

Un caso de *in integrum restitutio rei publicae* *causa abesse y petitio bonorum possessionis*:

D.29,2,86pr. Papiniano l.6 resp.¹

Encarnació RICART MARTÍ

(Universit  Rovira i Virgili, Tarragone)

1. Preliminar

La figura de la *in integrum restitutio (i.i.r.)* es sin duda una de los instrumentos más relevantes de ejercicio de *imperium* del magistrado. Por la *i.i.r.* el pretor² podía considerar como no ocurridos, hechos, actos de relevancia jurídica, consecuencias jurídicas, aunque hubieran sido creadas o hubieran ocurrido en aplicación del régimen válido de acuerdo con el *ius civile*³. Puede encontrarse las primeras referencias

¹ Este trabajo se ha realizado con el soporte financiero del Proyecto de Investigación BJU2003-09552-C03-03 del MC y T. Básicamente corresponde a la comunicación presentada al Congreso de la Société Internationale Fernand de Visscher (SIHDA) celebrado en la Universidad de Bochum en septiembre 2005.

² Sobre el debate de si la *i.i.r.* es una prerrogativa ligada a la *iurisdictio* del pretor o si es una prerrogativa ligada al *imperium* de los magistrados, y en general sobre la *i.i.r.* vid. M.KASER, *Das r mische Zivilprozessrecht*, 2^aed., München 1996, pp.421ss., en n.1 puede encontrarse una selección bibliográfica; entre esta selección destaca G.CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum*, Milano 1964; el mismo autor en NNDI 15 (1968), pp.739 s.v.. *in integrum restitutio*; el mismo autor en *Studi sulla cura minorum I "Cura minorum" e "restitutio in integrum"*, BIDR 75 (1972), p.235ss.; M.SARGENTI, *Studi sulla "restitutio in integrum"*, BIDR 69 (1966), p.193ss.; A.S.HARTKAMP, *Der Zwang im r mischen Privatrecht*, Amsterdam 1971; M.KASER, *In integrum restitutio*, SZ 94 (1977), pp.101ss; B.KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentums bertragungen im klassischen r mischen Recht*, Berlin-New York 1974; esta monografía tuvo fuerte impacto en la doctrina romanística, dando lugar a importantes recensiones: G.WESENER, TR 44 (1976), pp.169ss; y G.CERVENCA, Labeo 24 (1978), pp.213ss.

³ PS.1.7.1: *Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio*; San Isidoro, Etimologías 5.25.36f: *Integri restitutio est causae vel rei reparatio. Causa*

textuales en fuentes literarias, pero se discute su tecnicidad; efectivamente, Plauto, en su obra *Rudens*⁴, o Terencio, en su obra *Phormio*, representada por primera vez en los *Ludi Romani* en el 161 a C, habla de la *i.i.r.* del matrimonio del hijo de un ausente por causa pública⁵. En fuentes jurídicas podemos citar la opinión del jurista *Servius Sulpicius Rufus* (pretor en el 65 a C y cónsul en el 51) a través de Ulpiano: *et ita Servio videtur*, que es la referencia jurisprudencial más antigua⁶.

El fundamento de la *i.i.r.* se encuentra en la equidad cuando, a criterio del pretor, la aplicación rigurosa del régimen jurídico establecido puede conducir a un resultado contrario a la equidad⁷:

D.4.4.1pr. (Ulpiano, l.11 *ed.*):

Hoc Edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi ...

D.4.1.7pr. (Marcelo, l.3 *dig.*):

*...Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est ...*⁸

Las motivaciones por las que el pretor puede conceder *i.i.r.* son diversas, y lo primero que destaca es que el pretor, en su edicto, se reserva poder conceder *i.i.r.* motivada en una causa que no esté especialmente prevista:

redintegratur, quae vi potestatis explota non est. Res redintegratur, quae vi potestatis ablata atque extorta est.

⁴ Extraigo esta cita de KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, *op.cit.*, p.423 n.16. De acuerdo con Cicerón (*Brutus* 60) Plauto murió en 184 a.C.

⁵ Corresponde al libro 2, parágrafo 4 en edición de Lindsay. Sorprende la referencia a *i.i.r.* de un matrimonio, aunque muy bien puede referirse a la entrega de la dote. Sobre la cuestión vid. G.BUIGUES OLIVER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho Romano*, Valencia 1992, pp.15ss.

⁶ D.4.6.26.4 Ulpiano l.12 *ad edictum*, que cita también a Labeón: *..Sed et si magistratus copia non fuit, Labeo ait restitutionem faciendam....*

⁷ Se destacan los dos textos más conocidos pero también pueden comentarse D.4.1.7.1 Marcelo l.3 *dig.* o D.4.6.26.9 Ulpiano l.12 *ad ed.*

⁸ Sobre la equidad puede consultarse, D.NÖRR *Rechtskritik in der römische Antike*, München 1974; La *i.i.r.* está concebida para situaciones límite y de ahí que Ulpiano l.11 *ad ed.* hable de *extraordinarium auxilium* en D.4.4.16pr., aunque cabe también que la expresión *extraordinarium auxilium* se utilice por el jurista en oposición a *auxilium commune*, como en D.46.8.3.1 Papiniano l.12 *resp.*, referido a la apelación.

D.4.6.1.1 (Ulpiano, l.12 *ed.*)

*...Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges, plebis scita, senatus consulta, edicta, decreta principum licebit*⁹.

Conocemos las motivaciones especialmente previstas a partir de los comentarios de los juristas al edicto, especialmente de Ulpiano y Paulo, que han servido de base a la reconstrucción de Lenel y Rudolf del Edicto adrianeo; estos juristas hablan de edictos singulares que protegen a los perjudicados¹⁰: *quod metus causa gestum erit, de dolo malo, de minoribus XXV annis, de capite minutis*¹¹, *ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur, de alienatione iudicii mutandi causa facta* (D. libro 4 títulos 2,3,4,5,6 y 7 respectivamente); debe añadirse *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur*, rúbrica de D.27.6: *Ait Praetor: Si id actor* (Haloandro corrige por *auctor*) *ignoravit, dabo in integrum restitutionem ...*(D.27.6.1.6 Ulpiano l.12 *ed.*). Ulpiano (l.11. *ed.*) y Paulo (l.1 *sententiarum*), añaden otra causa que es el error: *.....Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis subvenit....* (D.4.1.1) ó *sive aut iustum errorem* (D.4.1.2)¹². El *iustum errorem* se menciona también

⁹ El propio Ulpiano, l.12 *ad ed.* precisa estas palabras del edicto en D.4.6.26.9: *Item inquit Praetor, si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituam. Haec clausula edicto inserta est necessario, multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum;*

¹⁰ E.LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, *Gesammelte Schriften* I, Köln 1963, pp.452ss. ya propuso que la única hipótesis edictal de *i.i.r.* que permaneció en la época postclásica fue la del menor de 25 años.

¹¹ Sobre *i.i.r.* en casos de *capitis deminutio minima* vid. E.RICART MARTÍ, *Sucesión inter vivos e in iure cessio hereditatis; régimen de créditos y deudas*, en *Liber amicorum Juan Miquel*, Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo, Barcelona 2006, pp.877ss.

¹² Vid. M.KASER, *RPR* I², München 1971, pp.241-242 en donde el autor observa el limitado papel que en el Derecho Romano clásico tuvo el error como causa de ineficacia de negocios jurídicos: *Eine Regel, das Rechtsgeschäfte eine irrtumsfreie Kenntnis des Handelnden von der gesamten Rechtslage voraussetzen, haben die Klassiker kaum entwickelt*. En pp. 580-582 de *RPR* II, se actualiza la bibliografía sobre el tema desde la primera edición hasta 1975. Para el significado del término *gestum* puede traerse a colación el interesante texto de Ulpiano l.11 *ad ed* D.50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur. "gestum" rem significare sine verbis factam.*

en PS.1.7.2¹³. Como ya dijo Rudorf¹⁴, es muy probable que fuera el jurista Juliano quien, en su redacción del Edicto en el año 130 d C, separara las distintas causas contempladas por el pretor de acuerdo con las primeras palabras de los correspondientes edictos; se acepte o no la hipótesis de Rudorf sobre la renovación sistemática de Juliano, la naturaleza de la figura de *i.i.r.* es reconducible a unidad gracias a las siguientes expresiones del edicto: *ratum non habeo* (D.4.2.1pr. Ulpiano 1.11 *ad ed.*), *iudicium dabo* D.4.3.1.1 Ulpiano 1.11 *ad ed.* y D.4.5.2.1 Ulpiano 1.12 *ad ed.*), *animadvertam* (D.4.4.1.1 Ulpiano 1.11 *ad ed.*), *earum rerum actionem intra annum* (D.4.6.1.1 Ulpiano 1.12 *ad ed.*), *in factum actione teneatur* (D.4.7.1 Gayo 1.4. *ad edictum provinciale*), *dabo in integrum restitutionem* (D.27.6.1.6 Ulpiano 1.12 *ad ed.*)¹⁵. De estas expresiones deducen también los autores dos tipos

¹³ El pretor se reserva poder otorgar *i.i.r.* en circunstancias no expresamente previstas; Ulpiano 1.12 *ad ed.* D.4.6.1.1 *in fine* *si qua alia mihi iusta causa esse videbitur...* O.LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, reedición de la tercera edición de 1927, AAlen 1985, plantea como hipótesis, la causa: *de restitutione heredum*, y lo cierto es que Ulpiano 1.12 *ad ed.* en D.4.5.2.5 dice: *Hoc iudicium perpetuum est et in heredes et heredibus datur.*

¹⁴ A.F.RUDORF, *De iuris dictione edictum*, reedición de la edición de 1869, Pamplona 1997, p.55 : *Singulorum edictorum huius tituli inscriptiones utrum Iuliano debeantur, an ab interpretibus postea effectae sint ex principis edictorum* "quod metus causa gestum erit, de dolo malo, de minoribus XXV annis, de capite minutis, ex quibus causis maiores in integrum restituantur, quod falso tutore auctore gestum esse dicatur, rel. quaestionis est.

¹⁵ Una constitución del emperador Gordiano permite deducir un tratamiento jurídico unitario para la *i.i.r.*; C.2.50(51).5 (año 240) *Neque rei publicae causa absentibus, nec aliis maioribus, ad titulum in integrum restitutionis pertinentibus, praescriptionem quadrienii* (algunos manuscritos contienen quinquenio) *post factam a fisco venditionem obesse posse, manifestum est*. No debe descartarse que el tratamiento unitario de la figura de la *i.i.r.* fuera un avance sistemático de la jurisprudencia tardoclásica (Ulpiano, Paulo, especialmente) logrado, después de más de 50 años del planteamiento edictal del jurista Juliano. Es decir, la aportación de tratar, en unidad sistemática, protecciones pretorias dispersas en los edictos preadrianeos, es de Juliano; a partir del Edicto Perpetuo de Juliano la *i.i.r.* tiene una dogmática común. Apoya esta afirmación el que Gayo aunque contemporáneo o más joven que Juliano, pero anacrónicamente, en sus Instituciones no otorga un tratamiento unitario a la *i.i.r.*, sino que comenta los diversos supuestos de manera dispersa: así, Gai.4.38 habla de la *i.i.r.* que favorece al acreedor del que se ha sometido a una *capitis deminutio*, KUPISCH, *op.cit.*, sin embargo, plantea la unidad originaria de la *i.i.r.* *restitutio*. Al respecto es interesante traer a colación. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, *op.cit.*, p.422 n.2: el profesor de Salzburg comenta, citando a Selb, que en tiempo del proceso formulario la *i.i.r.*: *nur als untechnischer Sammelbegriff für eine Vielzahl prätorischer (und richterlicher) Massnahmen, bestimmte eingetretene Wirkungen zu beseitigen, aufgefasst.*

de *i.i.r.*; la *i.i.r.* judicial y la *i.i.r.* decretal, a base de distinguir aquellos casos en que el pretor concede una acción rescisoria, de los casos en que el pretor decide tener por no actuado o tener por no ocurrido; en el primer caso el pretor utilizará un remedio del *ius civile* (la controvertida *vindicatio utilis* o Publiciana rescisoria)¹⁶, y en otros el pretor se mantendrá en el plano del *ius honorarium*¹⁷. También son *i.i.restitutionis* la actividad rescisoria del pretor en los supuestos de aplicación de los SC Veleyano y Macedoniano¹⁸; precisamente en los textos del SC Veleyano se apoyan los autores para defender la *restitutio judicial* en aquellos casos en que la fórmula de la acción que concede el pretor para equilibrar las consecuencias de la aplicación del SC contiene un *iussum de restituendo* propio de las acciones con cláusula arbitraria¹⁹ (así D.16.1.32.5 Pomponio l.1 de *senatusconsultorum*); los supuestos de fraude de acreedores también son supuestos de *i.i.restitutio*:

D.42.8.1pr. (Ulpiano, l.66 ed.)

*Ait praetor: Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator honorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo*²⁰

¹⁶ La *actio Publiciana* es la *vindicatio utilis* por excelencia. A.D'ORS así lo considera en *Derecho Privado Romano*, Pamplona 2004, parágrafo 176 n.1, refiriéndose a la *actio Publiciana* dice: *aunque tenga un nombre propio, es una actio utilis*, y cita D.44.7.35pr. en donde Paulo l.1 *ad ed.* habla de las acciones honorarias que contienen *rei persecutionem*: *item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur*. Sobre el tema vid. E.CARELLI, *L'actio Publiciana rescissoria*, SDHI 3 (1937), pp.36ss, y el mismo autor *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, ABari 1 (1938), pp.129ss.; vid. también M^a.V.SANSÓN RODRIGUEZ, *D.17.1.57, un caso particular de rescisión en beneficio del ausente*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 89 (1998), pp.283-308.

¹⁷ KUPISCH, *op.cit.*, p.9; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht, op.cit.*, y A.D'ORS, *La acción del menor restituido*, AHDE 49 (1979), p.297ss.

¹⁸ A.D'ORS, "Ex SC Velleiano" *Una revisión crítica*, Estudios U. Alvarez Suarez, Madrid 1978, pp.337ss. Sobre SC Macedoniano vid. F.LUCREZI, *Senatus-consultum Macedonianum*, Napoli (1992) con recensión de J.PARICIO, IURA 43 (1992), pp.214ss (también en *De la justicia y el Derecho*, Madrid 2002, pp.433ss); B.PERIÑAN, *Antecedentes y consecuencias del SC Macedoniano*, Valencia 2000.

¹⁹ KUPISCH, *op.cit.*, pp.14ss.

²⁰ La propia rúbrica del Digesto induce la afirmación de la doctrina: *Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur*. Sobre la cuestión X.D'ORS, *El interdicto fraudatorio en el Derecho romano clásico*, Santiago de Compostela 1974; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht, op.cit.*; el mismo RPR I, *op.cit.*, p.252. Sobre el título

La doctrina no suele tratar como supuestos de *i.i.r.* acciones auténticamente rescisorias como las acciones Fabiana y Calvisiana que pueden interponer los patronos o sus hijos contra aquellos que hayan adquirido de sus libertos para reclamarles aquello en lo que se han enriquecido (*ad eorum quem perveniat* D.38.5.1pr. Ulpiano 1.44 *ad ed*), ya sea en adquisiciones *inter vivos* ó *mortis causa*²¹; el tenor de los distintos textos de D.38.5, rúbrica: *si quid in fraudem patroni factum sit* es muy contradictorio, especialmente en lo relativo a la naturaleza *in rem* o *in personam* y en lo relativo a la transmisión *mortis causa* de la acción. La propia acción redhibitoria que se encuentra en el edicto del edil curul, tiene consecuencias rescisorias, aunque no pueda predicarse su naturaleza rescisoria: *quodammodo in integrum restituere debere*²². Debe constatarse sin embargo que el campo de la *i.i.r.* es más amplio que el de la rescisión, pues ésta se refiere a la decisión jurisdiccional por la que se considera no existente un negocio jurídico que realmente ha existido, mientras que la *i.i.r.* permite además tener por no transcurrido un tiempo preclusivo que efectivamente ha transcurrido²³.

La *i.i.r.* debe ser solicitada al pretor por el interesado²⁴, ya sea el coaccionado, ya el engañado, ya el menor, ya sea el ausente por causa

8 del libro 42 del Digesto puede consultarse F.DEL PINO TOSCANO, *Un estudio palingenésico de D.42.8*, Universidad de Huelva 2002.

²¹ RUDORF, *De iurisdictione Edictum*, *op.cit.*, pp.147-148 y LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, *op.cit.*, pp.352-353; para Lenel son acciones *in factum* y arbitrarias; Lenel toma en consideración, entre otros, D.38.5.1.26 Ulpiano 44 *ad ed: haec actio in personam est, non in rem* En n.13 p.352 puede leerse: *Die Ünmöglichkeit rezissorischer Fassung ergeben verschiedene Anwendungen der actio*, y cita D.38.5.1 parágrafos 13,18 y 19 Ulpiano 1.44 *ad ed.* Paulo 1.6 *ad Plautium* (D.22.1.38.4) considera que la fórmula de las acciones Fabiana y Pauliana debe comprender también condena en frutos: *In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur* ...

²² D.21.1 rúbrica: *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*. En D.21.1.23.7 Ulpiano 1.1 *ad ed.aedilium cur: Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*. Para KUPISCH, *op.cit.*, p.181ss. y p.97 por ejemplo, la *actio Fabiana* no es *in rem scripta*, sino *in personam*.

²³ Aunque la monografía de KUPISCH, *op.cit.*, planteó serias objeciones, son formas de *i.i.r.* la aceptación pretoria de una *exceptio in factum* o de una *replicatio*, la misma *denegatio actionis* o *denegatio exceptionis*.

²⁴ Las expresiones *postulare restitutionem*, o *desiderare restitutionem* no son técnicas, según KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, *op cit.*, p.422 n.4; también . KUPISCH, *op.cit.*, p.99; Aun así D.3.1.1.9-10 (Ulpiano, 1.6 *ad ed*) utiliza *postulare* ó

pública, ya el acreedor de un *cives* el cual se ha sometido a otro y ha sufrido *capitis deminutio*, ya el defraudado por un falso tutor, ya el que debe demandar a alguien que fraudulentamente se ha colocado en situación de hacer el proceso innecesariamente gravoso, o en general el que crea encontrarse en situación que el pretor deba proteger en virtud de equidad. En algunos casos también pueden solicitar *i.i.r.* los herederos del interesado:

D.4.1.6 (Ulpiano l.13 *ed.*).

*Non solum minoris, verum eorum quoque, qui rei publicae causa afuerunt, item omnium, qui ipsi potuerunt restitui in integrum, successores in integrum restitui possunt et ita saepissime est constitutum. Sive igitur heres sit, sive is, cui hereditas restituta est, sive filii familias militis successor, in integrum restitui poterit ...*²⁵

El interesado debe alegar *in iure* la causa de tal petición y aportar todo el material que permita al pretor persuadirse de la conveniencia de otorgar *i.i.r.*, dado que el pretor conocerá sobre el asunto:

D.4.1.3 (Modestino, l.8 *pand.*)

Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur; scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.

El pretor, puede decidir de acuerdo con su criterio, y lógicamente en el proceso formulario no habrá posibilidad de recurso. Si el pretor decide conceder *i.i.r.* debe distinguirse si se trata de una *i.i.r.* judicial, como la acción de dolo, la *actio quod metus causa*, o sus respectivas excepciones, y en este caso el pretor redactará, con las partes, la fórmula correspondiente, para que continúe el desarrollo del proceso²⁶; en caso de tratarse de *i.i.r.* decretal: menores de 25 años, ausentes por causa pública, acreedores de un arrogado o de una mujer que ha contraído matrimonio *cum manu*, etc., el pretor, *ex decreto*,

impetrabitur. Vid. CARELLI, *Decretum e sententia nella restitutio in integrum*, *op.cit.*, pp.129-221 y BUIGUES OLIVER, *La rescisión de los hechos y actos jurídicos en Derecho Romano*, *op.cit.*, pp.15-18; J.CAMIÑAS, *La problemática del dolo en el Derecho Romano clásico*, en *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, p.945ss.

²⁵ También en este sentido D.4.4.19 Ulpiano l.13 *ad ed.* y D.4.4.18.5 Ulpiano l.11 *ad ed.*

²⁶ KUPISCH, *op.cit.*, pp.9ss, habla de *vindicationes utiles* con *iussum de restituendo* o cláusula arbitraria.

adaptará a cada caso el remedio procesal conveniente; la actuación del pretor se concretará añadiendo una cláusula ficticia a la fórmula correspondiente²⁷, o concediendo remedios civiles o pretorios con carácter de útiles, o denegando acciones o excepciones, o añadiendo *praescriptiones* a la fórmula correspondiente²⁸.

Dado que es un remedio pretorio, el interesado sólo puede solicitar *i.i.r.* durante el año siguiente a conocer el perjuicio²⁹.

En el presente trabajo nos detendremos a estudiar un supuesto de ausencia por causa pública que da lugar a la concesión de *i.i.r.* a los herederos del ausente para poder ejercer, aunque hubiera transcurrido el plazo del año, la *petitio bonorum possessionis*.

2. Sobre ausencia por causa pública

La ausencia por causa pública: *rei publicae causa abesse*, da lugar a un edicto específico del que nos habla el jurista Ulpiano en l.12 *ad ed.* de D.4.6.1.1:

²⁷ *Rescissa capitis deminutione, rescissa usucapione, rescissa mancipatione*. Vid. RICART MARTÍ, *op.cit.*, p.908. Un discutido texto de Ulpiano l.11 *ad ed.* D.4.4.13.1 utiliza la locución adversativa (*vel ...vel*) para decir que en caso de un menor de 25 años, el pretor podía mantenerse en una *cognitio pretoria*, o conceder un remedio civil como es la propia acción que comporte *rescissa alienatione: vel cognitione praetoria vel rescissa alienatione dato in rem iudicio ...*, pero en el texto Ulpiano cita a Pomponio, que a su vez había citado a Labeón, lo que manifiesta un *ius controversum* en evolución; Sobre el texto vid. E.STOLFI, *Studi sui "libri ad edictum" di Pomponio VI.- L'Analisi del "De in integrum restitutionibus"*, Collana della Revista di Diritto Romano <http://wwwledonline.it/rivistadirittoromano/collana.html> p.269ss. La interpretación de este texto ulpiano ha sido objeto de discrepancias importantes, vid. KUPISCH, *op.cit.*, pp.65ss. y CERVENCA, rec. a Kupisch, *op.cit.*, Labeo 24 (1978), en contra de Kupisch. Vid. el texto del jurista Cervidio Escévola l.1 *resp.* en D.4.4.47.1 en el sentido de plantear una auténtica acción rescisoria.

²⁸ Por este motivo algunos autores niegan a la *i.i.r.* la naturaleza jurídica de *recurso complementario de la jurisdicción*, vid. A.D'ORS, *Derecho Privado Romano, op.cit.*, parágrafo 83 n.7; en dicha nota el autor niega la admisibilidad de que la *i.i.r.* pueda ser operada judicialmente en una *actio in factum* especial; la opinión de D'Ors contradice la de Kupisch y la de Kaser.

²⁹ Se observa en algunos textos la interpolación sistemática: *utile restituionis tempus* en lugar de *annus utilis*, dado que en el proceso de la *cognitio extra ordinem*, en el que el papel de la *i.i.r.* se modificó sustancialmente, el plazo de interposición de petición de *i.i.r.* pasó a ser de 4 años. Así CTh.2.16.2 = C.2.52(53).5 (año 315), CTh.2.7.2 = C.2.52(53). 6 (año 327); (*Vid. infra* n.15); Sobre la cuestión vid. KASER, RPR II, München 1975, pp.66-67 especialmente n.12. Sobre la *i.i.r.* en la *cognitio extra ordinem*, continua siendo de extraordinario interés L.RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem: contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in eta classica*, Milano 1965.

Si cuius quid de bonis, cum is metus, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset; inve vinculis servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum qui dies exisse dicitur; item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amisit, consecutus, actioneque qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur; cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive qui per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicitur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit.....

Puede observarse como en la redacción edictal se manifiesta una voluntad de proteger al ausente de la ciudad³⁰ en todas las posibles situaciones de desventaja causadas por su ausencia por causa pública, o por estar privado de libertad³¹, o por encontrarse en cautiverio de guerra³²; las situaciones previstas se dan en caso de disminución en sus bienes³³, en caso de prescripción de una acción, en caso de haber perdido alguna cosa por que otro la ha podido adquirir por usucapión o se ha depreciado una cosa suya porque se ha extinguido un derecho a ella inherente por no uso, o en caso de que no hubiera podido defenderse en un procedimiento interpuesto contra él, o en caso de que sobre aquella cosa se hubiera apelado al magistrado, etc.³⁴. Pues bien, los comentarios de los juristas sobre este edicto, especialmente juristas tardoclásicos: Ulpiano, Paulo, Calístrato, Africano,

³⁰ A.D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op.cit, parágrafo 208, p.271: *la ausencia se entiende respecto a la ciudad, pero, a veces, también respecto al tribunal*. Incluso Paulo, citando a Labeón, entiende que este edicto implica también a los locos, a los impúberes, o a las ciudades: *Quod edictum etiam ad furiosos, et infantes, et civitates pertinere Labeo ait* D.4.6.22.2 (Paulo, 1.12 ad ed.).

³¹ Incluso *sub fideiussorum satisfactione* D.4.6.28.1 (Ulpiano, 1.12 ad ed.). El fragmento 26 del mismo título (Ulpiano, 1.12 ad edictum) contiene la detenida interpretación ulpiana del redactado edictal.

³² J.ADAME GODDARD, *Palingenesia de los títulos relativos a la restitutio in integrum por causa de dolo, menor edad o ausencia (1,8-19ª) de las Sentencias de Paulo*, Revista de Estudios Histórico- Jurídicos de la Universidad de Valparaíso 10 (1985), pp.13ss.; del mismo autor *Palingenesia de P.S.1.7 "De Integri restitutione"*, Estudios de Derecho Romano en honor de A.D'Ors, Pamplona 1987, pp.89ss.

³³ En D.4.6.1.1 (Ulpiano, 1.12 ad ed.) citado arriba, algunos manuscritos de la Vulgata del Digesto añaden *postea non utendo deminutum* después de *hostiumque potestate esset*. Mommsen no ha recogido esta variante pues parece que su origen se debe al cotejo medieval con D.4.6.15.2 del mismo jurista y libro.

³⁴ D.4.6.27 (Paulo 1.12 ad ed.): *Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.*

Modestino, Javoleno, Alfeno Varo, Cervidio Escévola y Marciano, también Gayo *ad ed.provinciale* y Papiniano, (aunque estos juristas citan a juristas altoclásicos como Labeón, Pomponio, Juliano, Neracio, Servio, Cayo Casio y Marcelo), van precedidos de una rúbrica claramente justiniana: *ex cuibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituantur*, rúbrica expresada con excesiva generalidad, y que evidencia que fue construida a imagen de la rúbrica *de minoribus XXV annis*³⁵. Hay coincidencia entre los autores en considerar que esta modalidad tipificada de *i.i.r rei publicae causa abesse* tiene su antecedente en el derecho aplicado a los ciudadanos romanos en los territorios provinciales, cuando estos ciudadanos ejercían cargos públicos o cuando estaban destacados en la milicia. Muy probablemente la ausencia por prisión o por cautividad de guerra se modeló en el espejo de la ausencia por causa pública *stricto sensu*; el edicto adrianeo recogió en la vía de la *rei publicae causa abesse* otras modalidades que antes tenían protecciones pretorias dispersas. Esta tendencia generalizante continuó con los juristas tardoclásicos que comentan supuestos que van más allá de los límites de la ausencia por causa pública: puede encontrarse ausencia por causa de estudios (D.4.6.28pr.; Ulpiano, 1.12 *ad ed.*) o ausencia causada por necesidad no por voluntad (D.4.6.26.9 *in fine*; Ulpiano, 1.12 *ad ed.*), o incluso cuando la causa alegada es suficiente en la valoración subjetiva del pretor (D.4.6.26.9; Ulpiano, 1.12 *ad ed.*)³⁶.

La *i.i.r. rei publicae causa abesse* es concedida por el pretor para recuperar o defender una cosa perdida porque otro la ha usucapido, o para fingir como no transcurrido un plazo efectivamente transcurrido, pero en ningún caso es concedida para obtener un lucro. En este sentido el ámbito de esta modalidad de *i.i.r.* es más estrecho que el de la *i.i.r.* concedida al menor de 25 años:

D.4.6.18 (Paulo, 1.12 *ad ed.*)

Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei dumtaxat persequendae gratia quaeruntur, non cum

³⁵ En C.2.53(54) se encuentra la misma rúbrica en expresión más sintética.

³⁶ Vid. ADAME GODDARD, *Palingenesia de los títulos relativos a la restitutio in integrum.*, *op.cit.*; del mismo autor, *Palingenesia de P.S.1.7.*; ...*op.cit.*; vid. también G.CERVENCA, *Osservazioni sulla restitutio litis a favore del assente nella cognitio extra ordinem*, IURA 12 (1961), pp.198ss.

et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant

D.4.6.22.1 (Paulo, 1.12 *ad ed.*)

Sicut igitur damno eos adfici non vult, ita lucrum facere non patitur

Una fuente epigráfica tiene extraordinario interés en relación con la *i.i.r. propter absentiam*; se trata del *SC de Asclepiade Calzomenio sociisque*, documento que recoge la decisión senatorial por la que se decreta un trato privilegiado a tres aliados de Roma, de origen heleno³⁷. El SC se refiere a tres navieros helenos (sería mejor decir soldados mercenarios, de acuerdo con Gallet) de la región macedonia de Eubea; se les reconoce como *viros bonos et amicos populi romani* en virtud de su *operam bonam et fortem et fidelem e re publica nostra fuisse*³⁸. Los navieros son Asclepiade de Clazómens, hijo de Philinos, Polístrato de Karystos, hijo de Polyarces, y Meniskos de Mileto, hijo de Thargelios y adoptado por Ireneo. El Senado, a petición del consul Quinto Lutacio Cátulo³⁹, ordena que *postquam rei publicae nostrae causa profecti sunt* les sean restituidos tributos y exacciones, les sean restituidos edificios, predios y bienes de cualquier naturaleza⁴⁰. El Senado ordena también que si ha transcurrido algún plazo perjudicial para sus derechos o expectativas, les sea restituido por entero; La

³⁷ Se encuentra recogido en CIL 1, *pars* 2, fasc.1º p.468 n.588 con la denominación *SC de Asclepiade Polystrato Menisco in amicorum formulam referendis*; también en FIRA 1, n.35, pp.255ss.; también en K.G.BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, Aalen 1909, p.176 n.41; RUDORF, *op.cit.*, p.61 n.1 habla del SC Lutatiano, porque el cónsul de la época era Quinto Lutacio Cátulo; el documento está datado en el año 78 a C, año en que L.Sisenna administra la jurisdicción urbana y peregrina; El documento fue descubierto en el s.XVI y llegó a pertenecer a la familia Farnese. En 1939 se descubrieron tres fragmentos complementarios identificados por Carlo Pietrangeli. Un extenso trabajo monográfico sobre el documento puede consultarse en L.GALLET, *Essai sur le Sénatus-Consulte "de Asclepiade Sociisque"*, *Revue Historique de Droit Français et Etranger* (RH) 16 (1937), pp.242-293 y pp.387-425; C.PIETRANGELI, *La scoperta di nuovi frammenti del "Senatus Consultum de Asclepiade"*, *BIDR X e XI* (1948), pp.281-291. Se trata de un bronce gravado que reproduce una decisión del Senado que, como era habitual para los tratados de federación, debió exponerse en el Capitolio; fue descubierto en una excavación próxima a Roma. La versión latina está muy deteriorada, en cambio la versión griega es legible. Se trata de un tratado de federación en *formula amicorum* similar al *SC de Onesimo Pytonis f. Macedone in sociorum formulam referendo* del que habla Tito Livio en 44,16.

³⁸ Es de suponer que en la Guerra Social habían luchado al lado de Sila.

³⁹ Colega de Marco Emilio Lépido, padre del futuro triunviro del 43 a.C.

⁴⁰ GALLET, *op.cit.*, p.413 cree que se debía tratar de bienes enajenados por los *quaestores* como *agrii quaestore*.

mención del SC concreta que puedan tomar posesión de los patrimonios hereditarios, ellos y sus hijos. Finalmente el Senado ordena que los navieros puedan reintegrarse plenamente en los juicios cuyo plazo había precluido, con facultad de elegir jurisdicción, y que la autoridad se pronuncie contra las sentencias dictadas contra ellos, sus hijos o sus mujeres⁴¹. Es un documento precioso para estudiar la *i.i.r. rei publicae causa abesse*, pero evidencia la adaptación a finalidades claramente políticas⁴² de una figura del *ius honorarium* (surgida en el momento más creativo del *ius honorarium*, 1ª mitad del s.I a C).

3.- Sobre la *bonorum possessio*

La *B.P.* es una figura del *ius honorarium* que surge a partir de la promesa edictal de conceder la posesión de una posición sobre la herencia o sobre una parte indivisa de la herencia, que permitirá al beneficiario actuar en relación a los bienes materiales u otros elementos de la masa hereditaria como lo haría el heredero o coheredero del *ius civile*:

D.37.1.1-2 (Ulpiano l.39 *ad ed.*)

1. *Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt coniuncta*

2. *In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur*⁴³.

Esta posición sobre la herencia permitirá también al beneficiario adquirir la propiedad de los bienes de la herencia por transcurso de tiempo, a través de la usucapión. También le permitirá interponer el interdicto *quorum bonorum* y el interdicto *quod legatorum*⁴⁴ contra el

⁴¹ GALLET, *op.cit.*, opina que cuando el documento se refiere a la restitución del plazo para pedir una herencia, se trata de la exclusión de una prescripción extintiva conocida por el Derecho griego por la que la adición de la herencia puede llevarse a cabo durante cinco años.

⁴² De manera a como más tarde su utilizará la adopción para paliar la falta de legitimación del sucesor de un *princeps* o emperador: Julio Cesar adoptó a Octavio Augusto, y éste, a su vez, adoptó a su yerno Tiberio.

⁴³ También D.50.17.117 (Paulo, l.11 *ad ed.*): *Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet.*

⁴⁴ FV 90: *...Libro 1 de interdictis sub titulo "in eum qui legatorum nomine, non voluntate eius cui bonorum possessio data erit, possidebit". Si usu fructu legato legatarius fundum nactus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum "uti possidetis" utile hoc*

legatario que no pone a disposición los bienes objeto de legado, para computar la reducción de la *Lex Falcidia*. Con Gayo (G.4.34) y de una manera más abstracta, podemos decir que la *B.P.* coloca al *bonorum possessor* en situación de legitimación para pedir acciones reipersecutorias o acciones *in personam* de reclamación de débitos, acciones que normalmente serán concedidas con carácter de útil:

*Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio iure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse, neque id quod ei debeatur, potest intendere <dari> sibi oportere. Itaque ficto se herede intendit velut hoc modo: iudex esto. Si Aulus Agerius, id est si ipse actor, Lucio Titio heres esset, tum <si eum> fundum de quo agitur ex iure quiritium eius esse oporteret; et si certa debeatur pecunia, praeposita simili fictione heredis ita subicitur: tum si pareret numerium negidium Aulo <Agerio> sestertium X milia dare oportere*⁴⁵

Incluso el *bonorum possessor* se coloca en situación de retener legítimamente a través de la *exceptio doli* que le concederá el pretor para oponerse a la *hereditatis petitio* del heredero civil, Ulpiano 39 *ad ed. D.37.1.3.2*:

Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus; ius persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cuiusque, cum moritur, fuit.

El pretor promete la *B.P.* a los *liberi*⁴⁶, a los *legitimi*⁴⁷, a los *cognati*⁴⁸, y al marido en relación a la herencia de su mujer, o a la

nomine proponitur et "unde vi", quia non possidet, utile datur, vel tale concipiendum est: "quod de his bonis legati nomine e possides quodque uteris frueris quodque dolo malo fecisti, quominus possideres uteris frueris". En la edición de TH.MOMMSEN, *Fragmenta Vaticana. Mosaicorum et romanorum legum collatio*, recogida en *Collectio librorum iuris Anteiustiniani in usum scholarum*, P.Krüger, Th.Mommsen y W.Studemund, Vol.III, Berolini 1980 (reimpresión), se señalan variantes. Una de ellas hace referencia a la ausencia de la partícula *non* en la secuencia *non competit* para referirse a la pertenencia del interdicto *quod legatorum* del *bonorum possessor* contra el legatario de usufructo de un inmueble. En este caso estamos de acuerdo con el editor en la preferencia de *non* en la reconstrucción del texto de FV.

⁴⁵ También *Regulae Ulp.* 28.12: *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.*

⁴⁶ Los *liberi* son una categoría pretoria que comprende a los *filii familiae*, incluidos los emancipados, estos últimos a través de la *fictio suitatis*; por este motivo la mujer,

mujer en relación a la herencia de su marido⁴⁹. La *B.P.* del emancipado nace en el ámbito del *ius honorarium* y también, como la *i.i.r.*, en virtud de equidad⁵⁰. En ocasiones interesa al propio heredero instituido pedir la *B.P.*, y así obligar a la colación que deberá hacer su hermano o hermanos emancipados⁵¹; a su vez también evitará el *ius adcrendi* de estos hermanos emancipados pues puede darse el caso de que actúe el derecho de acrecimiento de los parientes consanguíneos que han solicitado la *B.P.* ante la realidad de que otro pariente del mismo *ordo* y *gradus* no haya formalizado la petición, y por tanto haya dejado vacante la cuota de participación que, en caso de haber formalizado la *agnitio* le hubiera correspondido:

aunque ella misma es *liber* de su *pater familias*, no tiene *liberi*, porque tampoco puede tener *sui*. Son *liberi* los descendientes del *pater familias* causante, en la primera generación viva de cada estirpe: D.38.15.1.2 (Modestino, l.6 *pandectarum*).

⁴⁷ Categoría pretoria que comprende a aquellos que estuvieron unidos agnaticamente al causante: *vocantur autem agnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea quae per viriles sexos personas coniungitur*.....G.3.10.

⁴⁸ D.38.10.4pr. (Modestino, l.12 *pand.*) se refiere a los grados de la cognación hasta el séptimo grado: *Non facile autem, quod ad nostrum ius attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur*. El grado más próximo excluye el grado más remoto: *Si plures gradus sint possessionis admittendae, quamdiu incertum sit, petieri, nec ne prior, posteriori diem non procedere constat* D.37.1.9 (Pomponio, l.3 *ad Sabinum*).

⁴⁹ D.38.6.1.1 (Ulpiano, l.44 *ad ed.*): *Sed successionem ab intestato in plures partes divisit; fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxores*. En el mismo título se encuentran los comentarios jurisprudenciales seleccionados por la comisión compilatoria sobre la *B.P. unde liberi ab intestato*; en D.38.7 se encuentran los comentarios a la *B.P. unde legitimi*; en D.38.8 se encuentran los comentarios a la *B.P. unde cognati*; en D.38.11 se encuentra el texto único que comenta la *B.P. unde vir et uxor*.

⁵⁰ D.37.1.6.1 (Paulo l.41 *ad ed.*) *Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis deminutionem. Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. Legum quoque tuendarum causa dat bonorum possessionem*.

⁵¹ Se trataría en este caso de la *petitio bonorum possessionis comisso per alium edictum*, vid. sobre el tema A.CABALLÉ MARTORELL, *La collatio emancipati*, Madrid 1997, pp.44ss.

D.37.1.3.9 (Ulpiano, 1.39 *ad ed.*)

In bonorum possessione sciendum est, ius esse adcrendi; proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt.

D.37.1.4 (Gayo, 1.8 *ad legem Iuliam et Papiam*)

veluti quod spreverunt ius suum aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sunt aut ante mortui sunt quam petierunt bonorum possessionem.

D.37.1.5 (Ulpiano, 1.39 *ad ed.*)

ei qui admisit, adcrenent etiam hae portiones, quae ceteris competere, si petissent bonorum possessionem.

Se puede adquirir directamente o por medio de otra persona, pero en caso de que otra persona solicite la *B.P.* en nombre del interesado, si no hay un mandato expreso, el interesado debe ratificar la petición.

D.37.1.3.7 (Ulpiano, 1.39 *ad ed.*)

Acquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat ius bonorum possessionis

El pretor otorga la *B.P.* del emancipado, incluso contra testamento y en concurrencia con *sui*, a favor de quienes el emancipado debe colacionar siempre que estos *sui* soliciten también la *B.P.* por el edicto *unde liberi comisso per alium edicto*; ello viene motivado porque quien pretende un beneficio pretorio (como es la colación) debe exigirlo desde un título pretorio⁵².

La *Bonorum possessio* debe ser solicitada al pretor (*agnitio bonorum possessionis*) aunque en ocasiones el pretor la ofrece a aquellos que se encuentran en situación prioritaria en relación al solicitante, o en situación concurrente⁵³. En este punto radica uno de los progresos de la *B.P.* honoraria en relación a la sucesión del *ius civile*: Los llamamientos siguen un *ordo*, de tal manera que agotado el

⁵² D.37.6 *De collatione bonorum*. Sobre el tema CABALLÉ MARTORELL, *op.cit.*, p.63

⁵³ D.38.9.1.6 (Ulpiano, 1.49 *ad ed.*): *Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, etsi tempora largiantur, ubi enim noluit, iam coepit ad alios pertinere bonorum possessionem, aut fiscum invitare.*

primer *ordo* se pasa al segundo, y así sucesivamente. Dos textos así lo explican:

D.37.11.2.4 (Ulpiano, 1.41 ad ed.) Rúbrica *De bonorum possessione secundum tabulas*:

Defertur bonorum possessio secundum tabulas primo gradu scriptis heredibus, mox illis non petentibus sequentibus, non solum substitutis, verum substituti quoque substitutis, et per seriem substitutos admittimus. Primo gradu autem scriptos accipere debemus omnes, qui primo loco scripti sunt: nam sicuti ad adeundam hereditatem proximi sunt, ita et ad bonorum possessionem admittendam.

D.38.15.1pr. (Modestino 1.6 *pand.*) Rúbrica *Quis ordo in possessionibus servetur*:

Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes⁵⁴, secundo legitimi⁵⁵, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor.

El plazo ordinario para solicitarla es el de 100 días a contar del fallecimiento del causante⁵⁶, pero si se trata de ascendientes o descendientes el plazo es de un año:

D.38.9.1.12 (Ulpiano, 1.49 ad ed.)

Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, quia artandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt; ideoque placuit, eis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem, neque bona diu iacerent.

D.38.9.1.16 (Ulpiano, 1.49 ad ed.)

Et generaliter ait Iulianus, ex omnibus causis liberis parentibusque intra annum bonorum possessionem competere.

El pretor en todo caso debe dictar un *decretum* a favor del solicitante o del aceptante del ofrecimiento que justifique la toma de

⁵⁴ Los *sui heredes* también son *liberi*, aunque debería añadirse a los emancipados y a los que dejaron de estar sometidos a la *patria potestas* de su padre por otra causa (D.37.4.1.6; Ulpiano, 1.39 ad ed.), y a los que sin haber estado nunca bajo la potestad del *pater familias* se encuentran en el lugar de los *sui heredes* (D.38.6.5.1; Pomponio, 1.4 ad Sab.).

⁵⁵ Aunque este punto no es pacífico en la doctrina, se suele considerar que en el régimen de las XII Tablas, a falta de *heredes sui*, los herederos agnaticios deben adquirir por *usucapio pro herede* y a falta de herederos agnaticios, los herederos gentiles deben adquirir también por *usucapio pro herede*.

⁵⁶ D.38.9.1.8 (Ulpiano, 1.49 ad ed.): *Si intra centesimum diem mortuus sit prior, statim sequens admitti potest.*

posesión (también *agnitio bonorum possessionis*)⁵⁷ de la herencia, y es a partir de ese momento que tendrá protección posesoria frente a todos, incluso frente al *heres* del *ius civile* cuando el decreto de *B.P* sea *cum re*.

4. *I.i.r. propter absentiam para realizar la agnitio bonorum possessionis cuando ya ha transcurrido el plazo*

La solicitud de *B.P.* se puede realizar a través de otra persona con capacidad procesal, especialmente un procurador, pero el pretor exige que el interesado ratifique la solicitud; el rigor pretorio se comprende al percibir que se trata de proteger a un poseedor de una *universitas iuris*, ficción del *ius civile* por excelencia, y de protegerlo como si de un heredero se tratara. Es lógico por tanto que la solicitud del procurador no tenga más efecto que la de interrumpir el cómputo del plazo establecido, pero que el procurador no pueda realizar la *agnitio bonorum possessionis* por imposibilidad de justificar que su poder de disposición sobre la masa hereditaria sea *si heres esset*: De nuevo el texto de la rúbrica *de bonorum possessionibus*

D.37.1.3.7 (Ulpiano, l.39 *ad ed.*)

*Adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante bonorum possessio mihi petita sit, tunc competet, cum ratum habuero id quod actum est. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat ius bonorum possessionis*⁵⁸.

Por la misma razón, el procurador no puede rechazar la *B.P.* deferida por el pretor:

⁵⁷ CABALLÉ MARTORELL, *op.cit.*, p.173: *La agnitio bonorum possessionis aparece, por tanto, como la simple adición a la herencia ex iure honorario.*

⁵⁸ Parece que el propio Ulpiano (l.1 *ad Sab.*) se contradice en D.37.1.7pr.-2: Ulpiano otorga validez a la *agnitio bonorum possessionis* del esclavo, del ausente, del *non petenti*, y de la mujer, con la única condición de que el pretor lo conozca, en cambio no puede el impúber *infanti proximus* o el pupilo porque su *pater familias* o tutor pueden hacerlo por ellos.

D.38.9.1.1-2 (Ulpiano, 1.49 *ad ed.*)

Unus enim quisque suam bonorum possessionem repudiare potest, alienam non potest; 2. Proinde procurator meus sine mea voluntate meam bonorum possessionem repudiare non potest

No serían por tanto las situaciones comprendidas en C.2.12(13).10 constitución del año 227 d.C. del emperador Alejandro Severo (se encuentra en sede *de procuratoribus*), en donde se excluye expresamente *i.i.r. rei publicae causa abesse* en los casos en que el ausente ha dejado procurador en Roma, exceptuando los casos en que el procurador no tiene facultades para defender los legítimos intereses de su representado; aunque el texto no lo diga es evidente que el más importante de estos casos es la solicitud de *bonorum possessio*⁵⁹.

El objeto de la *i.i.r. rei publicae causa abesse* puede consistir en fingir que un plazo no ha transcurrido para que un ausente pueda recuperar una expectativa perdida por esa causa. En muchas ocasiones la expectativa se concreta en el derecho a pedir la *B.P.* que ya hemos dicho que tiene plazo preclusivo, por lo que, transcurrido el plazo, otro pariente consanguíneo, legitimado a pedir la *B.P.* por el edicto, puede acceder a la *agnitio bonorum possessionis*⁶⁰.

⁵⁹ *Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id, quod gessit, nullum domino praeiudicium facere potuit. Quodsi plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis;* también PS1.9^a.1: *Is qui rei publicae causa afuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur*, recogido también en D.4.6.39 (Paulo 1.1 *sent.*). Para la interpretación de estos textos hay que tener en cuenta que la *i.i.r.* en el proceso cognitorio tuvo un papel distinto que en el proceso formulario, y que se utilizó sobre todo como vía procesal para la apelación; por ello el texto de Alejandro Severo (en edición de Krüger la constitución es de Antoninus (Caracalla), pero en anotación crítica se hace constar *scribi debuit imp.Alexander*) nos habla de *res iudicata*. Y en la rúbrica *de appellationibus* tanto del Digesto como del Código, pueden encontrarse textos en este sentido. Sobre la cuestión, RAGGI, *op.cit.*

⁶⁰ Una Constitución de Diocleciano y Maximiano (año 290) indica que la sentencia contra el ausente (se refiere al ausente por causa pública, y en el proceso cognitorio) no adquiere firmeza; C.7.43.7 *Ea, quae statuuntur adversus absentes non per contumaciam, scilicet denuntiationibus nequaquam ex more conventos, iudicatae rei firmitatem non obtinere certum est*. Un caso interesante es el planteado por Papiniano 1.10 *resp.* vid. SANSÓN RODRIGUEZ: *D.17.1.57, Un caso particular de rescisión en beneficio del ausente, op.cit.* p.295. En este documentado artículo la autora sostiene la existencia de una acción Publiciana rescisoria que interpondría el *venaliciarius* contra los compradores, para rescindir la adquisición de los esclavos por usucapión; en esta interpretación, estos compradores habían confiado en que sus vendedores, herederos del mandatario del *venaliciarius*, tenían *mandatum distrahendorum* como tenía su

5. D.29.2.86pr. (Papiniano l.6 resp.)

El texto del jurista Papiniano permitirá estudiar un caso de *agnitio bonorum possessionis* cuando los solicitantes son los herederos de un ausente por causa pública:

Pannonius Avitus cum in Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae “stricto iure non competit” (a) quia intra diem “aditionis” Avitus obisset. Divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere “quod et hic humanitatis gratia optinendum est” (b).

“*stricto iure non competit*” es una secuencia considerada por muchos como interpolada por la comisión compilatoria de Justiniano presidida por Triboniano

causante: *Mandatum distrahendorum servorum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. Quoniam tamen heredes eius errore lapsi non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominio causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errores aut imperitiam heredum adfici damno.* Nosotros, teniendo en cuenta la *sedes materiae* del texto en la literatura papiniana y en el propio Digesto, entendemos que la acción Publiciana de que habla Papiniano la interponen los compradores contra el *venaliciarius*, pero que el *venaliciarius* vence a los compradores con la *exceptio iusti domini* concedida por el pretor, *causa cognita*; entendemos que los compradores no han usucapido aunque pueden probar que están usucapiendo pues han comprado *ex iusta causa* (*eos (por los esclavos) ab emptoribus usucaptos videri placuit*), y aunque sus vendedores no tenían legitimación para vender, ellos actuaron de buena fe y los esclavos no eran furtivos (*...heredes eius errore lapsi non animo furandi*); entendemos también que el *venaliciarius* está protegido con una *exceptio iusti domini* que le correspondía como propietario, no por estar ausente, y que vence en el proceso porque se considera que no debe sufrir lesión ocasionada por el error (de derecho) de los herederos de su mandatario (*...oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errores aut imperitiam heredum adfici damno*). El texto tiene una variante entre el manuscrito florentino, y toda la Vulgata de manera coincidente, decisiva para la interpretación: *non utiliter/non inutiliter*; la edición de Torelli y la de Simon Van Leuwen recogen *non utiliter*. El artículo de Sansón Rodríguez está extraordinariamente documentado aportando otros textos del Digesto, los textos homólogos de Basílicas y correspondientes escolios, y toda la literatura romanística sobre la cuestión.

“*quod et hic humanitatis gratia optinendum est*” es una secuencia considerada por muchos como interpolada por la comisión compilatoria de Justiniano presidida por Triboniano⁶¹.

La secuencia *in fine: quod et hic humanitatis gratia optinendum est* es una mención que no aporta nada al razonamiento jurídico y por ello impropia de un jurista lacónico como Papiniano⁶². Pero en cambio sí es una mención más frecuente en constituciones imperiales y Papiniano está comentando una decisión de Antonino Pio (161-169) en funciones jurisdiccionales; ya hemos dicho que la *i.i.r.* es un remedio extraordinario en la jurisdicción pretoria, pero también lo es, aunque cumpliendo una función complementaria, en el proceso cognitorio⁶³ por lo que no debe descartarse que el emperador utilizara esta misma expresión cuando concedía en apelación una medida extraordinaria que no podía descansar en la aplicación del régimen jurídico establecido con carácter general. La secuencia *stricto iure non competit*, señalada entre otros por Faber, Gradenwitz y Pringsheim como justiniana es realmente una explicación adicional que no aporta nada al planteamiento de la cuestión, pues se sobreentiende, pero sin embargo es necesaria para entender la partícula *contra* de la frase siguiente, que quedaría sin sentido sin la secuencia antecedente. De acuerdo con ello, pueden mantenerse en el párrafo papiniano ambas secuencias, que romanistas importantes inmersos en la época de la crítica de interpolaciones habían tachado como justiniana.

El caso planteado es el siguiente: Un ciudadano romano, gobernador en Cilicia, fallece en aquella región durante el desempeño de su cargo. Al fallecer desconoce que había sido instituido heredero en un testamento. Panonio Avito, este es el nombre del ciudadano-gobernador, había tenido la precaución de nombrar un procurador en Roma para administrar sus intereses. Este procurador, ejercita la

⁶¹ Vid. en *Index Interpolationum* la extensa lista de romanistas que han considerado interpoladas muchas secuencias de este párrafo *principium* del texto, así como de casi todos los textos de la misma rúbrica: *de acquirenda vel amittenda hereditate* D.29.2.

⁶² Sobre el estilo de Papiniano vid. H.ANKUM., *Papiniano ¿Un jurista oscuro?*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano I, Madrid 1990, pp.33ss.

⁶³ RAGGI, *op.cit* destaca como en la época tardoclásica hay una recíproca influencia entre jurisprudencia e *ius novum*, y que la jurisprudencia generaliza decisiones singulares de los emperadores. Vid. también F.ARCARIA, *Senatus censuit*, Milano 1992, p.243 n.3.

petitio bonorum possessionis, *petitio* que no pudo ser ratificada por su representado a causa de su fallecimiento, que además había ocurrido antes de la finalización del plazo preclusivo para la ratificación, por lo que su representado, al morir, desconocía haber sido instituido heredero, y desconocía también el fallecimiento del causante. El jurista continua explicando que los herederos de Panonio Avito, con la finalidad de hacer efectiva la *petitio bonorum possessionis* del procurador de su causante, solicitan *i.i.r.* del tiempo transcurrido, motivada por la ausencia por causa pública de su causante. Papiniano, utilizando claramente el recurso de la analogía, cita un rescripto del emperador Antonino Pio en el que concede *i.i.r.* del tiempo transcurrido para realizar la *aditio* de una herencia, deferida al hijo de un ausente por causa pública que había fallecido sin poder realizarla. Se trataba de la herencia materna, deferida al hijo. Papiniano cita al jurista Maeciano en sus *libri quaestionum*.

El planteamiento del caso es evidentemente lacónico, y requiere hipótesis explicativas. En primer lugar hay que deducir la razón de que el procurador de Panonio Avito solicite el beneficio pretorio de la *bonorum possessio* en nombre de su representado, cuando éste había sido instituido heredero, y así, como heredero del *ius civile* hubiera podido realizar directamente la *aditio*. Para entenderlo hemos de analizar la cuestión desde la perspectiva del conflicto, es decir hemos de suponer la concurrencia de pretensiones con otros interesados que pueden instar vías procesales para conseguir también la herencia. Desde esta perspectiva es más fácil comprender el problema: Panonio Avito debía ser hijo *suus* del causante, y debía tener uno o más hermanos emancipados, y preteridos en el testamento. Estos hermanos emancipados debían haber instado la *bonorum possessio contra tabulas testamenti*, por el edicto *unde liberi*. Dado que el pretor protegería a estos hermanos emancipados, interesaba a Panonio Avito pedir él también la *B.P. contra tabulas testamenti* para solicitar a la vez su derecho a colación de sus hermanos emancipados. Ya hemos dicho que la colación es una figura del *ius honorarium* creada por el pretor para compensar el acceso también pretorio a la herencia paterna de los emancipados, cuyo patrimonio se había podido construir sin absorción por parte del *pater familias*⁶⁴. Otro argumento refuerza esta

⁶⁴ CABALLÉ MARTORELL, *op.cit.*, p.27: *La equiparación entre sui y emancipados puede ser jurídica pero no de hecho, ya que, mientras vive el padre, la situación*

hipótesis: ya hemos visto que la *B.P.* honoraria está concebida con acrecimiento, es decir, que si varios están en la misma situación prevista en el edicto correspondiente, y alguno no solicita la *B.P.* o repudia la deferida, hay acrecimiento en beneficio de los solicitantes. Por tanto, si el hermano o hermanos emancipado/s de Panonio Avito solicita/n la *B.P. contra tabulas testamenti*, además podría/n ejercer su derecho de acrecimiento en perjuicio del Panonio Avito, heredero instituido.

Otra cuestión es la cita papiniana al jurista Maeciano *libri quaestionum*; en el Digesto no consta ningún texto de Maeciano que plantee una cuestión análoga a la comentada por el jurista⁶⁵; sin embargo Ulpiano (D.29.2.30pr.; 1.8 *ad Sab. de acquirenda vel omittenda hereditate*) cita exactamente el supuesto que Papiniano atribuye a Maeciano:

*Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset iubere adire in provincia agentem*⁶⁶, *Divus Pius rescripsit consulibus, subvenire ei oportere mortuo filio, eo, quod reipublicae causa aberat.*

El caso planteado por Ulpiano es el siguiente: un ausente por causa pública solicita *i.i.r.* para poder aceptar o materializar la *aditio* de la herencia en la que su hijo premuerto (lógicamente *in potestate*) había sido instituido; la analogía con el supuesto papiniano del que venimos hablando se da en dos aspectos: 1) la finalidad de la *i.i.r.* es que el pretor ordene la ficción de que el plazo para adir o solicitar la *B.P.* no ha transcurrido; 2) solicita la *i.i.r.* un heredero de aquel que debía haber realizado la *aditio* o la solicitud (la falta de solicitud es consecuencia de que quien debía haber autorizado la *aditio* estaba

patrimonial de unos y otros es radicalmente distinta. En consecuencia una aplicación a ciegas de los edictos de bonorum possessione contra tabulas y unde liberi daría lugar a un injusto agravio: al concurrir conjuntamente en la herencia paterna los sui y los emancipados, éstos, participan de las adquisiciones de aquellos, adquisiciones que, al revertir en beneficio del paterfamilias, ahora integran el acervo hereditario, en tanto que los sui herederos no participan de las adquisiciones de sus hermanos emancipados. El pretor, en aras de la equidad, permitió a los sui herederos participar del patrimonio de los emancipados dando vida a la institución de la collatio emancipati, que supuso la natural culminación de la bonorum possessio contra tabulas y de la bonorum possessio intestati en la clase unde liberi.

⁶⁵ Vid. *Palingenesia iuris civilis* I pp.575ss.

⁶⁶ Haloandro enmienda por *agens*

ausente, pero ello no es la causa directa, pues el solicitante es heredero y estaba ausente, mientras que en el caso de Papiniano los que realizan la solicitud son herederos del ausente). En la época de Ulpiano y Papiniano la concesión de *i.i.r.* ya no es pretoria, sino que ya es directamente imperial, concretamente de Antonino Pio (138-161); sabemos que en el s.II, especialmente los emperadores posteriores a Adriano (117-138), comparten con el pretor la utilización del remedio de la *i.i.r.* para decidir en equidad.

Pues bien, en nuestro texto apreciamos como el jurista Papiniano opina favorablemente a la concesión de *i.i.r.* a los herederos de un ausente por causa pública, para que puedan ratificar la solicitud de *B.P.* de una herencia deferida a su causante, solicitud realizada por el procurador de su causante, aunque el fallecimiento de su causante hubiera tenido el efecto de finalizar el plazo para ratificar. Así puede verse que lo que pretenden los herederos de Panonio Avito es sucederle en su derecho/obligación a través de la ficción de que el plazo de ratificación no ha finalizado. Un texto de Juliano ayuda a entender la opinión de Papiniano:

D.37.4.5 (Juliano, l.24 *dig.*)

Sed et si decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum praetorem decernere heredibus eorum saluum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas vel contra tabulas.

Papiniano plantea la dificultad de conceder *i.i.r.* por ausencia a herederos del ausente, y por ello, no considera suficiente citar la equidad como argumento que sustente su opinión, sino que apoya su decisión en un rescripto de Antonino Pio. Aun así, en época de Papiniano la posibilidad de que los herederos de un ausente soliciten la *i.i.r.* como si del ausente se tratara, estaba ya asentada; encontramos una disposición, muy probablemente un rescripto, del año 197 (Septimio Severo y Antonino Caracalla) que otorgan *i.i.r.* a los herederos de un militar llamado Valeriano, para que pudieran realizar la *agnitio bonorum possessionis* de una herencia, en las mismas condiciones que la hubiera podido realizar Valeriano, si no hubiera fallecido:

C.2.50(51).1

Si Valerianus, centurio cohortes duodecimae Alpinorum, ante vita decessit, quam possessionem acciperet, heres eius ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si

*Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est*⁶⁷.

Aunque no es una situación análoga, pues se enmarca mejor en los privilegios a los militares y a los gobernadores de provincias, puede recordarse que el propio Adriano en el año 119 había concedido a los hijos de los militares nacidos al margen del *iustum matrimonium* la posibilidad de ejercer la *petitio bonorum possessionis unde liberi*⁶⁸.

Volviendo a nuestro texto de Papiniano, hemos de plantear cual podía ser la materialización de la *i.i.r. rei publicae causa abesse* que permitiera realizar la *agnitio bonorum possessionis* una vez transcurrido el año legalmente previsto como plazo preclusivo; el pretor en ningún caso concede *i.i.r.* sin previa *causae cognitio*; recordemos la mención edictal *cum is metus aut sine dolo malo rei publicae causa abesset*⁶⁹ y téngase en cuenta que difícilmente el pretor podrá hacer estas comprobaciones sin haber examinado la causa planteada. Esta *causae cognitio* no necesariamente debe dar lugar a una decisión decretal singular, al menos en la jurisdicción honoraria, sino que puede quedar incluida como cláusula añadida a la fórmula de la *datio bonorum possessionis* que conformará la *agnitio bonorum possessionis*⁷⁰.

La *datio bonorum possessionis* y la consiguiente *agnitio bonorum possessionis* permiten al *bonorum possessor* pedir acciones para reclamar créditos de la herencia,

Si As As L.Titio heres esset, tum si pareret Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia dare oportere, iudex NmNm Ao Ao et rel..

Permite también al *bonorum possessor* pedir la inclusión de excepciones en procesos en que la fórmula pretende reclamar créditos contra la herencia; también, en caso de que hayan bienes corporales en la masa hereditaria, la *datio bonorum possessionis* permitirá al *bonorum possessor* instar el interdicto *quorum bonorum* contra el poseedor efectivo de los bienes hereditarios; este interdicto

⁶⁷ También C.2.52(53). 2 (año 238) emperador Gordiano, y otras constituciones de la misma rúbrica.

⁶⁸ Probablemente un edicto. Se encuentra recogido en FIRA I, n.78 p.428, y en BRUNS, *op.cit.*, p.421.

⁶⁹ De acuerdo con la reconstrucción de RUDORF, *op.cit.*, p.20 y la reconstrucción de LENEL, *op.cit.*, p.60

⁷⁰ CABALLÉ MARTORELL, *op.cit.*, p.173

ordinariamente incluye la cláusula *si nihil usucaptum esset*⁷¹, pero en el caso de *i.i.r. rei publicae causa abesse*, el interdicto debía contener la cláusula contraria: *rescissa usucapionem*.

El *bonorum possessor* también puede pedir la acción reivindicatoria con clausula ficticia de que es heredero: *si heres esset*

*Si As As L.Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret, si ea res arbitrio iudicis Ao Ao non restituetur, quanti ea res erit, et rel....*⁷²

Por ello, podemos decir que esta *i.i.r.* se materializará, en su caso, a través de una cláusula variante en la fórmula del interdicto que incluirá la ficción de que no ha ocurrido la usucapión, o en la fórmula de la acción reivindicatoria o de la *condictio certae creditae pecuniae*, que incluirá la ficción *si heres esset*.

Lenel se ocupa especialmente de la materialización formularia de la *i.i.r.* por ausencia cuando ésta se refiere a supuestos en los que el beneficiario ha perdido una cosa porque otro la ha usucapido: la *i.i.r.* se concretará en la cláusula introducida en la fórmula reivindicatoria *rescissa usucapionem*⁷³; en los supuestos de *i.i.r.* en los que el beneficiario pretende que se tenga por no transcurrido un plazo efectivamente transcurrido, la materialización de esta restitución debe adaptarse a la finalidad perseguida, y por ello la ficción honoraria se incluirá como cláusula en la fórmula correspondiente, que en nuestro caso será la *datio bonorum possessionis*.

El texto de Papiniano que comentamos no supone una excepción al régimen del derecho clásico por el que no se daba sucesión en la facultad de tomar la herencia⁷⁴. En el Derecho clásico la posibilidad de realizar la *aditio hereditatis* no era un elemento patrimonial transmisible *mortis causa*, pero este caso no es una excepción al

⁷¹ Toda la rúbrica de D.43.2: *Quorum bonorum*.

⁷² Para la reconstrucción de estas fórmulas, de acuerdo con Lenel vid. A.R.MARTÍN MINGUIJÓN, *Acciones ficticias y acciones adyecticias. Fórmulas*, Madrid 2001, p.55; vid también F.MERCOGIANO, *Actiones ficticiae. Tipologia e datazione*, Napoli 2001, y L.DI LELLA, *Formulae ficticiae: contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984.

⁷³ LENEL, *op.cit.*, p.121 con n.17

⁷⁴ Recordemos D.37.1.3.7 (Ulpiano, l.39 *ad ed.*) ... *denique si ante decessero quam ratum habeas, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui neque heres meus ratum habere potest, cum ad eum non transeat ius bonorum possessionis*.

régimen general pues la *i.i.r.* concedida a los herederos del ausente por causa pública para que puedan ratificar la *petitio bonorum possessionis* pretende que éstos realicen aquello que hubiera realizado el ausente, y además que lo realicen en su nombre: *ex persona defuncti*⁷⁵.

En conclusión puede decirse que en el texto papiniano que comentamos no hay una sucesión hereditaria al derecho a solicitar *i.i.r.* sino una doble ficción: 1) con la *i.i.r.* se finge que quien realiza la *agnitio bonorum possessionis* es el ausente, 2) con la *i.i.r.* se finge que no ha transcurrido un lapso de tiempo efectivamente transcurrido. Ello se concretará en la acción o el interdicto correspondiente, otorgado con carácter de útil, dado que la fórmula añadirá la cláusula por la que deba fingirse que el tiempo transcurrido efectivamente, no ha transcurrido. Incluso los emperadores Diocleciano y Maximiano, en una constitución incluida en el Código (C.2.53(54).5 año 294) deciden por rescripto proteger con excepciones para oponerse a la usucapión alegada, a uno que había retornado del cautiverio y había conseguido la sucesión de los bienes paternos por el beneficio de la *Lex Cornelia*. Observemos en el texto que el emperador asimila el beneficio de la *Lex Cornelia* a la acción útil que se da a los beneficiarios de *i.i.r.*:

Si ab hostibus cum patre ac matre captus, post his ibi defunctis, legis Corneliae beneficio reversus successiones eorum quaesisti, exemplo utilis actionis, quae in integrum restituta datur, cum exceptionis annuae quae huic obici solet, obiectu res vindicare non prohiberis

Efectivamente en virtud de la *Lex Cornelia* debe entenderse que un *factum* natural como es un fallecimiento ha ocurrido antes de lo efectivamente ocurrido. Esta ficción se plasmará adaptada a cada caso. En la constitución de Diocleciano y Maximiano el hijo que recobra el *status libertatis*, por *ius postlimini*, automáticamente puede recuperar la herencia de sus padres que fallecieron en esclavitud, pero para utilizar una excepción procesal necesitará una ficción de no transcurso del plazo preclusivo de un año. En este caso el pretor, o el juez-funcionario de la *cognitio extra ordinem*, necesitan una base legal para conceder la excepción, y esta base Diocleciano y

⁷⁵ En contra D'ORS, *Derecho Privado Romano*, *op.cit.* pp.301-302, parágrafo 238, en donde cita el texto como una de los dos casos que contienen una excepción al régimen del derecho clásico de intransmisibilidad del derecho a aceptar la herencia.

Maximiano la toman de la *Lex Cornelia* que permite fingir que el fallecimiento de los causantes ocurrió antes de caer en esclavitud, y en consecuencia fallecieron con *testamentifactio*, y que permitirá a la vez, en virtud de *i.i.r. rei publicae causa abesse*, tener por no transcurrido el plazo preclusivo.