

## ACTIO AD EXHIBENDUM Y PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. Introducción. II. La posición de Labeón. III. La posición de Juliano. IV. La posición de Pomponio. V. Marcelo y la pérdida dolosa de la posesión en el caso de un legado per vindicationem. VI. Papiniano y un caso de conventio pignoris. VII. Calistrato y el caso del heredero que ha utilizado la cosa dejada en legado para afrontar los gastos del funeral. VIII. La posición de Paulo. IX. La posición de Ulpiano. X. Referencias a la pérdida dolosa de la posesión en las constituciones imperiales de edad tardoclásica. XI. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

La fórmula de la *actio ad exhibendum* en el edicto del pretor es un argumento que ha sido motivo de interesantes contribuciones en la ciencia romanística, cada autor tiene una posición propia con referencia a las *partes formularum*,<sup>1</sup> en tiempos pasados algunos autores

<sup>1</sup> G. Demelius, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, Gratz, 1872, 7 ss., cree que la fórmula de la *actio ad exhibendum* contenía la referencia al *quanti ea res erit* y que para determinar la *condemnatio*, la jurisprudencia habría tenido en consideración el *id quod actoris interest*; que carecía de *intentio* y faltaban referencias al interés del actor y a la posesión del demandado; se trataba de una acción civil y no de una acción *in factum concepta*; O. Lenel, *Zum Edictum perpetuum*, ZSS, 37, 1916, 116 ss. *Gesammelte Schriften*, 4, Napoli, 1992, 74 ss.; *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927, 220 ss., afirmaba que la *actio ad exhibendum* tenía *demonstratio* y cláusula exhibitoria, mientras que la *intentio* era incierta y hacía referencia al *oportere*, era además una acción personal y civil; según M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, 620 ss., esta acción era civil pero no era *in rem* ni tampoco *in personam*, tenía *demonstratio*, la *intentio* era cierta y tenía una cláusula exhibitoria y *condemnatio*; para M. Talamanca,

negaron que tal acción tuviera *intentio*,<sup>2</sup> pero en la actualidad las propuestas de reconstrucción de la fórmula la incluyen,<sup>3</sup> aunque si permanece el problema si tenía una *intentio certa* o *incerta*.<sup>4</sup>

La posesión del demandado y su pérdida dolosa eran elementos que se encontraban mencionados en la *intentio* de la fórmula<sup>5</sup> por-

*Recensione Marrone M., Actio ad exhibendum* en IURA, 10, 1959, 275 ss., la *actio ad exhibendum* era una acción *in personam, in factum concepta* con *intentio incerta*; para J. Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico* en SDHI, 26, 1960, 280 ss, la fórmula dell' *actio ad exhibendum* tenía una *intentio certa*, carecía de *demonstratio*, no mencionaba un *oportere*, contenía una cláusula arbitraria y la *condemnatio* correspondía al *quanti ea res erit*; M. Kaser, *Die Formula der Actio ad Exhibendum* en *Studi in Onore di E. Volterra*, 3, 1971, 546 ss., considera que la *actio ad exhibendum* tenía una *condemnatio incerta*, hacía referencia al *exhibere oportere* pero carecía de una *demonstratio* (en una investigación anterior el mismo autor, *Actio ad exhibendum* en Labeo, 5, 1959, 223 ss., había mencionado la necesidad de la *demonstratio*).

<sup>2</sup> Demelius, *Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht*, cit., 36 ss., cree que la fórmula era enunciada en este modo: *Hominem Stichum, quem As. As. vindicaturus est q. d. r. a., nisi Ns. Ns. Ao. Ao. arbitrato tuo exhibeat, quanti ea res erit, tantam pecunia Nm. Nm. Ao. Ao. cond. s.n.p.a.*

<sup>3</sup> O. Lenel, *Zum Edictum perpetuum*, cit., 116 ss.= *Gesammelte Schriften*, 4, cit., 74 ss.; *Das Edictum perpetuum*, cit., 223: *Quod As. As. Stichum hominem (flaum, limum, annorum circiter XX, natione Graecum) a No. No. vindicare vult, quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. exhibere oportet, quod Ns. Ns. possidet dolove malo eius factum est quo minus possideret, nisi arbitrio iudicis exhibebitur, quanti ea res erit, t.p et rel.*; E. Betti, *Responsabilità ereditaria e responsabilità dell'erede in nome proprio o quale avente causa* en RIL, 49, 1916, 233: *Si paret hominem (pateram etc.) q.d.a., quem hominem As. As. suum esse ait, a No. No. possideri, dolove malo factum esse quo minus possideretur, nisi ea res arbitrio iudicis a No. No. Ao. Ao. exhibebitur, q.e.r. est, t.p.c.; s.n.p.a.*; H. Krüger, *Das summatim cognoscere und das klassische Recht* en ZSS, 45, 1925, 66: *Si paret Nm. Nm. hominem natione Gallum (o un'altra cosa) possidere dolove malo..., nisi (arbitrio tuo) exhibebitur, quanti ea res est, tantam pecuniam...*; M. Marrone, *actio ad exhibendum*, Palermo, 1958, 671: *Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait, si paret eum Numerium Negidium possidere dolove malo fecisse quo minus possideret, neque is homo arbitrio tuo exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolvito*; M. Kaser, *actio ad exhibendum*, cit., 223 ss.: *Quod As. As. Stichum hominem ex iure Quiritium suum esse ait, si paret Nm. Nm. eum hominem, quem Nm. Nm. Ao. Ao. exhibere oportet, possidere dolove malo fecisse quo minus possideret, neque is homo (arbitrio iudicis) exhibebitur, quanti ea res erit, tantam pecuniam...*; M. Talamanca, *Recensione Marrone M., Actio ad exhibendum*, cit., 277: *Si paret Nm. Nm. Stichum hominem, quem As. As. suum esse ait ex i. Q., possidere dolove malo fecisse quo minus possideret, quam ob rem Nm. Nm. Ao. Ao. eum exhibere oportet, quanti ea res erit...*; J. Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, cit., 281: *Si paret Aulo Agerio interesse rem de qua agitur exhiberi eamque dolo malo Numerii Negidii exhibitam non esse, nisi arbitrio iudicis exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio c.s.n.p.a.* Tales referencias se encuentran en M. Kaser, *Die Formu-*

que, como podemos observar, el título IV del libro X del Digesto, que corresponde a la *actio ad exhibendum*, está compuesto, en gran medida por el libro vigésimo cuarto *ad edictum* de Ulpiano, en donde el jurista analiza la acción según el orden de las partes de la fórmula: quién puede ejercitar tal acción en D.10.4.3.3-14, tocando los problemas que se refieren a la *demonstratio*; quién puede ser demandado (poseedor o la persona que con base en el dolo ha dejado de poseer) en D.10.4.3.15; D.10.4.5.pr-6; D.10.4.7.pr-7; D.10.4.9.pr-4, afrontando un problema que corresponde a la *intentio*; explicación de la cláusula exhibitoria, en D.10.4.9.5-7; D.10.4.11.pr-2.<sup>6</sup>

La finalidad de la presente investigación consiste en analizar la 'legitimación pasiva' de quien con dolo ha dejado de poseer en la *actio ad exhibendum*, en otras palabras, el dolo que se realizó antes de la *litis contestatio*.<sup>7</sup> El estudio del argumento se desarrollará mediante el examen de los textos de los juristas en orden cronológico: Labeón, Juliano, Pomponio, Marcelo, Calistrato, Paulo y Ulpiano, para terminar con las constituciones imperiales de Alejandro Severo y Gordiano, textos que en la mayoría de las veces la doctrina no mete

*la der Actio ad Exhibendum*, cit., 546. Ultimamente D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 60: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio hominem quo de agitur exhibere oportere quem N. Negidius possidet dolove malo fecit quo minus possideret neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis exhibebitur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

<sup>4</sup> Ver la nota 1.

<sup>5</sup> En sentido contrario O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 1901, 447 ss., que propone como *intentio*: *si ex arbitrio tuo Ai. Ai. interest rem illam (familiam illam, etc...) sibi exhiberi*; W. Stintzing, *Über die Beklagtenschaft im dinglichen Rechtsstreit*, en *Festschrift für A. Wach*, 2, Leipzig, 1913, 299 n. 3 no cree que la referencia al *dolo desinere possidere* formaba parte de la fórmula, porque en una constitución de Gordiano del año 239 d.C en C.3.42.5 (que veremos más adelante en el § 10) encontramos que una persona había preguntado al emperador si se encontraba obligado con la *actio ad exhibendum* aquél que había dejado de poseer dolosamente, tal cuestión no habría tenido sentido si la fórmula hubiera incluido tal referencia, pero sobre tal punto Marrone, *Actio ad Exhibendum*, cit., 644 n. 82 hace notar que tal fundamento no es insuperable: la persona que había hecho tal pregunta al emperador no era un experto en derecho.

<sup>6</sup> Cfr. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, Lipsiae, 1889, 556 ss.

<sup>7</sup> Por ello excluirémos en nuestra investigación los textos de Ulpiano, *libro vicésimo quarto ad edictum* en D.10.4.7.5 y D.10.4.11.2, porque en aquellos se encuentran casos que se refieren a una pérdida dolosa de la posesión *post litem contestatam*.

en duda el origen clásico de la referencia a la pérdida dolosa de la posesión.<sup>8</sup>

## II. LA POSICIÓN DE LABEÓN

En dos textos de Pomponio, *libro octavo decimo ad Sabinum* en D.10.4.15 e D.13.7.3 encontramos mencionada la opinión de Labeón en relación a problemas de aplicación de la *actio ad exhibendum*.

### 1. La posesión del tesoro

En el primer texto Pomponio afirma:

*Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte<sup>9</sup> non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse...*

En tu fundo se encuentra un tesoro que me pertenece<sup>10</sup> y tú no me permites extraerlo (*Thensaurus-moveris*); afirma justamente Labeón<sup>11</sup> que, si no lo

<sup>8</sup> Solamente H. Siber, *Römisches Recht in Grudzügen für die Vorlesung*, 2, Berlín, 1928, 104 n.25; *Retentio propter res donatas* en *Studi in O. di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, 245 n.8, había considerada justiniana la referencia al *dolo desinens possidere* en la *actio ad exhibendum*, pero después cambió opinión en *Vorbereitung und Ersatzweck der Besitzinterdikte* en *Scritti in O. di C. Ferrini*, 4, Milano, 1949, 116, n. 3.

<sup>9</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 313 ss., afirma que la palabra *recte* es interpolada, porque, según el investigador, así como se presenta en el texto, parecería que Pomponio está de acuerdo con la posición de Labeón en el sentido que era suficiente que el propietario del fundo moviera la cosa para tener su posesión; por el contrario Pomponio tiene una opinión diferente en D.19.5.16 pr. y D.10.4.9.1, porque en tales textos se considera que el *dominus fundi* tiene la posesión también si el mismo no hubiera movido la cosa. Según nuestra opinión, tal tesis presenta una serie de dudas, porque el problema del tesoro es diferente al de las piedras extraídas (D.19.5.16 pr.) o al de las bellotas comidas por los animales (D.10.4.9.1); aunque el tesoro se encuentra en el fundo al igual que las piedras extraídas y las bellotas, diferentemente a tales casos la cosa se encuentra todavía escondida; el *corpus possessionis* presupone la facultad de disposición de la *res*, pero en el caso del tesoro el propietario del fundo no puede disponer del mismo hasta que no identifica exactamente el lugar preciso en donde se encuentra y después lo remueve.

<sup>10</sup> El concepto de tesoro mencionado por Pomponio no corresponde a la definición mencionada por Paulo, *libro trigésimo primo ad edictum* in D.41.1.31.1: *Thensaurus est*

mueves de lugar, no podré actuar en juicio con tal finalidad con la *actio furti* ni con la *actio ad exhibendum* (*cum-ait*), ya que no lo posees ni has hecho en modo de no poseerlo (*quia-possideres*), pudiendo suceder que tú no supieras de la existencia del tesoro en tu fundo (*utpote-esse*).

Una persona había escondido un tesoro en un fundo ajeno (no sabía que era ajeno o probablemente con posterioridad se convirtió en ajeno); en el momento en que quería extraerlo se encuentra con la oposición del propietario del fundo, el cual no permite de proceder a su extracción (*tollere pati*). La cuestión se refiere al problema si el titular del tesoro pudiera demandar en juicio con base en la *actio furti* o *actio ad exhibendum*. Pomponio sobre tal aspecto menciona la posición de Labeón, según el cual no se puede ejercitar ninguna de las dos acciones, porque faltan los presupuestos: la posesión o la pérdida dolosa de la posesión: *Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres*.

Labeón considera que el titular del fundo no posee (o no ha dejado de poseer con dolo) el tesoro porque no lo ha movido de lugar; el requisito del cambio de lugar para la adquisición de la posesión es hecho notar también en un texto de Paulo, *libro quinquagesimo quarto ad edictum* en D.41.2.3.3,<sup>12</sup> donde se dice:

*vetus quaedam deposito pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat...; sino al considerado por Cicerón, de senectute 21: ...nec vero quemquam senem audivi oblitum, quo loco thesaurum obruisset; omnia, quae curant, meminerunt... Sobre el concepto thesaurus ver R. Knütel, *Arbres errants, îles flottantes, animaux fugitifs et trésors enfouis* en RDH, 76, 1998, 209 ss.*

<sup>11</sup> Lenel, *Palingenesia*, I, cit., 549, incluye el presente texto entre los pasajes que no tienen un lugar cierto en la obra de Labeón; probablemente el texto se encontraba, según nosotros, en su comentario al edicto del pretor y específicamente cuando analizaba la *actio ad exhibendum*, porque como podemos observar existen otros dos textos (D.10.4.7.7 y D.10.4.11.1) en donde Ulpiano (al mismo modo que Pomponio) citan a Labeón en relación a la *actio ad exhibendum*; además la *ratio* por la que el jurista excluye el ejercicio de la *actio ad exhibendum* puede tener como causa el hecho que en el presente caso faltan los elementos que se encuentran en la *intentio* de la fórmula: *possessio* o pérdida dolosa de la posesión. Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 293 n. 24 afirma correctamente que la parte del texto *quia-quo minus possideres* puede tener sentido sólo en relación a la *actio ad exhibendum* y no respecto a la *actio furti*.

<sup>12</sup> Lenel, *Palingenesia*, I, cit., 1063, incluye tal libro bajo la rúbrica: *de possessione et usucapione*.

*Neratius et Proculus et*<sup>13</sup> *solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriorem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.*<sup>14</sup>

Neracio y Próculo afirmaban que no podemos adquirir la posesión únicamente con el *animus*, si no existe antes la *possessio naturalis*, es decir la disponibilidad material de la cosa (*Neratius-possessio*); y por este motivo, si yo conozco que un tesoro se encuentra en mi fundo, inmediatamente inicio a poseer desde el momento en que tenga la intención de poseerlo (*ideoque-habuero*), porque el *animus* suple a lo que le falta a la posesión natural (*quia-implet*). No era verdadero lo que pensaban Bruto y Manilio, según los cuales, quien adquirió un fundo con base en una posesión por un largo periodo, adquiere también el tesoro, si bien no conozca que tal se encuentra

<sup>13</sup> C. A. Cannata, *L'animo possidere nel diritto romano classico* en SDHI, 26, 1960, 78 n. 14 cree que la palabra *et* pudiera ser una corrupción de *aiunt* o probablemente unía el nombre de *Proculus* con un tercer jurista del cual no permanecen referencias.

<sup>14</sup> Sobre las críticas del texto reenviamos a las indicaciones bibliográficas de Cannata, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, cit., 78 n. 16. El mencionado maestro acepta la opinión de S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 1, 1928, 847 en el sentido que el inciso *quia quod desit-implet* debería ser considerado una glosa, porque para Neracio y Próculo la *naturalis possessio* no faltaba como demuestran las palabras *si non antecedit naturalis possessio*. Tal posición no fue aceptada por A. Burdese, *In tema di animus possidendi nel pensiero della giurisprudenza classica* en *Studi in Onore di B. Biondi*, 1, Milano, 1965, 532 ss., el cual afirma que la motivación puede referirse a tales juristas y no a un glosador, porque la relación entre *animus* y *naturalis possessio* esconde la identificación de los dos elementos, subjetivo y objetivo de la posesión. Además Cannata observa que los términos *sed et si sciat-alienum esse* parecen ser inseridos a la fuerza, pero según nuestra opinión no vemos motivos por los que tales palabras no puedan ser atribuidas a Paulo. Por último Cannata piensa que en origen el texto no terminaba con las palabras *quibus consentio*, sino que la argumentación del jurista sería más amplia, pero según nosotros, (si bien es cierto que negamos que el pensamiento del jurista fuese más amplio), tales términos podrían pertenecer a Paulo, porque demuestran una precisa posición del jurista.

en el fundo (*ceterum-verum*), porque quien ignora no puede poseer el tesoro si bien posea el fundo (*is-possideat*). Pero también en el caso que tenga conocimiento de su existencia, no lo adquiere con base en el transcurso del tiempo, porque sabe que el tesoro es ajeno (*sed-esse*). Algunos juristas creen que sea más aceptable la opinión de Sabino, el cual piensa que el que tiene conocimiento de la existencia de un tesoro en su fundo, lo posee si lo cambia de lugar, ya que lo aleja de nuestra custodia. Y Paulo era de acuerdo con estos últimos.

Después de haber presentado el texto y confrontándolo con el pasaje de Pomponio, podemos observar que para la adquisición de la posesión del tesoro la jurisprudencia tiene tres posiciones:

- a) Quien adquirió el fundo con base en la usucapión se hace poseedor del tesoro aunque no tenga conocimiento de su existencia. Tesis de Bruto y Manilio (no aceptada por Paulo).<sup>15</sup>
- b) El titular del fundo posee el tesoro si conoce que se encuentra en su fundo y tenga intención de poseerlo. Tesis de Neracio y Próculo.
- c) El propietario del fundo adquiere la posesión del tesoro cuando lo cambia de lugar. Tesis de Labeón y de Sabino, seguida por Pomponio y Paulo.

Hasta este momento resulta claro que Labeón y Pomponio excluyen el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del titular del fundo porque el mismo no posee o no ha dejado de poseer, pero podemos cuestionarnos si Neracio y Próculo habrían tenido la misma opinión. Según nuestra opinión también tales juristas habrían excluido el ejercicio de tal acción llegando a la misma solución de Labeón, pero con una argumentación diferente: el titular del fundo sabía que el tesoro se encontraba en el mismo fundo habiendo adquirido tal conocimiento con la petición del propietario del tesoro de entrar en el fundo, pero no por este motivo se debía suponer la existencia del *animus possidendi*, elemento que habría tenido la

<sup>15</sup> El análisis de la presente opinión puede verse en M. Lauria, *Dal possessore del tesoro all'inventor* (D.41.2.3.3) en Labeo, 1, 1955, 22.

función de completar la *naturalis possessio* (*possessio* adquirida *corpore tantum*).<sup>16</sup>

Según Marrone,<sup>17</sup> confrontando D.41.2.3.3 y D.10.4.15 se puede demostrar que la posesión necesaria para la 'legitimación pasiva' al *actio ad exhibendum* era aquella adquirida al menos *corpore*; pero, según nuestra opinión no es así, porque el *loco movere*, requisito fundamental para la adquisición de la posesión del tesoro, no puede interpretarse en el sentido que para Labeón fuera suficiente que el propietario del fundo tuviera el *corpus* y no el *animus possidendi*. El tesoro se encuentra en el fundo y por esto el propietario del fundo tiene el *corpus possessionis*: *thensaurus meus in tuo fundo est*, pero carece del *animus possidendi* porque todavía no lo ha cambiado de lugar. El titular del fundo siempre ha tenido el *corpus possessionis* porque el tesoro se encuentra colocado en el fundo, y es únicamente el requisito de la remoción que permite configurar el elemento subjetivo de la posesión, porque en tal modo puede demostrarse objetivamente que existe la intención del propietario del fundo de poseer el tesoro como suyo. Claramente en D.10.4.15 se menciona: *utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse...* y tales términos son fundamentales para entender la opinión de Labeón.<sup>18</sup> El propietario del fundo no puede considerarse como poseedor solamente porque el tesoro se encuentra en el fundo, se requiere del *animus*, elemento que falta en dicha hipótesis, porque el titular del fundo habría podido no tener conocimiento de la existencia de la *res*. Para

<sup>16</sup> Opinión de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit. 295 ss con más referencias bibliográficas en la nota 27.

<sup>17</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 296 ss.

<sup>18</sup> Por el contrario Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 314 ss., considera interpolados tales términos porque la idea que expresan —que el demandado habría podido también no saber de la existencia del tesoro en su propio fundo— es en contradicción con los elementos del caso considerado en el fr. 15: si el *dominus fundi* impidió al propietario del tesoro desenterrarlo, quiere decir que era conocedor de la existencia del tesoro. Pero sobre este aspecto la puntualización que hizo P. Zamorani, *Possessio e animus*, I, Milano, 1977, 189 parece correcta: será adquirida la *scientia* de la existencia de un tesoro en el propio fundo a partir de que sea descubierto. Además (continúa el pensamiento de Marrone), de las palabras *utpote-esse*, se concluye a contrario que si el propietario del fundo tuviera conocimiento de la existencia del tesoro, en contra de él se podría ejercitar la *actio ad exhibendum*. Según nuestra opinión tal afirmación presenta ciertas dudas, al respecto ver la interpretación que realizamos sobre tales términos.

el *animus possessionis* no era suficiente tener el conocimiento que el tesoro se encontraba en el fundo, se requiere también de una intención de poseer, que objetivamente y concretamente se puede demostrar mediante el cambio de lugar que se realiza del mismo.

En conclusión, podemos afirmar que en el caso del tesoro mencionado en D.10.4.15 el titular del fundo puede considerarse como poseedor solamente si existe el elemento subjetivo de la posesión y tal elemento se realiza según Labeón, únicamente con el *loco movere*.

## 2. Un ejemplo de pérdida dolosa de la posesión

En Pomponio, libro octavo decimo ad Sabinum en D.13.7.3 se encuentra dicho:

*Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum...*<sup>19</sup>

Si en el momento en que estabas por recibir personalmente de tu deudor el dinero, le entregaste la cosa que te había dejado en prenda, y él la tiró por la ventana con la finalidad que otra persona que se encontraba en aquel lugar la pudiera cachar (*Si-posuerit*), Labeón afirma que puedes demandar en juicio al deudor con la acción de hurto y con la acción *ad exhibendum* (*Labeo-exhibendum*)...

Pomponio presenta una hipótesis que probablemente había sido mencionada por Labeón: un acreedor pignoraticio restituye la cosa dejada en prenda al deudor, que debía pagar la cantidad debida ape-

<sup>19</sup> Discusiones en doctrina se refieren a la clasicidad de la parte del pasaje que no hemos citado, sobre tales ver: P. Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon-París, 1915, 557 ss., G. Provera, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, 102 ss., F. Haymann, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachuebergabe im Römischen Recht* en BIDR, 59-60, 1956, 37 ss., Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 425 ss., y J. A. C. Thomas, *furtum pignoris* en RHD, 38, 1970, 136. No existen dudas que la solución que se presenta sea de Labeón a excepción de A. D'Ors, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'* en SDHI, 19, 1953, 191, el cual cree, pero sin mencionar fundamentos, que la referencia al *actio ad exhibendum* sea interpolada, pero tal opinión no es convincente, porque como vimos en D.10.4.15, en el caso en que exista una pérdida dolosa de la posesión Labeón habría podido conceder el ejercicio de la *actio ad exhibendum*.

nas le fuera entregada la *res*. El deudor no solamente no paga, sino que incluso tira por la ventana la cosa dejada en prenda con la finalidad que otra persona que se encontraba en aquel lugar pudiera cacharla y llevársela. En tal caso Labeón concede al acreedor pignoraticio la *actio furti* y la *actio ad exhibendum* en contra del deudor; el ejercicio de la primera acción encuentra confirmación en otro pasaje de un comentario a la obra de Sabino efectuado no por Pomponio, sino por Ulpiano, *libro quadragesimo ad Sabinum* en D.47.2.19.5, que afirma: *qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur*; mientras que la segunda acción habría podido ser ejercitada, porque en el pensamiento de Labeón existía un claro ejemplo de pérdida dolosa de la posesión.

### III. LA POSICIÓN DE JULIANO

Entre los argumentos que Juliano trata en el libro noveno de sus *digestos* se encuentra la *actio ad exhibendum*; su pensamiento en relación al *dolo desinens possidere* se encuentra recordado en dos textos de Ulpiano en D.10.4.5.2 y D.10.4.9.pr que preceden, según el orden palingenético de Lenel, el fragmento contenido en D.10.4.8.<sup>20</sup> El mismo problema se presenta en otros puntos de su obra, en el libro décimo séptimo *digestorum* en D.24.1.37, cuando analiza las donaciones entre marido y mujer, y en el libro cuarenta *digestorum* en D.9.2.42, en el caso de la cancelación de la escritura de las tablas testamentarias.

#### 1. La falta de entrega de los *ruta caesa* (material excavado y cortado)

Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.2 menciona en este modo:

<sup>20</sup> El libro noveno *digestorum* de Juliano está compuesto según Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, 337 ss., siguiendo este orden: *de interrogationibus in iure faciendis, de iureiurando, de noxalibus actionibus, de his qui deiecerint etc...*, *de servo corrupto, si iudex litem suam fecerit, ad exhibendum*.

*Idem Iulianus scribit emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri in quantum in litem iuravero: sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat.*<sup>21</sup>

El mismo Juliano había escrito que el comprador, si no restituía el material excavado y cortado, se encontraba obligado con la *actio ad exhibendum* a lo que el vendedor hubiera jurado *in litem* ser el valor del material mismo (*idem Iulianus-iuravero*), pero además decía: si el comprador lo poseía o con dolo había hecho en modo de no poseerlo (*sed-possideat*).

El vendedor cumple la obligación de entregar el fundo al comprador (no se menciona en el texto si le había transmitido la propiedad o solamente la posesión), pero el comprador (titular o poseedor del fundo) no restituye los *ruta caesa*<sup>22</sup> que se encontraban en el mismo.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> No existen dudas en la doctrina que tal solución sea clásica; cfr. L. Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, 174; Provera, *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem*, cit. 32; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 307 ss.; Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 219.

<sup>22</sup> *Ruta* es lo que se ha extraído del fundo, *caesa* lo que ha sido tallado; en este sentido Festo, *de verb. sign.*, s.v. *ruta caesa* (Lindsay, 320): *ruta caesa dicuntur, quae venditor possessionis sui usus gratia concidit ruendoque contraxit*. El término *ruta caesa* fue interpretado ampliamente en el periodo republicano y después en edad clásica se regresó a su significado que tenía en origen, como hizo notar M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* en *Studi in Onore di E. Volterra*, 1, Milano, 1971, 213 ss.; así Cicerone, *Top.*, 100 incluye también los *ornamenta*: *... cum aedes fundumque vendiderint rutis caesis receptis, concedant tamen aliquid emptori quod ornandi causa apte et loco positum esse videatur; sic tibi nos ad id quod quasi mancipio dare debuimus ornamenta quaedam voluimus non debita accedere*, y en *de orat.*, 2.226 el sello del *paterfamilias*: *sed dicet te, cum aedes venderes, ne in rutis quidem et caesis solium tibi paternum recepisse*. Q. Mucio, *libro singulari Orwn* en D.50.16.241 incluye todas las cosas que no se comprenden en la tierra o en la obra edificada o de estuco: *in 'rutis caesis' ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non continentur*, su pensamiento se encuentra citado también por Pomponio, *libro trigesimo primo ad Quintum Mucium* en D.18.1.66.2 en donde se puede observar que para Quinto Mucio existe una plena identificación entre los *ruta caesa* y lo que no corresponde al edificio ni al fundo, porque el jurista menciona que quien escribió '*ruta caesa*' y aquellas cosas que no son de la casa o del fundo', escribió dos veces la misma cosa, porque los *ruta caesa* son aquellas cosas que no pertenecen a la casa o al fundo: *Quintus Mucius scribit, qui scripsit 'ruta caesa quaeque aedium fundive non sunt', bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt*. En el siglo I d. C., Próculo mencionado por Celso, *libro octavo digestorum* en D.19.1.38.2 excluye entre los *ruta caesa* los tubos de plomo de una toma de agua que conducen agua bajo tierra hacia un calentador construido con ladrillos, si las partes no han establecido nada en el contrato de compraventa de la casa, porque las cosas inseridas e incorporadas en un edificio son consideradas parte del mismo: *Firmus a Proculo quaesivit, si de plumbeo*

Juliano propone al vendedor el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del comprador, aceptando una opinión que antes del jurista adrianeo había sido afirmada por Aquilio Galo y seguida por Fabio Mela, como recuerda todavía Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* en D.19.1.17.6:

*Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia. Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cavendum est venditori quam de ceteris quae sunt pretiosiora.*<sup>24</sup>

*castello fistulae sub terram missae aquam ducerent in aenum lateribus circumstructum, an hae aedium essent an ut ruta caesa vincita fixaque quae medium non essent. Ille rescripsit referre, quid acti esset. quid ergo si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse solet, nonne propius est, ut inserta et inclusa aedificio partem eius esse existimemus?* Javoleno, *libro septimo ex Cassio* en D.19.1.18.pr., considera que los graneros hechos de tablas son considerados como *ruta caesa* en el caso en que se encuentren sobre el terreno; por el contrario, si se encontraran inseridos a la casa, forman parte de la misma: *granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt*. En D.19.1.18.1 el mismo jurista afirma que las tejas, que no son puestas sobre los edificios, también si han sido traídas con tal finalidad, son consideradas como *ruta caesa*, a diferencia de aquellas que fueron quitadas para ser incorporadas nuevamente, porque en tal caso acceden a la casa: *tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur: aliud iuris est in his, quae detractae sunt ut reponerentur: aedibus enim accedunt*. En edad severiana se regresa al significado que los *ruta caesa* tenían en origen, así Ulpiano, *libro trigesimo secundo ad edictum* en D.19.1.17.6, afirma que entre los *ruta caesa* se encuentra todo tipo de material excavado y cortado (arena, arcilla, árboles cortados, carbones y cosas similares): *si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia...*

<sup>23</sup> G. Provera, *Contributi allo studio del Iusurandum in litem*, Torino, 1953, 32 afirma que el caso formulado en D.10.4.5.2 se refiere al hecho que el comprador conserva para sí los *ruta caesa*, que se habían excluido expresamente en la venta; tal interpretación presenta ciertas dudas, porque en el texto no se observa que las partes hubieran expresamente hecho un acuerdo en tal sentido, además, como veremos a continuación, desde el momento que los *ruta caesa* no forman parte del fundo no existía la necesidad de incluirlos en la *lex venditionis*.

<sup>24</sup> No existen dudas que el contenido del texto es clásico: *cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 318 y nt. 92 con referencias bibliográficas y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 217 y nt. 88, con las mismas referencias bibliográficas.

El jurista tardoclásico, antes de indicar el motivo por el que el vendedor puede ejercitar la *actio ad exhibendum* en contra del comprador que conserva los *ruta caesa*, afirma que permanecía la opinión, según la cual los *ruta* eran las cosas excavadas, como la arena y la arcilla, y los *caesa*, el material cortado, como los árboles y los carbones (*Si ruta-similia*). Después hace referencia a Fabio Mela, que cita la opinión de Aquilio Galo, que menciona que inútilmente eran incluidos en la *lex venditionis* los *ruta caesa* (*Gallus-contineri*), porque, si no se hubieran específicamente vendido, podía ejercitarse la *actio ad exhibendum* respecto a aquellos (*quia-potest*): ya que debería garantizarse al vendedor por aquellas cosas que eran preciosas y no por la materia cortada o las piedras rudas o la arena (*neque-pretiosiora*). Ulpiano, al ofrecer ejemplos de *ruta caesa*, usa el verbo *placere*, que demuestra la existencia de una discusión jurisprudencial precedente,<sup>25</sup> sin que sea posible establecer su contenido preciso: *ea placuit esse ruta... caesa ea esse...*; por el contrario, sabemos con certeza que Aquilio Galo es el primer jurista en manifestar el ejercicio de la *actio ad exhibendum* para pretender tales bienes, identificándose así una función determinada de esta acción, recogida por la jurisprudencia posterior.

De la referencia que Ulpiano hace a la opinión de Juliano en D.10.4.5.2, no se identifican las razones que han originado que el segundo jurista escogiera la *actio ad exhibendum*; probablemente aceptaba los argumentos de Aquilio Galo: si bien la venta se refería a un fundo, resultaba inútil considerar en la *lex venditionis* el material escavado y cortado por el simple motivo que no formaba parte del mismo. Si el vendedor del fundo no debía mencionar en el acuerdo los *ruta caesa* y mucho menos hacerse prometer (con *stipulatio*) por parte del comprador la autorización de ingresar en el fundo para recuperarlos, la acción contractual o la *actio ex stipulatu* no podían considerarse como medios idóneos para obtener la restitución de los mismos.

La función de la *actio ad exhibendum* en la hipótesis mencionada por Juliano sería, según Marrone,<sup>26</sup> aquella de permitir al vendedor de entrar en el fundo y recoger el material que le pertenece; en este modo el comprador estaría obligado simplemente a un *tollere pati*. Tal explicación presenta ciertas dudas, porque si bien una de las funciones de la *actio ad exhibendum* es la de permitirle al actor de llevar consigo la cosa objeto de la controversia, autorizándolo a entrar en el fundo (como claramente puede ser observado en

<sup>25</sup> *Cfr.* Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1914, s.v. *placere*.

<sup>26</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 474 ss.

varios pasajes del Digesto),<sup>27</sup> y la mención de la posesión podía interpretarse como una referencia a la posesión de la casa incluidos los *ruta caesa*, en D.10.4.5.2 Juliano usa claramente el término *restituere*: *...emptorem, qui ruta caesa non restituit...*, que, como es notorio, implicaba una actitud positiva: tomar la cosa (el material excavado y cortado) y entregarla al actor;<sup>28</sup> por ello, según nuestra opinión, el texto podría explicarse en el sentido que el comprador se encontraba obligado a entregar los *ruta caesa* al vendedor (y no simplemente permitirle el acceso), en cuanto probablemente tales bienes ya no se encontraban en el fundo; se debe observar que el comprador poseía los bienes o con base en su dolo había hecho en modo de no poseer, pero no se afirma en el pasaje que el material excavado y cortado se encontraba todavía en el mismo fundo.

Marrone<sup>29</sup> afirma que los términos *sed ibi adicit, si emptor possideat aut dolo fecit quo minus possideat* al final de D.10.4.5.2 son de origen glosemático, porque, si el material estaba en el fundo, el demandado tenía una posesión '*sui generis*' (*corpus possessionis* sin *animus*), que era suficiente para permitir el ejercicio de la *actio ad exhibendum*. Por el contrario con las últimas palabras parecería que Juliano exigiera un *possidere* más calificado del que tenía efectivamente el comprador. Tal glosa debería imputarse a un autor posclásico que quería medir el *possidere* de la *actio ad exhibendum* a una noción más general y abstracta de la posesión, y realizó esto mediante una serie de observaciones en varios lugares del comentario ulpiano, dedicado a la legitimación pasiva en la *actio ad exhibendum* y un indicio formal de tal afirmación sería el uso del indicativo *fecit* en lugar del subjuntivo *fecerit*.

No podemos aceptar la presente tesis, ya que, el mismo Marrone había hecho notar con base en D.10.4.3.15; 5; 7, que la *intentio* de la fórmula com-

prendía la referencia a la posesión del demandado o a su pérdida dolosa;<sup>30</sup> por eso parece difícil afirmar, por una parte, que la acción de exhibición fuera ejercitable en contra *qui possidet aut dolo malo fecit quo minus possideret* y, por el otro lado atribuir a un autor posclásico el llamado a tal responsabilidad en D.10.4.5.2. El uso del indicativo *fecit* en lugar de *fecerit* seguramente es un error en el texto, pero tal error podría atribuirse al escribano. Si el material excavado y cortado ya no se encontraba en el fundo, resulta claro que el comprador había dispuesto del mismo como si fuera suyo y con la *actio ad exhibendum* habría sido obligado a restituirlo solamente si el mismo poseyera o con dolo malo hubiera hecho en modo de no poseer: *emptorem, qui ruta caesa non restituit, ad exhibendum teneri...si emptor possideat aut dolo fecerit quo minus possideat*. La posesión del demandado no es '*sui generis*', como piensa Marrone, porque si los *ruta caesa* fueron cambiados de lugar (como nos parece posible interpretar), claramente conserva una posesión que presupone el *corpus* y el *animus*. Si los *ruta caesa* fueron trasladados a otro lugar, pero el demandado conservaba la posesión de los mismos o los había dejado de poseer con dolo, debería realizar una actividad: tomar el material excavado y cortado y entregarlo al actor.

El motivo por el cual el vendedor habría podido ejercitar la *actio ad exhibendum*, no era porque el comprador no le permitía entrar en el fundo para recoger los *ruta caesa* (en tal caso la obligación del demandado habría sido un *tollere pati* y no un *restituere*); sino que, probablemente el vendedor, una vez que había entrado en el fundo, no había encontrado el material porque el comprador lo había cambiado de lugar. En el juicio el actor no debía demostrar la titularidad de los *ruta caesa*, sino la posesión del demandado o su actitud conciente y voluntaria por la cual había dejado de poseer con dolo; en este modo la finalidad de la *actio ad exhibendum* consistiría en permitir al actor obtener el material excavado y cortado que le pertenecía, y si el demandado no hubiera cumplido la orden del juez, se encontraría obligado (según el pensamiento de Juliano) en la medida del *iusiurandum in litem* del actor.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> En tal sentido Pomponio, *libro vigesimo secundo ad Sabinum* en D.19.5.16.pr: *...quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum...*; Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.3: *Item Celsus scribit stercus, quod in aream meam conguessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi ut tollas...*; en D.10.4.5.4: *sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit...*; en D.10.4.5.5: *sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis ad exhibendum, licet non possideas*. Textos analizados por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 469 ss.

<sup>28</sup> Sobre los términos *restituere* y *exhibere* véanse los textos de Gayo, *libro quarto ad edictum provinciale* en D.50.16.22: *plus est in restitutione quam in exhibitione: nam 'exhibere' est praesentiam corporis praebere, 'restituere' est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur*; cfr. Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 492 ss.

<sup>29</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 307 ss.

<sup>30</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 641 ss., propone la *intentio* en estos términos: *si paret eum (scil. hominem) Numerium Negidium possidere dolove malo fecisse quo minus possideret*.

<sup>31</sup> G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen, 1910, 18 elimina la indicación del *iusiurandum in litem*, pero tal opinión permanece aislada en doctrina; cfr. Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, cit., 174 ss.; Provera, *Contributi allo studio del Iusiurandum in litem*, cit., 31 ss.; sin tomar una posición Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 307 n. 60 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. 219 n. 93.



La falta de restitución de los *ruta caesa* por parte del comprador que posee o que ha dejado de poseer es el presupuesto de la condena con base en el *iusiurandum*; pero el texto, así como nos llegó en la compilación justiniana no explica la relación entre el *restituere* y el *exhibere*. Chiazzese<sup>32</sup> propone la reconstrucción del texto que se encuentra en D.10.4.5.2 en este modo: *idem Iulianus scribit emptorem, qui ruta caesa <mihi> non restituit, ad exhibendum teneri, <zet si iussus a iudice non exhibeat> in quantum in litem iuravero <condemnari oportere>*. Tal propuesta de reconstrucción nos parece muy interesante, porque en este modo el texto resulta claro. Como los *ruta caesa* no fueron restituidos al vendedor, el comprador se encuentra obligado con base en la *actio ad exhibendum*, y, si el mismo no cumple la orden del juez de 'exhibir', deberá ser condenado a la *litis aestimatio*. Dicha reconstrucción podría por lo tanto referirse al texto como aparecía en origen en el mismo libro noveno *digestorum* de Juliano y la versión que nos llegó en D.10.4.5.2 no sería la redacción de los compiladores justinianos (como piensa el investigador), sino simplemente una versión más corta efectuada por el mismo Ulpiano.

## 2. El homicidio del esclavo, transmisión de la posesión a otra persona o el daño total de la cosa

Otro texto de Ulpiano en el mismo libro vigésimo cuarto *ad edictum* en D.10.4.9.pr expone el pensamiento de Juliano en referencia a la responsabilidad del demandado que con dolo ha dejado de poseer:

*Iulianus scribit: si quis hominem quem possidebat occiderit sive ad alium transtulerit possessionem sive ita rem corruperit ne haberi possit, ad exhibendum tenebitur, quia dolo fecit quo minus possideret. proinde et si vinum vel oleum vel quid aliud effuderit vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.*<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Chiazzese, *Jusiurandum in litem*, cit., 174.

<sup>33</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit. 400 cree (así como Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 36 ss.,) que las palabras *sive-possit* de D.10.4.9.pr sean de origen glosemático, porque Ulpiano hablaba de transmisión de la posesión un poco más adelante (§2), resultando difícil pensar que se repitiera el mismo problema. El mismo glosador incluiría también *sive ita-possit*, que incorporaría un caso demasiado general en el que se encontraría el homicidio del esclavo, del cual ya había tratado. Además toda la parte del texto *sive ad-possit*, por motivo de los términos *sive...sive*, daría la impresión, a primera vista, de querer especificar lo que había dicho antes, sin embargo incluye otros dos casos. La opinión del maestro no nos convence, porque si Ulpiano trataba en D.10.4.9.pr.-4 de la *intentio* de la fórmu-

Juliano escribió que si alguno haya matado el esclavo que poseía o haya transmitido la posesión a otra persona o haya roto alguna cosa en modo de que no pueda ser obtenida, está obligado con la *actio ad exhibendum*, porque con dolo hizo en modo de no poseer (*Iulianus-tenebitur*). En la misma situación se encuentra obligado con la *actio ad exhibendum* el que hubiera derramado vino, aceite o haya roto alguna cosa (*proinde-tenebitur*).

El jurista toma en consideración los dos requisitos necesarios mencionados en el edicto para el ejercicio de la acción: que el demandado posea o que con dolo haya dejado de poseer. Específicamente en el caso del esclavo, presenta dos ejemplos en que se puede concretizar el segundo requisito: el homicidio del esclavo o la transmisión de su posesión a otra persona. La causa por la cual el actor ejercitaba la *actio ad exhibendum* era porque pretendía la exhibición del esclavo y obtener la posesión del mismo, pero como había sido matado por el demandado, la finalidad de la acción no podía ser la exhibición, sino la indemnización por la muerte causada (de acuerdo con el *iusiurandum in litem*, como se encontraba mencionado en D.10.4.5.2),

No todos los casos en que existe la transmisión de la posesión de un esclavo a otra persona o la destrucción de la cosa deben ser considerados como pérdida dolosa de la posesión, según una interpretación literal del texto. La transmisión o la destrucción deben tener una precisa finalidad: evitar que el demandado obtenga la posesión al momento en que viene ejercitada la acción.

Ulpiano, manifestando el pensamiento de Juliano (probablemente en modo sintético) usa el término *proinde*, introduciendo otros ejemplos de pérdida dolosa de la posesión que se encontraban en el mismo libro de los *digestos*: derramar vino, aceite o romper una cosa:

la, resulta claro que la posesión o la pérdida dolosa fuera un problema afrontado en este grupo de pasajes. Ciértamente los términos *sive ita rem corruperit ne haberi possit* presentan un caso demasiado amplio que podría comprender el primer ejemplo, pero no por este motivo puede considerarse glosemática la referencia, ya que Juliano habría podido iniciar con un caso específico de aplicación de la *actio ad exhibendum* para manifestar después un problema más amplio que incluyera el primero. La parte del texto *sive ad-possit* no pretende especificar lo que el jurista dijo antes, sino lo que se dice después; es decir, otros casos en que se puede considerar que el demandado haya hecho en modo de no poseer.

*proinde et si vinum vel oleum vel quid aliud effuderit vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.*

Como es notorio, quien adultera vino, lo tira, lo convierte en vinagre o en algún modo lo altera puede ser obligado con base en la ley Aquilia, como afirma el jurista severiano en otra obra, en el libro décimo octavo *ad edictum* en D.9.2.27.15, que al citar el pensamiento de Celso afirma: *cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait*, porque el verbo *corrumpere* incluye el hecho de derramarlo o transformarlo en vinagre: *quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.*

El verbo *effundere* usado por Juliano-Ulpiano en D.10.4.9.pr y por Celso-Ulpiano en D.9.2.27.15 demuestran que en el periodo adrianeo quien tira vino ajeno podía ser obligado con base en la *actio ad exhibendum* o *actio ex lege Aquilia*; pero Juliano se refiere a la primera acción y no a la segunda, a diferencia de Celso que menciona la segunda y no la primera. La aplicación de la *actio ad exhibendum* y no de la *actio ex lege Aquilia* en el caso del vino (del aceite o de la destrucción de una cosa), depende, según nosotros de diversos factores:

a) El actor ejercita la *actio ad exhibendum* porque quiere que el demandado exhiba el vino (el aceite o la cosa) que le pertenece, pero el demandado que lo posee lo tira (o lo rompe) dolosamente; en el segundo caso el actor ejercita la *actio ex lege Aquilia* no porque quiera que se le exhiba el vino (pretensión que no tendría sentido porque el vino había sido derramado), sino porque quiere obtener un resarcimiento por el daño cometido por el demandado.

b) Quien ejercita la *actio ad exhibendum* debe demostrar que el demandado poseía el vino (el aceite o la cosa) y que había sido derramado (o roto) dolosamente; en tal situación el demandado no debe necesariamente poseer el vino (el aceite o la cosa) y, si bien el daño aquiliano presupone una situación efectuada injustamente, el dolo no es un requisito fundamental.

### 3. *Actio ad exhibendum* y *translatio iudicii*

Hasta este momento hemos observado la posición de Juliano respecto a la responsabilidad de quien ha dejado de poseer con base en el

dolo mediante la citación efectuada por Ulpiano; pero por fortuna se encuentra incorporado en el Digesto un texto del jurista adrianeo que se encontraba en el libro noveno *digestorum* en D.10.4.8:

*Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat neque dolo malo fecerat quo minus possideret, deinde eo defuncto heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. nam si fundum vel hominem petiero et heres ex eadem causa possidere coeperit, restituere cogitur.*<sup>34</sup>

Si fue ejercitada la *actio ad exhibendum* en contra de quien no poseía ni había hecho con dolo malo en modo de no poseer (*si-possideret*), después, muerta tal persona, su heredero posee la cosa (*deinde-rem*), en tal caso deberá estar obligado a exhibirla (*exhibere-erit*). Por supuesto, si se pidiera en juicio un fundo o un esclavo y el heredero, con base en la misma causa haya comenzado a poseerlo está obligado a restituirlo (*nam-cogitur*).

El actor había ejercitado la *actio ad exhibendum* en contra de una persona que no poseía la cosa o que no había dejado de poseerla por motivo de dolo; como es lógico pensar, el demandado no habría podido ser obligado a tal acción porque faltaban los presupuestos de la *intentio*, pero, después de su muerte y antes de que el juez decidiera la controversia, el heredero subentra en la posición del *de cuius* por motivo de una *translatio iudicii*.<sup>35</sup> Antes de la sentencia el heredero entra en la posesión de la cosa (sin que conozcamos la causa de tal hecho) y por tal motivo, como posee la cosa, deberá cumplir la orden del juez y deberá exhibirla.

En la segunda parte del fragmento el jurista adrianeo afronta un problema diferente, que con la finalidad de argumentar su posición

<sup>34</sup> Beseler, *Beiträge*, I, cit., 36 incorpora después de la palabra *possidet rem* los términos: *non transfertur iudicium in heredem, sed heres suo nomine denuo conveniendus est. idem dicendum est, et si defunctus possederit*; elimina *exhibere eam cogendus erit* y después *nam* incluye la conjunción *et*. Después *eadem*, incluye *aliave*, elimina *restituere cogitur* e incorpora *non transferetur iudicium*. Tal propuesta de reconstrucción cambia totalmente el contenido del pasaje; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 508 ss. y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 231 ss. piensan por el contrario que el contenido sea clásico.

<sup>35</sup> En relación con la *translatio iudicii* en la sucesión hereditaria ver: P. Koschaker, *translatio iudicii*, Graz, 1905, 239 ss.; F. Bonifacio, *Studi sul processo formulare romano. Translatio iudicii*, Napoli, 1956, 49 ss.; por último M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, 350 ss.

respecto a la *actio ad exhibendum*, recuerda el caso de la acción real:<sup>36</sup> si el actor pide al demandado un fundo o un esclavo y el demandado no posee o no hizo en modo de privarse de la posesión, no puede ser constreñido a entregar la cosa, sino que, en el caso en que después de su muerte el heredero la obtenga será obligado a entregarla. Según

<sup>36</sup> En tal sentido ver Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 509 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 232 (los cuales piensan que se trata de la *rei vindicatio*). Los presentes autores hicieron notar que la mención del fundo excluye que el jurista se refiriese a la *actio ad exhibendum*, porque tal acción se ejercita solamente en el caso de bienes muebles. Aislada permanece la tesis de F. Bossowski, *Actio ad exhibendum w prawie klasycznym i justyniańskim*, Kraków, 1929, 68 ss. (agradezco la traducción de las páginas que aquí nos interesan a la doctora Aldona Jurewicz de la Facultad de Derecho de la Universidad de Warmia-Mazuria de Olsztyn, Polonia), según el cual las palabras: *si fundum vel hominem petiero* corresponden a la *actio ad exhibendum*, porque en el derecho clásico se habría podido utilizar tal acción en contra del poseedor del fundo. Su tesis presenta una serie de fundamentos, que, en nuestra opinión, no parecen insuperables:

a) La *actio ad exhibendum* así como la *rei vindicatio* eran finalizadas a la petición de una cosa como afirma Gayo 4.51: *...si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est si in rem agamus vel ad exhibendum...*; pero tal texto según nuestra opinión no demuestra que la *actio ad exhibendum* tratara también de los bienes inmuebles.

b) En Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.5.1 se observa que la *actio ad exhibendum* podía interponerse en contra del usufructuario: *Iulianus autem ita scribit ad exhibendum actione teneri eum, ... qui usus fructus nomine rem teneat...* y el usufructo, como es notorio, puede tener como objeto bienes muebles así como inmuebles. Ciertamente es así, pero según nosotros no se demuestra por tal hecho la aplicación de la acción de exhibición a los bienes inmuebles.

c) En un texto de Juliano, *libro quinquagensimo quinto digestorum* en D.6.1.52 se menciona que los herederos de un poseedor, que antes de la *litis contestatio* hizo en modo de no poseer un fundo, no son obligados con la *rei vindicatio*, sino con una *actio in factum* a entregar con base en el enriquecimiento obtenido: *cum autem fundi possessor ante litem contestatam dolo malo fundum possedere desiit, heredes eius in rem quidem actionem suscipere cogendi non sunt, sed in factum actio adversus eos reddi debet, per quam restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerunt*. En el derecho clásico la persona que con dolo había hecho en modo de no poseer no era obligado con la *rei vindicatio*, sino con la *actio ad exhibendum*, y por ello era posible considerar el ejercicio de tal acción en el caso de un fundo. Nosotros anteriormente habíamos afirmado (Y. González Roldán, *El principio dolus pro possessione est en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano*, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 27, 2003, 349 ss.) que en el derecho clásico la persona que había hecho con base en el dolo en modo de no poseer podía estar obligado con la *rei vindicatio*, como puede demostrar Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.27.3 y por ello debemos excluir la aplicación de la *actio ad exhibendum* en el caso del fundo.

d) La opinión de Lenel, *Das Edictum perpetuum*, cit. 475, que el *interdictum quem fundum* podía dirigirse en contra del poseedor del inmueble o en contra de quien había

nuestra opinión, la acción a la que se hace referencia no es la *rei vindicatio*, como gran parte de la doctrina ha considerado,<sup>37</sup> sino una acción *in rem* que al igual que la *actio ad exhibendum*, tenga en la *intentio* de la fórmula la referencia a la posesión del demandado o al hecho que haya dejado de poseer con dolo como sería el caso de la *petitio hereditatis*.<sup>38</sup>

abandonado dolosamente la posesión no encuentra fundamento en las fuentes, y por esto la acción que habría tenido el titular habría sido la *actio ad exhibendum*. No aceptamos la tesis del autor, porque no existen pruebas en las fuentes que la *actio ad exhibendum* tuviera tal función, además los textos que presenta Lenel demuestran la función de tal interdicto.

e) En el caso en que una persona pretenda ejercitar una acción para obtener un fundo del cual no se tenga el *dominium ex iure Quiritium* (por ejemplo, el fundo se encuentra en provincia) debe utilizarse siempre una *actio ad exhibendum*, pero como la diferencia entre el *dominium ex iure Quiritium* y "*dominium ex iure gentium*" (sic) no había llegado al derecho justiniano, la aplicación de la *actio ad exhibendum* en tal caso no encuentra ninguna mención en la compilación. Según nuestra opinión en ausencia de referencias en las fuentes sobre este punto no se puede demostrar la tesis del autor.

e) Quienes afirman que la *actio ad exhibendum* se refería únicamente a los bienes muebles fundamentan su opinión en Ulpiano, *libro sexagensimo nono ad edictum* en D.43.16.1.6: *illud utique in dubium non venit interdictum hoc ad res mobiles non pertinere: nam ex causa furti vel vi bonorum raptorum actio competit: potest et ad exhibendum agi...* y D.43.16.1.32: *...plane si quis velit de possessione quidem rei soli per hoc interdictum experiri, de rebus vero mobilibus ad exhibendum actione...* pero tales fundamentos dejan dudas, porque en tales pasajes Ulpiano afirma simplemente que el *interdictum unde vi* se aplica solamente a los bienes inmuebles, reflexionando sobre cuáles medios procesales existirían para pedir los bienes muebles. Nos parece claro que los presentes textos demuestran claramente que la *actio ad exhibendum* se refiere solamente a los bienes muebles.

f) El autor polaco además afirma que se encuentran interpolados los textos en donde se menciona claramente el ejercicio de la *actio ad exhibendum* únicamente a los bienes muebles, como Licinio Rufino, *libro quarto regularum* en D.5.1.38: *...etiam ibi peti debet, ubi res est. et si mobilis sit res ad exhibendum agi cum herede poterit...*; Ulpiano, *libro sexagensimo sexto ad edictum* en D.3.3.56: *ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum recte aget*; la constitución de Gordiano del año 242 d.C en C.9.32.4.1: *et ideo res, quas per eandem abesse quereris, competenti in rem actione vel, si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret, ad exhibendum persequere*; pero según nuestra opinión no existen razones para dudar del contenido clásico de los mismos.

<sup>37</sup> En tal sentido Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 509 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 232.

<sup>38</sup> Con referencia a la fórmula petitoria de la *petitio hereditatis* la doctrina ha hecho diferentes propuestas de reconstrucción: así Lenel (*Das Edictum perpetuum*, cit. 177) la presenta en este modo: *si paret hereditatem Publi Maevi ex iure Quiritium Ai Ai esse, si arbitrato tuo res Ao Ao non restituatur, quanti ea res est, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao*

#### 4. Donaciones entre marido y mujer

Además del libro noveno en otro lugar de la obra juliana encontramos el problema de la pérdida dolosa de la posesión, en el libro décimo séptimo *digestorum* en D.24.1.37 cuando Juliano trata de las donaciones entre marido y mujer:

*condemnato, si non paret absolvito. Kaser (Das römische Privatrecht, München, 1971, 737) propone una fórmula similar a la que hemos citado: si paret hereditatem L. Titii qua de agitur Ai. Ai. esse ex iure Quiritium neque ea res Ao. Ao. restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, si non paret absolvito; pero según nosotros, tales propuestas, si bien provienen de eminentes investigadores, tienen como dificultad la falta de referencia a la posesión del demandado (en este sentido ver A. Carcaterra, L'azione ereditaria nel diritto romano, 2, Roma, 1948, 271 ss.) que por el contrario parecería ser un punto de inicio en el análisis de tal acción por parte de los juristas que han comentado el edicto del pretor. Así Ulpiano, libro quinto decimo ad edictum afirma en D.5.3.9 que la persona que se encuentra obligada con base en la petición de herencia debe poseer un derecho o una cosa hereditaria pro herede o pro possessore: regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam, para después analizar quién puede ser considerado que posee pro herede y quién pro possessore (ver Lenel, Palingenesia, cit., 2, 497), Paulo, libro vicensimo ad edictum en D.5.3.22 distingue entre poseedor de buena fe y el praedo: si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod tandem redemerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? in praedone dicimus electionem esse debere actoris... La fórmula de la petitio hereditatis no debía mencionar solamente la posesión, sino también la responsabilidad de quien había dejado de poseer con base en el dolo, porque los juristas al comentar el edicto usan los términos: dolo desierit possidere (D.5.3.13.2 Ulpiano); dolo fecerit, quo minus possideat (D.5.3.13.14 Ulpiano-Marcelo); dolo fecit quo minus possideret (D.5.3.25.8 Ulpiano); dolo malo fecit quo minus possideret (D.5.3.27.pr.Ulpiano); dolo desierit possidere (D.5.3.36.3 Paulo). Lenel en la primera edición del edictum perpetuum había efectuado la reconstrucción de la fórmula de la petitio hereditatis, indicando la posesión (Das Edictum perpetuum, Leipzig, 1883), pero, después que la doctrina de su tiempo había afirmado que no era clásica la referencia a la possessio iuris, el maestro había eliminado tal referencia pensando que tal mención habría podido ocasionar incentivos para considerar la existencia de la categoría de la posesión de los derechos (así menciona Carcaterra, L'azione ereditaria nel diritto romano, 2, cit., 272). Según nuestra opinión, la fórmula de la petitio hereditatis, después el senadoconsulto 'Juvenciano' (mencionado en D.5.3.20.6), era como en origen la había reconstruido Lenel, incorporándose con posterioridad la referencia de quien no posee con base en el dolo en este modo: Si paret hereditatem qua de agitur ex iure Quiritium Ai Ai esse, quod Nm Nm ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet dolove malo eius factum est quo minus possideret, neque quid arbitrio tuo Ao Ao restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemnato, si non paret absolvito.*

*Si mulier dolo fecerit, ne res exstaret sibi a marito donata, vel ad exhibendum vel damni iniuriae cum ea agi poterit, maxime si post divortium id commiserit.*<sup>39</sup>

Si la mujer hizo con dolo en modo de que la cosa que le fue donada por el marido ya no exista, el marido puede demandarla con la *actio ad exhibendum* o con la *damni iniuriae* (si mulier-poterit), sobre todo si esto sucedió después del divorcio (*maxime-commiserit*).

Juliano concede al marido en contra de la esposa o ex esposa que destruyó dolosamente la cosa que le había donado la *actio ad exhibendum* o la *actio damni iniuriae*, pareciendo que en este modo las dos acciones tuvieran la misma finalidad: resarcir al marido; pero el texto, así como se presenta no concede grandes certezas, por ejemplo, ¿por qué motivo el marido debería escoger una acción y no la otra? ¿Una acción vale lo mismo que la otra?

Según nuestra opinión debemos formular hipótesis que el texto por sí solo no resuelve. Si el marido pretende la restitución de la cosa donada con la *rei vindicatio* y la mujer para evitar entregarla la destruye, ciertamente el pretor no habría podido concederle la acción

<sup>39</sup> El contenido clásico del texto fue criticado por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 398 (así como por otros autores citados en la nota 352 de su obra y por Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. 274), el final del texto *maxime-commiserit* no parecería ser clásico porque no es digno de un especialista de derecho, también si no se hiciera caso del término *maxime* (afirma Marrone en nota 353), sería imposible conservar el final del fragmento 37 porque no se entiende por qué la esposa no debería responder de las cosas destruidas dolosamente durante el matrimonio. Según nuestra opinión el concepto *maxime* no parece adecuado en el contexto, pero también la opinión del investigador hace surgir dudas; si la destrucción de la cosa sucedió antes o después del divorcio no tiene importancia, porque en los dos casos la esposa o ex esposa estará obligada por motivo de la destrucción de la cosa (sin importar que tal hecho haya sucedido antes o después del divorcio). Si el término *maxime* fuera clásico probablemente sería el resultado de un responso del jurista a un hombre divorciado. El hombre pregunta al jurista: ¿puedo demandar a mi ex mujer por la cosa donada en matrimonio aunque la hubiera destruido dolosamente? El jurista da una respuesta afirmativa, sí, con la *actio ad exhibendum* o la *actio damni iniuriae*. Si la cosa la destruyó después del matrimonio, ¿puedo ejercitar tales acciones? El jurista responde: ciertamente (*maxime*), si la destrucción fue realizada después del divorcio. Tal interpretación podría explicar también la razón por la cual el jurista propone el ejercicio de la acción de daño, ya que si en tal acción el dolo no es un requisito fundamental (es suficiente la culpa, como recuerda Marrone), la cuestión que presenta el hombre divorciado tiene como presupuesto que la ex esposa hubiera actuado dolosamente.

real, porque el demandado ya no poseía la cosa,<sup>40</sup> pero el mismo marido se habría encontrado frente a la opción de escoger la *actio ad exhibendum* o la *actio damni iniuriae*.<sup>41</sup>

El ejercicio de la *actio ad exhibendum* es posible porque la fórmula de tal acción tiene en la *intentio* la referencia a la pérdida dolosa de la posesión y aquí la mujer había intencionalmente hecho desaparecer la *res*; con tal acción el actor pretende que el demandado sea condenado al valor de la cosa donada por la imposibilidad que tendrá la esposa (o ex esposa) de exhibirla. La *actio damni iniuriae*, si bien no necesita del dolo como requisito fundamental, era seguramente ejercitable en caso de pérdida dolosa de la cosa, configurándose en tal caso un daño efectuado sin derecho en contra del actor.

La opción de una u otra acción depende de la condena que el actor pretenda exigir al demandado así como del aspecto probatorio; como hemos visto, Juliano en el libro noveno de sus digestos afirma que, en el caso en que el demandado no exhiba la cosa, será obligado en la medida del *iusiurandum in litem* (D.10.4.5.2) y por este motivo, desde el momento que la mujer no podrá exhibir la *res*, será obligada en tal medida. En el caso de la *actio damni iniuriae*,<sup>42</sup> la responsabilidad de quien daña la cosa es diferente, consistiendo la pena en el valor más alto que tuvo la cosa en el último año o en los últimos treinta días; así, por ejemplo, si la mujer hubiera matado un esclavo

<sup>40</sup> Por ejemplo: Celso, *libro nono digestorum* en D.24.1.48: *quae iam nuptae maritus donavit, viri manent et potest ea vindicare...*; Pomponio, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.24.1.31.2 en el caso del terreno donado y después edificado por la esposa: *si vir uxori aream donaverit et uxor in ea insulam aedificaverit, ea insula sine dubio mariti est... si maritus vindicet insulam...*; Paulo, *libro trigesimo sexto ad edictum* en D.24.1.36.pr: *si donatae res exstant, etiam vindicari poterunt...*; *idem*, *libro sexto quaestionum* en D.24.1.55: *uxor marito suo pecuniam donavit...quod ibi res mulieris permanet et vindicari directo potest...*

<sup>41</sup> Cfr. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 585 ss., y K. Misera, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien, 1974, 201 ss.

<sup>42</sup> Sobre la responsabilidad aquiliana la literatura es gigantesca, por ejemplo: S. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, 1 ss.; G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, 3 ss.; B. Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine*, Genève, 1997, 15 ss.; F. M. de Robertis, *Damnum iniuria datum*, Bari, 2000, 11 ss.; M. F. Cursi, *Iniuria cum damno*, Milano, 2002, 3 ss.; I. Piro, *Damnum 'corpore suo' dare. Rem 'corpore' possidere*, Napoli, 2004, 15 ss.

que en el último año se encontraba sano, pero que al momento del homicidio era cojo, la opción del actor seguramente no habría sido la *actio ad exhibendum*, sino la *actio damni iniuriae*, porque en tal modo habría podido obtener un beneficio económico mayor respecto a la primera acción,<sup>43</sup> y además no se encontraría obligado a probar el dolo, sino simplemente que el daño había sido producido injustamente (y por ello también con culpa).

Si el actor escoge la *actio ad exhibendum*, la responsabilidad del demandado no se limitaría al valor más alto que tuviera la cosa en el último año o en los últimos treinta días, podría inclusive pretender una mayor condena, y si bien debe probar el dolo de la mujer (en el caso de la culpa no se puede demandar con tal acción) no deberá demostrar que el daño fue efectuado *corpore corpori*.

En conclusión podemos afirmar que la *actio ad exhibendum* y *actio damni iniuriae* tienen la misma finalidad, permitir que el demandado sea condenado por la cosa destruida dolosamente, y la opción entre las dos acciones dependerá del caso específico.

## 5. Cancelación de las palabras escritas en las tablillas testamentarias (o de un documento)

Juliano, *libro quadragesimo octavo digestorum* en D.9.2.42:

*Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.*<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Gaio, 3.214. *Quod autem adiectum est in hac lege: QUANTI IN EO ANNO PLURIMI EA RES FUERIT, illud efficit, si clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuit, (ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuit) aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur quam ei damnum datum est.*

<sup>44</sup> El texto seguramente fue modificado si bien debemos establecer en qué medida; Beseler, *Beiträge*, 1, cit. 23 elimina *aut-instrumentum*, sustituye *delevit* por *interlevit* y *possit* por *possint*, cancela la referencia a la *actio ad exhibendum* y los términos *quia-exhibuerit*. Investigadores como S. Riccobono, *Traditio ficta* in ZSS, 34, 1913, 238; W. Rechnitz, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925, 73; A. Schiller, *Trade secrets and the roman law in Studi in Onore di S. Riccobono*, 4, Palermo, 1936, 88; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 405; Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit. 268 y G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano*

Aquel que canceló las palabras escritas de las tablillas del testamento depositadas o del documento que se refiere a algún tipo de acto en modo que no pueda ser leído está obligado con base en la *actio depositi* o a la *actio ad exhibendum*, porque restituyó o exhibió la cosa alterada (*Qui-exhibuerit*). Compete también por la misma causa la *actio legis Aquiliae* (*legis-competit*), ya que correctamente se dice que canceló las palabras escritas de las tablillas también el que las haya alterado (*corrupisse-interleverit*).

Este texto presenta varios problemas; en primer lugar se debe determinar quién puede ser considerado actor en el ejercicio de las acciones manifestadas por Juliano: el testador o el heredero.

Ciertos autores sin indicar motivaciones,<sup>45</sup> han planteado que el jurista adriano considerase que la persona que podía demandar en juicio con la *actio depositi*, *ad exhibendum* o *actio legis Aquiliae* fuera el testador por el valor de las tablillas y por los gastos que se hubieran ocasionado para realizar el testamento. Tal tesis fue negada por Valditara,<sup>46</sup> el cual afirma que como se trataban de simples cancelaciones a la escritura no se podía tratar de tal aspecto y que el segundo punto se encuentra claramente negado en D.9.2.41.pr., que no concede la acción aquiliana al testador en caso de destrucción del testamento.<sup>47</sup>

*ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, 125, aceptan la opinión de Beseler que en el texto original no se hacía mención a la expresión *aut-instrumentum* y sobre tal punto estamos de acuerdo, porque al inicio del libro XLVIII *digestorum*, Juliano trata de la materia hereditaria (ver Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 444 ss.), además el término *depositas* se refiere a las tablillas testamentarias y no a los *instrumenta* y al final del texto se regresa a tratar de las tablillas y no de los documentos. El verbo debería ser escrito al plural y no al singular (*possint* y no *possit*), pero probablemente es un error del escribano. El problema que presenta mayor importancia en nuestra investigación consiste en el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, y sobre tal punto la doctrina no tiene una posición común: aceptan la opinión de Beseler que tal referencia no es clásica autores como Burillo mientras que otros autores creen lo contrario como Marrone (ver más referencias en Valditara en la nota 329). Tal problema será afrontado a continuación.

<sup>45</sup> Por ejemplo: J. B. Thayer, *Lex Aquilia: (Digest 9.2, ad legem Aquiliam): text, translation and commentary*, Cambridge, 1929, 109; Schiller, *Trade secrets and the roman law*, cit., 89, F. H. Lawson, *Negligence in the civil law: introduction and select text*, Oxford, 1950, 125.

<sup>46</sup> Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit., 127 ss., y nota 339.

<sup>47</sup> Ulpiano, *libro quadragésimo primo ad Sabinum* en D.9.2.41: *si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum*

Según nuestra opinión, la tesis que fuera el testador quien habría podido ejercitar tales acciones presenta fundamentos que deben ser valorados, porque si bien se encuentra excluida tal posibilidad en el caso de la *actio legis Aquiliae* en D.9.2.41.pr., debemos observar que el pasaje no pertenece a Juliano, sino a Ulpiano, el cual presenta una opinión de Marcelo precedida del verbo *dubitare*: *dubitans negat competere*, probablemente porque otros juristas (por ejemplo, Juliano) habrían pensado diferente.

Además, con referencia al ejercicio de la *actio ad exhibendum*, Ulpiano, en el libro sexagésimo octavo *ad edictum* en D.43.5.3.5, comentando la parte edictal que se refiere al interdicto *de tabulis exhibendis* afirma que, si el testador todavía en vida hubiera querido que le fueran exhibidas sus tablillas testamentarias para reivindicarlas, no habría tenido lugar el interdicto *de tabulis exhibendis* sino la *actio ad exhibendum*.<sup>48</sup> *si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat et exhiberi desideret, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, ut exhibitas vindicet...* Tal afirmación presenta importancia en nuestra investigación, ya que D.9.2.42 forma parte del libro cuadragésimo octavo *digestorum*, en donde Juliano estaba analizando al mismo modo que Ulpiano, la parte del edicto que correspondía al interdicto *de tabulis exhibendis*,<sup>49</sup> pero en tal texto no permanecen huellas de tal interdicto, por esto podría considerarse que el jurista adriano, al igual que Ulpiano, excluyera la aplicación del *interdictum* al testador, proponiendo por el contrario otras alternativas entre las cuales se encontraba la *actio ad exhibendum*.

Si Juliano hubiera hecho referencia al heredero y no al testador en D.9.2.42 tal texto sería el único ejemplo de aplicación de la *actio ad exhibendum* en el caso de la cancelación de la escritura en las tablillas testamentarias,<sup>50</sup> además deberíamos suponer que el jurista ha-

*dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt...*

<sup>48</sup> Cfr. Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 804 y *Edictum perpetuum*, cit., 455 ss.

<sup>49</sup> Cfr. Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 445 y *Edictum perpetuum*, cit., 455 ss.

<sup>50</sup> Sobre este punto Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 407 afirma: no parece que la tesis de Juliano haya tenido mucho éxito: no son pocos los pasajes jurisprudenciales que

bía concedido la *actio depositi* como sucesor del testador el cual habría depositado las tablillas testamentarias en las manos del demandado.

Las puntualizaciones que hemos efectuado podrían dar mayores fundamentos a la tesis que el texto de Juliano hiciera referencia al testador y no al heredero, pero tal hipótesis no puede superar las objeciones que Valditara hizo sobre tal punto,<sup>51</sup> ya que en D.9.2.42 puede observarse que el descubrimiento de la cancelación del contenido de las tablillas presuponía la previa *restitutio* o la *exhibitio* de las tablillas por parte del depositario, que probablemente había sido efectuada después de la muerte del testador y de frente al pretor,<sup>52</sup> además la acción aquiliana debía corresponder al heredero, porque tratándose de simples cancelaciones a la escritura no se constituía un daño al testador, sino al *heres* que no habría podido pedir la *bonorum possessio* al pretor porque en el documento se encontraba cancelado su nombre.

En conclusión, podemos afirmar que Juliano atribuye al heredero la posibilidad de intentar en contra del depositario que canceló el contenido de las tablillas testamentarias la *actio depositi*, *ad exhibendum* y *actio legis Aquiliae*. El *heres* habría podido demandar con la *actio depositi* como sucesor del depositante<sup>53</sup> y la aplicación

pertenecen a otros autores que, para la cancelación de las palabras de las *tabulae*, o de otros documentos discuten de la aplicación de una u otra acción, pero no mencionan la *actio ad exhibendum*.

<sup>51</sup> Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit., 127 ss.

<sup>52</sup> P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, Milano, 1967, 107 afirma: el depositario del testamento tiene la obligación de entregarlo, muerto el testador, a la autoridad.

<sup>53</sup> En tal sentido Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 269. En el caso en que el depositante hubiera sido una tercera persona y no el testador, seguramente el heredero no habría podido ejercitar tal acción, así Ulpiano, *libro trigensimo ad edictum* en D.4.3.35, por ejemplo, no concede la *actio depositi* al heredero, sino la acción de dolo: *si quis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo*. La razón es claramente explicada por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 408 n. 378: el depósito de las *tabulae* no había sido efectuado por el testador, sino por una tercera persona. C. A. Maschi, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, 179 considera que en D.9.2.42 Juliano hacía referencia a una *actio in factum depositi*, opinión que no aceptamos porque en el texto no encontramos tal mención.

de la *actio legis Aquiliae* no puede ser motivo de dudas, porque, como es notorio, en el periodo adrianeo no existían problemas en considerar iguales en sus consecuencias jurídicas los términos *rumpere* y *corrumperere* y la cancelación de la escritura de las tablillas es un claro ejemplo del segundo concepto.<sup>54</sup>

El problema que tiene importancia en nuestra investigación se refiere al ejercicio de la *actio ad exhibendum* en el presente texto. Según Burillo,<sup>55</sup> no puede ser considerada clásica tal mención, porque en cualquier caso el heredero habría podido utilizar el *interdictum de tabulis exhibendis*, además, como hemos afirmado anteriormente el caso de la cancelación del contenido de las tablillas testamentarias la jurisprudencia no tomó en consideración la *actio ad exhibendum*.

Según nuestra opinión, las objeciones de Burillo no son determinantes, porque, como hemos afirmado, el descubrimiento de la cancelación del contenido de las tablillas tenía como presupuesto la *restitutio* o la *exhibitio* que el depositario había hecho frente al magistrado en cumplimiento del *interdictum de tabulis exhibendis*. La finalidad de la *actio ad exhibendum* no sería la de exhibir nuevamente el documento, sino indemnizar al heredero por los daños causados con la cancelación, y si bien el texto representa el único ejemplo en que encontramos referencias al ejercicio de la *actio ad exhibendum* para tales fines, podemos considerar simplemente que la tesis de Juliano no había encontrado aceptación por parte de otros juristas.

La cancelación de la escritura que se encontraba en las tablillas testamentarias puede ser considerada una pérdida dolosa de la posesión, porque la exhibición, que había sido hecha previamente al ejercicio de la acción, no había liberado al depositario de su responsabilidad. Juliano no enuncia en el texto que tal caso puede ser asimilado a una pérdida dolosa de la posesión, como había afirmado expresamente en otros lugares, pero si en D.9.2.42 la *actio ad exhibendum* podía

<sup>54</sup> Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.2.27.13: *inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'*. Aceptamos en su totalidad el análisis del texto efectuado por Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, cit., 124 ss., en referencia a la aplicación de la *actio legis Aquiliae*, pero, ya que tal aspecto no nos interesa directamente reenviamos a las conclusiones de tal autor.

<sup>55</sup> Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 268 ss.

ser ejercitada después que había sido exhibida la cosa, seguramente el presupuesto de su ejercicio no podía continuar a ser la posesión del demandado, sino una situación que debía asimilarse a la pérdida dolosa de la posesión como sucedía en el presente caso.

#### IV. LA POSICIÓN DE POMPONIO

Pomponio analiza la pérdida dolosa de la posesión en su comentario *ad Sabinum* en diferentes casos: donaciones entre el marido y la esposa, en el libro décimo cuarto en D.10.4.14, el problema del tesoro en el libro décimo octavo en D.10.4.15 y el lanzamiento de la cosa que el acreedor pignoraticio había restituido por parte del deudor en D.13.7.3, todos estos textos fueron analizados previamente porque mencionaban el pensamiento de Labeón (a excepción del primero); a éstos puede incluirse el caso del esclavo, presunto responsable de haber cometido un hurto tratado en el libro vigésimo segundo *ad Sabinum* en D.12.4.15 y por último Ulpiano, en el libro vigésimo cuarto *ad edictum* en D.10.4.9.1, menciona una opinión de Pomponio en referencia a las bellotas caídas en el fundo ajeno.

#### 1. Donaciones entre marido y mujer

Pomponio, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.10.4.14:

*Si vir nummos ab uxore sibi donatos, sciens suos factos non esse, pro re empti dederit, dolo malo fecit quo minus possideat et ideo ad exhibendum actione tenetur.*

Si el marido dio el dinero que la mujer le había donado para comprar una cosa, sabiendo que no era suyo (*si-dederit*), hizo en modo de no poseer con dolo y por este motivo se encuentra obligado con la *actio ad exhibendum* (*dolo-tenetur*).

Una mujer, que pretende que su marido le restituya el dinero donado,<sup>56</sup> puede demandarlo con base en una *rei vindicatio*, *condictio* o

<sup>56</sup> Así como Pomponio, Ulpiano en el libro trigésimo segundo de su comentario *ad Sabinum* en D.24.1.3.11 subraya la falta de legitimidad de las donaciones de dinero he-

*actio ad exhibendum*,<sup>57</sup> en el primer caso es indispensable que el cónyuge posea todavía la *res*,<sup>58</sup> pero como el marido había utilizado el dinero para adquirir una cosa, no se podía ejercitar la acción real porque ya no tenía el dinero. La *condictio* podía ejercitarse en los casos de pérdida de la posesión,<sup>59</sup> pero, desde el momento que la adquisición de la cosa fue hecha por el marido con pleno conocimiento que el dinero no era suyo, el jurista considera la pérdida de la posesión como dolosa, y por esto propone la utilización de la *actio ad exhibendum*.

Pomponio afirma que el marido está obligado con la *actio ad exhibendum*, pero no especifica el significado de tal responsabilidad; tal problema parece muy interesante, porque, si bien el demandado ya no tiene la posesión de la cosa, tal situación no sería un obstácu-

chas entre los cónyuges, por ello Ulpiano (¿Sabino?) afirma que el dinero donado por el marido a la mujer no pertenece a la misma, porque ninguna cosa corporal que proviene del marido se hace de la esposa: *si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est.*

<sup>57</sup> Tal pensamiento lo hemos elaborado (al mismo modo que L. Aru, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, 381 ss.) con base en un texto de Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad edictum* en D.12.1.11.2, que, si bien no se refiere a las donaciones entre cónyuges, sino a un caso diferente (el esclavo fugitivo que presta dinero a una persona sin la voluntad del *dominus*); en los dos casos existe el presupuesto que la persona que recibe el dinero no se transforma en titular del mismo. El jurista severiano afirma que puede demandarse con la *rei vindicatio*, si todavía tiene en sus manos el dinero, con la *actio ad exhibendum*, si con dolo haya perdido la posesión y con la *condictio*, si fue consumado sin dolo: *...vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*

<sup>58</sup> Ver la nota anterior.

<sup>59</sup> Como puede observarse, por ejemplo, en Ulpiano, *libro trigésimo segundo ad Sabinum* en D.24.1.5.6 en el caso de la donación de una servidumbre que ya no era utilizada por el cónyuge: *si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitti servitute, verum post divortium condici posse*; en D.24.1.5.18 el mismo jurista, en la misma obra, explica que puede demandarse con la *rei vindicatio*, si la cosa se encuentra todavía en poder del cónyuge y con la *condictio*, si fue consumida, pero en tal caso él será obligado en la medida de su enriquecimiento: *in donationibus aujem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.* Después de tal texto los compiladores completan la idea de Ulpiano en relación con la cosa consumida con un texto de Gayo, *libro undecimo ad edictum provinciale* en D.24.1.6 en donde se menciona la aplicación de la *condictio*: *quia quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intellegitur: ex quibus causis condictio nasci solet.*



lo para la exhibición de la *res*, ya que el marido no deberá entregar las mismas monedas que recibió de la mujer, sino simplemente una cantidad equivalente.

Con base en los textos de Juliano en D.24.1.37 y de Pomponio en D.10.4.14 podemos observar que en el caso de las donaciones entre cónyuges, la función de la *actio ad exhibendum* tiene siempre como presupuesto la pérdida dolosa de la posesión, porque, si falta el requisito del dolo, el cónyuge podrá actuar con una acción diferente (la *condictio*).

## 2. El esclavo presunto responsable de haber cometido un hurto

Pomponio, *libro vicensimo secundo ad Sabinum* en D.12.4.15:

*Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quo minus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia re aliena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse.*<sup>60</sup>

Si tu esclavo hubiera sido un presunto responsable de haber cometido un hurto en contra de Atio (*cum-venisset*), y tú se lo entregaste para someterlo a una *quaestio* con esta condición, que, si el esclavo hubiera resultado extraño a tal hecho, te lo habría de devolver (*dedisti-tibi*). Atio entrega el esclavo al *praefectus vigilum* como si hubiera sido sorprendido al cometer el robo (*is-deprehensum*) y el *praefectus vigilum* lo castiga con la pena de muerte (*praefectus-adfecit*). Ejercitarás acción en contra de Atio para que te

<sup>60</sup> Con referencia a la doctrina interpolacionista se vea la opinión de H. Kreller, *Formula fiduciae und Pfandedikt* en ZSS, 62, 1942, 195 ss., aceptada por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 427 ss., pero nosotros, al mismo modo que A. D'Ors, *Dare servum in quaestionem e datio ex eventu* (Una reinterpretación de D.12.4.15) en Iura, 22, 1971, 140, consideramos que el texto puede ser explicado razonablemente sin necesidad de quitar o alterar nada de su contenido y ni siquiera suponer interventos compilatorios.

lo deba dar, porque también antes de la muerte habría debido entregártelo (*ages-oportuerit*). Labeón había afirmado que se podía ejercitar también la acción *ad exhibendum*, ya que Atio había hecho en modo de no exhibirlo (*Labeo-exhiberet*). Pero Próculo era de la opinión que lo debía dar, si le hubiera transferido la propiedad del esclavo, en tal caso tú no habrías podido ejercitar la *actio ad exhibendum* (*sed Proculus-posse*); pero, si el esclavo hubiera permanecido tuyo, podías también haber ejercitado en contra de él la acción de hurto, porque usó una cosa ajena (*sed si-usus*), sabiendo que lo hacía en contra de la voluntad del propietario o que el propietario se lo habría prohibido, si lo hubiera sabido (*ut-prohibiturum esse*).

El texto de Pomponio se encuentra en la parte del comentario a Sabino que se refiere a la *condictio*:<sup>61</sup> una persona entregó<sup>62</sup> su esclavo a Atio que sufrió un hurto, con la finalidad que pueda ser valorada su responsabilidad en un proceso criminal. Atio no procede a la investigación mediante tortura, sino que lo entrega directamente al *praefectus vigilum*, como si hubiera sido sorprendido en el momento de haber cometido el delito y por ello fue condenado a muerte. ¿Qué

<sup>61</sup> Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 130.

<sup>62</sup> En el presente caso simplemente se menciona que el esclavo fue entregado a Atio sin que se especifique en qué modo: *dedisti eum in quaestionem*, la doctrina ha tratado de explicar el acto con el cual se realizó la transmisión, así, por ejemplo: H. J. Wolf, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung. Ein exegetischer Versuch in Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlín, 1970, 541 ss, considera una *mancipatio causa noxalis*, pero correctamente D'Ors, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu* (Una reinterpretación de D.12.4.15), cit., 138 ss., no acepta tal posición, porque en su opinión: "*dare in quaestionem* no quiere decir que se ha hecho una *mancipatio ex noxali causa*; tampoco debe pensarse en una *mancipatio fiduciae causa*, ni en mancipación ninguna... cuando se entrega un esclavo no hace falta transmitir la propiedad.". E. Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio* en SDHI, 63, 1997, 24 nt.106 acepta la opinión que D'Ors había hecho a la tesis de Wolff, pero no la última afirmación que acabamos de citar. Según nuestra opinión el caso presentado por Pomponio voluntariamente no explica el modo en que se hizo la entrega del esclavo, porque la diferencia de posición de la jurisprudencia depende del hecho que haya sido transmitida o no la propiedad del mismo; así, si el caso hubiera tenido como presupuesto que Atio se hubiera transformado en propietario del esclavo, parecería inútil la puntualización de Próculo: el ejercicio de la *condictio* necesita de la transmisión de la propiedad a Atio, excluyéndose en tal caso la *actio ad exhibendum*, pero, si no hubiera sido transmitida la propiedad, habría podido ejercitarse en contra de Atio la acción de hurto (*sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo...*).

acción habría podido tener el propietario del esclavo en contra de Atio? La jurisprudencia presenta diferentes soluciones:

- a) un jurista (probablemente Sabino)<sup>63</sup> considera que el sujeto, el cual entrega el propio esclavo a Atio, pueda demandar con la *condictio*,<sup>64</sup> como puede comprobarse con la utilización de los términos *dare oportere* mencionados en el texto, acción que habría podido ejercitarse también en el caso en que el esclavo estuviera todavía vivo. Tesis que según nosotros aceptaba Pomponio.<sup>65</sup>
- b) Labeón, además de la *condictio*, concede la *actio ad exhibendum*.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Wolf, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung*, cit., 543 cree que el caso propuesto se encontraba en la obra de Sabino y Pomponio se refería al debate jurisprudencial. En el mismo sentido D'Ors, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu*, cit., 140 ss; más prudente Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., 25 y R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001, 15 ss. No creamos pueda aceptarse la tesis de Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, cit., 582, que la presente posición corresponda a Labeón, porque parecería extraño que Pomponio antes hubiera mencionado una opinión sin citar el jurista y después, cuando habla de la *actio ad exhibendum*, afirmase: *Labeo ait... etiam...* (en tal caso la referencia a Labeón debería haber sido hecha antes y no después). La función del término *etiam* consiste en unir la primera opinión con la posición de Labeón, es decir, Labeón tiene la misma opinión e incluye otra posibilidad: la *actio ad exhibendum*.

<sup>64</sup> Ya que el motivo de la investigación no se refiere a tal punto, reenviamos a la doctrina el análisis del problema del tipo de *condictio* que se debería tratar; por ejemplo, Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, cit., 582 piensa en una *condictio ex causa furtiva*; más referencias a la presente tesis se encuentran en Wolff, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung*, cit., 538 nt. 2 el cual opina que se trata de una *condictio ob causam datorum* (541 ss.). Parecería que D'Ors, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu (Una reinterpretación de D. 12.4.15)*, cit., 138 aceptase tal posición; por último, *cfr.* Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., 25.

<sup>65</sup> D'Ors, *Dare servum in quaestionem y datio ex eventu*, cit., 141 afirma que Pomponio, como otras veces, se limita a recoger las opiniones de la doctrina, pero ninguna objeción expresa en contra de la *condictio*; efectivamente, según nuestra opinión, la tesis que propone la aplicación de esta acción es plenamente aceptada por tal jurista, porque el texto se encuentra en la parte del comentario *ad Sabinum*, que se refiere a la *condictio* (ver nota 61), además en este modo podría explicarse la razón de la causa por la cual no indicó el autor de la presente opinión. Si tal tesis era de Sabino, Pomponio al aceptarla la hacía como si fuera suya.

<sup>66</sup> Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., 25 interpreta la posición de Labeón en dos modos: la *condictio* se refería solamente al caso en que no hubiera existido

- c) Próculo distingue si fue hecha o no la transmisión de la propiedad. En el caso en que Atio se haya convertido en titular del esclavo, se puede ejercitar en contra de él la *condictio*, si por el contrario no fue hecho en este modo, debe excluirse tal acción, pero pueden utilizarse la *actio ad exhibendum* y la acción de hurto.

Pomponio presenta informaciones precisas sobre las posiciones de Labeón y Próculo en referencia a la *actio ad exhibendum*. Labeón atribuye la acción de exhibición a la persona que entregó el esclavo a Atio, sin que tuviera importancia si se transformó en titular del *servus*, porque el actor tiene un interés a la exhibición y el demandado hizo en modo de no exhibir: *quoniam fecerit quo minus exhiberet*. El demandado perdió la posesión del esclavo, pero su entrega al *praefectus vigilum* era considerada como una pérdida dolosa de la posesión, porque no había respetado el acuerdo entre las partes.

Próculo concede el ejercicio de la *actio ad exhibendum* solamente al titular del *servus*, también en el caso en que el demandado ya no tuviera la posesión, porque al mismo modo que Labeón, había considerado como pérdida dolosa de la posesión la entrega al *praefectus vigilum*.

Labeón y Próculo aceptan que tal situación pueda considerarse como una pérdida dolosa de la posesión y la diferencia de posición se limita solamente al ejercicio de la misma. Según Labeón, la persona que ha entregado el esclavo a Atio puede ejercitar la *actio ad exhibendum*, también si ya no es propietario del mismo, por el contrario Próculo concede la acción solamente al propietario del esclavo. No sabemos si Pomponio aceptó la tesis de Labeón o de Próculo (aunque parecería que hubiera aceptado la tesis del segundo juris-

transmisión de la propiedad, negándose cualquier tipo de tutela procesal en una situación diferente, y los compiladores habrían sintetizado la argumentación, incorporando la conjunción *etiam* para otorgar armonía al contexto (tesis de Wolff, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung*, cit., 543), o bien podríamos considerar de forma más simple, que Labeón estaba de acuerdo con la tutela procesal mediante la *condictio*. Nosotros hemos escogido la segunda posición, porque como hemos afirmado en la nota 62, el caso expuesto por Pomponio no especificaba intencionalmente el modo en que había sido entregado el esclavo.

ta porque no encontramos ejemplos en donde Pomponio hubiera concedido tal acción a quien no era propietario), pero seguramente, así como tales juristas, veía en el presente caso una pérdida dolosa de la posesión.

### 3. *Actio ad exhibendum* y las bellotas caídas en el fundo ajeno

Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.9.1 presenta la opinión de Pomponio en referencia a un ejemplo de pérdida dolosa de la posesión:

*Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet sive consumpta sit...*<sup>67</sup>

Las bellotas que provienen de tu árbol cayeron en mi fundo, yo introduje bestias<sup>68</sup> para alimentarlas con tales frutos. ¿Con base en qué acción puedo

<sup>67</sup> Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 37 niega que sea clásica la parte del texto *nam-in fine*; tal opinión es aceptada por Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 401, atribuyendo tal versión a un autor posclásico, si bien siguiendo principios clásicos. La palabra *nam*, según el investigador, debería ser una motivación de la decisión anterior, pero no lo es porque si la *actio ad exhibendum* viene aplicada *re extante* tal hecho no significa que la misma acción se deba conceder también después de la extinción dolosa. El demandado es indicado en segunda persona, mientras que en la parte anterior se usaba la primera persona; es errada la *consecutio temporum* en la parte *si... extaret nec patieris*, porque debería decir *extet*. Según nuestra opinión, efectivamente *nam* es una motivación (como veremos atribuible a Ulpiano) de la precedente decisión, la *actio ad exhibendum* es concedida porque el actor hizo en modo doloso de no poseer; por esto a mayor razón, debería ser obligado si todavía existieran las bellotas. La indicación de Marrone, que al inicio del texto Ulpiano habla en primera persona y después a partir de *nam* cambia a la segunda, es un elemento que no puede ser negado, pero podría explicarse en el sentido que en la obra de Pomponio el problema se encontraba enunciado en primera persona y por esto al inicio del texto de Ulpiano se presentaba la cuestión en tal forma, cambiando después a la segunda persona cuando el jurista severiano da su propia opinión. Estamos de acuerdo que sea un error la *consecutio temporum*, pero probablemente podría atribuirse a un escribano. Mayores referencias al presente problema son mencionados por E. Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 2, Milano, 2001, 523, n. 163.

<sup>68</sup> Hemos usado el término bestias y no ovejas porque como demuestra claramente Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, cit., 524 ss., *pecus* puede tener un signifi-

estar obligado? (*Glans-teneri?*).<sup>69</sup> Pomponio había escrito que correspondía la *actio ad exhibendum* (*Pomponius-exhibendum*), si se hubieran introducido las bestias en modo doloso con la finalidad de que se comieran las bellotas (*si-comederet*). Ciertamente también en el caso en que las bellotas siguieran existiendo y tú no me permites recogerlas, serías obligado de todos modos con la *actio ad exhibendum* (*nam-teneberis*), así como sucedería si alguna persona no permitiera que yo me lleve el material que dejé en tu fundo (*quemadmodum-pateretur*). Y Ulpiano acepta la opinión de Pomponio si las bellotas permanecen todavía en el fundo o si han sido comidas (*et-extet*)...<sup>70</sup>

Pomponio, analizando la *intentio* de la fórmula de la *actio ad exhibendum*, probablemente en su comentario *ad edictum*,<sup>71</sup> presenta un caso asimilable a una pérdida dolosa de la posesión. El titular del fundo intencionalmente introdujo bestias para alimentarlas con los frutos ajenos que se encontraban en el terreno; en el texto se usa claramente el término *dolus*, requisito fundamental con base en el cual el jurista concede al propietario de las bellotas la posibilidad de demandar con la *actio ad exhibendum* en contra del *dominus fundi*. El demandado no habría podido cumplir la orden de *exhibitio*, porque las bellotas ya no existían, situación por la que la doctrina considera que el actor habría obtenido el pago de la correspondiente

cado más amplio y no existen noticias en los autores *de re rustica* que las ovejas comieran bellotas, a diferencia de las cabras y de los cerdos (animales que pueden ser incluidos en el término *pecus*). El problema no puede considerarse simplemente una sutileza filiológica porque tiene importancia en la determinación del dolo del demandado; por ejemplo, si el actor afirmaba que las ovejas del *dominus fundi* habían comido sus bellotas no sería posible demostrar la intención dolosa del demandado desde el momento que tales animales no tenían la costumbre de comer tales frutos.

<sup>69</sup> Tal *quaestio* fue formulada por Ulpiano, pero, como la parte que sigue del texto debe ser unida al pensamiento de Pomponio, podemos considerar que el segundo jurista tuviera presente el presente caso, aunque si bien no en forma de pregunta.

<sup>70</sup> La parte *nam-non pateretur* probablemente no pertenece a Pomponio, porque inmediatamente después Ulpiano afirma aceptar la opinión especificando los dos casos que se encuentran en el texto, pero el caso inicial que presenta Ulpiano bajo forma de pregunta, se refería solamente al problema de los animales que comieron las bellotas. Si Pomponio hubiera tomado en consideración también el segundo caso, el jurista severiano, de aceptar su opinión, habría debido afirmar simplemente *et placet nobis Pomponii sententia*, sin necesidad de especificar que hacía referencia a los dos casos: *sive... sive...*

<sup>71</sup> Cfr. Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 30 ss.

condena pecuniaria;<sup>72</sup> pero en el caso en que el *dominus fundi* hubiera querido restituir al actor la misma cantidad de bellotas y de la misma cualidad que habían comido sus bestias, debemos preguntarnos si era posible tal situación. Según nuestra opinión no existen obstáculos para negar esta posibilidad, sobre todo porque tales frutos pueden ser considerado como un ejemplo de cosas fungibles.

Aristón había tratado de dar una solución a un problema similar y observaba la dificultad que existía en escoger una determinada acción; así recuerda Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad Sabinum* en D.19.5.14.3:

*Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*<sup>73</sup>

Si caen bellotas de tu árbol en mi fundo y yo introduzco bestias para alimentarlas (*Si-depascam*), escribe Aristón que no puede ser utilizada una acción legítima en contra de mí (*Aristo-passim*); por ello, no puede ejercitarse con base en las XII tablas la *actio de pastu pecoris*<sup>74</sup> porque no se alimentan en tu fundo, ni la *actio de pauperie*<sup>75</sup> ni la *actio de damni iniuriae*<sup>76</sup> (*nam-posse*) y por esto se deberá demandar con una *actio in factum*.

En el primer caso Aristón explica claramente la causa por la que la *actio de pastu pecoris* no puede ser ejercitada en contra del que ocasiona el daño: los animales que se alimentan con las bellotas ajenas se encuentran en el fundo que pertenece a la misma persona que causa el daño. En los otros dos casos falta la explicación, pero podemos considerar que se debe excluir la *actio de pauperie*, porque no todas las bestias pueden ser consideradas como *quadrupes*<sup>77</sup> y la *actio de*

<sup>72</sup> En tal sentido Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 2, cit. 526 y n. 174 que debería corresponder al *id quod interest*.

<sup>73</sup> Cfr. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, cit., 195 ss.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 198 ss.

<sup>75</sup> *Ibidem*, 195 ss.

<sup>76</sup> *Ibidem*, 198 ss.

<sup>77</sup> Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.1.1.pr: *si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit...*; Ulp. 19.1: *...quadrupes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini.*

*damni iniuriae* porque los animales no pueden cometer *iniuria*.<sup>78</sup> La solución del jurista consiste en conceder al propietario de las bellotas una *actio in factum* que pueda prescindir de aquellas mencionadas antes.<sup>79</sup>

El caso que presenta Aristón es parecido al de Pomponio pero no igual,<sup>80</sup> ya que el propietario del fundo habría podido introducir las bestias para hacerles comer hierba (como hacía normalmente) sin intención de darles de comer las bellotas ajenas. En el caso examinado por Pomponio, por el contrario, los animales fueron llevados al fundo con la precisa finalidad de hacerles comer las bellotas. Es obvio que la introducción de animales en el propio fundo no puede considerarse por sí mismo un modo de actuar doloso, sino la intención precisa del propietario de alimentarlos con los frutos ajenos.

En D.10.4.9.1 podemos observar que para Pomponio el titular del fundo el cual dio de comer las bellotas ajenas a sus bestias poseía los frutos (en caso contrario el jurista no habría considerado tal situación como una pérdida dolosa de la posesión). En este caso el *animus possidendi* puede considerarse presente en la intención del *dominus*

<sup>78</sup> Ulpiano, *libro octavo decimo ad edictum* en D.9.1.1.3: *...nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

<sup>79</sup> Según Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 201, la indicación de la *actio in factum* era una referencia precisa a la *actio ad exhibendum*; pero tal opinión no puede ser aceptada, en primer lugar porque debería demostrarse que la *actio ad exhibendum* tenía una fórmula *in factum*, y además, porque como veremos inmediatamente, el caso que trata Aristón se acerca, pero no coincide con el de Pomponio. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 299, cree que Aristón no mencionaba la *actio ad exhibendum*, porque según el autor, mientras que Pomponio consideraba como poseedor al *dominus fundi*, Aristón no era de la misma idea. El jurista así como Sabino y Labeón exigía probablemente el *loco movere* con la finalidad de adquirir la posesión *corpore* (cfr. D.10.4.15 *supra* § 2.a), y por ello, no habría podido pensar en la *actio ad exhibendum* en D.19.5.14.3. Tal hipótesis, según nuestra opinión, parece presentar dudas, porque en la solución de Aristón falta la referencia a la posesión o a su pérdida con base en el dolo, situación por la que no puede demostrarse que la opinión de Aristón fuera la misma de la que tenía Labeón o Sabino; además el requisito del *loco movere* corresponde a un problema demasiado particular (ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del propietario de un fundo en donde se encontraba un tesoro) diferente al que menciona Aristón en D.19.5.14.3; otras objeciones a la tesis de Marrone en Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 2, cit., 525 n. 171.

<sup>80</sup> En tal sentido Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, 2, cit., 524 ss, con referencias en la nota 169 a la doctrina que asimila los dos textos al mismo problema.

*fundi* de disponer de los frutos como suyos, pero si los animales no hubieran comido las bellotas ajenas, ¿habría podido considerarse que el titular del fundo poseía los frutos? En la opinión de Ulpiano la respuesta claramente es en sentido positivo, porque si afirma aceptar la opinión de Pomponio de conceder la *actio ad exhibendum* también en el caso en que las bellotas existían, resulta evidente que el titular del fundo posee los frutos ajenos; en otras palabras, será considerado como poseedor también si tiene únicamente el *corpore possidere*. Pomponio habría podido pensar lo mismo porque si bien la opinión de que el titular de los frutos puede ejercitar la *actio ad exhibendum* en el presente caso no pueda ser atribuible a Pomponio, sino a Ulpiano,<sup>81</sup> fue claramente demostrado por Marrone que en el ejercicio de la *actio ad exhibendum* era suficiente para el jurista antoniano el *corpore possidere*.<sup>82</sup>

Hemos visto *supra* (§ 2.a) que en el caso del tesoro presentado en D.10.4.15 Pomponio refería una opinión de Labeón (que probablemente aceptaba), en donde el *loco movere* era un requisito fundamental para la adquisición de la posesión del mismo tesoro. El *dominus fundi* se encontraba obligado *ad exhibendum* no solamente si tenía el *corpus possessionis* (el tesoro se encontraba en su fundo), pero se requería también el *animus possidendi*, que podía configurarse con el requisito del *loco movere*. ¿Por qué motivo en el caso del tesoro Pomponio exigía los dos elementos de la posesión para ejercitar la *actio ad exhibendum* en contra del propietario del fundo, mientras que en el caso de las bellotas, bastaría el *corpus possessionis*?

Según nuestra opinión la posesión necesaria para el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en el pensamiento de Pomponio puede prescindir del *animus possidendi*, porque al jurista, más que interesarse de la existencia del elemento subjetivo en la *possessio*, le importaba sobre todo que el propietario del fundo tuviera la plena disposición

<sup>81</sup> Ver nota 67.

<sup>82</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 310 ss., presenta como prueba el texto de Pomponio, libro vigesimo secundo ad Sabinum en D.19.5.16.pr., en donde se concede la *actio ad exhibendum* a quien extrae piedras en contra del propietario del fundo que le había impedido llevárselas consigo: *permisisti mihi cretam eximere de agro tuo... cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum...*

de la cosa; así, si el *dominus fundi* intencionalmente permitió que sus animales comieran las bellotas ajenas, podría pensarse que el titular del fundo dispuso de los frutos como si fueran suyos y por tal motivo estaría obligado con la *actio ad exhibendum* del mismo modo que si los frutos hubieran permanecido todavía en el terreno. Si bien es cierto el titular del fundo no ha dispuesto todavía de la cosa ajena, podría disponer en cualquier momento (permitiendo que las bellotas fueran comidas por sus animales o recogiendo las). En el caso del tesoro el *dominus fundi* no puede ser obligado *ad exhibendum* mientras no tenga la disposición de la cosa, por ello el *loco movere* resulta ser fundamental, porque tal hecho presupondría que el titular del fundo identificó el lugar preciso en que se encontraba el tesoro y que a partir de tal momento obtenía la plena disposición de la *res*.

#### V. MARCELO Y LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN EN EL CASO DE UN LEGADO *PER VINDICATIONEM*

En dos partes del comentario *ad edictum* de Ulpiano, en el libro vigésimo cuarto en D.10.4.9.4 y en el séptimo noveno en D.36.3.1.17, podemos observar el pensamiento de Marcelo en referencia a la pérdida dolosa de la posesión en el caso de un legado *per vindicationem*. Los dos textos del jurista severiano presentan el mismo contenido y probablemente el pasaje original al cual se refiere Ulpiano, se encontraba en el libro décimo cuarto *digestorum* de Marcelo.<sup>83</sup> Veamos el primero de estos textos:

*Marcellus scribit, si tibi decem nomismata sint sub condicione legata et mihi decem usus fructus pure, deinde heres pendente condicione non exacta cautione decem fructuario solverit, ad exhibendum eum actione teneri, quasi dolo fecerit quo minus possideret: dolo autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario. effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis. ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si condicio extiterit legati. potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum et, si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. si tamen ignarus legati tui a fructuario satis non exegit, dicit Marcellus cessare ad exhibendum, scilicet quia nullus*

<sup>83</sup> Cfr. Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 615 ss.

*dolus est: succurrendum tamen legatario in factum adversus fructuarium actione ait.*

Marcelo escribió que, si a ti fueron legadas diez monedas bajo condición y a mí la misma cantidad en usufructo sin condición (*Marcellus-pure*), y en seguida el heredero, pendiente la condición, haya pagado diez al legatario del usufructo sin hacerse dar una puntual *cautio*, está obligado en tal caso con base en la *actio ad exhibendum* frente al otro legatario, como si hubiera hecho en modo de no poseer con dolo (*deinde-possideret*). El dolo que consiste en el hecho que ha dejado de pedir la *cautio* al usufructuario y en el resultado que se pierde tu legado, porque ya no podrás reivindicar las monedas (*dolus-non possis*). Pero tiene lugar la *actio ad exhibendum*, solamente si se verificó la condición del legado (*ita-legati*). Sin embargo habrías podido proveer a tal situación con la *stipulatio* de los legados; en este modo, no sería necesaria a ti la *actio ad exhibendum* (*potuisti-actio*). Pero, si el heredero ignoraba de la existencia del legado a tu favor y por este motivo no pidió la garantía al usufructuario, afirma Marcelo que cesa el ejercicio de la *actio ad exhibendum* evidentemente, porque no existe ningún dolo (*si-est*), pero es necesario ayudar al legatario en contra del usufructuario con una *actio in factum* (*succurrendum-ait*).

Ulpiano, libro septuagensimo nono ad edictum en D.36.3.1.17:

...*Marcellus ait... si sub condicione ei decem legata sint, fructuarium interim decem oblata cautione habiturum, legatario vero, cui proprietatis relicta est, interim legatorum stipulatio praestanda est. sed si omiserit stipulationem, existente condicione ad exhibendum eum posse agere Marcellus ait. sed si ignorans heres legatum decem fructuario dedit, ad exhibendum eum non teneri palam est: succurrendum tamen legatario adversus fructuarium Marcellus ait.*<sup>84</sup>

<sup>84</sup> La doctrina encuentra el texto alterado en gran medida, *cfr.* Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, cit., 130 el cual afirma que en la primera parte *sed si omiserit... agere Marcellus ait* falta el sujeto al cual se haga referencia, y en tal parte así como la siguiente se inicia con los términos *sed si* como sucede con el pasaje anterior. El periodo final es construido con el indicativo: *sed si... dedit*. Sorprende además la palabra *stipulationem*, que debería corresponder sin dudas a la *cautio de restituendo* de la mitad de la cantidad, mientras que, como anteriormente se mencionaba de la *stipulatio legatorum*, se refería a ésta y no a la *cautio*. No resulta además claro en el texto la palabra *ignorans*. Si bien es cierto (continúa el investigador) existen tales problemas gramaticales los resultados que se obtienen del análisis del texto no resultan alterados. Según nuestra opinión, no podemos negar que el pasaje presenta problemas gramaticales, pero debemos recordar que Ulpiano cita una opinión de Marcelo (no completa, como puede demostrarse confron-

Marcelo afirma que, si bajo condición fueron legados diez, un usufructuario tendrá mientras tanto la posibilidad de tener estos diez una vez que se haya ofrecido a garantizar al heredero mediante una *cautio* (*Marcellus-habaturum*), mientras que respecto al legatario al cual fue dejada la propiedad, deberá prometer con la *stipulatio* de los legados (*legatario-est*). Además el mismo jurista consideraba que si hubiera sido omitida la *stipulatio* y la condición se hubiera verificado, el legatario titular de la propiedad podía demandar con la *actio ad exhibendum* (*sed-ait*). Pero si el heredero por ignorancia había dado al usufructuario el legado de diez, resulta claro que no se encontraba obligado con base en la *actio ad exhibendum* (*sed-est*). Sin embargo, según Marcelo, se debía ayudar al legatario en contra del usufructuario (*succurrendum-ait*).

El testador dejó un legado *per vindicationem*<sup>85</sup> de diez monedas a dos legatarios; a uno le atribuyó la propiedad de las mismas bajo condición, al otro el usufructo en modo puro. La cantidad debía dividirse entre los dos legatarios,<sup>86</sup> cinco a quien había sido concedido el usufructo y cinco al legatario

tándolo con D.10.4.9.4 en donde falta la referencia al dolo), por esto se podría tratar de un error del mismo jurista severiano, que al mencionar la opinión de Marcelo, debió adaptarla en su explicación. No creemos que la palabra *stipulationem* pueda referirse a la *cautio de restituendo*, ya que claramente en el texto puede observarse que corresponde a la *stipulatio legatorum*. Ciertamente si el legatario no se hizo prometer del heredero mediante *stipulatio* podrá demandar con la *actio ad exhibendum*. Estamos de acuerdo con Messina Vitrano que la palabra *ignorans* no es muy clara en el texto, porque así como se presenta parecería que la simple ignorancia del heredero (sin especificar sobre qué cosa) excluiría el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, mientras que en D.10.4.9.4 puede observarse que la ignorancia se refiere a un aspecto específico: la falta de conocimiento de la existencia del legado. Debemos excluir la propuesta de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 436 ss., de sustituir entre *fructuarium* y *oblata cautione*, la palabra *quinque ad interim decem*, ya que, como veremos en seguida, el heredero estaba obligado a entregar la totalidad del legado al usufructuario y no sólo la mitad. El investigador incluye después de las palabras *Marcellus ait* los términos *si heres tota decem fructuario dederit*, y sobre este punto podríamos estar de acuerdo con el autor.

<sup>85</sup> La doctrina está de acuerdo que los textos se refieran a un legado *per vindicationem*, *cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 431; Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 277; F. Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, Roma (rist.), 1972, 125. Que el caso corresponda a un *legatum per vindicationem* puede ser demostrado con los términos *nummos vindicare* mencionados en D.10.4.9.4 e *ipso iure decem vindicabit* y *vindicat*, que se encuentran en D.36.3.1.17 (pero que no hemos incluido porque no corresponden al pensamiento de Marcelo). Además, como al legatario ha sido concedida la *actio ad exhibendum*, se puede presuponer que el mismo tuviera un derecho real en contra del heredero.

<sup>86</sup> La doctrina menciona la existencia del principio de la *communicatio usus fructus*: *cfr.* Messina Vitrano, *Il legato d'usufrutto nel diritto romano*, cit., 122 ss.

propietario, una vez que se hubiera cumplido la *condicio* (al primero lo llamaremos usufructuario y al segundo simplemente legatario); por el contrario, el heredero antes de que se cumpliera la condición, entrega diez al usufructuario, sin haberse hecho prometer por él, mediante una *cautio*, que en el caso en que se hubiera verificado la condición, habría debido entregar al legatario las cinco monedas. Marcelo propone el ejercicio de la *actio ad exhibendum* a favor de este último (una vez realizada la condición) porque la entrega hecha por el heredero al usufructuario puede considerarse 'quasi' una pérdida dolosa de la posesión.

El heredero antes de entregar las diez monedas, habría debido hacerse prometer, mediante una *cautio usufructuaria*, que cumpliéndose la condición, el usufructuario estaría obligado a restituir al legatario la mitad de la cantidad entregada; además, debía obligarse mediante una *stipulatio legatorum*, a que, en el caso en que el usufructuario hubiera restituido los cinco al heredero, tal cantidad habría sido entregada al legatario una vez cumplida la condición.<sup>87</sup> El legatario podía pedir al heredero la entrega de las cinco monedas con base en la *actio ex stipulatu*, pero, si no había sido efectuada la *stipulatio legatorum* (como había sucedido en el presente caso), tenía derecho a demandar con la *actio ad exhibendum*.

El ejercicio de esta última acción requería de algunos presupuestos: 1. Debía haberse cumplido la condición. 2. No se había efectuado una *stipulatio legatorum* (en caso contrario el legatario habría demandado *ex stipulatu*). 3. El heredero debía saber que el testador concedió un legado no solamente al usufructuario, sino también al legatario (en caso contrario el legatario podía demandar con base en una *actio in factum* en contra del usufructuario). 4. El heredero no había pedido una garantía al usufructuario (mediante una *cautio*).

Marcelo explica que el legatario puede demandar con base en la *actio ad exhibendum*, porque el heredero hizo 'como si' hubiera dejado de poseer con dolo; el jurista precisa su afirmación: el heredero ha dejado de pedir la *cautio* al usufructuario y con su comportamiento se llega al resultado que se pierde el legado de propiedad, porque el legatario no puede reivindicar las monedas: *dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis*.

<sup>87</sup> Respecto a la relación entre *cautio* y *stipulatio* en el presente caso ver Messina Vitano, *Il Legato d'Usufrutto nel diritto romano*, cit., 129; C. Ferrini, *Teoria generale dei Legati e dei Fedecommissi*, Roma (rist.), 1976, 411 ss.

Marrone<sup>88</sup> es de la opinión que tal parte del texto no es clásica, porque la pérdida dolosa de la posesión no puede consistir en la falta de atención del heredero de exigirle al usufructuario una *cautio*. Tal afirmación presupondría dos cosas: que el usufructuario, pendiente la condición, tuviera derecho a tener, si bien mediante una garantía, las diez monedas y que el legatario bajo condición, verificándose ésta, tuviera un medio procesal en contra del heredero para hacerse ceder la acción *ex cautione* en contra del usufructuario. El primer supuesto sería errado y el segundo, al menos para el derecho clásico inexistente; por esto en la redacción originaria del texto la pérdida dolosa de la posesión debía consistir en el hecho que el heredero había pagado al usufructuario diez en lugar de los cinco que le correspondían.

En nuestra opinión tal tesis presenta dudas, porque como claramente hizo notar Grosso,<sup>89</sup> al legatario usufructuario *pendente condicione* le correspondían las diez monedas, como sucedía en un caso similar (en donde no se trataba de dinero sino de un fundo), que presenta Ulpiano, en el libro décimo séptimo *ad Sabinum* en D.7.2.6.2:

*Si mihi usus fructus fundi pure, tibi sub condicione legatus sit, potest dici totius fundi usum fructum ad me pertinere interim et, si capite minutus fuero, totum amittere: sed si extiterit condicio, totum usum fructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum, ceterum cum in meo statu maneo, communicandum usum fructum.*

Si a mí me fue concedido el usufructo de un fundo en modo puro mediante legado y a ti el mismo fundo bajo condición, se puede decir que mientras tanto a mí me pertenece el usufructo de todo el fundo, pero si yo sufrí una *capitis deminutio*, perderé la totalidad (*Si-amittere*); pero, en el caso en que se hubiera cumplido la condición, a ti pertenece todo el usufructo, si yo hubiera sufrido una *capitis deminutio* (*sed-sum*). En todos los otros casos, en donde permanezco en mi *status*, deberá hacerse la *communicatio usus fructus* (*ceterum-usum fructum*).

Marrone<sup>90</sup> recuerda tal pasaje, pero no cree que su contenido pueda aplicarse al caso de las monedas, porque en D.7.2.6.2 se trata de

<sup>88</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 433 ss.

<sup>89</sup> G. Grosso, *Sul quasi usufrutto*, en BIDR, 43, 1935, 253, *Scritti Storico Giuridici*, 2, Torino, 2001, 106 ss.

<sup>90</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 431 n. 432.

un verdadero usufructo mientras que en D.10.4.9.4 se refiere a un cuasi usufructo; por ello sería posible considerar que los dos problemas, en el caso en examen tuvieran una regulación diferente. En el caso del usufructo que tenía por objeto cosas inconsumibles, el nudo propietario, verificándose la condición, habría podido ejercitar la *rei vindicatio* (por la mitad) en contra del usufructuario que conservaba la totalidad; en el cuasi usufructo, por el contrario, ya que tenía por objeto cosas consumibles, si el heredero hubiera pagado la totalidad, el nudo propietario no habría tenido ninguna acción real en contra del cuasi usufructuario. Según nuestra opinión la objeción de Marrone a la posición de Grosso difícilmente puede ser aceptada, porque si bien en el caso tratado, el legatario una vez verificada la condición tendría la posibilidad de demandar con una *rei vindicatio* para obtener del usufructuario la mitad del fundo que tiene en su totalidad, en el caso del dinero, ya que no existe tal posibilidad (porque era una cosa consumible), la función de la *cautio* mencionada en D.10.4.9.4 resulta fundamental para permitir al legatario, después de haberse cumplido la condición, de tener las cinco monedas; además debemos recordar que en D.36.3.1.17 se encuentra claramente dicho que el usufructuario mientras tanto tendrá la posibilidad de tener las diez monedas, una vez que hubiera ofrecido una *cautio: fructuarium interim decem oblata cautione habiturum*.

Si el usufructuario restituyó cinco, el legatario puede demandar al heredero con la *actio ad exhibendum* para exigir tal cantidad (siempre que no hubiera sido efectuada una *stipulatio legatorum*, ya que en tal caso habría demandado *ex stipulatu*), pero, si el usufructuario no restituye los cinco al heredero, debemos determinar si con la *actio ad exhibendum* el legatario pueda pretender la cesión de la acción *ex cautione* en contra del mismo usufructuario. Sobre este punto Grosso<sup>91</sup> afirma que la *actio ad exhibendum* podía tener la función de constreñir al heredero a ceder los créditos que provenían de la *cautio* efectuada por el legatario del usufructo; pero en modo adecuado, Marrone<sup>92</sup> objeta que en ningún texto romano se encuentra afirmado

<sup>91</sup> G. Grosso, *Sul quasi usufrutto*, cit., 255, *Scritti Storico Giuridici*, 109 ss.

<sup>92</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 434 n. 438; en el mismo sentido Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 279 n. 320.

que la *actio ad exhibendum* sirviese para la cesión coactiva de una acción, y que tal afirmación se encontraba en oposición con la estructura misma de la acción que se dirigía solamente en contra de *qui possidet aut dolo fecit quo minus possideat*.

Si el usufructuario no restituyó los cinco al heredero y fue dada la *cautio*, el legatario no puede pretender que con la *actio ad exhibendum* el heredero ceda el ejercicio de la acción, porque no posee y mucho menos hizo en modo de no poseer; por esto el legatario deberá esperar que el usufructuario restituya los cinco para poder demandar al heredero con base en la acción de exhibición. La pretensión del legatario a la cesión de la acción no puede tener como fundamento la *actio ad exhibendum*, sino una *stipulatio legatorum* que tuviera tal contenido, pero como en D.10.4.9.4 el legatario no había procedido a tal *stipulatio*, deberá esperar que el heredero hubiera efectuado la restitución de las cinco monedas.

En D.10.4.9.4 no existe una referencia a la intención del heredero de dejar de poseer, sino simplemente una omisión, que consiste en no haber pedido la *cautio* al usufructuario. Entonces, si tal omisión puede considerarse *quasi* una pérdida dolosa de la posesión, debemos establecer si el legatario, ejercitando la *actio ad exhibendum*, debiera demostrar *in iudicium* que el heredero hubiera tenido efectivamente la intención dolosa de perder la posesión de los cinco. Según nuestra opinión el legatario no debería demostrar nada, ya que para Marcelo, la simple omisión de exigir la *cautio* era considerada un caso equiparable a una pérdida dolosa de la posesión, también si el heredero (que conocía la existencia del legado) no hubiera pedido la *cautio* simplemente por olvido.

El problema se presenta en D.36.3.1.17, ya que en tal texto se afirma que el legatario puede demandar al heredero mediante la *actio ad exhibendum*, si no se realizó la *stipulatio* y la condición se cumplió: *sed si omiserit stipulationem, existente condicione ad exhibendum eum posse agere Marcellus ait*, sin que exista ninguna referencia a la pérdida dolosa de la posesión y al hecho que el heredero no había pedido una *cautio*. A nuestro parecer, la falta de tales elementos en el libro séptimo noveno *ad edictum* no puede presuponer que en todos los casos en que se haya omitido la *stipulatio*, el legatario podría demandar *ad exhibendum* en contra del heredero. La interpretación del texto debe tomar en consideración los datos contenidos en



D.10.4.9.4: si el usufructuario efectuó la *cautio* y restituyó los cinco al heredero (porque se cumplió la condición), puede demandarse con base en la *actio ad exhibendum* porque el demandado tiene la posesión; por el contrario, si no fue dada una *cautio*, de todos modos el heredero estará obligado hacia el legatario con la *actio ad exhibendum* también si no posee, ya que la falta de la *cautio* debe considerarse 'como si fuera' una pérdida dolosa de la posesión, aunque falte una intención en tal sentido.

#### VI. PAPINIANO Y UN CASO DE *CONVENTIO PIGNORIS*

En un pasaje de Papiniano, *libro vigesimo sexto quaestionum* en D.20.5.1 encontramos afirmado:

*Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum ob alium aut eundem contractum interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit. sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit nec utilis danda est: nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, praesertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit, ut desineret possidere. sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.*<sup>93</sup>

Un acreedor recibió en prenda fundos y después otro acreedor efectuó una hipoteca sobre los bienes del deudor, y también el primer acreedor realiza el mismo acto en garantía del mismo contrato o de otro (*creditor-interposuit*). Antes de haberse hecho el pago al segundo acreedor, el primer acreedor sin ningún derecho vende todos los otros bienes a título de prenda (*ante-vendit*). Respecto a tal hecho no corresponde al acreedor hipotecario una

<sup>93</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 422, considera los términos *aut eundem* como una glosa, el jurista habría escrito *ob eundem aut alium* y la mención de la acción de hurto (*praesertim-amiserit*) no sería adecuada. Según nuestra opinión la primera propuesta de Marrone no cambia el contenido sustancial del texto y la referencia a la acción de hurto debe considerarse clásica porque, como observa el investigador en la nota 414, para integrar el caso de hurto, Papiniano subraya la exigencia del elemento material. De todos modos compartimos la posición que el contenido del texto es clásico.

acción personal en contra del otro acreedor, y ni siquiera debe ser concedida una acción *utilis (sed-danda est)*. Al mismo modo no será demandado por motivo de hurto de cosas muebles, porque si bien es cierto fue inducido por error de orden, persiguió una causa que le era propia, y además en particular porque el otro acreedor no perdió con base en un hurto la posesión que no tenía el (*nec furti-amiserit*). También ejercitará inútilmente una controversia con la acción *ad exhibendum*, porque (quien vendió) no posee y tampoco hizo en modo de no poseer con dolo (*ad exhibendum-desineret possidere*), ni consigue que el segundo acreedor deba interpelar los poseedores (*sequitur-debeat*).

Un acreedor (*primus*) recibe de un deudor fundos en prenda, después el deudor constituye una hipoteca con un segundo acreedor (*secundus*) sobre todos sus bienes y lo mismo hace con *primus*. Ya que el deudor no cumple con el pago, *primus* procede a la venta de los bienes. La cuestión presentada por Papiniano consiste en determinar si el segundo acreedor pudiera demandar al primero, y después de haber analizado las probables acciones que habría podido tutelarlas, llega a la conclusión que *secundus* no puede demandar a *primus*, sino que solamente puede demandar a las personas que poseen las cosas empeñadas. El jurista severiano excluye el ejercicio de una acción personal de *secundus* en contra de *primus* inclusive en vía útil, claramente, según nuestra opinión, porque no existe una relación contractual precedente entre los dos acreedores. No puede demandarse con base en una *actio furti* por dos motivos:

- a) *primus* persiguió una propia causa y actuó confundido por un error de orden, ya que *primus* no tenía derecho de vender las cosas dejadas en prenda si no hubiera sido previamente satisfecha la deuda que se tenía con *secundus*, porque no obstante *primus* constituyó antes de *secundus* una prenda sobre fundos, la hipoteca sobre todos los bienes había sido constituida después de la hipoteca de *secundus*.
- b) *secundus* no perdió la posesión de las cosas muebles, porque simplemente no había tenido jamás la posesión de las mismas.

El problema que nos interesa es la exclusión del ejercicio de la *actio ad exhibendum* de *secundus* en contra de *primus*. *Secundus* no puede demandar *ad exhibendum* en contra de *primus*, porque tal per-

sona no tiene la posesión de los bienes (fueron vendidos). Si bien *primus* no posee tales bienes, no puede considerarse que haya hecho en modo de no poseer con dolo, porque la finalidad de la venta no era la de perder intencionalmente la posesión, sino de obtener un precio con los bienes vendidos y en este modo ver satisfecho su crédito.

Excluir una intención dolosa de la posesión no significa que *primus* no deba sufrir las consecuencias de la venta realizada *nullo iure*, como subraya Papiniano: *nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit*;<sup>94</sup> ya que inducido por el error de orden él había perseguido una propia causa: *quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur*.

Difícilmente podemos aceptar la conclusión de Marrone<sup>95</sup> en el sentido que de la interpretación del texto *a contrario* podría considerarse que, si un acreedor pignoraticio de grado inferior hubiera enajenado bienes muebles, sabiendo que sobre los mismos existía una hipoteca a favor de otro acreedor que se encontraba en una mejor posición, habría podido ser demandado *ad exhibendum*, porque la venta sería tratada como una pérdida dolosa de la posesión.

En el texto no resulta claro si *primus* conocía o ignoraba que *secundus* había constituido una hipoteca de todos los bienes con el mismo deudor anteriormente a la hipoteca que había constituido con él, por el contrario parecería que tal hecho no tuviera importancia en el presente problema, ya que en tal caso Papiniano habría sido claro en destacar la ignorancia de *primus*.

El error de orden puede ser debido al hecho que *primus* creía tener una posición mejor a *secundus* no porque ignoraba la existencia de un *conventio pignoris* entre *secundus* y el deudor anterior a la suya, sino porque antes de tal acuerdo había sido constituida una prenda sobre los fundos del mismo deudor.

La referencia a la prenda de los fundos que había hecho *primus* con el deudor debía tener importancia en el error de orden, ya que en caso contrario tal dato sería considerado inútil en la solución del problema.

<sup>94</sup> E. Costa, *Papiniano, Studio di storia interna del diritto romano*, 4, Bologna, 1899, 102, claramente afirma que la facultad de *distrahere* corresponde a los acreedores, de acuerdo con el rango de sus derechos hipotecarios, y la *distractio* efectuada por un acreedor posterior es nula.

<sup>95</sup> Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 424.

## VII. CALISTRATO Y EL CASO DEL HEREDERO QUE HA UTILIZADO LA COSA DEJADA EN LEGADO PARA AFRONTAR LOS GASTOS DEL FUNERAL

Calistrato en el libro cuarto *ad edictum monitorium* en D.31.63, afirma:<sup>96</sup>

*Si heres rem, legatam ignorans, in funus consumpsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet nec dolo malo fecit quo minus possideret. sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.*<sup>97</sup>

Si el heredero ignorando que la cosa que fue legada la haya utilizado en el funeral, no se encuentra obligado con base en la *actio ad exhibendum* (*sitenebitur*), porque no posee ni ha hecho en modo de no poseer (*quia possideret*). Pero si fue dispuesto a favor del legatario, mediante una *actio in factum*, para que le sea otorgada una indemnización por parte del heredero (*sed-praestetur*).

<sup>96</sup> F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 344: *monitorium* significaría *commonitorium*: *litterae quibus ab imperatore magistratibus peculiaria mandantur* (en este sentido *cfr.* C.12.49.10.1), y *edictum (com)monitorium* sería una denominación artificial y no utilizada normalmente introducida antes de que la expresión *edictum perpetuum* adquiriera estabilidad. La obra con toda probabilidad era un comentario al edicto provincial, porque como demuestra Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 96 n. 4, el libro IV *ad edictum monitorium* (donde se encuentra D.31.63) corresponde a la rúbrica *de sumptibus funerum* puesta inmediatamente después a la del libro III *ut in possessionem legatorum servandorum causa esse liceat*, al mismo modo que Gayo en su comentario *ad edictum provinciale*.

<sup>97</sup> Gran parte de la doctrina considera interpolados los términos *sed-praestetur*, *cfr.* Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 422 n. 413 con referencias bibliográficas; Ferrini, *Teoria generale di legati e dei fedecommessi*, cit., 407 afirma que tales palabras no pueden considerarse interpoladas, sino que por el contrario resultan demostrar una innovación de la última jurisprudencia clásica. Si bien tal parte del texto no tiene importancia en la presente sede, podemos considerarla clásica, aunque no estemos de acuerdo con la opinión de Ferrini, porque el término *consulitur* podría referirse no a una innovación jurisprudencial, sino a disposiciones contenidas en el edicto. El mismo autor, *Sulla responsabilità dell'erede che in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata* en obra de C. Ferrini, 4, Milano, 1930, 356 ss., afirma que la *actio in factum* que menciona Calistrato no puede ser otra cosa que la notoria *actio utilis (in factum) funeraria* (en el mismo sentido Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 399 n. 22). Para confirmar su origen clásico claramente Ferrini (p. 357 n. 1), demuestra que los términos *ut indemnitas-praestetur* encuentran referencias también en otros pasajes como en Ulpiano, libro *vicensimo quinto ad edictum* in D.11.7.14.1: *legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnitas ab herede praestari*.

Calistrato en su comentario al edicto, presenta un problema de aplicación de la *actio ad exhibendum*: el heredero no se encuentra obligado a tal acción, si usó una cosa para hacer frente a los gastos del funeral ignorando que hubiera sido dejada en legado.<sup>98</sup> El jurista después explica que en tal caso faltan los presupuestos (mencionados en la *intentio* de la fórmula) de la posesión o de la pérdida de la misma con base en el dolo, porque el heredero ignoraba que la *res* hubiera sido dejada en legado. Como la palabra *ignorans* excluye la hipótesis de pérdida dolosa de la posesión, podemos formular la hipótesis que el conocimiento del heredero debería permitir al legatario demandar *ad exhibendum*, según la opinión del jurista;<sup>99</sup> pero una interpretación en tal sentido, significaría que en todos los casos en que el heredero hubiera utilizado y consumido las cosas legadas para afrontar los gastos del funeral, debería entenderse como un comportamiento doloso.

Tal conclusión no es posible, según nuestra opinión, porque si bien la ignorancia excluye el dolo, el conocimiento no puede presuponerlo; así, no encontramos textos en donde se pueda demostrar que la utilización por parte del heredero de la cosa dejada en legado para pagar el funeral sea considerada una pérdida dolosa de la posesión solamente porque tenía conocimiento de tal situación. Si el legatario quisiera demandar con la *actio ad exhibendum* al *heres* que conocía la existencia del legado, debería, según nuestra opinión, demostrar su intención dolosa, en caso contrario sería aplicable una *actio in factum*.<sup>100</sup>

<sup>98</sup> Como es notorio hacemos referencia a un legado *per vindicationem*, porque, como hemos visto en la nota 85, la *actio ad exhibendum* presupone que el legatario tuviera un derecho real en contra del heredero.

<sup>99</sup> En este sentido Ferrini, *Sulla responsabilità dell'erede che in buona fede distrugge o sottrae al commercio la cosa legata*, cit., 357 n. 1 que afirma: si el heredero hubiera sabido de tal situación, se trataría como de un *fictus possessor* y se daría en contra de él la *actio ad exhibendum*, pero, según nuestra opinión, tal interpretación no puede ser aceptada por los motivos que veremos a continuación.

<sup>100</sup> En un texto de Cervidio Scevola, *libro secundo quaestionum* en D.11.7.46.2 es mencionada una *actio utilis* en contra del heredero que usó para el funeral los vestidos que habían sido dejados en legado sin que se hiciera mención del conocimiento o de la ignorancia de la existencia del *legatum*: *ei, cui vestimenta legantur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit...* Sobre tal texto ver por último T. Masiello, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, 188 ss. El maestro hace notar

## VIII. LA POSICIÓN DE PAULO

### 1. El esclavo que hizo en modo de no poseer con dolo

Paulo, en el libro décimo *ad Sabinum* en D.10.4.16, menciona:

*Cum servus tenet aliquid, dominus ad exhibendum suo nomine tenetur: si autem servus citra scientiam domini dolo fecit quo minus habeat, vel furti actio vel de dolo malo noxalis servi nomine danda est, ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*<sup>101</sup>

Cuando el esclavo tiene algo, el *dominus* se encuentra obligado con la *actio ad exhibendum* en su propio nombre (*cum-tenetur*). Pero, si el esclavo, antes que el *dominus* lo supiera, hubiera hecho en modo de no tenerla con base en el dolo (*si-habeat*), debe ser concedida en razón del esclavo la *actio furti* o *de dolo malo* en la forma noxal, pero no debe ser predispuesta una *actio ad exhibendum utilis* (*vel-est*).

Como el *dominus* es considerado poseedor de una cosa que tiene el esclavo en su peculio (aunque no lo sepa), puede ser demandado *suo nomine* con la *actio ad exhibendum*. El problema se centraliza sobre las consecuencias de la pérdida dolosa de la posesión efectuada por el *servus* antes de que se hubiera enterado el *dominus*. En tal

que el término *placuit* podría hacer referencia a una disposición imperial o a una posición que tuviera origen en otra fuente que diera una solución a las diferentes posiciones de la jurisprudencia. Su opinión podría encontrar confirmación en D.31.63 porque Calistrato usa un término similar (*consulitur*) en referencia a tal acción (*actio utilis* o *in factum funeraria*, ver nota 97).

<sup>101</sup> El pasaje de Paulo se encuentra inserido en el grupo de textos que correspondían en origen a la *lex Aquilia*; cfr. Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 1279 y seguramente su contenido era más amplio, porque como podemos observar, respecto a la ley Aquilia no se hace ninguna mención. Probablemente el texto continuaba con la afirmación que, si el propietario del esclavo sabía que el *servus* había dañado o destruido una cosa ajena, se encontraba obligado con la *actio damni iniuriae* (hipótesis propuesta por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 393 ss., con base en D.9.2.44.1). Ya que el pensamiento de Paulo fue sintetizado por los compiladores, la forma con la cual se presenta no es probablemente la original, autores como Beseler, *Beiträge*, 2, cit., 66 eliminan las palabras *citra scientiam domini* y *ad exhibendum-est*. Pero Marrone en la nota 337 hizo notar que cancelando *citra-domini*, el contenido de la decisión cambia totalmente. La última parte del texto (*ad exhibendum-est*) podría ser compilatorio (como afirma también Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 272), pero la sustancia, como veremos a continuación parecería ser clásica.

caso el jurista claramente excluye la responsabilidad de este último con base en la *actio ad exhibendum*, porque si no tiene conocimiento que posee, no podría por tal hecho estar obligado *ad exhibendum*, como si hubiera hecho en modo de no poseer. Una solución al problema sería conceder al titular de la cosa una acción *ad exhibendum utilis* en contra del dueño del esclavo, pero el mismo Paulo excluye tal vía y propone la *actio furti* o *de dolo malo noxalis*.

El conocimiento del *dominus* que la cosa ajena ya no está en poder del esclavo es un elemento fundamental para conceder el ejercicio de la *actio ad exhibendum*. Una pérdida dolosa de la posesión podría también verificarse, si el *dominus*, en lugar de exhibir la cosa, hubiera ordenado al esclavo destruirla, pero si tal orden hubiera sido dada antes de que el *dominus* tuviera noticia que la *res* era ajena, no habría sido seguramente posible considerar esta pérdida de la cosa como dolosa. En tal caso (que no menciona Paulo pero que podría suponerse con base en tal texto) el titular no habría podido demandar *ad exhibendum* al propietario del esclavo (porque faltaban los presupuestos de la *intentio*) y ni siquiera en contra del *servus* (porque el mismo habría obedecido una orden del *dominus*), aunque probablemente sería posible ejercitar una *condictio*.<sup>102</sup>

## 2. *Actio ad exhibendum* en contra de quien hubiera realizado dolosamente la unión de plata

Paulo, libro *vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.4 afirma:

*Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit: sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat, in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat.*<sup>103</sup>

<sup>102</sup> En el caso de pérdida de la cosa sin dolo los juristas severianos conceden al titular el ejercicio de la *condictio* como vimos *supra* nt. 57 y 59.

<sup>103</sup> La *communis opinio* de la doctrina niega que el texto sea clásico, si bien se discute en qué medida; así Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5, cit., 18 elimina su contenido a partir de *ita*; M. Pampaloni, *Appunti sulla Confusione e sulla Commistione* en BIDR, 37, 1929, 35 ss., afirma que el fragmento excluía el ejercicio de

Ciertamente en el caso de unión de la plata se puede demandar también con la *actio communi dividundo*; pero quien con dolo haya efectuado la confusión de la plata se encuentra obligado con la acción de hurto y con la *actio ad exhibendum (sed-curavit)*; así como en esta acción se debe tener en consideración el precio, en la *vindicatio* o en la *actio communi dividundo* el cálculo de la cantidad que se debe pagar se hace más amplio, tomándose en consideración cuanto hubiera sido preciosa la plata (*ita ut pretiosius fuerat*).

En origen el texto de Paulo trataba de la *rei vindicatio*<sup>104</sup> y en la compilación se encontraba unido a un pasaje de Ulpiano, libro *sexto decimo ad edictum* en D.6.1.3.2, donde el jurista, citando Pomponio, trataba de un problema de unión de la plata entre dos propietarios.<sup>105</sup> Nosotros creemos que probablemente los términos *quo quidem casu etiam* hayan sido incorporados por los compiladores en D.6.1.4 para permitir la unión con el texto anterior, en donde Paulo mencionaba un problema similar al referido en la obra *ulpiana* (las palabras *confundendum* y *argentum* pueden suponer tal hipótesis), pero no estamos seguros que el problema afrontado por el jurista fuera exac-

la *actio communi dividundo*, porque según el autor se consideraba el caso que los materiales tuvieran el mismo valor y por ello se debería decir en este modo: *quo quidem casu si materiae eiusdem pretii sint communi dividundo agi non poterit*, después cancela *sed et fuerat*. M. Kaser, *Die natürlich Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht* en ZSS, 65, 1947, 242, n. 77 acepta la posición de Beseler, porque no se entiende, según su opinión, la diferencia del uso de la acción de exhibición respecto a la *vindicatio* y a la acción de división; en el mismo sentido ver Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 418 ss. Más referencias a tales posiciones son indicadas por M. J. Schermaier, *Teilvindikation oder Teilungsklage? Auf der Suche nach dem klassischen Vermischungsrecht* en ZSS, 110, 1993, 141 ss. Como veremos a continuación los términos *quo quidem casu etiam* probablemente fueron introducidos por los compiladores para unir el pasaje al anterior de Ulpiano que además pudo haber sido resumido. Aceptamos la opinión de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 419 que después de las palabras *ita ut* parecería que el pasaje se encuentra mal elaborado, el verbo *ferat* se presenta sin sujeto; no obstante tales problemas gramaticales el punto que nos interesa es determinar el pensamiento de Paulo.

<sup>104</sup> Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 1005.

<sup>105</sup> *Pomponius scribit, si quid quod eiusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum. ut puta meum et tuum argentum in massa redactum est: erit nobis commune, et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus, etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.*

tamente el mismo al de Ulpiano: *ut puta meum et tuum argentum in massam redactum est*.<sup>106</sup>

En la primera parte del pasaje parecería que el ejercicio de la *actio communi dividundo* presuponga una confusión de la plata en donde los propietarios la efectuaron voluntariamente, o al menos sin dolo por parte de uno de ellos,<sup>107</sup> porque después, cuando el jurista habla de la acción de hurto y de la *actio ad exhibendum*, se incluye el término *sed* que debería separar el primer caso de otro en que la confusión hubiera sido efectuada en modo doloso: *sed et furti et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit*.<sup>108</sup>

Debemos determinar el motivo por el que uno de los propietarios habría realizado la confusión de la plata en modo doloso y las ventajas que habría podido obtener. Según nuestra opinión, para dar una

<sup>106</sup> Según nuestra opinión el pasaje de Ulpiano presenta el problema de la confusión de la plata de la misma cualidad, por el contrario en el caso de Paulo se hace referencia a dos porciones de calidad diferente como veremos a continuación.

<sup>107</sup> Así la tesis de Paulo sería similar a la de Pomponio, porque en el caso de la confusión de cereal, Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* en D.6.1.5pr. afirma que este último jurista concedía la *actio communi dividundo* a los propietarios que voluntariamente habían hecho tal confusión: *quod si voluntate eorum commixta sunt (frumentum), tunc communicata videbuntur et erit communi dividundo actio*. Schermaier, *Teilvindikation oder Teilungsklage?*, cit., 141, piensa en el caso de un joyero desordenado que confundió la plata de dos diferentes propietarios, por lo que la *actio communi dividundo* sería la acción que los propietarios habrían ejercitado en contra de él. Según nuestra opinión, no existen razones para considerar la presencia de una tercera persona en el presente pasaje, porque, si los compiladores unieron D. 6.1.4 al texto anterior, no se puede imaginar la presencia de otra persona, ya que en D.6.1.3.2 se trata solamente de dos propietarios. Mayores argumentos en tal sentido se encuentran en Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 415 n. 394.

<sup>108</sup> Interpretando el texto en tal modo se puede explicar la razón por la que la *actio furti* y la *actio ad exhibendum* fueron citadas una junto a la otra. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 419, negando que sea clásico el pasaje, afirma que la *actio furti* debería haberse acumulado a otras acciones (*actio communi dividundo* y *vindicatio*), mientras que la *actio ad exhibendum* por su naturaleza "reipersecutoria", no habría podido concurrir alternativamente con tal. Según nuestro parecer tal afirmación presenta dudas, porque la *actio furti* y la *actio ad exhibendum* tienen un presupuesto diferente a las otras acciones (*actio communi dividundo* e *vindicatio*). Las primeras implican una confusión hecha con dolo, mientras que las otras no, y por esto la acción de hurto no habría podido acumularse a las anteriores, porque el demandado no habría actuado con dolo y la *actio ad exhibendum* (que presupone el dolo) no habría podido concurrir alternativamente con éstas.

respuesta a tal problema debemos partir de la referencia a la *actio ad exhibendum*. Como hemos visto hasta este momento, el ejercicio de tal acción requiere que el demandado posea o haya hecho en modo de no poseer; si Paulo concede al propietario de la plata la acción de exhibición, debemos considerar que para el jurista la confusión dolosa tuvo en su pensamiento las mismas consecuencias de una pérdida dolosa de la posesión, pero en el presente caso el demandado continúa a poseer la plata si bien en modo diferente: antes poseía dos cantidades diferentes y ahora posee una sola si bien de proporciones mayores.

Si los dos propietarios hubieran tenido dos porciones de plata de la misma cualidad, si bien en medida diferente, habríamos aceptado la posición de Marrone, que la mención de la *actio ad exhibendum* parecería superflua, porque existían otros medios para exigir la cosa;<sup>109</sup> por el contrario, si partimos de la hipótesis que el propietario, que realizó dolosamente la confusión tenía una porción de plata de cualidad inferior a la del otro, la referencia a la *actio ad exhibendum* resultaría muy clara, porque en tal caso, quien efectuó la confusión ya no tendría la plata del otro propietario, sino una masa de calidad superior a la suya, pero inferior a la del otro. Quien efectuó la confusión se encuentra en la imposibilidad de separar la parte de la plata del otro propietario, porque si bien la masa puede ser dividida, la calidad sería diferente a la que se tenía antes de la separación. Con la *actio ad exhibendum* el que efectuó dolosamente la confusión estará obligado al precio que habría tenido la plata de tal cualidad.

Si interpretamos el pasaje con el presupuesto que las dos porciones de plata eran de calidad diferente, podemos dar una interpretación adecuada a la última parte: *in vindicatione vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cuius argentum pretiosius fuerat*. Uno de los propietarios procede a la confusión del metal pero no actúa con dolo, en tal situación el otro propietario no puede demandar *ad exhibendum*, porque no existe una pérdida dolosa de la posesión, y Paulo le concede dos posibilidades: la *vindicatio* o la *actio communi dividundo*; surge así el problema que el demandado no puede resti-

<sup>109</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 416 ss.

tuir al actor la plata de la misma cualidad, porque la masa era de una cualidad inferior. Con tales acciones el demandado no deberá restituir la misma cantidad de plata que tenía el actor, sino que será tomada en consideración la cualidad, situación por la que podría exigir al demandado que entregue una porción de la plata que se confundió, pero en mayor cantidad de la que tenía el actor en origen para evitar, en este modo que, con la separación, el actor sufriera una pérdida económica, obteniendo la misma cantidad de plata, pero de calidad inferior.

### 3. *Actio ad exhibendum* en contra del heredero que obtuvo un enriquecimiento por el dolo del difunto

Paulo, libro *vicensimo sexto ad edictum* en D.10.4.12.6 afirma en este modo:

*Heres non quasi heres, sed suo nomine hac actione uti potest: item heres possessoris suo nomine tenetur: igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit. plane ex dolo defuncti danda est in heredem haec actio, si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit.*<sup>110</sup>

<sup>110</sup> La doctrina interpolacionista considera que el texto se encuentra alterado de la palabra *plane* en adelante: así G. Rotondi, *Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni* en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 2, 1913, *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, 2, Pavia, 1922, 387 ss., porque, en su opinión los bizantinos habrían formulado la regla que el heredero no debe obtener un lucro *ex dolo defuncti*, así como se encontraría dicho también en otros textos (Ulpiano, libro *septimo ad edictum* en D.2.10.1.6 y Paulo, libro *undecimo ad edictum* en D.4.3.12). El investigador afirma que con la palabra *plane* los compiladores introducen una discusión sobre un punto que Paulo había ya explicado: *igitur non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit* y que existe una falta de elegancia cuando en el pasaje se trata de la *hereditas* cambiándose inmediatamente al *heres*: *si locupletior hereditas eo nomine facta sit, veluti quod pretium rei consecutus sit*. Según nuestra opinión, la posición de Rotondi deja dudas, porque creemos que la regla mencionada no pueda ser atribuida a los bizantinos, sino que proviene de los juristas clásicos, como demuestran los textos citados por el mismo Rotondi, además con el término *plane* el jurista introduce un problema, en donde, si bien el actor deba actuar en contra del demandado en nombre propio y no como heredero, no puede ser considerado dudoso que el mismo obtuvo un enriquecimiento por el dolo del difunto. El estilo del texto parece adecuado, Paulo menciona al heredero: *plane ex dolo defuncti danda est in heredem actio*, después indica como causa del ejercicio de la acción el incremento de la herencia y por

El heredero no como heredero, sino en nombre propio puede usar esta acción (*actio ad exhibendum*), al mismo modo en que se encuentra obligado el heredero del poseedor (*heres-tenetur*). Por ello no se debe proceder a buscar si la acción se deba conceder al heredero y en contra del heredero (*igitur-danda sit*). Claramente respecto a este último se concede por el dolo del difunto, si la herencia haya tenido un enriquecimiento por este motivo (*plane-facta sit*), por ejemplo, por el hecho que haya conseguido el precio de una cosa (*veluti-consecutus sit*).

Paulo, en el libro vigésimo sexto *ad edictum*, cuando trata de la *actio ad exhibendum*,<sup>111</sup> afirma que el heredero puede demandar o ser demandado con tal acción en nombre propio como titular de un propio derecho y no en su calidad de *heres*, viéndose en este modo una diferencia con la *petitio hereditatis*, en donde el título de heredero puede ser considerado el fundamento de la acción. Tal afirmación tiene importancia en el aspecto probatorio, porque quien demanda *ad exhibendum* no deberá demostrar la cualidad de heredero, sino la pérdida dolosa de la posesión en el caso en que el demandado no exhibiera la cosa.

El problema que el jurista presenta consiste en el ejercicio de la *actio ad exhibendum* en contra del heredero de una persona que dolosamente perdió la posesión de la *res*. El *heres* no posee y no ha hecho con base en el dolo en modo de no poseer la cosa de la que el actor pretende la exhibición; por esto, desde el momento que el heredero es demandado en nombre propio no puede ser responsable por la pérdida dolosa de la posesión efectuada por el *de cuius* y no sería obligado *ad exhibendum*. La situación es diferente si en el patrimonio del mismo heredero se encuentra el precio de una cosa que fue vendida por el *de cuius*, porque, no obstante el *heres* sería demandado en su nombre, no puede ignorarse la pérdida dolosa de la posesión que le ocasionó un beneficio económico.

último regresa a tratar del heredero presuponiéndolo sin mencionarlo porque ya había hablado de él anteriormente. La tesis de Rotondi fue seguida por G. Longo, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, 133 ss. y por Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 395. Más prudente sobre el contenido del texto (elimina solamente a partir de la palabra *veluti*), E. Betti, *Responsabilità ereditaria e responsabilità dell'erede in nome proprio o quale avente causa* en *Rendiconti del R. Ist. Lombardo di Scienze*, 49, 1916, 234.

<sup>111</sup> Lenel, *Palingenesia*, 1, cit., 1019.

En la solución de Paulo al presente caso se otorgan a la *actio ad exhibendum* las mismas consecuencias prácticas que habría tenido una *petitio hereditatis* ya que el demandado estaría obligado con base en su enriquecimiento,<sup>112</sup> aunque, como es notorio, las diferencias entre las dos acciones son evidentes: en la *actio ad exhibendum* el actor puede ser cualquier persona que tenga la titularidad de la cosa, mientras en la *petitio hereditatis* puede ser considerado como tal solamente el heredero.

### IX. LA POSICIÓN DE ULPIANO

Como hemos visto en el curso de la presente investigación, en el libro vigésimo cuarto *ad edictum* de Ulpiano en ocasiones encontramos referencias a las opiniones de juristas precedentes en relación al problema del *dolo desinens possidere* (Juliano en D.10.4.5.2 y D.10.4.9.pr.; Pomponio en D.10.4.9.1 y Marcelo en D.10.4.9.4 y D.36.3.1.17). En otros pasajes del mismo libro el jurista severiano presenta una propia opinión, como en D.10.4.3.11, D.10.4.9.2-3, así como hace en otras partes del comentario *ad edictum*, como el libro vigésimo en D.12.1.11.2, el libro trigésimo en D.16.3.1.32, el libro trigésimo séptimo en D.47.3.1.2, y todavía en el libro cuadragésimo primero *ad Sabinum* en D.47.1.1.pr. Comenzamos el análisis de cada uno de los pasajes.

#### 1. El demandado que dejó de poseer con dolo no puede demandar *ad exhibendum*, porque si bien, tenga un interés, no dispone de una justa y probable causa para el ejercicio de la acción

Ulpiano, libro *vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.3.11 dice:

*Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum, quamvis videatur*

<sup>112</sup> Sobre la responsabilidad del demandado con base en una *petitio hereditatis* ver mi investigación: Y. González Roldán, "La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, 28, 2004, 241 ss.

*interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum. sed hoc non sufficit: alioquin et qui dolo fecit quo minus possideret poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus neque interdicturus sit, et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus conoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.*<sup>113</sup>

Si me hubieran demandado *ad exhibendum*, yo, por el motivo que fui demandado con tal acción, no puedo a su vez, demandar *ad exhibendum*, si bien parezca que mi acción tenga importancia por el hecho que me encuentro obligado a restituir (*si-restituendum*). Pero esto no resulta suficiente, ya que en tal caso también quien con dolo hizo en modo de no poseer podría demandar con la *actio ad exhibendum*, aunque no pudiese usar de la *vindicatio* ni de un interdicto, y así también en el caso del ladrón o del rapiñador podrían utilizar tal acción, situación que no es verdadera de ningún modo (*sed-verum est*). Después viene recordado el parecer de Neracio, según el cual el juez decidía de la *actio ad exhibendum* solamente si se hubiera tenido una justa y aceptable causa de la acción, por la que se quisiera que se le exhibiera (*eleganter-desideret*).

<sup>113</sup> Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, cit., 6, considerando el texto interpolado propone una hipótesis de reconstrucción muy interesante después de *ego* incluye: *post litem contestatam dolo desierim possidere et condemnatus litem aestimationem obtulerim*, elimina *ob hoc quod conventus sum ad exhibendum actione*, quita *quamvis-non sufficit* y después *alioquin et qui* incorpora *ante litem contestatam*, suprime *et fur vel raptor poterit*, después Neratius elimina *iudicem-actionis* e incluye: *totiens praetorem actionem ad exhibendum denegaturum, quotiens apparuerit ex eis ipsis, quae actor in iure dixerit, non debere actorem vincere ea actione*. Su opinión puede ser aceptada en parte, porque como podemos observar, deja intacto el problema central que Ulpiano presenta: quien fue demandado con una *actio ad exhibendum* no puede demandar con la misma acción en contra de una tercera persona, además el caso debe partir necesariamente del problema del demandado que ya no posee con base en el dolo, porque como veremos inmediatamente, una hipótesis diferente resultaría absurda. Las palabras *ob hoc quod conventus sum ad exhibendum actione* son repetitivas pero no causan ningún daño al contenido del texto. No aceptamos la posición de eliminar la referencia al interés del actor, porque, como se observará, es un elemento fundamental en el ejercicio de la *actio ad exhibendum*. La mención del ladrón y del rapiñador no puede ser interpolada, ya que simplemente demuestra cuanto puede ser absurdo conceder el ejercicio de la *actio ad exhibendum* a la persona que dejó de poseer con base en el dolo; por último, no creemos exista un fundamento válido para eliminar la opinión de Neracio e imaginarnos una diferente, aunque no podemos negar que se encuentre interpolada como veremos más adelante, La posición de Beseler fue tomada en consideración por diferentes autores, que aceptan o niegan algunos elementos como O. Lenel, *Zum Edictum perpetuum*, cit., 120 ss; Marrone, *actio ad exhibendum*, cit., 270 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 236.

El demandado con base en una *actio ad exhibendum* no puede utilizar tal acción para demandar a su vez a otra persona, aunque si bien es cierto existe un claro interés del actor porque se encuentra obligado a restituir la cosa. Ulpiano hacía referencia al demandado que había hecho en modo de no poseer con dolo, porque parecería absurdo que se tratase del caso del poseedor actual (si posee la cosa no puede pretender la restitución de la misma a otra persona), o a una persona diferente que no hubiera hecho en modo de no poseer (ya que no sería obligada a la acción); claramente el jurista inmediatamente observa que el *dolo desinens possedere* no puede demandar tampoco con base en una *rei vindicatio* o a un interdicto como sucedería en el caso del ladrón o del rafiador.

Ulpiano subraya que el demandado que dejó de poseer dolosamente y pretende demandar con la misma *actio ad exhibendum*, no obstante tenga un interés para el ejercicio de la acción, requisito que la jurisprudencia considera como indispensable,<sup>114</sup> el hecho que se encuentre obligado a restituir la cosa no puede ser considerado un factor relevante para concederle tutela jurídica. Si el deber de restitución fuera suficiente, también el ladrón y el rafiador habría podido demandar *ad exhibendum* al mismo modo que el demandado que perdió la posesión por motivo de dolo porque se encontrarían también obligados a restituir la cosa, demostrándose así que sería absurdo concederle la *actio ad exhibendum* al que *ante litem contestatam dolo fecit quo minus possideat*.

<sup>114</sup> Autores como Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 267 con base en el texto de Paulo, libro cuarto epitomarum Alfeni en D.10.4.19 (*ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest*), creen que el requisito del interés pudiera ser atribuido a Servio, porque probablemente Alfenio (mencionado por Paulo) refería un episodio que efectivamente había sido analizado en la escuela de su maestro Servio. Otros juristas indican tal requisito como Gayo, libro ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa en D.10.4.13: *...quia haec actio (ad exhibendum) ei creditur competere, cuius pecuniariter interest*; Ulpiano, libro vicensimo quarto ad edictum en D.10.4.3.9: *sciendum est autem non solum eis quos diximus competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi...*, en D.10.4.3.10: *plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi...*, en D.10.4.3.12: *omnibus igitur ad exhibendum actio competit, quia omnium interest exhiberi hominem*. Marrone (*ibidem*, 269 ss.) demuestra que los juristas clásicos, si bien no consideraban suficiente el interés, lo admitían como requisito necesario para que el actor pudiera ejercitar una *actio ad exhibendum*.

Una vez excluido el ejercicio de la acción en tal caso, Ulpiano presenta una opinión de Neracio,<sup>115</sup> que parecería fundamental para determinar quién puede demandar *ad exhibendum: iudicem ad exhibendum hactenus conoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret*. Tal parte del texto es seguramente interpolada en la referencia al *iudicem*, porque como es notorio, quien conoce de la controversia es el pretor y no el juez,<sup>116</sup> además la palabra *actionis* podría ser un error del escribano y debería ser sustituida con el término *actor*, en este modo *habeat* tendría un sujeto y *sibi* un punto de referencia.

En conclusión, en el pensamiento de Ulpiano, el pretor no puede conceder al demandado que con dolo dejó de poseer el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, no porque no tenga un interés, sino porque tal interés no puede ser considerado como una justa y aceptable causa por la que pueda pretender la exhibición de la cosa.

## 2. La pérdida dolosa de la posesión puede consistir en hacer llegar la cosa a otra persona o en transformarla en una cosa diferente

En Ulpiano, libro vicensimo quarto ad edictum en D.10.4.9.2 encontramos afirmado:

*Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo fecisse quo minus possideat, si modo hoc dolose fecerit.*<sup>117</sup>

Si alguno hizo llegar la cosa a otra persona, se considera que hizo en modo de no poseer con dolo, siempre que lo haya hecho dolosamente.

En el presente pasaje podemos observar un claro ejemplo de pérdida dolosa de la posesión: la transmisión de la cosa a otra persona,

<sup>115</sup> No tenemos noticia a qué obra de Neracio haga referencia Ulpiano; *cfr.* Lenel, *Palingenesia*, I, cit., 780.

<sup>116</sup> *Cfr.* Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 271 n.288 que afirma: "il tratto in questione è chiaramente ispirato a concetti non classici, quali la *sommatoria cognitio* da parte del *iudex* che si trova anche in D.10.4.3.9: *...iudex igitur summatim debet cognoscere...*".

<sup>117</sup> Aceptamos la posición de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 421 n. 411 (con referencia a la doctrina interpolacionista, que el texto es clásico en el contenido y en la forma.



ejemplo que el mismo Ulpiano había citado en D.10.4.9pr, refiriéndose a una opinión de Juliano (*supra* § 2.b). El poseedor puede ser demandado *ad exhibendum* solamente si la *res* hubiera sido transmitida a otra persona en modo doloso, en otras palabras, con el conocimiento que la cosa era ajena. El texto no especifica los modos con los que se podría hacer llegar a otra persona la cosa, pero sobre este punto otros juristas identificaron diferentes casos que hemos visto anteriormente:

- i) El deudor pignoraticio tira por la ventana la cosa dejada en prenda para permitir que otra persona pueda cazarla (Labeón-Pomponio en D.13.7.3).
- ii) El marido utilizó el dinero que la mujer le había donado para comprar una cosa, sabiendo que no es suyo (Pomponio en D.10.4.14).
- iii) Quien sufrió un robo recibe del *dominus* el esclavo, presunto responsable del delito para someterlo a una *quaestio*, pero en lugar de proceder a la *quaestio*, lo entrega al *praefectus vigilum* como si hubiera sido sorprendido mientras cometía el robo (Pomponio en D.12.4.15).

En relación con la transformación de la cosa en otra diferente Ulpiano, *libro vicensimo quarto ad edictum* en D.10.4.9.3 afirma:

*Sed si quis rem deteriore exhibuerit, aequè ad exhibendum eum teneri Sabinus ait. sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata, veluti si ex scypho massa facta sit: quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei.*<sup>118</sup>

<sup>118</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 403 n. 369 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 275 n. 307 aceptan la posición de G. Beseler, *Miszellen. Einzelne Stellen*, en ZSS, 47, 1927, 364, según el cual las palabras *quamquam-rei* no serían clásicas. Tal parte del texto sería, según el investigador, una glosa superflua; el sujeto de *exhibeat* es un *quis* que se encuentra demasiado lejos, es poco adecuado el cambio a la forma personal después que se había usado la forma impersonal (*sed hoc facta sit*). No aceptamos tal posición, porque en este punto del texto se encuentra afirmado un principio filosófico jurídico fundamental en la explicación del problema: ...*mutata*

Si alguno exhibió una cosa deteriorada, afirma Sabino que se encuentra igualmente obligado *ad exhibendum* (*sed-Sabinus ait*). Esto resulta ser verdadero si con dolo la cosa se haya transformado en otro *corpus* (objeto), por ejemplo, si se haya transformado una copa en una masa metálica (*sed facta sit*); si bien, se exhiba la masa, se encuentra obligado *ad exhibendum*, porque, cambiada la forma, casi se destruye la sustancia de la cosa (*quamquam-substantiam rei*).

Para Sabino<sup>119</sup> la exhibición de una cosa dañada no disculpa al demandado de ser obligado *ad exhibendum*, porque probablemente en su pensamiento exhibir consistía no solamente entregar la cosa en el estado en que se encontraba, sino también en las condiciones en que debería encontrarse si el titular la hubiera poseído. Presentar una cosa dañada era como no exhibirla, y por esto el demandado con la *actio ad exhibendum* debía indemnizar al actor por la pérdida de la posesión. Debemos recordar que en la *intentio* de la fórmula se encontraba la referencia a la pérdida de la posesión efectuada con dolo (y no a una simple pérdida); por esto, aunque si con base en el texto se podría creer que para Sabino el simple daño se configuraría como una pérdida dolosa de la posesión,<sup>120</sup> tal afirmación no sería, según nuestra opinión, correcta, porque el actor habría debido demostrar en juicio que tal hecho había sido causado intencionalmente.

Ulpiano piensa en modo diferente, según el jurista, exhibir una cosa dañada exime al poseedor de una responsabilidad *ad exhibendum*, siempre que el daño provocado a la cosa no hubiera alterado su forma. Si se alteró la cosa, significa que la misma se perdió;<sup>121</sup> por esto una transformación de la cosa hecha intencionalmente por el poseedor deberá ser considerada como un ejemplo de pérdida dolosa de la

*forma prope interemit substantiam rei*; además que el sujeto de *exhibeat* se encuentre demasiado alejado no demuestra que el pasaje no sea clásico así como tampoco el regreso a la forma personal después que se había utilizado la impersonal.

<sup>119</sup> Sobre tal punto *cfr.* A. Pernice, *Labeo*, Teil D, Aalen, 1963, 84 n. 2.

<sup>120</sup> Posición de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 404 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 275.

<sup>121</sup> Sobre tal punto ver J. G. Wolf, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln, 1961, 122 ss., con bibliografía y M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 2001, 88 n. 38.

posesión.<sup>122</sup> Exhibir una masa de plata no es lo mismo que exhibir una copa del mismo material, porque el valor del metal podría ser inferior al valor que tendría el material trabajado por un joyero.

### 3. Pérdida dolosa de las monedas ajenas

Ulpiano, *libro vicensimo sexto ad edictum* en D.12.1.11.2 afirma:

*Si fugitivus servus nummos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur. et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.*<sup>123</sup>

Si un esclavo fugitivo te haya concedido un crédito de una cierta cantidad de monedas, se pone la cuestión si el *dominus* pueda demandarte con la *condictio* (*si-quaeritur*). Y si efectivamente mi esclavo a quien se concedió la administración del peculio, te concedió el crédito, efectivamente se efectuó un mutuo (*et-mutua*); diferentemente el esclavo fugitivo o el que concedió el crédito contra la voluntad del *dominus* no hace las monedas de propiedad de quien las recibe (*fugitivus-accipientis*). Por ello tales mone-

<sup>122</sup> El propietario de la copa perdió la *res* cuando se transformó en una masa de plata; en el caso contrario el titular de la masa metálica no habría perdido la cosa al transformarse en un objeto diferente, porque el demandado se encontraría en la posibilidad de exhibir el material después de haberlo hecho regresar a su estado originario.

<sup>123</sup> El contenido clásico del texto fue considerado dudoso por muchos autores; por ejemplo G. Longo, *Libera administratio peculii*, BIDR, 38, 1930, 41 elimina la parte que dice: *cui concessa est peculii administratio* y *vel alius servus contra voluntatem domini*; H. Siber, *Retentio propter res donatas* en *Studi in Onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, quita *desinant possideri* e incluye *consumpti sunt*, elimina *ad exhibendum agi* e incluye *condici*, sustituye *consumpsisti, condicere tibi potero* por *in factum agi potest*; tal posición fue seguida por J. G. Fuchs, *Iusta causa traditionis in der romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, 193 ss. y por U. von Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, 1952, 37; G. Longo, *Diritto Romano. Diritto delle obbligazioni*, 2, Roma, 1954, 76, elimina la parte que va de *quid ergo* en adelante; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 440 considera espuria la parte del texto donde se habla de la *actio ad exhibendum* y acepta la idea de los otros investigadores que de *quid ergo* en adelante el contenido no sería clásico, porque el infinito *agi* no tiene un verbo al cual se hiciera referencia. Más prudente en valorar el contenido del texto I. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli, 1976, 83 ss. En nuestra opinión la sustancia del pasaje no sorprende como veremos inmediatamente.

das pueden ser reivindicadas si existen todavía, si con dolo el poseedor dejó de poseer, el *dominus* puede demandarlo *ad exhibendum* (*quid-agi*); pero si fueron consumidas sin dolo, puedo demandarte con la *condictio* (*quod-potero*).

No creemos existan dudas en la actualidad que el *dominus* pudiera conceder a un esclavo la administración de un peculio para la gestión de actividades económicas.<sup>124</sup> El problema es que en el presente caso quien concede el préstamo a un tercero es el *servus fugitivus* y la cuestión que presenta Ulpiano consiste en determinar la acción que le correspondería al *dominus* en contra de la persona que recibió el dinero del esclavo. El jurista le concede la *condictio* en contra del mutuuario, porque cuando el *servus* había tenido la administración del peculio, se había perfeccionado un mutuo entre el propietario del esclavo y quien había recibido las monedas; pero, en el caso en que el esclavo fugitivo hubiera concedido el préstamo en contra de la voluntad del *dominus*, visto que no se perfecciona un mutuo, deben ser consideradas otras opciones con un diferente fundamento.

Faltando la voluntad del propietario del esclavo (que era contrario al crédito) continúa a ser titular de las monedas, y por esto puede vindicarlas siempre que hubieran sido poseídas por la persona que las había recibido del esclavo; pero si ya no son poseídas, deben distinguirse dos situaciones: si quien recibió las monedas las perdió dolosamente, el titular puede demandar con la *actio ad exhibendum*; si por el contrario fueron consumidas y falta el dolo, la acción que podrá ejercitar será la *condictio*.

Marrone<sup>125</sup> duda de la referencia a la *actio ad exhibendum* porque en el texto se hace mención solamente al caso en que existiera una

<sup>124</sup> Bajo diferentes perfiles véanse: Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, cit., 3 ss.; A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a. C.-II d.C.)*, Milano, 1984, 207 ss.; del mismo autor, *Filius, servus, libertus, strumenti dell'impreditore romano en Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, a cura di M. Marrone, Palermo, 1992, 231 ss.; A. Kirschenbaum, *Sons, slaves and freedmen in Roman commerce*, Nueva York-Jerusalem, 1987, 31 ss.; F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 42 ss.; J. J. Aubert, *Business Managers in Ancient Rome*, Leiden-Nueva York-Köln, 1994, 64 ss.; A. Földi, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law*, en RIDA, 1996, 179 ss. Por ello no puede dudarse que sean clásicos los términos *cui concessa est peculii administratio* (ver nota anterior).

<sup>125</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 440.

pérdida dolosa de la posesión, llegándose, según el investigador, a la falsa conclusión que en contra del poseedor de las monedas, la acción de exhibición no sería posible. Según nuestra opinión, tal tesis no puede ser aceptada por dos razones: en primer lugar, porque el texto se encuentra en el libro vigésimo del comentario *ad edictum* que se refiere a la *condictio*<sup>126</sup> y en donde la *actio ad exhibendum* presenta un papel secundario. Además, el jurista usa los términos *vindicari nummi possunt, si existant*, que seguramente hacen referencia a la *vindicatio*, pero podrían, a nuestro parecer, aludir también a la *actio ad exhibendum*, porque, como pueden demostrar varios pasajes, esta última acción podría tener la finalidad que una vez exhibidas las monedas, el titular de las mismas pudiera vindicarlas: *...ad exhibendum, et exhibitam vindicare...* (Labeón, *libro sexto posteriorum a Iavoleno epitomatorum* en D.16.3.33)<sup>127</sup> e... *itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere* (Africano, *libro octavo quaestionum* en D.15.1.38pr).<sup>128</sup>

En D.12.1.11.2 existe una clara contraposición entre *extare* y *consumere*; si las monedas todavía permanecen en las manos de la persona que las recibió del esclavo, puede afirmarse que tiene la posesión, mientras que si fueron consumidas, los efectos se concretizan en una pérdida de la posesión. El consumo es un ejemplo de tal tipo de pérdida, pero no implica necesariamente que hubiera sido hecho con dolo y si bien en el texto no se explica cuándo el consumo puede ser considerado doloso, podemos considerar diferentes hipótesis:

- i) La persona recibe y consume las monedas que había recibido del esclavo fugitivo con pleno conocimiento que el *dominus* no quería concederle el crédito.

<sup>126</sup> Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 569 ss.

<sup>127</sup> *Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. Posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset.*

<sup>128</sup> *Deposui apud filium familias decem et ago depositi de peculio. quamvis nihil patri filius debeat et haec decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum praeterea peculium sit: hanc enim pecuniam, cum mea maneat, non esse peculii. denique quolibet alio agente de peculio minime dubitandum ait computari non oportere. itaque ad exhibendum agere me et exhibitam vindicare debere.*

- ii) La persona recibe las monedas del esclavo fugitivo sin saber que el *dominus* no era de acuerdo, después lo llega a saber, pero en lugar de restituirlas las consume igualmente.

En tales casos el consumo se transforma en una pérdida dolosa de la posesión permitiendo en este modo al propietario de las monedas de demandar *ad exhibendum*.

#### 4. Ejercicio de la *actio ad exhibendum* del depositante en contra de quien recibió por error la cosa del depositario

Ulpiano, *libro trigésimo ad edictum* en D.16.3.1.32 trata el siguiente caso:

*Si rem a servo depositam Titio, quem dominum eius putasti, cum non esset, restituisses, depositi actione te non teneri Celsus ait, quia nullus dolus intercessit: cum Titio autem, cui res restituta est, dominus servi aget: sed si exhibuerit, vindicabitur, si vero, cum sciret esse alienum, consumpserit, condemnabitur, quia dolo fecit quo minus possideret.*<sup>129</sup>

Afirma Celso que si restituiste a Ticio la cosa depositada por un esclavo porque creías que era el *dominus*, no te encuentras obligado con la acción de depósito, porque no hubo dolo por parte tuya (*Si-intercessit*); pero el

<sup>129</sup> Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 10, quita el término *sed* e incluye *ad exhibendum*: *et, antes de vindicabitur incorpora Titius, res ab eo, sustituye alienum por alienam*; O. Lenel, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum* en *Grünhuts Zeitschrift*, 37, 1910, 525, *Gesammelte Schriften*, 3, Napoli, 1991, 389, elimina *sed a possideret*, porque se encuentran demasiado juntos los dos verbos: *sed si exhibuerit, vindicabitur*, cuando se refiere a la cosa ajena (*res aliena*) se usa el neutro *alienum*, la palabra *consumpserit* no tiene un objeto al cual se pueda relacionar y si los términos *condemnabitur-minus possideret* resultan ser clásicos, probablemente se referían a un problema más amplio que se modificó. Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 395 ss., cancela *sed-minus possideret*, porque *sed* hace pensar a una contraposición que en realidad no existe; le parece inapropiado el término *vindicabitur*; *condemnabitur* da la impresión que tiene el mismo sujeto de *vindicabitur*; está escrito *alienum* y debería decirse *alienam*. Según nuestra opinión, el término *sed* tiene una función precisa en el pasaje: la persona que entregó la cosa depositada a Ticio no se encuentra obligada con base en la acción de depósito, “pero” Ticio se encuentra obligado con la acción de exhibición. El término *vindicabitur* se refiere a quien había ejercitado la acción (*dominus servi aget*) y *condemnabitur* a Ticio, no vemos las razones por las que podrían considerarse los dos verbos referidos al mismo sujeto. Seguramente *alienum* es un error del escribano, pero no por esto debemos condenar el contenido del texto.

propietario del esclavo demandará a Ticio, al cual fue restituida la cosa (*cum-ager*); entonces si él la exhibiera, será vindicada, pero si la hubiera consumido sabiendo que era ajena será condenado porque hizo con dolo en modo de no poseer (*sed-possideret*).

Una persona entrega a Ticio una cosa porque creía erróneamente que era el *dominus* del esclavo que se la había dejado en depósito. Según Celso, el titular de la cosa no puede demandar en contra del depositario con la acción de depósito, pero puede ejercitar en contra de Ticio la *actio ad exhibendum*; en este modo, si Ticio posee todavía y exhibe la cosa, el titular podrá vindicarla, pero si la hubiera consumido con pleno conocimiento que era ajena será condenado.

Puede observarse que para Ulpiano el consumo es un ejemplo de pérdida dolosa de la posesión en el caso en que exista conocimiento del que poseía que la cosa era ajena. Si Ticio erróneamente hubiera creído que la cosa le pertenecía, porque también él había ordenado a uno de sus esclavos depositar una cosa parecida, dándole la facultad de escoger la persona adapta, no podría ser considerada una pérdida dolosa de la posesión si la hubiera consumido, y en tal caso no sería condenado con base en tal acción.

### 5. *Actio ad exhibendum* en contra del autor de la unión del *tignum* ajeno

El caso es tomado en consideración por Ulpiano, *libro trigensimo septimo ad edictum* en D.47.3.1.2:

*Sed et ad exhibendum danda est actio: nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat.*<sup>130</sup>

<sup>130</sup> El contenido del pasaje fue condenado en su totalidad por Beseler, *Beiträge*, 1, cit., 44 ss.; R. Monier, *Le tignum iunctum*, París, 1922, 207 ss. *Manuel élémentaire de droit romain*, 1, París, 1938, 515; Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 413 ss.; otros han hecho algunas correcciones como M. Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto* en BIDR, 21, 1909, 212, cambiando después idea en otra investigación: *Appunti sulla confusione e commistione* en BIDR, 37, 1929, 51. Más prudentes en su contenido G. Melillo, *Tignum iunctum*, Napoli, 1964, 102 ss, el cual afirma que el texto fue escrito por Ulpiano para incorporar una opinión personal que enriquecía un régimen que en su opinión ya no era

Debía ser concedida también la *actio ad exhibendum* (en el caso del *tignum furtivum*), ya que no se debía perdonar a la persona que con conocimiento insería o unía la cosa ajena a un edificio (*sed-vinxitve*); tal persona no era demandada en juicio como si fuera poseedor, sino como si hubiera hecho con dolo en modo de no poseer (*non-minus possideat*).

El jurista cuando analiza la aplicación de la acción *de tigno iuncto* al caso del *tignum furtivum* (*Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum... en D.47.3.1pr.*),<sup>131</sup> subraya que el titular de una cosa que fue unida en una construcción ajena puede demandar también *ad exhibendum* en contra de quien hubiera hecho tal unión. Pero con esta acción el actor no puede pretender que la cosa le sea exhibida, porque la exhibición requiere la separación del *tignum*, que jurídicamente no es posible por la prohibición establecida en las XII tablas.<sup>132</sup>

adecuado. Las palabras *sed et* con las que introduce su pensamiento corresponden a módulos normales referidos a comentarios lematícos, los términos *danda est actio* no presentan dudas ya que reflejan el particular y probablemente innovador punto de vista de Ulpiano respecto al *tignum* unido en mala fe y expone con gran naturaleza la oportunidad, que para otros juristas probablemente era discutible, de conceder en vía excepcional también la *actio ad exhibendum*, ya que no se puede tener consideraciones en contra del constructor malicioso. Sobre tal aspecto la palabra *parcere* parecería adecuada. El investigador acepta las dudas generales de las palabras finales *non enim-possideat*, por la falta de estilo, sobre todo los términos *non enim* resultan desagradables inmediatamente después de *nec enim*. R. Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito. Dalle XII tavole a Giustiniano*, Bari, 1967, 64 ss., acepta la posición de Melillo de atribuirle a Ulpiano la referencia a la *actio ad exhibendum*, pero no excluye dudas sobre la claridad del pasaje, sobre todo en la parte *nec-vinxitve* (p. 69, nt. 108).

<sup>131</sup> Lenel, *Palingenesia*, 2, cit., 679, *Das Edictum perpetuum*, cit., 330 ss. Citamos los textos anteriores de Ulpiano, *libro trigensimo septimo ad edictum* en D.47.3.1pr.-1, para observar la unión con el pasaje que estamos analizando: *Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem. Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaque necessaria, unde quidam aiunt tegulam quoque et lapidem et testam ceteraque, si qua aedificiis sunt utilia (tigna enim a tegendo dicta sunt), hoc amplius et calcem et harenam tignorum appellatione contineri. sed et in vineis tigni appellatione omnia vineis necessaria continentur, ut puta perticae pedamenta.*

<sup>132</sup> Tabla .6.8 (en *F.I.R.A.*, 1, 46). *Tignum iunctum aedibus vinea(e)ve (et concapit) ne solvito.*

Si el actor hubiera demandado *ad exhibendum* pidiendo la exhibición de la cosa incorporada en la construcción, el demandado habría podido exhibirla si hubiera destruido el edificio, pero como el derecho civil no permitía tal posibilidad, el propietario del *tignum* no podía demandar 'como si' el demandado poseyera, porque el *tignum* se transformó en parte integrante de una cosa de la que no puede separarse. Entonces, si no puede ser exhibido, puede obtener que el demandado que lo incorporó en el edificio sea considerado como si (*quasi*) hubiera perdido con dolo la posesión.

En el pensamiento de Ulpiano el titular de la viga puede demandar al que hubiera incorporado el *tignum furtivum* en una construcción propia o ajena, siempre que tuviera pleno conocimiento que pertenecía a otra persona. El jurista afirma: *nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve*, excluyendo que el titular del *tignum* pudiera demandar *ad exhibendum* al constructor si no sabía que la cosa había sido robada. La diferencia entre el *tignum furtivum* y el *tignum alienum*<sup>133</sup> parece ser fundamental: en el primer caso el titular de la *res* puede demandar *ad exhibendum* en contra del constructor, si el mismo sabía que el *tignum* incorporado era ajeno (el constructor lo había robado o tenía conocimiento del origen ilícito de la cosa); por el contrario, si el constructor hubiera incorporado un *tignum* ajeno (sin conocimiento de su origen), el titular de la *res* no habría podido ejercitar la *actio ad exhibendum*.

Como la ley de las XII Tablas no permite de separar el *tignum* de la construcción, no es posible ejercitar la *rei vindicatio* o la acción de exhibición para que el titular de la cosa pudiera obtener la restitución;<sup>134</sup> pero tal regla, que podemos considerar general, puede ser

<sup>133</sup> Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito*, cit., 55 ss, demostró que en la vieja reglamentación del *tignum* no tenía ninguna importancia el elemento subjetivo y por ello resultaba *furtivum* por el simple hecho de ser *alienum*, pero con el desarrollo del pensamiento jurídico y con afirmarse el elemento subjetivo la primitiva idea no podía perdurar, así en edad clásica, a partir de Neracio (D.24.1.63) podemos observar una total diferencia entre *tignum furtivum* y *tignum alienum*.

<sup>134</sup> Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum* en D.41.1.7.10: *cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit... neque vindicare eam potest neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur...* (mismo contenido en las Instituciones de Justiniano 2.1.29); Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.23.6: *tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum,*

superada, según la jurisprudencia severiana, si con la *actio ad exhibendum* no se pretende la exhibición de la cosa (porque requeriría la previa separación de la construcción, que es jurídicamente imposible), sino el valor de la misma de quien sabía que era ajena; por ello Paulo, *libro vicensimo primo ad edictum* en D.6.1.23.6 sobre este punto es muy claro: con base en la ley de las XII Tablas no pueden ejercitarse la *rei vindicatio* o la *actio ad exhibendum* en contra de quien incorpora un *tignum* ajeno a una construcción (*tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi*), a menos de que no hubiera incorporado tal cosa con pleno conocimiento de que pertenecía a otro (*nisi adversus eum, qui sciens alienum iunxit aedibus...*).

En D.47.3.1.2 pudimos observar que incorporar un *tignum alienum* en una construcción es considerado por Ulpiano 'quasi' una pérdida dolosa de la posesión, cuando el constructor conocía que la cosa era ajena, y por esto deberá restituir al titular su valor. Melillo,<sup>135</sup> con base en tal texto, afirma que la *actio ad exhibendum* tiene una función penal, opinión que, como la totalidad de la doctrina,<sup>136</sup> no nos parece aceptable, porque la acción de exhibición tiene como finalidad restituir al titular del *tignum*, como dijimos anteriormente, el valor de la cosa, ya que existe la imposibilidad del constructor de exhibirla, como hubiera podido suceder en cualquier caso en que existiera una pérdida dolosa de la posesión; además en el próximo texto que analizaremos (D.47.1.1pr.) puede observarse claramente como Ulpiano distingue las acciones penales de las que no tienen la misma naturaleza como es el caso de la *actio ad exhibendum*.

En el caso de la *actio de tigno iuncto* la condena pecuniaria es limitada al doble del valor de la *res*, según lo que claramente afirma Ulpiano, *libro trigensimo septimo ad edictum* en D.47.3.1pr: *in duplum dat actionem*; por el contrario, en la *actio ad exhibendum* se procedía a la estimación del interés que había tenido el actor a la

*nec eo nomine ad exhibendum agi...*, *idem*, *libro quarto decimo ad Sabinum* en D.10.4.6: *in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret...*

<sup>135</sup> Melillo, *Tignum iunctum*, cit., 102 ss.

<sup>136</sup> En contra P. Voci, *Recensione Melillo* en Iura, 16, 1965, 312 ss.; M. Kaser, *Tignum iunctum* en Labeo, 12, 1966, 111; Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito*, cit., 69 ss.

exhibición, esto es, se fijaba la medida de la condena en el *id quod actoris interest*, que habría podido sobrepasar el doble del valor del *tignum*.<sup>137</sup>

La cuestión que todavía debemos aclarar es si el titular del *tignum* deberá escoger entre las dos acciones que mencionaba Ulpiano o por el contrario podrá ejercitar ambas en contra del constructor que incorporó el *tignum furtivum*; en otras palabras, ¿existe una ‘concur-rencia alternativa’ o una ‘concur-rencia cumulativa’ de las acciones?<sup>138</sup> Según nuestra opinión, la *actio de tigno iuncto* es claramente una acción de naturaleza penal (basta observar la posición que tiene en el edicto del pretor),<sup>139</sup> y por esto puede existir una acumulación entre acción penal y *actio ad exhibendum*, como sucedió en el caso mencionado por Pomponio, *libro octavo decimo ad Sabinum* en D.13.7.3 (*supra* § 2 b), en donde concurren la *actio furti* y la *actio ad exhibendum*.

La tesis de la “concur-rencia cumulativa” de las acciones en D.47.3.1.2 parecería encontrar fundamento en la palabra *et* que une el pasaje a D.47.3.1 pr., en donde se presume la existencia de la *actio de tignum iuncto: in duplum dat actionem* y en la motivación de Ulpiano: *nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve*. Quadrato<sup>140</sup> sobre este punto afirma que Ulpiano concedía ‘en cumulo’ la *actio ad exhibendum*, porque si bien ésta, por su propia naturaleza tenía la finalidad de recuperar la *res*, la prohibición de las XII Tablas no producía ningún problema, ya que de

<sup>137</sup> Sobre la *condemnatio* de la *actio ad exhibendum* y el cambio del criterio del *quanti ea res erit* al del *id quod actoris interest*, véase Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 664 ss.

<sup>138</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 586 presenta la cuestión, pero como cree que los textos que se refieren al problema (D.6.1.23.6 e D.47.3.1.2) son interpolados, no llega a una solución que pueda esclarecerlo en el derecho clásico; Melillo, *Tignum iunctum*, cit., 109, afirma la existencia de un concurso cumulativo, así como Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito*, cit., 67 (pero con argumentos diferentes a los de Melillo). Véase por último D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, 140 ss.

<sup>139</sup> Lenel, *Das edictum perpetuum*, cit., XIX, incluye la *actio de tigno iunctum* en el título XXIII §131 del edicto entre el § 130 *furti oblati* y el §132 *furti manifesti*. Sobre la naturaleza penal de la *actio de tigno iunctum* en el periodo clásico ver Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito*, cit., 69 y sobre la existencia en el edicto de una rúbrica dedicada a tal acción ver en la misma obra a partir de la página 70. En sentido contrario Melillo, *Tignum iunctum*, cit., 42 ss.

<sup>140</sup> Quadrato, *Tignum iunctum ne solvito*, cit., 69 nt. 113.

todos modos la *condemnatio* era pecuniaria. Por el contrario, ya que en el derecho justiniano se sigue la regla de la *condemnatio in ipsam rem*, debía ser salvada la prohibición de *solvere* y los compiladores, favorables al régimen de la acumulación, recurrían a la idea del *fictus possessor*, en modo tal que el demandado estaría obligado únicamente a entregar una cantidad de dinero. La ingeniosa tesis del maestro presenta como presupuesto que las palabras (*non-possideat*) sean interpoladas, sin embargo aunque nosotros no podemos negar la falta de elegancia del estilo con el cual se presenta el texto (como claramente demostró la doctrina),<sup>141</sup> debemos recordar que los términos *dolo malo fecerit, quo minus possideat* son clásicos, como hemos visto en el transcurso de la presente investigación; por esto no nos parece posible prescindir de las mismas en la solución del problema.

La imposibilidad jurídica que el demandado pudiera restituir el *tignum* da como resultado que la medida de la condena sea fijada en el *id quod actoris interest*, pero tal condena se refiere únicamente al valor de la cosa y no al hecho ilícito cometido por el constructor que conocía que el *tignum* era ajeno; por esto, con la *actio ad exhibendum*, el titular de la viga puede obtener su valor y con la *actio de tigno iuncto* pedir un resarcimiento por el delito cometido por el constructor.

## 6. *Actio ad exhibendum* en contra de los herederos de la persona que robó la cosa

Dice Ulpiano, *libro quadragesimo primo ad Sabinum* en D.47.1.1 pr.:

*Civilis constitutio est poenalibus actionibus heredes non teneri nec ceteros quidem successores: idcirco nec furti conveniri possunt. sed quamvis furti actione non teneantur, attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant: sed enim et vindicatione tenebuntur re exhibita. Item condictio adversus eos competit.*<sup>142</sup>

<sup>141</sup> Ver la nota 130.

<sup>142</sup> El texto presenta una serie de dudas por parte de Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 534 (en el mismo sentido Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 272); por ejemplo, los términos *civilis constitutio* no serían clásicos, porque no se encuentran mencionados en otros pasajes de la jurisprudencia romana, pero según nuestra opinión, no se debe excluir que sean clásicos, ya que, por ejemplo, Gayo 4.112 se expresa

Es una disposición del derecho civil que ni los herederos ni los otros sucesores se encuentren obligados con las acciones penales; por este motivo no pueden ser demandados con base en la acción de hurto (*Civilis-possunt*). Pero si bien no responden por ello, sin embargo deben ser obligados con base en la *actio ad exhibendum*, si posean o si con dolo hayan hecho en modo de no poseer (*sed quamvis-minus possideant*); por ello, exhibida la cosa, se encuentran obligados también a la *rei vindicatio*, y al mismo modo compete en contra de ellos la *condictio* (*sed enim-competit*).

El presente pasaje contiene el 'principio de la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales'; los herederos (y los otros tipos de sucesores) no son llamados a responder con estas acciones, y no pueden por esto ser demandados con la *actio furti*, que, como es notorio, resulta ser un claro ejemplo de acción penal. Por el contrario en el caso de otras acciones que no son penales, pueden ser ejercitadas en contra de los herederos, como es el caso de la *actio ad exhibendum* y de la *condictio*. Tales personas se encuentran obligadas hacia el actor en nombre propio y no porque son herederos del difunto (recordamos a este propósito el texto de Paulo en D.10.4.12.6 analizado *supra* §7c); por esto, si ellos se encontraran en la posesión de la cosa que había sido robada por el *de cuius* o hubieran perdido intencionalmente la posesión, su verdadero titular habría podido demandar *ad exhibendum* en contra de ellos. En el primer caso, una vez ejercitada la *actio ad exhibendum* y exhibida la cosa *in iure*, el titular, siempre en la misma audiencia podía ejercitar la *rei vindicatio* en contra de

en modo parecido sobre el mismo problema: *est enim certissima iuris regula ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere nec dari solere, veluti furti...*; además el mismo investigador acepta la posición de C. Longo, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, BIDR, 14, 1902, 151 n.2 y de otros autores (mencionados por Marrone en nota 284) en el sentido que las palabras *nec ceteros quidem successores* no sean originales, pero no vemos motivos para dudar que el mismo Ulpiano se hubiera servido de tales términos con la finalidad de citar en modo completo a todos los sucesores; D.47.1.1pr. no es el único ejemplo en donde el jurista severiano usa más o menos tales términos para referirse a los otros sucesores (el mismo Longo cita tales pasajes en la nota 2). Marrone afirma que son demasiados retóricos los términos *sed enim et*, y sobre tal punto estamos de acuerdo pero claramente el texto refleja el pensamiento del jurista severiano porque por ejemplo el término *attamen* se encuentra en construcciones gramaticales que utiliza Ulpiano: *quamvis...attamen* (sobre este punto ver E. Albertario, *Contributi alla critica del Digesto en Studi di Diritto Romano*, 6, 1953, 98 n. 1).

los herederos; si por el contrario los mismos ya no tuvieran la cosa robada por el *de cuius*, serían de todos modos obligados con la *actio ad exhibendum* en el caso que hubieran hecho con dolo en modo de no poseer. Ulpiano concede además la *condictio ex causa furtiva* en contra de los herederos del ladrón.

#### X. REFERENCIAS A LA PÉRDIDA DOLOSA DE LA POSESIÓN EN LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES DE EDAD TARDOCLÁSICA

En una constitución de Alejandro Severo del año 234 en C.4.34.1 encontramos referencias a la responsabilidad del que con dolo hizo en modo de no poseer:

*...Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desiit possidere, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio, competit.*

En el caso en que con el pretexto de la llegada de los ladrones o de otro tipo de caso fortuito no se restituyan las cosas que están en la potestad del heredero o que el mismo dejó de poseer con dolo, competen al depositante no sólo la acción de depósito y la *actio ad exhibendum*, sino también la *rei vindicatio*.

Tal constitución nos llegó también mediante una tradición textual diferente, así en la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* 10.8 se menciona:

*Quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituuntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.*

Confrontando los dos textos resulta evidente que son interpolados en C.4.34.1 los términos *vel quas dolo desiit possidere* y *vel alterius fortuiti casus*.<sup>143</sup> El caso presentado al emperador y la respuesta de la

<sup>143</sup> Cfr. H. Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, Leipzig, 1907, 20; M. Marrone, *La Legittimazione passiva alla rei vindicatio*, Palermo, 1970, 176; M. Kaser,

cancillería imperial eran menos amplios de lo que se expone en el código de Justiniano, porque se referían a un hecho determinado, la llegada de los ladrones, y no a cualquier tipo de caso fortuito; el deponente entrega ciertas cosas al depositario el cual muere; su heredero que tiene la posesión, no quiere restituirlas, afirmando que a causa de un hurto le fueron robadas las *res* solicitadas por el deponente.

El titular de las cosas duda del hurto que sufrió el heredero del depositario, o al menos que entre las cosas robadas se encontraran efectivamente las suyas, y por ello pide al príncipe una explicación sobre qué tipo de acción tendría en contra del heredero. El emperador sin dar una explicación de su decisión (al menos en la versión que llegó a nosotros), sostiene que el titular de las cosas puede demandar con la acción de depósito, de exhibición o con la *rei vindicatio*. En el primer caso, como es lógico pensar, el heredero se encontraba obligado como sucesor del depositario con base en la *actio depositi*, mientras que en referencia a la *rei vindicatio* y a la *actio ad exhibendum*, su 'legitimación pasiva' se explicaría porque era poseedor de las cosas ajenas.<sup>144</sup> Los compiladores quieren ser todavía más precisos, porque en la constitución originaria se presume que el heredero del depositario posee todavía las cosas: *res, quae in potestate heredis sunt*, pero no se toma en consideración la hipótesis, también factible, que el poseedor, tratando de ser convincente respecto al hurto de las cosas del deponente, hubiera hecho en modo de ya no poseerlas. Tal precisión, probablemente superflua para un experto de derecho (porque claramente sabía que la *actio ad exhibendum* se ejercitaba también cuando hubiera sido perdida la posesión con dolo), no lo sería en el presente caso, porque el parecer del emperador pudo haber sido solicitado por un inexperto de derecho, el cual habría po-

Nochmals über Besitz und Verschulden bei den actiones in rem, ZSS, 98, 1981, 126 n. 188; S. Schipani, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, 106 ss. con más bibliografía.

<sup>144</sup> Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio*, cit., 65, afirma que el heredero se convirtió en poseedor porque removió la cosa depositada después de la oposición de restituirla, pero en el texto, como claramente observan Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 357 n. 222 y Burillo, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, cit., 267, no existen referencias que permitan aceptar tal tesis.

dido ignorar que la pérdida dolosa de la posesión no excluía el ejercicio de esta acción.

En una constitución de Gordiano III del año 239 en C.3.42.5 se afirma:

*Ad exhibendum actione non tantum eum qui possidet, sed etiam eum teneri, qui dolo fecit, quominus exhiberet, merito tibi a non contemnendae auctoritatis iuris consulto Modestino responsum est.*

Con razón te fue dado el responso de Modestino, jurisconsulto de no despreciable autoridad, que con la acción de exhibición no se encuentra obligado únicamente el que posee, sino también quien con dolo hizo en modo de no exhibir.

El texto no incorpora nada de nuevo a lo que hasta este momento hemos observado: la *actio ad exhibendum* puede ser ejercitada en contra del que no posee dolosamente; en este modo Modestino, en su responso, había sostenido una posición que encontraba confirmación en todos los pasajes de los juristas analizados en la presente investigación (de Labeón a Ulpiano).<sup>145</sup>

En otra constitución, siempre de Gordiano III del año 242 en C.9.32.4pr.-1, se afirma:

*Adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt. 1. Et ideo res, quas per eandem abesse quereris, competenti in rem actione vel, si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret, ad exhibendum persequere.*<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Claramente el responso fue pedido a Modestino por un profano de derecho, porque, como es notorio no existen dudas que en la *intentio* de la fórmula de la *actio ad exhibendum* se contenía la referencia a la posesión y a la pérdida dolosa de la posesión como hemos mencionado *supra* nota 5.

<sup>146</sup> Marrone, *Actio ad exhibendum*, cit., 396, afirma que los términos *si dolo malo fecerit, quo minus res mobiles possideret* tienen origen glosemático, porque parecería absurdo que la *actio ad exhibendum* se concediera sólo en el caso de la pérdida dolosa de la posesión, cuando en otra constitución del mismo emperador en C.3.42.5 (texto que vimos *supra* en este mismo párrafo) dice que puede ser ejercitada también en contra del poseedor. Según nuestra opinión, la referencia a la pérdida dolosa de la posesión puede ser considerada genuina ya que el emperador afirma simplemente el ejercicio de la *actio in rem*, si todavía la mujer posee las cosas (sin excluir la *actio ad exhibendum*) y dirige



En contra de la esposa, que es admitida en casa como compañera de las cosas humanas y divinas, los sucesores del difunto marido no pueden intentar un juicio por el *crimen expilatae hereditatis* (*Adversus-non possunt*). Y por esto quien se dirigió al emperador, lamentándose que la misma había sustraído cosas a la herencia, podría demandarla con una *actio in rem*, o bien con la *actio ad exhibendum*, si se trataba de cosas muebles, en el caso que la posesión hubiera sido abandonada dolosamente (*Et-persequere*).

El emperador que excluye el *crimen expilatae hereditatis* para la mujer del difunto que no permite a los herederos tomar las cosas hereditarias, propone el ejercicio en contra de ella de una acción *in rem* (probablemente la *petitio hereditatis*) o de la *actio ad exhibendum*, si hubiera hecho en modo de no poseer con dolo. Tal afirmación no significa que la acción de exhibición no pueda interponerse también en el caso en que la mujer tenga todavía la posesión de las cosas hereditarias, porque en C.3.42.5 es prevista tal posibilidad expresamente, y tampoco que la acción *in rem* no pueda ejercitarse en contra de quien hubiera perdido la posesión con base en el dolo, ya que, como es notorio, la petición de herencia puede ejercitarse también en tal caso.<sup>147</sup> El príncipe quiso simplemente indicar algunos medios de tutela procesal aplicables al presente caso, demostrándose en este modo, como hemos visto hasta este momento que la acción de exhibición era ejercitable también cuando el demandado hubiera perdido con dolo la posesión de la cosa.

## XI. CONCLUSIONES

La referencia al *dolo desinere possidere* en la *intentio* de la fórmula de la *actio ad exhibendum* fue analizada por los juristas que comentaron el edicto del pretor, como Juliano en el libro noveno de sus digestos (D.10.4.8), Paulo, en el libro vigésimo sexto *ad edictum* (D.10.4.12.6), y Ulpiano en el libro vigésimo cuarto *ad edictum* (D.10.4.3.11, D.10.4.5.2, D.10.4.9pr-4).

después su atención al problema de la pérdida dolosa de la posesión en donde la acción de exhibición puede considerarse el medio de tutela adecuado.

<sup>147</sup> Sobre tal punto ver mi investigación Y. González Roldán, "La subrogación del precio a las cosas hereditarias en la perspectiva del senatoconsulto Juvenciano", cit., 241 ss.

La jurisprudencia del I al III siglo d. C. trató de determinar en qué casos pudiera ser considerada existente o bien excluida la intención dolosa de perder la posesión, identificándose diferentes ejemplos.

Con referencia a los juristas de edad augustea y del siglo I d. C. podemos observar que Labeón excluía el ejercicio de la *actio ad exhibendum* del titular de un *thesaurus* en contra del propietario de un fundo en el que se encontraba escondido, porque este último, como no había procedido al cambio de lugar del tesoro, no lo poseía ni había hecho en modo de no poseerlo (D.10.4.15). El jurista sin embargo habría admitido el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, si el *dominus fundi* hubiera cambiado de lugar el tesoro. En este modo para considerar la existencia de la pérdida dolosa de la posesión, se habría requerido previamente por Labeón, el *loco movere* por parte del titular del fundo.

El jurista identifica además un claro ejemplo de pérdida dolosa de la posesión en la siguiente situación: un acreedor pignoraticio restituye la cosa dada en prenda al deudor, que debería pagarle la cantidad debida apenas le fuera restituida la *res*, y por el contrario no solamente no paga, sino que además arroja la cosa por la ventana para permitir que otra persona la cachara y se la llevara (D.13.7.3). El hecho de haber permitido que otra persona obtuviera la *res* se habría constituido como un modo de perder la posesión.

También Labeón concede la *actio ad exhibendum* al propietario de un esclavo, presunto responsable de haber cometido un hurto, en contra del ofendido que, en lugar de haber evaluado la responsabilidad del *servus* en una *quaestio*, lo entrega al *praefectus vigilum*, que lo condena con la muerte como si hubiera sido sorprendido al cometer el delito, porque tal entrega puede ser considerada como una pérdida dolosa de la posesión; sobre este punto Próculo acepta la posición de Labeón solamente en el caso en que el *dominus* no hubiera transmitido la propiedad del esclavo a la víctima del delito (D.12.4.15).

Tenemos poco conocimiento sobre la posición de Sabino respecto al ejercicio de la *actio ad exhibendum*, vimos solamente que el jurista concedía tal acción, si alguno hubiera exhibido una cosa deteriorada (D.10.4.9.3); de tal dato textual podemos deducir que para Sabino presentar una *res* en tales condiciones sería como no exhibirla, y por esto el demandado sería responsable por una pérdida dolosa de la posesión, si el daño hubiera sido causado intencionalmente.

En la jurisprudencia del siglo II d. C. observamos la posición de Juliano según el cual la *actio ad exhibendum* podría ser ejercitada en contra del comprador del fundo que no restituye los *ruta caesa* que posee o que dejó de poseer con dolo (D.10.4.5.2); en contra del heredero que, después de una *translatio iudicii*, se encontraba en la posición del *de cuius*, que no poseía o había hecho en modo de no poseer, pero había obtenido la posesión de la cosa (D.10.4.8); en contra de la esposa o ex esposa, la cual hizo con dolo en modo que ya no existiera la cosa que le donó el marido (D.24.1.37). Además, el mismo jurista identifica una serie de ejemplos de pérdida dolosa de la posesión: el asesinato del esclavo o la transmisión de su posesión a otra persona, la destrucción de la cosa con la precisa finalidad de evitar que el demandado tuviera la posesión al momento en que venía ejercitada la acción (D.10.4.9pr) y la cancelación de la escritura de las tablillas testamentarias (D.9.2.42).

Pomponio considera otros casos en donde se puede considerar dolosa la pérdida de la posesión: la del marido que con pleno conocimiento que no era suyo el dinero que le donó la esposa lo había utilizado para comprar una cosa (D.10.4.14) y aquella de la introducción dolosa de los animales en un fundo por parte del propietario con la finalidad que los animales se comieran los frutos ajenos (D.10.4.9.1).

Marcelo asimila a una pérdida dolosa de la posesión el caso en que un testador hubiera legado *per vindicationem* diez monedas a dos legatarios, a uno bajo condición y al otro dándole el usufructo sin condición, y el heredero antes de verificarse la condición hubiera entregado la totalidad de la cantidad al usufructuario sin haberse hecho prometer mediante una *cautio*, que si el legatario hubiera cumplido la condición, el usufructuario habría sido obligado a entregar cinco. El heredero habría hecho 'como si' hubiera dejado de poseer con dolo, porque, no pidiendo la *cautio* al usufructuario, se perdía el legado (que se encontraba bajo condición), y el primer legatario ya no habría podido exigir las monedas (D.10.4.9.4 e D.36.3.1.17).

Entre los juristas del siglo III d. C. podemos notar que Papiniano excluye que pueda ser considerada una pérdida dolosa de la posesión aquella de un acreedor, el cual, inducido por un error de orden hubiera vendido bienes dejados en prenda en daño de un segundo acreedor (D.20.5.1).

Calistrato no asimila a una pérdida dolosa de la posesión la utilización del heredero de una cosa que había sido dejada en legado para el funeral del testador si no tenía conocimiento de tal disposición testamentaria (D.31.63).

Paulo niega que pueda ser ejercitada la *actio ad exhibendum* en contra del propietario de un esclavo, que ignoraba de poseer una cosa y, antes de tener conocimiento de tal hecho, el *servus* hubiera perdido la posesión en modo doloso (D.10.4.16); por el contrario admite el ejercicio de la acción de exhibición en contra del heredero que hubiera tenido un enriquecimiento con base en la pérdida dolosa de la posesión hecha por el *de cuius* (D.10.4.12.6). Si una persona intencionalmente unió la plata ajena a la suya (probablemente de calidad superior), puede ser obligada *ad exhibendum*, porque tal confusión es equiparada a una pérdida dolosa de la posesión (D.6.1.4).

Ulpiano incluye en la idea del *dolo desinere possidere* una pluralidad de situaciones. Antes que nada excluye que al demandado que hizo en modo de no poseer pudiera a su vez concederse el ejercicio de la *actio ad exhibendum*, ya que, si bien tiene interés a la exhibición, éste no puede ser considerado una justa y aceptable causa por la que pueda pedir que se le exhiba la cosa (D.10.4.3.11); afirma después que los herederos y los otros tipos de sucesores pueden ser obligados a la acción de exhibición de la cosa robada por el *de cuius*, si poseen o con dolo hubieran hecho en modo de no poseerla (D.47.1.1pr). La pérdida dolosa de la posesión consiste en hacer llegar la cosa a otro, cuando se hubiera hecho intencionalmente (D.10.4.9.2), en arrojar vino o aceite con la misma finalidad (D.10.4.9pr), en transformarla en otra cosa en modo doloso, por ejemplo, si una copa se convierte en una masa metálica (D.10.4.9.3), en dejar de poseer intencionalmente las monedas ajenas (D.12.1.11.2), en consumir la cosa si el poseedor tenía conocimiento que la cosa pertenecía a otra persona (D.16.3.1.32); y también inserir un *tignum furtivum* en una construcción ajena podría ser asimilada a tal situación (D.47.3.1.2).

Del análisis de los textos puede observarse que la jurisprudencia identificó diferentes casos de pérdida dolosa de la posesión que seguramente existían en todo el periodo clásico y probablemente eran aceptados por todos: entregar la cosa a otro intencionalmente para

evitar tener la posesión al momento del ejercicio de la acción (Labeón, Sabino?, y Pomponio en D.13.7.3, Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr, Ulpiano en D.10.4.9.2); homicidio del esclavo (Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr.), ruptura (Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr.) y destrucción de la cosa (Juliano en D.24.1.37), derramar vino o aceite con la misma finalidad (Juliano y Ulpiano en D.10.4.9pr.); consumo de la *res* sabiendo que es ajena (Sabino? y Pomponio en D.10.4.14, Pomponio y Ulpiano en D.10.4.9.1, Ulpiano en D.12.1.11.2 y D.16.3.1.32).

Ciertos juristas consideraron como pérdida dolosa de la posesión casos que no fueron aceptados por todos; por ejemplo, la tesis de Sabino, que incluía la exhibición de la cosa deteriorada como pérdida dolosa de la posesión, no fue seguida por Ulpiano, el cual requería que con el deterioro la *res* se hubiera transformado en otra cosa (D.10.4.9.3); además, si bien Juliano había aplicado la tesis de Sabino al caso de la cancelación de la escritura de las tablillas testamentarias porque el depositario había restituido o exhibido la cosa alterada (D.9.2.42), su posición permanece aislada al admitir la aplicación de la *actio ad exhibendum* en tal situación. Paulo veía en la confusión de la plata hecha intencionalmente una pérdida dolosa de la posesión (D.6.1.4), pero no tenemos pruebas que tal posición hubiera sido aceptada por otros juristas.

En los casos tomados en examen hasta este momento puede observarse una intención precisa del demandado de perder la posesión de la cosa, pero la jurisprudencia, a partir del siglo I d. C. comienza a comprender otros, en donde la intención del demandado de perder la posesión pasa a un segundo nivel, así por ejemplo, Labeón identifica una pérdida dolosa de la posesión, si el ofendido en un delito, en lugar de haber procedido a la *quaestio* del esclavo que recibió de su *dominus* lo entrega al *praefectus vigilum* como si hubiera sido sorprendido en el acto y es condenado a muerte (D.12.4.15). La posición de Labeón que concede al titular del esclavo la *actio ad exhibendum* es fundada en un dato objetivo: el demandado había hecho en modo de no proceder a la exhibición; tal tesis fue aceptada por Próculo, si el *dominus* no hubiera transmitido la propiedad del esclavo al ofendido, y probablemente también por Pomponio. La misma situación puede verse en Marcelo, el cual considera 'quasi' una pérdida dolosa de la posesión aquella del heredero que no hubiera pedi-

do una *cautio* al usufructuario con la cual se hubiera obligado a entregar cinco monedas, en el caso en que el otro legatario hubiera cumplido la condición (D.10.4.9.4 e D.36.3.1.17). También tal caso es asimilado al *dolo desinere possidere* con fundamento en un dato objetivo: la falta de la *cautio* que habría podido evitar la pérdida del legado a favor del legatario que no había todavía cumplido la condición al momento de la entrega de las diez monedas.

El dolo como presupuesto en la *actio ad exhibendum* de la responsabilidad del demandado que dejó de poseer permaneció inmutado en el curso de la edad clásica, sin que la jurisprudencia hubiera incorporado el criterio de la culpa; porque como puede observarse en las fuentes no existen referencias a casos de pérdida 'culposa' de la posesión. Si el actor hubiera logrado demostrar en juicio que el demandado había perdido con dolo la posesión de la cosa, el juez habría emitido el *iussum de exhibendo* y en el caso que no hubiera exhibido la *res*, habría sido obligado a una condena pecuniaria.

El demandado que había perdido la posesión podría cumplir la orden del juez de exhibir la cosa en ciertos casos, así por ejemplo si hubiera transmitido la posesión de la *res* a otra persona, habría podido recuperarla y proceder a la *exhibitio*, por ejemplo, el propietario de un fundo en que se encontraba un tesoro ajeno (D.10.4.15), una vez cambiando de lugar la *res* y transmitida la posesión a otra persona, habría podido recuperarla; al mismo modo el deudor pignoraticio que tiró la cosa por la ventana (D.13.7.3), habría podido también recuperar la cosa de la persona que la había cachado; los herederos o los otros sucesores del difunto que había robado la cosa, si hubieran perdido con dolo la posesión de la misma (D.47.1.1pr), habrían podido recuperarla y exhibirla, como prevé el mismo pasaje de Ulpiano, cuando dice que ellos se encuentran obligados *ad exhibendum*, si poseen o con dolo hayan hecho en modo de no poseer: *attamen ad exhibendum actione teneri eos oportet, si possideant aut dolo fecerint quo minus possideant*, e inmediatamente después menciona la referencia a la exhibición: *sed enim...re exhibita*.

En el caso de la pérdida dolosa de la posesión de las cosas fungibles que hubieran sido consumidas (D.10.4.9.1), del vino o del aceite que hubiera sido arrojado (D.10.4.9pr), del dinero que hubiera sido usado para comprar una cosa (D.10.4.14) o que simplemente ya no se

poseía (D.12.1.11.2), no vemos razones por las que el demandado no hubiera podido exhibir cosas de la misma calidad y cantidad.

El problema se refiere a la destrucción de cosas infungibles, su transformación en otra cosa, el homicidio del esclavo o la pérdida de su posesión; en estas situaciones, el demandado no habría podido aun queriendo cumplir la orden del juez de exhibir la cosa. En D.10.4.5.2 (*supra* §3a) observamos que, si él no procedía a la exhibición de los *ruta caesa*, se encontraba condenado al valor de los mismos que el actor habría jurado *in litem* produciéndose efectos jurídicos idénticos a los del demandado que tuviera todavía la posesión de la cosa y no hubiera procedido a su exhibición, en otras palabras, sería obligado a una condena pecuniaria.

Quien mata un esclavo (D.10.4.9pr) o lo entrega al *praefectus vigilum* para ser punido a la más alta pena (D.12.4.15), quien rompió o destruyó la cosa (D.10.4.9pr, D.24.1.37), quien canceló la escritura de las tablillas testamentarias (D.9.2.42), quien transformó la cosa en otra distinta (D.10.4.9.3), quien incorporó un *tignum furtivum* en un edificio (D.47.3.1.2) se encuentra en la imposibilidad jurídica de obedecer la orden del juez de exhibir la cosa, y por este motivo la condena pecuniaria no podía ser evitada, debiéndose considerar en la medida mencionada por Juliano en D.10.4.5.2: el valor de la cosa que el actor habría jurado *in litem*.

En el texto de Paulo en D.6.1.4 (*supra* §8b) hemos observado que el que había hecho la confusión de la plata respondía por el precio del material; tal afirmación no se encuentra en contradicción con el pensamiento de Juliano en D.10.4.5.2, porque la condena a la *litis aestimatio* sería el precio de la plata que se incorporó con el metal (probablemente de menor valor) del demandado.

Paulo en D.10.4.12.6 (*supra* §8c) presenta el problema si pueda ejercitarse la *actio ad exhibendum* en contra del heredero de una persona que dolosamente había perdido la posesión de una *res*. También si el *heres* no posee la cosa y no hizo en modo de no poseer, el titular de la misma puede demandarlo con la finalidad de que entregue el precio de la cosa vendida que se encontraba en la herencia, porque la pérdida dolosa de la posesión efectuada por el *de cuius* le provocó un enriquecimiento en su patrimonio consistente en el *pretium*.

La utilización de la *actio ad exhibendum* en contra del que *qui dolo desiit possidere* produce los mismos efectos jurídicos previstos

del que no perdió la posesión de la cosa; él será obligado como si tuviera todavía la posesión, y en la condena pecuniaria se deberá incluir no solamente el valor de la cosa, sino también la estimación del interés que tenía el actor a la exhibición. Si bien es cierto la intención dolosa de perder la posesión en la *actio ad exhibendum* no produce consecuencias mayores en la evaluación de la *condemnatio* respecto a las establecidas a cargo del que todavía poseía, tal intención no excluye que el titular de la cosa pueda demandar también con base en una acción de delito, produciéndose una 'conurrencia cumulativa' como puede observarse en D.13.7.3, donde, además de la acción de exhibición se concede la acción de hurto, en D.9.2.42, que prevé también la *actio legis Aquiliae* y en D.47.3.1.2, en donde se incluye la acción *de tigno iuncto*.