

TÍTULO 13^b

Si hereditas vel quid aliud petatur

T. La rúbrica no se conserva en los manuscritos del Breviario. *Cs* 5, 5 y 6, 5 dan, como propia de este título de PS, la rúbrica; *si hereditas vel quid aliud petatur*. El Apéndice del Breviario (*Appendix*) (1,10) da la misma rúbrica con algunas ligeras variantes: *de hereditate vel quid aliud petatur*. Los editores de PS han optado por usar la rúbrica que transmite *Cs*, la cual se muestra más conforme con la rúbrica edictal (Lenel § 65): *si hereditas petatur*.

Cs 6, 5 dice que la rúbrica corresponde al título “VI” del libro primero. Sin embargo, los editores han colocado esta rúbrica como propia de un título 13^b, puesto entre los títulos 13^a de *iudicatio* y 14 de *via publica*, cuyas rúbricas nos transmite el Breviario. Esta decisión se justifica atendiendo a que las PS siguen el orden edictal. Como PS 1, 13A contiene sentencias relativas al Edicto §58 del título XIV y a los edictos §§ 60 y 63 del título XV del EP, es razonable suponer que PS continuara con sentencias relativas a los edictos § 65 (*si hereditas petatur*) y § 66 (*si pars hereditas petatur*).

Por otra parte, la afirmación que hace *Cs* 6, 5, de que el título “VI” del libro primero de PS es el que aquí tratamos, no es fiable. En los distintos lugares de *Cs*⁶⁵⁵ donde se mencionan textos tomados de PS, se suele dar el número del libro —siempre conforme con la numeración del Breviario— y la rúbrica del título; únicamente en *Cs* 6, 5 y 6 se da la numeración de los títulos (6 y 4), y en ambos casos no concuerdan con la numeración de los títulos que proporciona el Breviario.⁶⁵⁶ Además, hay varias

⁶⁵⁵ *Cs* 3, 6-8; 4, 3-4; 6,6-8; 5,4-5; 6, 5-9; 7, 4-6

⁶⁵⁶ Según *Brev.* El título 6 del libro primero es de *reis institutos*, y no *si hereditas vel quid aliud petatur*, como dice *Cs*. El título 4, al que según *Cs* pertenece la sentencia 1, 13B, 7 se refiere, según *Brev.*, a la gestión de negocios.

discordancias entre las rúbricas de los títulos que nos proporcionan las distintas versiones que nos llegan del texto de PS (*Brev.*, *Cs*, *Collatio*, *Apéndice* y *LRB*). Estas divergencias en la numeración y en la rúbrica de los títulos pueden explicarse por la existencia de varias versiones de PS, que se nos transmiten por las diversas fuentes mencionadas.⁶⁵⁷ De acuerdo con esto, puede conjeturarse que *Cs* y *Brev.* manejan distintas versiones de PS.⁶⁵⁸

Las sentencias 1-3, 5 y 8 de este título se refieren claramente a la *hereditatis petitio* y corresponden al edicto *si hereditas petatur* (Lenel § 65) y (sentencia 5) al Edicto *si pars hereditatis petatur* (Lenel § 66).

Las demás sentencias tratan materias diferentes. La sentencia 4 se refiere a la *querella inofficiosi testamenti* (Lenel §52), y la 6 al interdicto *quorum bonorum* (Lenel § 227). Ambas pudieron ser atraídas a este título por razón de la materia que tratan, estrechamente conectada con la petición de herencia.

Las sentencias 7 y 9 ofrecen reglas aplicables a todas las acciones reales; la primera, sobre la carga de la prueba del actor respecto de las cosas que reclama como suyas, y la segunda sobre la responsabilidad del demandado por los frutos que produzca la cosa en litigio, y pudieran relacionarse con el edicto *de rei vindicatione* (Lenel § 69), o con algún otro de los edictos de este título que se refieren a las acciones reales. No parece conveniente conjeturar, como Levy,⁶⁵⁹ que estas dos sentencias, por su generalidad, podían haber estado originalmente ubicadas en el título 12 que contiene reglas generales del procedimiento, porque las reglas de esas dos sentencias se refieren a acciones reales y su generalidad puede ser simplemente efecto de la redacción que les da el autor de PS.

O. Posclásico.

Si la rúbrica dijera *si hereditas vel quid aliud petatur* sería clásica, pero la frase *vel quid aliud* le da un significado distinto. Con esta frase se dice que el título se refiere, además de la petición de herencia, a la pe-

⁶⁵⁷ De Dominicis, *St. Arancio Ruiz* 4, Napoli, s.a., p. 536, n. 64, presenta una relación de este tipo de discordancias entre los textos de PS transmitidas por Co., *Cs*, Apéndice y Breviario. Él explica las divergencias diciendo que PS fue un texto muy usado, por lo que era natural que hubiera varias versiones del mismo.

⁶⁵⁸ D'Ors, "De nuevo sobre los estratos de PS", *BIDR* 37-38, 1995-1996, pp. 13 y ss., conjetura que *Cs* no utiliza una edición de PS sino una colección de fragmentos jurídicos. *LRB* también parece manejar otra versión de PS; véase *infra ad PS* 1, 15 rubr. *sub O*.

⁶⁵⁹ Véase *infra ad PS* 1, 13B, 7 y 9.

tición de cualquier cosa, no necesariamente de la masa hereditaria. En la versión de la rúbrica que nos transmite el Apéndice (1,10) queda esto más claro; ahí se dice *de hereditate vel si quid aliud petitur*, de modo que une la petición de herencia o de cosas hereditarias con la petición de cosas fundada en cualquier otra causa.

Es significativo que nuestra versión de PS no conserve algún título sobre la acción reivindicatoria. Esto, junto con el significado de la rúbrica, sugiere que se quiso hacer un título en que quedasen comprendidas todas las sentencias relativas a la petición de cosas: a la petición de herencia o de parte de la herencia (tanto por acciones civiles Lenel §§ 65, 66, como pretorias §§ 67, 68), a la *reivindicatio* del propietario civil (Lenel § 69), a la *vindicatio* útil del vectigalista (Lenel § 70) y a las *vindicaciones* de servidumbre y usufructo (Lenel §§ 72, 73). Abona esta conjetura, el que los siguientes títulos de PS (14 y 15) continúan, siguiendo el orden edictal, refiriéndose a los edictos *de modo agri* (Lenel § 74) y *si quadrupes damnum fecisse videtur* (Lenel §75).

El hecho de que en el siglo IV se perdieran los conceptos de propiedad y derechos reales sobre cosa ajena,⁶⁶⁰ y el que la petición de herencia perdiera su carácter de juicio universal en el que se discutía la titularidad de heredero y se convirtiera en un juicio meramente posesorio,⁶⁶¹ pudieron hacer innecesaria la distinción entre diversos procedimientos petitorios, que se diferenciaban entre sí en razón del título fundante de la petición.

Au. El autor de la rúbrica y la reducción de la materia pudo ser V. El CT, a diferencia de nuestra versión de PS, todavía conserva un título sobre la acción reivindicatoria: *de rei vindicatione* (CT 2,23; Lenel § 69). La subsistencia de este título parece excluir que B hiciera la reducción de la materia.

No obstante que la petición de herencia como juicio universal desaparece en el derecho posclásico de los siglo IV y V,⁶⁶² se conservó en fuentes de la época, como reminiscencia, la mención a la petición de herencia en las rúbricas de algunos títulos. En este aspecto, es ilustrativo que CT 2, 22 lleve la rúbrica de *hereditatis petitione*, y que la única ley que contiene este título no se refiera a la materia. Sólo como reminiscencia se entiende que Cs y el Apéndice conserven la rúbrica de este título de PS.

⁶⁶⁰ Levy, *VL*, pp. 232 y ss.

⁶⁶¹ Kaser II, p. 545.

⁶⁶² *Idem.*

De las nueve sentencias que quedan de este título, sólo las cuatro primeras proceden del Breviario.⁶⁶³ Esto permite suponer que el título de *B* fue considerablemente más largo, y que los visigodos (*V*) lo recortaron.

1, 13^b, 1 *In petitione hereditatis ea veniunt, quae defunctis mortis tempora reliquia, vel ea, quae post mortem ante aditam hereditatem ex ea quaesita sunt.*

S. Por la petición de herencia se piden todas aquellas cosas que el difunto dejó en el momento de su muerte, o aquellas que se hubieren adquirido con bienes de la herencia, después de la muerte del causante, pero antes de la adición de herencia, es decir, los bienes subrogados.

O. Clásico.

La herencia yacente se considera susceptible de aumentos o disminuciones, que posteriormente beneficiarán o afectarán el patrimonio del heredero. Cuando el heredero demanda con la acción de petición de herencia, reclama toda la herencia en su universalidad, por lo que pide no sólo las cosas que dejó el difunto, sino también todos los bienes que hubieran accedido a la herencia.⁶⁶⁴ Cuáles eran los aumentos que podía experimentar una herencia yacente, era una cuestión que los juristas discutieron al parecer con amplitud. Tan sólo del comentario de Ulpiano *ad Edictum*, se nos han conservado 23 fragmentos (*Pal.* 515-537), procedentes del libro 15, sobre el tema; el primero de ellos (D 5, 3, 18, 2) comienza con estas palabras: “ahora veamos qué cosas comprende la petición de herencia” (*nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione*).

En términos generales, los aumentos pueden ser: los frutos que producen las cosas hereditarias (Ulpiano 15 *ad. Ed.*, D 5, 3, 20, 3), entre los cuales las fuentes mencionan expresamente las crías de ganado (Ulpiano *h. t.* 25, 20), las rentas pagadas por colonos (Ulpiano *h. t.* 29), y los partos de las esclavas, que aunque no son propiamente frutos, se asimilan a ellos (Ulpiano *h. t.* 27 *pr.*). También aumentan la herencia las adquisiciones hechas por los esclavos hereditarios, como las provenientes de ser instituidos herederos o legatarios de otra herencia (Paulo 2 *reg.* D 28, 5, 23; Javoleno 7 *epist.*; D 41, 2, 1, 5; Papiniano 22 *quaest.*; D 41, 3, 44, 3), o las que obtuvieran por la realización de algún negocio (Juliano 13

⁶⁶³ Las sentencias 5 a 7 proceden de *Cs*, y las 8 y 9 del Apéndice.

⁶⁶⁴ Biondi, *Diritto hereditario romano*, Milano, 1954, pp. 306 y ss.

dig. D 44, 7, 16). Asimismo puede haber incrementos por la actividad de algún gestor, extraño o la herencia, por ejemplo, el que cobra una deuda de la herencia.

Aparte de esas adquisiciones, podía suceder que el poseedor de la herencia cambiara algunos o varios de los bienes hereditarios por otros, principalmente como resultado de su actividad de comprar o vender bienes de la herencia. Cuando ocurre esta sustitución de bienes o “subrogación real”, se presenta al heredero que reclama la herencia, esta disyuntiva: o exigir el bien sustituido o el bien subrogado, exigir, por ejemplo, o el bien hereditario vendido o el precio cobrado.

La sentencia se refiere a este caso de subrogación real. Por eso dice que la acción de petición de herencia comprende los bienes que había a la muerte del difunto, es decir, los bienes hereditarios, o (*vel*) los bienes que se hubieran adquirido con los bienes de la herencia (*ex ea*).⁶⁶⁵ Ulpiano (15 *ad Ed.*, D 5, 3, 20, 1) aclaraba, citando a Juliano (6 *digest*), que sólo quedaban comprendidos en la petición de herencia los bienes subrogados que fueran objetivamente útiles a la herencia; de modo que si el bien subrogado era útil a la herencia, el poseedor demandado cumplía entregando tal bien al heredero; si no era útil, entonces el poseedor era responsable por el bien hereditario que sustituyó y tendría que entregarlo al heredero o pagar su estimación pecuniaria. Ni esta sentencia ni las siguientes hacen referencia a esta condición objetiva para que los bienes subrogados puedan ser exigidos.

Esta doctrina, expuesta por Juliano, que exige la utilidad objetiva del bien subrogado, fue parcialmente contradicha por el senadoconsulto Juvenciano del año 129 d. C. (reproducido por Ulpiano 15 *ad Ed.*, D 5, 3, 20, 6-6d). Este senadoconsulto estableció, respecto de un proceso de vindicación por el fisco de bienes hereditarios caducos (*caduca*), que el poseedor respondiera por los bienes subrogados cuando era poseedor de buena fe, y por los bienes hereditarios mismos cuando era de mala fe. La doctrina del senadoconsulto Juvenciano fue luego extendida a las recla-

⁶⁶⁵ Ulpiano 15 *ad ed.*, D 15, 3, 20 pr. Dice que también quedan comprendidos en la petición de herencia los bienes que fueron adquiridos con dinero del poseedor, si reportan una utilidad grande a la herencia y el heredero devuelve al poseedor el precio pagado por ellos. El texto ha sido considerado interpolado en esta parte por Lenel, *SZ*, 39, 1918, p. 149. Kaser, *SZ*, 62, 1955, p. 116 n. 79, piensa que había una controversia entre los juristas al respecto. De acuerdo con el derecho clásico, cabría pensar en una gestión de negocios hecha por el poseedor a favor del heredero.

maciones de herencia, como lo afirma Ulpiano (*eod.* 9). Las consecuencias prácticas de una y otra doctrina no son muy diferentes, ya que el poseedor de buena fe suele adquirir bienes a la herencia, y el de mala fe bienes que sean útiles para él.⁶⁶⁶

La limitación temporal que hace la sentencia, diciendo que sólo se pueden reclamar los bienes subrogados antes de la adición de la herencia (*ante aditam hereditatem*) es conforme con el derecho clásico: al hacer la *aditio*, el heredero se hace propietario de los bienes existentes en ese momento, tanto de los originarios como de los subrogados, pero no podrá reclamar como suyos los bienes subrogados posteriormente, aunque sí podrá exigir al poseedor responsabilidad por lo que dejó de haber en la herencia.

Respecto de los bienes que aumentan la herencia después de la adición (*post aditam hereditatem*), se presentaba la cuestión de si formaban o no parte de la herencia, no ya bajo el punto de vista de la subrogación real, sino desde la perspectiva de su adquisición por accesión o por percepción de frutos. Ulpiano (*eod.* 3) dice que acceden a la herencia los productos obtenidos a partir de bienes de la misma herencia (por ejemplo, las adquisiciones hechas por esclavos), pero no los adquiridos con bienes del poseedor, ya que éstos acceden a su patrimonio; los frutos, añade, siempre acceden a la herencia, sean percibidos antes o después de la adición de la herencia.

Au. A., que simplemente afirma que los bienes subrogados pueden ser reclamados por la petición de herencia, sin hacer referencia alguna ni a la utilidad objetiva del bien subrogado (doctrina de Juliano) ni a la buena o mala fe del poseedor (senadoconsulto Juvenciano). La siguiente sentencia parece aludir al poseedor de mala fe.

1, 13^b, 2. *Possessor hereditatis pretia earum rerum, quas dolo alienavit, cum usuris praestare cogendus est.*

5. El poseedor que dolosamente vendió cosas de la herencia, queda obligado a entregar al heredero los precios cobrados, así como los intereses que devengaran esas cantidades. Por dolo se entiende aquí el hecho de saber que la herencia no le corresponde.

⁶⁶⁶ Kaser, *SZ*, 62, 1955, p. 116, que comenta las conclusiones que al respecto obtuvo Di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954.

O. Clásico.

Desde la perspectiva de la subrogación real, el poseedor que vende cosas de la herencia, si vende cosas que convenía vender, de acuerdo con la doctrina de Juliano, o es poseedor de buena fe, de acuerdo con el senadoconsulto Juvenciano, puede ser demandado, con la acción de petición de herencia, por el precio cobrado.⁶⁶⁷ El senadoconsulto precisó (D 5, 3, 20, 6^a) que no podían reclamarse intereses al poseedor de buena fe por la cantidad que hubiera cobrado como precio.

En cambio, el poseedor que vende cosas hereditarias que convenía conservar (según la doctrina de Juliano D 5, 3, 20 pr. y 2), o es poseedor de mala fe, según el senadoconsulto (así lo entiende Ulpiano D *h. t.* 20, 12), responde por las cosas mismas y sus frutos.

Para el caso de que las cosas hereditarias vendidas perecieran por caso fortuito, de modo que no pudieran ser restituidas, el senadoconsulto Juvenciano dispuso (§ 6^b) que el poseedor, aun el de mala fe, restituyera los precios cobrados.

De acuerdo con el senadoconsulto Juvenciano (§ 6^a), el poseedor de buena fe que vendió cosas de la herencia responde por los precios cobrados y no se le pueden exigir intereses. Ahora bien, una vez que se le notifica la petición de herencia, según Ulpiano (Ulp. 15 *ad. Ed.*, D 5, 3, 20, 11), comienza a deber intereses por las cantidades cobradas, ya que a partir de ese momento es poseedor de mala fe. De esta afirmación de Ulpiano se pudo inferir (para lo cual basta una simple interpretación a *contrario* del fragmento 6^a de Juvenciano), que cuando se le exija al poseedor de mala fe el precio cobrado, podían pedírsele también los intereses.

Una epístola de Septimio Severo y Antonino Caracala (CJ 6, 35, 1[204]) parece haber ampliado los casos en que el poseedor de mala fe respondía por los precios, y no por las cosas. La disposición imperial resolvió que ciertos herederos, a los que considera de mala fe porque no vengaron la muerte del testador (*quos necem testatoris inultam omisisse*), deben pagar intereses de los precios cobrados por la venta de cosas de la

⁶⁶⁷ *Supra ad PS* 1, 13 b, 1 *sub O.* Di Paola (*Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954) ha puesto en claro que la posibilidad de demandar al poseedor de un precio cobrado por la venta de cosas hereditarias no fue una novedad introducida por el senadoconsulto Juvenciano, sino que ya era conocida por juristas anteriores, como Labeón (D 5, 3, 18pr.) y Próculo (D 5, 3, 36).

herencia, o de sus frutos, así como de las cantidades cobradas, después de iniciada la controversia, por créditos hereditarios.⁶⁶⁸

Ulpiano (15 *ad. Ed.*, D 5, 3, 20, 12) explica la decisión de los emperadores diciendo que se refiere al caso de que el poseedor de mala fe vendió cosas que convenía vender porque eran más gravosas que provechosas a la herencia. Un poco más adelante (fragmento 16), Ulpiano dice que si el poseedor, después de iniciada la controversia (esto es, cuando ya es poseedor de mala fe), vende cosas de la herencia, puede quedar obligado a los precios y sus intereses.

La sentencia recoge esta doctrina, por la que el poseedor de mala fe puede quedar obligado al pago de los precios y los intereses de las cosas que vendiera. En cuanto la sentencia refleja esto, contiene derecho clásico. Pero la presentación de la doctrina como una regla general, aplicable a todos los poseedores hereditarios de mala fe, es posclásica.

La palabra *dolus*, en esta sentencia, no puede entenderse, de acuerdo con el contexto, en su sentido técnico de engaño malicioso (*cfr.* PS 1, 8, 1). No habla la sentencia de ventas hechas con engaño, sino de ventas que realiza el poseedor sabiendo que la herencia no es suya; es decir este “dolo” es en realidad mala fe del poseedor.

Au. A, que presenta la responsabilidad del poseedor de mala fe por los frutos e intereses, sin distinguir, como sí lo hace Ulpiano, si se trata de venta de bienes convenientes o inconvenientes a la herencia.

Es posible que tuviera como fuente indirecta, ya que no hay una conexión lingüística entre ambos textos pero sí una semejanza de contenido, la epístola de Severo y Caracala (CJ 6, 35, 1[204]). Esta disposición imperial tampoco habla de responsabilidad del poseedor de mala fe por las cosas y sus frutos, sino sólo por los precios y sus intereses, y tampoco explica que esta responsabilidad depende de la conveniencia del heredero.

⁶⁶⁸ La diferencia de tratamiento se debe a que al vender una cosa o fruto de la herencia, el poseedor de mala fe dispone de un bien que sabe no le pertenece, por lo que parece razonable que pague los intereses de los precios cobrados a partir del momento que los reciba. En cambio, el que cobra un crédito hereditario hace una gestión útil a la herencia, por lo que puede aceptarse que no pague intereses, a no ser que lo cobre después de iniciada la controversia. *Cfr.* Papiniano (3 *quaest.*, citado por Ulp. D *h. t.* 20, 14) que niega que el poseedor pague intereses si no toca (*attingat*) el dinero hereditario.

Beseler,⁶⁶⁹ seguido por Longo,⁶⁷⁰ piensan que la sentencia original, lo mismo que Ulp. D 5, 3, 20, 12 y 16, reflejaba fielmente al régimen del senadoconsulto Juvenciano y expresaba la responsabilidad por las cosas y sus frutos, de modo que la responsabilidad por los precios e intereses, a la que se refieren la sentencia y esos textos, sería una interpolación. Pero no toman en cuenta que la explicación que da Ulpiano a la responsabilidad por los precios e intereses concuerda perfectamente con la doctrina clásica de Juliano sobre la utilidad objetiva de las ventas de cosas hereditarias. Kaser⁶⁷¹ acepta que todos estos textos contienen derecho clásico.

1, 13^b, 3. *Rerum ex hereditate alienatarum aestimatio in arbitrio petitoris consistit.*

S. La estimación pecuniaria de las cosas hereditarias vendidas corresponde al actor. Esto es, el heredero que reclama la herencia es quien determina el valor pecuniario que ha de pagarle el poseedor de mala fe, a causa de las cosas hereditarias que vendió.

O. Clásico.

El poseedor de mala fe, según la doctrina del senadoconsulto Juvenciano, o el que vendió cosas que convenía conservar, según la doctrina de Juliano, responde al heredero por las cosas mismas y sus frutos.

La exigencia procesal de esta responsabilidad tiene ciertas peculiaridades. El poseedor de la herencia está obligado a restituir cosas y frutos que vendió y ya no posee; por esto, en la mayoría de los casos, su responsabilidad se resuelve en el pago del valor pecuniario de las cosas y sus frutos.

Ahora bien, si el poseedor de buena fe responde por los precios cobrados por la venta de las cosas, que en términos generales podían considerarse equivalentes al valor objetivo de las cosas, es natural que la condena pecuniaria contra el poseedor de mala fe, que por haberlas vendido no puede restituirlas, tenga que ser por un valor superior.

Bajo el procedimiento formulario clásico, el actor tenía la posibilidad, en las acciones con cláusula arbitraria, de estimar mediante juramento (*ius iurandum in litem*), las cosas reclamadas. En esa estimación podía el

⁶⁶⁹ Beseler, *Beitrë...*4, pp. 31 y ss., citado por Volterra, *RSDI* 8, 1935, p. 114.

⁶⁷⁰ Longo, G., *L'hereditatis petitio*, Padova, 1933, p. 217.

⁶⁷¹ Kaser, *SZ* 85, 1955, p. 122, n. 105.

actor, sin incurrir en perjurio, señalar como valor pecuniario de la cosa, no el del mercado, sino el que ésta representaba para él. De este modo, el demandado sabía que si no restituía la cosa, quedaría obligado a pagar un valor alto por ella.⁶⁷²

El juramento, como medio de estimación pecuniaria de cosas litigiosas, pasó al procedimiento cognitorio,⁶⁷³ que es el que tiene en cuenta el autor de las Sentencias. En éste era posible la condena en especie, y para su cumplimiento forzoso podía acudirse a la ayuda de la fuerza pública (*manu militari*).⁶⁷⁴ Pero cuando se reclama al demandado la entrega de cosas que no poseía, entonces era necesario hacer una estimación pecuniaria de las mismas, y el actor tenía que darse por satisfecho con el cobro de la cantidad. Ulpiano (51 *ad. Sab.* D 6, 1, 68), refiriéndose a este procedimiento,⁶⁷⁵ dice, como regla general, que quien no puede restituir lo que se le reclama, porque dolosamente ha dejado de poseerlo, saldrá condenado a pagar lo que el actor jure, sin límite alguno, que vale la cosa. Paulo (13 *ad Sab.* D 12, 3, 2) afirma lo mismo.

En la acción de petición de herencia, que posiblemente fue una acción que nunca se tramitó por la vía formularia, el juramento también se usaba.⁶⁷⁶ Ulpiano (15 *ad Ed.* D 5, 3, 20, 21; 25, 10) dice que el heredero, cuando reclama cosas de la herencia al poseedor de mala fe que ha dejado de poseerlas, puede jurar para determinar su estimación pecuniaria.

La sentencia se refiere a esto mismo. Al decir que la estimación de las cosas vendidas depende del arbitrio del poseedor, expresa, en forma

⁶⁷² Kaser I, p. 737, conjetura que la acción de petición de herencia se tramitó por vía formularia. D'Ors, *DPR*, n. 249, duda que alguna vez hubiera una fórmula para esta acción, y sugiere que se tramitó originariamente *per sponsionem* y luego por el procedimiento cognitorio.

⁶⁷³ Provera, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, Torino, 1958, p. 115 y ss., distingue tres funciones del juramento en el proceso cognitorio: como medio de coacción para que el demandado, so pena de ser condenado a lo que el actor determine en su juramento, exhiba documentos; como medio de castigar el dolo del demandado que hace desaparecer la cosa para que su restitución sea imposible ("juramento de equidad"), y como medio para valuar monetariamente, dentro de límites definidos por el juez (*taxatio*), una cosa que ha desaparecido.

⁶⁷⁴ Kaser, *ZPR*, § § 74 I y 76 II.

⁶⁷⁵ Teniendo en cuenta que el texto se refiere al procedimiento cognitorio, no hay por qué considerar interpolada, como quiere Lenel (*Pal. Ad h. l.*), la frase relativa a la coacción mediante la fuerza pública.

⁶⁷⁶ Véase Chiazese, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 298.

ciertamente equívoca, esta práctica de acudir al juramento del actor, para evaluar cosas que el poseedor de mala fe ha dejado de poseer.

Au. A. Es de llamar la atención que no se refiera expresamente al juramento, al cual se destina el título 1 del libro 2 de las Sentencias. Hay que observar, no obstante, que en todo este título se trata del juramento como medio extrajudicial para resolver la controversia. En los otros dos lugares de las PS donde se menciona el juramento,⁶⁷⁷ se le trata como un medio de prueba (5, 15, 6), o como medio de terminar una controversia, que puede dar lugar a una apelación (5, 32).

Puede ser que el hecho de que el juramento estimatorio, al que se refiere la sentencia, se hiciera sin ninguna limitación definida por el juez a un valor máximo (*sine ulla taxatione*, como dice Ulpiano 51 *ad Sab.* D 6, 1, 68), diera lugar a decir, como esta sentencia, que la estimación de la cosa dependía del arbitrio del actor.

La sentencia aparece colocada antes de la sentencia anterior en los manuscritos *Parisienses* 4403 y *Eporediensis* 35. Pero Krüger, siguiendo el manuscrito *Aurelianesis* 207, ha hecho bien en colocarla en este lugar, que permite entenderla en relación con el poseedor de mala fe al que se refiere la sentencia 2.

1, 13^b, 4 (= Cs 6, 5). *Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur.*

S. La acción de petición de herencia no se transmite a los herederos, a no ser que el difunto hubiera iniciado el proceso correspondiente. En otras palabras, los herederos de un heredero, que muere antes de iniciar la petición de herencia, no tienen acción para reclamar la herencia que a éste correspondía.

O. Posclásico.

En el derecho clásico, el heredero transmite a sus sucesores los derechos que hubiera adquirido sobre una herencia y, por consiguiente, la posibilidad de reclamarla por la *hereditatis petitio*, a partir del momento en que hace la adición de la herencia.⁶⁷⁸ Para hacer la adición, no es

⁶⁷⁷ Según Levy, *Ergänzungsindex s. v. iusiurandum*.

⁶⁷⁸ Esto es doctrina común. Véase, por ejemplo, D'Ors, *DPR* § 238. Hay casos en que se puede transmitir la petición de herencia aun antes de la adición: como cuando un heredero que podía solicitar la *in integram restitutio* para pedir la herencia, moría sin haberla

necesario ejercitar la acción de petición de herencia, basta comportarse como heredero. La sentencia contradice esta doctrina al señalar que la *hereditatis petitio* sólo se transmite si el causante había realizado la *litis contestatio*.

En cambio, el régimen de transmisión activa de la *querella inofficiosi testamenti*, en derecho clásico, sí se ajusta a lo que previene la sentencia. Por medio de esta *querella*, los herederos legitimarios⁶⁷⁹ podían impugnar el testamento, cuando el testador los había desheredado. El heredero legitimario transmitía a sus propios herederos el derecho a la *querella* siempre y cuando la hubiera iniciado o, al menos, tuviera el propósito de iniciarla,⁶⁸⁰ es decir, la transmite si hubiera expresado su voluntad de adquirir la herencia.

Por esto, parece cierta la apreciación de Levy,⁶⁸¹ de que esta sentencia aplica a la *hereditatis petitio* una regla definida para la *querella*. Esto evidentemente sólo pudo ocurrir en una situación procesal en que ambos recursos se han confundido.

En un principio, la *hereditatis petitio* y la *querella* se tramitaban ante el mismo tribunal de los *centumviri*.⁶⁸² Posteriormente, y sin duda a fines

solicitado, su propio heredero puede pedir la restitución total y pedir la herencia que su causante no llegó a adquirir (rescripto de Antonino Pío, citado en D 29, 2, 86 pr.). Cfr. PS 1, 9, 4.

⁶⁷⁹ La *querella* la pueden pedir aquellos que heredarían *ab intestato*, concretamente los hijos, los ascendientes y los hermanos, Kaser I, p. 711.

⁶⁸⁰ Un rescripto de Caracala (CJ 3, 28, 5 [211]) resuelve que la *querella* se transmite a los herederos, si el causante murió después de haber hecho la *litis contestatio*, o después de que tuviera el propósito (*postquam propositum habuisset*) de iniciarla. Ulpiano (14 *ad Ed.*, D 5, 2, 6, 2) y, en parte, también Paulo (*lib. sing. de septemvir. iudic.*, D *eod.* 7) siguen este criterio, ya que opinan que basta con que la *querella* hubiera sido iniciada (*coepta*) o preparada (*praeparata*). Papiniano, en cambio (citado por Ulpiano 14 *ad Ed.* D 5, 2, 6, 2), exigía que el querellante hubiera pedido la *bonorum possessio*; esto, de acuerdo con Paulo (*loc. cit.*), si el heredero no estaba bajo la potestad del querellante; en otro lugar, Papiniano (14 *quaest.* D 5, 2, 15, 1) afirma que no basta con haber preparado la controversia, sino que es necesario que el querellante en vida persistiera en su propósito, es decir, que tuviera realmente la intención de adquirir la herencia. Los textos sobre este problema han sido analizados por Voci, *Diritto hereditario romano*, 2, 2a. ed., Milano, 1963, pp. 718 y ss.

⁶⁸¹ Levy, SZ, 49, 1929, p. 242, n. 7; seguido por Kaser II, p. 516, n. 12.

⁶⁸² Por esta circunstancia, Di Lella, *Querella inofficiosi testamenti*, Napoli, 1972, ha avanzado la hipótesis de que la *querella* era entonces un mero incidente en el trámite de la *hereditatis petitio*; pero esto no parece probado.

del siglo III, cuando se compusieron las Sentencias de Paulo, ambos se tramitaban por la vía cognitoria. En el ámbito de este procedimiento, se produjo en el derecho posclásico, tanto en oriente como en occidente, la confusión entre los dos recursos.⁶⁸³ Dice Kaser que la confusión entre los dos recursos se manifiesta ya en dos rescriptos del siglo III: uno de Alejandro Severo (CJ 3, 28, 10 [223]) y otro de Diocleciano (CJ *h.t.* 22 [294]).⁶⁸⁴

Au. A., que aplica a la petición de herencia una regla válida en el ámbito de la *querella*, en sintonía con la confusión que se va dando entre ambos recursos a fines del siglo III. No obstante, PS tiene un título especial (PS 4, 5) sobre la *querella*.

La doctrina posclásica de la sentencia se conservó durante el siglo V, como lo demuestra el hecho de que la misma haya sido íntegramente recibida en la *Consultatio* (6, 5), y parafraseada, sin cambios de fondo, en IP 1, 13, 9: *Si auctor de petitione hereditatis sibi debita ita silentium gessit, id est ut nullam proponeret actionem, heres eius ab hereditatis ipsius petitione repellitur.*⁶⁸⁵

1, 13^b, 5 (*ex Cs* 5, 5). *Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinent: alioquin plus petendi periculum incurrimus et causam perdimus.*

S. Cuando se pide una parte de la herencia, el demandante debe pedir precisamente aquella parte que le corresponde, pues de otro modo incurrir en petición excesiva y pierde la causa.

O. Posclásico.

Lenel conjetura, con apoyo de esta sentencia y otros textos, que existió una acción formularia a favor del heredero que reclama una parte de la herencia (§ 66). Esta suposición evidentemente descansa en que se acepte que hubo una acción formularia para la *hereditatis petitio*. Independientemente de la discusión sobre si la petición de herencia se tramitó o no por la vía formularia, puede aceptarse que el heredero que pide

⁶⁸³ Kaser II p. 516 n. 11. Samper, *AHDE*, 38, 1968, p. 205, considera que la *querella* debió dejar de tramitarse ante el tribunal de los *centumviri*, a más tardar, después de la reforma de Diocleciano, por la que Italia era convertida en una provincia más.

⁶⁸⁴ Kaser II p. 516 n. 11.

⁶⁸⁵ También en INV 35 *i. f.* Véase Levy, *VL*, pp. 207 y 208.

la herencia tiene que precisar la cuota que le corresponde. Así lo dicen Gayo (6 *ad ed. prov.* D 5, 3, 10, 1 y 5, 4, 2) y Ulpiano (15 *ad Ed.* D 5, 4, 1 pr.-1). También podría darse la acción sin precisar la cuota, si existían circunstancias objetivas que impedirían que el heredero conociera con exactitud la parte hereditaria que le correspondía, por ejemplo cuando había la perspectiva de que concurrieran como herederos hijos concebidos pero aún no nacidos (Ulp. 15 *ad Ed.* D 5, 4, 1, 5).

En cuanto la sentencia refleja esa necesidad de determinar la parte de la herencia que le corresponde al que reclama (*Hereditas... pertinet*), es de origen clásico y no ofrece mayores problemas.

La dificultad está en explicar cómo podía ocurrir la *pluris petitio* en la petición de parte de la herencia. Provera,⁶⁸⁶ siguiendo la idea de que la petición de parte de una herencia es una acción formularia por lo general de *intentio* cierta, concluye que la sentencia es de contenido clásico, ya que prevé la consecuencia ordinaria, la pérdida de la acción, para el caso de petición excesiva. Se funda en Gayo 6 *ad ed. prov.*, D 5, 4, 2 que, según él, ofrece un caso de pérdida de la acción de parte de la herencia, por petición excesiva; Gayo presenta el caso de algunos herederos que han aceptado la herencia, mientras que otros están deliberando si la aceptan o no; los que han aceptado, dice Gayo, no pueden demandar una parte mayor que la que les corresponde, so pretexto de que las cuotas de los herederos que todavía no aceptan han acrecido las suyas; si lo hacen, continúa Gayo, de nada les aprovechará el que los herederos deliberantes resuelvan no aceptar (*nec eis proderit, si ceteri non adierint*), aunque luego podrán demandar las partes no aceptadas que a ellos les correspondan (*poterum tunc partes forum petere, si modo ad eos pertineret*).

Pero este texto, si bien se ve, no puede explicarse bajo la perspectiva de la *pluris petitio* del procedimiento formulario, como hace Provera. En efecto, Gayo no dice que los herederos que piden en exceso pierdan su acción, como sería en el procedimiento formulario, sino que no les aprovechará en el ejercicio de su acción el que los herederos deliberantes no acepten.⁶⁸⁷ Esto puede significar, desde el punto de vista del proce-

⁶⁸⁶ Provera, *La pluris petitio nel processo romano* I, Torino, 1958, p. 180. Según él (p. 26) la expresión *causam perdere* también es clásica.

⁶⁸⁷ Provera, *op. cit.* nota anterior, p.182, interpreta el texto desde el punto de vista del procedimiento formulario diciendo que los herederos que piden en exceso pierden su acción por efecto de la *pluris petitio*, aunque luego pueden pedir las partes a que tenga derecho por acrecimiento. No parece aceptable, en principio, examinar un comentario

dimiento cognitorio, al cual debió de referirse Gayo en su comentario al Edicto “provincial”,⁶⁸⁸ que los herederos que demandan en exceso sólo podrán obtener la parte que les corresponde al momento de iniciación de la controversia, aun cuando los herederos deliberantes hubieren decidido, antes de la sentencia, no aceptar la herencia; y que para reclamar las partes no aceptadas que les correspondiesen, tendrán que iniciar otro proceso. El texto más bien demuestra que, al menos en el procedimiento cognitorio de provincias del tiempo de Gayo, no se conoce el efecto de pérdida de la acción por petición excesiva, cuando se pide una parte mayor de la herencia.

La sentencia tiene que comprenderse desde la perspectiva del procedimiento cognitorio de la época de Diocleciano, al cual debió referirse. En éste, la *pluris petitio* se concibe, no como una consecuencia lógica de la redacción de la fórmula con *intentio certa*, sino, según lo muestra PS 1,10, como una pena contra el litigante temerario (Cs 5, 7). Bajo este punto de vista, era posible, como hace esta sentencia, imponer la pena de pérdida de la acción, a quien reclama, por vía cognitoria, una parte de la herencia mayor que la que le corresponde.

Au. A. Teniendo en cuenta que las Sentencias de Paulo se componen en tiempo de Diocleciano, cuando ya la petición de herencia, así como la de parte de la herencia, se tramitan por vía cognitoria,⁶⁸⁹ y cuando la pérdida de la acción se concibe como una pena para el litigante que se excede en su petición, puede atribuirse esta sentencia a A. No he encontrado otro texto que hable de la pérdida de la acción por petición excesiva de parte hereditaria.⁶⁹⁰

La frase inicial (*hereditas... pertinent*), que indica la necesidad de precisar la parte hereditaria que se demanda, puede ser una paráfrasis de un texto jurisprudencial, como éste de Gayo (6 *ad ed. prov.* D 5, 4, 2): *non maiore partem petere debere, quam habituri essent*.

de Gayo al Edicto provincial desde la perspectiva del procedimiento formulario (véase *infra* n. 34). Además la interpretación de Provera es contradictoria desde el punto de vista de ese procedimiento, pues si los herederos que demandan en exceso pierden su acción, ¿con qué acción podrán pedir posteriormente las partes no aceptadas por los otros herederos?

⁶⁸⁸ Véase D’Ors, *DPR* § 123.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, § 249 n. 1.

⁶⁹⁰ No lo hay en los textos de Gayo (4, 53-60), ni de CJ (3, 10) que se ocupan de la *pluris petitio*. Tampoco en D 5, 4 que se refiere a la petición de parte hereditaria.

La frase final (*alioquin... perdimus*), que señala como pena la pérdida de la acción, pudo ser compuesta por el mismo A, para sancionar la regla con la consecuencia prevista para casos semejantes por Diocleciano (Cs 5, 7). Tanto la sentencia como el rescripto de Diocleciano usan la expresión *causam perdere*, la cual, según *VIR*, sólo aparece, entre los textos jurisprudenciales y con ese sentido, en esa sentencia.⁶⁹¹ La expresión que los juristas solían usar es *causa cadere*.⁶⁹² La coincidencia de sentido y de expresión sugiere que la sentencia deriva del rescripto de Diocleciano.

Cabe notar, en la segunda frase, el uso del verbo conjugado en primera persona del plural (*incurrimus, perdimus*). Por lo general, las sentencias están redactadas en estilo impersonal o en tercera persona singular, teniendo como sujetos *is, quis*, o similares. Aquí, el uso de esta forma verbal, pudo venir sugerido porque en la primera frase, de estilo impersonal, se dice que la herencia debe pedirse en la medida que “nos corresponda” (*ad nos pertinent*). Pero hay que advertir que la misma forma verbal aparece en otra sentencia, también de A, relativa a la *pluris petitio*: PS 1, 10; *causam cadimus*. Esta coincidencia formal puede indicar la existencia de una fuente común de ambas sentencias, o cierta intención de A por enfatizar la pena de pérdida de la acción.

1,13^b, 6 (ex Cs 6, 5^a). *Qui petit hereditatem, ipse probare debet ad se magis quam ad eum qui possidet sive ex testamento sive ab intestato pertinere.*

S. Quien pide una herencia tiene que probar que tiene mejor derecho a ella, sea por testamento, sea por sucesión *ab intestato*, que el poseedor.

O. Posclásico.

La sentencia, tanto por su ubicación en este título sobre la petición de herencia, como por el uso de la expresión *petit hereditatem*, parece referirse a la acción de petición de herencia. Pero el objeto de esta acción, en el derecho clásico, no era discutir cuál de las dos partes tenía mejor derecho para poseer la herencia, sino definir si el actor tenía la calidad

⁶⁹¹ *VIR s.v. causa*, col. 679, 30. Modestino 5 *respons.* D 21, 2, 63, 2 usa *causam perdere* para indicar que se perdió un juicio en apelación.

⁶⁹² *Causa cadere* aparece en Gayo 4, 53 y 68, y otros juristas, citados en *VIR s.v. causa* col. 603, 32. En PS aparece en 1, 10 y en 2, 5, 3.

de heredero. El actor, por consiguiente, tenía que demostrar que él era el heredero o, como dice Juliano (9 *dig.* D 12, 2, 12), demostrar que la herencia era suya. Por su parte, el demandado, que tenía que ser poseedor de bienes hereditarios,⁶⁹³ se limitaba a negar la titularidad de heredero que pretendía el actor y no tenía que justificar su posesión. La sentencia, al decir que el actor ha de probar que tiene mejor derecho que el demandado para poseer, está en discordancia con el régimen clásico de la petición de herencia.

La sentencia ha sido explicada por Levy,⁶⁹⁴ seguido por Kaser,⁶⁹⁵ como portadora de derecho vulgar. Levy dice que el contenido de la sentencia sólo tiene sentido después de una constitución de Constantino del año 325 (CT 11, 39, 1). En ella, el emperador establece que en un juicio petitorio el actor debe probar que la cosa le pertenece, pero si no puede hacerlo, entonces el demandado (poseedor) tiene que probar el origen de su posesión (*unde possideat*) o el derecho que tenga (*quo iure teneat*). Con esta disposición, dice Levy, se relativizan las acciones petitorias: ya no se trata de definir si el actor es titular de un derecho real, sino de ver quién,⁶⁹⁶ él o el demandado, tiene mejor derecho para poseer.

La disposición de Constantino fue posteriormente matizada, según el mismo Levy, por Arcadio, el año 402 (CT 11, 39, 12). Este emperador regresa, en parte, al antiguo derecho, estableciendo que sea el actor quien tenga, por regla general, la carga de la prueba en la acción petitoria, y que al demandado sólo se le pida explique si posee *pro herede* o *pro possessore*.

⁶⁹³ Originalmente, la petición de herencia sólo podía darse contra el poseedor que afirmaba ser heredero (*possessor pro herede*), pero ya en época clásica se admitió contra el simple poseedor (*possessor pro possessore*). Véase Kaser, SZ 62, 1955, pp. 98-102, quien refuta la tesis contraria de Di Paola, *Saggi in materia di hereditatis petitio*, Milano, 1954, p. 53. D'Ors, DPR § 294 afirma que esto ocurrió cuando se hizo extensivo a la *hereditatis petitio*, el régimen de legitimación pasiva del interdicto *quorum bonorum*, en cuya fórmula se prevenía expresamente la legitimación del simple poseedor y aun la del que dejó dolosamente de poseer. Si el demandado alegaba algún título de adquisición de los bienes reclamados, procedía no la petición de herencia, sino la reivindicatoria: Kaser I, p. 736.

⁶⁹⁴ Levy, VL, p. 237.

⁶⁹⁵ Kaser II p. 545 n.6.

⁶⁹⁶ Si el demandado alegaba un título de posesión, por ejemplo el de ser comprador, entonces el *bonorum possessor* tendría que intentar una acción reivindicatoria útil.

Diversas fuentes del derecho vulgar, sigue Levy, reflejan estas disposiciones, algunas (IT 11, 39, 12 y 4, 23, 1) inclinándose por la doctrina de Arcadio, y otras (algunos epítomes de CT) y, sobre todo, esta sentencia, por la de Constantino. Entre las fuentes romanas, no hay otra, concluye Levy, que relativice tanto los derechos reales como PS 1, 13^b, 6.

Pero el contenido de la sentencia también admite otra explicación. Puede ser que esté refiriendo a la *hereditatis petitio* reglas procesales propias del interdicto *quorum bonorum*, así como la sentencia 4 de este título refirió a la acción petitoria una regla de la *querella inofficiosi testamenti*.

El interdicto *quorum bonorum* se daba a favor del *bonorum posesor* y contra el poseedor de bienes hereditarios, sea que pretendiera ser heredero (*possesor pro herede*), sea que fuera poseedor sin causa (*possesor pro possessore*). Cuando el demandado alegaba ser heredero, entonces el *bonorum posesor* tenía que probar, ante el pretor que conocía el interdicto, que tenía mejor derecho a poseer los bienes hereditarios;⁶⁹⁷ si lograba probarlo, el pretor decretaba el interdicto, que contenía una orden dirigida al demandado, de que restituyera los bienes hereditarios. En cambio, si el demandado demostraba que él tenía mejor derecho por ser, por ejemplo, heredero civil, el pretor denegaba el interdicto y el demandado seguía poseyendo.

La sentencia, como se ve, se ajusta perfectamente a este trámite del interdicto contra el poseedor *pro herede*. Lo que falta explicar es por qué habla de petición de herencia y no de interdicto.

En derecho clásico se distingue claramente entre la *bonorum possessio*, protegida por el interdicto *quorum bonorum*, y la *hereditas*, protegida por la *petitio hereditatis*. Pero ambas instituciones se van acercando paulatinamente, y terminan confundándose en el derecho posclásico. El primer acercamiento parece darse a causa de la práctica de que los herederos civiles pidieran al pretor la *bonorum possessio*, para así poder reclamar los bienes por el interdicto, cuya prueba era más fácil que la de la petición de herencia.⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ Denoyez, J., "la posesión pro herede aut pro possessore dans l'interdit *quorum bonorum*", *Studi in onore di V. Arangio Ruiz II* (Napoli s. a.), p. 295. Sobre la profundidad de la *causa cognitio* en el proceso interdicial, hasta hace poco minimizada, véase Biscardi, A., *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, 1938, pp. 33 y ss.

⁶⁹⁸ D'Ors, *DPR*, § 250.

Un paso más grande en esa dirección ocurrió cuando se generaliza, en época de los Severos, otorgar la *bonorum possessio* con efectos definitivos (*cum re*).⁶⁹⁹ Entonces ya no hay diferencia práctica entre ser heredero o *bonorum possesor*.

En tiempo de Diocleciano, cuando fueron compuestas las Sentencias, ya se manifiesta abiertamente la confusión entre ambos órdenes sucesorios. El emperador llama *heres* al *bonorum possesor* y trata la *hereditas* y la *bonorum possessio* como una misma institución.⁷⁰⁰ En este momento también era posible confundir el interdicto *quorum bonorum* con la petición de herencia, como ocurre en la sentencia.

Siguiendo la explicación de Levy, o siguiendo esta última, la conclusión en cuanto al origen de la sentencia es la misma: es posclásico.

Au. A.

Según la explicación de Levy,⁷⁰¹ habría de concluir que la sentencia es de estrato *B*, pero esta explicación no parece convincente. La constitución de Constantino dice que en un proceso petitorio —no parece referirse a petición de herencia, sino de una cosa específica, de una *res*— el actor debe probar que la cosa le pertenece (*debeat probare unde ad ipsum pertineat*), y sólo si no puede hacerlo, se examina si tiene mejor derecho a poseer que el demandado, para lo cual se exige a éste que pruebe el origen y derecho de su posesión. El decreto de Constantino, por consiguiente, podría interpretarse así: en un proceso petitorio o real, se examina primero la titularidad del derecho real, y si el actor no es capaz de demostrarla, entonces se examina cuál de las partes tiene mejor derecho a poseer.

La sentencia, en cambio, dice que el actor, por principio, debe probar que tiene mejor derecho que el poseedor. No hace ninguna referencia a una posible controversia sobre la cuestión de fondo. Si la sentencia fuera consecuencia del decreto de Constantino, habría que aceptar que fue mucho más lejos que su fuente. Suponer que en el siglo IV, al que corresponde el estrato *B*, pudiera hacerse una tan liberal interpretación de una

⁶⁹⁹ Amo, “La *bonorum possessio sine re*”, *Atti e Memorie dell’ Accademia di scienze, lettere ed arti in Modena* (1914), p. 17, citado por Biondi, s. v. *bonorum possessio*, en *Novísimo Digesto Italiano II*, Torino, 1958, p. 512.

⁷⁰⁰ Biondi, *op. cit.*, nota anterior, p. 514, se funda en CJ 3, 42, 8; 6, 14, 1; y 6, 59, 10.

⁷⁰¹ A quien sigue Wieacker, *Vulgarismus und Klassicismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, p. 36.

constitución imperial, dado el centralismo característico de este periodo y la autoridad que los propios emperadores Constantino (CT 1, 4, 2 [327]), Teodosio y Valentiniano (CT 1, 4, 3 [426]) concedieron a las Sentencias, es quizá suponer demasiado. Tampoco parece razonable conjeturar que la sentencia procede del siglo V (estrato *C*), por el hecho de que se ha conservado únicamente en la *Consultatio*, porque quedaría sin explicar su oposición a la constitución de Arcadio y Honorio (año 396) que recalca que al actor corresponde probar su derecho a las cosas que pretende reivindicar.

Aceptando que la sentencia está relacionada con el interdicto *quorum bonorum*, se explica perfectamente su contenido, sin necesidad de suponer una actividad interpretadora o creadora de parte del autor de la sentencia. Se trata simplemente de alguien que recoge, torpemente en verdad, una regla jurídica válida en su momento. Bajo esta perspectiva, que me parece más probable, la sentencia puede atribuirse a A. El hecho de que confunda el interdicto con la petición de herencia es una consecuencia de la confusión que se da, ya en época de Diocleciano, entre herencia y *bonorum possessio*.

1, 13^b, 7 (ex Cs 6, 6). *Eas res quas quis iuris sui esse putat, petere potest, ita tamen ut ipsi incumbat necessitas probandi eas ad se pertinere.*

S. Quien reclama una cosa que piensa es suya, tiene que probar que ella le pertenece.

O. Postclásico.

En el procedimiento formulario, se seguía la regla de que el actor debía probar los hechos constitutivos de su *intentio*, y el demandado los hechos fundantes de su *exceptio*. No se hablaba entonces, sin embargo, de una “carga” de la prueba en sentido técnico, porque no se consideraba que las partes tuvieran la obligación de probar su pretensión. Podía ser, por ejemplo, que el actor, mediante juramento o confesión de la contraparte, obtuviera una resolución favorable, sin haber realmente probado él su pretensión. Podía suceder también que una parte ofreciera pruebas respecto de lo que correspondía en principio probar a su contraparte, y el juez debía examinarlas.⁷⁰²

⁷⁰² Kaser, *ZPR*, § 53 III; Levy, *IURA* 3,1952, pp. 171 y ss.

En cambio, en el procedimiento cognitorio, que por su carácter público transformó en principios algunas reglas procesales del procedimiento formulario, sí se llegó a establecer una verdadera “carga” de la prueba. Ella se designa con los términos *onus probationis* o *necitas probandis*. Ordinariamente se impuso la carga de la prueba a aquella parte que en el proceso formulario solía probar; pero ahora, tener la carga de la prueba significa que una parte tiene la obligación de probar determinados hechos, con la consecuencia de que, si logra probarlos, entonces el adversario tendrá que probar lo que a él corresponde, pero si aquella parte no logra probarlos, entonces el juez absolverá al adversario, sin tener que examinar las pruebas, ni la situación de éste.⁷⁰³ En estas circunstancias, el problema de determinar la carga de la prueba adquirió gran importancia, por lo que muchos rescriptos imperiales se ocuparon de él.⁷⁰⁴

La sentencia refleja fielmente esta concepción de la carga de la prueba en el procedimiento cognitorio.⁷⁰⁵ Puede considerarse de origen posclásico, teniendo en cuenta que el derecho definido en relación a este procedimiento es posclásico, aun cuando se pueda hablar de un procedimiento cognitorio de época clásica.

Au. A, que refleja el régimen de la carga de la prueba en el proceso cognitorio de su tiempo.

La fuente de esta sentencia puede ser el rescripto de Antonino (CJ 4, 19, 2), que dice que quien piensa que unas cosas son suyas debe perseguirlas en juicio (lo cual implica que debe probar que son suyas) porque no corresponde al poseedor la carga de probar que son suyas. (*Possessiones quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere, nec enim possessori incumbit necitas probandi eas ad se pertinere*). La frase final del rescripto (*cum te in probatione cesante dominium apud eum remaneat*), que dice que si el actor no logra probar su pretensión, entonces el poseedor conserva la “propiedad” (*dominium apud eum remaneat*), ha sido considerada por Levy,⁷⁰⁶ con razón, como una glosa que se introdujo en el texto y que refleja la confusión vulgar de la posesión con la propie-

⁷⁰³ Levy, *op. cit.*, nota 677, p. 173.

⁷⁰⁴ Especialmente de Diocleciano: CJ 4, 19, 15; 16; 20; 4, 24, 10, 2; 4, 30, 10; y 8, 42, 25.

⁷⁰⁵ Véase *infra sub F*.

⁷⁰⁶ Levy, *op. cit.*, nota 677, pp. 173 y 174, n. 83.

dad. Esta glosa debió de ser posterior al momento de la compilación de las Sentencias, por lo que el compilador no la tuvo a la vista.

Como se ve, la estructura de la sentencia, así como muchas de sus palabras, se corresponden con las de este rescripto. La primera frase del rescripto (*Possessiones... persequere*) equivale a la primera de la sentencia (*Eas res quas... petere potest*). La segunda frase del rescripto (*nec enim... ad se pertinere*) es acorde con la segunda de la sentencia (*ita tamen... ad se pertinere*), y hasta tienen en común las palabras decisivas (*incumbit —incumbat— necessitas probandi ad se pertinere*).

El uso en la sentencia de la expresión *necessitas probandi*, propia del procedimiento cognitorio y especialmente del tiempo de Diocleciano,⁷⁰⁷ confirma la autoría de A.

El uso de *ius* (*res quas quis iuris sui esse putat*) para significar el patrimonio de una persona es una peculiaridad del lenguaje de la cancillería imperial, especialmente del siglo III, que también se da en fuentes de derecho vulgar.⁷⁰⁸ Aparece en cuatro rescriptos de Diocleciano (CJ 7, 35, 2 pr., 9, 41, 7, CG 6, 5 y 7, 2). Puede considerarse, por lo tanto, como una expresión propia de A.

El mismo uso de *ius* se repite en PS 2, 12, 1; 2, 25, 1; y 5, 6, 8. Steinwerter⁷⁰⁹ observa que el uso de *ius* con ese sentido no se da en ningún texto jurisprudencial clásico, por lo que puede conjeturarse que su presencia en las Sentencias es un indicio de que su compilador (A) estaba más en contacto con la legislación imperial que con los escritos de los juristas.

Kaser,⁷¹⁰ teniendo en cuenta la ubicación de esta sentencia en la edición de Krüger, entre dos sentencias que se refieren a la petición de herencia, entiende que se refiere a la prueba de que determinados objetos pertenecen a la herencia. Pero me parece que su alcance, en la mente del compilador de las sentencias, era más general, por las siguientes razones. Si, como es posible, la sentencia deriva del citado rescripto de Antonino, debió de tratar, como éste, un problema de pruebas en la petición de cosas en general, y no exclusivamente en la petición de herencia. Ade-

⁷⁰⁷ La expresión *necessitas probando* también aparece en PS 5, 1, 6 (ex D 40, 12, 39 pr).

⁷⁰⁸ Steinwerter, *IURA* 4, 1952, pp. 127 y ss.

⁷⁰⁹ *Idem*.

⁷¹⁰ Kaser II, p. 545, n.7.

más en la *Consultatio* (6, 6) se dice que esta sentencia proviene del título “III” del libro primero de las Sentencias, mientras que en (6, 5) indica que el título de éstas rubricado *si hereditas vel quid aliud petatur* era al título “VI” del mismo libro primero. Evidentemente que esta numeración de los títulos no corresponde con la que da el *Breviario*, pero lo interesante aquí es que señala que esta sentencia 7 no era del título que trataba sobre la petición de herencia, sino el anterior.⁷¹¹

1, 13^b, 8 (ex Appendix 1, 10). *Possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare coetur.*

S. El poseedor de la herencia condenado a restituirla que, por negligencia, no hubiera percibido frutos de ella, debe pagar una cantidad equivalente al doble de los frutos que hubiera podido percibir.

O. La primera parte (*possessor... neglexit*) es de origen clásico. En el derecho clásico, el poseedor de la herencia podía quedar obligado a indemnizar al heredero por el valor de los frutos que aquél no percibió, pero que un diligente administrador hubiera podido percibir (*fructus percipiendi*). Esta responsabilidad recaía sobre el poseedor de mala fe. Se originó, en opinión de Kaser,⁷¹² antes de la emisión del senadoconsulto Juvenciano, y éste la tuvo en cuenta. Ulpiano (15 *ad. Ed.* D 5, 3, 25, 4), comentando este senadoconsulto dice que los poseedores de mala fe de bienes hereditarios deben restituir, no los frutos que percibieron (*non quos perceperunt*), sino los que debieron percibir (*quos percipere debuerunt*). En el mismo sentido se pronuncia un rescripto de Antonino (CJ 3, 31, 1, 2) del año 170, que también tiene en cuenta el senadoconsulto Juvenciano.⁷¹³ Esta responsabilidad del poseedor de mala fe por los *fructus percipiendi* fue luego recogida por Justiniano en sus *Instituciones* (4, 17, 2). La primera parte de la sentencia (*possessor... neglexit*) se refiere

⁷¹¹ Véase *supra ad PS* 1, 13B (rubr.) *sub T y O*

⁷¹² Kaser, *SZ*, 62, 1955, pp. 113, 114, 121 y 122, y I p. 738 n. 27.

⁷¹³ Antonino se refiere a un senadoconsulto hecho por Adriano, que es evidentemente el Juvenciano.

a esta responsabilidad. La siguiente sentencia (§ 9) la mención respecto del poseedor demandado por la acción reivindicatoria.⁷¹⁴

La segunda parte (*duplam eorum aestimationem...*), que establece la obligación de pagar el doble de los frutos que debieron percibirse es de origen posclásico.

La petición de herencia, en el procedimiento arcaico de las acciones de la ley, comenzó tramitándose como una acción real o *sacramentum in rem*. Bajo este procedimiento, el poseedor demandado, que obtuvo la posesión interina de las cosas en litigio, quedaba obligado, por disposición expresa de la ley de las XII Tablas (12, 3), a pagar el doble de los frutos percibidos. La obligación de pagar el doble tenía carácter penal: era una sanción por haber litigado de manera temeraria.⁷¹⁵

Posteriormente, la petición de herencia se pudo tramitar, acudiendo al expediente de hacer un *sponsio* prejudicial, como una acción personal, dentro del mismo sistema de las acciones de la ley.⁷¹⁶ Por la *sponsio* el demandado prometía pagar al actor una cantidad (125 sestercios, según Gai 4, 95), si resulta probado que éste era el heredero. El juez o magistrado que conocía el caso (según fuera una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* o un *sacramentum in personam*), con el pretexto de resolver acerca de la *sponsio*, tenía que resolver si el actor era el heredero. En este procedimiento, la obligación del demandado de restituir la herencia, no deriva de la sentencia, que sólo condenaba a pagar lo prometido, sino de una caución especial, llamada *satisdatio pro praedes litis et vindictiarum*, que se exigía al demandado al iniciarse el proceso. Esta caución comprendía tres cláusulas.⁷¹⁷ En la segunda establecía que el demandado indemnizara al actor por el valor de los bienes no restituidos, y además, siguiendo el precepto decenviral citado,⁷¹⁸ que le pagara el doble del valor de los frutos que debía restituir. El demandado quedaba así indirectamente coaccionado a restituir los bienes demandados y sus frutos. Por el

⁷¹⁴ Sobre el origen clásico de esta responsabilidad en la acción reivindicatoria, véase *infra ad PS* 1, 13B, 9 *sub. O*.

⁷¹⁵ Giofredi, C., s. v. “*Vindictiae*”, en *Novísimo Digesto Italiano* XX, Torino, 1958, p. 830.

⁷¹⁶ Aunque el procedimiento *per sponsionem* también pudo, en general, tramitarse por medio de una fórmula, parece que cuando se trató de una reclamación de herencia, siempre se tramitó por una acción de la ley. Véase D’Ors, *DPR*, §249 n. 1.

⁷¹⁷ Lenel, pp. 516 y ss.

⁷¹⁸ Kaser, *ZPR*, § 39 n. 24.

arbitrio de un hombre recto (*boni viri arbitrato*) se resolvía si el obligado restituía debidamente o no, y se determinaba el valor de lo no restituído. El demandado, por efecto de la caución mencionada, quedaba, en ese procedimiento *per sponsionem*, obligado a restituir el doble del valor de los frutos que deben ser restituidos.

Pudo ser que cuando se tramitó la petición de herencia por el procedimiento cognitorio, que permitía ya la condena en especie y que por eso no requería de una caución para garantizar que el demandado devolviera los bienes y sus frutos, se conservara, sin embargo, la costumbre de estipular del demandado, al menos en ciertos casos, el doble del valor de los frutos. PS 5, 9, 1 puede entenderse en este contexto: ahí se habla de una estipulación, que el heredero sustituto suele pedir al heredero instituido bajo condición, por la cual, si se frustra la condición, el heredero instituido queda obligado a pagar el doble del valor de los frutos que no restituya.

En todo caso, aun dentro del procedimiento cognitorio, la obligación de pagar el doble del valor de los frutos en el derecho clásico era causada por una estipulación. Lo que se entiende en PS 1, 13b, 9 es diferente; ahí se contempla la obligación de pagar el doble del valor de los frutos que por negligencia no fueron percibidos, como una obligación del demandado, quizá derivada de su negligencia, pero en todo caso independiente de cualquier garantía constituida voluntariamente.

Este criterio es afín al de un decreto de Valentiniano I (CT 4, 18, 1 [369]), que dispone que el demandado por una acción petitoria,⁷¹⁹ si es poseedor de mala fe, queda obligado a restituir el doble del valor de los frutos percibidos y de los que debiera haber percibido (*quos percipi oportuisset*). La obligación de pagar el doble del valor de los frutos es aquí, como en el derecho arcaico de las XII tablas, de origen penal: es un castigo al litigante temerario.

Au. A, que con la primera frase (*possessor hereditatis... neglexit*) indica la responsabilidad del poseedor de bienes hereditarios por los *fructus percipiendi*. La segunda parte (*duplam... cogetur*) puede también atribuirse a *A*, si se acepta que él pudo omitir, por descuido o por considerarla implícita, la referencia a una estipulación, sea la *cautio pro praedes*

⁷¹⁹ Levy, *VL*, p. 229, opina que los legisladores tenían en mente la acción reivindicatoria.

litis et vindiciarum, sea otra estipulación como la que trata PS 5, 9, 1 que fundara la obligación de pagar el doble de los frutos.⁷²⁰

También podría conjeturarse que esta última parte es obra de *B*, que procura poner la sentencia a tono con la citada ley de Valentiniano I. Pero esta hipótesis tiene en contra que dicha ley se refiere expresa y enfáticamente al poseedor de mala fe. IT 4, 18, 1, lo mismo que LRB 8, 4 y 35, 3, que sí parecen determinadas por la ley de Valentiniano I se refiere concretamente al poseedor de mala fe, mientras que la sentencia no lo menciona. Si *B* la hubiera alterado, lo más probable es que hiciera mención al poseedor de mala fe.

1, 13^b, 9 (*ex Appendix 1, 11*). *Si fructus in restitutione praestandi sunt petitori, quos unusquisque diligens pater familias et honestus colligere potest.*

S. A quien demanda, y vence, con una acción petitoria deben restituirse todos aquellos frutos que hubiera podido recolectar un padre de familia diligente y honrado.

O. Clásico.

Esta sentencia, lo mismo que la anterior, ambas provenientes del *Appendix*, se refieren a la responsabilidad del demandado por los frutos que deben ser percibidos (*fructus percipiendi*). Aquella sentencia se refería expresamente al poseedor de bienes hereditarios, por lo tanto a la petición de herencia; ésta, en cambio, sólo dice que el actor es un *petitor*, por lo que puede referirse a cualquier acción por la que se pide una cosa

⁷²⁰ Santoro, *XII T. 12,3*, Palermo, 1967, p. 22, n. 37, considera que esta sentencia no es de origen clásico, por la falta de referencia a la caución de donde deriva la responsabilidad, y por la falta de la limitación de ésta al tiempo posterior a las *litis contestatio*. Esto es cierto, pero no impide atribuir la sentencia a *A*, que simplificando las reglas clásicas las hace posclásicas.

específica,⁷²¹ es decir, a una acción real. Kaser⁷²² y Astolfi,⁷²³ con razón, la relacionan expresamente con la acción reivindicatoria.

Esta responsabilidad del poseedor de mala fe, o de todo poseedor *post litem contestatam*, por los *fructus percipiendi* se definió ya en época clásica respecto de la petición de herencia, y de ahí pasó, en opinión de Kaser,⁷²⁴ a la acción reivindicatoria.

En cuanto define esta responsabilidad por los *fructus percipiendi*, la sentencia muestra origen clásico. Su contenido es muy similar al de un texto de Paulo sobre la acción reivindicatoria⁷²⁵ (21 *ad Ed.* D 6, 1, 33), que dice que el poseedor responde no sólo por los frutos percibidos, sino también por los que honestamente pudieran haberse percibido (*qui percipi honeste potuerunt*).

La sentencia señala, para medir la responsabilidad del poseedor, el criterio del *diligens pater familias et honestus*. Este criterio, aunque fue utilizado ampliamente y relaborado como medida abstracta de responsabilidad, por la jurisprudencia posclásica oriental, de donde pasó al derecho justiniano, fue ya conocido y usado por los juristas clásicos.⁷²⁶ Al usarlo, la sentencia no necesariamente denota origen postclásico.⁷²⁷

⁷²¹ La palabra *petitio* en el lenguaje de la jurisprudencia tardoclásica designa la acción real, mientras que *actio* la acción personal y *persecutio* la acción *extra ordinem*. D'Ors, *DPR* §69. En la sentencia, atendiendo al contexto, se entiende que el *petitor* es quien reclama una cosa específica capaz de producir frutos; se refiere por tanto a una *petitio* entendida como una acción real. Se discute, por otra parte, cuál era el sentido originario del trinomio *actio, petitio, persecutio*, que aparece en diversas leyes y en textos de la jurisprudencia cautelar. Casavola, F., *Actio petitio persecutio*, Napoli, 1965, pp. 75 y ss., propone que fuera así; *actio*, se refiere al proceso *in iure*; *petitio* a la *litis contestatio*, y *persecutio* al proceso *apud iudicem*.

⁷²² Kaser II, p. 295, n. 28.

⁷²³ Astolfi, s. v. "*Reivindicatio*", *Novísimo Digesto Italiano* XV, Torino, 1968, p. 367.

⁷²⁴ Kaser II, p. 295, n. 28.

⁷²⁵ Este libro de Paulo comentaba, según Lenel *EP*, el edicto sobre la acción reivindicatoria.

⁷²⁶ El modelo del *diligens pater familias* proviene de la ética social griega, pero no era ajeno a los clásicos, opina Kaser II, p. 351. Hörs-Kunkel-Wenger, *Römische Rect.*, 3a. ed., Berlin-Obttingen-Heidelberg, 1944, reimpr. 1978, p. 179 n. 5, también opinan que el criterio del *diligens pater familias* era usado por los clásicos, y en especial que lo usa Paulo (en nota a Juliano 2 *pith* D 19, 1, 54 pr). Sachers, *RE* s. v. "*Paterfamilias*", también reconoce el uso entre los clásicos de ese criterio.

⁷²⁷ Kaser II, p. 348 opina que la sentencia es en esto clásica.

Au. A.

Él pudo componer, así lo sugiere Kunkel,⁷²⁸ a base de un texto como el de Paulo 21 *ad ed.* D 6, 1, 33, una regla para definir la responsabilidad por los frutos del demandado por cualquier acción real.⁷²⁹ La expresión *diligens paterfamilias et honestus* puede ser del mismo estrato A. Kunkel⁷³⁰ sugiere que esta expresión, común en el idioma Griego, fue redactada por el compilador de las Sentencias, como explicación de la palabra *honeste* que aparece en el citado texto de Paulo. Pero es posible, como sugiere Kaser,⁷³¹ que dicha expresión ya se usara en textos clásicos. En todo caso, sería de A.

La sentencia proviene del Apéndice del Breviario, al igual que la anterior. Puede ser que ahí se encontraran juntas, por lo que cabe considerar que la actual sentencia 9, que señala el criterio del padre de familia diligente como medida de responsabilidad, se entendiera como una explicación de la actual sentencia 8, que indica la responsabilidad por todos los frutos que el poseedor de bienes hereditarios pudiera percibir. Pero bien pudiera ser que en la versión de A las sentencias pertenecieran a títulos distintos. La 8 a uno sobre la petición de herencia, y la 9 —al igual que la 7— a otro sobre la reivindicatoria.⁷³²

⁷²⁸ Kunkel, *SZ*, 45, 1925, p. 308.

⁷²⁹ Un intento similar de definir una regla general aplicable a todas las acciones reales parece darse también en PS 1, 13B, 7, que se refiere a las pruebas.

⁷³⁰ Kunkel, *SZ*, 45, 1925, p. 308.

⁷³¹ Kaser II, p. 348 n. 15 y p. 351, n. 31.

⁷³² Schulz, *SZ* 47, 1927, p. 44, opina que la sentencia pertenece al título *si hereditas petatur*, pero no analiza su contenido. Véase *supra ad* PS 1, 13B, *sub T*.