobre el carácter senatorial o ecuestre de los mencionados juristas, ver BRETONE, *Storia del diritto romano, op. cit.*, p. 217.

2. En SHA *De vita Hadr.* 22.11 se habla de cónsules, referencia que podría incluir a los juristas Neracio Prisco (*consul suffectus* en el año 86 d. C) y a Juvencio Celso (cónsul por segunda vez en el 129 d. C).⁴¹
3. La cita de Dio Cass. 69.7.1 es únicamente de los *patres* y no de los *equites*, explicándose tal hecho en que el texto enfatiza simplemente el respeto de Adriano al senado, incluyendo en su *consilium* a representantes del mismo.⁴²

De lo anterior, podríamos afirmar que no existen sólidos argumentos en contra que pudiesen excluir la interpretación de que el término *iudicaret* utilizado en S. H. A *De vita Hadriani* 18.1 incluyese también a la actividad jurisdiccional.

Bajo el imperio de Adriano el *consilium principis* empieza a presentar estabilidad en su organización constitucional otorgándosele una representación oficial y permanente;⁴³ en el texto de la Historia Augusta 18.1 citado anteriormente puede identificarse la composición de sus integrantes: amigos del príncipe o *comites* (acompañantes), jurisconsultos (entre los cuales se encontraban Juvencio Celso, Salvio Juliano, Neracio Prisco), y otros, que “sin embargo hubiera aprobado todo el senado” y tal aprobación, aparte del carácter permanente de sus miembros, determinaría la solidez constitucional del *consilium*. La *quaestio* que surge en relación con tal problema concierne al alcance de la facultad del senado; una parte de la doctri-

⁴¹ Así también con posterioridad Juliano fue también pretor y cónsul, según referencia de él mismo en el libro *XLII Digestorum* D.40.2.5.

⁴² Así ya CICOGLA, *Consilium principis*, *op. cit.*, p. 62, observando en la p. 121 que en el *consilium* los jurisconsultos debían pertenecer en su mayor parte al “ordine senatorio”, así también Tissoni, “Sul *consilium*...” *op. cit.*, pp. 236 y 237; DE MARTINO, *Storia... op. cit.*, pp. 675 y 676, núm. 160.

⁴³ Efectivamente, la falta de estabilidad en su organización constitucional puede constatarse en los siguientes testimonios literarios anteriores a Adriano que demuestran que sus integrantes no tenían un encargo permanente: v. g. Plinio, *ep.* 4.22.1 comenta en una carta dirigida a Sempronio Rufo que asumió parte de un *consilium* reunido en sede jurisdiccional (*interfui principis optimi cognitioni in consilium adsumptus*); en *ep.* 6.31.1 le comenta a Corneliano su alegría por una importante reunión del *consilium* donde fue admitido (*evocatus in consilium a Caesare nostro*...). En tal sentido, CICOGLA, *Consilium principis*, *op. cit.*, p. 63; DE MARTINO, *Storia... op. cit.*, pp. 674 a 678; PALAZZOLO, *Potere imperiale*, *op. cit.*, p. 31; en sentido contrario, AMARELLI, *Consilia principis op. cit.*, p. 194, ARCARIA, *Commissioni senatorie... op. cit.*, p. 286.

na⁴⁴ interpreta el texto en el sentido que la aprobación del senado no incluiría a los juristas ya nombrados, sino a otros juristas. Tal interpretación se fundamentaría en que el pronombre “*quos*” probablemente se refiera al precedente “*aliosque*”, el adverbio “*tamen*” encontraría su explicación en relación al pronombre; por ello existirían dos grupos de juristas, los designados por el emperador y los aprobados por todo el senado. Arcaria,⁴⁵ por el contrario, considera la presente hipótesis no probada, porque el término “*aliosque*” no necesariamente se relacionaría con los tres juristas ya citados, faltando además motivos para explicar por qué ciertos juristas eran designados por el emperador y otros por el senado; por lo tanto, le parecería más adecuado considerar un tercer grupo independiente a los dos anteriores que requiriese de la aprobación del senado. Efectivamente, resultan adecuadas las observaciones del estudioso; por una parte, el emperador en sus decisiones utilizaba personas que no requerían de la aprobación del senado, como sería el caso de los *amici* o *comites* y los juristas; los primeros porque se encontraban bajo una estrecha relación de confianza, mientras que los segundos por su competencia específica y prestigio social;⁴⁶ por otra parte, había una tercera categoría de miembros del consejo imperial, aprobados por el senado, independientemente de los anteriores. Veamos a continuación cada una de las mencionadas categorías.

1. Integrantes del *consilium*

A. *Amici* o *comites*

Como podemos notar, el término *amicus*, aparte de su significado de carácter afectivo, fue utilizado a partir de Augusto para designar a

⁴⁴ CICOGLA, *Consilium principis*, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁵ *Commissioni senatorie... op. cit.*, p. 287.

⁴⁶ Que los juristas citados en S. H. A *De vita Hadriani* 18.1, hayan gozado de prestigio social puede comprobarse dentro de la propia citación del famoso texto de POMPONIO, *libro singulari Enchiridii* D.1.2.2.47 que al tratar del *ius publice respondendi* trata a los mencionados juristas. Ciertamente la muestra mayormente palpable de dicho prestigio consistía en el *respondere ex auctoritate principis*, al respecto ver: Giuseppe PROVERA, “Ancora sul *Ius Respondendi*”, *SDHI*, v. 28 (1962), pp. 342 a 360; Mario BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (s/e, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1971), pp. 146 a 160; Antonio GUARINO, *Le Ragioni del Giurista. Giurisprudenza e Potere Imperiale nell'età del Principato Romano* (s/e, Jovene, Nápoles, 1983), pp. 95 a 122.

personas sostenidas por el príncipe con base en su *auctoritas*,⁴⁷ según las observaciones de Crook⁴⁸ es casi un título oficial que frecuentemente se emplea en los documentos públicos como calificación de los gobernadores provinciales, procuradores y secretarios de rango ecuestre. En nuestro texto se menciona *amicos suos aut comites*, términos que podrían interpretarse en dos sentidos; que además de sus amigos se incluyese a los *comites*,⁴⁹ o bien que este último término fuese utilizado con un mismo valor sustancial al de *amicus*; si aceptásemos la primera posición podríamos pensar que cualquier amigo suyo sin tener el título de funcionario imperial podía intervenir dentro del *consilium* en cualquier momento, sin embargo, tal posible interpretación atentaría al carácter permanente del mencionado consejo; por ello, parece mayormente posible la segunda solución, porque si bien el término *comes* o funcionario imperial no es sinónimo de *amicus* (todos los *comites* son *amici* del príncipe pero no todos los *amici* del príncipe son *comites*), al encontrarse los *amici* dentro del consejo de forma permanente asumían subsecuentemente el carácter de *comites*.

B. Los juristas

Por otra parte encontramos a los juristas, cuya intervención oficial y permanente al *consilium* fue probablemente establecida a partir de Adriano, aunque si bien es cierto tenemos noticias que también bajo los emperadores anteriores llegaron a participar.⁵⁰ Según

⁴⁷ Sobre tal término ver CROOK, *Consilium principis*, op. cit., p. 22; Bernardo ALBANESE, "L'amicizia nel diritto privato romano, Jus (1963), pp. 130 a 147; Balducci, "Intorno al iudicium domesticum", AG, p. 95, núm. 37; Gaudemet, "Note sur les amici principis", Romanitas-Christianitas. Untersuchungen zur Geschichte und Literatur der roemischen Kaiserzeit, Berlín-Nueva York, 1982, pp. 42 y sig.; Ciccotti, *Amicus*, DE 1 (1894), p. 449; Amarelli, *Consilia principis*, op. cit., pp. 121 a 127; Marotta, *Multa... op. cit.*, p. 40.

⁴⁸ *Consilium principis*, op. cit., pp. 148 y sig.

⁴⁹ Sobre tal concepto ver: MOMMSEN, "Die comites Augusti der fruerehen Kaiserzeit, Hermes, v. 4 (1869), pp. 120 a 131; Gesammelte SCHRIFTEN, v. 4, p. 311; Seeck, *vox: Comites*, RE, v. 4 (1901), p. 622; Grossi GONDI, *vox: Comes*, DE 2.1 (1910), p. 468; Tizzoni, "Sul consilium principis..." op. cit., p. 228, observa que en el origen los *comites* desempeñaban la función de guardia del cuerpo toda vez que el *princeps* se movía de Roma para realizar un viaje.

⁵⁰ v. g en el principado de Tiberio, *Cocceius Nerva* es citado como consejero del príncipe, al respecto ver: TÁCITO, *ann.* 4.58.1; Neracio PRISCO y ARISTÓN en el *consilium* de Trajano, según muestra PAPINIANO, *libro undecimo quaestionum* D.37.12.5.

Grelle,⁵¹ nuestro texto fundiría en conjunto y generalizaría episodios diferentes, ya que la presencia de Neracio debería corresponder a uno de los primeros años del principado de Adriano, pareciéndole improbable que el viejo consular hubiese hecho parte de la ambulante comitiva del príncipe, y que hubiese permanecido en actividad después del 131; por el contrario, Juliano habría sido todavía muy joven para encontrarse dentro del mismo consejo. Mientras se puede aceptar tal aseveración en lo referente al carácter general y simplificador del testimonio de S. H. A 18.1, las deducciones concernientes a Neracio y Juliano despertarían ciertas dudas, si efectivamente Neracio era de edad avanzada y, como veremos en el siguiente §, difícilmente pudo haber participado en la elaboración del senadoconsulto Juvenciano, debemos, sin embargo, también recordar que la función jurisdiccional del príncipe se concentraba principalmente en Roma, y que la designación de Neracio podría simplemente explicarse por haber sido ya miembro del *consilium* de Trajano; del mismo modo, si bien no dudamos de la juventud de Juliano, tampoco podríamos ignorar el dato que aproximadamente en el año 130 d. C realizó la codificación del edicto, haciéndonos pensar que en el 127 d. C, fecha del senadoconsulto Juvenciano, se encontrase en plena actividad junto con Celso. Cabe hacer notar, por último, que la citación de los tres jurisconsultos no podría entenderse en sentido restrictivo, y que seguramente intervinieron además otros juristas menos conocidos en el *consilium*, porque en el propio texto SHA *vita Hadr.* 18.1 se emplea el término *praecipue* que permitiría entender la existencia de otros de menor prestigio.

C. Individuos aprobados por el senado

Respecto a la tercera categoría, los individuos aprobados por todo el senado, se otorgaría a los *patres* la posibilidad de ser representados en el *consilium* del príncipe, participando y en cierto grado influenciando en sus deliberaciones. Adriano, mediante tal participación, trataría de subsanar la falta de consideración que habían

⁵¹ Francesco GRELLE, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano* (s/e, Edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1972), p. 134, tesis aceptada por AMARELLI, *Consilia principis*, op. cit., p. 91, núm. 21.

tenido los anteriores emperadores respecto al senado⁵² actuando conjuntamente con sus representantes en las funciones jurisdiccionales del imperio.⁵³ Si bien en el texto SHA 18.1 no se mencionan los requisitos que debiesen tener las personas aprobadas por el senado, sería difícil pensar que dentro de la presente categoría se incluyesen a personas que no fuesen senadores. Tampoco parecería probable que cualquier senador formase parte del *consilium*, porque el texto SHA 18.1 al requerir la necesidad de aprobación de todos sus miembros (*senatus omnis probasset*) haría pensar en la necesidad de que dentro de los candidatos propuestos se requiriese un prestigio mayor a los demás; por lo tanto, podríamos pensar que los miembros del consejo debieron ser senadores consulares o pretorios. Tal aseveración podría ser confirmada con el ya citado texto de Dio Cas. 69.7.1 que comenta que Adriano juzgaba con los primeros (tvn prwtwn) en el palacio y con el de SHA. 8.1. *Optumos quosque de senatu in contubernium imperatoriae maiestatis adscivit* (admitió a cada uno de los mejores del senado en convivencia de la majestad imperial). Es posible constatar que en SHA 18.1 se utiliza el término “*probasset*” y no “*nominasset*”, pudiéndose interpretar por ello que la designación de los senadores consulares o pretorios como candidatos fuese realizada por el propio emperador, y que de tal elenco propuesto resultasen elegidos aquellos que hubiesen obtenido la aprobación total del senado.

⁵² Al respecto SHA *De vita Hadriani* 8.9. *Exsecratus est denique principes, qui minus senatoribus detulissent*. (Y después maldijo a los príncipes que hubiesen concedido menos a los senadores).

⁵³ Es posible constatar, a partir del imperio de Augusto, la presencia de comisiones senatoriales en las funciones de gobierno (Dio Cass. 54.13-14; 56.28.2-3). Aunque no podríamos desprender de tales fuentes su aplicación a la función jurisdiccional; sin embargo, nos muestra el origen de una práctica aplicada a tal función por parte de los emperadores siguientes; así bajo el imperio de Tiberio es posible observar con base en Suet. Tib.55 que entraron dentro del *consilium* los viejos consejeros de Augusto y veinte miembros *e numero principum civitatis* refiriéndose de tal modo a los senadores; la función judicial de tal *consilium* puede constatar en Dio Cass.57.7.2; en el imperio de Claudio en base a Dio. Cass. 60.4.3; en lo referente a Nerón en Tac. *Ann.* 15.25.2 se menciona que el emperador consultó a los *primores civitatis* en materia de guerra. En los siguientes emperadores se podría pensar en una disminución de los senadores dentro del *consilium* de acuerdo con el texto SHA 8.10.

2. La comisión senatorial que participó en el *consilium* jurisdiccional de Adriano pudo haber sido la misma que resolvió la controversia del Juvenciano en grado de apelación

De lo visto anteriormente, se observa que Adriano conocía de controversias judiciales con el apoyo del *consilium principis*, que estaba constituido en parte por senadores consulares o pretorios en representación de los *patres*. En la reconstrucción del procedimiento de apelación frente al senado Arcaria,⁵⁴ con base en los textos de Tácito, *ann.* 4.6.2⁵⁵ y SHA. *vita M. Ant. Phil.* 10.2,⁵⁶ ha identificado que tal se realizaba también mediante comisiones numéricamente restringidas de senadores. Tomando en consideración ambos datos podría configurarse la siguiente hipótesis: la comisión senatorial que participó en el *consilium* jurisdiccional de Adriano fue la misma que resolvió la controversia del Juvenciano en grado de apelación. Para aceptar tal hipótesis deben tomarse en consideración los siguientes datos.

- a) Como hemos mencionado se encuentran fuentes jurídicas que demostrarían a inicios de edad imperial la facultad del senado de conocer controversias en grado de apelación, explicándose la carencia de noticias sobre la misma del lapso que va del imperio de Nerón al de Adriano como falta de su respeto por los emperadores del 68 al 117 d. C.⁵⁷

⁵⁴ En su obra *Senatus censuit*, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁵ *Iam primum publica negotia et privatorum maxima apud patres tractabantur, dabaturque primoribus disserere...* (Entonces al principio eran tratados los negocios públicos y los más importantes de los privados frente a los padres, y era dado a los primeros de discutirlos).

⁵⁶ *Neque quisquam principum amplius senatui detulit. In senatus autem honorificentiam multis praetoriis et consularibus privatis decidenda negotia delegavit, quo magis eorum cum exercitio iuris auctoritas cresceret.* (Ninguno de los príncipes defirió más ampliamente al senado. De otra parte, el senado a honorar de muchos pretores y cónsules delegó de decidir los negocios de privados, con el que mayormente crecería la autoridad de éstos con el ejercicio del derecho.)

⁵⁷ En la época de Augusto ver: Dio Cass. 55.34.2 donde el emperador delega al senado determinadas *cognitiones*; respecto al imperio de Nerón, ver Tácito *Ann.* 14.28, que establece que las apelaciones temerarias al senado tuviesen la misma penalidad que en los casos de juicios realizados en segunda instancia frente al tribunal imperial, mencionando que anteriormente las apelaciones al senado no eran objeto de ninguna sanción, permitiendo entender que antes de Nerón el senado conocía de tal materia. El texto más

- b) Adriano en su imperio trató de presentar una política de atención hacia al senado, como podría desprenderse de SHA *De vita Hadriani* 8.9: *Exsecratus est denique principes, qui minus senatoribus detulissent*. (Y después maldijo a los príncipes que hubiesen concedido menos a los senadores). Eso haría pensar que la facultad del senado de resolver controversias en materia de apelación fuese aplicada nuevamente a la práctica; en esta dirección se ponen los testimonios de nuestro senadoconsulto y del texto de Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2 (ver nota 4).
- c) Mientras que entre el imperio de Augusto al de Nerón el procedimiento de apelación frente al senado resulta ejercitado directamente por los *patres*,⁵⁸ designando ellos mismos las comisiones que resolviesen los litigios en segunda instancia, el único dato que puede encontrarse en la época adrianea a tal respecto en el texto D.5.3.20.6, motivo de nuestro análisis, lo sometería a un conocimiento del príncipe de la controversia previo. Tal situación permitiría pensar en un respeto formal de la función senatorial, resolviéndose las controversias dentro el *consilium principis* constituido en parte por una comisión que lo representase.
- d) En la constitución de Marco Aurelio a Augurino del año 170 d. C. en C.3.31.1, al mencionar el senadoconsulto Juvenciano inicia de la siguiente forma: *Senatusconsultum auctore divo Adriano...*(Un senadoconsulto bajo la autoridad del divino Adriano...). Tal enunciado podría referirse no sólo al momento histórico, sino también a su creación imperial.
- e) Después de Adriano carecemos de noticias respecto al imperio de Antonino Pío de cómo se desarrolla el procedimiento de apelación, pudiéndose pensar que siguió realizándose de la forma

representativo sería la última parte de Suetonio, *Nero* 17 que dice: *omnes appellationes a iudicibus ad senatum fierent*. (Todas las apelaciones de los jueces devenían al senado). DE MARINI AVONZO, *La funzione...* op. cit., p. 38, no puede determinar con certeza que la atribución del senado en materia de apelación hubiese sido observada durante el tiempo en que las fuentes guardan silencio. Aceptando por el contrario tal funcionamiento ver ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 95 a 102; opinión que ya hemos tenido oportunidad de criticar.

⁵⁸ Remito a la obra de ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 33 a 94, con amplia citación de fuentes que demostrarían tal hecho.

anterior, porque, como sabemos, el mencionado emperador confirmó una política de respeto hacia el senado. En lo que concierne a Marco Aurelio encontramos una información en SHA. *vita M. Ant. Phil.* 10.1 que a primera vista podría desconcertar:

Senatum multis cognitionibus et maxime ad se pertinentibus iudicem dedit... (Dio el senado como juez en muchas *cognitiones* y principalmente en aquellas al mismo pertenecientes).

Si Adriano y probablemente Antonino Pío respetaron la función del senado en materia judicial, no se explicaría la razón por la cual se atribuyese nuevamente a Marco Aurelio el otorgamiento al senado de la facultad de actuar como juez en muchas *cognitiones* y especialmente las correspondientes a su atribución (entendiéndose dentro de las mismas a la apelación); salvo que interpretásemos el texto en otro sentido, que si bien es cierto a partir de Adriano la facultad del senado en materia de apelación había sido respetada, los *patres* no actuaron directamente, sino mediante la injerencia del *consilium principis*, y que gracias a Marco Aurelio se readquiría nuevamente la posibilidad de decisión directa en la mencionada materia.

- f) El texto de Ulpiano, *libro primo de appellationibus* D.49.2.1.2 (ver nota 4), cuando niega la posibilidad de apelar las sentencias del senado al príncipe con base en una *oratio* de Adriano, reflejaría una situación en que las resoluciones del senado ya eran tratadas previamente en el *consilium principis*, donde el emperador intervenía y tenía prácticamente el poder de decisión de la controversia.

De los datos anteriores podríamos pensar que posiblemente la facultad del senado de resolver controversias en grado de apelación bajo el imperio de Adriano se realizaba mediante una comisión senatorial que estaba compuesta por los mismos miembros que participaron dentro del *consilium* jurisdiccional del emperador; la controversia de la herencia de Rústico que originó el Juvenciano pudo haber sido resuelta en segunda instancia dentro del mismo *consilium* formulándose mediante una *oratio principis* que una vez aprobada por el senado se transformaría en un senadoconsulto; tratemos de cons-

tatar a continuación la probable intervención de los juristas citados en S. H. A *De vita Hadriani* 18.1 en la realización del mencionado ordenamiento.

IV. FUNDAMENTO MATERIAL DE NUESTRA HIPÓTESIS: LA PROBABLE FORMULACIÓN DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO POR PARTE DE JURISCONSULTOS

El Juvenciano no es el único senadoconsulto emanado por iniciativa de los juristas componentes del *consilium principis*; en efecto, es posible identificar en otros senadoconsultos de la época de Adriano indicios que permiten suponer la intervención de los mismos en su realización como sería en los siguientes casos:

- a) En un senadoconsulto en materia de ciudadanía citado indirectamente en las Instituciones de Gayo 1.30,77,80,81,92⁵⁹ que modificó el principio de la ley Minicia (que atribuía a los hijos la ciudadanía del padre o madre que fuese extranjero el *status deterioris parentis*), es posible constatar la actuación de Celso como consejero o bien autor del texto, como adecuadamente ha afirmado Casavola,⁶⁰ porque representaría un claro ejemplo de la aplicación de la regla enunciada por el mismo jurista en D.1.3.18: *benignius leges interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur* (más benigno son interpretadas las leyes en que sea conservada la voluntad de éstas).
- b) También la intervención de Celso podría considerarse en un senadoconsulto en materia de legados referido por el mismo en el *libro sexto decimo digestorum* D.28.5.26; al respecto en D.28.5.24 dice:

⁵⁹ El senadoconsulto establece las siguientes reglas: el nacido de ciudadana romana y latino es ciudadano romano; el nacido de ciudadana romana y peregrino no existiendo *conubium* es justo hijo del padre; el nacido de latino y peregrina o de peregrino y latina sigue la condición de la madre; si la peregrina haya concebido vulgarmente y siendo hecha ciudadana romana paria, el hijo es ciudadano romano, pero si haya concebido de un peregrino según las leyes y costumbres de los peregrinos pare un ciudadano romano si también a su padre sea dada la ciudadanía romana; al respecto ver: Claudia TERRENI, "Gaio e l'*erroris causae probatio*", *Labeo*, (1999), pp. 1 a 33.

'Titius et Seius uterve eorum vivet heres mihi esto'. existimo, si uterque vivat, ambo heredes esse, altero mortuo eum qui supererit ex asse heredem fore. ('Ticio y Seyo uno u otro que vivirá, será mi heredero'. Estimo que si los dos vivan, ambos son herederos, si uno de los dos muere el que haya sobrevivido será heredero de la totalidad).

Tal opinión es aplicada analógicamente por el senado a la materia de legados: *idque et in legato eodem modo relicto senatus censuit.* (y esto también en el legado dejado en el mismo modo decidió el senado) en D.28.5.26.

La doctrina⁶¹ ha considerado tal decisión emanada en sede judicial con referencia a un caso concreto y particular; si aceptásemos esta opinión, parecería posible la inspiración por parte de Celso en la decisión senatorial, aplicando su opinión (*existimo*) de D.28.5.24 a un caso análogo presentado al senado en grado de apelación.⁶²

Diffícilmente podríamos aceptar la posición de Arcaria⁶³ que la decisión senatorial fuese anterior a la opinión de Celso, porque parecería poco probable que el jurista encontrase en el senadoconsulto un precedente autorizado que respaldase su opinión cuando el propio Celso formando parte del *consilium principis* daba los principios generales contenidos en las disposiciones senatoriales mediante *orationes*; así también, la sucesión lógica del discurso demostraría que es anterior el principio establecido para los herederos, y que posteriormente sería realizada la extensión a los legatarios; en efecto se dice: *idque et in legato...*(y esto también en un legado...).

⁶⁰ Franco CASAVOLA, "Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano ed Antonino Pio", *Labeo*, v. 14 (1968), pp. 251 a 270; *Giuristi Adrianei* (s/e, Jovene, Nápoles, 1980), pp. 197 a 226.

⁶¹ En tal sentido DE MARINI AVONZO, *La funzione*, op. cit., pp. 48 y 49; ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., pp. 253 a 256.

⁶² Parte de la doctrina ha tratado de identificar en la presente decisión el denominado senadoconsulto Aciliano, como Pietro CERAMI, "La concezione celsina del *ius*", *Annali Palermo*, v. 38 (1985), p. 187; no obstante, nos parecería posible considerar que fuese una decisión autónoma, en el mismo sentido ver: Richard J. A. TALBERT, *The senate of imperial Rome* (s/e, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1984), p. 454; ARCARIA, *Senatus censuit*, op. cit., p. 256.

⁶³ *Senatus censuit*, op. cit., p. 255.

Según nuestra tesis, si el senadoconsulto Juvenciano fue predispuesto dentro del *consilium principis*, los juristas adrianeos que lo integraron debieron haber intervenido en su formulación, y tal hecho hubiese podido reflejarse en sus obras. Haciendo una comparación entre los textos que han llegado a nosotros de los jurisconsultos citados en S. H. A. *De vita Hadriani* 18.1 y las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano, es posible identificar que el contenido de estas últimas son referidas o por lo menos encuentran analogía con el pensamiento de Celso y de Juliano; en el caso de Neracio Prisco, por el contrario, no encontramos referencias que hagan pensar en su posible intervención. Esto podría explicarse con la edad avanzada del mencionado jurista (recordemos que ya había sido consejero de Trajano) que no se sabe si todavía en el año 129 d. C., se encontrase en plena actividad.

1. La intervención de Juvencio Celso en la elaboración de nuestro senadoconsulto encuentra confirmación en D.5.3.45; D.5.3.13.13; D.5.3.18.1

Dentro de las obras de Celso, la correspondiente al libro *quarto digestorum* que Lenel⁶⁴ denominó *Si hereditas petatur* en su palingenesia, menciona nuestro argumento; los textos que tienen relación con el senadoconsulto son referidos bien sea de forma directa por el mismo Celso en D.5.3.45 como indirectamente por Ulpiano en D.5.3.13.13 y D.5.3.18.1. El primero dice de la siguiente forma:

Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire, eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus. Et qui se hereditas petitioni optulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi. (El que se ofreció a la controversia, no poseyendo la cosa, es condenado, a no ser que pueda ostentar con evidentes pruebas, que el actor sabía desde el inicio de la controversia, que él no poseía; porque de este modo no fue engañado. También el que se ofreció a la petición de la herencia, se obliga por la cláusula de dolo; y a la verdad, convenirá que se estime lo que a aquel le importó no ser engañado).

⁶⁴ Otto LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* (Akademische Druck-U. Verlagsanstalt, Graz-Austria), v. 1, p. 132.

Del presente pasaje podemos constatar que Celso trató en el libro *quarto digestorum* un problema que se encuentra reflejado en el senadoconsulto de su mismo nombre, consistente en la legitimación pasiva del demandado que no posee el cuerpo hereditario, aceptando el jurista tal legitimación en virtud del principio *dolus pro possessione est*. Tal criterio es afirmado en D.5.3.20.6c,⁶⁵ porque los invasores de los bienes hereditarios conociendo la ilegitimidad de su posesión los habían abandonado antes de la *litis contestatio*, hecho irrelevante para excluirlos de la responsabilidad respectiva, *perinde condemnandos quasi possiderent* (deberán ser condenados lo mismo que si los poseyeran).

También Ulpiano en el libro *quinto decimo ad edictum* D.5.3.13.13 realiza indirectamente la citación del presente texto:

Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum qui se offert petitioni. quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri. (Pero no sólo puedes pedir la herencia a él que posee un cuerpo hereditario, sino también si nada posee. Y se ha de ver, si no poseyendo, se hubiere, sin embargo, ofrecido a la petición, ¿quedará acaso responsable? Y escribe Celso en el libro cuarto de los digestos, que es responsable por el dolo; porque obra con dolo el que se ofrece a la petición. Cuya opinión la aprueba en general Marcelo en Juliano, cuando dice que cada uno que se ofrece a la petición se obliga como si poseyera).

Como podemos observar el mismo principio referido por Celso es citado por Ulpiano; interesante resulta la referencia de Marcelo en Juliano: (*Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat*), porque demostraría que Marcelo compartiendo la opinión de Celso comentó los *digesta* de Juliano (probablemente el *liber sexagensimus* como veremos más abajo) en la que se trataba un problema que tenía relación con el senadoconsulto Juvenciano.

⁶⁵ *Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent...* (Del mismo modo los que hubiesen invadido los bienes sabiendo que no les pertenecían, también si antes de la *litis contestatio* hayan hecho, de modo que no los poseyesen, igualmente deben ser condenados, como si poseyesen...).

La tercera referencia al senadoconsulto en la obra celsiana podría verse en Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum* D.5.3.18.1:

Si quis, cum peteretur ab eo hereditas, neque rei neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est, an petitione hereditatis videatur teneri? et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum, licet initio nihil possedit. (Si alguien, cuando a él se pidiese la herencia, no era como poseedor ni de la cosa, ni del derecho, pero después adquirió alguna cosa, ¿se entenderá acaso que es responsable por la petición de la herencia? Y escribe Celso en el libro cuarto de los digestos, que éste ha de ser condenado, aunque al principio nada poseyó).

Tal texto nos recuerda la controversia analizada en nuestra investigación anterior,⁶⁶ al iniciarse la *vindicatio caducorum* los coherederos habían vendido los *caduca* y recibido un precio; la mencionada situación había ocasionado que los demandados no tuviesen ni la posesión, ni algún derecho sobre los mismos; no obstante, al haber adquirido el precio se encontrarían igualmente obligados, como lo expresaría el senadoconsulto en D.5.3.20.6b.⁶⁷

Cabe destacarse que con base en los textos considerados anteriormente Celso en el libro *quarto digestorum* presenta problemáticas relacionadas con el senadoconsulto Juvenciano, como serían las referentes al principio *dolus pro possessione est* y la subrogación del precio a la herencia; si bien tales principios son aplicados a la *petitio hereditatis*, es posible considerar que los mismos los hubiera utilizado el mencionado jurista en la resolución de la controversia de Rústico que originó el Juvenciano aplicándolos a la *vindicatio caducorum*.

⁶⁶ GONZÁLEZ ROLDÁN, "Senatusconsultum Iuventianum", *op. cit.*, pp. 140 a 148.

⁶⁷ *Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaevae fuissent, restituere debere.* (También es decidido que aquellos a quienes se hubiese pedido la herencia, si contra ellos se hubiese juzgado, deban restituir los precios que a poder de ellos hubiesen llegado de los bienes vendidos procedentes de la herencia, aunque hubiesen perecido o se hubiesen disminuido antes de pedida la herencia).

2. La teoría de Juliano sobre la responsabilidad del poseedor hereditario frente al heredero no contradice los postulados del Juvenciano, sino por el contrario lo confirma

En cuanto a la intervención de Juliano el problema presenta una mayor dificultad, porque jamás hace una referencia directa al Juvenciano e incluso parte de la doctrina ha considerado que ciertas soluciones del mismo ignoran, contradicen o simplemente se separan del mencionado ordenamiento;⁶⁸ tales posiciones se fundamentarían en los siguientes textos:

Paulo, libro XX *ad edictum* D.5.3.30:

Julianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atqui secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit; quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo eum praestare debere, id est vel sortem et usuras eius, si et eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id faciendam, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris. (Escribe Juliano, que el actor debe elegir si es que quiera percibir sólo el capital, o también los intereses con el riesgo de los créditos. Pero según esto, no observaremos lo que quiso el senado, que el poseedor de buena fe se obligue por cuanto sea más rico; porque qué se dirá, si el actor eligiera el capital, que no puede ser conservado? Así, pues, se ha de decir respecto al poseedor de buena fe, que él debe entregar sólo esto, a saber, o el capital y sus intereses, si también los percibió, o los créditos con la cesión que de ellos debe hacer por lo que por los mismos aun se debiese, a riesgo, por supuesto del demandante).

⁶⁸ De la opinión que Juliano jamás aplicó el Juvenciano a la materia hereditaria se encuentra Charles APPLETON, "La date des *Digesta* de Julien", *RHDE*, v. 34 (1910), pp. 747 a 771; que lo hubiera conocido pero aplicado de forma parcial ver: Arnold LEINWEBER, *Die Hereditatis Petitio* (s/e, Carl Heymanns, Berlín, 1899), pp. 88 a 91; que en el momento en que redactó el libro sexto de sus Digestos todavía no había sido promulgado y, por lo tanto, su pensamiento es contrario al mismo: Hermann Fitting, *Alter und Folge der Schriften Roemischer Juristen von Hadrian bis Alexander* (zweite, Voellig neue Bearbeitung, Osnabrueck; Otto Zeller, 1965), p. 26; en contra de las presentes posturas confrontar a CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, *op. cit.*, pp. 145 a 160.

Adecuadamente Longo⁶⁹ y Schipani⁷⁰ han explicado el pasaje en el sentido que el demandado ha dado dinero de la herencia en mutuo; Juliano le otorga al actor la decisión entre la restitución del capital y la cesión del crédito e intereses; la contraposición entre el presente texto y el senadoconsulto Juvenciano consistiría según Fitting⁷¹ en que mientras el segundo fundamenta el criterio de responsabilidad en la buena o mala fe, en el caso del primero tal distinción parecería irrelevante con base en el reproche que le realiza Paulo a Juliano (*atqui secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit...*); si bien es cierto, en el presente caso no podemos afirmar que la buena fe sea el criterio de responsabilidad que fundamenta la posición juliana, tampoco podemos descartar que no sea un presupuesto *sine quo non* de la presente hipótesis, porque si Paulo afirma que, siguiéndose el criterio de Juliano, no se respeta el principio del senadoconsulto en D.5.3.20.6c que el poseedor de buena fe se obligue por cuanto sea más rico, podría pensarse que la aplicación de tal hipótesis se refiriese exclusivamente a tal poseedor, porque la crítica se centra sobre dicho aspecto y no sobre la mala fe que también podría tener el mencionado poseedor que celebra el mutuo.⁷²

Ahora bien, si en el presente caso se trata de la responsabilidad que tenía el poseedor de buena fe frente al heredero por el respectivo crédito, veamos a continuación si dicha solución propuesta por Juliano efectivamente contradice los principios del senadoconsulto o por el contrario los confirma:

1. *El heredero opta por la entrega del capital.* En tal hipótesis, si bien el poseedor de la herencia debería restituir la cantidad dada

⁶⁹ Giannetto LONGO, *L'Hereditatis Petitio* (s/e, Padova, Cedam, 1933), p. 176.

⁷⁰ Sandro SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* (s/e, Giappichelli, Torino, 1971), pp. 185 a 187.

⁷¹ Fitting, *Alter und Folge der Schriften Römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, op. cit., p. 26; así también aceptando tal contraste ver: APPLETON, "La date des *Digesta* de Julien", op. cit., pp. 734, 758.

⁷² Adecuadamente CARCATERRA, *L'azione ereditaria*, op. cit., p. 154, afirma que en el presente pasaje no existía razón para que Juliano distinguiera entre buena y mala fe, dicha distinción se encuentra *in re ipsa*, aparte que posiblemente los compiladores sintetizaron el texto, porque como puede constatarse inicia con *Julianus scribit...*, sin citar la obra y el libro de Juliano cuando normalmente la cita es completa.

en mutuo, conservaría las acciones para exigirle al mutuatario el crédito así como sus respectivos intereses; esto significa, que entregando el capital obtiene el poseedor un beneficio porque permanecerá con los intereses, confirmándose así el principio establecido en el Juvenciano que los poseedores de buena fe no deberán entregar las *usuras*.⁷³

2. *El heredero opta por los intereses con el riesgo de los créditos.* En dicho caso el actor no recibe el dinero de la herencia, sino un derecho de crédito para obtener del mutuatario la cantidad prestada así como los intereses que se obtendrían una vez cumplida la obligación. Carcaterra⁷⁴ afirma que no se aplica el Juvenciano, argumentando que las razones se deben a que en tal ordenamiento no se había establecido nada respecto al riesgo de la insolvencia, se dejaban los intereses al demandado porque la *sors* había sido pagada por el deudor, no se asumía ningún riesgo por parte del heredero situación por la que los intereses le correspondían a los poseedores; en el presente caso, el hecho de que el riesgo a la insolvencia del deudor lo asuma el heredero, le otorga la posibilidad de obtener los respectivos intereses a diferencia del Juvenciano. Nosotros estamos de acuerdo con Carcaterra en el hecho de que se trata de una hipótesis diferente al Juvenciano, porque en este último no existió riesgo respecto a la insolvencia del deudor; el poseedor se libera transmitiendo los créditos, y si bien es cierto, no obtendrá los intereses respectivos, también cabe destacar que en el presente caso desconocemos si dichas *usuras* fueron entregadas parcialmente o en su totalidad; tal hecho no significa una contraposición al senadoconsulto, porque como es notorio, los intereses a los que tendrá derecho el poseedor de buena fe de acuerdo con D.5.3.20.6a serán los efectivamente obtenidos (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*), y no aquellos que parcialmente o en un futuro podrán ser recibidos.

Sobre el reproche que realiza Paulo a Juliano referente a la presente solución, no sabemos hasta qué punto pueda ser válida, porque al preguntarse Qué se dirá, si el actor eligiera el capital

⁷³ En el mismo sentido CARCATERRA, *idem*, p. 154.

⁷⁴ CARCATERRA, *idem*, p. 154.

que no puede ser recibido? La respuesta de acuerdo con la solución de Juliano sería que el actor no obtendría el capital dado en mutuo por falta de liquidez del poseedor; sin embargo, esto no implica una contraposición al senadoconsulto respecto a que será obligado “por cuanto sea más rico”, porque la falta de liquidez, no significa necesariamente la insolvencia del demandado, ya que en último de los casos tiene un crédito a su favor que le permitiría cumplir con su respectiva obligación.⁷⁵

El texto de Ulpiano, en el libro XV *ad edictum* D.5.3.33.1, cita al jurista adrianeo de la siguiente forma:

Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hereditatis pretium praestitutum, imputaretur enim ei, si non distraxisset; quodsi necessarium hereditati, si quidem vivit, ipsum praestandum, si decesserit, fortassis nec pretium. Sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit; et verius est. (Escribe Juliano, que si el poseedor hubiera vendido un esclavo, si verdaderamente no era necesario a la herencia, en la petición de la herencia deberá entregar el precio, porque se le imputaría, si no lo hubiese vendido; pero si era necesario a la herencia, si es que vive, deberá entregar el mismo, mas si hubiere fallecido, acaso ni aun el precio. Pero escribe, que no ha de con-

⁷⁵ La doctrina ha negado la genuinidad de tal parte del texto; así Gerhard BESELER, *Beitraege zur Kritik der roemischen Rechtsquellen* (s/e, Tuebingen, J. C. B. Mohr, 1910), p. 63; Emilio ALBERTARIO, “La Responsabilidad del *bonae fidei possessor* fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti”, *BIDR* (1914), v. 26, p. 280, núm. 1, considera que tal es una muestra de la “spiccata tendenza” de alterar y remanear notablemente los textos; a LONGO, *L’Hereditatis Petitio*, *op. cit.*, p. 177, le parece bizarro el reproche que le hizo Paulo a Juliano desde un punto de vista formal; sin embargo, no explica la razón por la que los justinianos le atribuyeron a Paulo una afirmación que jamás diría; así también CARCATERRA, *op. cit.*, p. 153, porque si bien al inicio Juliano decía *actorem eligere debere*, en la siguiente parte dice: *dicendum itaque est in bonae fidei possessore haec tantummodo eum praestare debere...sortem et usuras...vel nomina*; de lo anterior, el supuesto reproche que Paulo realiza a Juliano no solamente no es válido, sino que él mismo no lo aplica, porque constriñe al poseedor de buena fe a restituir *nomina cum usuris*, mientras que el Juvenciano lo exonera de la devolución de los frutos e intereses; respetuosos de la claridad de tal parte encontramos a Joseph DÉNOYEZ, *Le défendeur á la pétition d’héritité privée en Droit Romain* (s/e, París, Publications de L’Institut de Droit Romain de L’Université de París, 1953), p. 152; así también SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto... op. cit.*, p. 186, acepta como clásica la opinión de Paulo, que se fundamentaría en la distinción existente entre *bonae* y *malae fidei possessor*.

sentir el juez, que conoce del asunto, que el poseedor se lucre el precio; y es más verdadero).⁷⁶

Sobre el presente texto cabe antes que nada tratar de determinar el significado de (*necessarium-non necessarium*) *hereditati* porque tal distinción es la razón de los diferentes criterios de responsabilidad propuestos. Según nuestra opinión, de acuerdo con las recientes investigaciones de la romanística moderna sobre el papel de los esclavos en la gestión de las actividades económicas,⁷⁷ podemos realizar la hipótesis que un *servus* es o no necesario a la herencia conforme con el papel que desempeñe dentro de la administración de la misma; por ello, Juliano tomando en consideración tal diferencia, es de la idea que si el esclavo no es necesario a la herencia, será suficiente que el poseedor entregue el precio al heredero; mientras que, si por el contrario, resulta necesario, deberá entregar al mismo, porque como es notorio, una actividad comercial sin el empresario que conoce su gestión difícilmente podrá continuar a producir rendimientos económicos para la herencia.

⁷⁶ Dentro de la doctrina interpolacionística BESELER, *Beitraege...*(1913), Drittes Heft, *op. cit.*, p. 114, considera como no genuina la parte que va de *imputaretur a distraxisset*; así también, *idem* (1920) Viertes Heft, p. 18, la que va de *sed non a verius est*; porque según él una buena administración puede sugerir, pero no imponer de enajenar una cosa no completamente útil; en el mismo sentido CARCATERRA, *op. cit.*, p. 223; Longo, *op. cit.*, p. 170, que si bien acepta como interpolada la parte que va de *imputaretur a distraxisset* agrega además *fortassis nec pretium*; la primera frase porque dentro del desarrollo armónico del texto aparece como un elemento intruso, teniendo el aspecto inconfundible de una anexión posterior hecha por quien trata de explicar el criterio que se encontraba expresado en el texto clásico; pero según nuestra opinión no existen razones para negar que dicha explicación pudiese corresponder al mismo jurista; la segunda porque sustituye inmediatamente una dudosa y reciente afirmación a la forma negativa originaria del texto (confrontar dicha opinión con lo que diremos a continuación); SCHIPANI, *op. cit.*, p. 176, sin negar las presentes críticas textuales acepta su sustancia clásica.

⁷⁷ Bajo diferentes enfoques ver: Ignazio BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi* (s/e, Nápoles, Jovene, 1976), pp. 3 a 181; Andrea DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager* (s/e, Milán, Giuffrè, 1984), pp. 207 a 340; del mismo autor, “*Filius, servus, libertus*, strumenti dell’impreditore romano, *Imprenditorialità e diritto nell’esperienza storica*, a cura di M. Marrone (s/e, Palermo, Palumbo, 1992), pp. 231 a 260; Aaron KIRSCHENBAUM, *Sons, slaves and freedmen in Roman commerce* (s/e, Nueva York-Jerusalem, The magnes press, 1987), pp. 31 a 89; Filippo GALLO, “*Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*”; *Imprenditorialità, op. cit.*, pp. 133 a 168; Jean-Jacques AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome* (s/e, Leiden-New York-Koeln, Brill, 1994), pp. 64 a 84; András FOLDI, “Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law”, *RIDA* (1996), pp. 179 a 211.

A Juliano no le interesa el problema de los medios que podrá emplear el poseedor para poder entregar el esclavo ya vendido; lo cierto es que deberá entregarlo. No obstante, sobre tal aspecto se cuestiona que sucedería si hubiese fallecido, y al respecto la respuesta *fortassis nec pretium* ha hecho pensar que el jurista adrianeo tuviera una posición diferente a la del Juvenciano,⁷⁸ porque en D.5.3.20.6b el senadoconsulto es claro en afirmar que los precios deberán ser pagados aunque las cosas hubieren perecido (*et si eam ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*); no obstante, tal opinión nos parece poco probable, porque, como puede constatar en el texto, la respuesta de Juliano está precedida del término *fortassis* que da una idea de duda, la cual inmediatamente viene acompañada de un “*sed*” que se contrapone a la presente afirmación refiriendo Ulpiano la efectiva concepción de Juliano con la que está también de acuerdo, consistente en que el juez que conoce la controversia no debe consentir que el poseedor se lucre con el precio: *sed non passurum iudicem, qui cognoscit, possessorem pretium lucrari, scribit* (Juliano).⁷⁹

Ahora bien, ciertamente en el senadoconsulto falta cualquier distinción respecto al grado de responsabilidad del poseedor dependiendo de la necesidad o no de la cosa vendida y que la solución juliana en D.5.3.33.1 presenta una sutileza científica mucho mayor; no obstante, debemos recordar que el Juvenciano es simplemente una sentencia de apelación referente a un caso práctico, y los *caduca* vendidos al tener la naturaleza de bienes inmuebles (como lo demostraría el

⁷⁸ Así FITTING, *Alter und Folge... op. cit.*, p. 26, presenta tal término como prueba que el libro sexto de los Digestos de Juliano había sido elaborado antes del senadoconsulto, por la existencia de tal contradicción; SCHIPANI, *Responsabilidad del convenuto... op. cit.*, p. 178, aceptando la ausencia de coincidencia entre el senadoconsulto y la posición juliana en cuanto a resultados prácticos, es de la idea que el tratar de armonizar ambos ordenamientos significaría esconder la originalidad de la contribución del jurista adrianeo.

⁷⁹ LONGO, *L'Hereditatis Petitio, op. cit.*, p. 170, bajo un criterio interpolacionístico altera el texto considerando que verosíblemente Juliano decía *si decesserit <ne pretium quidem>*; así también considera inseridas las frases *<imputaretur enim ei si non distraxisset>*, y *<fortassis nec pretium>*, porque según él para Juliano si el esclavo había muerto y faltaba el dolo o la culpa era de la idea de la absolución de la parte demandada; no obstante, nos parecería difícil pensar que Juliano fuese de la idea de la absolución de la parte demandada cuando el poseedor había recibido un precio por la venta de una cosa ajena, lucrándose de tal manera con el mismo sin que existiese una causa jurídica para que pudiera conservarlo.

término *invasissent* utilizado en tal ordenamiento), no daba lugar a mayores precisiones, porque según nuestra opinión, la necesidad o no de una cosa hereditaria depende principalmente del papel que desempeñe dentro de la herencia.

El texto de Juliano en D.5.3.33.1 es análogo al de Ulpiano, en el libro XV *ad edictum* D.5.3.20.1 que dice:

Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi; at si sui causa emit, pretium venire. (Pero no todas las cosas que se compraron con dinero de la herencia, van comprendidas en la petición de la herencia. Finalmente, escribe Juliano en el libro sexto de los Digestos, que si el poseedor hubiere con dinero de la herencia comprado un esclavo, y a él se le pidiera la herencia, va comprendido en la petición de la herencia, sólo si interés a la herencia que el fuera comprado; pero que si lo compró por interés propio, se comprende el precio).⁸⁰

Como podemos constatar, el presente texto trata la hipótesis contraria, el poseedor compró con dinero de la herencia un esclavo; su responsabilidad dependerá según Juliano de que el *servus* sea o no del interés de la herencia; en el primer caso, deberá entregarse al mismo, mientras que en el segundo, se dará el precio. Como habíamos afirmado anteriormente, que un esclavo sea conveniente o no a la herencia dependerá de su función respecto a la *hereditas*.

Que dichos textos no sigan los mismos criterios que el Juvenciano, no nos parece adecuado, porque como podemos observar, se afirma el principio de la subrogación del precio a la cosa vendida extendiéndose incluso a la cosa comprada; ciertamente falta en el senadoconsulto la distinción entre (*sui causa-hereditatis interesse*;⁸¹ *necessarium-non*

⁸⁰ Sobre la relación existente entre el presente texto y D.5.3.33.1, ver LONGO, *L'Hereditatis Petitio... op. cit.*, p. 169; SCHIPANI, *Responsabilidad... op. cit.*, pp. 175 a 180.

⁸¹ Lo que se entiende con la presente expresión lo explica ULPIANO en D.5.3.20.pr de la siguiente forma: *Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata.* (Asimismo se comprenden en la herencia también las cosas que fueron compradas por causa de la herencia, por ejemplo, los esclavos, los ganados, y algunas otras cosas que por necesidad se compraron para la herencia). Sobre el esclavo, ya explicamos

necessarium); pero como hemos apreciado, dichos criterios se relacionan con el papel y la importancia del esclavo en el ámbito de la herencia, y en el caso de la controversia de Rústico con referencia a los bienes hereditarios vendidos no tenía relevancia el mencionado aspecto.

Ciertamente en D.5.3.33.1 y D.5.3.20.1 falta la distinción entre buena y mala fe que el Juvenciano utiliza como criterio de responsabilidad, pero cabe hacer notar que el poseedor actuando de una u otra forma, deberá entregar bien sea el esclavo o el precio; el problema de los intereses que representa la consecuencia práctica de la distinción del senadoconsulto no es tratado en dichos textos, porque no representa el argumento central de la presente problemática; si el esclavo es necesario a la herencia deberá entregarse, bien sea que el poseedor haya actuado de buena fe o de mala fe; debemos recordar también que los presentes pasajes son referencias indirectas que para diferentes finalidades realizó Ulpiano sobre el libro sexto de los Digestos de Juliano,⁸² que al no haber llegado a nosotros en su integridad, podrían haber incluido también alguna especial referencia a los intereses percibidos; de lo anterior, podríamos considerar que los criterios de responsabilidad *sui causa-hereditatis interesse* y *necessarium-non necessarium* no son alternativos al de buena o mala fe enunciados en el Juvenciano sino complementarios, solucionando problemas específicos que nuestro senadoconsulto no trata.

Ya Carcaterra⁸³ había constatado cómo en el fragmento D.5.3.33.1 aplícase el criterio establecido en el senadoconsulto y en la *oratio*: “*possessorem* (de buena o de mala fe) *non facere lucrum*”; y efectivamente la devolución del esclavo o del precio es una muestra de que al poseedor no se reconoce dicho lucro.

Juliano, específicamente en el libro *sexagensimo quarto*, cuyo título fue denominado por Lenel “*Ad legem Aeliam Sentiam*”,⁸⁴ D.4.2.18 dice lo siguiente:

arriba que su necesidad probablemente dependa de la importancia que desempeñe para la administración de la herencia, el caso de los ganados porque son objetos necesarios para la explotación y producción del patrimonio hereditario.

⁸² Confrontar LENEL, *Palingenesia*, *op. cit.*, pp. 329 a 330.

⁸³ CARCATERRA, *op. cit.* pp. 226 a 228.

⁸⁴ *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472. Sobre el problema de que si el mencionado texto corresponde efectivamente al libro *sexagensimo quarto* se ha manifestado en contra

Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiore dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditariarum rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent. (Si la misma cosa, que llegó a otro se perdió, no decimos que es más rico; pero si haya sido convertida en dinero o en otra cosa, no debe ya ser buscado, cuál sea el resultado, pero en todos modos resulta que es hecho rico, aunque después la pierda. En efecto, también el emperador Tito Antonino a Claudio Frontino sobre los precios de las cosas hereditarias hizo un rescripto que a causa de esto mismo puede pedirse a él la herencia porque, aunque las cosas que habían estado en la herencia no se encuentran ya en su poder, sin embargo, el precio de estas cosas con el cual se enriqueció o así haciendo ha cambiado la especie, lo obliga como si las cosas hubiesen sido permanecido todavía en su individualidad).

El problema que trata es el referente al enriquecimiento del poseedor de la cosa hereditaria ajena, presentando dos hipótesis; la primera que tal perezca cuando haya llegado al poseedor, en dicha situación no es considerado como enriquecido (el término *alius* indica al poseedor que es “otro” respecto al legitimado activo a la *hereditatis petitio*); la segunda, si la transformase en dinero o en otro bien (entiéndase por haberla vendido o permutado), existiría enriquecimiento independientemente de la pérdida del nuevo objeto con consecuente responsabilidad frente al heredero.

Tal texto, según parte de la doctrina,⁸⁵ mostraría que Juliano no aplicó el Juvenciano porque falta la distinción entre buena y mala fe, así como una cita expresa al mencionado ordenamiento.

Appleton, “La date des Digesta de Julien”, *op. cit.*, pp. 783 a 784, seguido por CARCATERRA, *op. cit.*, pp. 147 a 148; Antonio GUARINO, “*Salvius Iulianus*. Perfil biobibliográfico”, Labeo (1964), v. 10, p. 413; porque consideran que el contenido del mismo no se refiere a la ley *Aelia Sentia*, como se expresa en la *inscriptio*; tal es debida a un error del copista, que al ver LBIV, esto es “libro cuarto” lo interpretó como si dijera LXIV. En el libro IV al tratarse de la *actio quo metus causa* la especie correspondería adecuadamente. En sentido contrario Cuyacio (citado por APPLETON, *op. cit.*, p. 784 y Carcaterra, *op. cit.*, p. 147); Lenel, *Palingenesia*, *op. cit.*, p. 472; LONGO, *L'hereditatis petitio*, *op. cit.*, p. 238.

⁸⁵ Arnold LEINWEBER, *Die hereditatis petitio* (s/e, Berlín, 1899), pp. 88 a 91, que utiliza como fundamento principal para considerar que Juliano apartándose del Juvenciano

En lo que respecta al primer punto, no consideramos que hubiera sido necesario realizar tal distinción, ya que bien sea que el poseedor actúe de buena o de mala fe, podrá exigir el heredero el dinero o la otra cosa en la que se subrogó (los intereses representan otro aspecto no tratado en el presente texto); comparando dicho pasaje con D.5.3.33.1 es posible comprobar nuevamente que el precio por el objeto vendido (bien sea un esclavo o bien inmueble) deberá ser entregado al heredero. El principio de dicha subrogación se encuentra en la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22 (*in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse*), así como en el propio senadoconsulto, en D.5.3.20.6b (*Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent...*). La afirmación que la pérdida de estas cosas no sería un obstáculo para su exigencia, se encuentra bien sea en D.4.2.18: *sed omnimodo locuples factus videtur, liceat postea deperdat*, así como en nuestro senadoconsulto en el §6b. (*...etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*).

La segunda crítica consistente en que falta una referencia expresa al Juvenciano no es decisiva, porque el término “*et*” (también) utilizado en D.4.2.18 con el que Juliano presenta la disposición imperial (*nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino*) podría significar una cita al senadoconsulto,⁸⁶ o bien que además de la presente disposición existirían otras donde el criterio anterior encontraba aplicación; según nuestra opinión, no existen razones por las que Juliano hubiera tenido que hacer una cita expresa, porque dicha disposición si bien representó importancia en diferentes materias, pudo colocarse como uno de tantos casos prácticos solucionados jurídicamente por el jurista actuando como consejero del príncipe; posiblemente en el tiempo en que redactó tal texto tenía más presente el rescripto de Antonino Pío por ser posterior a nuestro senadoconsulto.⁸⁷

tuvo una teoría diferente en materia de responsabilidad por parte del poseedor; FITTING, *Alter und Folge...* op. cit., p. 28; APPLETON, “La date des Digesta de Julien”, op. cit., pp. 749 a 752.

⁸⁶ En tal sentido, APPLETON, op. cit., p. 151.

⁸⁷ Si en el libro XLII Juliano hace referencia a su consulado con Antonino Pío, ciertamente el rescripto del mencionado emperador es más cercano al tiempo en que redactó el libro LXIV; sobre el presente problema ver FITTING, *Alter und Folge...* op. cit., pp. 21 a 32;

De lo anterior, hemos podido constatar no sólo la dificultad que implica aceptar una contradicción entre los presentes textos y el Juvenciano, sino que además, encontramos en los mismos, la aplicación de principios complementarios a los de este último; así también la subrogación del precio a la herencia es confirmada en la cita que hace Ulpiano a Juliano en el libro *quinto decimo ad edictum* D.5.3.16.5:

Idem Iulianus ait, sive quis possidens sive non rem vendiderit, petitione hereditatis eum teneri, sive iam pretium recepit sive petere possit, ut et hic actionibus cedat. (El mismo Juliano dice, que si bien poseyéndola o bien no, hubiere alguno vendido la cosa, es responsable por la petición de herencia, si bien ya recibió el precio, si bien pudiera pedirlo, para que también en este caso ceda las acciones).

Según Juliano el vendedor de la cosa perteneciente a la herencia bien sea que la posea o bien que la haya dejado de poseer será responsable del precio recibido, y en caso de que todavía no lo hubiera obtenido deberá ceder las respectivas acciones que tiene en contra del comprador. Tanto en el presente texto como en el senadoconsulto Juvenciano podemos constatar la aplicación del principio de la subrogación del precio a la herencia (D.5.3.20.6a y en la parte de la *oratio* citada por Paulo en D.5.3.22), porque como recordaremos, en la controversia de la herencia de Rústico los vendedores al haber recibido el precio resultaban obligados a restituirlo al fisco por ser el nuevo titular de la parte de la herencia transformada en *caduca*.

Si bien es cierto, la subrogación del precio a la herencia es referida a la *petitio hereditatis* y no a la *vindicatio caducorum*, podríamos pensar, que tal criterio lo hubiese aplicado Juliano también a la materia fiscal, con base en la identidad de situaciones: mientras que en la primera es el heredero el que exige al poseedor la cosa o bien el beneficio que hubiese obtenido por la misma (precio o precios), en la segunda, el fisco al subrogarse en los derechos del heredero pide igualmente los mismos; en ambos casos, tanto el heredero como el fisco son titulares de la herencia o de una cuota de la misma.

GIRARD, “La date de l’édit de Julien”, op. cit., pp. 214 a 248; con fuertes dudas confrontar a APPLETON, “La date del Digesta...” op. cit., pp. 731 a 747 y 771 a 793.

Cabe a continuación determinar si Juliano realizó distinción entre posesión de buena o de mala fe en materia de responsabilidad del llamado a juicio en una petición de herencia; en cuanto al primer aspecto, hemos visto que en D.5.3.30 parecería que el caso se limitase a la *bona fides*, así también en el libro *LX digestorum* D.5.3.55 se trata la siguiente problemática:

Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet. (Evicta la herencia el poseedor de buena fe restituirá no solamente la cantidad tal cual, sino el doble de lo que hubiese percibido por la ley Aquilia; ya que no debe hacer lucro en lo que por causa de la herencia hubiera recibido).⁸⁸

El caso anterior trata el problema del poseedor de buena fe que sufrió un daño en la herencia por parte de un tercero, cuya injustificada resistencia, la *infinitio*, ocasionó su condena al doble;⁸⁹ al realizarse la evicción de la herencia, el mencionado poseedor deberá entregar a su titular no sólo ésta, sino además el lucro obtenido por motivo de la *lex Aquilia*, porque según Juliano no debe conseguir beneficio por la *hereditas*.

Según Lammfromm,⁹⁰ en el presente texto Juliano se refiere al poseedor de buena fe, porque sólo éste y no el *praedo* tiene la posibilidad del ejercicio de la acción de la ley Aquilia mediante una *actio in factum*.⁹¹ Ciertamente la *bona fides* es un presupuesto indispensable

⁸⁸ Sobre la doctrina interpolacionística ver: BESELER, *Beitraege... op. cit.*, p. 31, que considera que los compiladores incluyeron la referencia a la buena fe; así también acepta la teoría de ROTONDI, *Scritti*, v. 2, p. 209, que la referencia al *duplum* es una idea posclásica.

⁸⁹ GAYO 4.9: *Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infinitantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae...* (Pero perseguimos la cosa y la sanción en los casos en que ejercitamos por el doble contra quien niega; esto que sucede con la *actio iudicati, depensi*, de daño injusto por la ley Aquilia...); sobre la responsabilidad aquiliana remito a la obra de Sandro Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia criteri di imputazione e problema della culpa* (s/e, Torino, Giappichelli, 1969), pp. 1 a 473.

⁹⁰ Hermann LAMMFROMM, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, (s/e, Tuebingen, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1887), pp. 99 y 100.

⁹¹ Sobre el ejercicio de la acción de la ley Aquilia respecto al poseedor de buena fe ver en doctrina: Giuseppe VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini* (s/e, Milán, Giuffrè, 1992),

para que el poseedor hubiera podido obtener tal resarcimiento del daño (independientemente del hecho de que la acción fuera de forma directa o *in factum*);⁹² además de tal constatación, cabe hacer notar que los términos: *lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet* representan la aplicación del principio establecido en el Juvenciano que se ha de quitar todo lucro bien sea al poseedor de buena como de mala fe, de acuerdo con la *oratio* que originó nuestro senadoconsulto en D.5.3.22: *possessorem non facere lucrum* y referencia de Paulo, libro *XX ad edictum* D.5.3.28: *Post senatusconsultum enim omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est* (Porque después del senadoconsulto se ha de decir, que se ha de quitar todo lucro tanto al poseedor de buena fe como al invasor).⁹³

Según Lenel,⁹⁴ si bien con ciertas dudas, en el libro *sexagensimo digestorum* de Juliano dentro de los argumentos tratados, existía una parte dedicada al senadoconsulto Juvenciano; aunque no podemos afirmar con seguridad que tal obra hubiese considerado nuestro argumento, se encuentran en el texto algunos indicios que nos harían pensar como probable tal hipótesis:

1. Observando la Palingenesia de Lenel⁹⁵ es posible constatar que del libro *LIX* al *XC* los argumentos que trata Juliano correspon-

pp. 303 a 523, específicamente sobre el presente texto ver: pp. 491 a 492; Emilio Valino, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (s/e, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1973), p. 73, núm. 109, 74, núm. 110.

⁹² Parecería prevalecer en doctrina la idea de que el poseedor de buena fe pudiese ejercitar la acción de la ley Aquilia de forma directa y no *in factum*, al respecto VALINO, *Acciones pretorias... op. cit.*, p. 73, núm. 109; VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei...*, *op. cit.*, pp. 491 a 492; no obstante, confrontar tal posición con ULPIANO, libro *XVIII ad edictum* D.9.2.11.8; ULPIANO, libro *XVIII ad edictum* D.9.2.17.

⁹³ En el mismo sentido CARCATERRA, *L'azione ereditaria... op. cit.*, p. 158.

⁹⁴ Palingenesia, *op. cit.*, p. 466.

⁹⁵ LENEL, *Palingenesia, op. cit.*, pp. 464 a 484; *liber LIX De legibus senatusque consultis: praefatio; ad legem duodecim tabularum: de hereditate legitima; ad SC Tertullianum; liber LX ad SC quod dicitur Iuventianum?; ad legem Cinciam: de donationibus; liber LXI ad legem Falcidiam; liber LXII ad legem Corneliam: de captivis et postliminio; liber LXIII ad legem Aeliam Sentiam 1; liber LXIV ad legem Aeliam Sentiam 2; liber LXV ad legem Aeliam Sentiam 3; libri LXVI, LXVII (no se conservan textos); liber LXVIII ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 1; liber LXIX ad legem Iuliam de maritandis ordinibus 2; libri LXX-LXXXV ad legem Papiam; liber LXXXVI ad legem Aquiliam; Rhodiam de iactu; Iuliam de adulteriis; ad senatus consultum Libonianum; liber LXXXVII?;*

den a las leyes y a los senadoconsultos; el principio referido en D.5.3.55 que el poseedor no debe realizar lucro con lo que por causa de la herencia hubiere recibido, debería subsecuentemente estar establecido en alguna ley o senadoconsulto, y de tales disposiciones el Juvenciano podría incorporarlo porque en la *oratio* que lo originó se establece: *possessorem non facere lucrum*.

2. En D.5.3.55 se habla de un poseedor de buena fe de una herencia ajena (*evicta hereditate bonae fidei possessor...*); así también en la controversia de Rústico al estar convencidos los vendedores de los *caduca* que les pertenecían, actuaron consecuentemente también en buena fe.
3. Mientras que en D.5.3.55 el poseedor de buena fe sufrió evicción de la herencia, en la controversia de Rústico que originó nuestro senadoconsulto, si bien dicha evicción no fue realizada (porque los poseedores habían vendido los bienes), se les quitó el beneficio económico que habían recibido, implicando por ello una identidad de consecuencias entre los dos casos que explicaría la posibilidad de aplicación de un mismo principio.

De las razones anteriores (faltan elementos que nos permitan dar mayores pruebas) sería posible aceptar la hipótesis de Lenel que el libro *sexagensimo digestorum* analizase el senadoconsulto Juvenciano, y que si bien tal disposición senatorial no trató problemas de responsabilidad aquiliana, el presente caso fue examinado dentro del presente argumento por ser parcialmente análogo al tratado por el Juvenciano y representar una aplicación del principio *possessorem non facere lucrum*.⁹⁶

La posición de Juliano sobre la responsabilidad del poseedor de mala fe en la petición de herencia podría desprenderse, a nuestro

liber LXXXVIII ad legem Corneliam de adpromissoribus?; liber LXXXIX ad legem Appuleiam de sponsu?; liber XC ad legem Publiliam de sponsu?

⁹⁶ Al respecto el propio JULIANO en el libro *LVIII digestorum* D.1.3.10: *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri*. (Ni las leyes, ni los senadoconsultos pueden escribirse de modo que se comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que se contengan los que ordinariamente acontecen); sobre el método analógico de Juliano ver: Elmar BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians* (s/e, Koeln-Graz, Boehlau Verlag, 1965), pp. 97 a 121.

parecer, de D.5.3.13.13 (visto anteriormente), porque al tratarse dicho problema por Ulpiano (citando el pensamiento de Celso) hace la siguiente referencia: *Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat...*; de tal constatación podríamos considerar que no sólo Marcelo aceptaba dicha opinión, sino que también Juliano considerase el principio *dolus pro possessione est* en materia de responsabilidad. Dicha suposición podría comprobarse además en Ulpiano, libro *XV ad edictum* D.5.3.16.4:

Iulianus scribit...sed et eum, qui deiecit, petitione hereditatis teneri, quia res hereditarias pro possessore possidet. (Juliano escribe que...pero también aquél que desposeyó es obligado por la petición de la herencia, porque posee los bienes de la herencia como poseedor).

Como podemos constatar, Juliano aceptó el principio que admite la legitimación pasiva del *praedo* en la *petitio hereditatis*, fundamentándose su razón en que el que invade o sustrae bienes ajenos de una herencia será responsable con el titular de los mismos porque posee *pro possessore*, tal criterio es aplicado también a nuestro senadoconsulto en D.5.3.20.6c porque es establecido igualmente que los invasores deben ser condenados.

De lo anterior, hemos podido comprobar la dificultad que significaría aceptar una contraposición entre la doctrina de Juliano y el Juvenciano, ya que en ambos casos, los poseedores de buena o de mala fe serán responsables frente al efectivo titular. Cabe todavía resolver la cuestión si el principio establecido en el senadoconsulto de que los poseedores de buena fe no serán responsables por los intereses respectivos haya sido aplicado por Juliano. Si bien con base en la interpretación que realizamos de D.5.3.30, observamos su probable aplicación, existe un texto de Ulpiano, libro *XV ad edictum* D.5.3.20.2 en donde Juliano, aunque exima al poseedor de la entrega de los frutos, parecería fundamentar tal exención no en la buena fe, sino en otro aspecto, como podemos ver a continuación:

Simili modo, et si fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et fructus in hereditatis petitione venire; quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium. (Del mismo modo, también si vendió un fundo de la herencia, si es que lo vendió sin causa, así el mismo fundo como los frutos se comprenden en la

petición de la herencia; pero si hizo esto para pagar deudas de la herencia, no se comprende más que el precio).

El texto forma parte de una cita que realizó Ulpiano a Juliano⁹⁷ que trata un problema análogo a D.5.3.20.1 enunciado anteriormente; en el presente caso se pregunta el jurista adrianeo sobre el grado de responsabilidad del poseedor de un fundo hereditario que lo vendió (no especificando si tal había actuado de buena o de mala fe). En la solución distingue entre dos aspectos; el primero, si la venta había sido hecha sin causa deberá entregar el fundo y los frutos respectivos, mientras que si fue realizada para pagar deudas de la herencia deberá únicamente el precio.

Según nuestra opinión, el que realiza la venta de un fundo para pagar deudas de la herencia es necesariamente un poseedor de buena fe, porque parecería difícil pensar que el *praedo* que conociendo que su posesión es ilegítima, y que actúa únicamente en interés propio, venda tal cosa para pagar dichas deudas; por ello, si aceptamos tal hipótesis, encontraríamos que al igual que en el Juvenciano la responsabilidad de este poseedor se limitaría simplemente al pago del precio (en conformidad con la aplicación del principio de la subrogación del precio a la herencia). Por otra parte, el que realiza una venta *sine causa*, careciendo de un fundamento para la realización de dicho negocio porque trata de satisfacer un interés personal no legítimo, es probablemente un *praedo*, como puede desprenderse de D.5.3.25, que al considerar como tales a los que invadieron los bienes sabiendo que no les pertenecía la herencia los hacía responsables de la entrega del fundo como de los frutos respectivos.

De lo anterior, el poseedor que pagó deudas de la herencia (entiéndase de buena fe) al estar únicamente obligado al pago del precio, tendría derecho a tener los intereses respectivos, como establece el propio Juvenciano en D.5.3.20.6a (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*); así también, cabe destacar que dicha posición de Juliano es aplicable a la materia de frutos, porque establece en el *liber septimo digestorum* D.22.1.25.1 lo siguiente: *porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*. (Y a la verdad, el

⁹⁷ Ver al respecto LENEL, *Palingenesia*, op. cit., p. 329.

poseedor de buena fe tiene en cuanto a la percepción de los frutos el derecho que está concedido a los dueños de los predios).

Ahora bien, ya que hemos constatado que la teoría de Juliano de la responsabilidad del poseedor de la herencia frente al efectivo titular encuentra confirmación en el Juvenciano, podríamos tomar en consideración una hipótesis de Carcaterra,⁹⁸ consistente en que la exégesis de Ulpiano sobre el Juvenciano en el libro XV *ad edictum* es una transcripción del pensamiento del jurista adrianeo; aunque dicha aseveración nos parezca excesiva (la cita de la constitución del emperador Severo a Celer del 204 en D.5.3.20.12 y de Papiniano en D.5.3.20.14, hacen cronológicamente imposible tal hecho), podríamos pensar que Ulpiano hubiese utilizado en la realización de su comentario, material que se encontrase dentro de los Digestos de Juliano; con base en dos razones:

- a) En los textos de Ulpiano, libro XV *ad edictum* D.5.3.20.18 y D.5.3.25.17, como adecuadamente observa Carcaterra, al comentarse el Juvenciano se dice en el primero: *Nam et Iulianus libro sexto Digestorum scribit...* (En efecto, también Juliano escribe en el libro sexto de los digestos); en el segundo: *Nam et si id...Iulianus libro quarto Digestorum scribit...* (En efecto también si lo que...Juliano en el libro cuarto de los Digestos escribe...); si el jurista tardoclásico hace referencia a Juliano sobre problemas que se presentan respecto al Juvenciano, con los términos *Iulianus scribit...*, se podría pensar no sólo que Juliano tratase al Juvenciano en sus obras, sino también que dichas citas fueran transcripciones más o menos literales de sus Digestos.
- b) En D.5.3.20.6-21 se aplica el método analógico en el análisis del Juvenciano, que, como es notorio, era usado normalmente por Juliano en el examen de las leyes y senadoconsultos.⁹⁹

⁹⁸ CARCATERRA, op. cit., p. 159.

⁹⁹ Así JULIANO, libro XV *Digestorum* D.1.3.12 dice: *Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendere; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet*. (No pueden comprenderse en las leyes o en los senadoconsultos determinadamente todos los casos; pero cuando en alguna ocasión está presente su sentido, debe el que ejerce jurisdicción proceder por analogía, y de este modo proferir sentencia). Sobre el método analógico de Juliano ver a BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, op. cit., pp. 97 a 121.

3. Identificación de los juristas autores de algunos principios del Juvenciano

A la luz de los indicios que nos confirman que las posiciones jurisprudenciales de Celso como de Juliano se encuentran reflejadas en el senadoconsulto Juvenciano, se pone la cuestión (si bien careciendo de referencias a las discusiones efectuadas dentro del *consilium*), si pudiera ser posible identificar los juristas que propusieron los puntos más significativos de la resolución; según nuestra opinión, sería factible la siguiente hipótesis:

1. El inciso a) del senadoconsulto que trata de la no exigibilidad de los intereses (*placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas*) es una idea expresada por Juliano porque el mencionado jurista afirmó que los poseedores de buena fe tienen derecho a los frutos (confron. D.22.1.25.1 y su aplicación específica a los intereses en D.5.3.30; D.5.3.20.2); así también, la interpretación analógica del presente ordenamiento a casos similares (*idemque in similibus causis*) es una idea propia de Juliano, como se demuestra en D.1.3.10.
2. En el inciso b) la subrogación del precio a la cosa (*item placere, a quibus hereditas petita fuisset, ... pretia, ... restituere debere*) es una idea compartida tanto por Celso (confron. D.5.3.18.1) como por Juliano (confron. D.4.2.18; D.5.3.16.5; D.5.3.20.1; D.5.3.20.2; D.5.3.33.1; D.5.3.55;).
3. En el inciso c) la responsabilidad de los invasores de los bienes (*item eos qui bona invasissent, ... perinde condemnandos*) es una idea de Juliano (confron. D.5.3.16.4); no obstante, la ampliación de tal criterio de responsabilidad, aun en el caso de que los hubieran abandonado, es de Celso (confron. D.5.3.45=D.5.3.13.13).

Después de haber indicado el posible papel de los juristas en la formulación del senadoconsulto Juvenciano en cuanto resultado de las discusiones dentro del *consilium principis*, podemos entender la razón por la que Ulpiano, al referirse al mencionado ordenamiento, no podía dejar de prescindir de la citación de las obras de Celso y de Juliano.

Cabe la cuestión si dentro de las discusiones en el *consilium* hubiesen podido intervenir las partes representadas por sus abogados;

según nuestra opinión, si bien faltan elementos textuales de los que pudiésemos desprender tal conclusión, sería posible considerar tal necesidad¹⁰⁰ porque en el procedimiento fiscal existió un conflicto de intereses entre ambas (fisco y herederos), situación que les permitiría defenderse tanto en primera como en segunda instancia; así también, en tal época se crea la figura del *advocatus fisci*,¹⁰¹ que al tener como función la salvaguarda de los intereses del fisco debió protegerlos en cualquier etapa procedimental.¹⁰²

V. LAS RAZONES POR LAS QUE EL SENADO NO DECIDIÓ DIRECTAMENTE LA MATERIA DE APELACIÓN

De los datos anteriores hemos podido comprobar que en el imperio de Adriano, si bien el senado tuvo nuevamente la facultad de conocer controversias en grado de apelación, las decisiones respectivas eran

¹⁰⁰ En el mismo sentido ver ARCARIA, *Senatus censuit, op. cit.*, p. 125; no obstante, el fundamento sobre el cual basa su hipótesis es el texto de Plinio, *epist.* 4.12.1-4 que como tuvimos ocasión de observar anteriormente en el presente capítulo, difícilmente podría hacer referencia a un juicio de apelación.

¹⁰¹ Sobre la función del abogado del fisco y con especial referencia a su intervención en la primera instancia del presente procedimiento, ver GONZÁLEZ ROLDÁN, *Senatusconsultum Iuventianum, op. cit.*, pp. 170 a 171.

¹⁰² Que dentro del *consilium principis* en la función de juzgar interviniesen las partes representadas por sus abogados en controversias análogas a la anterior puede constatarse en textos posteriores como sería el de Marcelo, *libro vicesimo nono digestorum* D.28.4.3.pr, que narra una controversia bajo el imperio de Marco Aurelio; al respecto se dice: *...et advocatis fisci dixit: 'Vos habetis iudices vestros'. Vibius Zeno dixit: 'Rogo, domine imperator, audias me patienter: ...Antoninus Caesar dixit...Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit...Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit...Priscianus dixit...'* (y a los abogados del fisco les dijo: 'Vosotros tenéis vuestros jueces'. Vibio Zenón dijo: Ruego, Oh señor emperador, escuche a mí pacientemente: ...Antonino Cesar dijo...Cornelio Prisciano, abogado de León dijo: ...Calpurnio Longino, abogado del fisco dijo: ...Prisciano dijo...). De tal citación quisiéramos simplemente destacar que en las *causae* donde decidía el príncipe existían discusiones dentro del *consilium* por parte de los abogados de las partes, y que en el caso anterior existe una referencia explícita a la actuación del *advocatus fisci*, en la que defiende los intereses de tal institución frente al emperador; si bien el texto corresponde al imperio de Marco Aurelio, narra la actuación de una figura creada bajo Adriano tratando al igual que en el caso de Rústico un problema de indignidad (ver en el capítulo I la referencia que sobre el mismo hicimos al respecto); en uno u otro caso el abogado del fisco tiene un interés que proteger, por lo que si bien entre el 169 al 180 d. C., constatamos que actuaba frente al emperador en las *causae* donde era parte interesada, sería posible afirmar que tal actuación se remontase ya al imperio de Adriano por ser el creador del mencionado abogado.

previamente decididas en el *consilium* y presentadas a los *patres* mediante *orationes* para su aprobación. Quedan todavía dos aspectos que necesitan ser explicados; el primero, las razones por las que Adriano vuelve nuevamente a otorgarle al senado la facultad de apelación; y el segundo, el por qué la falta de plena autonomía en dichas decisiones.

Sobre el primer punto nos parece que la explicación de Bellen¹⁰³ resulta convincente; al respecto, según el autor, como Adriano al inicio de su imperio había sido objeto de duras críticas por el senado en virtud de la ejecución capital de cuatro cónsules Palma, Celso, Nigrino y Lucio,¹⁰⁴ había tratado de armonizar nuevamente las relaciones con tal organismo, jurando que no había intervenido en tal ejecución y prometiendo para el futuro que las condenas a los senadores serían realizadas únicamente mediante decisión del senado. De tal hecho parecería que el senado adquirió una ventaja de la posición debilitada de Adriano obteniendo concesiones en el campo jurisdiccional y consiguiendo con la *oratio* referida en D.49.2.1.2 (citada en la nota 4) un privilegio que antes no había tenido; de lo anterior, resultaría que en un inicio la facultad de apelación se originase como una garantía en el aspecto criminal extendiéndose también al aspecto civil.¹⁰⁵

En lo referente al segundo aspecto, las observaciones de Palazzo¹⁰⁶ sobre el principado de Adriano podrían explicar los motivos por los que los *patres* no decidieron autónomamente la materia de apelación; las dos potencias que se habían encontrado durante todo un siglo *princeps* y *senatus* llegan a un equilibrio casi estable,

¹⁰³ BELLEN, "Zur Appellation vom Senat an den Kaiser", *op. cit.*, pp. 164 a 168.

¹⁰⁴ *Dio Cass.* 69.2.6; *S.H.A. Hadr.* 7.4.

¹⁰⁵ Si bien es cierto los términos empleados por Ulpiano harían pensar tanto en una jurisdicción penal como civil en segundo grado, adecuadamente DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, *op. cit.*, pp. 38 a 39 y ARCARIA, *Senatus censuit*, *op. cit.*, pp. 103 a 105 han observado que Ulpiano hacía especial referencia a la civil, porque como dice la primera: "In quest'epoca infatti la giurisdizione criminale del senato era in via di esaurimento, e pertanto il richiamo all'*oratio* deve probabilmente riferirsi alla *cognitio senatus* in materia civile"; además, el argumento de Arcaria que la obra de Ulpiano, *de appellat*, tenga connotación eminentemente civil es comprobable a la luz de la *Palingenesia* de LENEL, *op. cit.*, p. 379; no obstante, que la *oratio* en época adrianea abarcara ambas materias es factible con base en los términos expresados en el texto respectivo.

¹⁰⁶ *Potere imperiale*, *op. cit.*, pp. 20 a 49.

reforzándose el poder central y respetándose las prerrogativas del senado, el príncipe vértice de la administración se convierte también en un vértice del poder legislativo; por ello sus intervenciones en el terreno legislativo, que eran ocasionales, se hacen más frecuentes y se institucionalizan.

Adriano centraliza en sus manos la actividad creadora del derecho, los juristas más connotados tienen el carácter de *amici* del príncipe, que iniciando a partir de tal momento a formar parte de la burocracia imperial apoyan al emperador en la actividad jurídica que se refleja principalmente en el aspecto legislativo y jurisdiccional; así podemos encontrar en tal etapa la codificación del edicto por parte de Juliano y gran cantidad de rescriptos imperiales.¹⁰⁷

Parecería contradictorio pensar que mientras se realiza una labor monopolizadora del derecho por parte del príncipe se encontrase paralelamente un senado que resolviese con toda libertad las controversias en segunda instancia; tal posibilidad chocaría con la ideología que se tenía en el presente momento; no existiría razón de otorgar directamente al senado tal facultad cuando los juristas, encontrándose a disposición del emperador, son consultados en la función precisa de *iudicare*. ¿Existirían acaso otras personas con mayor autoridad que pudiesen resolver las sentencias de apelación?

La apelación civil es un claro ejemplo de coordinación real y efectiva de funciones entre príncipe y senado; porque si bien es cierto, los jurisconsultos aplicaban a los casos concretos los criterios elaborados o bien desarrollados por la ciencia jurídica, la comisión senatorial era representada dentro del mismo *consilium*; y si bien la resolución le correspondía al príncipe, la *oratio* requería de la aprobación de la asamblea para tener fuerza de ley; por lo tanto, la función del senado en la presente materia era fundamental, porque el proyecto de sentencia contenido en la *oratio* requería para convertirse en senadoconsulta de la aceptación de los *patres*; bien sea dentro del *consilium* como en la asamblea.

¹⁰⁷ Al respecto ver el elenco de rescriptos imperiales que se encuentra en la obra de PALAZZOLO, *idem*, pp. 73 a 277.