

CUESTIONES DELICTIVAS EN TORNO A LA “*HEREDITAS PERSONA*”: “*FURTUM*” E “*INIURIA*” EN LA GÉNESIS DE LA TEORÍA JULIANEA DE LA PERSONALIDAD¹

ALFONSO CASTRO
Universidad Hispalense

1. *FURTUM Y HEREDITAS*²

He dicho en otro lugar³ y se ha dicho siempre, no sólo por mí⁴, evidentemente, sino por la generalidad de la doctrina⁵, dada su nítida indudabilidad, que los despojos producidos en la yacencia hereditaria no son calificados como hurto. Tal consideración se deriva primigeniamente para los intérpretes modernos, o al menos suele representarse de forma emblemática, a través de un texto célebre, repetidamente citado al tratar de este asunto:

D. 47, 19, 6 (Paul. 1 ad. Nerat.): *rei hereditariae furtum non fit*.

Las justificaciones de tal principio han sido muchas⁶: he intentado responder a esta cuestión con un cierto matiz renovador y sin obviar evidentemente las ante-

¹ Este trabajo viene a completar, muy pormenorizadamente, un acercamiento previo, necesariamente sintético, dado su origen en una constreñida exposición oral en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, celebrado en León en febrero de 1997. El texto puede hallarse bajo el título de *Aspectos procesales de la yacencia hereditaria*, en las Actas correspondientes, pp. 79-85.

² Sobre esto vid. en concreto *ibidem*, p. 80.

³ *Ibidem*.

⁴ CASTRO, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica* (Sevilla, 1998), p. 107 y ss., entre otros.

⁵ Vid., entre otros muchos, los estudios específicos de THOMAS, “*Rei hereditariae furtum non fit*”, TI, 36 (1968), p. 489 y ss.; MACCORMACK, “*Usucapio pro herede*”, “*res hereditariae*” and “*furtum*”, RIDA, 25 (1978), p. 293 y ss.

⁶ Hay un resumen de ellas en CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 107 y ss.

riores lecturas fundamentales⁷, y no es éste el lugar idóneo para repetir por extenso lo en otras sedes expuesto⁸; bastará con recordar aquí, porque interesa a mi argumentación posterior sobre el tema del hurto en la yacencia, que el fundamento *básico* de tal realidad jurídica es necesariamente –y como ocurre con la *usucapio pro herede*– de naturaleza posesoria: los bienes hereditarios, en virtud de la *derelictio maxima* que supone la muerte de su dueño, son de naturaleza ocupable por cualquiera y es su peculiar importancia social la que obliga al complemento de la *usucapio*, como ocurre *inter vivos* con los bienes mancipables⁹, para la obtención sobre ellos del título jurídico. En sentido estrictamente posesorio, la *usucapio pro herede* es una *usucapio pro derelicto*¹⁰.

Ahora, sin embargo, me gustaría ocuparme del tema desde otra óptica, que no pretende penetrar directamente en la médula del tema –tratado ya suficientemente–, sino de uno de sus ángulos más preteridos y por ello sugerentes. De entrada, y aunque la cuestión no puede resumirse en una simple pregunta, quizás convenga plantearla con ella. ¿Excluye el hecho de la no consideración de hurto de los despojos hereditarios la presencia del *furtum* en el ámbito de la yacencia? Ciertamente, las fuentes consignan una serie de excepciones a ese principio general, que ya tuve la oportunidad de enumerar en otra ocasión¹¹, y lo más significativo

⁷ Sobre la herencia yacente, vid. básicamente IHERING, *Die lehre von der "hereditas iacens"*, *Abhandlungen aus dem römischen Recht* (Lipsia, 1844); DUSI, *L'eredità giacente nel diritto romano e moderno* (Torino, 1891); FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, II* (Napoli, 1900-1902), p. 3 y ss.; SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, *Annali Palermo*, VII (1921), p. 3 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni. Parte generale* (1930, Milano, 1972), p. 253 y ss.; D'AMIA, *L'eredità giacente. Note di diritto romano, comune e odierno* (Milano, 1937); RADAELLI, *La eredità giacente* (Milano, 1950); BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano, 1954), p. 299 y ss.; FUENTESECA, *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto de la "hereditas iacens"*, *AHDE*, 26 (1956), p. 243 y ss.; GIOFFREDI, *Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente*, *Studi Zanobini*, V (Milano, 1965), p. 287 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano, 1. Introduzione. Parte generale* (Milano, 1967), 2ª ed., p. 516 y ss.; VON LÜBTOW, *Betrachtungen zur "hereditas iacens"*, *Studi Grosso*, 2 (Torino, 1968), p. 583 y ss.; ROBBE, *La "hereditas iacet" e il significato della "hereditas" in diritto romano* (Milano, 1975); ORESTANO, *"Hereditas nondum adita"*, *IVRA*, 33 (1982), p. 1 y ss.

⁸ CASTRO, *La posesión y los mecanismos "causales" de adquisición de la propiedad*, *Apollinaris*, 71 (1998), pp. 257 y ss., en concreto 283 y ss.; *idem*, *Aproximación a la "usucapio pro herede"*, *RIDA*, 45 (1998), pp. 143 y ss., en concreto 179 y ss., 183 y ss.

⁹ Sobre la arquitectura del sistema romano de adquisición de la propiedad, la compensación entre medios originarios y derivativos y el tratamiento correlativo que se da en unos y otros a los bienes mancipables vid. *idem*, *D. 41, 7, 2: reflexiones sobre la "traditio in incertam personam" y otras precisiones sobre la "occupatio"*, en *Familia y derechos reales en la romanística española 1940-2000. Actas de las II Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Huelva, 24-25 de marzo de 1999 (Huelva, 2000), *passim*.

¹⁰ *Ídem*, *La posesión y los mecanismos "causales"*, *cit.*, pp. 283-285, especialmente 284; *idem*, *Aproximación a la "usucapio pro herede"*, *cit.*, p. 179 y ss.; *idem*, *Aproximación a la "usucapio pro herede" (2). Una hipótesis*, *RIDA*, 46 (1999), & 6, en prensa.

¹¹ *Ídem*, *La herencia yacente*, *cit.*, pp. 108-109.

de ello es que, en la enunciación de las mismas, resulta fundamental la actividad consultora de Juliano, jurista que, como ya he destacado hasta la saciedad, y antes que yo quizás la máxima autoridad contemporánea sobre derecho sucesorio¹², resulta fundamental para el enriquecimiento y fijación definitiva del sistema jurisprudencial de la herencia yacente, con la elaboración de la teoría de la *hereditas persona*. Tales excepciones son las siguientes:

i) Marcelo, citando a Juliano, considera hurto la sustracción durante el lapso de yacencia del objeto pignorado o dado en comodato por el difunto¹³.

ii) Escévola alude, por su parte, al hurto que se comete *hereditate iacente* cuando se sustrae un bien hereditario que se ha dado en usufructo¹⁴.

Para estos supuestos, Marcelo, aludiendo de nuevo a la autoridad de Juliano¹⁵ -la máxima en ámbito de yacencia-, sostiene la atribución de la correspondiente *actio furti* al heredero una vez se produzca la adición hereditaria¹⁶, lo que tiene el significativo valor de asemejar el tratamiento jurisprudencial/pretorio del *furtum* al del resto de *delicta* que puedan cometerse en el ámbito de la yacencia.

D. 47, 2, 71 (Marcell. 8 dig.): *His enim casibus putabat hereditariarum rerum fieri furtum et usucapionem impediri ideircoque heredi quoque actionem furti competere posse.*

Quizás no sea casual que los tres testimonios textuales referidos a tema tan delicado sean de tres de los cuatro juristas que, por su talento y sapiencia excepcionales, acometieron en época imperial la empresa difícilísima de componer *digesta*¹⁷, la más costosa entre las diversas modalidades literarias jurisprudenciales¹⁸ y que el único del que no tenemos constancia sea precisamente Celso, que escribió los suyos antes de la codificación del Edicto¹⁹, ordenada por Adriano²⁰. A partir de Juliano, sobre todo, que inició seguramente la redac-

¹² VOGLI, *op. cit.*, naturalmente, p. 516 y ss.

¹³ D. 47, 2, 69.

¹⁴ D. 47, 2, 70.

¹⁵ No lo hace el fragmento de Marcelo de forma expresa, pero es fácilmente deducible por dos razones: significativamente, los compiladores justinianos utilizan otra vez un texto del *libro 8 digestorum* de Marcelo, y es evidente el carácter modélico de los 90 *libri* de *digesta* de Juliano, en los que presumiblemente se basa; junto a ello, el propio tenor del texto contenido en D. 47, 2, 69 y la redacción que caracteriza a estos dos y al fragmento intermedio de Escévola, permiten atribuir la apoyatura de Marcelo en un texto anterior de Juliano, que sí es expresamente citado en el primero como fuente por el propio Marcelo.

¹⁶ D. 47, 2, 71.

¹⁷ Que fueron sólo cuatro lo pone ya de manifiesto CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea* (Madrid, 1996, trad. Gutiérrez Masson), p. 78.

¹⁸ Sobre ellas vid., entre otros, ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano* (Madrid, 1980, trad. Pelsmaeker), p. 330 y ss.; BRETONE, *Storia del diritto romano* (Roma-Bari, 1991), 4ª ed., p. 275 y ss.; CANNATA, *op. cit.*, p. 73 y ss.

¹⁹ La datación más probable para su *digesta* es la dada por ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 345: años 121-130.

²⁰ Como se sabe, negada con agudeza -pero quizás no suficientemente refutada- por GUARINO

ción de su monumental obra de *digesta* inmediatamente después del encargo codificadorio adrianeo²¹, a cuyo orden sistemático se ciñó (no en vano había sido definitivamente trabado por él, unificando la tradición pretoria de edictos translaticios), los *libri digestorum* se convirtieron en la sede literaria más apropiada para conjugar la vertiente casuística tan cara al jurista romano –de la que se extraían directamente los principios jurídicos– con una exposición sistemática perfectamente coherente²²: la suministrada por el propio orden edictal, completado por un apéndice de comentario legal²³. En la obra de Marcelo, que se inspira en el modelo juliano, aunque en modo alguno siga dócilmente sus opiniones al modo de un Africano, esto se advierte paradigmáticamente²⁴. En tales obras y gracias a juristas de esa talla²⁵, es comprensible que hallen acogida expedientes genéricos, auténticas teorías jurisprudenciales de alcance general, como éstas de la retroactividad de la adición y de la personalidad del causante congelada en la herencia. En estos tres casos de *furtum*, en concreto, como ocurre con los delitos y supuestos enumerados²⁶ y explicados²⁷ en otro trabajo, viene a aplicarse la teoría sabiniana de la retroactividad de la aceptación para permitirle al *heres* el ejercicio de la oportuna vía procesal. La consecuencia de tal ejercicio era obvia: la *usucapio pro herede*, no impedida *ab initio* al no necesitarse la buena fe del poseedor usucapiente²⁸, quedaba amenazada drásticamente²⁹. El uso de la ficción³⁰

en *La pretesa codificazione dell' editto*, en *Studi Albertario*, 1 (Milano, 1952), p. 623 y ss., y *La formazione dell' editto perpetuo*, ANRW, 2.13 (1980), p. 62 y ss., incluidos en *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell' età del principato romano* (Napoli, 1983), respectivamente p. 265 y ss. y p. 321 y ss., y en “*De albo corrupto*”, *Index*, 18 (1990), p. 275 y ss. y *L' editto in casa cupiello, Labeo*, 36 (1990), p. 50 y ss.

²¹ ARANGIO-RUIZ, op. cit., pp. 345-346.

²² El contenido de los *digesta* está espléndidamente explicado por CANNATA, op. cit., pp. 77-78.

²³ Vid. *ibídem*, p. 77, n. 158.

²⁴ ARANGIO-RUIZ, op. cit., p. 350.

²⁵ Casi indiscutida la posición hegemónica y central de la obra de Juliano en la literatura jurídica postlabeoniana, para la época postjuliana CANNATA, op. cit., p. 72, destaca especialmente la figura de Marcelo, mientras ARANGIO-RUIZ, op. cit., p. 350, se decanta claramente por la de Escévolá.

²⁶ Vid. CASTRO, *Aspectos*, cit., pp. 80-82.

²⁷ Vid. *ibídem*, pp. 82-85.

²⁸ Hasta la reforma adrianea, que ya la exige; tal se deduce de Gai. 2, 57.

²⁹ Suponía la escenificación de un *animus possidendi* contrario al del usucapiente, pero en época clásica no implicaba la efectiva interrupción (*usurpatio*) de la usucapición el hecho de la *litis contestatio*, en lo que Paulo (54 *ad edictum*) es meridianamente claro; cfr. D. 41, 4, 2, 21. Se hacía necesaria la efectiva aprehensión provocada por el resultado de la sentencia o de cualquier otra incidencia procesal. Cuestión distinta es que se solicitase la estimación, lo que mudaría la causa de la posesión para el que hubiera pagado, según nos relata en el mismo fragmento, fundándose Paulo en una opinión de Juliano. Cambia, no obstante, con respecto a la *litis contestatio*, la situación en época justiniana, para lo que vid. C. 7, 40, 2.

³⁰ De ficción –y jurisprudencial– se trata sin duda. Sobre la polémica en torno a la naturaleza de estos expedientes en la yacencia y la existencia o no de ficciones jurisprudenciales, con mi

permitía tal enfoque: en el *presente* la *hereditas* representa ante el mundo a quien, a la postre, vendrá a *dominarla*; en el *futuro*, el heredero espera para ejercitar la acción.

Más significativo es aún, si cabe, el aspecto posesorio que encierra la triple excepción: como he expuesto al inicio de estas páginas, la *usucapio lucrativa* se fundamenta en la *derelictio maxima* que supone la muerte del causante, permitiendo la *occupatio* de los bienes por cualquiera. No es lo que ocurre en estos supuestos en los que excepcionalmente se habla de hurto en la yacencia; en ellos, no hay tal ocupación, sino una entrega por parte del *de cuius* antes de serlo: no existe *causa pro derelicto* y la *usucapio pro herede* se fundamenta, en su base posesoria, necesariamente en ella. Del tenor de los tres textos citados, y específicamente de los dos primeros, se deduce que el hurto podía cometerse tanto por los beneficiarios por el causante con la entrega del objeto hurtado –comodatario, acreedor pignoraticio y usufructuario–, ante la negativa de cualquiera de ellos a devolverlo en el plazo convenido legítimamente, como por cualquier tercero que lo hurtase a éstos³¹, pero en ninguna de las dos posibilidades y para ninguna de las tres excepciones hay abandono, ni ocupación, ni posibilidad de usucapir *pro herede*; se trata de una *contractatio rei* que funciona como elemento corporal del hurto, que directa o indirectamente perjudica los intereses –y en el caso de comodato y usufructo la posesión misma– del trinomio causante/herencia/heredero. En estos tres casos *especiales* de hurto de herencia es el *heres*, naturalmente, de tal tríptico de referencias de la yacencia, quien viene legitimado para el ejercicio de la acción penal (cuando corresponda), aunque conviene distinguir aquellos casos en los que es de entrada el único legitimado de aquellos otros en los que no:

i) en caso de que sean los comodatarios o usufructuarios las víctimas *interpuestas* y no los ladrones, siendo el *furtum* un delito contra la posesión, es el heredero, en principio, y no los eventuales comodatarios o usufructuarios, que son simples detentadores, en puridad la víctima del hurto, pero la *actio furti* se concede a *cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit*³² y ello significa que quien detenta la cosa en virtud de una relación contractual donde media responsabilidad por custo-

particular visión y el aporte crítico de la bibliografía pertinente, vid. CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 143 y ss.; *idem*, *Ficción jurídica y “usucapio pro herede” en la yacencia hereditaria*, en *Problemática del Derecho romano ante la implantación de los nuevos planes de estudio. Actas de las I Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 21-22 de noviembre de 1997 (Jaén, 1999), p. 163 y ss.; *idem*, *Sulla “fictio iuris”*, LABEO, 45 (1999), p. 486 y ss., recensión a BIANCHI, “*Fictio iuris*”. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all’epoca augustea* (Padova, 1997), en cuyas 1172 notas a pie de página se recogen exhaustivamente las aportaciones al tema de más de 520 autores.

³¹ El texto que sigue (D. 47, 2, 72) se ocupa, desde luego, sólo del supuesto de hurto de quien recibió la cosa del causante (en concreto del comodatario), pero nada impide conceptualmente el despojo a éste (y también al usufructuario; el caso del acreedor pignoraticio es distinto, como se verá) por un tercero, que iniciaría la *usucapio pro herede* en el ámbito de la yacencia, con la consiguiente reacción procesal, tras la *aditio*, del heredero.

³² Gai. 3, 203.

dia³³ –como ocurre en el comodato³⁴– puede ejercitar la acción del hurto si es solvente, dejándole al propietario (en este caso el *heres*) tal ejercicio en caso contrario, dado que no puede obtener de ellos la indemnización por la pérdida del objeto³⁵.

ii) en caso de que los ladrones sean comodatario o usufructuario –supuesto en que parece pensar primigeniamente toda esta conjunción de textos– el único legitimado para ejercitar la acción furtiva es el heredero, una vez producida la adición

El matiz de posibilidad que encierra la redacción de Marcelo, y que sin duda refleja el que debía tener el texto-fuente de Juliano, claramente reflejado en el uso del verbo “*posse*”, haría referencia preferentemente al caso del *pignus*, donde el deudor pignorante –en este caso el causante– carecía de la posesión, que mantenía el acreedor pignoraticio: en tal supuesto, si el ladrón era un tercero, la acción del hurto correspondería en principio a este último³⁶ –el acreedor– y no al heredero, dependiendo de las circunstancias posesorias –aleatorias por tanto: impredecibles– del caso en cuestión. Naturalmente, cabría tal acción para el *heres* en caso de que la deuda garantizada con el objeto –en cierta forma– de la herencia yacente hubiese sido saldada a tiempo y satisfactoriamente por el causante, el *servus hereditarius* o equivalente –administrador, curador o gestor de los negocios hereditarios–, o el propio heredero, negándose el acreedor pignoraticio a devolver la cosa pignorada (*furtum pignoris*). De hecho, en el texto que sigue³⁷, se nos recoge un fragmento de Javoleno –maestro precisamente de Juliano– que trata, también, del *furtum usus* del comodatario de una cosa de la herencia³⁸ y de la lógica legitimación del heredero para dirigirle la reclamación penal³⁹.

Es, pues, el *heres* la víctima por excelencia en cualquiera de los dos casos (y de modo evidente y único en el segundo), y lo es porque, hasta cierto punto, la herencia viene a detentar ficticiamente la posesión para el heredero⁴⁰, facultándolo

³³ Ello excluye al depósito (Gai. 3, 207); sobre esto –y el texto gayano– vid. recientemente CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen del depósito romano y su evolución posterior en derecho español* (Sevilla, 2000).

³⁴ Sobre la calificación contractual del comodato vid. por todos D’ORS, “*Creditum*” y “*contractus*”, AHDE, 26 (1956), p. 183 y ss.; me he pronunciado al respecto en CASTRO, *Consensualidad, naturaleza y régimen*, cit.

³⁵ Cfr. Gai. 3, 204-206, especialmente este último.

³⁶ Gai. 3, 204.

³⁷ D. 47, 2, 72.

³⁸ Y que los compiladores han extraído significativamente de su comentario a Casio, cofundador de la escuela sabiniana a la que Javoleno y Juliano se adscriben y que, cada uno a su tiempo, llegaron a dirigir, y seguramente el primer jurista que conscientemente elaboró la teoría de la retroactividad –intuida quizás por Labeón: D. 22, 2, 9–, como se aprecia en su célebre polémica con Próculo, que Gayo nos refiere en D. 45, 3, 28, 4. Vid., sobre la paternidad posible de este expediente, CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 186 y ss. y n. 491.

³⁹ Vid., en cualquier caso, sobre estas manifestaciones especiales del delito, el todavía útil PAMPALONI, *Furto di possesso e furto d’uso*. Studi sopra il delitto di hurto (Torino, 1894).

⁴⁰ CASTRO, *Aproximación posesoria al concepto y estructura de la “hereditas”*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 91 (1998-1999), pp. 111 y ss., concretamente 134-135.

para continuar la posesión que sobre los tales objetos tenía el causante: incapaz de ningún hervor volitivo, negada pues *ónticamente* para el *animus* y en consecuencia para toda *possessio* que no venga *humanizada* en la aprehensión efectiva –de algún modo *para ella*– del *servus hereditarius*⁴¹, en cambio puede detentarse por/en la herencia en cierta forma para el heredero la posesión de los bienes que poseyó el causante, y esto *quizás* con independencia de la actividad posesoria *autónoma* del esclavo, siempre que el heredero vaya a continuar la posesión de bienes que ya fueron tenidos por el causante. No es esto más que la aplicación en el estricto terreno fáctico de la teoría juliana de la personalidad, que viene a cosificar la *possessio* del *de cuius* en el presente de la yacencia, y de la teoría casiana de la retroactividad, que viene a asegurarle al *heres* ficticiamente desde la delación la posesión en el presente de la *aditio*.

Queda, no obstante, quizás la alusión a un texto de Ulpiano en el que se habla de hurto en la yacencia, aunque sea para descalificar tal consideración y, sin embargo, conceder al *heres* una acción para reprimir el expolio, texto, por cierto, éste, al que la doctrina ha dedicado cierta atención⁴² y que, no muy lejanamente, constituyó uno de los “sette temi particolari”⁴³ de la agria polémica que enfrentó a Mario Talamanca y Mario Bretone en los primeros años de la década de los 90, a raíz de la crítica del primero⁴⁴ a la obra quizás mayor del segundo⁴⁵ y la posterior réplica de éste⁴⁶, contestada a su vez en una extensa nota⁴⁷. No es éste el momento de referir los detalles del duelo dialéctico entre ambos maestros italianos⁴⁸ (si bien no podía por menos que aludir a él, aunque rebase el objeto de estas páginas), ni siquiera tampoco el de tomar partido al respecto de los extremos del

⁴¹ Es crucial de nuevo el juicio de Juliano; cfr. D. 44, 7, 16. Vid. sobre las actividades posesorias del *servus hereditarius*, *ídem*, La herencia yacente, *cit.*, p. 81 y ss., y *Aproximación posesoria*, *cit.*, pp. 121 y ss., 133 y ss. En vías de publicación está todavía el esperado DUPLÁ, *Servus hereditarius civiles acquisitiones alienationesve* (1995).

⁴² Entre otros, cfr. PAMPALONI, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti utiles)*, en *Studi senesi*, 17 (1900), p. 169 y ss.; DI MARZO, *op. cit.*, p. 64 y ss.; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und der Personem im klassischen römischen Recht*, I (Berlín, 1918), p. 471 y n. 4; BONFANTE, *op. cit.*, p. 220; VOGLI, *op. cit.*, p. 550 y ss.

⁴³ BREONE, *A dritta e a manca, Labeo*, 39 (1993), p. 46.

⁴⁴ TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, BIDR, 91 (1988), p. 745 y ss.

⁴⁵ BREONE, *Storia*, *cit.*; sobre su importancia, vid. Coincido con lo expuesto en la recensión de PARICIO en *Supl. SCDR* (1991-1992), pp. 54-55, a su 5ª ed. (Bari, 1991).

⁴⁶ BREONE, *A dritta e a manca*, *cit.*, p. 42 y ss.

⁴⁷ TALAMANCA, *La polemica e l' "ignoratio elenchi"*, BIDR, 94-95 (1991-1992, public. 1994), p. 484 y ss.

⁴⁸ Con reenvíos sucesivos por parte de uno y otro a diversas obras de ambos; así, básicamente, con respecto a BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli, 1982), 2ª ed. y *Storia*, *cit.*; con respecto a TALAMANCA *Istituzioni di diritto romano* (Milano, 1990) y *La tipicità dei contratti romani fra "conventio" e "stipulatio" fino Labeone*, en AA.VV., *Contractus e pactum. Tipicità e libertà neoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, 1990), p. 51 y ss., entre otras muchas.

mismo relativos al mencionado fragmento⁴⁹, pues mi interés no es el análisis *en* sino a través del texto, para apurar algunas conclusiones acerca de la importancia del hurto –y en general de los *delicta*– en la configuración del sistema jurisprudencial de la herencia yacente, referirme a la importancia del elemento posesorio en la configuración jurídica de la teoría jurisprudencial del expolio de herencia –como he hecho en los tres casos anteriores–, así como evaluar el *iter* de la relación entre herencia y personalidad/personificación jurídica a la luz de un muy concreto caso de *cuasifurtum*. Me limitaré, tan sólo, por ello, a sugerir algunas consideraciones sobre el mencionado pasaje de Ulpiano *ad edictum* y los que, extraídos de la misma fuente, lo siguen y completan:

D. 47, 4, 1 pr. (Ulp. 38 ed.): *Si dolo malo eius, qui liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem in bonis, quae eius fuerunt, qui eum liberum esse iusserit, factum esse dicitur, quo minus ex his bonis ad heredem aliquid perveniret: in eum intra annum utilem dupli iudicium datur.*

Los extremos del texto son éstos:

i) supuesto de hecho: un liberto es manumitido testamentariamente y, durante la yacencia, obra con dolo malo para que algún bien del patrimonio del causante no llegue a manos del heredero.

ii) consecuencia procesal: se da contra él, dentro del año útil, acción por el doble del valor de lo desaparecido.

La naturaleza de tal acción –cual sea ésta es otro asunto– es de carácter natural y no civil, como escribía, según nos refiere Ulpiano⁵⁰, el propio Labeón, seguramente en su monumental comentario al edicto⁵¹, que tanto utilizó Ulpiano para el suyo dos siglos después, y se debe a la actividad pretoria encaminada siempre a la represión de lo injusto. Tal acción, como el propio Ulpiano describe a continuación⁵², se caracteriza por perseguir las conductas dolosas y excluye la culpa –salvo la culpa muy grave, que por proximidad equivale al dolo–; para cualquier daño causado provocado de la manera que sea se responde ante la *actio legis Aquiliae*. No cabe hablar de hurto, en cambio, y desde el plano estrictamente posesorio es obvio por qué no: aquí, a diferencia de las tres excepciones analizadas con anterioridad⁵³, sí hay una ocupación, pues media el abandono *total* del patrimonio por el causante al morir y ello abre conceptualmente la posibilidad de *usucapio pro herede*, al menos desde el estricto plano posesorio: son aquí los otros fundamentos de la usucapción extraordinaria –el social y el jurídico–⁵⁴ los que obligan a la intervención pretoria de lo que posesoriamente es un despojo y no una *contrectatio*.

⁴⁹ Se hallan minuciosamente referidos en TALAMANCA, *La polemica*, cit., pp. 487-491.

⁵⁰ D. 47, 4, 1, 1.

⁵¹ Hay un sutil acercamiento al tema en general en BRETONE, *Labeone e l'editto*, SCDR, 3 (1991), p. 19 y ss, con su característica y elegante prosa; sobre el arte labeoniano vid. también *idem*, *Tecniche e ideologie*, cit., p. 127 y ss.

⁵² D. 47, 4, 1, 2.

⁵³ D. 47, 2, 69-70.

⁵⁴ CASTRO, *Aproximación a la "usucapio pro herede"*, cit., p. 158 y ss.

Lo más significativo, en cualquier caso, más que estos extremos, sucintamente recogidos, de los que nos habla Ulpiano, y tanto o más que la vertiente posesoria del problema, de la que acabo de hablar y de la que Ulpiano nada nos dice, centrado como está en el problema jurídico-pretorio de la concesión de una acción –no olvidemos que estamos *ad edictum*–, es el hecho de que, como explícitamente nos refiere el texto ulpiano, el esclavo no pueda ser perseguido por la acción del hurto ya que ha despojado a su dueña⁵⁵, que es la herencia, lo que supone una utilización evidente de la teoría juliana de la *hereditas persona* y una dificultad –ahora jurídica– de calificar como *furtum* el acto reprochable del manumitido. Ello significa, en primer lugar, que la acción pretoria se concede por razones de reproche social al comportamiento reprochable del *servus* y por motivos jurídicos *modernos* (= pretorios), que lindan con la *aequitas*, si no entran de lleno en su terreno, que se oponen a las razones meramente formalistas de un *ius civile* que aquí no ve *furtum*. En segundo lugar, implica que, en ese instante, en el transcurso del texto rescatado en D. 47, 4, 1, 1, Ulpiano, que comienza la reflexión apoyándose en un pasaje suyo, ha dejado de citar a Labeón, que no llegó a conocer un expediente –el de la personalidad– que sólo llegaría a formular más tarde Juliano; lo contrario –y el texto ofrece en su ambigüedad ambas posibilidades, al menos en principio– sería atribuir al genio labeoniano la paternidad, o al menos la intuición⁵⁶, también de dicha teoría. Quizás esto no sea posible, ni creo desde luego que sea probable. Me detendré más en este punto por considerarlo mucho más trascendente para el sistema mismo tejido jurisprudencialmente sobre la “*hereditas iacet*”.

Existe en contra de la opción labeoniana el peso incuestionable del revelador testimonio del propio Ulpiano⁵⁷, que parece atribuir en sus *disputationes*⁵⁸ expresamente tal paternidad a Juliano⁵⁹, lo que se concilia mal –no se concilia, más bien– con el hecho de que aquí, implícitamente, estuviera aludiendo a la consideración por parte de Labeón de la herencia como *persona*, naturalmente por los solos motivos prácticos⁶⁰. Cabe la posibilidad teórica de que Ulpiano, en efecto, se refiera a Labeón cuando literalmente escribe “*quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo*”, pensando en el expediente de la retroactividad, del que es probado precursor, pero me parece que resulta una interpretación más forzada: a lo más a lo que se puede llegar desde la persona del *heres* como referencia de la yacencia es a considerar que ésta lo representa, pero en modo alguno puede argumentarse

⁵⁵ Ni como esclavo, ante la expectativa de su inminente libertad (D. 47, 4, 1, 1).

⁵⁶ Que es lo que ocurre, hasta donde sabemos, con el expediente casiano de la retroactividad; vid. D. 22, 2, 9.

⁵⁷ D. 41, 1, 33, 2.

⁵⁸ Libro 4.

⁵⁹ Su visión, pudiéramos decir que canónica, del expediente de la *hereditas persona* se halla en D. 44, 7, 16, que recoge un texto juliano del libro 13 de sus *digesta*.

⁶⁰ CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 245 y ss.

que ésta es o hace las veces de una persona por tal hecho, es decir, como representante o vislumbre de una personalidad desconocida en el *presente* de la yacencia. Cuando se habla de la *hereditas* como *persona* se está pensando en la herencia como continuadora de la personalidad –perfectamente conocida– del causante, como es lógico y como se deduce de las fuentes⁶¹. El texto ulpiano, pues, recoge la tesis de la personalidad *congelada* del causante y es difícil, por lo hasta aquí expuesto, considerarla obra, más o menos desarrollada, de Labeón. Es más que probable que la ciencia jurisprudencial sólo estuviera plenamente facultada para, desde sus instrumentos creativos tradicionales, elaborar el tejido del expediente de la *hereditas persona* cuando la herencia yacente hubiese recibido atención preferente en lo jurídico durante mucho tiempo, lo que, por datos comparativos, es mucho más posible que ocurriese en época adrianea que bajo el reinado de Augusto, uniformizada la *usucapio pro herede* por la intervención de Adriano⁶² –muy probablemente asesorado por el propio Juliano– y después de una comprobación empírica largamente desarrollada de los límites del expediente de la retroactividad. El camino que lleva hasta la personificación –que no personalidad– autónoma de la *hereditas* sigue el hilo jurídico y cronológico que media y une a Juliano con Justiniano y a mi análisis mayor sobre el tema⁶³ remito a quien desee estudiarlo⁶⁴.

Por mucho que técnicamente ambos supongan ficciones jurídicas, personalidad –que es de lo que nos habla Ulpiano en este texto– y retroactividad son, pues, en puridad, términos que se oponen, expedientes contrapuestos. Este último es, inevitablemente, el primero que surge, al concederse la atención jurisprudencial al elemento personal de la yacencia que efectivamente, tras la *aditio*, desempeñará de forma efectiva la titularidad de la herencia, y no es ocioso comprobar, más allá de su poder metafórico, cómo una sociedad y un derecho –los de la época de Labeón– que todavía miran hacia delante miran también hacia el *futuro de la yacencia* para solventar los problemas de titularidad que ésta ofrece; justo lo contrario es lo que ocurre en época de Juliano, años de recapitulación en lo jurídico, de estabilidad en lo social, de final de una era que se abre hacia lo desconocido porque se cierra ya sobre sus propias conquistas. Si se sabe mirar *poéticamente* –pero con una cierta poesía de lo jurídico– es la misma época que codifica el edicto la que, en la yacencia, elabora el expediente *que mira hacia el difunto*.

2. “INIURIA” Y YACENCIA⁶⁵

No es el hurto, en cualquier caso, el único *delictum* que presenta un interés específico –por la necesaria originalidad de su tratamiento– en el ámbito de la yacencia.

⁶¹ D. 11, 7, 12, 6, también de Ulpiano y también *ad edictum*.

⁶² Gai. 2, 57.

⁶³ CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 240 y ss.

⁶⁴ También, e indiscutiblemente, a VOCI, op. cit., p. 516 y ss.

⁶⁵ Vid. CASTRO, *Aspectos*, cit., pp. 84-85.

Ciertamente, es el único que, en virtud de la *derelictio maxima* y la naturaleza ocupable de los bienes hereditarios, sólo recibe tratamiento de forma excepcional⁶⁶ o, incluso desvirtuado hasta perder el nombre y la propia realidad, excepcionalísima⁶⁷, mientras no se produce la *aditio*⁶⁸. De todos modos, no es el único que resulta de trascendente *necesidad* dentro de la compleja arquitectura jurisprudencial levantada en torno a la yacencia; quizás, incluso, en ciertos ángulos menos evidentes, se vea desbordada la suya por la importancia de otro *delictum* dentro de tal esquema, pudiera decirse que desde su perspectiva genética. Quizás convenga por ello incidir algo más en parte de lo tratado en estas y otras páginas, no tanto desde el punto de vista procesal, como desde la substancialidad que, inevitablemente, deriva de aquél en derecho como el romano.

Como ha quedado apuntado en otro lugar⁶⁹, un supuesto emblemático que muestra, no sólo en lo jurídico, sino en el plano más íntimo de lo enteramente humano, que la *hereditas*, aunque venga calificada de otras formas –y entre ellas, de *res nullius*⁷⁰–, es concebida en sentido más preciso como *res nullius in bonis*⁷¹ en las fuentes⁷², lo encontramos en el caso de la *iniuria* en el ámbito de la yacencia: un insulto al cadáver de quien con su muerte es causante de la *successio*⁷³, un insulto a un *servus hereditarius*⁷⁴, no pueden sino afectar directamente al heredero; de ahí que quepa decir, como se ha dicho en otro sitio, que “la herencia, de este modo, en su corporeidad transpersonal, sirve de vínculo, en lo jurídico y en lo posesorio, entre *de cuius* y *heres* y nos muestra como, desde su misma y más honda substancia, no es una simple cosa *de* nadie, sino una cosa *sin* nadie y, por tanto, *algo* destinado a alguien”⁷⁵. Pero este algo no es sólo un *hacia*, sino, como todas las cosas, también un *desde* y ello se hace particularmente evidente en el periplo sucesorio en el caso de injurias a alguno de sus elementos humanos constitutivos: aquél personal y quieto –el *de cuius*–, aquel otro material y dinámico –el *servus*–. Labeón, desde luego, se centra en la figura del heredero, como explícitamente nos cuenta

⁶⁶D. 47, 2, 69-70-71.

⁶⁷D. 47, 4, 1, pr.-1-2.

⁶⁸Vid. CASTRO, *Aspectos*, cit., p. 79.

⁶⁹Concretamente en mi comunicación en la XLIX Sesión de la SIHDA (New Orleans, septiembre de 1995), titulada “*Res nullius*” y “*hereditas iacens*”, ahora ampliada y en vías de publicación como *Precisiones terminológicas en la herencia yacente: “res nullius in bonis” y “hereditas iacet”*.

⁷⁰Entre otros, Gai. 2, 66; D. 41, 1, 3 pr.

⁷¹BONFANTE, *op. cit.*, p. 254 y ss.; ROBBE, *La differenza sostanziale fra “res nullius” e “res nullius in bonis” e la distinzione delle “res” pseudo-marciana* (Milano, 1979), pp. 1-35 especialmente; CASTRO, *La herencia yacente*, cit., pp. 99 y ss., 137 y ss.

⁷²Gai, 2, 9; Gai. Ep. 2, 1, 1.

⁷³D. 47, 10, 1, 4 y 6.

⁷⁴D. 47, 10, 1, 7.

⁷⁵CASTRO, *Precisiones*, cit., & 2 *in fine*.

Ulpiano *ad edictum*⁷⁶, para enfocar el problema del insulto al esclavo:

Labeo scribit, si quis servum hereditarium testamento manumissum ante aditam hereditatem verberaverit, iniuriarum heredem agere posse.

Juliano, sin embargo, unas generaciones después, desvía su punto de vista, al constatar que durante el lapso de yacencia la personalidad del causante se mantiene *latente* en el corpus hereditario, pues el maltrato del cadáver⁷⁷ –que en sí mismo no es objeto de derechos ni depositario de personalidad jurídica⁷⁸– no es sino, principalmente, una vejación a la memoria de quien lo llenó con su vida. No estando enteramente él en su cuerpo⁷⁹, está, sin embargo, de alguna manera más presente, si cabe, en la propia herencia, pues ésta dura más y es para la que se adquiere la acción.

Denique Iulianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, acquiri hereditati actiones dubium non esse.

Ello significa que, en principio, éste de las injurias, que parece un supuesto paradigmático de aplicación de la teoría de la retroactividad, es el ámbito concretísimo de la yacencia en que, muy probablemente, se inició la actividad intelectual que llevó a Juliano a elaborar su innovadora teoría de la personalidad del causante congelada en la *hereditas*. Ello se desprende para mí de dos argumentos de naturaleza no muy distinta, que vienen a suponer como dos fases diferenciadas de su reflexión jurídica sobre el tema:

a): es el punto preciso en el que entran en contacto las dos referencias personales –*heres* y *de cuius*– que polarizan la herencia yacente, y aunque Juliano comienza por aplicar la teoría clásica de su escuela, que apuesta por la retroactividad de la *aditio*⁸⁰, no puede por menos que constatar, en la conexión entre ambas esferas personales, la existencia, como tal, de una referencia concreta en la yacencia que es la personalidad *congelada* del causante. Es el estadio del pensamiento del Juliano joven, brillante aplicador de los logros de la escuela sabiniana.

b): es el punto en el que Juliano comprende, en un estado más avanzado de su reflexión, que en el supuesto emblemático de *hereditas non adita*, en el puro presente de la yacencia, es la herencia misma la albergadora transitoria, como receptora de la personalidad del fallecido, de la ofensa y de las acciones⁸¹. Es el estadio del pensamiento del Juliano maduro, creador jurídico por antonomasia.

⁷⁶ D. 47, 10, 1, 7.

⁷⁷ Que no es una simple cosa, como defiende SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose* (Milano, 1945), pp. 21-22.

⁷⁸ CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 25, y referencias bibliográficas *ibidem*, nn. 29-30. Cfr., por ejemplo, DE LAS HERAS, *La consideración del cadáver en derecho romano* (Albacete, 1987), pp. 33-34.

⁷⁹ DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains* (Milano, 1963), p. 49, defiende la unión de cuerpo y alma aún después de la muerte. Precisamente por ello cabe la injuria, sea física o moral, a la memoria del causante a través del cadáver.

⁸⁰ Así lo hace en D. 43, 24, 11, 4, según Ulpiano (71 *ad edictum*).

⁸¹ Cfr. en tal sentido D. 47, 10, 1, 6, como nos cuenta Ulpiano en el libro 56 *ad edictum*.

Sostengo por ello que muy probablemente fue el supuesto de una injuria al cadáver del causante, y más concretamente, una ofensa anterior a la adición de la *hereditas* –pues, en caso contrario, el propio heredero, convertido en sucesor del *de cuius* ofendido y titular de sus bienes, habría podido proceder por sí mismo *en el presente* de la ofensa al correspondiente ejercicio de la vía procesal–, el primero en que Juliano desarrolló su teoría de la *hereditas persona*⁸², posteriormente extendida a todos aquellos otros supuestos en que fuese útil para la resolución de un caso problemático. Pocos han entendido que la referencia al difunto no es a él mismo, ni siquiera a su personalidad sin más⁸³, sino a su personalidad tangilizada en algo de por sí tangible. Juliano advirtió esa íntima conexión en los problemas que se le suscitaron en torno al cadáver del causante y para él se hizo la luz: sólo en el cubil físico de la *hereditas* puede materializarse de alguna forma la etérea personalidad de un muerto.

Que su teoría triunfó y pasó a convertirse en el expediente técnico por excelencia en el ámbito de la yacencia es un hecho: el dato de su origen probable en la injuria permitió la emergencia de la personalidad del causante como foco solucionador de problemas, al simplificar el mecanismo hacia dentro del mismo, concentrándolo en una pretérita y cognoscible realidad con la que se solventaba la realidad actual, permitiendo hacia fuera, en cambio, el enriquecimiento de la fusión de los tres tiempos de ese espacio de tiempo que es la yacencia: presente del problema, pasado de la referencia, futuro de la sucesión⁸⁴.

⁸² Como la califica acertadamente VOCI, op. cit., a partir de la p. 517.

⁸³ Vid. por todos, como ejemplo de lo que digo, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *La herencia yacente* (Barcelona, 1995), p. 13 y ss., obra al menos –disculpa relativa– de una civilista, enfrentándose a los precedentes romanos de la institución que estudia.

⁸⁴ En el expediente de la personalidad *ad intra* se utilizan sólo dos tiempos (pasado y presente), a diferencia del más enrevesado de la retroactividad, que los *mezcla* todos; sobre esto vid. por todos CASTRO, *Aproximación posesoria*, cit., en concreto pp. 128-129. La reflexión hecha al final de estas páginas es, naturalmente, *ad extra* de la propia teoría de Juliano.