

## EL PRINCIPIO *DOLUS PRO POSSESSIONE EST* EN LA PERSPECTIVA DEL SENADOCONSULTO JUVENCIANO

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *La cláusula del Juvenciano con base en la cual el poseedor de mala fe (praedo) que antes de la litis contestatio ha hecho de modo de no poseer (ante litem contestatam dolo fecit quo minus possideat) es responsable como si todavía poseyera.* II. *El principio *dolus pro possessione est* (hay dolo respecto a la posesión) encuentra aplicación también en otras materias, bien sea ante que post litem contestatam.* III. *El praedo que con dolo ha abandonado la posesión se encuentra de todos modos legitimado pasivo al ejercicio de la acción.* 1. *El praedo, también si con dolo ha hecho en modo de no poseer, debe comparecer en juicio, o en caso contrario sus bienes se han de poseer y vender (bona eius possidenda et vendenda sunt).* 2. *Si el poseedor de mala fe no acepta la litis contestatio o no garantiza la *satisfatio iudicatum solvi* en un procedimiento de petición de herencia, el pretor concede al actor el *interdictum quam hereditatem* con la finalidad de obtener la transmisión de las cosas hereditarias.* IV. *El praedo, una vez que ha abandonado la posesión, es responsable del dolo si acepta la litis contestatio.* 1. *Los argumentos de Albanese respecto a D.5.3.13.13 y las objeciones realizadas en contra de su contenido.* 2. *Las críticas de Talamanca y Kaser a D.5.3.45.* 3. *Nuestra propuesta.* V. *La doctrina de forma unánime considera D.5.3.25.7 interpolado en modo sustancial, pero según nosotros su contenido clásico deriva como consecuencia propia de haberse ofrecido a la controversia (oblatio liti).* VI. *El criterio de responsabilidad que emerge de D.5.3.20.6c se encuentra extendido en la jurisprudencia tardo-clásica a la culpa.* VII. *La legitimación pasiva del que ha dejado de poseer (dolo desinens possidere) establecida en el Juvenciano ha sido también aplicada en la reivindicatio como se puede reconstruir con base en D.6.1.27.3.* VIII. *El contenido de la responsabilidad del demandado que de forma dolosa ha hecho de modo de no poseer.* IX. *La aportación del Juvenciano a la presente materia.*

I. LA CLÁUSULA DEL JUVENCIANO CON BASE EN LA CUAL  
EL POSEEDOR DE MALA FE (*PRAEDO*) QUE ANTES DE LA *LITIS*  
*CONTESTATIO* HA HECHO DE MODO DE NO POSEER (*ANTE LITEM*  
*CONTESTATAM DOLO FECIT QUO MINUS POSSIDEAT*)  
ES RESPONSABLE COMO SI TODAVÍA POSEYERA

El senadoconsulto en la parte correspondiente al problema en D. 5.3.20.6c menciona la responsabilidad de los que habían invadido bienes inmuebles con el conocimiento que pertenecían a otros:

*Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent...*<sup>1</sup>

(También, que aquellos que hubiesen invadido los bienes, sabiendo que no les pertenecían, aunque antes de contestada la demanda hubieren hecho de modo que no los poseyeran, deben ser condenados lo mismo que si los poseyeran...)

En los términos del Juvenciano, son condenados como si poseyeran aquellos que, sabiendo de estar en posesión de cosas no propias (*cum scirent ad se non pertinere*), antes de la *litis contestatio* hayan cesado de poseer. La jurisprudencia, como es notorio, califica a estas personas como poseedores de mala fe, así Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.3, en sede del comentario al texto del ordenamiento senatorio, así explica:

*Quod autem ait senatus 'eos qui bona invasissent', loquitur de praedonibus, id est de his qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona, scilicet cum nullam causam haberent possidendi.*<sup>2</sup>

<sup>1</sup> El contenido clásico del presente § ha sido puesto en duda por DÉNOYEZ, Joseph, *Le sénatus-consulte Juventien* (Nancy, Imprimerie Berger-Levrault, 1926), pp. 60 a 71, pero los argumentos que presenta no han convencido a la doctrina; véase al respecto, LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 120 a 129, que ha considerado tal posición confusa y oscura; CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano* cit., p. 123, que además la considera como una tesis azarada sin justificaciones adecuadas.

<sup>2</sup> BESELER, *Beitraege* cit., 4, p. 38, ha considerado interpolado el texto de *loquitur a possidendi*, pero tal propuesta es actualmente considerada en la doctrina como poco fundamentada: cfr. por todos, TALAMANCA, Mario, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio* (Milano, Giuffrè, 1956), p. 112, nt. 264.

(Pero lo que dice el senado: 'que aquellos que hubiesen invadido bienes' se refiere a los poseedores de mala fe, esto es, a aquellos que, sabiendo que no les pertenece la herencia, invadieron los bienes, no teniendo por supuesto, causa alguna para poseerlos).

En el texto podemos ver que *ii qui bona invasissent* se identifican con los *praedones* (*quod autem ait senatus 'eos qui bona invasissent', loquitur de praedonibus*), en otros términos con aquellos que, si bien sabían que la herencia no les correspondía, habían invadido los bienes hereditarios (*id est de his qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona*) sin presentar ninguna causa jurídica para poseer. Cada uno de los *praedones* poseen *pro possessore*, como afirma el jurista en otro punto de la misma obra que se encuentra en D.5.3.11, en la que se explica la diferencia entre los que poseen *pro herede* y los que contrariamente poseen *pro possessore*. Y por ello, después de haber precisado en el pr. quien debe ser considerado como poseedor *pro herede*, en el § 1 sigue diciendo: pero posee como poseedor el poseedor de mala fe (*pro possessore vero possidet praedo*), presentándose después en los fragmentos relacionados 12 y 13 pr. (del mismo Ulpiano) como se interpreta tal situación.<sup>3</sup>

El comportamiento de poseer con conocimiento bienes hereditarios ajenos es considerado por el jurista como un hecho doloso, como se presenta en el precedente § 2 del mismo fragmento D.5.3.25:

<sup>3</sup> El cuadro que resulta de los tres textos es el siguiente: *Pro herede possidet, qui putat se heredem esse, sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit, sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere*. 1. *Pro possessore vero possidet praedo*. Posee como heredero el que cree que es heredero. Pero pregúntese si acaso posee como heredero también el que sabe que él no es heredero; y opina Arriano en el libro segundo de los Interdictos que está obligado; de cuyo derecho usamos, según escribe Próculo. En efecto, se considera que también el poseedor de los bienes posee como heredero (D. 5.3.11.); *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium*, el que interrogado por qué posee, haya de contestar 'porque poseo' y ni aun falsamente sostuviere que es heredero (D. 5.3.12); *nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur* ni pueda alegar causa alguna de posesión; y por tanto, el que hurta y el que roba son obligados por la petición de herencia (D. 5.3.13 pr.). Sobre tal distinción cfr. en doctrina: BURDESE, *Manuale di diritto privato romano* cit., p. 692; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 619.

*Quod ait senatus: 'eos, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent', ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur...*

(Lo que dice el senado, 'que aquellos que hubiesen invadido bienes, que supiesen que no les pertenecían, aunque antes de contestada la demanda hubieren hecho de modo que no los poseyeran, deben ser condenados lo mismo que si los poseyeran', se ha de entender así, que también el dolo pasado se comprendería en la petición de herencia...)

En interpretar las palabras del Juvenciano *eos-possiderent*, incluidas en D. 5.3.20.6c, Ulpiano observa una conducta dolosa de los poseedores que asume importancia en la *hereditatis petitio* (ita intellegendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem hereditatis deduceretur). Al respecto él usa el término *dolus praeteritus*, dándole después una explicación en el sucesivo § 7 cuando afirma que esto se configura a cargo del poseedor de mala fe *ante litem contestatam*:

*qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus.*

(pero el que es poseedor de mala fe, quedará obligado por razón del dolo, aún antes de contestada la demanda; porque este es el dolo pasado).

Podemos así ver que el problema específico tratado en el senado-consulta corresponde al dolo que ha tenido origen antes de la *litis contestatio* y no aquello cometido en la fase *apud iudicem*, indicado en las fuentes como *futurus*.<sup>4</sup> Confirmando tal hecho debemos considerar D.5.3.13.2 donde el jurista tardo-clásico, aplicando la solución mencionada a la materia de fideicomisos, afirma: porque tam-

<sup>4</sup> Cfr., por ejemplo., el mismo ULPIANO, libro trigésimo ad edictum, D.16.3.1.20 referido a la acción de depósito: *Non tantum praeteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus, id est post litem contestatam.* (En la acción de depósito se comprenderá no solamente el dolo pasado, sino también el futuro, esto es, después de contestada la demanda). Respecto al dolo *post litem contestatam* véanse: PROVERA, Giuseppe *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem* (Torino, Giappichelli, 1953), pp. 84 a 85; KASER, Max, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden bei den actiones in rem" ZSS, v. 98, 1981, pp. 126 a 139.

bién el dolo pasado se comprende en la petición de herencia, como si con dolo hubiere dejado de poseer (*nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere*).<sup>5</sup>

En la continuación del mismo fragmento 25, al § 8, Ulpiano ofrece la siguiente explicación de los términos *perinde condemnandos, quasi possiderent*:

*'Perinde', inquit, 'condemnandos quasi possiderent': merito: nam is qui dolo fecit quo minus possideret, ut possessor condemnatur. accipies, sive dolo desierit possidere sive dolo possessionem noluerit admittere. sive autem ab aliis res possideatur sive in totum non extet, locum habebit haec clausula. unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit: et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.*

(‘Deben ser condenados’ dice, ‘lo mismo que si poseyeran’; con razón, porque el que hizo con dolo de modo que no poseyera, es condenado como poseedor; lo cual entenderás, ya si con dolo hubiere dejado de poseer, ya si con dolo no hubiere querido admitir la posesión. Pero ya sea que la cosa se posea por otro, ya que absolutamente no exista, tendrá lugar esta cláusula. Por lo que, si otro fuera el poseedor, la herencia puede pedirse a uno y a otro, y si la posesión hubiere pasado por muchos, todos estarán obligados).

En este texto podemos observar diferentes ejemplos del principio *dolus pro possessione est*, que aquí viene formulado con las palabras *praedo dolo fecit quo minus possideat*.<sup>6</sup> Se comienza con los casos en que el poseedor ha hecho con dolo de modo de no poseer la cosa (*sive dolo desierit possidere*) o que con dolo no ha querido aceptar la posesión (*sive dolo possessionem noluerit admittere*); el llamado a esta

<sup>5</sup> *Is autem qui restituit hereditatem teneri hereditate petitione non potest, nisi dolo fecit, id est si scit et restituit: nam et dolus praeteritus venit in hereditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.* Pero el que restituyó la herencia no puede ser obligado por la petición de herencia, si no lo hizo con dolo, esto es, si lo sabe y la restituye; porque también el dolo pasado se comprende en la petición de herencia, como si con dolo hubiere dejado de poseer.

<sup>6</sup> Diferentes ejemplos de *qui dolo fecit quo minus possideat* limitados a la *actio ad exhibendum* pueden encontrarse en la obra de MARRONE, Matteo, *Actio ad exhibendum* (estratto dal vol. XXVI degli Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo, Palermo, Tipografia Michele Montaina, 1958), pp. 388 a 444.

última situación, no obstante encuentre confirmación en el escolio 9 a *Bas.* 42.1.25,<sup>7</sup> ocasiona sin duda algunas dificultades, porque el principio *dolus pro possessione est* necesita que los *praedones* hayan adquirido por lo menos en un cierto momento la posesión, si bien antes de la *litis contestatio* la hayan dejado con posterioridad; el jurista probablemente quiere referirse a la situación en que el *praedo* no quiera de forma dolosa tomar nuevamente las cosas hereditarias que había dejado.

Se continúa después con los casos donde la cosa es poseída por otro (*sive ab aliis res possideatur*) o ya no existe (*sive in totum non extet*), a los que también se aplica la cláusula del senadoconsulto examinada en esta sede. En el primero, cuando fuera poseedor otra persona, la herencia puede pedirse bien sea a él mismo o al poseedor anterior (*si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit*). En la parte final Ulpiano se ocupa también del problema de una secuencia de situaciones de posesión, afirmando que la responsabilidad de frente al titular de los bienes poseídos no es limitada al primero que posee en mala fe, sino que además incluye a todos aquellos que en el tiempo posterior habían poseído (*et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur*).<sup>8</sup>

El *praedo* que *nullam causam habet possidendi* puede haber realizado diferentes actos finalizados para privarse de la posesión al momento del ejercicio de la acción; así, por ejemplo, en lo que respecta a la eventualidad presentada por el jurista (*sive dolo desierit possidere*) podría considerarse la venta de la cosa con transmisión de la posesión a otra persona; en esta situación si bien surge responsabilidad por parte del *praedo* respecto a la misma cosa y no a su precio, como recuerda siempre Ulpiano en D.5.3.20.12 (*si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis...* si sabiendo alguno que la herencia no le pertenecía, la vendió, sin duda que no los precios de las

<sup>7</sup> El texto en la traducción latina de HEIMBACH, *Basilicorum*, p. 219, es el siguiente: *qui dolo fecit, quominus possideret. Qui ante litem contestatam consulto desierunt possidere, perinde condemnandos Senatus ait, ac si possiderent: idque merito. Nam is, qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur, et ut possessor condemnatur. Intellige autem eum condemnari, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem rerum hereditarium noluerit apprehendere.*

<sup>8</sup> En el mismo sentido el escolio 9 a *Bas.* 42.1.25.

cosas, sino las mismas cosas y sus frutos se comprenden en la petición de herencia), también si después, en presencia de ciertas condiciones, viene concedida también la otra posibilidad.<sup>9</sup>

Como se observa al final de D. 5.3.25.8 aquí examinado, el titular de la herencia tiene una facultad de opción en el ejercicio de la acción: demandar al *praedo* que no tiene la cosa o ejercitarla contra el nuevo poseedor que no necesariamente ha actuado en mala fe.

Al respecto surge un problema que nace en referencia a la última afirmación: *et si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur*, porque, si bien es cierto resulta lógica la responsabilidad del *praedo* si bien no tenga la cosa con base en la aplicación del principio *dolus pro possessione est*, aparece difícil reconocer que otras personas, que han tenido la posesión y no necesariamente se han comportado de forma dolosa, puedan continuar a ser responsables, como si el citado principio produjese los propios efectos también en contra de ellos. Parte de la doctrina, como por ejemplo, Longo,<sup>10</sup> resuelve el problema considerando tales palabras como una burda conclusión compilatoria configurable como un precepto legislativo directo a uniformar y ampliar la limitada casuística expuesta en el fragmento del jurista; pero, según nuestra opinión, tal observación no es de por sí suficiente para excluir que el mismo Ulpiano haya podido cumplir una afirmación similar, que entonces iría interpretada en el sentido que la responsabilidad corresponde a todos los posteriores poseedores solamente en el caso en que ellos hayan actuado en mala fe.

En la aplicación de la parte del Juvenciano correspondiente a D.5.3.20.6 c, el jurista Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.36.3 presenta una cuestión interpretativa con respecto al poseedor de mala fe que con dolo ha cesado de poseer:

*Si praedo dolo desisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba senatus consulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit. sed non est*

<sup>9</sup> Preferimos no detenernos en el presente problema, porque tal corresponde a un inciso que trataremos en un estudio posterior.

<sup>10</sup> LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., p. 120.

*dubium, quin non debeat melioris esse conditionis quam bonae fidei possessor. itaque et si plaris venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo.*

(Si con dolo hubiese dejado de poseer el poseedor de mala fe, y la cosa hubiere perecido del mismo modo que habría de haber perecido, aunque hubiese permanecido en el mismo estado de posesión, con arreglo a las palabras del senadoconsulto es mejor la condición del poseedor de mala fe, que la de buena fe, porque el poseedor de mala fe, si con dolo hubiere dejado de poseer, es condenado cual si poseyese, y no se hubiese añadido 'si la cosa hubiere perecido'. Pero no hay duda de que no deba ser de mejor condición, que el poseedor de buena fe. Así pues, aunque hubiere sido vendida la cosa en más de su valor, la elección deberá ser del actor, para conseguir el precio; de otro modo, el poseedor de mala fe obtendría algún lucro).

El jurista resalta que la cláusula del senadoconsulto en esta sede tratada, carece de la referencia contenida en D. 5.3.20.6b sobre la destrucción o la disminución del valor de las cosas poseídas: *etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere*; por esto podría erróneamente entenderse que, mientras los *praedones* que han cesado de poseer son solamente responsables como si todavía poseyeran (*quantum ad verba senatus consulti melior est causa praedonis quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret, nec adiectum esset, si res interierit*), la responsabilidad de los poseedores de buena fe deviene más grave, porque tales son obligados al precio también si las cosas no existieran ya. El carácter práctico de la cuestión se presenta en el caso presentado por el jurista: el *praedo* ha dejado la posesión y la *res* ya no existe, pero su destrucción en cualquier modo se habría dado también en el caso en que quedase en su posesión (*res ...eo modo interierit, quo esset interitura et si eadem causa possessionis mansisset*). Una posible aplicación rígida de las disposiciones del Juvenciano habría ocasionado que él debería ser condenado como si todavía poseyera (*praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur atque si possideret*), pero el hecho que la cosa no existía ya, habría ocasionado concretamente una falta de responsabilidad, ya que no se

encontraba obligado al precio;<sup>11</sup> y esta situación se habría podido verificar también en el caso que fuera destruida una cosa efectivamente poseída.

El jurista manifiesta lo inadecuado de tal aplicación, ya que no es posible imaginar una responsabilidad del poseedor de buena fe más grave respecto a la del *praedo*, debiendo el primero en cualquier modo restituir el precio, cuando la cosa no exista ya. Una correcta interpretación de las dos cláusulas del senadoconsulto contenidas en los §§ 6b y 6c de D. 5.3.20 no debería permitir una solución en tal sentido (*sed non est dubium, quin non debeat melioris esse conditionis [praedo] quam bonae fidei possessor*). Por esto, la única posible solución era la de aplicar la disposición *etsi eae — restituere debere*, arriba indicada, también en el caso del poseedor de mala fe, no limitándose así el contenido de su responsabilidad a lo contenido en el § 6c; por ello, si la cosa hubiera perecido o hubiera sufrido una disminución, él sería igualmente obligado por el beneficio percibido. Tal visión había sido consolidada en la jurisprudencia, como puede demostrar D.5.3.20.21, donde claramente Ulpiano utiliza la mencionada disposición (*etsi deperditae sunt res, vel deminutae ...*) también en el caso del *praedo*.

Paulo después presenta otro problema relacionado con lo que apenas ha sido tomado en consideración: el poseedor de mala fe ha vendido la cosa a un precio superior a su valor; en este caso, el actor puede escoger de exigir en lugar de la cosa, el precio percibido por el *praedo*, porque en caso contrario habría obtenido un lucro (*si plaris venierit res, electio debet esse actoris, ut pretium consequatur: alioquin lucretur aliquid praedo*) consistente en la diferencia entre el *pretium* y el efectivo valor de la misma cosa. En tal modo vemos que el criterio del enriquecimiento (*locupletatio*), referido al poseedor de buena fe en esta misma cláusula del Juvenciano (en D. 5.3.20.6c), viene aplicado también en la presente situación, porque sería injusto que, mientras la responsabilidad de quien actúa en buena fe fuera medida con base en la *locupletatio*, el poseedor de mala fe fuera únicamente responsable "como si todavía poseyera".<sup>12</sup>

<sup>11</sup> En el mismo sentido DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., p. 109, nt. 57.

<sup>12</sup> Desde hace tiempo los estudiosos consideran la genuinidad de la parte conclusiva de D. 5.3.36.3. Dentro de los mismos encontramos a LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 131

En conclusión, podemos afirmar que la responsabilidad de los *praedones* que han hecho dolosamente en modo de no poseer, no puede limitarse solamente a las consecuencias derivadas de la disposición del Juvenciano en D.5.3.20.6c: *perinde condemnandos, quasi possiderent*, porque tal situación determinaría falta de equidad: mientras los poseedores de buena fe son obligados con base en su enriquecimiento también si las cosas son destruidas o hayan sufrido disminución, aquellos que se han comportado dolosamente serían únicamente responsables como si poseyeran; por esto, los criterios de la pérdida de la cosa así como de la *locupletatio* resultan necesarios también respecto a los *praedones*.

## II. EL PRINCIPIO *DOLUS PRO POSSESSIONE EST* (HAY DOLO RESPECTO A LA POSESIÓN) ENCUENTRA APLICACIÓN TAMBIÉN EN OTRAS MATERIAS, BIEN SEA ANTE QUE POST LITEM CONTESTATAM

De lo que hemos expuesto en el párrafo anterior se observa una clara configuración del principio *dolus pro possessione est*; tal consiste en el hecho que el poseedor de mala fe fuese responsable de su dolo también si ya no tuviese la cosa perteneciente al titular de la acción (*dolo desierit possidere, dolo possessionem noluerit admittere*). Paulo, libro vicesimo secundo ad edictum, D.50.17.131 lo enuncia así:

*Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.* (El que hubiera dejado de poseer con dolo es condenado como poseedor, porque hay dolo respecto a la posesión).

El citado texto cuya sede originaria se refería a una materia diferente a la nuestra, si bien se discute específicamente a cual,<sup>13</sup> afirma

a 132, que considera el texto sustancialmente inmune de la obra compilatoria porque su contenido se encuentra dentro del orden de ideas propias del Juvenciano; solamente duda de las palabras *nec adiectum esset, si res perierit*, pero en la nota 2 explica la falta de armonía formal como derivada de un posible trabajo de reducción del texto originario.

<sup>13</sup> LENEL, *Palingenesia* cit., I, p. 1012, lo incluye en el título *De noxali ex lege Aquilia actione*; en el mismo sentido BESELER, *Beitraege* cit., I, p. 28; CARRELLI, Edoardo, *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano* (Milano, Giuffrè, 1934), p. 64, n. 115. En sentido contrario BIONDI, Biondo, *Actiones noxales* (Cortona, Giovanni Francini, 1925), p. 219, nt. 2, el cual, contra la posición de BESELER cree que la referida afirmación se

que quien hubiera cesado de poseer con base en el dolo, es condenado como poseedor, porque existe dolo respecto a la posesión. La equiparación entre el efectivo poseedor y quien dolosamente se hubiera alejado de la posesión es presentada por Ulpiano, libro septuagesimo primo ad edictum en D.50.17.157.1, el cual en relación con el precarista<sup>14</sup> dice:

*Semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.* (Siempre el que hizo con dolo de modo de no tuviera, ha de ser considerado lo mismo que si tuviese).

Siempre quien con dolo haya hecho en modo de no tener, será considerado como si tuviera todavía. Si bien el texto hace una referencia general a la situación de *habere*, con tal se quiere sin duda entender el significado de *possidere*, ya que como es notorio,<sup>15</sup> el *precario habens* viene indicado como poseedor de la cosa.

Como podemos constatar, los textos expuestos anteriormente han sido cambiados de lugar de su contexto que tenían en un origen y colocados en D.50.17 (*De diversis regulis iuris antiqui*), reconociendo así al principio contenido en los mismos una aplicación más amplia y general. Que tal hecho hubiera sido ya considerado por los juristas clásicos resulta también de Gayo, libro trigensimo ad edictum provinciale, D.44.2.17 que lo refiere en forma negativa:

refería no a esta acción, porque el mismo PAULO en D.9.4.12 niega en tal caso la *actio noxalis*. También KASER, Max, "Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen", *ZSS*, v. 51, 1931, p. 109, es de la opinión que el texto pertenece al libro 21 del comentario de ULPIANO al edicto, que habla de la *rei vindicatio*, tal posición viene confirmada en su investigación posterior "Nochmals ueber Besitz und Verschulden bei den actiones in rem" cit., p. 108; en el mismo sentido MARINI AVONZO, Franca DE, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1967), pp. 127 a 130; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 80, nt. 5. Según nuestra opinión, sin embargo, la relación efectuada por LENEL de este pasaje con D.9.4.21 pr. constituye todavía el fundamento más sólido para ubicar la colocación del mismo que tenía en origen.

<sup>14</sup> Respecto a la ubicación del texto en la ópera de ULPIANO ver LENEL cit., 2, p. 844.

<sup>15</sup> Cfr., por todos, ZAMORANI, Pierpaolo, *Precario habere* (Milano, Giuffrè, 1969), pp. 48 ss.; BURDESE, Alberto, *Possesso (diritto romano)* en *Enc. Dir.*, 34, Milano, 1985, p. 455; ALBANESE, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo, Palumbo, 1985), pp. 85-91.

*Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei iudicatae.* (Si yo te hubiere pedido una cosa mía, pero tú hubieres sido absuelto porque hubieres probado que dejaste de poseerla sin dolo malo, y luego después hubieres comenzado a poseerla, y yo te la pidiera, no me perjudicará la excepción de cosa juzgada, porque la cosa es distinta).

En este pasaje se considera que la excepción de cosa juzgada no es perjudicial para el actor (*non nocebit mihi exceptio rei iudicatae*) en el caso en que trate de ejercitar la acción, donde el demandado haya readquirido la posesión que había perdido sin dolo y había sido por esto absuelto en el presente proceso (*si rem meam — ego a te petam*). Interpretando *a contrario* se observa en la primera parte que la pérdida de la posesión en mala fe por parte del demandado abre el camino a una sentencia de condena. Además a los tres textos examinados, el principio *dolus pro possessione est* en edad clásica se encuentra aplicado en otros campos; así v.g se considera la legitimación pasiva de *qui dolo desiit possidere* también en otros casos como la *actio ad exhibendum*,<sup>16</sup> en los *interdicta quorum bonorum*,<sup>17</sup> en los *de tabulis exhibendis*,<sup>18</sup> en los *de liberis exhibendis*, *item*

<sup>16</sup> Como podemos demostrar en diferentes textos: ULPIANO, *libro vicensimo quarto ad edictum*, D.10.4.3.11...*alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere...* (también el que hizo con dolo que no poseyera puede ejercitar la acción de exhibición); JULIANO, *libro nono digestorum*, D.10.4.8: *Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret...* (Si se ejercitó la acción de exhibición contra quien ni poseía, ni hubiera hecho con dolo malo de modo que no poseyera). Este problema puede observarse en MARRONE, *Actio ad exhibendum cit.*, pp. 388 a 444; 583 a 588; PROVERA, Giuseppe, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* (Torino, Giappichelli, 1970), pp. 160 a 166.

<sup>17</sup> Cfr. el texto del interdicto en ULPIANO, *libro sexagensimo septimo ad edictum*, D.43.2.1.pr: *Ait praetor: 'Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, ut desineres possidere, id illi restituas.* (Dice el pretor: De aquellos bienes cuya posesión fue dada por virtud de mi edicto a uno, debes restituírle lo que de los mismos bienes posees, o poseyeres, como heredero o como poseedor, si nada hubiese sido usucapido, y lo que con dolo malo hiciste que dejaras de poseer).

<sup>18</sup> Cfr. el texto del interdicto en ULPIANO, *libro sexagensimo octavo ad edictum*, D.43.5.1.pr: *Praetor ait: 'Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes te sunt aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. item si libellus aliudve quid relictum esse dicitur, decreto comprehendam.*

*ducendis*,<sup>19</sup> en las *vindicationes pignoris*,<sup>20</sup> en los *ususfructus*,<sup>21</sup> *servitutis*<sup>22</sup> y en otros tipos de acciones.<sup>23</sup>

La óptica de nuestra investigación viene sin embargo limitada únicamente a los sectores donde presenta interés el Juvenciano.

### III. EL *PRAEDO* QUE CON DOLO HA ABANDONADO LA POSESIÓN SE ENCUENTRA DE TODOS MODOS LEGITIMADO PASIVO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

Gracias a la cláusula del Juvenciano en D.5.3.20.6c se resuelve el problema del *vocatus* que presente *in iure*, se niega a defenderse en un proceso relativo a la recuperación de una herencia, buscando justi-

(Dice el pretor: Exhibe como estén las tablas que se dijere que Lucio Ticio dejó pertenecientes a la causa de su propio testamento, si ellas están en tu poder, o si con dolo malo tuyo se hizo que dejasen de estar. Asimismo, si se dijere que se dejó un libelo, u otra cosa cualquiera, lo comprenderé en el decreto).

<sup>19</sup> Se reenvía también en este caso al texto del interdicto presentado en ULPIANO, *libro septuagensimo primo ad edictum*, D.43.30.1.pr: *Ait praetor: 'Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is ea ve apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.* (Dice el pretor: Exhibe al que o a la que está bajo la potestad de Lucio Ticio, si el él o ella está en tu poder, o con dolo malo tuyo se hizo que no estuviese).

<sup>20</sup> Cfr. MARCIANO, *libro singulari ad formulam hypothecariam*, D.20.1.16.3: *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur...* (Exámínese en la reivindicación de la prenda, si posea la cosa de que se trató aquel contra quien se ejercitó la acción; porque si no lo poseyera, ni con dolo malo hubiere hecho que no la posea, debe ser absuelto; pero si la poseyera, y o pagase la deuda, o restituyese la cosa, igualmente debe ser absuelto; pero si no hiciera ninguna de estas dos cosas, se seguirá condena). Para el análisis de este punto se vean, entre otros, CHIAZZESE, Lauro, *Jusiurandum in litem* (Milano, Giuffrè, 1958), pp. 263 a 273; PROVERA, *Contributi allo studio del lusiurandum in litem, op. cit.*, pp. 25 a 31; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto... op. cit.*, pp. 134 a 135.

<sup>21</sup> Cfr. PAULO, *libro vicensimo primo ad edictum*, D.7.6.6: *Qui de usu fructu iudicium accepit, si desierit possidere sine dolo, absolvetur...* (si el que aceptó el juicio de usufructo, sin dolo hubiere dejado de poseer, será absuelto...).

<sup>22</sup> Cfr. ULPIANO, *libro septimo decimo ad edictum*, D.8.5.8.4: *...plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino aedium.* (Pero si por dolo malo del dueño de la casa la perdió por el no uso después de contestada la demanda, se le debe restituír, del mismo modo que se halla establecido respecto al dueño de las casas).

<sup>23</sup> Para los relativos ejemplos se reenvía a Kaser, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden" *cit.*, p. 107, nt. 103.

ficar su actitud en el hecho de ya no estar en la posesión y considerando así de no encontrarse legitimado de forma pasiva al ejercicio de la acción (*vindicatio caducorum* o *petitio hereditatis*). De este modo el senadoconsulto permitía al titular de la herencia (fisco o heredero) de atacar una conducta del demandado considerada bajo el perfil del ilícito, consistente en buscar de impedir al actor la defensa judicial del propio derecho. Esta situación se presenta como excepcional, porque normalmente quien es llamado en juicio debería tener la posesión de la cosa, como recuerda Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.9, según el cual el legitimado pasivo a la *petitio hereditatis* es quien actualmente posee la herencia o también una cosa hereditaria *pro herede vel pro possessore*:

*Regulariter definendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.* (Se ha de fijar por regla general, que sólo está obligado por la petición de herencia el que posee o el derecho como heredero, o como poseedor, o una cosa de la herencia).

La actitud del *praedo* que con dolo ha abandonado la posesión de frente al ejercicio de la acción puede configurarse en diversos modos: se niega a comparecer, no acepta la *litis contestatio* o no concluye la *satisfactio iudicatum solvi*, o bien se ofrece a la controversia. Analizamos las diferentes situaciones y las consecuencias jurídicas que derivan de cada una de ellas.

### 1. El *praedo*, también si con dolo ha hecho en modo de no poseer, debe comparecer en juicio, o en caso contrario sus bienes se han de poseer y vender (*bona eius possidenda et vendenda sunt*)

El poseedor de mala fe (al igual que de buena fe), llamado en juicio con una *petitio hereditatis*, debe en cualquier caso comparecer, también cuando haya dejado la posesión de forma dolosa, si no quiere incurrir en una de las consecuencias previstas, en caso de rebeldía, por Ulpiano, *libro quinquagesimo nono ad edictum*, D.42.4.7.18, el cual, citando el pensamiento de Celso, afirma:

*Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet: sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt.* (Estima el mismo Celso, que si se oculta aquel a quien yo quisiera pedirle la herencia, se podía hacer muy fácilmente que yo fuera puesto en posesión de los bienes, que aquel posee como heredero o como poseedor; pero si hizo con dolo de modo que no poseyera los bienes, se han de poseer y vender los bienes del mismo).

Como podemos observar, el texto se articula en dos partes: en la primera el jurista adrianeo considera, que en el ejercicio de la *petitio hereditatis*, resulta más cómodo para el actor, si el demandado se encuentra en rebeldía, ser puesto en la posesión de las cosas que aquel tenía *pro herede* o *pro possessore* (*si is, a quo hereditatem petere velim, latitat, commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet*); en la segunda Ulpiano continúa diciendo que, si el demandado con dolo había cesado de poseer, sufría el embargo de sus bienes y su sucesiva venta (*sed si dolo fecit, quo minus possideret, bona eius possidenda et vendenda sunt*).

En el pensamiento de Celso no tiene importancia la distinción entre poseedor de buena y mala fe, porque las consecuencias jurídicas a cargo del rebelde son las mismas, pudiendo el actor en cualquier modo pedir la posesión de las cosas hereditarias. En la segunda situación Ulpiano presenta en el caso del demandado rebelde que hubiera abandonado la posesión de forma dolosa, una situación más grave, ya que su patrimonio formaba objeto de la *missio* en favor del actor y de la consecuente *bonorum venditio*.

Con base en el presente texto se puede considerar la legitimación pasiva a la petición de herencia del *praedo qui dolo fecit quo minus possideret* también en la hipótesis considerada en la cláusula del Juvenciano en D.5.3.20.6c, porque tal o comparece en juicio o sufre las consecuencias jurídicas apenas descritas.

Del argumento se continúa a tratar también en el sucesivo § 19 de D.42.4.7 cuando se menciona:

*Divus quoque Pius in persona eius, qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat, rescripsit in possessionem rerum hereditariarum*

*adversarium inducendum: in quo rescripto et fructum percipere iussit eum, qui per nimiam contumaciam possessoris hereditatis, ut lucro eius cedat, in possessionem inductus est rerum hereditariarum.* (Resolvió por rescripto también el divino Pío, respecto a la persona del que poseyendo una herencia no se presentaba, que el adversario había de ser puesto en posesión de los bienes de la herencia; en cuyo rescripto mandó que también percibiera los frutos, de modo que cedan en lucro suyo, el que por demasiada contumacia del poseedor de la herencia fue puesto en posesión de los bienes de la herencia).

El rescripto de Antonino Pio presenta una evidente unión con la opinión de Celso, en el hecho que, quien poseyendo una herencia no la defendía (*qui hereditatem possidens copiam sui non faciebat*), permitía al adversario de ser puesto en la posesión de las cosas hereditarias (*in possessionem rerum hereditariarum adversarium inducendum*). Además el emperador ordena que perciba también los frutos quien, por la persistente contumacia del poseedor de la herencia, haya obtenido la posesión de las cosas hereditarias con la finalidad que pueda obtener de ellas un lucro (*et fructum percipere iussit - rerum hereditariarum*).

El presente texto nos informa de la aplicación en la edad posterior a Adriano de las consecuencias indicadas por Celso en caso de rebelde por parte del poseedor de las cosas hereditarias, pero no menciona nada sobre el poseedor que con dolo ha cesado de poseer. Según nuestra opinión, sin embargo, también respecto a este último, al menos a partir de una cierta época, debería haber tenido lugar no solamente la *missio in bona* y la *bonorum venditio*, mencionada en D.42.4.7.18, siendo esta la regla general ya en edad adrianea,<sup>24</sup> sino también la

<sup>24</sup> Así como dice ULPIANO, libro quinquagesimo nono ad edictum D.42.4.7.16, donde, después de haber presentado la cuestión, si en contra del demandado rebelde en una *actio in rem* encuentre aplicación la *missio in possessionem* y la posterior *bonorum venditio*, recuerda la respuesta afirmativa dada por Neracio y confirmada por un rescripto de ADRIANO: *Item videamus, si quis adversus in rem actionem latitet, an bona eius possideri venumque dari possint. extat Neratii sententia existimantis bona esse vendenda: et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur.* (Veamos también, si ocultándose uno respecto del que tiene acción real, se puedan poseer y vender sus bienes. Hay la opinión de Neracio, que estima que se han de vender los bienes; y esto se contiene en un rescripto de Adriano, cuyo derecho observamos).

posibilidad una vez que tiene la posesión, de obtener lucro con los frutos de las cosas hereditarias anteriormente a su venta.

## 2. Si el poseedor de mala fe no acepta la *litis contestatio* o no garantiza la *satisfatio iudicatum solvi* en un procedimiento de petición de herencia, el pretor concede al actor el *interdictum quam hereditatem* con la finalidad de obtener la transmisión de las cosas hereditarias

Como sabemos, la no aceptación por parte del demandado de la *litis contestatio* no permitía el impulso procesal y hacía imposible la condena, determinando sin embargo consecuencias sumamente graves en contra de él. En un procedimiento de petición de herencia, si el poseedor no aceptaba tal acto, el pretor concedía al actor el *interdictum quam hereditatem*,<sup>25</sup> aplicable bien sea al poseedor de buena como al de mala fe, tal situación puede observarse en un fragmento de las Instituciones de Ulpiano:

*... tam adipiscendae quam recipiendae possessionis, qualia sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi sive ante possedi, deinde amisi possessionem (Fragm. Vindob. 4)* (existen también algunos interdictos bien sea para adquirir como para recuperar la posesión, como los interdictos 'aquel fundo' y 'aquella herencia'; pero si yo, pida a uno un fundo o una herencia, y la controversia no viene defendida, él es constreñido a transferirme la posesión bien sea que no hubiera jamás poseído, bien sea que antes hubiera poseído pero después perdido la posesión).

El jurista considera los interdictos *quem fundum* y *quam hereditatem* como ejemplos de aquellos que sirven para adquirir, así como para

<sup>25</sup> Sobre el presente interdicto ver: LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum* (Dritte, Verbesserte Auflage, Leipzig, B. Tauchnitz), pp. 474 a 475; GROSSO, Giuseppe, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana* (Torino, Giappichelli, 1944), pp. 232 a 235; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., pp. 8 y 9; PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, cit. pp. 142 a 153; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* cit., pp. 188 y 189 así como la nota 1.

recuperar la posesión (*tam adipiscendae quam recipendae possessionis*); así, si el actor pide judicialmente un fundo o una herencia y el demandado no se defiende (*nec lis defendatur*, expresión que se refiere a la negación de aceptar la *litis contestatio*), este último es constreñido a transferirle la posesión, bien sea que el primero no hubiera poseído jamás, bien sea que anteriormente hubiera poseído y después hubiera perdido la posesión (*cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi sive ante possedi, deinde amisi possessionem*). En el caso en que el demandado no proceda a la transmisión, el *petitor* puede conseguirla haciendo valer en su contra el interdicto *quam hereditatem*.

Mayores informaciones sobre las consecuencias que se producen respecto al poseedor demandado en una petición de herencia que no permite el impulso procesal son contenidas en el texto 2.1 de las *Pauli Sententiae*:

*Quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur et, si satis non detur, in petito rem hereditas transfertur: si petitor satisdare noluerit, penes possessorem possessio remanebit: in pari enim causa potior est possessor.* (Cuando se ha pedido una herencia, el demandado debe dar la *satisdatio iudicatum solvi*, si no se ha dado la garantía, la herencia es transferida a quien la pide; si el actor no quiere dar la garantía, la posesión permanece en las manos del poseedor; en causa igual es preferido al actor).

Aquí sin tomarse en consideración la aceptación o no a la *litis contestatio* por parte del demandado, se subraya como él debe dar la *satisdatio iudicatum solvi* (*quotiens hereditas petitur, satisdatio iure desideratur*), con la consecuencia que, si no realiza esto, la posesión de la herencia es transferida al actor (*si satis non detur, in petito rem hereditas transfertur*) siempre que sea dispuesto a darla. Si contrariamente a esto no quiere dar la garantía, la posesión permanece en las manos del demandado, el cual *in pari causa* es preferido al *petitor* (*si petitor satisdare noluerit - potior est possessor*).

De los datos que emergen de los presentes textos mencionados tenemos conocimiento de interesantes noticias respecto a las sanciones que se daban en contra del poseedor demandado en una controversia de *petitio hereditatis* que no hubiera aceptado la *litis contestatio*,

o bien, que no hubiera garantizado la ejecución de la controversia. En presencia de las dos situaciones venía establecida la transmisión de la posesión de la herencia del demandado al actor (en la segunda hipótesis solamente si se daba garantía), con la consecuencia en el cambio de las posiciones procesales y de la carga de la prueba. Si el demandado no realizaba la transmisión, el pretor concedía al respecto el interdicto *quam hereditatem* expresamente mencionado en los fragmentos de Viena de las Instituciones de Ulpiano, pero ciertamente aplicable también en la situación prevista en las sentencias de Paulo.

Como se ha podido constatar, en ninguno de los dos textos tiene importancia el valor de la buena o mala fe del poseedor, verificándose en los dos casos consecuencias idénticas.

En la óptica aquí considerada se incluye por tanto también al *praedo* demandado en la petición de herencia, y no sólo cuando sea actualmente en posesión de las cosas hereditarias, sino también cuando, al menos desde el momento en que las dos situaciones son equiparadas a los fines de la legitimación pasiva, haya hecho con dolo en modo de ya no poseer.

#### IV. EL *PRAEDO*, UNA VEZ QUE HA ABANDONADO LA POSESIÓN, ES RESPONSABLE DEL DOLO SI ACEPTA LA *LITIS CONTESTATIO*

Mucho más complejo y problemático es el análisis de la situación en que el poseedor, si bien ha hecho de forma dolosa de no poseer, se ofrece a la controversia (*liti se offerre*). Aquí la cuestión del *dolus praeteritus* se configura en modo diferente, ya que no nos encontramos en la situación de la falta de una respuesta a la *in ius vocatio* o de rebeldía o de la negación a *litem contestari* o a *satisdare*, sino a la presencia de un demandado que, si bien con conocimiento de ya no encontrarse en la posesión, acepta efectuar el procedimiento iniciado por el heredero mediante la petición de herencia.

El punto de partida fundamental es el examen de dos textos donde se menciona el pensamiento de Celso referidos al Juvenciano, que anteriormente habíamos tratado como pruebas de la intervención de

este jurista en la redacción del mismo.<sup>26</sup> En tales textos es clara la identificación del *liti se offerens* con un sujeto, que carece de la posesión, el cual de forma maliciosa se propone como demandado con la finalidad de dañar al actor.<sup>27</sup> Se trata de D.5.3.45 que forma parte de los digestos de Celso (libro cuarto), cuya parte que nos interesa dice que quien se haya ofrecido a la controversia no poseyendo, va condenado, derivándose su responsabilidad *ex doli clausula*: *Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur... quippe ... qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur ...*,<sup>28</sup> y de D.5.3.13.13, donde Ulpiano, al poner la cuestión de la responsabilidad del *non possidens* que *optulerit se petitioni*, recuerda el pensamiento del jurista adrianeo, según el cual se encontraba obligado por el dolo, configurándose como dolosa la conducta de quien, si bien no poseía, había aceptado la controversia:

*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... omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.*<sup>29</sup> (Y se ha de ver, si no poseyendo se hubiere, sin embargo, opuesto a la petición, ¿quedará acaso obligado? Y escribe Celso en el libro cuarto del Digesto, que se obliga por el dolo; porque obra con dolo el que se opone a la petición... todo el que se opone a la petición se obliga cual si poseyera).

<sup>26</sup> Al respecto ver nuestra investigación "La apelación frente al senado en la edad adrianea", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, v. 25, 2001, pp. 260 a 262.

<sup>27</sup> Este concepto de *liti se offerre* ha sido propuesto por ALBANESE, Bernardo, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo", *Scritti Giuridici* (1991), 2, p. 339; véase también la nota 2 de la investigación mencionada, en que se presentan casos en los que no se puede aplicar.

<sup>28</sup> El texto completo del pasaje es el siguiente: *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 hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.* (El que se opuso a la demanda, no poseyendo la cosa, es condenado, a no ser que pueda demostrar con evidentes pruebas, que el actor sabía desde el principio del pleito, que el no poseía; porque de este modo no fue engañado. Y el que se opuso a la petición de la herencia, se obliga por la cláusula de dolo; y a la verdad, convendrá que se estime lo que a aquel le importó no ser engañado).

<sup>29</sup> El texto integral dice: *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.*

Antes de proceder al análisis de la problemática que presentan los dos textos anteriores, quisiéramos mencionar que nos resultan indiferentes a nuestros fines actuales las razones por las que los *praedones*, que con dolo han dejado la posesión, hayan después aceptado la *litis contestatio*. Diferentes ejemplos se pueden encontrar en la jurisprudencia;<sup>30</sup> entre otros recordamos Gayo, *libro vicensimo septimo ad edictum provinciale*, D.4.3.39, donde se expone el caso del demandado que no posee, pero que se presenta en juicio en contra del actor con la finalidad que el verdadero poseedor pueda, con el transcurso del tiempo del proceso, llegar a ser propietario con base en la usucapición (*Si te Titio optuleris de ea re quam non possidebas in hoc ut alius usucapiat... Si al objeto dé que otro la usucapia, te hubieres presentado contra Ticio con motivo de una cosa que no poseías...);* o bien Ulpiano, *libro octavo decimo ad Sabinum*, D.7.6.5.5, donde el usufructo se extinguió por el transcurso del tiempo, porque poseía una persona mientras otra se había ofrecido a la controversia (*sed et si forte tempore usus fructus amissus est alio quidem possidente, alio autem liti se offerente... pero también si acaso se perdió por el lapso del tiempo el usufructo, poseyendo ciertamente uno, y oponiéndose otro a la demanda...).*

Entrando a las posiciones de la doctrina sobre el problema de la *oblatio liti* en la petición de herencia como resulta de D.5.3.45 y D.5.3.13.13 es necesario destacar cómo se confrontan dos diferentes líneas de pensamiento, dependiendo que se considere posible condenar al *liti se offerens ex in rem actione* o bien con base en la *actio ex stipulatu*, que tenía origen en la garantía de la *cautio iudicatum solvi* hecha por el demandado.

*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 puede pedirse la herencia a aquel que posee el cuerpo de la herencia, sino también al que nada de ella posee. Y se ha de ver, si no poseyendo se hubiere, sin embargo, opuesto a la petición. ¿Quedará acaso obligado? Y escribe Celso en el libro cuarto del Digesto, que se obliga por el dolo; porque obra con dolo el que se opone a la petición. Cuya opinión la aprueba en general Marcelo en Juliano, cuando dice que todo el que se opone a la petición se obliga cual si poseyera).

<sup>30</sup> Una referencia de los presentes ejemplos se encuentra en KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden" cit., p. 140; ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 340; CARCATERA, *L'azione ereditaria* cit., p. 26 y SCHIPANI, *Responsabilità* cit., pp. 94 a 96, así como la recensión de STURM, Fritz, a la presente obra en ZSS, (1973), 90, pp. 443 a 444.

La primera línea de pensamiento es representada por Talamanca,<sup>31</sup> quien toma como fundamento D.5.3.13.13, donde al final se afirma en modo expreso: *omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri* (todo el que se opone a la petición se obliga cual si poseyese). Tal afirmación significa que con la misma petición de herencia el actor podía actuar en contra del demandado, que con dolo se había ofrecido a la controversia aunque no poseyera. De tal modo se dejaría fuera de lugar la referencia a la *doli clausula* contenida en D.5.3.45, que en su estado actual presentaría profundas alteraciones.

La segunda línea de pensamiento, representada en tiempos recientes sobre todo por Albanese,<sup>32</sup> considera por el contrario genuino D.5.3.45 en la parte donde se declara la responsabilidad del demandado con base en la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi: qui se liti optulit, cum rem non possideret...ex doli clausula tenetur* (quien se ofrece a la controversia no poseyendo la cosa, es obligado con base en la cláusula de dolo), dejando de tomar en consideración lo mencionado en D.5.3.13.13.

Para tratar de encontrar una solución al problema, es necesario profundizar en las críticas realizadas a los presentes textos.

### 1. Los argumentos de Albanese respecto a D.5.3.13.13 y las objeciones realizadas en contra de su contenido

Según el ilustre profesor, en el texto, cuando se habla de poder demandar en juicio con la petición de herencia también a aquel que no

<sup>31</sup> TALAMANCA, Mario, "Note sulla oblatio liti" en *Maior viginti quinque annis. Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for Legal History of the University of Utrecht* (Assen, Van Gorcum, 1979), pp. 169 a 172; en tal estudio retoma un problema ya tratado por el mismo en *Studi sulla legittimazione passiva all'hereditatis petitio* cit., pp. 44 a 50. Esta posición había sido adoptada anteriormente por KASER, "Die Passivlegitimation zur hereditatis petitio" cit., pp. 100 y "Nochmals ueber Besitz und Verschulden" cit., pp. 141, 142 y n. 248, y aceptada por SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 197 y nt. 2.

<sup>32</sup> ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., pp. 402 a 414. El primero en proponerla ha sido LENEL, Otto, "Rei vindicatio und actio ad exhibendum" en *Gesammelte Schriften* (ristampa Napoli, Jovene, 1991), 3, pp. 396 a 397. MARRONE, Matteo (recensión a Di Paola, *Iura* (1955), 6, p. 323, afirma que el origen justiniano de la legitimación pasiva de los *ficti possessores* a las acciones reales es uno de los resultados ya consolidados en la ciencia romanística; para el derecho clásico, bien sea respecto a la *hereditatis petitio* que a cualquier acción real, *qui liti se optulit* venía absuelto respecto a la acción petitoria, y era responsable hacia el actor con base en la *clausula doli*, expresada en la *cautio iudicatum solvi*.

posee nada de la herencia, no se refiere necesariamente, como parecería obvio, a una situación de *liti se offerre*, porque demandado con esta acción podría ser también un deudor hereditario.<sup>33</sup>

Además considera sospechosa la circunstancia que, inmediatamente después de la afirmación inicial (*Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil...* pero no sólo puede ser pedida la herencia al que posee el cuerpo de la herencia, sino también si nada...), el caso específico del *liti se offerens* a la *hereditatis petitio* sea propuesta por Ulpiano en forma de duda (*et videndum...an teneatur* y se ha de ver...será acaso obligado); por ello sería imposible si ya en precedencia el jurista había admitido sin duda (como muestra el fragmento) el término *teneri* del que no posee.<sup>34</sup>

Observa además Albanese que en nuestro fragmento Ulpiano, después de haberse cuestionado, responde citando a Celso y presenta la solución en términos muy precisos. Este jurista decía que quien se había ofrecido, *non possidens*, a la *hereditatis petitio* era responsable con base en el dolo, como se presume de la expresión *ex dolo teneri*. Si con tal se quiere referir a una responsabilidad y condenabilidad con base en la misma acción *in rem*, se encontraría utilizada en un sentido no técnico, porque hablar de *ex dolo teneri* induce a pensar no en una condena en la *hereditatis petitio*, sino en una condena *ex clausula de dolo malo* en la *actio ex stipulatu* derivada de la *cautio procesal*.<sup>35</sup> Talamanca,<sup>36</sup> ante tales dudas, ha objetado de la siguiente forma:

- a) Respecto a la primera, si bien considerando verdadera la posibilidad de incluir entre quien *non possidens optulerit se petitioni* a un deudor hereditario, porque tal *nihil possidet*, no ve obstáculos para excluir que tal situación pueda referirse también al *liti se offerens*, el cual, igualmente *nihil possidet*.
- b) En cuanto al segundo argumento, Talamanca<sup>37</sup> es de la opinión que el contraste presentado por Albanese no existe; el

<sup>33</sup> ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 406. El autor toma en consideración ULPIANO, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.9, *idem*, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.13.15.

<sup>34</sup> ALBANESE, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo* cit., p. 406.

<sup>35</sup> ALBANESE, "Rei vindicatio se offerre e actio de dolo" cit., 407.

<sup>36</sup> TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti" cit., p. 183 n. 26.

<sup>37</sup> TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti", *op. cit.*, p. 183 n. 26.

*introduitorium* pone la excepción a la *regula* de la *possessio pro herede vel pro possessore*, enunciada en D.5.3.9,<sup>38</sup> y el tono utilizado es plenamente justificado de la circunstancia que se configuran dos especies de legitimación pasiva sin posesión al momento de la *litis contestatio*, aquella del *dolo desinens possidere* y aquella del deudor hereditario, respectivamente tratadas en los siguientes §§ 14 y 15 de D.5.3.13.

c) Respecto al tercer argumento de Albanese, tal corresponde, según el parecer de Talamanca,<sup>39</sup> de una falta de profundidad del texto, ya que el contexto entre el cual se debe juzgar sobre lo adecuado de las expresiones utilizadas no es el referente a Celso, sino al de Ulpiano que refiere su pensamiento más o menos literal; y en el desarrollo de la narración del jurista severiano no existe posibilidad de errores: la expresión *ex dolo teneri* corresponde a la acción real.

Dejando de considerar la última objeción, ya que Albanese no ha trascurado en forma absoluta el hecho que Celso venga mencionado por Ulpiano, como demuestran sus palabras "Ulpiano ...responde citando Celso,<sup>40</sup> por el contrario va recalcado como las otras dos críticas revelan la certeza de Talamanca que ya el jurista adrianeo considerase la posibilidad de ejercitar la acción real, y su opinión parece adecuada, según nosotros, porque, como podemos observar, en D.5.3.13.13 Ulpiano cita a Celso en relación con la disposición del Juvenciano (del cual el jurista adrianeo como habíamos tratado de demostrar es uno de los probables autores),<sup>41</sup> colocada en D.5.3.20.6c, en la que se trata de la hipótesis de los *praedones* que cesaron con dolo de poseer antes de la *litis contestatio*. La segunda crítica se apoya en una sólida constatación de orden sistemático, por la que la posible condena de un no poseedor con actitud dolosa (*qui dolo desiit*

<sup>38</sup> *Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.* (Regularmente es de definirse que aquél está sujeto a la petición de herencia, el que está en posesión del derecho como heredero, o como poseedor, o bien posee una cosa hereditaria).

<sup>39</sup> TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti", *op. cit.*, p. 170.

<sup>40</sup> *Rei vindicatio se offerre* cit., p. 407.

<sup>41</sup> Ver GONZÁLEZ ROLDÁN, "La apelación frente al senado en la edad adrianea", *op. cit.*, pp. 260 a 262.

*possidere*) se encuentra correctamente inserida en la obra de Ulpiano, que inmediatamente después en el §14 continúa a tratar del mismo problema.<sup>42</sup>

Queda todavía la circunstancia que Celso utiliza en el libro cuarto de sus *digesta* la expresión *ex dolo clausula tenetur*, referida en D.5.3.45, mientras que Ulpiano en D.5.3.13.13 habla únicamente de *ex dolo teneri*, eliminando la referencia a la cláusula; pero sobre tal punto regresaremos dentro de poco en sede de nuestra propuesta reconstructiva (*infra*, IV.3).

## 2. Las críticas de Talamanca y Kaser a D.5.3.45

El presente texto de Celso, según Talamanca,<sup>43</sup> se presenta en la actualidad en condiciones tales de no poder constituir un instrumento para valorar la crítica de D.5.3.13.13, constituido de una falta de orden desde el punto de vista de la lógica interna; Kaser con idéntica rigidez considera que ni siquiera mediante una intervención quirúrgica el sentido del texto lograría sanar.<sup>44</sup> La base de estas conclusiones se encontraría en el hecho que la misma hipótesis viene puesta dos veces, la primera aparentemente en tema de *rei vindicatio* cuando se dice: *qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur...*, mientras la segunda en tema de petición de herencia: *et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur...*, dándose, sin alguna justificación, a un único problema dos soluciones diferentes: la condena del *liti se offerens* con base en la misma acción real y su condena con la acción *ex stipulatu* derivada de la *clausola doli* incluida en la *cautio iudicatum solvi*.

En forma particular, Talamanca destaca que es difícilmente explicable el recuerdo de la *clausula doli*, al punto de meter en crisis la doctrina que ha observado en Celso un innovador en el sentido de la responsabilidad con base en la acción real. Negando la validez

<sup>42</sup> En sentido contrario ALBANESE, "Rei vindicatio se offerre e actio de dolo" cit., p. 408.

<sup>43</sup> TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva* cit., pp. 46 y 47; "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*", en *Studi economico-giuridici della Università di Cagliari*, 43 (1964), pp. 144 e 145; "Note sulla oblatio liti" cit., p. 172.

<sup>44</sup> KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., pp. 142 y 143.

de las diferentes explicaciones formuladas anteriormente,<sup>45</sup> el conocido romanista propone la siguiente hipótesis: como el *liti se offerens* no puede ser condenado *ex in rem actione* si no haya aceptado la *litis contestatio*, podía suceder que la *oblatio liti* de forma dolosa se hubiera contrariamente verificado en un momento diferente a la fase *in iure* del proceso; así v.g. el momento se había pospuesto de tal forma de permitir a la persona que poseía efectuar la usucapión y una vez pospuesto el procedimiento el aparente legitimado pasivo hacía valer la falta de la posesión para sustraerse de la *litis contestatio*. En este caso la responsabilidad con base en la *clausula doli* de la *cautio iudicatum solvi* se encontraba fuera de discusión, ya que tal no podía ser hecha depender de haberse verificado la *litis contestatio*; así juristas como Celso, los cuales habrían admitido la responsabilidad *ex in rem actione* del *liti se offerens*, no podían hacer otra cosa que, como no se había llegado a la *litis contestatio*, aceptar la responsabilidad *ex clausula doli*.

Kaser<sup>46</sup> trata de explicar la mención en D.5.3.45 de la *clausula doli* con base en una falta de coordinación en la adaptación del material jurisprudencial por parte de los compiladores, los cuales habrían eliminado cualquier referencia a la controversia entre la opinión de Celso, según el cual quien se ofrece a la controversia no poseyendo la cosa, venía condenado con base en la misma acción real, y aquella de los juristas anteriores, los cuales, por el contrario fundamentaban

<sup>45</sup> TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva...* cit., p. 46, nt. 121 y "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., p. 146, nt. 55, niega la validez de las explicaciones efectuadas por MARIA, Pierre, "Observations sur la Possession du Défendeur á la rei vindicatio", *Etudes d'Histoire Juridique offertes á Paul Frédéric Girard* (1913), 2, p. 243, y de ASTOUL, Charles, "Observations sur le fragment de Celse D.5,3 de her. p., L. 45", *Mélanges de Droit Romain dédiés á Georges Cornil* (1926), v. 1, p. 113, por la que Celso habría decidido por la condena con base en la acción real, siguiendo la teoría proculeyana respecto a la *rei vindicatio*; mientras que en el caso de la petición de herencia la condena se fundamentaría *ex clausula doli*, ya que se encontraría forzado por la propia fórmula que recordaba la posesión del demandado como condición de la acción: *quidquid pro herede vel pro possessore possideat*. Después de haber negado en un primo momento (cfr. *Studi sulla legittimazione passiva* cit., p. 45), menos radical aparece el autor en "Osservazioni..." cit., p. 146, respecto a la hipótesis de KASER, "Besitz und Verschulden..." cit., p. 103, sobre la que nos detendremos en el texto, si bien no esconde la objeción que de la *clausula doli* se habría debido hablar, en el contexto celsino antes, probablemente, y no después de la afirmación que de la diferente construcción se observa en la ley 45.

<sup>46</sup> KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 103.

tal condena en la *clausula doli* incluida en la *cautio iudicatum solvi*, olvidándose de cancelar en modo completo la referencia a tal cláusula. El conocido maestro<sup>47</sup> observa además una serie de alteraciones sustanciales del texto en las palabras *si evidentissimis probationibus*, que representan el resultado de una típica argumentación justiniana.

Las tesis mencionadas anteriormente por Talamanca y Kaser, si bien basadas en argumentos interesantes, manifiestan según nosotros, algunas debilidades.

La explicación con la que el profesor italiano trata de armonizar en D.5.3.45 la condena del no poseedor *qui liti se optulit* una vez ejercitada la acción *in rem* con el llamado a la *clausula doli*, presupone elementos que en el pasaje faltan, apareciendo con falta de conexiones la idea que hubiera existido una *oblatio liti*, pero que ésta no se concretiza en la *litis contestatio*, porque se ha diferido el proceso, mientras que el verdadero poseedor lograba adquirir la cosa con base en la usucapión.

La misma ausencia de datos falta en la ingeniosa hipótesis de Kaser respecto a la conservación del recuerdo de la *clausula doli* en nuestro pasaje. Además la naturaleza justiniana de las palabras *si evidentissimis probationibus* no es segura desde un punto de vista sustancial, ya que el requisito de la prueba habría podido ser necesario en el pensamiento de Celso como fundamento de la exclusión del principio *dolus pro possessione est*. Es cierto que confrontando el presente texto con D.5.3.13.13, donde Ulpiano reproduce la opinión del jurista adrianeo, falta cualquier referencia al mencionado requisito, pero esto pudo haber dependido de la misma dificultad de otorgar "pruebas evidentes", que habrían hecho eliminar al jurista tar-do-clásico (y probablemente antes de él Marcelo<sup>48</sup>) esta necesidad.

<sup>47</sup> KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 143. Antes de él reconocen en estas palabras una interpolación, entre otros: LENEL, "*Rei vindicatio* und *actio ad exhibendum*" cit., pp. 396 a 397; ALBANESE, "*Rei vindicationi se offerre e actio de dolo*" cit., p. 413; MAYER-MALY, "*Ratio evidens*", *Studi in memoria di Guido Donatuti* (1973), 2, pp. 724 a 725.

<sup>48</sup> Que para MARCELO tal perfil de prueba no tuviera importancia ha sido subrayado por TALAMANCA, "Note sulla *oblatio liti*" cit., p. 182, nt. 24 tomando en consideración ULPIANO, libro septuagésimo ad edictum, D.6.1.25: *Is qui se optulit rei defensionis sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. sed hoc post litem contestatam: ceterum ante*

Otra duda respecto a las teorías de los dos conocidos romanistas, podría ser que con las palabras *qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur*, al inicio de D.5.3.45, Celso no necesariamente trate de referirse al demandado en una *rei vindicatio*, sino al demandado en una *vindicatio caducorum*, que ha originado nuestro senadoconsulto, cuya redacción pudo haber intervenido el mismo jurista. La posterior mención explícita a la petición de herencia podría por el contrario demostrar que el presente criterio es aplicado también a tal materia y, como veremos dentro de poco, en nuestra reconstrucción, no existen dos soluciones diferentes, sino solamente una, que consiste en la condena del *liti se offerens* con base en la acción real que se ejercita (*vindicatio caducorum* o *petitio hereditatis*).

Un vestigio de alteración no sustancial podría considerarse en el término *eius* cuando se menciona el contenido de la responsabilidad: *aestimari scilicet oportebit, quanti 'eius' interfuit non decipi*; sin embargo, Albanese,<sup>49</sup> aunque reconoce que este término gramatical no es correcto, porque así se referiría de forma absurda al demandado y no al actor *deceptus*, lo explica, prescindiendo de posibles recortes compilatorios, entendiéndolo como una referencia literal de la fórmula, y por ello como una verdadera y propia citación de la misma, que podría explicar la falta de relación.

*iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse qui discessit.* (Aquel que sin motivo asume la defensa de la cosa, no poseyendo, ni habiendo con dolo cesado de poseer, si el actor lo ignora, no deberá ser absuelto, como dice Marcelo, cuya sentencia es justa; pero esto tiene lugar después de la contestación de la controversia; de lo demás antes de asumir el juicio, no engaña al actor, aquel que niega de poseer, cuando realmente no posee; ni se considera que haya asumido la controversia aquél que parte). Otra pista en tal dirección podría considerarse de la parte final de D.5.3.13.13, donde se dice: *... dolo enim facere eum qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.* (Ya que dolosamente actúa quien se ofrece a la petición. Cuya opinión Marcelo en Juliano aprueba en general, diciendo que está obligado como si tuviera la posesión quien se opone a la petición). Más dudosa es la suposición del autor que probablemente Ulpiano refería el pensamiento de Celso mediante Marcelo, porque, además del texto citado anteriormente, existen otros textos, como D.5.3.18.1 (*et Celsus libro quarto digestorum recte scribit hunc condemnandum ...*), que demuestran como el jurista tardo-clásico conocía directamente el libro IV de los Digestos de Celso.

<sup>49</sup> ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 412, nt. 60.

### 3. Nuestra propuesta

Como hemos tratado de presentar, la principal doctrina no logra armonizar D.5.3.13.13 y D.5.3.45, tratando de destruir el contenido sustancial del primero o del segundo texto, pero las diferentes críticas no se apoyan en bases tan sólidas e insuperables que nos permitan aceptar incondicionalmente una u otra hipótesis reconstructiva. Otra dificultad es, dada la circunstancia, que no se ven las razones por las que, si los compiladores habían aceptado el ejercicio de la acción real para hacer valer la responsabilidad del demandado *qui liti se optulit, cum non possideret*, como resulta de D.5.3.13.13 y del pensamiento de Celso aquí citado, habrían después alterado en sentido opuesto tal en D.5.3.45.

El centro de la cuestión consiste en la supuesta contradicción de la posición de Celso respecto a la *oblatio liti* en estos dos textos: mientras en D.5.3.45 la condena del *liti se offerens* es fundada en la *actio ex stipulatu* (*et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur*), en D.5.3.13.13 el fundamento es la misma *petitio hereditatis* (*et videndum, si non possidens optulerit tamen se petitioni, an teneatur. et Celsus libro quarto digestorum scribit ex dolo eum teneri...*).

Según nuestra modesta opinión, es probable una hipótesis de solución que pueda conciliar los dos textos, basada en un enfoque diferente en la interpretación de D.5.3.45.

Como hemos dicho anteriormente,<sup>50</sup> Celso en este texto estaba comentando una serie de consecuencias jurídicas referidas al senadoconsulto Juvenciano, del cual es uno de los autores materiales; en esta óptica, por lo tanto, cuando se refiere en la primera parte al *liti se offerens* (*qui se liti optulit — condemnatur*) es probable que hable de la *vindicatio caducorum* en lugar de la *rei vindicatio* (como consideran Talamanca y Kaser) y que después, cuando presenta la expresión *ex doli clausula tenetur*, no entiende referirse a la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi* (como supone Albanese), sino a aquella mencionada en la disposición del ordenamiento senatorio presentado en D.5.3.20.6c.

<sup>50</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, "La apelación frente al senado en la edad adrianea", *op. cit.*, pp. 260 a 262.

El fundamento de tal hipótesis puede observarse en D.5.3.25.8, donde Ulpiano, cuando interpreta la presente norma del senadoconsulto (usando material del libro cuarto de los Digestos de Celso, como prueba D.5.3.18.1<sup>51</sup>), la denomina *clausula* (*locum habebit haec clausula*), aplicándose propiamente en el caso de *is qui dolo fecit quo minus possideret*, el que *ut possessor condemnatur*.

Sobre la base de lo que apenas hemos dicho es posible suponer que Celso en D.5.3.45, cuando afirma: *et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur*, considere al *liti se offerens* en la petición de herencia responsable con base en la cláusula de dolo contenida en la parte del senadoconsulto de D.5.3.20.6c, en otras palabras, la misma *actio in rem* puede ser utilizada en tal situación, así como Ulpiano afirmaba en D.5.3.13.13. La *actio ex stipulatu* no tiene necesidad de ser ejercitada, porque la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi* se encuentra inmersa en el mismo senadoconsulto; por esto el actor puede hacer valer con la *petitio* en contra del *liti se offerens* la responsabilidad que derivaría de la garantía, medida en relación con su interés: *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi*.

La hipótesis apenas mencionada presenta ciertamente el obstáculo que con una acción *in rem* se hacía valer una responsabilidad en el *id quod interest* unida a las acciones personales, pero debemos recordar que la petición de herencia, si bien se configura como real, tiene ciertas características de las acciones *in personam*,<sup>52</sup> como subraya Ulpiano, en el mismo comentario al Juvenciano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.18: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales...* (La petición de herencia, si bien sea considerada una acción real, sin embargo contiene algunas prestaciones personales).

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, nt. 51.

<sup>52</sup> Respecto a la naturaleza de la *petitio hereditatis* ver: LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., pp. 67 a 79; DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, op. cit., pp. 1 a 39 y MARRONE (recensione a DI PAOLA), op. cit., pp. 317 a 320. Que después del Juvenciano la petición de herencia hubiera sido alejada del esquema típico de las acciones reales ha sido considerado por PROVERA, Giuseppe, *Contributo allo studio del iusiurandum in litem* (Torino, Giappichelli, 1953), pp. 29 a 31, y CHIAZZESE, Lauro, *Jusiurandum in litem* (Milano, Giuffrè, 1958), pp. 280 a 292.

Si la reconstrucción que hemos hasta aquí delineado, es verdadera, se podría observar otra consecuencia. Antes del Juvenciano el actor actuaba con la *actio ex stipulatu* en contra del *liti se offerens* con base en la cláusula de dolo de la *cautio iudicatum solvi*, como recuerda Gayo citando la opinión de Sabino en D.4.3.39 (*et iudicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino placet* y diste la garantía de satisfacer la cosa juzgada; si bien hayas sido absuelto, no obstante serás obligado por el dolo malo. Así lo piensa Sabino), pero después el senadoconsulto, ya que tal cláusula se encontraba absorbida en tal ordenamiento (*nam is qui dolo fecit quo minus possideret...locum habebit haec clausula*, D.5.3.25.8), se podía actuar directamente con la *vindicatio caducorum* y en seguida también con la *petitio hereditatis* para llamar a responder a quien, si bien no poseía, se hubiera ofrecido a la controversia. La posición de Celso viene recogida por Marcelo en sus *notae ad Iulianum* (*quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat*, que se encuentra al final de D.5.3.13.13), pero nada se dice de la opinión seguida por Juliano a tal propósito; por esto queda la duda si también el presente jurista tuviera la misma opinión de Marcelo. Albanese<sup>53</sup> ve una afirmación posclásica (sin haber presentado mayores fundamentos), no aceptando la posición de Talamanca,<sup>54</sup> que contrariamente subraya una contraposición entre Juliano y Celso. El romanista mencionado primeramente observa que Marcelo en su obra normalmente aceptaba, sin reservas y sin mayores objeciones las tesis de Juliano; sin embargo, Talamanca<sup>55</sup> manifiesta que en las notas a tal jurista emerge autonomía de pensamiento y que el texto de Gayo en D.4.3.39, donde se indica la posición de Sabino, es una prueba que Marcelo se contraponía a Juliano y aprobaba la opinión de Celso.

No subsiste alguna duda que Marcelo habría podido tener autonomía de pensamiento en las notas hechas a la ópera de Juliano, pero de esto a considerar la existencia de un desacuerdo entre los dos

<sup>53</sup> ALBANESE, "*Rei vindicationi se offerre e actio de dolo*" cit., p. 411, nt. 59.

<sup>54</sup> TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva alle *actiones in rem*" cit., pp. 144 y 145.

<sup>55</sup> TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., p. 145 con bibliografía en la nota 51; "Note sulla *oblatio liti*" cit., p. 184, nt. 37.

juristas sobre el punto nos parece excesivo, e inclusive poco probable, porque si bien en D.4.3.39 se presenta la posición sabiniana del problema, bien sea Celso, así como Juliano consideran la cláusula del § 6c del senadoconsulto (que pudieron haber intervenido en su redacción) el fundamento del ejercicio de la petición de herencia. Ciertamente Juliano pertenece a la secta sabiniana, pero, como sabemos, en este periodo histórico las diferencias entre las escuelas se hacen menos profundas gracias a la circunstancia que los representantes de las mismas forman parte del *consilium* de Adriano.<sup>56</sup>

En conclusión, en D.5.3.13.13 podemos observar que la jurisprudencia respecto al *liti se offerens* (Celso, Juliano, Marcelo), están de acuerdo sobre la condena con base en la acción real; en el caso de Ulpiano no creemos existan dudas que tenga la misma opinión, porque sería absurdo que el jurista tardo-clásico tomase en la solución de la cuestión, opiniones que son dirigidas en una cierta dirección y después opinase lo contrario sin haberlo manifestado y mucho menos argumentado.<sup>57</sup> La responsabilidad del *liti se offerens* en la *vindicatio caducorum* no puede ser idéntica a la que corresponde en la *cautio iudicatum solvi*, porque como es notorio, el procedimiento fiscal prescinde del presente elemento;<sup>58</sup> nos podemos por esto preguntar en qué consiste su contenido preciso. El pasaje de Celso en D.5.3.45 no nos es de ayuda en dar una respuesta, porque las palabras *aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi* hacen una referencia exacta al contenido de la *cautio*. La aplicación del principio del enriquecimiento mencionado en D.5.3.20c tampoco podría ser un criterio de valoración, porque los *praedones*, que dejan la posesión y se ofrecen a la controversia, no necesariamente han tenido un enriquecimiento. Según nuestra opinión, en el presente caso una posible solución sería que, a diferencia de la petición de herencia, valga el mismo criterio del poseedor de mala fe que se presenta a la *litis contestatio* sin haber dejado de poseer, en otros términos, es responsable a la entrega de la cosa con los respectivos frutos (bien

<sup>56</sup> TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., p. 145, afirma que no se entiende por qué el último de los representantes de la escuela sabiniana hubiera abandonado tal opinión, pero de lo que hemos observado en el texto se pueden explicar las razones.

<sup>57</sup> Respecto al presente problema TALAMANCA, "Osservazioni sulla legittimazione passiva..." cit., pp. 149 a 153, el cual presente mayores argumentos al respecto.

<sup>58</sup> Cfr. PROVERA, *La vindicatio caducorum* cit., pp. 99 a 104.

sean *extantes* o *consumpti*) como menciona C.3.32.22: *certum est mala fide possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare*.

V. LA DOCTRINA DE FORMA UNÁNIME CONSIDERA D.5.3.25.7 INTERPOLADO EN MODO SUSTANCIAL, PERO SEGÚN NOSOTROS SU CONTENIDO CLÁSICO DERIVA COMO CONSECUENCIA PROPIA DE HABERSE OFRECIDO A LA CONTROVERSIA (*OBLATIO LITI*)

Un conocido texto de Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.7, nos permite constatar que en la interpretación dada por la jurisprudencia a la cláusula del Juvenciano en D.5.3.20.6c, se pudiera también configurar una responsabilidad del poseedor de buena fe, que después del inicio del procedimiento hubiera dejado de poseer con dolo la cosa demandada; así comentando la expresión '*si ante litem contestatam fecerit*'.<sup>59</sup> (Si antes de la *litis contestatio* hubiera hecho) él menciona:

'*Si ante litem contestatam*', inquit, '*fecerit*': hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. quamquam enim litem contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur... ('Si antes de contestada la demanda', dice, 'hubiere hecho'; se añadió esto por esta razón, porque después de contestada la demanda todos empiezan a ser poseedores de mala fe, por mejor decir, después de promovida la controversia. Porque aunque en el senadoconsulto se haga mención de la demanda contestada, sin embargo, también después de promovida la controversia se hacen iguales todos los poseedores, y son reputados como poseedores de mala fe. Y de este derecho usamos hoy; porque el que es demandado, comenzó a saber que posee una cosa que no le pertenece...).

<sup>59</sup> El § 6c del JUVENCIANO decía propiamente *fecerint* y no *fecerit*, como aparece en la actual lectura del texto, pero es opinión unánime que se trata de un error de la persona que copió el texto: cfr. la edición de Mommsen *qd h.l.*

El jurista tardo-clásico sostiene que las palabras del senadoconsulto referidas han sido incorporadas porque después de la *litis contestatio* todos comienzan a ser considerados poseedores de mala fe (*post litem contestatam-esse*), sin embargo inmediatamente corrige considerando tal valoración al momento en que ha sido promovida la controversia (*quin immo post controversiam motam*). En su opinión, si bien en el senadoconsulto se menciona la *litis contestatio*, ya desde el inicio de la controversia todos los poseedores se hacen iguales y son considerados como *praedones* (*quamquam enim litis contestatae mentio fiat - quasi praedones tenentur*), porque quien es citado en juicio desde tal momento comienza a saber que posee una cosa que no le pertenece (*coepit enim scire - is qui interpellatur*). Con las palabras *et hoc iure hodie utimur* Ulpiano remarca la diferencia entre el derecho que proviene del senadoconsulto y aquello vigente al momento en que escribe.

Es interesante notar la evolución entre el contenido originario de la disposición del senado, en el que la referencia es a los poseedores de mala fe, que habían actuado con base en el dolo *praeteritus*, porque antes de la *litis contestatio* sabían que los bienes eran ajenos, y la siguiente interpretación de Ulpiano, según la cual todos los poseedores eran considerados de mala fe no sólo después la conclusión del presente acto procesal, sino inclusive desde el momento inicial de la controversia.

Las palabras del jurista merecen ser profundizadas respecto a la equiparación de todos los poseedores a aquellos de mala fe *post litem contestatam* y en el hecho que tal equiparación se verifica *post controversiam motam*. La mayoría de los romanistas indican como interpolados los últimos términos,<sup>60</sup> no obstante que la expresión resulte clásica.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> MESSINA VITRANO, Filippo, "La mala fede con l'inizio della lite nella *hereditatis petitio*", *BIDR*, (1908), 20, pp. 230 a 243; ALBERTARIO, Emilio, "*Lis contestata e controversia mota*", *ZSS*, (1914), 35, pp. 305 a 319, también en *Studi di Diritto Romano* (1946), 4, pp. 269 a 274; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 83 a 89; PROVERA, *La vindicatio caducorum* cit., pp. 46 y 47. En sentido contrario KASER, Max, "*Controversiam movere*", *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (1982), 2, pp. 234 a 236; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., p. 159.

<sup>61</sup> Cfr. al respecto CASAVOLA, Franco, *vox: Controversia* (diritto romano) en *Novissimo Digesto Italiano*, 4, Torino, 1959, p. 736, que no obstante, siguiendo la *communis opinio*, la considera como interpolada en D.5.3.25.7.

Por ello vale la pena analizar el razonamiento de los autores, tomando en consideración los argumentos que presenta Messina Vitrano.<sup>62</sup>

Dejamos de considerar los argumentos simplemente formales como la falta de elegancia del texto por la utilización de dos términos que se encuentran demasiado cerca como son *ad se* y *se is qui* en la frase final y el supuesto carácter justiniano de la fórmula *et hoc iure utimur*, cuya certeza es dudosa; tomemos por el contrario las siguientes consideraciones:

- a) El proceso civil clásico comenzaba como es notorio, con el *in ius vocatio* o con el *vadimonium*; si el poseedor de buena fe conocía la pretensión del actor, evidentemente no por este motivo se transformaba en uno de mala fe, porque la convicción de la falta de honestidad de su posesión solamente podía formarse más tarde *in iudicio*, cuando el juez hubiera dispuesto el examen de las pruebas.
- b) No es posible que Ulpiano hubiera afirmado que todos los poseedores se hacen de mala fe después de la *litis contestatio*, porque en tal caso son comprendidos también los *praedones* que ya tenían este carácter.
- c) Interpolado es *et quasi praedones tenentur*, porque era motivo de controversia en edad clásica si se debiera o no considerar al demandado responsable del caso fortuito después de la contestación de la controversia, considerando la jurisprudencia la solución negativa.

En realidad los argumentos *sub b)* y *c)* no nos parecen pruebas seguras, en cuanto que ni la asimilación de todos los poseedores a aquellos de mala fe *post litem contestatam* (o *post controversiam motam*) ni la discusión respecto a la responsabilidad del demandado

<sup>62</sup> MESSINA VITRANO, "La mala fede con l'inizio della lite nella *hereditatis petitio*", *BIDR* (1908) v. 20, pp. 230 a 243. En el mismo sentido, si bien con diferentes enfoques, FLINIAUX, A., "Le sénatusconsulte Juventien" cit., pp. 200 a 209; DÉNOYEZ, *Le Sénatus-Consulte Juventien* cit., pp. 140 a 142; LONGO, *L'hereditatis petitio*, op. cit., pp. 85 a 86; PROVERA, *La vindicatio caducorum*, op. cit., pp. 101 a 102; BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano, Le successioni* (Ristampa corretta della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifó; Milano, Giuffrè, 1974), p. 526.

con base en el caso fortuito después de la *litis contestatio* demuestran de por sí la presencia de interpolaciones.

Consideramos que es necesario dedicar un examen más atento al primero de los argumentos (que se encuentra *sub a*), sobre el que nos debemos detener.

Para lograr entender el contenido de D.5.3.25.7 debe observarse, antes que nada, al problema específico que se hace referencia. De las palabras '*si ante litem contestatam fecerit*' estamos seguros que corresponden a la cláusula del Juvenciano mencionada en el §6c de D.5.3.20, esto es, al *dolus praeteritus* de aquellos que habían invadido los bienes hereditarios y antes de la *litis contestatio* habían hecho en modo de no poseer. Los *praedones* han actuado con dolo dos veces, la primera cuando han obtenido la posesión de los bienes sabiendo que no les pertenecían, y la segunda cuando han dejado la posesión y se han ofrecido a la controversia (como hemos visto en el §3.3). Si consideramos esto, resulta también lógica la incorporación realizada por el jurista *quin immo post controversiam motam*, en cuanto que su responsabilidad subsiste ya desde el momento en que el actor ha ejercitado la acción, no efectuándose todavía la *litis contestatio*.

Tomemos ahora el caso de poseedor de buena fe que antes del presente acto procesal cesa con dolo de poseer y después acepta la controversia; en tal caso las palabras de Ulpiano... *quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*...adquieren sentido, porque en esta situación los poseedores, también si en origen *iusti*, una vez que hayan con dolo abandonado la cosa, son considerados de mala fe si aceptan la *litis contestatio*.

También para el caso ahora expuesto relativo al poseedor de buena fe la precisión de Ulpiano expresada en las palabras *quin immo post controversiam motam*, aparece oportuna donde el dolo haya sido cometido después del inicio del procedimiento, pero antes de la *litis contestatio*.

Es importante destacar que el problema que nos estamos ocupando es diferente al mencionado en D.5.3.20.11 que corresponde únicamente a la *vindicatio caducorum*:

*'Petitam autem hereditatem' et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. 'id est cum primum aut denuntiatum esset'...*

El proceso fiscal, como hemos visto en otra investigación realizada,<sup>63</sup> inicia con la *denuntiatio* que es el medio con el que el demandado es llamado en juicio y al mismo tiempo conoce el ejercicio de la acción en su contra. Según el presente texto, el conocimiento así adquirido transforma al demandado en un poseedor de mala fe (*nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor*). La doctrina parece estar de acuerdo en considerar tal afirmación como interpolada, porque sería contrario a los fundamentales principios del derecho clásico afirmar que el poseedor debiera considerarse en mala fe por el solo hecho de la noticia de una controversia ejercitada en su contra.<sup>64</sup> En nuestra opinión, esta afirmación no puede referirse a la petición de herencia por las razones anteriormente expuestas, pero de esto no se debe deducir una modificación sustancial del texto, porque Ulpiano solamente indicaba una consecuencia jurídica que tenía lugar en el proceso fiscal y constreñía a los poseedores de los *caduca* o del precio a restituir o el primero o el segundo al fisco antes que fuera iniciada la controversia, evitando así la intervención del *delator* y el desarrollo del procedimiento. Así podemos afirmar que D.5.3.20.11 en el periodo clásico únicamente tuvo aplicación en la *vindicatio caducorum* y no en la *petitio hereditatis*, como puede probar el llamado a la *denuntiatio* (*id est cum primum aut denuntiatum esset*), claro elemento del proceso fiscal y, si bien, al mismo modo que en D.5.3.25.8, se hace mención del poseedor de mala fe, la distancia entre los dos textos en la obra del jurista es considerable, induciéndose por ello que correspondan a dos problemas diferentes en relación con una misma situación.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, "Senatusconsultum Iuventianum". Apuntes para la reconstrucción de un litigio fiscal en la época de Adriano, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, v. 22 (1998), pp. 166 a 180.

<sup>64</sup> Así MESSINA VITRANO, "La mala fede..." cit., pp. 230 a 243; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., p. 86; DÉNOYER, *Le défendeur à la pétition d'héritité* cit., pp. 193 a 194; PROVERA, *La vindicatio caducorum* cit., pp. 46 y 47, que propone en la nota 52 la siguiente reconstrucción: '*Petitam autem hereditatem et cetera: id est ex quo scit a se peti. 'id est cum primum aut denuntiatum esset'. quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denuntiavit, an incipiat usuras debere redactae pecuniae? et puto debere. sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatum est: senatus ipsi denuntiari exigit et ideo non nocebit. a quo denuntiatum est senatus non exigit: quicumque ergo fuit qui denuntiavit, nocebit.*

VI. EL CRITERIO DE RESPONSABILIDAD QUE EMERGE DE D.5.3.20.6C SE ENCUENTRA EXTENDIDO EN LA JURISPRUDENCIA TARDO-CLÁSICA A LA CULPA

Como el poseedor de buena fe es obligado únicamente en los límites de su enriquecimiento como menciona el §6c del Juvenciano: *...eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent* (pero aquellos que hubiesen tenido justas causas para estimar que los bienes les pertenecían, solamente en aquello en que por tal motivo se hubiesen hecho más ricos), considerar su responsabilidad por culpa no es posible, porque él *quasi suam rem neglexit*.<sup>65</sup>

En el caso de quien posee en mala fe, Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.2 y 4, además del dolo, habla de una responsabilidad por culpa como podemos observar:

*...sed et culpa. et ideo ab eo qui ab alio non exegit vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse: hoc utique si exigere potuit ... 4. Sed et fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestatueros.* (...pero también la culpa, y por esto puede pedirse la herencia a aquél que no cobró de otro, o de sí mismo, si por el tiempo hubiese quedado libre; esto a la verdad, si pudo cobrar. 4. Pero dice, que ellos han de entregar también los frutos, no los que percibieron, sino los que debieron percibir).

El texto, como recordamos, pertenece al comentario que el jurista hace sobre la cláusula del senadoconsulto aquí analizada (el § 6c de D.5.3.20), incluyendo además del *dolus praeteritus* a la culpa como criterio de responsabilidad. Con base en sus palabras, pueden pedirse al poseedor de mala fe, con la petición de herencia, las deudas exigibles que, teniendo posibilidad de pedir las no las ha exigido de un tercero o de sí mismo (*et ideo ab eo - si exigere potuit*), no solamente

<sup>65</sup> Así ULPIANO, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.31.3, texto que veremos a continuación. Sobre el presente problema cfr. KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 124.

con base en el *dolus malus*, sino también por motivo de su culpa (*sed et culpa*), y que, en consecuencia de esto, ya no son exigibles.<sup>66</sup>

En el §4 Ulpiano continúa diciendo que es responsable también por los frutos que ha percibido, así como por aquellos que debería haber percibido (*et fructus non quos perceperunt ... sed quos percipere debuerunt, eos praestatueros*).

Parte de la doctrina en un tiempo consideró la referencia a la culpa como un elemento extraño al contenido originario del texto,<sup>67</sup> pero actualmente no existen dudas de su contenido clásico.<sup>68</sup> El mismo jurista hace un llamado también al presente criterio de responsabilidad en otro punto de su comentario al Juvenciano en D.5.3.31.3-4, cuando dice:

*Sicut autem sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpa huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subiectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est. 4. Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri et non eos convenit, cum actionem non habuerit.* (Pero así como deduce el gasto que hizo, así sí debió hacerlo, y no lo hizo, será responsable de esta culpa, si no es poseedor de buena fe; porque entonces, puesto que desatendió la cosa cual si fuera propia, no está sujeto a ninguna querrela antes de la petición de herencia, pero después también es poseedor de mala fe. 4. Ciertamente no puede culparse al poseedor de mala fe, porque permitió que los deudores se exentasen y se hicieran más pobres, y no los demandó, cuando no hubiere tenido acción).

<sup>66</sup> Esta interpretación se fundamenta en la aclaración contenida en el esolio 5 a *Bas.* 42.1.25, que proponemos en la traducción al latín de la edición Heimbach: *... tunc enim actiones hereditarias, quae temporales essent, intendere poterat, et cum eas intendere posset, merito ei imputatur, cur eas non intenderit. Haec autem dico de malae fidei possessore ...*

<sup>67</sup> Así LENEL, Otto, "Textkritische Miscellen" in *ZSS* (1918), 39, p. 151; BESELER, *Beitraege* cit., 4, p. 38; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 188 y 189; SCHWARZ, "Studien zur *Hereditatis Petitio*" cit., p. 316, nt. 160; KASER, "Besitz und Verschulden..." cit., p. 122, idea que permanece en "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 123, nt. 176.

<sup>68</sup> Cfr. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 208; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis Petitio* cit., p. 325.

De lo que debía el poseedor podían deducirse los gastos efectuados para el mantenimiento de las cosas hereditarias (*sicut autem sumptum quem fecit deducit*), pero si no los había efectuado, mientras que debía haberlo hecho (*ita si facere debuit nec fecit*), esto venía atribuido a su culpa, a menos que no fuera poseedor de buena fe (*culpa huius reddat rationem, nisi boane fidei possessor est*), porque en tal caso es como si hubiera sido negligente hacia una cosa propia, no debiendo por esto depender de ninguna acción antes de la petición de herencia (*tunc enim - ante petitam hereditatem*). Ciertamente después del ejercicio de esta última, éste se transforma también en poseedor de mala fe (*postea vero et ipse praedo est*). A tal poseedor no puede por el contrario imputarse el hecho de haber permitido a los deudores, no demandándolos en juicio, de cumplir frente a los terceros y de transformarse por ello en más pobre, ya que no tenía acción en contra de ellos (*illud plane praedoni imputari non potest - cum actionem non habuerit*).

Si bien romanistas con gran prestigio han considerado la alteración sustancial del texto, hoy prevalece la idea de su contenido clásico.<sup>69</sup>

Es de destacar que la aplicación del criterio de la culpa se encuentra en un *non facere*, porque el poseedor de mala fe es responsable por el deterioro de la cosa que se haya dado por no haber cumplido los gastos necesarios para su mantenimiento *ante litem contestatam*. La frase mencionada al final del §3 *postea vero et ipse praedo est* indica simplemente, como ha observado Schipani,<sup>70</sup> que la equiparación del poseedor de buena fe al *praedo* posterior a la *litis contestatio* es limitada únicamente a la responsabilidad por dolo o culpa relativa a los gastos que deben efectuarse sobre las cosas hereditarias poseídas.

<sup>69</sup> Por la alteración sustancial son los siguientes autores: BESELER, *Beitraege* cit., p. 17; RICCOBONO, Salvatore, "La dottrina generale del compenso di spese fatte su cosa altrui", *Annali seminario giuridico dell'Università di Palermo (AUPA)* (1917), 3-4, p. 379; KUNKEL, Wolfgang, "Diligentia", *ZSS* (1925), 45, p. 322; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 188 y 189; KASER, "Besitz und Verschulden..." cit., p. 120, el cual después cambia opinión en "Nochmals ueber Besitz..." cit., p. 123, nt. 178. Favorables al contenido clásico son: NARDI, Enzo, "Testi in origine relativi alla retensione?", *Scritti in onore di Contardo Ferrini* (1947), 1, p. 361; DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérité* cit., p. 150; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 147 a 149; STURM, *recensión a SCHIPANI, op. cit.*, p. 445; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., p. 325.

<sup>70</sup> SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 153, referencias también en STURM, *recensión a SCHIPANI, op. cit.*, p. 445.

El § 4 se entiende a la luz del criterio *hoc utique si exigere potuit*, expuesto en D.5.3.25.2: al poseedor de mala fe, que no tenía acción en contra de los deudores, no puede imputarse la responsabilidad por los créditos que los deudores no están en grado de satisfacer, habiendo mientras tanto proveído a cumplir frente a los terceros y convirtiéndose por ello en insolventes.

Un llamado a la culpa se encuentra también en un pasaje de Paulo, *libro vicensimo ad edictum*, D.5.3.19.2:

*Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem: veluti si iuraverat defunctus petitoris rem non esse et decesserit, debent hae quoque restitui. immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur: quia nec hic debet has res retinere.* (Van también a la petición de herencia aquellas cosas sobre las que el poseedor tuvo la retención, pero no también la petición; por ejemplo, si el difunto había jurado que la cosa no era del demandante, y hubiere fallecido, también estas cosas deben ser restituidas. Antes bien, aun si el poseedor las hubiere perdido por su culpa, estará obligado por este concepto. Y lo mismo será también respecto al poseedor de mala fe, aunque éste no se halle obligado por la culpa, porque éste ni debe retener estas cosas).

En el fragmento dedicado a la exposición de las cosas que el heredero podía exigir con la petición de herencia, el jurista afirma que en el contenido de tal acción se incluían también aquellas cosas en que el poseedor había tenido la retención, pero no el derecho de reivindicar en juicio (*veniunt et hae res - non etiam petitionem*), indicándose el ejemplo de la cosa que poseía el difunto, el cual, antes de morir, en el transcurso de un procedimiento de reivindicación, había jurado que tal no pertenecía al actor<sup>71</sup> (*veluti si iuraverat - et decesserit*); así también tal cosa formaba parte del *restituere* a cargo del poseedor de la herencia (*debent hae quoque restitui*). Con mayor razón, si él la hubiera perdido por culpa, era responsable por tal pérdida (*immo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine*).

<sup>71</sup> Sobre tal juramento se renvía a AMIRANTE, Luigi, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae* (Napoli, Jovene, 1954), pp. 1 a 213.

El mismo régimen vale también para el *praedo*, si bien tal no respondiera por culpa, porque no habría debido ni siquiera retener aquella cosa (*idemque erit - has res retinere*).

Longo, aceptando la posición de Beseler, ve una modificación sustancial del texto,<sup>72</sup> porque en tal, hablando de forma general del *possessor* sin especificar si fuera de buena o mala fe, se afirma que la petición de herencia puede servir para pedir las cosas que no se encuentran ya en las manos del demandado, pero que el mismo ha perdido con culpa, a diferencia del Juvenciano, donde la responsabilidad por la pérdida de la posesión solamente es posible en el caso del *praedo*.

Según nuestra opinión no existe contraposición entre las disposiciones del senadoconsulto y D.5.3.19.2, ya que se trata de dos diferentes cuestiones. Mientras en el primer caso el actor, en cuanto heredero, era el titular de las cosas hereditarias, en el segundo, contrariamente no lo es, como tampoco lo era el *de cuius*, desde el momento que las mismas no pertenecen a la herencia, justificándose así una solución en sentido diferente. El §3 se entiende en la óptica general de D.5.3.19: en el pr. se dice que el heredero puede pedir con la petición de herencia al poseedor las cosas dadas en prenda o dadas en comodato al difunto o depositadas a él, que después debía restituir a los efectivos propietarios, causando sobre él el riesgo de una eventual pérdida;<sup>73</sup> en el §3 se extienden así sus derechos de pretensión en confrontación del poseedor también por aquellas cosas incluidas en la herencia, que no pertenecían al *de cuius*, pero que formaban objeto de un *ius retentionis*. Y por ello, en el caso en que estas últimas se hubieran perdido por culpa del poseedor, surgía a su cargo una responsabilidad, porque, si bien no siendo bienes de propiedad del *de cuius*, se encontraban incluidas en su patrimonio.

<sup>72</sup> LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 186 a 187; BESELER, *Beitraege...* cit., pp. 13 a 14.

<sup>73</sup> (*In hoc iudicium - la petición de herencia - venire*) ... *et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve* ... (En este juicio —la petición de herencia— viene ... y no solamente las cosas corpóreas de la herencia, sino también las que no son de la herencia, pero cuyo riesgo pertenece al heredero, como las cosas dadas en prenda al difunto, o prestadas o depositadas...).

En doctrina la última frase del texto (*idemque erit - res retinere*) es considerada incomprensible;<sup>74</sup> así Longo sobre el presupuesto que Paulo se estaba ocupando del elemento objetivo de la acción, considera cualquier aspecto del espíritu del poseedor más allá del hilo lógico de su razón; pero esta posición resulta difícil de aceptar, porque como puede observarse, el elemento subjetivo tomado en consideración (la buena o mala fe del poseedor) no produce un cambio en el contenido de su responsabilidad, siendo en cualquier modo obligado con la acción. El *praedo*, si ya tiene la posesión de la herencia sin una causa jurídica, mucho menos debería tener la retención de las cosas que, no perteneciendo a la misma, se encuentran comprendidas; por esto es responsable de su pérdida *quia nec hic debet has res retinere*.

El criterio de la culpa es considerado por Paulo sobre todo respecto al poseedor de buena fe, porque éste solamente tiene un título para tener la retención de las cosas que se encuentran en la herencia, pero que no forman necesariamente parte de la misma. El poseedor de mala fe responde por el contrario en cualquier caso, también si el fundamento del *restituere* no está necesariamente basado en el criterio subjetivo de responsabilidad, sino en el hecho que el mismo no tenía ni siquiera el derecho de retener aquellas cosas.

Aceptando el carácter sustancial de D.5.3.19.2 y considerándolo a la luz de la problemática tratada en el entero fragmento, se puede llegar a la siguiente conclusión de orden más general. La culpa, como criterio de responsabilidad por la pérdida de las cosas que van restituidas una vez ejercitada la petición de herencia por parte del heredero, se aplica también respecto a aquellas que se encuentran en el patrimonio del difunto, pero que no le pertenecen, o porque forman momentáneamente parte en virtud de las relaciones obligatorias y el riesgo de su falta de restitución correspondería al heredero, o porque son comprendidas con base en un derecho de retención del mismo difunto.

Otro problema en materia de responsabilidad por culpa del poseedor se encuentra todavía en un fragmento de Paulo, *libro trigésimo secundo ad edictum*, D.5.3.36.2 en el que se afirma:

<sup>74</sup> APPLETON, "Le vrai et le faux Sénatus-consulte Juvencien" cit., p. 652; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., p. 187; DÉNOYER, *Le défendeur à la pétition d'héritié privée...* cit., p. 45, nt. 26; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., p. 206, nt. 6.

*Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus. nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem.* (Si el poseedor hubiera matado un esclavo de la herencia, también se comprenderá esto en la petición de la herencia. Pero dice Pomponio, que el actor debe elegir, si quiere que a su favor sea aquél condenado, luego que él dé caución de que no ejercitará la acción de la ley Aquilia, o si prefiere tener íntegra la acción de la ley Aquilia, habiendo prescindido el juez de la tasación de la cosa. Cuya elección tiene lugar, si el esclavo haya sido muerto antes de adida la herencia; porque si lo fue después, la acción se hizo propia de él mismo, y no estará comprendida en la petición de la herencia).

El jurista considera que el poseedor es responsable con base en la petición de herencia del hecho de haber matado un esclavo de la *hereditas* (*si possessor-veniet*), y al respecto presenta la posición de Pomponio, que sobre tal problema propone dos alternativas: la primera, que el poseedor sea condenado con la petición de herencia, siempre que el actor dé una garantía que no ejercitará la acción *ex lege Aquilia*; la segunda, que el actor conserve integralmente esta última acción prescindiendo de la determinación del valor del esclavo hecha por el juez (*sed Pomponius ait - rei aestimatione a iudice*). Paulo menciona además que esta opción tiene lugar si el mismo haya sido matado antes de la *aditio* de la herencia (*quae electio-occisus sit servus*), mientras, si esto haya sucedido después, el derecho de ejercitar la acción se da al mismo heredero, no entrando en la petición de herencia<sup>75</sup> (*nam si postea - in hereditatis petitionem*).

<sup>75</sup> Respecto al texto examinado *cfr.* BESELER, *Beitraege...* cit., p. 20 y en "Miscellanea", ZSS (1924), 44, pp. 366 a 367, que lo considera interpolado con la eliminación de la referencia a la posibilidad de opción de las acciones, porque, incluyendo, según D.5.3.20.4 (pero que no obstante es un pasaje de ULPIANO y no de PAULO), la petición de herencia *omnes hereditarias actiones*, la *cautio* resultaría superflua e injustificada en el ejercicio de la misma petición; en el mismo sentido CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem* cit., p. 237; pero, como podemos ver, estos elementos tienen importancia en las palabras del jurista, y además la

El problema tiene importancia para nuestros fines porque, como es notorio, para la responsabilidad aquiliana, al menos ya desde el siglo I d. C, el demandado (que en este caso es poseedor de la herencia), podía haber efectuado el hecho ilícito bien sea con dolo que con culpa. En el pasaje no se especifica el tipo de poseedor autor del daño, pero, según nuestra opinión, únicamente se puede referir al poseedor de mala fe, porque como hemos visto, para quien actúa en buena fe no opera el criterio de culpa, en cuanto que *quasi suam rem neglexit*, siendo él responsable únicamente de su enriquecimiento. En el caso que el *praedo* con base en su culpa mata al esclavo hereditario, en contra de él pueden ejercitarse o la *petitio hereditatis* o la acción con base en la *lex Aquilia* a las condiciones indicadas por Pomponio.

Interesante nos parece la precisión final de Paulo, que admite la alternativa de las acciones únicamente cuando el esclavo venga matado antes de la aceptación, basándose su razonamiento en el hecho que, después de la *aditio*, el daño se considera ocasionado en el patrimonio del heredero y no más sobre el *de cuius*, con la facultad reconocida al mismo, de actuar con la acción de la ley Aquilia excluyéndose así la petición de herencia. Tal precisión representa, según nuestra opinión, una ventaja por parte de Paulo a la posición de Pomponio, el cual en el ofrecer al heredero la opción de las dos acciones, prescindía de la aceptación o no de la herencia, proponiendo idóneos remedios y evitar la acumulación de acciones.

#### VII. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL QUE HA DEJADO DE POSEER (*DOLUS DESINENS POSSIDERE*) ESTABLECIDA EN EL JUVENCIANO HA SIDO TAMBIÉN APLICADA EN LA *REIVINDICATIO* COMO SE PUEDE RECONSTRUIR CON BASE EN D.6.1.27.3

La cuestión que se entiende afrontar aquí se basa en un texto de Paulo, libro *vicensimo primo ad edictum*, D.6.1.27.3, cuyo contenido clási-

garantía es necesaria porque de forma diferente el juez no habría tenido la facultad de rechazar al actor en el caso de la acción aquiliana. Sobre la clasicidad del concurso: PETERS, Hans, "Generelle und spezielle Aktionen", ZSS (1911), 32, p. 296; LONGO, *L'hereditatis petitio* cit., pp. 129 a 131; DÉNOYER, *Le défendeur à la pétition...*cit., p. 48; SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...*cit., pp. 145 a 147; MUELLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* cit., pp. 325 a 326.

co se ha dudado por parte de la doctrina.<sup>76</sup> En tal pasaje se admite la posibilidad del ejercicio de la *rei vindicatio* en contra del demandado que haya dolosamente dejado la posesión antes de la *litis contestatio*, así como sucedía respecto a la petición de herencia gracias al Juvenciano:

*Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione: idque ex senatus consulto colligi potest, quo cautum est, ut diximus, ut dolo praeteritus in hereditatis petitionem veniat: cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolo praeteritus fertur, non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.* (Pero también está obligado por la acción real el que antes de contestada la demanda dejó con dolo de poseer la cosa; y esto puede colegirse del senadoconsulto en que se previno, como hemos dicho, que se comprenda en la petición de herencia el dolo pasado. Porque comprendiéndose el dolo pasado en la petición de herencia, que es también una acción real, no es absurdo que por consecuencia se deduzca el dolo pasado también en la acción real singular).

El demandado que *ante litem contestatam* ha cesado de poseer con dolo la cosa, es obligado con base en la acción real, en el caso de la *rei vindicatio*, derivándose tal consecuencia de nuestro senadoconsulto, en el que se da relieve, a fines de la petición de herencia, a este tipo de dolo (*idque ex senatus consulto - in hereditatis petitionem veniat*). No era por ello de considerarse absurdo que la importancia de una acción *in rem* general, como era el caso de la petición de herencia, fuera extendiéndose a una acción especial que comparte la misma naturaleza (*cum ...in hereditatis petitione - et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci*).

Los argumentos adoptados en contra de la genuinidad del pasaje son formales y sustanciales; respecto a los primeros Albanese<sup>77</sup> des-

<sup>76</sup> Así por ejemplo, BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano. La proprietà* (Ristampa della I edizione a cura di Giuliano Bonfante e di Giuliano Crifó, Milano, Giuffrè, 1968), p. 402, nt. 2; MARRONE, Matteo, *La Legittimazione passiva alla rei vindicatio* (Palermo, Manfredi, 1970), p. 175, nt. 322; ALBANESE, "Rei vindicationi se offerre e actio de dolo" cit., p. 403, nt. 54.

<sup>77</sup> Citado en la nota anterior.

taca lo absurdo de la actual estructura del texto, ya que en su opinión, se comienza con la afirmación *qui dolo desiit possidere tenetur in rem actione*, mientras que después, tratando de justificarse, manifiesta, con cierta duda, que esta solución *colligi potest* al régimen del Juvenciano; y al final llega a la conclusión que el argumento tomado del Juvenciano *non est absurdum*. Así se pasaría de la certeza a la duda, y de la duda a la incerteza. En un discurso de Paulo —observa el romanista— la forma de argumentar sería diferente. Tal crítica sin embargo, según nuestra modesta opinión, parece difícil de aceptar, porque la primera afirmación de Paulo, donde se demuestra la certeza, podría corresponder a una posición del jurista, pero, encontrándose el fundamento de la misma en una materia diferente a la que se está ocupando, el término *non est absurdum* resulta necesario por su argumentación, en cuanto que en este modo explica las palabras de inicio; desde el momento que la petición de herencia tiene una naturaleza similar a la *rei vindicatio* en cuanto que ambas son acciones reales, la aplicación a esta última de un principio que corresponde a la primera acción no parece extraña ni poco lógica.

Respecto a los argumentos sustanciales contrarios a la clasicidad del texto se menciona:

- 1) En un texto de Furio Anthiano, *libro primo ad edictum*, D.6.1.80, en la parte inicial se menciona: *in rem actionem pati non compellimur* (no somos compelidos a soportar una acción real). La formulación de este principio se debe, según el parecer del jurista, del hecho que es lícito a cada uno decir que no posee, así que si el actor pudiera demostrar que el adversario se encuentra en posesión de la cosa, transferiría asimismo la posesión por medio del juez, cuando no hubiera demostrado de ser propietario;<sup>78</sup>

<sup>78</sup> El texto completo es el siguiente: *In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.* (No somos compelidos a soportar una acción real, porque a cualquiera es lícito decir que él no posee; pero de suerte, que si el adversario pudiera convencer de que la cosa era poseída por la parte contraria, transfiera a sí la posesión por medio del juez, aunque no hubiere probado que la cosa es suya). Las sospechas de intervención compilatoria no dudan de la parte inicial: cfr. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano* cit., p. 167 (con mayor bibliografía al respecto en la nt. 101); KASER, "Nochmals ueber Besitz..." cit., p. 111 y SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto* cit., pp. 108 a 109.

- 2) Un texto de Ulpiano, *libro septuagensimo ad edictum*, D.50.17.156.pr dice: *invitus nemo rem cogitur defendere* (Nadie es obligado a defender contra su voluntad una cosa).<sup>79</sup>

Pero contra los argumentos que acabamos de presentar se han realizado precisiones por parte de autores de gran prestigio.<sup>80</sup>

- A. El principio *in rem actionem pati non compellimur* se limita a excluir la posibilidad de actuar con la *rei vindicatio* en contra del demandado que no cumpla voluntariamente la *litis contestatio*. Como sucede en la petición de herencia, la rebeldía o la *indefensio* del demandado en la *rei vindicatio* producen la consecuencia que el actor pueda devenir poseedor de la cosa que se pide, aplicándose así la regla general mencionada en D.6.1.80 y D.50.17.156 pr., que constituye uno de los puntos cardinales de la distinción entre *actiones in rem e in personam*.<sup>81</sup>
- B. El demandado, que *ante litem contestatam* deja con dolo la posesión, puede haber tenido interés en cumplir la *litis contestatio*. Es verdad que el problema del *dolus praeteritus* en la petición de herencia asume mayor importancia cuando se ha dado la *litis contestatio*, porque en el mismo modo que en la *rei vindicatio*, el demandado no puede ser constreñido a sufrir el ejercicio de la acción; pero puede presentarse la hipótesis, como observa Schipani,<sup>82</sup> que el mismo demandado, que *ante*

<sup>79</sup> El pasaje se inserta con probabilidad en el texto del comentario edictal al *interdictum quem fundum*, como afirma LENEL, *Palingenesia* cit., 2, p. 822, y acepta PROVERA, *Il principio del contraddittorio* cit., p. 167 e "*Indefensio e legittimazione passiva alla rei vindicatio*", *Studi in Onore di Giuseppe Grosso* (1974), 6, p. 214. Para la reconstrucción de tal edicto ver LENEL, *Das Edictum Perpetuum* cit., pp. 474 a 475.

<sup>80</sup> SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...* cit., pp. 107 a 112; KASER, "Nochmals ueber Besitz und Verschulden..." cit., p. 111.

<sup>81</sup> Mientras en la *petitio hereditatis* el actor puede, con base en el *interdictum quem hereditatem*, constreñir al demandado a *se defendere*, en la *rei vindicatio* vemos que desempeñan esta función la *actio ad exhibendum* y el *interdictum quem fundum*.

<sup>82</sup> SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto...* cit., p. 111; también MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio* cit., p. 175, considera que pueda verificarse que el *qui dolo desiit possidere*, demandado con la reivindicación; en lugar de abandonar la cosa, acepte de defender la cosa, y por tanto si se instaurara la controversia de reivindicación, en tal modo, en su opinión, se habría efectuado la hipótesis del que se ofrece a la controversia.

*litem contestatam dolo desiit possidere*, pueda cumplir la *litis contestatio* y así constreñir al actor a demostrar en sede de *rei vindicatio* el propio derecho, un requisito que en la *actio ad exhibendum* o en el *interdictum quem fundum*, si también podía requerirse, no debía ser tan rígido.<sup>83</sup>

Esta hipótesis unifica las posiciones del que *ante litem contestatam dolo desinere possidere* y del *liti se offerre*, porque en los dos casos, si bien falta la posesión, se dio la *litis contestatio*. Esto puede ser demostrado en materia de petición de herencia desde el principio como hemos visto, el principio *dolus pro possessione est*, puesto en relación por parte de los juristas romanos a la *oblatio liti*, consistiendo en el hecho que el demandado, que no tiene ya la posesión, acepta la *litis contestatio*. Una perspectiva en tal sentido no significa una confusión de terminología entre los dos conceptos de *dolo desinere possidere* y *liti se offerre*, porque como es notorio, en este segundo caso no es necesario que el demandado haya sido poseedor de la cosa, también si no se excluye que lo haya sido antes de la *litis contestatio*. Los dos criterios mencionados desempeñan según nuestra opinión un papel determinante en quitarle eficacia a los argumentos sustanciales contrarios a la clasicidad de lo mencionado en D.6.1.27.3.

Además podemos presentar otra precisión relacionada con el texto mencionado, que requiere un análisis profundo en virtud de la importancia que asume en nuestra investigación. Se ha afirmado que no todos los casos en que el demandado, que no posee, cumple la *litis contestatio* constituirían hipótesis de *liti se offerre*. Tal conclusión viene deducida de otro texto de Ulpiano, *libro septuagensimo ad edictum*, D.6.1.25, cuya lectura va precedida de una breve premisa. El poseedor que ha abandonado la cosa (con o sin dolo) no puede ser ciertamente constreñido a sufrir la *rei vindicatio*, así como la *petitio hereditatis*, aceptando la *litis contestatio*, sino que con la finalidad de configurar un *liti se offerre* eventualmente también sin el

Como trataremos de demostrar al concluir la presente investigación, estos dos aspectos se pueden relacionar entre ellos.

<sup>83</sup> A este respecto v.g. ULPIANO, *libro vicensimo quarto ad edictum*, D.10.4.3.1: *Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit nec debet ostendere, cum multae sint causae ad exhibendum agendi.* (El que ejercita la acción de exhibición, no dice ciertamente que él sea dueño, ni debe probarlo, porque hay muchas causas para pedir la exhibición).

requisito del dolo, tal aceptación se convierte en necesaria; veamos ahora el contenido de D.6.1.25:

*Is qui se optulit rei defensionis sine causa, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait: quae sententia vera est. sed hoc post litem contestatam: ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret: nec videtur se liti optulisse qui discessit.* (El que sin causa se presentó a la defensa de una cosa, no poseyéndola, ni habiendo hecho con dolo de modo que no poseyera, si el actor lo ignorase, no ha de ser absuelto, como dice Marcelo; cuya opinión es verdadera. Pero esto, después de contestada la demanda; porque antes de aceptado el juicio no engaña al actor el que niega que posee, cuando verdaderamente no poseyera; y tampoco se considera que se opuso en un litigio el que se apartó de él).

Según la opinión de Marcelo, aceptada por Ulpiano, el demandado que sin causa ha asumido la *defensio rei* no poseyendo, ni habiendo con dolo cesado de poseer, no deberá ser absuelto, si el actor lo ignora (*is qui se optulit - non est absolvendus*). Pero tal consecuencia se verifica después de la *litis contestatio* (*sed hoc post litem contestatam*), así, antes de la presente etapa procesal, cuando niega de poseer no engaña al actor, cuando realmente no posee (*ante iudicium acceptum non decipit actorem qui se negat possidere, cum vere non possideret*), ni se considera que haya asumido la controversia la persona que se haya ido (*nec videtur se liti optulisse qui discessit*).

Este texto ha sido entendido por la doctrina de diferentes formas; así Albanese<sup>84</sup> ha interpretado la primera parte en el sentido que no constituye *indefensio* el comportamiento de un no poseedor que, en la ignorancia del actor (y por ello para engañarlo), se ofrezca a la defensa, esto es, garantice con la *cautio* (*iudicatum solvi*) y proceda a la *litis contestatio*; en tal caso el demandado, que no era un *indefensus*, debería ser condenado con la *actio ex stipulatu*. En la parte siguiente se contenía la precisión del jurista tardo-clásico, según el cual era diferente la situación de quien sin dolo era demandado, no poseía y

<sup>84</sup> ALBANESE, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo* cit., p. 399; mencionado también por TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti" cit., p. 173.

no aceptaba la *defensio* y la *litis contestatio*; en tal eventualidad al actor le correspondía el *interdictum quem fundum*, transformándose el demandado en un *indefensus*, pero no en un *liti se offerens*.

La posición mencionada, según el pensamiento del mismo Albanese que hemos visto *supra*, § 4.1, se basa en el presupuesto que i termini *non est absolvendus* corresponda a la *actio ex stipulatu*, fundamentada en la *clausula doli*.<sup>85</sup> Criticando tal posición Talamanca,<sup>86</sup> si bien no se opone al hecho que el texto vaya explicado en el ámbito del problema de la *indefensio*, hace notar que, si la acción dependiese de la *stipulatio*, no tendría sentido distinguir (como se hace en D.6.1.25) entre el comportamiento irregular del demandado antes y después de la *litis contestatio*, mientras que la distinción presenta ciertamente significado para la reivindicación. Tal romanista piensa en la hipótesis de un malicioso litigante que da la garantía sin ser poseedor, pero después se retira y argumenta su cualidad de no poseedor para evitar la *litis contestatio*.

Según nosotros D.6.1.25 puede ser explicado en otro modo; el problema se refiere al ejercicio de la *rei vindicatio* en el caso del demandado que haya cesado de poseer, como puede demostrar su colocación en la compilación justiniana. En la primera parte (*is qui optulit-post litem contestatam*) se presupone el cumplimiento de la *litis contestatio*, explicando así por qué Ulpiano dice *sed hoc post litem contestatam*. El demandado no posee y no ha abandonado con dolo la posesión, pero igualmente la ha aceptado, y por ello es un *liti se offerens*. El ejercicio de la *actio ex stipulatu* no corresponde a la presente especie, porque como considera Talamanca,<sup>87</sup> la referencia a Marcelo y la anotación *quae sententia vera est* difícilmente podría justificarse, si Ulpiano tomase en consideración simplemente la responsabilidad del *liti se offerens* con base en la *actio ex stipulatu*, originada en la *cautio iudicatum solvi*, responsabilidad sobre la que no se tenían dudas a partir de Sabino (*cfr.* D.4.3.39 citado *supra*, §4.3).

En la segunda parte del texto (*ceterum...qui discessit*) Ulpiano presenta el caso opuesto donde falta un comportamiento doloso (*non*

<sup>85</sup> "Rei vindicatio." cit., p. 533.

<sup>86</sup> TALAMANCA, "Osservazioni..." cit., p. 150 y "Note sulla oblatio liti" cit., pp. 185 y 186, nt. 47.

<sup>87</sup> TALAMANCA, "Note sulla oblatio liti", cit., p. 173.

*decipit actorem*) por parte de quien *ante iudicium acceptum* niegue ser poseedor y no lo sea efectivamente, no configurándose así tal situación como un *liti se offerre* (*nec videtur se liti optulisse*) e impidiendo consecuentemente el ejercicio de la *rei vindicatio*.

Según nuestra opinión en D.6.1.25 no se demuestra necesariamente como se ha pensado,<sup>88</sup> que no todos los casos en que el demandado, que no posee, cumple la *litis contestatio*, constituyen hipótesis de *liti se offerre*, porque al inicio del texto se hace mención explícita a *is qui se optulit*, implicando con esto ciertamente la existencia de una *oblatio liti*, pero con la diferencia que tal no se realiza por causa de dolo, como hemos visto hasta este momento. Sobre las probables razones, que entonces habrían podido empujar al demandado a aceptar la controversia, nos parece posible la explicación ya realizada,<sup>89</sup> según la cual en tal modo el demandado constreñía al actor a demostrar el propio derecho en sede de *rei vindicatio*.

En conclusión, a los fines de nuestra investigación D.6.1.25 representa una confirmación que el demandado, el cual ya no posee la cosa, pero *liti se optulit* se encuentra obligado con base en *rei vindicatio*, teniendo como presupuesto la aceptación de la *litis contestatio*, así como sucede en D.6.1.27.3. Si Marcelo y Ulpiano en D.6.1.25 consideraban esta posibilidad, no vemos razones válidas para negar la incorporación de la persecución del dolo en la *rei vindicatio* por parte de Paulo en D.6.1.27.3, fundamentándose la comparación entre esta última *actio* y la *petitio hereditatis* por su propia naturaleza real que comparten ambas. Además de esto debemos recordar que el Juvenciano en origen correspondía a una *vindicatio caducorum*, por esto *non est absurdum per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci*.

#### VIII. EL CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEMANDADO QUE DE FORMA DOLOSA HA HECHO DE MODO DE NO POSEER

Ahora que hemos llegado a este punto de la investigación, nos podemos cuestionar sobre las consecuencias de la pérdida dolosa de la

posesión de la cosa por parte del demandado en una petición de herencia. A este respecto tiene validez el principio general que se encuentra en Ulpiano, *libro quinquagensimo primo ad edictum*, D.6.1.68 en referencia a la *rei vindicatio*, en la que se dice:

*Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est ... haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.* (El que habiéndosele mandado que restituyera no obedece al juez, sosteniendo que no puede restituir, si verdaderamente tuviera la cosa, por ministerio del juez que se transfiere de él la posesión a mano armada, y se hace la condena tan sólo por razón de los frutos y de toda otra causa de utilidades. Pero si no puede restituir, si es que con dolo hizo que no pudiera, ha de ser condenado en cuanto el adversario hubiere jurado para el pleito, sin tasación alguna, hasta lo infinito... Esta resolución es general, y tiene aplicación para todo, ya sean interdictos, ya acciones reales, o personales, en virtud de lo que se restituye alguna cosa por sentencia arbitral del juez).

No interesa en la presente sede la primera frase del pasaje con la evidente interpolación reconocida por todos de la referencia a la intervención *manu militari* para constreñir al demandado a restituir la posesión de la cosa al actor que reivindica (*si quidem condemnatio fit*). Importante por el contrario nos parece la segunda parte relativa a las consecuencias referidas al poseedor, que no puede obedecer a la orden de restituir del juez, porque con dolo ha dejado de poseer (*si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit...*). Tal es condenado a pagar al actor lo que él hubiere jurado que consistía el valor de la cosa sin alguna limitación (*is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est*). Esta solución es declarada ser de carácter general y aplicable a todas las acciones reales, personales e interdictos que contenían una cláusula restitutoria (*haec sententia generalis est-locum habet*).

<sup>88</sup> SCHIPANI, *Responsabilidad del convenuto...* cit., p. 111.

<sup>89</sup> SCHIPANI, *op. cit.*, p. 111.

En la disposición del Juvenciano referida en el §6c de D.5.3.20 se establece el *quantum*, debido por el poseedor *qui dolo desiit possidere* al actor con las palabras *perinde condemnandos, quasi possiderent*.<sup>90</sup> Esta equiparación, a los fines de la condena, entre efectivo poseedor y quien por el propio dolo ha dejado de poseer, la encontramos en Ulpiano con referencia también a otros remedios procesales<sup>91</sup> y en Paolo.<sup>92</sup>

El valor del *quantum*, al cual es responsable quien haya con dolo abandonado la posesión, se determina según el *iusiurandum in litem*, como ha sido dicho por Ulpiano, *libro quinto decimo ad edictum*, D.5.3.25.10, en el comentario a la disposición del Juvenciano aquí examinada:

*Haec verba senatus consulti etiam adversus eum qui non possidet iusiurandum inducunt: tam enim adversus eum qui dolo fecit quo minus possideat quam adversus possidentem in litem iuratur.* (Según las expresiones del senadoconsulto el petitor puede dar juramento también en contra del que posee; ya que el juramento *in litem* se presenta bien sea en contra de quien con dolo hace en modo de ya no poseer, así como en contra del poseedor).

Las palabras del senadoconsulto *perinde condemnandos, quasi possiderent* tienen como presupuesto el *iusiurandum in litem* también en contra de quien ya no posee (*etiam adversus eum qui non possidet iusiurandum inducunt*), desde el momento que, para establecer el valor de la cosa poseída, se jura bien sea en contra de este último así como en contra del poseedor (*tam...adversus eum qui dolo fecit quo minus possideat quam adversus possidentem in litem iuratur*). Vemos así operar el mismo criterio afirmado en D.6.1.68.

<sup>90</sup> Según DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., pp. 110 a 112, el entero contenido de la disposición del Juvenciano en D.5.3.20.6c se resumiría en el *quantum* que debe restituir el demandado que ya no posee; pero de la síntesis expuesta en el próximo párrafo veremos cómo tal visión se presenta demasiado estrecha.

<sup>91</sup> Como el interdicto *quod vi aut clam*, en el libro *septuagensimo primo ad edictum*, D.43.24.15.10: *eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset*; o el interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fia*, en el libro *sexagensimo octavo ad edictum*, D.50.17.150 (D.43.8.2.42): *Parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet*.

<sup>92</sup> PAOLO, *libro vicesimo secundo ad edictum*, D.50.17.131: *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, qui pro possessione dolus est*.

Como hemos dicho al inicio de la investigación, el principio *dolus pro possessione est* puede haber tenido aplicación antes o después de la *litis contestatio*, pero, como en el presente pasaje Ulpiano hace una referencia precisa a la cláusula del senadoconsulto en D.5.3.20.6c que corresponde a la pérdida de la posesión antes de la *litis contestatio*, es lógico pensar que él entienda referirse al *dolus praeteritus*, como recuerda también en D.5.3.25.2.<sup>93</sup> En tal modo la no restitución de la cosa hace surgir una responsabilidad del demandado en la cantidad establecida mediante juramento, cuyo monto, como sabemos, puede ser superior al valor de la *res*,<sup>94</sup> sin necesidad de una *taxatio* judicial: *sine ulla taxatione in infinitum iuraverit*.

Ciertamente la aplicación del *iusiurandum in litem* en la petición de herencia es fundamentada en la cláusula restitutoria que se encuentra en la fórmula, y el demandado, el cual *dolo fecit quo minus possideat*, es considerado al mismo modo que del poseedor en el momento en que no cumple a la sentencia de *restituere* pronunciada por el juez.<sup>95</sup>

#### IX. LA APORTACIÓN DEL JUVENCIANO A LA PRESENTE MATERIA

Según Di Paola,<sup>96</sup> interpretar la disposición del senadoconsulto en D.5.3.20.6c, en el sentido que con tal se viene a admitir por la primera vez la legitimación pasiva de quien *dolo desiit possidere*, significa admitir como dato seguro aquel presupuesto que por el contrario el Juvenciano debería demostrar, esto es, la necesidad, antes de la emanación del senadoconsulto, de poseer las *res hereditariae* para ser pasivamente legitimado a la petición de herencia.

<sup>93</sup> Así PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* cit., pp. 30 a 31.

<sup>94</sup> ULPIANO, *libro quinquagensimo primo ad Sabinum*, D.12.3.1: *Rem in iudicio deductam non idcirco pluris esse opinamur, quia crescere condemnatio potest ex contumacia non restituentis per iusiurandum in litem: non enim res pluris fit per hoc, sed ex contumacia aestimatur ultra rei pretium.* (No creemos que una cosa deducida en juicio pueda de más valorarse, porque la condena puede crecer por la rebeldía de quien no restituye por el juramento *in litem*; pero la cosa no se hace mejor, sino que por la contumacia se valúa más allá de su precio).

<sup>95</sup> Sobre este problema cfr. LENEL, *Das Edictum perpetuum* cit., p. 177; CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem* cit., pp. 280 a 292; PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem* cit., pp. 29 a 31.

<sup>96</sup> DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* cit., pp. 110 a 112.

Ya desde antes del 129 d. C (periodo de emanación del senado-consulta), había dejado de ser necesario el requisito de la posesión de las cosas hereditarias para que el demandado pudiera ser legitimado pasivo al ejercicio de la acción, porque como demuestran ciertos pasajes de juristas anteriores (D.5.3.18.pr),<sup>97</sup> el actor podía exigir en lugar de las cosas hereditarias, el precio recibido por la venta de las mismas, y tal principio encuentra confirmación en la cláusula del senadoconsulta contenida en D.5.3.20.6b. El demandado debía poseer la herencia o su subrogado, pero después la emanación del ordenamiento del senado de manera excepcional (D.5.3.9) es posible que quien no tiene la cosa por su propio dolo pueda ser legitimado pasivo al ejercicio de la acción; en tal modo el titular de la herencia (fisco o heredero) podía atacar un comportamiento valuable bajo la esfera del ilícito, que impedía al actor la defensa judicial del propio derecho.

La aplicación del principio *dolus pro possessione est* en la *petitio hereditatis* no se encontraba en contraste con aquel que en el caso de las acciones reales *inventus nemo rem cogitur defendere* (D.6.1.80 y D.50.17.156pr, que ocasionaba que el demandado rebelde o *indefensus* perdiera la posesión de las cosas hereditarias); sino, al contrario, porque si con dolo no tenía ya la posesión, como era legitimado al ejercicio de la acción sufría la *missio in bona* y la *bonorum venditio* (D.42.4.7.18).

La esfera de aplicación del principio *dolus pro possessione est* podía referirse a la fase anterior o posterior de la *litis contestatio*, pero con específica referencia al Juvenciano ha sido considerada únicamente la primera hipótesis (cláusula del § 6c del senadoconsulta y D.5.3.25.2). La jurisprudencia sin embargo, examina también la situación del poseedor que *dolo desiit possidere*, que acepta igualmente la *litis contestatio* (D.5.3.13.13 y D.5.3.45), configurándose así una especie de *liti se offerre*, como puede demostrarse del hecho que en el siguiente §14 de D.5.3.13 Ulpiano afirma: *item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur*.

<sup>97</sup> *Item videndum, si possessor hereditatis venditione per argentarium facta pecuniam apud eum perdiderit, an petitione hereditatis teneatur, quia nihil habet nec consequi potest. sed Labeo putat eum teneri...* (Igualmente es necesario examinar si el poseedor de una herencia que haya hecho la venta por medio de un banquero y haya perdido el dinero que tenía, pueda ser obligado a la petición de herencia, porque nada tiene ni puede conseguir. Pero Labeón piensa que se encuentra obligado).

El problema del *dolus pro possessione est* es ciertamente diferente al del *liti se offerre*, porque como se observa en D.6.1.25, aceptar la *litis contestatio* sin tener la posesión no presupone necesariamente el dolo; además que la responsabilidad de quien haya con dolo perdido la posesión es anterior a la *litis contestatio*, realizándose así una situación diferente del *liti se offerre*, que encuentra su fundamento en el hecho de haber aceptado la *lis*. No obstante tales diferencias las dos hipótesis se llegan a relacionar, porque en D.5.3.13.13 y D.5.3.45 el demandado que con dolo ha perdido la posesión acepta la *litis contestatio* sin tener en su poder la cosa. Esto podría, según nuestra opinión, haber causado una gran innovación en el campo del *liti se offerre* ya que, si en un primer momento el actor podía actuar en contra del demandado con base en la *actio ex stipulatu* de la *cautio iudicatum solvi* (según la posición sabiniana en D.4.3.39), después que la cláusula de dolo ha sido comprendida en el Juvenciano (D.5.3.25.8), el actor puede actuar con la misma *petitio hereditatis*. Esta regla se extendió al régimen de la *rei vindicatio* (D.6.1.27.3) con base en la naturaleza real que comparte con la petición de herencia, permitiendo al actor de hacer valer la acción principal en contra del demandado que con dolo ha dejado de poseer.