

SOBRE LOS VERDADEROS LIMITES DE LA FICCION EN DERECHO ROMANO *

SUMARIO: I. *Imprecisiones doctrinales sobre la ficción*: 1. La ficción en la doctrina.—2. Criterio positivo para delimitar el ámbito de la ficción.—II. "*Fictio*" en las fuentes: 3. Los diversos sentidos en que se utilizan los términos *fictio* y *fingere*.—A) FICCIONES PRETORIAS: 4. Gayo, 4,32-33.—5. Gayo, 4,34-38.—6. La aportación de Riccobono sobre las fórmulas ficticias.—B) FICCIONES LEGALES: 7. *Fictio legis Corneliae*.—8. *Lex Junia Norbana*.—9. *Fragmenta herolinensia*.—10. *Lex Salpensana*.—11. *Lex de Imperio Vespasiani*.—12. Las ficciones en los Senadoconsultos.—III. *Las supuestas ficciones jurisprudenciales*: 13. Construcciones jurisprudenciales con *ac si* o *perinde ac*.—14. El llamado cumplimiento ficticio de las condiciones potestativas.—15. Construcciones con *pro eo... ac si*.—16. La regla *nasciturus pro iam nato habetur*.—17. Los entes patrimoniales y la herencia yacente.

I. IMPRECISIONES DOCTRINALES SOBRE LA FICCION

1. En el estado actual de la doctrina jurídica no se ha conseguido un concepto unánime y pacífico de lo que la ficción sea, ni de cuáles pueden considerarse sus caracteres distintivos y sus límites de aplicación.

La tesis más difundida es la que considera la ficción como un medio técnico-jurídico mediante el que se expresa la equivalencia jurídica de dos supuestos de hecho¹. Esta noción dista mucho de ser precisa y delimitadora, pues existen otros me-

* Ofrecemos en este artículo el adelanto de una parte de las conclusiones a que hemos llegado sobre el tema de la ficción y la analogía en las fuentes romanas, que estudiamos bajo el patrocinio de la Fundación Juan March.

1. Vid. ESSER: *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen* (Frankfurt, a. m. 1940), págs. 15 y ss., que pone de manifiesto la variedad de concepciones y la imprecisión dominante en la doctrina, y LEGAZ: *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1953), págs. 58 y ss. con la bibliografía que cita.

dios técnico-jurídicos, que se basan en semejanzas y con los que se pretenden equivalencias de hechos, como son la analogía y la interpretación extensiva, considerados distintos de la ficción. El criterio diferenciador no puede estar en la deformación consciente de la realidad o en la falsedad que pretende imponerse, porque toda equiparación lógica supone una irrealidad². La imprecisión del concepto se agrava aún más por la distinción entre ficción histórica y ficción dogmática, por la que se entiende la ficción doctrinal o la simple ficción de lenguaje³.

Los ensayos para deducir un concepto de ficción de las fuentes romanas no pueden considerarse satisfactorios, ya que no logran diferenciarla con claridad de otros medios técnico-jurídicos. Demelius concluía su estudio con el resultado de que la ficción es una simple manera de hablar⁴. El conocido trabajo de Dekkers presenta la ficción como una asimilación inexacta, necesaria y limitada de dos supuestos de hechos, basando esta concepción en las fuentes romanas⁵, pero al considerar la extensión analógica como la función propia de la ficción no llega

2. WINDSCHEID: *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, en «Archiv f. die civ. Praxis 62» (1879), 1 ss., y VON BÜLOW: *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I (Frankfurt a. m. 1891), consideraron la ficción jurídica como una deformación consciente y querida de la realidad, con objeto de aplicarle una consecuencia jurídica. Siguen esta concepción, entre otros, ENNECERUS: *Derecho civil. Parte general* (Barcelona, 1934), pág. 113, y DABIN: *La technique de l'elaboration du droit positif* (Bruxelles-Paris, 1935), pág. 53. La llamada *Philosophie des Als Ob*, encabezada por Vaihinger, que concibe la ficción como representación falsa y arbitraria para el conocimiento de la realidad, llega a considerar todo el Derecho como una ficción. Vid. la crítica de ESSER, op. cit., págs. 26 y ss.

3. Vid. V. IHERING: *Geist des röm. Recht* (Basel, 1954), IV, págs. 306 y ss., y DABIN: *La technique de l'elaboration*, cit., págs. 343 y ss. Sobre la distinción entre ficciones tipificadoras y equiparadoras, que equivale a la de ficciones históricas y dogmáticas. Vid. LEGAZ, op. cit., págs. 61 y ss.

4. Cfr. DEMELIUS: *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung* (Weimar, 1858), págs. 11 y ss.

5. Vid. DEKKERS: *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*. (País, 1935), págs. 85 y ss., seguido por CORNILL: *Reflexions sur le role de la fiction dans le droit*, en «Archiv de Phil. de droit et Sociol. jur.», 3. 4 (1935), págs. 28 y ss.

a un criterio preciso y definitivo de delimitación. De aquí que este autor distinga entre ficciones legales, pretorias y jurisprudenciales, en su concepción amplia, y deba precisar que la llamada ficción dogmática no es más que la ficción verbal y superflua de los comentaristas ⁶.

Los romanistas suelen partir en sus investigaciones de este concepto amplio de ficción, considerando como supuestos de ficciones casos en que sólo se trata de asimilaciones o equiparaciones efectuadas en la aplicación extensiva o analógica de reglas y principios jurídicos. Así se consideran como indicativos de ficciones ciertos términos y expresiones que son propios de la extensión analógica, como *ac si*, *perinde ac* o *atque*, *quasi* y *loco esse* ⁷. También se descubre la existencia de ficciones en la extensión en vía útil de acciones que opera la jurisprudencia en amplia medida ⁸.

De otra parte, se ha venido insistiendo en la importancia de la ficción en la adaptación de las primitivas y rigurosas formalidades del *ius civile* a los nuevos actos y negocios jurídicos que nacen a la vida de relación. Especialmente, se destaca el recurso a la ficción en la elaboración paralela de normas religiosas y jurídicas por la jurisprudencia pontifical, y en el desarrollo de los actos solemnes efectuados *dicis causa* ⁹. Aparte de que,

6. Vid. DEKKERS: op. cit., págs. 45, 88 s. y 194 s.

7. Vid. DEKKERS: op. cit., págs. 194 y s.; DESSERTAUX, RHED, 1912, págs. 445 y ss.; BIONDI: *Ciencia del Derecho como Arte de lo justo*, en «Arte y Ciencia del Derecho», trad. de Latorre (Barcelona, 1953), pág. 59, que pone de relieve el uso del *perinde ac* para la ficción; STEINWENTER: *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie*, I. *Analogie Rechtsanwendung in röm. Recht*, en «Studi Albertario», II, pág. 126. El mismo autor de este artículo ha seguido la tendencia común en la calificación de las ficciones. Vid. GARCÍA GARRIDO, en *Laheo* 3 (1957) 80.

8. Vid. DEKKERS: op. cit., pág. 195; MAYNZ: *Cours de droit romain* ⁴, II, págs. 84 y ss.; STEINWENTER: *Prolegomena*, cit. I, págs. 126, n. 2, y, sobre todo, RICCOBONO: *Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano. Corso di diritto romano. Parte II* (Milano, 1933-34), págs. 101 y ss., y *Formulae Ficticiae a Normal Means of Creating New Law* en T.v.R. 9 (1929), págs. 25 y ss.

9. Vid. DEMELIUS: *Die Rechtsfiktion*, cit., págs. 25 y ss.; V. JHRING: *Geist*, cit., I, págs. 55, 78; IV, págs. 301 y ss.; HUMBERT: v.

en muchos casos, esta opinión se fundamenta en reconstrucciones meramente hipotéticas, en ella se confunde con frecuencia la ficción con el acto simbólico y con la simulación. Estos medios tienden a modificar los efectos de ciertos actos jurídicos por vías indirectas de aplicación de principios o normas estrictas que llevan a la transformación de los efectos secundarios en efectos principales, mientras que en la ficción no se busca una situación de apariencia ni se persigue ningún efecto indirecto, sino que se logra el resultado directo de remover imperativamente un obstáculo o impedimento que se opone a la aplicación de una norma. Los actos solemnes *per aes et libram*, con los que se alcanzan los más variados efectos, son actos simbólicos y no actos ficticios.

Recientemente, Pringsheim ha tratado de la ficción y del símbolo en derecho griego y romano¹⁰ y, aunque sus resultados con respecto al símbolo sean acogibles, la concepción de ficción que patrocina se mantiene en el mismo tono de imprecisión de la doctrina anterior. Distingue este autor, en efecto, la que denomina *verdeckende Fiktion*, ficción oculta o encubierta, de la *offenen Fiktion*, ficción manifiesta, entendiendo que sólo la primera es verdadera ficción y la segunda está más cerca de la idea del símbolo. Tratando de la ficción romana, Pringsheim distingue certeramente la ficción legal y la pretoria¹¹, y afirma que el Derecho Romano, que se sirve en gran manera de la idea del símbolo, recurre a la ficción sólo cuando no hay otra posibilidad¹². Su concepción de la ficción, sin embargo, como una cómoda manera de expresar el pensamiento (*eine bequeme Denkhilfe*), no supone ningún criterio decisivo para delimitar.

Fictio, en «Daremborg-Saglio Diction»; WIEACKER: *Rechtsbegriff und juristische Fiktion*, en «Z. geschl. Staatw.», 102 (1942), págs. 176 y ss.; *Von röm. Recht* (Leipzig, 1944), págs. 22 y ss.; DE FRANCISCI: *Storia del diritto romano* (Milano, 1943), I, págs. 325 y ss.; KASER: *Das Alt-römische Ius* (Göttingen, 1949), págs. 331 y 347 y ss.; *Das römische Privatrecht*, I (München, 1955), pág. 23; STEINWENTER: *Prolegomena* cit., I, págs. 11 y ss.

10. PRINGSHEIM: *Symbol und Fiktion in antiken Rechten*, en «Studi De Francisci», IV (Milano, 1956), págs. 211 y ss.

11. Cfr. PRINGSHEIM, op. cit., pág. 224.

12. Cfr. PRINGSHEIM: op. cit., pág. 234.

la ficción y, de otra parte, el único ejemplo que aduce de verdadera ficción en el Derecho Romano, la *acceptilatio*¹³, es en realidad un acto solemne y abstracto, pero no una ficción¹⁴.

Como vemos, no existe en la doctrina romanística una base precisa para determinar cuándo existe la ficción en las fuentes romanas, ni para distinguirla de otros medios técnico-jurídicos, como las asimilaciones analógicas, los actos simbólicos, las simulaciones, las hipótesis de hecho o de derecho y las presunciones¹⁵. Resulta así una imprecisa terminología que, basada en las poco firmes concepciones dogmáticas actuales, contribuye a confundir, más que a aclarar, el sentido y alcance de los principios jurídicos. Es indudable que en esta materia es siempre aventurado y difícil el señalar unos límites, por lo que nos parece más adecuado el seguir un criterio positivo y denominar ficción solamente al recurso que en las fuentes romanas se designa como *fictio*.

2. En las páginas que siguen presentaremos un ensayo para delimitar la concepción de ficción y distinguirla de otros recursos de técnica jurídica.

Para una mejor orientación del lector adelantamos nuestras conclusiones. Partimos del significado material de *ingere*, que originariamente es propiamente el de modelar en arcilla, y de aquí la denominación de *fictor*, modelador o escultor¹⁶. De este primitivo sentido, *ingere* pasó después por extensión a signi-

13. Cfr. PRINGSHEIM: op. cit., págs. 226 y s.

14. La *acceptilatio*, en un principio formalización de un pago real, puede utilizarse como negocio abstracto—*imaginary solutio*, como la llama GAYO (3, 160 y 171)—, pero al igual que la *mancipatio*, cuando se efectúan *nummo uno*, son negocios simbólicos y no ficticios.

15. La ficción no debe confundirse con la presunción, que tanto si es *iuris tantum* como *iuris et de iure* no es una verdadera ficción. La ficción es la imposición de una irrealidad o inexactitud, mientras que la presunción, lo mismo si se considera como medio de prueba que si es la razón de ser de determinadas reglas jurídicas, supone siempre una probabilidad.

16. VARRÓN: *De ling. Lat.* 7.44, *fictores dicti a fingendis libis*; SERVIO: *ad Aen.* 8.634: *fictores dicuntur qui imagines vel signa ex aere vel cera faciunt*. ISIDORO: *Diff.* 1.528. Vid. ERNOU-MELLET: *Dictionnaire Etimologique de la langue latine*⁵ (París, 1951), v. *fingo*, pág. 419.

ficar formar, componer, comparar, acomodar y, en el sentido más general, imaginar o inventar, que es la acepción más frecuentemente seguida con el adjetivo *fictus*¹⁷. De este significado originario deriva el que la ficción jurídica suponga siempre una invención, una creación que rompe con los cánones de la lógica para dar entrada a una innovación que prescinde de la realidad jurídica. La ficción jurídica tiende, por tanto, a la corrección de una realidad concreta enderezada a hacer posible la aplicación de una norma a un caso al que, en principio, no es aplicable. Esta corrección de la realidad, o la remoción del obstáculo legal, debe hacerla el juez, que es el corrector o modelador de la realidad jurídica, pero no puede hacerla por su arbitrio, sino porque esa operación rectificadora —en que consiste la ficción en sentido estricto— le viene impuesta.

Supuesto que el Derecho dimana o de un acto de voluntad, que actúa el legislador o el magistrado, en virtud de su *imperium*, o de una actividad lógica, que caracteriza la *interpretatio* jurisprudencial, la ficción debe proceder de un acto imperativo y no de una actividad lógica. La ficción, en efecto, se presenta en las fuentes romanas como un medio técnico jurídico al que recurre el pretor, para obviar un obstáculo o impedimento que se oponga a la concesión de una acción, o el legislador en la formulación de un principio de derecho.

La jurisprudencia, que actúa en vía lógica e interpretativa, puede formar nuevo derecho mediante extensiones y equiparaciones analógicas, pero no puede imponer la ficción, que es un recurso alógico y de carácter imperativo. En ese sentido debe distinguirse la analogía, como procedimiento de lógica jurídica¹⁸, de la ficción como recurso que conduce a una inexactitud

17. LACTANCIO, 1.21; QUINTILIANO, 9.2.46; 3.89 y 11; 1.39. Vid. ERNOUT-MILLET: *Dictionnaire*, cit., pág. 419, y FORCELLINI: *Lexicon Totius Latinitatis* (Patavi, 1940), v. *fictio* y *fungo*.

18. Concebimos la analogía en el sentido amplio de recurso técnico-jurídico de interpretación, extensión y creación de principios jurídicos, basado en una razón de semejanza. Parte del concepto hoy dominante de analogía, como medio de integración de las lagunas legales, STRINWENTER: *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie: I. Analogue Rechtsanwendung*, cit. págs. 119 y ss. II. *Das Recht der Kaiserlichen Konstitutionen*, en «Studi Arangio Ruiz», II, págs. 169 y ss.; III. *Von*

lógica o jurídica. Los jurisconsultos romanos, cuya actividad repercutía en todos los ámbitos de la vida jurídica, inspiraban al pretor o al legislador la introducción o aplicación de determinadas ficciones, pero nunca las aplicaban directamente, porque la ficción aparece como atributo de un acto de autoridad al que no era posible llegar en vía de *interpretatio*. Por ello, en las elaboraciones jurisprudenciales, la ficción se traduce en una asimilación de supuestos o circunstancias.

Si se quiere dotar al concepto de ficción de unas características precisas, que la distinguan de la analogía y de otros medios de técnica jurídica, es necesario revestirla de estos tres caracteres esenciales: 1) Corrección de una realidad jurídica concreta; 2) operada por el juez; 3) impuesta en vía de imperio o autoridad.

Concebimos, pues, la ficción jurídica como el procedimiento técnico-jurídico de remoción imperativa de un impedimento de hecho o de derecho que se oponga a la aplicación por el juez de un principio jurídico.

II. «FICTIO» EN LAS FUENTES

3. Como definitivo criterio para deducir qué entendían por ficción los juristas romanos, creemos lo más preciso y seguro indagar la utilización de los términos *fictio* y *figere* en las obras jurisprudenciales. Sirviéndonos de la inapreciable ayuda del *Vocabularium Jurisprudentiae romanae*, encontramos las locuciones *fictio* y *figere* usados en los siguientes sentidos:

a) Con referencia a las ficciones pretorias: *fictio* se men-

der Glosse bis zum Pandektenrecht, en *Festschrift Schulz*, II, págs. 345 y ss. Esta noción restringida hace que STEINWENTER patrocine un criterio negativo respecto a la concepción y aplicación de la analogía en las fuentes romana y medievales, y sostenga que la doctrina de la analogía no aparezca hasta el siglo XVII. Sin embargo, debe observarse que una concepción clara de analogía aparece ya en los retóricos romanos, y que los jurisconsultos aplicaron los métodos analógicos en la más extensa medida. Vid. *La Pira*, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, en *BIDR.* 45 (1938), págs. 293 y ss., y, sobre todo, REGGI: *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, en «*Studi Parmensi*», 2 (1952), págs. 103 y ss. y 3 (1953), págs. 465 y ss.

ciona en Gayo, 4. 32-34; *ficticius* en Ulpiano, Ep. 28. 12; *fingerere* en Gayo, 4. 34-38.

b) Con referencia a las ficciones legales: *fictio* en Gayo 3. 56; en Paulo, D. 35. 2. 11 y 18 pr.; D. 41. 3. 15 pr.

c) *Fingere* se utiliza en el sentido de simulación, apariencia o postura falsa, para referirse al acto o comportamiento de alguien, que se atribuye una cualidad que no le corresponde, o a un acto o título simulado¹⁹.

d) Por último, *fingerere* se usa en el sentido de hipótesis, ejemplo o supuesto que se aduce para una explicación o aclaración. Este sentido explicativo de *finge* o *fangamus*²⁰, que coincide con el significado atribuido a *fingerere* por los retóricos²¹, no puede considerarse como una forma de razonamiento propio de los juristas clásicos —ya que estas hipótesis y figuras aparecen muy distantes en su forma y finalidad de las típicas *quaestiones* clásicas—, y probablemente fué introducido por los postclásicos, que se sirven de esta forma con frecuencia²².

19. En este sentido se utiliza *fingerere*, por MARCELO, D. 42. 1.10; PAPINIANO: D. 48.5.12(11).12 y 50.5.84; PAULO: *Sent.* 5.25.11 y D. 38.1 39 pr. y, sobre todo, por ULPIANO: D. 27.5.11; 47.2.52.15; 40.12.16 pr.; 29.2.30.5 y 7.29.5.13; 27.10.6; 29.4.1.4; 2.15.8.20; 29.4.1.19; 25.4.1.8; 44.4.4.26. ULPIANO utiliza también *fingerere* con el significado de falsificar moneda, D. 48.10.8.

20. *Finge* aparece con frecuencia en los textos. Es usado repetidas veces en un texto atribuido a CELSO: D. 6.1.38 y también aparece en los siguientes textos: POMPONIO: D. 1.13.7.8 pr.; 46.8.18; TRIFONINO: D. 20.4.20; 37.8.7; 41.1.63.3; MARCELO: D. 24.3.57; 43.3.68; 43.3.72.3; PAPINIANO: D. 17.1.54; ULPIANO: D. 4.4.3.6; 4.6.23.4; 48.3.1; 5.1.18.1; 5.3.13.4; 7.1.17 pr.; 14.1.1.5; 14.4.7 pr.; 17.2.52.10; 23.4.4; 24.1.32.5; 29.2.30.3; 36.1.13.4; 36.2.14.4; 37.10.3.5; 38.16.2.7; 40.9.12.6; 40.9.12.6; 48.5.24 (23). *Fingamus* aparece en CELSO: D. 46.2.26; MARCELO: D. 20.1.27; 38.15.5; ULPIANO: D. 20.1.27; 38.15.5; ULPIANO: D. 1.6.6; 21.2.32.1 y 46.4.8.

21. QUINTILIANO: 5.10.97; 6.3.61 y 91. Cfr. FORCELLINI: *Lexicon*, cit., v. *fin*go.

22. A favor de la procedencia postclásica de *finge* y *fangamus* se pronunciaron APPLETON, NRH, 30, pág. 7; BESELER: *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, I, pág. 56; II, pág. 67; III, pág. 76; IV, págs. 11 y 138; PRINGSHEIM: *Festschrift Lenel*, pág. 243; TAUBENSCHLANG, ZSS., 38 (1917), pág. 256. Defienden, en cambio, el origen clásico de

Por consiguiente, la expresión *fictio*, resulta usada por los juristas con referencia exclusiva a las ficciones pretorias y legales, aparte del sentido de simulación señalado. Esta conclusión nos proporciona un criterio positivo para delimitar el ámbito de la ficción, excluyendo la existencia de las supuestas ficciones jurisprudenciales.

A) FICCIONES PRETORIAS.

4. Gayo comienza su exposición de las ficciones pretorias tratando de aquellas ficciones utilizadas en el paso del procedimiento de las *legis actiones* al procedimiento formulario. En la adaptación que el pretor hubo de realizar de uno a otro procedimiento a partir de la *lex Aebutia*, se crearon unas acciones *quae ad legis actionem exprimuntur*, en términos del mismo Gayo (4.10)²³. Es probable que la ley Ebuca, dejando vigentes todas las restantes acciones de la ley, aboliese sólo la *legis actio per condictioem*, reemplazándola por las fórmulas de la *condictio*²⁴. En el tránsito al nuevo proceso *per concepta verba*, las ficciones de la realización de las *legis actiones* serían las primeras ficciones pretorias y las que sirvieron como modelo y punto de partida para la introducción de los nuevos medios utilizados por el pretor²⁵.

En la parte que nos ha llegado de las Instituciones gayanas

estas formas: KALB: *Jagd nach Interpolationen*, pág. 18; y SCIALOJA, BIDR., 19 (1907), págs. 178 y ss. Vid. otros autores, citados por GUARNERI CITATI: *Indice delle parole... ritenuti indizio di interpolazione*, v. *ingere*.

23. Sobre la distinción gayana de acciones *quae ad legis actiones exprimuntur* y *quae vi ac potestate constat*, vid. BISCARDI: *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: le actions formulaires quae ad legis actiones exprimuntur*, en TvR., 21 (1953), págs. 310 y ss., que contra la opinión de ARANGIO RUIZ: *La Società in diritto romano* (Napoli, 1950), pág. 18, n. 1—que considera la distinción como curiosa y risible—, destaca su importancia, basándola sobre la correspondencia directa o no de la acción con el derecho subjetivo.

24. Vid. KASER: *Die Lex Aebutia*, en «Studi Albertario», I, pág. 25 y ss. y BISCARDI: *Une catégorie*, cit., págs. 313 y ss.

25. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG: *Der röm. Zivilprozess* II (Bonn, 1865), págs. 305 y ss., y BISCARDI: *Une catégorie*, cit. pág. 314 y s.

—pues existe en esta materia una gran laguna en el palimpsesto de Verona—, existen dos referencias precisas sobre ésta clase de ficción, siendo la más importante la siguiente sobre la realización de la *pignoris capio* en la fórmula dada al publicano :

4. 32: *Item in ea forma, quae publicano pronitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset; id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnnetur.*

Según el jurista, pues, en la fórmula que se concede al publicano existe la ficción de haberse practicado la toma de prenda, al condenarse al deudor a pagar la cantidad que hubiera debido satisfacer por el rescate de la prenda. El texto, en relación con la facultad atribuída a los publicanos por la *lex censoria* de ejercitar la *pignoris capio* en los bienes de aquellos que no satisfacían los impuestos (*adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent*, Gayo 4. 28), ha sido objeto de diversas interpretaciones²⁶. Debemos admitir que se trataba en este caso de una especial ficción de haberse realizado la *pignoris capio*, con efectos en la cantidad a la que se condenaba al deudor que debía ser la misma que la que pagaría por el rescate de la prenda²⁷, pero la referencia de Gayo no proporciona los suficientes

26. KELLER: *Der röm. Civilprocess und die Actionem* ⁶, 1838, pág. 105, y WLISSAK: *Röm. Prozessgesetze* II, 1891, págs. 251 y ss., afirman que la ficción de la toma de prenda tendría por efecto el conceder un suplemento penal al acreedor. DE VISSCHER: *La conditio et le système de la procédure formulaire* (Gand-París, 1923), pág. 16 y s., n. 2, sostiene que el efecto jurídico esencial de la *pignoris capio* debe de haber sido el asegurar al crédito del que toma la prenda un carácter definitivo e irrecusable sobre la base de una declaración (*editio*) de la suma debida hecha al momento de la *pignoris capio*. Para LUZZARRO, *Procedura civile romana*, Parte II (Bologna, 1948), pág. 83 y s., sustituidas las acciones de la ley por el procedimiento formulario, la *condemnatio* se daría en base el objeto que precedentemente había estado sometido a la *pignoris capio*, de lo que se ha querido deducir una correspondencia entre el crédito y el objeto pignorado; se trata, sin embargo, de una ficción que GAYO explícitamente limita a este supuesto. Vid. también STRINWENTER en *PW.*, XX, col. 1.235 y ss.

27. Vid. BISCARDI: *Une categorie*, cit., págs. 313 y 316 y ss.

elementos de juicio para determinar en base a qué límites o circunstancias se fijaría la cantidad de ese rescate.

Una segunda referencia de Gayo a la ficción se hace para negar la existencia de este recurso en las fórmulas que sustienen a la *legis actio per conditionem*:

4. 33: *Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiducia, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

Gayo afirma, pues, que las fórmulas *in personam*, por las que pedimos una cantidad de dinero o una cosa cierta, tienen valor por sí mismas y en ellas no interviene ninguna ficción²⁸.

Por ser incompleta la exposición gayana sobre este género de ficciones, se plantea la cuestión de si hubo de utilizarse la ficción en la adaptación de las restantes acciones de la ley al procedimiento formulario. Aunque no debe excluirse el uso de ficciones en otras *legis actiones*, especialmente en la *l. a per manus iniunctionem*, la ficción no debe considerarse como el normal procedimiento de adaptación y debían existir importantes razones para que el pretor recurriese a la ficción, que fué siempre un recurso excepcional²⁹.

28. El texto plantea el problema de la exclusión en este caso de la ficción y de cuál sería función que la ficción podría realizar en la *l. a. per conditionem*. Según DE VISSCHER, *La conditio*, cit. pág. 22, mientras que todas las fórmulas representan causas, la *l. a. per conditionem* representa un *modus agendi*, y de aquí que para GAYO la ficción de un *modus agendi* sea superflua, porque es este mismo modo el que ha persistido bajo las apariencias de un nuevo procedimiento. DE MARTINO: *La giurisdizione nel diritto romano* (Padova, 1937), pág. 98, sostiene que la razón de la distinción en Gayo 4.10 y 4.33 está únicamente en el mecanismo del sistema formulario respecto del arcaico; donde la *legis actio* en sus elementos esenciales ha sido traducida a la fórmula no es necesaria la *fictio* y por ello la acción *sua vi ac potestate valet*.

29. Es poco probable la existencia de ficciones en la *l. a. sacramento* y dudosa en la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*. Vid. DE VISS-

5. Después de tratar de esta primera clase de ficciones, que operan en la adaptación actuada por el pretor de las antiguas acciones de la ley al nuevo procedimiento formulario, Gayo continúa la exposición de las ficciones pretorias diciendo: *habemus adhuc alterius generis fictionem in quibusdam formulis...* (4. 34), y pasa a exponer las distintas fórmulas ficticias que el pretor concede en su función de adaptación y tutela de las nuevas relaciones jurídicas³⁰. Gayo (4. 34-38) trata sucesivamente de las ficciones en la *bonorum possessio*, en la *emptio bonorum* y acciones Rutiliana y Serviana, en la acción Publílciana, de la ficción de ciudadanía a efectos de la *actio furti* y de la *actio legis Aquilae*, y por último, de la ficción de considerar no acaccida la *capitis deminutio* del demandado para el ejercicio de determinadas acciones. Con esta sumaria exposición, el jurista pretendería ofrecernos varios ejemplos de esta clase de ficciones pretorias.

En primer lugar, Gayo se refiere a la ficción operada por el pretor en materia de *bonorum possessio*. Para obviar el inconveniente que suponía que los créditos no pasasen *iure civile* al *bonorum possessor*, el pretor, por medio de *formulae ficticiae* finge la cualidad de heredero en el poseedor de los bienes. De esta ficción trata también el Epítome de Ulpiano:

Gayo, 4. 34: *Habemus adhuc alterius generis fictionis in quibusdam formulis, veluti cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petit, 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 A. Agerius (id est si ipse actor) L. Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oportet.*

CHER: *La condictio* cit., pág. 17 y s., y DEKKERS: *La fiction juridique* cit., pág. 186.

30. La distinción gayana entre una y otra clase de ficciones parece a BETTMANN-HOLLWEG: *Civilprozess* cit., II, pág. 305 y s., n. 13, y a DEKKERS: op. cit., pág. 197 y s., una distinción puramente formal; pero no cabe duda que, si bien existe una indudable conexión entre todas las ficciones pretorias, la diferencia de objeto y de efectos a alcanzar justifica sobradamente la clasificación gayana.

teret; et si... de..., praeposita simili fictione ita subicitur tum si pareret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dara oportere.

Ulpiano, 28. 12: *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideo seu ipsi agant seu cum his agatur, ficticiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.*

El *bonorum possessor* acciona, por tanto, contra el deudor hereditario *ficto se herede* y el pretor impone al juez la condena del deudor con la ficción *si A. A. Lucio Titio heres esset*. También se concede al acreedor la acción normal contra el *bonorum possessor*, como si éste fuera el heredero ³¹.

A continuación, Gayo trata de la ficción en la *emptio bonorum*. En la sucesión universal del *bonorum emptor* se hizo necesario recurrir a la ficción para que el comprador de los bienes pudiera ejercitar las acciones que competirían al deudor cuyos bienes habían sido objeto de la *bonorum venditio* ³²:

4. 35: *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. Sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut, quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.*

Después de referirse a la ficción de la cualidad de heredero en el *bonorum possessor*, el jurista afirma que del mismo modo litiga también el comprador de un patrimonio en concurso fingiéndose heredero, aunque algunas veces litigó también refiriendo la *intentio* a nombre de la persona del vendedor y la

31. Vid. LÉNEL: *Edictum perpetuum*³, pág. 452; DENOYER: *La défendeur a la petition d'herédite privée en droit romain* (París, 1953), págs. 170 y ss.; BIONDI: *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano, 1954), pág. 128 y s., y la bibliografía cit. por estos autores.

32. Vid. LÉNEL: *Edictum perpetuum*³, págs. 427 y ss., y SOLAZZI: *Il concorso dei creditori in diritto romano* (Napoli, 1937-43), II, págs. 130 y ss.

condemnatio a su propio nombre, de modo que el condenado lo sea a su favor. Se trata, por tanto, de dos distintas fórmulas, una ficticia, debida al juriconsulto Servio Sulpicio Rufo, por la que se accionaba en caso de muerte o *capitis deminutio* del insolvente, y otra con transposición de sujetos, creada por el pretor Publio Rutilio. En el supuesto de que el deudor insolvente estuviese vivo, el pretor acudía simplemente al recurso de la fórmula con transposición de sujetos, cosa que no era posible en el caso de muerte, por lo que había de recurrir a la ficción *si heres esset*, utilizada también por el pretor en materia de *honorum possessio*.

En tercer lugar, se ocupa Gayo de la *actio Publiciana*:

4. 36: *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam rem nondum usecepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus intendit, veluti hoc modo iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliquia.*

La acción se concede, pues, por el pretor, al que, privado de la posesión, pide una cosa que le fué entregada en virtud de justa causa: como no transcurrió el tiempo necesario para la usucapión, y no podía alegar que era suya en propiedad civil, se finge que usucapió la cosa y así reclama «como si hubiese sido hecho propietario civil». Debemos destacar el uso por el jurista de *fingitur* y *quasi*, ya que mientras el primer término es específico de la ficción (*fictio, fingere*), el segundo se utiliza con distinto significado por la jurisprudencia³³, y frecuentemente, como en este caso, indica una asimilación. Gayo

33. *Quasi* se utiliza en las obras jurisprudenciales en los siguientes sentidos: 1) Para hacer referencia a una alegación ajena, o pretensión de realidad formulada por un tercero: así, en Celso, D. 50.17.101; Gayo, 1.170; 2.142; D. 2.14.30.1; Marciano, D. 35.1.33.2; Ulpiano, D. 34.3.5.4; 23.3.5.6; D. 1.19.1.1; 15.1.3.5; 24.1.32.27. 2) Para asimilar situaciones jurídicas análogas o para la aplicación extensiva de acciones: Pomponio, ap. Paulo, D. 45.1.91.5; Juliano, D. 30.81.1; 7.1.13.3; Gayo, 1.193; D. 47.2.51; Paulo, D. 1.7.1; 24.3.6; Ulpiano,

resalta con el uso del *quasi* que el efecto de la ficción pretoria es, en definitiva, equiparar al propietario bonitario al propietario quirritario³¹. En la fórmula, la ficción actuada por el pretor se expresa con las palabras *si... anno possedisset... eius esse oporteret*.

Seguidamente, Gayo se refiere a la ficción de ciudadanía en la *actio furti* y en la *actio ex lege Aquilia*:

4. 37: *Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi; veluti si furti agat peregrinus aut cum eo agatur. Nam si cum peregrino agatur, formula ita concepitur: u-dex esto. Si paret L. Titio ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat et cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur.*

Se finge, pues, la ciudadanía romana de un extranjero en acciones a su favor o en contra, siempre que en las leyes romanas se establezca una acción que parezca justo extender a los extranjeros³²; en el caso de ejercicio de la acción de hurto instada contra o por un peregrino se concede la fórmula con

D. 1.9.7, pr. 1 y 2; 23.3.39, pr. 25.5.1, pr. 11.7.8.1.3). Finalmente, *quasi* se utiliza en la construcción doctrinal, pero probablemente la utilización del término en la formación de nuevas figuras jurídicas ha sido introducida por los postclásicos y bizantinos. Así, en D. 12.1.9.9; 11.1.11.9, pr.; 19.1.13.8; 44.7.5.2. Vid. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon v. quasi*.

34. La *actio Publiciana* fue modelada sobre la acción reivindicatoria. Paulo (D. 44.7.35, pr.) expresaba claramente: *item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur*. Vid. RICCOBONO: *Corso. Parte II*, cit. pág. 272; DE SARLO: *Le definizioni della actio Publiciana nel diritto dei classici*, en «Studi in on. Solazzio» (Nápoli, 1948), págs. 203 y ss., y KASER: *Das röm. Privatrech.*, I (München, 1955), pág. 369.

35. A los peregrinos se extendieron varias leyes, como la ley Apuleia sobre las fianzas (Gayo, 3.122); la ley Furia testamentaria (Gayo, 4.109); las leyes Julia y Ticia sobre la tutela dativa (Gayo, 1.185); la ley Julia sobre el matrimonio (Ulpiano, 11.20), y la ley Aelia Sentia sobre las manumisiones hechas en fraude de acreedores (Gayo, 1.147). Vid. DEKKERS: *La fiction juridique*, cit. pág. 127 y s.

la ficción *si civis romanus esset*. También en el caso de la acción *ex lege Aquilia, similiter*, se concede el juicio con la ficción de ciudadanía romana.

Por último, Gayo trata de la ficción de no considerar ocurrida la *capitis deminutio*:

4. 38: *Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite deminutus deminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civile debere nobis, nec directo intendi potest sibi dare eum eamve oportere; sed ne in potestate eius sit ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*

En el supuesto expuesto por Gayo de que un hombre o mujer deba algo en virtud de contrato para que no pueda burlar al acreedor, aduciendo que por efecto de la pérdida de estado la obligación se extingue *iure civile*, se concede a éste una acción útil, con rescisión de la pérdida de estado, es decir, con la ficción de que no ha ocurrido la *capitis deminutio* ³⁶.

6. Además de estos ejemplos mencionados por Gayo, existen en las fuentes abundantes supuestos de ficciones actuadas por el pretor mediante la concesión de *formulae ficticiae* encaminadas a la remoción de algún impedimento que se oponga a la normal aplicación de la acción. Así, en las acciones que se dan contra el *dominus* por los actos y negocios realizados por el esclavo, el pretor introduce en la *intentio* de la fórmula la ficción *si liber esset ex iure Quiritium, o si liber fuisset et esset* en el caso de que la libertad sea exigida en el tiempo del contrato y de la *litis contestatio* ³⁷. Otro supuesto en que el pretor recurre claramente a la ficción *si heres esset* es el de la *actio familiae erciscundae* ³⁸.

36. Vid. DEKKERS: *La fiction juridique* cit., págs. 11 y ss., y KASER: *Zur Geschichte der Capitis deminutio*, en «Iura», 3 (1952), págs. 48 y ss.

37. Ulpiano, D.14.3.11.8. Vid. LENEL: *Edictum perpetuum*, págs. 261, n. 3, y DEKKERS: *La fiction juridique* cit., pág. 168 y s.

38. Así, en los casos de devolución de la cuarta antonina (Ulpiano,

Riccobono ha estudiado especialmente las fórmulas ficticias y ha puesto de relieve el recurso a la ficción por el pretor en las siguientes acciones e instituciones: *stipulatio*, dote, representación, *acciones in rem utiles*, *hereditatis petitio*, *actio negotiorum gestorum*, contratos a favor de tercero, prenda, interdictos, *actio ex lege Aquilia*, *beneficium abstinendi* y venta de cosas *extra commercium*³⁹. Como puede observarse, el campo de la ficción abarcaría una parte importantísima de las innovaciones y reformas operadas por el pretor y se extendería a las más diversas instituciones. Sin embargo, creemos que aun siendo el ámbito de aplicación de las ficciones pretorias muy extenso no lo es tanto como lo presenta Riccobono. Esta compleja materia de las ficciones pretorias exige una revisión a fondo, que tenga en cuenta, de una parte, los resultados de la crítica de textos y, de otra, un criterio preciso para distinguir las fórmulas ficticias de otros medios pretorios, como son las fórmulas con transposición de sujetos y las fórmulas *in factum* y, sobre todo, de la extensión de acciones en vía útil que efectúa la jurisprudencia.

Como ejemplos, podemos presentar algunos de los supuestos considerados por Riccobono como casos de aplicación de las ficciones pretorias⁴⁰, cuando en realidad se trata de extensiones en vía útil de la jurisprudencia.

En materia de dote, son verdaderas equiparaciones jurisprudenciales, y no ficciones pretorias, los siguientes casos. Si muere el deudor que prometió la dote, y como consecuencia de ello se debiera extinguir la obligación y no pasar al heredero que era

D. 10.2.2.1), de división de la herencia entre los *bonorum possessores* y el fiduciario trebeliano (Ulpiano, D.10.2.24.1) o entre un legatario universal y un fiduciario a título universal (Gayo, D.10.2.40). Vid. LENEL, *Edictum perpetuum*, págs. 206 y ss., y DEKKERS, *La fiction juridique* cit., pág. 151 y s.

39. Vid. RICCOBONO: *Corso. Parte II* cit., págs. 101 y ss., y *Formulae Ficticiae A Normal Means of Creating New Law*, en T.V.R., 9 (1929), pág. 1 y ss.

40. Cfr. RICCOBONO: *Corso. Parte II* cit., págs. 234 y ss., y *Formulae Ficticiae* cit., págs. 23 y ss.

la mujer, Labeón y Juliano sugieren se conceda al marido una acción contra la mujer *ac si ipsa dotem dixisset* ⁴¹; en este caso no se opera mediante ficción alguna, sino simplemente, los juristas equiparan la mujer heredera del que prometió la dote a la que la prometió ella misma; en otros casos, para conseguir que la dote se restituya al padre, se equipara la condición de la hija que muere, disuelto ya el matrimonio a la que muere durante el matrimonio: *ac si filia in matrimonio decessisset* ⁴².

En materia de *hereditatis petitio*, se trata en muchos casos, considerados como de aplicación de ficciones ⁴³, de extensión analógica de acciones concebida por la jurisprudencia y actuada por el pretor, que sólo recurre a la ficción cuando se presentaba un impedimento a la aplicación de la acción útil. La aplicación de la ficción por el pretor en los supuestos de la llamada *ficta possessio*, o de los *velut o quasi possessores* es difícil de determinar, ya que los compiladores tienen una marcada preferencia a actuar por el recurso a la ficción ⁴⁴.

En relación con la *a. ex lege Aquilia*, son muy numerosos en las fuentes los ejemplos de acciones útiles *ad exemplum legis Aquiliae*, que se consideran construídas por medio de ficción.

41. Paulo, D. 23.3.41.4.

42. En el supuesto examinado por Juliano (D.24.3.59) del marido que repudia a la mujer para que una vez muerta ésta no tenga que devolver la dote al padre, el jurista sigue la opinión de Sabino de que debe concederse al padre una acción útil a imitación de la que tendría si la hija hubiese muerto durante el matrimonio. Ulpiano (D.24.2.5) trata del supuesto de divorcio simulado con el mismo fin de evitar la restitución al padre, y afirma: *non enim minus quam marito succurrere praetorem oportet... ne dotem perdat*, y le concede la acción *atque si constante matrimonio decessisset filia*. Pomponio (D.24.3.10, pr.) decide que la hija muerta en cautividad debe considerarse *ac si nupta decessisset*, con la misma finalidad de restituir la dote al padre. Finalmente, Ulpiano (D.23.3.39) trata de un supuesto en que una esclava entrega a un esclavo objetos *quasi dotem*, y afirma que la constitución de dote será válida *velut in dotem tempore servitutis data*.

43. Cfr. RICCOBONO: *Corso. Parte II*, pág. 287.

44. Vid. DENOYEZ: *Le défendeur* cit., págs. 191 y ss. y 244 y ss.

nes⁴⁵, pero se trata también de extensiones analógicas de la *actio* que la jurisprudencia inspira al pretor⁴⁶.

Tampoco existen ficciones en las *vindicationes* útiles⁴⁷, sino sólo extensiones de acciones, tomando como modelo la *reivindicatio*. Debe observarse, además, que en algunos casos estas *vindicationes* útiles son de procedencia compilatoria⁴⁸.

En conclusión, podemos afirmar que la extensión analógica y las equiparaciones de acciones son el medio normal usado por la jurisprudencia para sugerir al pretor nuevas acciones, y que éste sólo se sirve de la ficción como recurso excepcional impuesto por especiales circunstancias.

B) FICCIONES LEGALES.

7. Junto a las ficciones pretorias, puestas en juego por el pretor en virtud de su *potestas imperandi*, encontramos en las fuentes romanas un reducido número de ficciones imperadas por la ley o por otras actividades normativas, que podemos equiparar a ella, como los Senadoconsultos. Estas ficciones legales son

45. Vid. ALBANESE: *Studi sulla legge Aquilia*, en «Ann. Palermo», 21 (1950), 5 y ss. *Note aquiliane, Actio utilis ex lege Aquilia e ficti formulare*, en «Ann. Palermo», 23 (1953), 256 y ss.

46. Sobre estas acciones útiles vid. ahora, en relación con los nuevos fragmentos de Ulpiano, ARANGIO RUIZ: *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di provenienza egiziana*, en *IG*, 22 (1957), 140 y ss., y la reseña de D'ORS en este mismo ANUARIO.

47. RICCOBONO: *Corso*, Parte II, pág. 272, aduce como ejemplo de *vindicationes utiles* de carácter ficticio casos en que no existe la fórmula ficticia, como en el texto de Ulpiano. D.6.2.11.6, que se refiere a la concesión de la acción Publiciana en el supuesto de la ruina del edificio adquirido, cuyos materiales habían pasado a ser poseídos por otra persona. Tampoco en Gayo, 2.78, sobre la *tabula picta*; ni en Ulpiano, D.6.1.5.3, referente a la pérdida de la propiedad del árbol por causa de accesión.

48. Es de origen compilatorio la *vindicatio utilis* atribuida a Gayo (D.24.1.30) a continuación de un texto de Pomponio (D.24.1.29.1), referente a la donación de lana del marido a la mujer; también la concesión de acciones *in rem utilis* contra el tutor que ha comprado fundos con dinero del pupilo (Ulpiano, D.26.9.2), y la concedida al donante que hubiera transferido bienes *mortis causa* (D.39.6.29 y 30).

también recursos a los que se acude para eliminar un impedimento u obstáculo que se opone a la aplicación de un principio jurídico.

Como la más importante y característica de estas ficciones legales, los autores suelen presentar la *fictio legis Corneliae* . La ley Cornelia, dada bajo la dictadura de Sila, entre los años 84 y 81 a. de.C., sobre cuyo sentido y aplicación existen algunas dudas ⁴⁹, contenía la ficción de que el ciudadano que moría en cautiverio de guerra (*in hostium potestate*) se consideraba a efectos de la validez de su testamento, como si hubiese muerto ciudadano ⁵⁰. La ley contendría, pues, la cláusula ficticia *si in civitate decessissent o si in hostium potestatem non pervenissent* ⁵¹, con el significado de considerar que el *captivus* muerto *apud hostes* ha muerto libre y ciudadano *in civitate* ⁵². La expresión *fictio legis Corneliae* aparece repetida varias veces en textos de Paulo, y en otros fragmentos jurisprudenciales se hace también mención a los efectos de esta ley:

Juliano, l. 42 *dig. D. 28. 1. 12:* *Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestatem decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent...*

Juliano, l. 62 *dig. D. 49. 15. 22 pr.:* *Bona eorum... ad eos pertinent ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent.*

49. Se discute sobre si la ley Cornelia que contemplaba originariamente sólo la herencia testamentaria del prisionero se extendió ya en época clásica a la sucesión intestada. Prevalece la opinión afirmativa sostenida por BECHMANN, *Das ius postliminii und die Lex Cornelia* (Erlangen, 1872), defendida por AMIRANTE, *Captivitas e Postliminium* (Napoli, 1950), contra la tesis de WOLFF, en *TrR.* , 17, págs. 153 y ss., y SOLAZZI, en *Studi Ferrini* , págs. 313 y ss., que sostienen que esa extensión se operó en época postclásica.

50. Cfr. BECHMANN, op. cit., pág. 83.

51. SOLAZZI, op. cit., pág. 314, n. 2, considera más probable la primera forma.

52. Cfr. BECHMANN, op. cit., pág. 83. AMIRANTE, op. cit., pág. 38. y s., se opone a aquellos autores que estiman que la ficción fué en realidad la de retrotraer la muerte al momento de la captura, y especialmente a BESELER, *Postliminium und Cornelia* , en *ZSS.* , 45 (1925), 194, n. 2, para quien la ley Cornelia fingía un *postliminium* .

Javoleno, l. 4 epist. D. 28. 3. 15: *quin per legem Corneliam, quae de confirmandis eorum testamentis qui in hostium potestate decessissent, lata est...*

Paulo, l. s. ad legem Falcidiam, D. 35. 2. 1. 1.:... *ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent. Propter quam fictionem lex Falcidia et omnes testamentariae pertinent, quae tamen possint locum habere.*

Id. l. 11 quaest., D. 35. 2. 18 pr.:... *nam fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit...*

Id. l. 42 ad ed. D. 38. 2. 4. 1.:...*propter legem Corneliam, quae testamentum sic confirmat atque si in civitate decesserit,...*

Id. l. 15 ad Plautium, D. 41. 3. 15 pr.:... *si ibi decesserit, dubitari an per legem Corneliam ad successores eius pertineat. Marcellus posse plenius fictionem legis accipi.*

Ulpiano, l. 12 ad Sab. D. 38. 16. 1. pr.:... *quoniam per legem Corneliam successio his dejeretur, quibus deferretur, si in civitate decessisset...*

Id. Ep. 23. 5.:... *lege Cornelia, quae perinde successionem eius confirmat, atque si in civitate decessisset.*

Todas estas decisiones jurisprudenciales que, en lo que ahora nos interesa, podemos considerar genuinas⁵³, coinciden en considerar que el efecto de la ley Cornelia fué el de reputar al *captivus* atque si in civitate decessisset o ac si in hostium potestate non pervenisset. La jurisprudencia, pues, asimila la condición del que muere in captivitate a la del que muere in civitate, a efectos testamentarios; se trata, en definitiva, de equiparar el *captivus* al *civis*. Por ello, debe concluirse que mientras la ley dispone la ficción, al suprimir el obstáculo o impedimento como era el hecho de la muerte en cautividad, la jurisprudencia traduce la ficción en una equiparación, que era el recurso al que podía llegar en vía lógica⁵⁴.

53. BESELER, op. cit., pág. 809, considera interpolado D.35.2.1.1 de *propter quam* al final, y por consiguiente, también la referencia a la ficción, y en D.41.3.15, pr., considera, en ZSS, 47 (1927), 376, espúrea la referencia a la opinión de MARCELLO; salva, en cambio, la mención de la *fictio* en D.35.2.18 pr., por lo que creemos debe atribuirse a Paulo en los tres textos y no solamente en este último.

54. WOLFF, op. cit., pág. 149, se resiste a considerar este supuesto como ficción en el significado usual del término latino. Vid. en contra AMIRANTE: op. cit., pág. 140.

8. Otra ficción legal descubrimos en la *lex Junia Norbana* del 19 d. C., referente a la situación de los esclavos manumitidos sin las formalidades establecidas por el derecho, a la que se refiere Gayo:

3. 56: *Quae pars juris ut manifestior fiat, admonendi sumus, id quod alio loco diximus, eos qui nunc Latini Iuniani dicuntur olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos; unde etiam res eorum peculii ad patronos pertinere solita est; postea vero per legem Iuniam eos omnes, quos praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse voluit atque si essent cives Romani ingenui qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iunianam liberi facti sunt, etiamsi non essent cives Romani. Legis itaque Iuniae lator cum intellexeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, quia scilicet neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, ne beneficium istis datum in iniurias patronum ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset; itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent.*

El jurista nos explica, con el deseo de lograr la mayor claridad en la exposición, la situación de estos esclavos, manumitidos sin las formas sollemnes del *ius civile*, con anterioridad a la *lex Junia* y al régimen implantado por ésta. Antes de dictarse la ley, el pretor empezó a considerarlos como si fuesen libres, pero como para el *ius civile* continuaban siendo esclavos, sus patrimonios pertenecían a los patronos por derecho de peculio. En virtud de la ley Junia, todos los esclavos, cuya libertad era reconocida por el pretor, comenzaron a ser considerados libres *iure civile* y se denominaron latinos junianos⁵⁵. La ficción de

55. Vid. también GAYO: 1.22; ULPANO: 1.10; STEINWENTER, *PW.*, XII, c. 910; WEISS: *PW.* Suppl. V, c. 578; WLAŚSAK, *ZSS*, 26 (1905); 374. Sobre la situación de los esclavos y de los manumitidos durante el Imperio, vid. WESTERMANN: *The Slave-Systems of Greek and Roman Antiquity* (Philadelphia, 1955), pág. 84 y ss.

la ley Junia consistió, por tanto, en considerar a estos esclavos, que habían sido manumitidos con formas no válidas, como libres y de la misma condición que los ciudadanos romanos ingenuos que, al trasladarse de Roma a las colonias latinas, se hacían latinos colonarios. El legislador introdujo, sin embargo, un límite en la aplicación de esta ficción, al disponer que este beneficio no perjudicase a los patronos y que los bienes de los latinos junianos pertenecieran a los manumisores como si no se hubiera promulgado la ley. Es interesante observar cómo también en este supuesto el legislador recurre a la ficción para eliminar el obstáculo de la manumisión inválida del esclavo. En el pensamiento de Gayo, en cambio, el efecto de la ficción legal se presenta como una asimilación: *lex eos liberos proinde esse voluit, atque si essent cives Romani ingenui...*, y de la misma manera la limitación del beneficio, que se considera a efectos personales y no patrimoniales, lo presenta el jurista bajo la misma forma de equiparación: *bona eorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset*⁵⁶.

9. Existe también ficción en los *Fragmenta berolinensia incerti auctoris de iudiciis*:

...Sed cum lege de bonis rebusque eorum hominum ita ius dicere iudicium reddere praetor iubeatur, ut ea fiant, quae futura forent, si dediticiorum numero facti non essent, videamus, ne verius sit quod quidam sensuerunt et de universis bonis et de singulis⁵⁷.

Se trata de una ficción que la ley establece sobre la condición de los dediticios elianos con el fin de que puedan heredarles sus patronos. La ficción negativa así no se hubiera

56. La contraposición que se presenta en la última parte del texto entre la situación anterior a la *lex Junia* (olim... *res eorum peculii iure ad patronos pertinere...*) y la posterior (*iure quodam modo peculia bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent*) nos parece lógica y gramaticalmente correcta y la atribuímos al jurista, contra la tesis de SOLAZZI de que todo *quodam modo* supone una glosa post-clásica.

57. Vid. BAVIERA: *Fontes. Auctores*, pág. 625.

hecho dediticios», en comparación con la que impone la ley Elia Sencia *si in aliquo vitio non esset*⁵⁸, equivale en realidad a «si no hubiesen tenido el defecto que los ha hecho dediticios», es decir, «si fuesen ciudadanos»⁵⁹.

10. En la *lex Salpensana*, de fecha comprendida entre el 81 y el 84 d. C.⁶⁰, encontramos también utilizada la ficción. El capítulo 22, referente al principio de que la adquisición de la ciudadanía no destruye los vínculos civiles de las relaciones de potestad, dice así:

*Qui quae ve he lege exve edicto imperatoris Caesaris Augusti Vespasiani, imperatorisve Titi Caesaris Augusti aut imperatoris Caesaris Augusti Domitiani patris patriae civitatem Romanam consecutus consecuta erit: is ea in eius, qui civis Romanus hac lege factus erit, potestate manu mancipio cuius esse deberet si civitate Romana mutatus mutata non essent, esto idque ius tutoris optandi habeto, quod haberet si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset*⁶¹.

En el texto descubrimos la existencia de dos ficciones: La primera es la de considerar que las relaciones de *potestas*, *manus* y *mancipium* persisten como si no se hubiese dado el cambio de *status* (*si civitate Romana mutatus mutata non esset*); la segunda hace referencia a la *optio tutoris* de que disponía la vinda y que debía continuar disponiendo como si hubiese nacido ciudadana y no hubiese mudado de condición (*si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset*)⁶².

58. GAYO, 3, 72-76. Vid. infra. § 12.

59. Vid. D'ORS: *Estudios sobre la «Constitutio Antoniniana»*, en AHDE, 15 (1944), 183, que, contra la opinión de Karlowa y Beseler, afirma que, en virtud de esta ficción, la sucesión de los dediticios elianos se regiría no *iure peculii* (ade no haberse hecho dediticios, «serían esclavos»), sino *iure patronatus* (ade no existir la causa que los hizo dediticios serían libertos ciudadanos).

60. Vid. D'ORS, *Epigrafiya jurídica de la España romana* (Madrid, 1953), pág. 284.

61. Cfr. D'ORS, op. cit., págs. 286 y ss.

62. Según D'ORS, op. cit., pág. 286 y ss., la conjunción de sexos (*ortus, orta, mutatus, mutata*), que a primera vista parece chocante, puede explicarse con la hipótesis de MOMMSEN de una contaminación de capítulos; los capítulos originales serían tres: uno referido a la

En esta ley municipal, por tanto, el legislador recurre a la ficción para obviar un impedimento u obstáculo como es el cambio de *status* influyente en las relaciones familiares. Para ello, acude al recurso de suponer que no existió tal cambio de estado o que nació ciudadano o ciudadana aquella persona a quien se concede la ciudadanía.

No se trata, en cambio, de verdaderas ficciones como las considera Dekkers⁶³, sino de simples asimilaciones, en los preceptos de esta ley sobre equiparación del prefecto imperial y del *solus duumvir iure dicundo creatus*, a la que se refiere el capítulo 24⁶⁴, ni tampoco hay una verdadera ficción en la equiparación entre el tutor dativo de la mujer y el tutor legítimo (*tam iustus tutor esto, quam si is civis Romanus et agnatus proximus civis Romanus tutor esset*) del capítulo 29. El legislador quiso precisar que el nuevo tutor tendría la misma consideración que el tutor legítimo⁶⁵, pero para ello no finge nada, por lo que creemos se trata de una equiparación, que no es inexacta pues el tutor legítimo y el tutor dativo tenían las mismas facultades en la época clásica⁶⁶.

Una simple equiparación o identificación en el procedimiento electoral entre los candidatos *nominati* y los candidatos *professi* que no hubiesen renunciado formalmente a su candidatura, encontramos en el capítulo 51 de la ley Malacitana:

...deque is omnibus item comitia habeto, perinde ac si eorum quoque nomine ex hac lege de petendo honorem professio facta esset.

Por tanto, no se trata de una ficción, como pretende Dek

propiedad de los nuevos ciudadanos (*mancipium*), otro a la potestad sobre los hijos (*potestas*) y otro a la potestad marital y a la *optio tutoris*.

63. Cfr. DEKKERS, *La fiction* cit., pág. 193.

64. Vid. D'ORS, *Epigrafía* cit., pág. 290.

65. Vid. D'ORS, *Epigrafía* cit., págs. 307 y ss.

66. Vid. GARCÍA GARRIDO, AHDE, 25 (1955), págs. 839 y ss. y *Ius Uxorium* (Roma-Madrid, 1958), págs. 142 y ss.

kers⁶⁷, sino sólo de una equiparación entre estas dos clases de candidatos⁶⁸.

II. Se ha pretendido también descubrir el uso de la ficción por el legislador en la llamada *lex de Imperio Vespasiani* del año 69 ó 70 d. C. por la que se concedió el poder al emperador Vespasiano⁶⁹. La ficción o posibles ficciones estarían en las siguientes expresiones de la ley:

...utique cum ex voluntate auctoritateve iussu mandatuve eius praesentive eo senatus habebitur, omnium ius perinde habeatur servetur, ac si e lege-senatus edictus esset habereturque;
 ...utique quae ante hanc legem rogatum acta gesta decreta imperata ab imperatore Caesare Vespasiano Augusto iussu mandatuve eius a quoeque sunt, ea perinde iusta rataque sint, ac si populi plebisve iussu acta essent.

Sin embargo, debe observarse que tanto la forma como el contenido de esta disposición de derecho público hace dudar que se trate de una verdadera ficción. En la primera de las disposiciones recogidas, creemos que se trata simplemente de equiparar las constituciones del emperador, especialmente las *orationes*, a las normas emanadas por el Senado, y en la segunda se pretende darles el efecto de ley, con objeto de que resulte conferido el poder al nuevo príncipe por todo el pueblo, que se limitaba a aclamar una disposición que se consideraba perfecta tras la votación del Senado⁷⁰. Por tanto, se trata de una equiparación de normas comparable a la *caue-*

67. Cfr. DEKKERS, *La fiction* cit., pág. 193.

68. Vid. D'ORS, *Epigrafía* cit., págs. 312 y ss.

69. La existencia de ficciones en esta ley es defendida por DEKKERS, *La fiction*, cit., pág. 173. Sobre esta ley y la compleja problemática que plantea, vid. RICCORONO: *Fontes, Leges*, págs. 154 y ss. y la literatura que cita. Con posterioridad, MAGDELMAN, *Auctoritas principis* (París, 1947), págs. 90 y ss., considera también como una ficción la cláusula final de la ley.

70. Cfr. ARANCIO RUIZ: *Historia del Derecho romano*, trad. de PELSMARKER (Madrid, 1943), pág. 317. Según MAGDELMAN, op. cit., pág. 92, los términos de la ley expresan simplemente que se considera que el emperador ha obrado *iussu populi* antes de ser investido oficialmente de sus poderes.

quatio plebiscitorum legibus; y no de una ficción porque, tratándose de una disposición de carácter político, no existe el destinatario judicial al que siempre va dirigida la ficción.

12. A las ficciones legales podemos equiparar un número reducido de ficciones de Senadoconsultos. En primer lugar, Gayo trata de un Senadoconsulto instado por Adriano, en el que se recurre a la ficción:

3. 73: *Et quia hac constitutione videbatur effectum ut ne unquam isti homines tanquam cives Romani morerentur, quamvis eo iure postea usi essent, quo vel ex lege Aelia Sentia vel ex senatusconsulto cives Romani essent, divus Hadrianus iniquitate rei mutus auctor fuit senatusconsulti faciendi, ut qui ignorante vel recusante patrono ab imperatore ius Quiritium consecuti essent, si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia vel senatusconsulto, si Latini mansissent, civitatem Romanam consequerentur, proinde ipsi haberentur ac si lege Aelia Sentia vel senatusconsulto ad civitatem Romanam pervenissent.*

Por tanto, en aquellos casos de concesión de la ciudadanía a latinos sin conocimiento del patrono o contra su voluntad —lo que suponía que muriesen como latinos y sus hijos no pudieran heredar (Gayo, 3.72)—, si conseguían después el beneficio de la ley Elia Sencia o del Senadoconsulto que, de haber seguido siendo latinos, los habría hecho ciudadanos romanos, se acudió al expediente de considerar que habían conseguido la ciudadanía romana en virtud de la ley Elia Sencia o del Senadoconsulto. La disposición senatorial finge, por consiguiente, que los latinos no habían adquirido anteriormente la ciudadanía en esas circunstancias de ignorancia o voluntad contraria del patrono para aplicarles sin reservas el beneficio de la ciudadanía. Se prescinde con ello de un impedimento de derecho que nos muestra estamos en presencia de una verdadera ficción.

Otro senadoconsulto de la época de Adriano, el Senadoconsulto Dasumiano, del 119 d. C., sobre manumisión fideicomisaria, contiene también una ficción:

Marciano, l. 9 *instit.* D. 40. 5. 51. 4: *Senatus consulto Dasumiano cautum est, ut, si ex iusta causa absit qui fideisomissam*

libertatem debet et hoc pronuntiatum fuerit perinde libertas competat, atque si, ut oportet, ex causa fideicomissi manumissus esset.

En virtud de este senadoconsulto se dispone, pues, que aquel esclavo, a quien el fideicomisario debe manumitir y no lo hace por encontrarse ausente, se considere igualmente manumitido por efecto del fideicomiso. La disposición senatorial, por razones de equidad, prescinde aquí de un requisito legal como era la manumisión por parte del fideicomisario, considerándola como realizada.

Contiene también una ficción un Senadoconsulto Neroniano, al que se refiere Gayo y el *Epítome Ulpiano*:

Gayo, 2. 197: ... *auctore Nerone Caesare senatusconsulto factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit quae eius nunquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legati...*

Ulpiano, 24. 11 a: ... *Senatus consulto Neroniano firmatur quo cautum est ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo iure legatum esset; optimum autem ius legati per damnationem est.*

El legado *per vindicationem* de cosa ajena, que era inútil según el derecho civil, se convalida, pues, por el Senadoconsulto Neroniano que impone la ficción de considerar que el legado se había dispuesto en la forma *per damnationem*⁷¹.

En cambio, no impone ficción alguna un Senadoconsulto Velejano *de adsignandis libertis*, de tiempos de Claudio, que se limitaba a regular la sucesión en el derecho de patronato, dando por no hecha la *adsignatio* a favor del que *in civitate decessisset*⁷², o declarando simplemente la extinción del derecho

71. Es poco probable que este S. C. haya tenido el alcance que le atribuye BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*² (Milano, 1955), páginas 280 y ss., que afirma que el S. C., previa la utilización por el testador de una fórmula distinta (*vitium verborum*) de la apropiada para el resultado que quería lograr, declaraba válido el legado en consideración de la voluntad del testador y no de las palabras del legado. La utilización de la ficción es, de por sí bastante significativa con respecto al alcance limitado de la disposición senatorial.

72. ULPIANO: D. 38.4.1 pr. La existencia de ficción en este Senadoconsulto es sostenida por DEKKERS: *La fiction* cit., pág. 194.

de patronato del que muere sin hijos y la sucesión en este derecho de los hermanos ⁷³.

III. LAS SUPUESTAS FICCIONES JURISPRUDENCIALES

13. Para finalizar nuestro estudio, una vez delimitado el verdadero ámbito de aplicación de la *fictio*, examinaremos algunas construcciones y expresiones que son calificadas infundadamente por la doctrina como ficciones jurisprudenciales ⁷⁴.

Consideramos, en primer lugar, las construcciones jurisprudenciales con *ac si* o *atque si*, *perinde ac* o *proinde ac* o *atque*, para decidir si con ellas se expresan verdaderas ficciones, o si, como creemos, denotan simples equiparaciones de supuestos de hecho o de situaciones jurídicas.

Alfeno Varo, D. 33.8.14, interpretando una cláusula testamentaria en la que se legaba a un esclavo su peculio y después se manumitía, decidía: *quare recte peculium legatum videri, ac prius liber esse, deinde peculium sibi habere iussus est*. Con la expresión *ac si prius liber esse*, no se ponía en juego una ficción como pudiera pensarse, sino simplemente se interpretaba la voluntad del testador, asimilando el caso del legado con posterior manumisión al de manumisión y legado posterior. Se trata, por tanto, de una asimilación de disposiciones a efectos de una recta interpretación.

Labeón, ap. Pomponio, D.21.1.64 pr., decide que, si por un precio global, se compraron varios esclavos y el comprador quisiera ejercitar la acción estimatoria, se debe proceder en la estimación de los esclavos *proinde... atque fieri in aestimatione bonitatis agri*, es decir, como se haría la estimación sobre la cualidad de un terreno. Contra la opinión de Steinwenter, que sostiene que en este caso se trata de una ficción ⁷⁵,

73. Que en la parte final del texto del Senadoconsulto no se contenga ficción alguna sino sólo la declaración de que el derecho de patronato del que muere sin hijos se extingue y pasa a sus hermanos, se comprueba por la decisión que sigue de Pomponio, D. 38.4.2.

74. Vid. supra, § 1.

75. Cfr. STEINWENTER: *Prolegomena* cit., I, pág. 126, n. 2.

creemos se trata de una clara equiparación de situaciones, a efectos de la aplicación de un mismo principio; el jurista sostiene la aplicación de un procedimiento de estimación de los esclavos similar al que se utiliza para la del campo, en lo que no hay nada ficticio.

Pomponio, D.38.2.2., con respecto a la *bonorum possessio* de los bienes de los libertos, y con referencia al Edicto, decide que en el caso de que, por especiales circunstancias, no la obtengan los patronos llamados en primer orden, la obtienen los hijos *atque si priores ex eo numero non essent*. Se trata de equiparar la situación de los segundos llamados a la de los primeros, y sería el pretor el que recurriría a la ficción de considerar que no existían primeros llamados a la posesión de la herencia.

Papiniano, D. 28.7.15., considera que el hijo en potestad instituido bajo condición invalida el testamento del padre *ac si condicio non esset in eius potestate*⁷⁶. Se considera, pues, que la condición en la institución de heredero, reprobada por el Senado y los príncipes, no puede ser utilizada por el testador.

Scaevola, D. 28.2.29.9, asimila a efectos de institución de heredero la condición del adoptado a la del hijo *atque si ex eo natus esset*. El jurista concede, pues, al adoptado los mismos derechos que al hijo, lo que no quiere decir que se finja en el adoptado la condición de hijo del adoptante. La adopción, en general, es una institución jurídica creada a semejanza de la filiación natural, y no presupone ninguna ficción, ya que el adoptado como el adrogado entran bajo la potestad del *paterfamilias* en calidad de hijos, pero el Derecho no finge la relación natural, sino sólo aplica un régimen jurídico semejante al de los hijos.

Gayo, D. 45.1.141.2: *pubes vero qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet*. Contra la opinión de Dessertaux y de Dekkers, no se trata en este caso de una ficción, sino de una simple equiparación a efectos de la capacidad de obli-

⁷⁶. Sobre las diferentes hipótesis de alteración de este texto, vid. *Index Interpolationum*.

garse ⁷⁷; no se finge que el hijo en potestad sea *paterfamilias*, sino simplemente se admite su capacidad para obligarse y no existe en este caso una fórmula ficticia.

Marciano, D. 30.114.7: *valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset*. Para el jurista es válido el fideicomiso de restituir parte de la herencia lo mismo que el fideicomiso universal.

Estas equiparaciones son particularmente frecuentes en Paulo. En D. 40.4.5.3, el dinero pagado por un esclavo—que debía rendir cuentas de su administración al hijo del manumisor, como condición de su manumisión—, a los curadores, estando el hijo presente o si fué incluido en las cuentas del hijo el pago realizado, *impletam condicionem videri, ac si ipsi soluta fuisset*. El jurista considera, pues, el pago efectuado en esas condiciones tan válido como si se hubiese hecho al mismo hijo a efectos del cumplimiento de la condición. En D.46.1.71 pr., se encuentra también la equiparación *ac si soluta fuisset pecunia* ⁷⁸.

Ulpiano, D. 4.6.17.1, citando a Labeón, Juliano y Pomponio, afirma que aquel a quien se hubiese hecho un legado de este modo «para cada año que éste viviese en Italia» debe recibirlo *atque sin in Italia fuisset*. Para estos juristas, no es que se finja que el legatario había estado en Italia, sino simplemente, a efectos del legado, se equipara la situación del ausente a la del presente ⁷⁹.

14. Consideración especial merece el uso de la expresión *perinde ac en materia de cumplimiento de condiciones potestativas*, en los casos en que el obligado impedía el cumplimiento de la condición. En estos supuestos, se destaca especialmente por los autores el recurso a la ficción de los jurisconsultos ⁸⁰.

77. Vid. DESSERTAUX: RIID., 1912, pág. 443 y DEKKERS: *La fiction* cit., pág. 195.

78. Otras equiparaciones con *ac si* o *atque si* en Paulo: D.2.14.4.3; 4.8.30; 9.4.22.3; 12.1.40; 19.2.54; 24.3.45; 29.1.40.2; 41.4.2.8; 43.1.5; 46.3.98; 49.14.50; Frag. Vat. 58.

79. Otras equiparaciones en ULPIANO: D.24.2.5; 32.50 pr.; 35.2.62 pr.; 36.1.23 (22); 37.11.2.1; 38.17.2.47.

80. Vid. GROSSO: *Contributo allo studio dell'adempimento delle*

Los textos de Ulpiano en los que se enuncia la regla son:

D. 50. 17. 161: *In iure civile receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset* ⁸¹.

Ep. II. 5: *Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicioni pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset* ⁸².

Bastarían las consideraciones hechas con anterioridad sobre el uso de esta forma para excluir la existencia de ficción en este supuesto. Debemos destacar, sin embargo, que se trata de una *regula iuris* que considera cumplida la condición en el caso de que el obligado impida dolosamente su cumplimiento ⁸³. En otro texto de Ulpiano (D.36.2.5.5.) la regla se anuncia, *condicio pro impleta habetur* ⁸⁴. Se trata, por tanto, de una equiparación jurídica entre el supuesto de impedimento a la realización de la condición y su efectivo cumplimiento.

Por si no se estimase convincente nuestra opinión, una somera referencia a la formación histórica de este principio podrá aclarar las dudas. La regla tiene su origen en materia de manumisión y en virtud de una disposición de las XII tablas que establecía que si el esclavo, manumitido bajo condición (*statu liber*) en el testamento, fuese enajenado por el heredero se consideraba cumplida la condición cuando el esclavo pagase al

condizioni (Torino, 1930); *La finzione dell'adempimento delle condizioni* (Módena, 1930); *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi delle condizioni*, en *Atti. Acc. di Torino*, 65 (1930); DEKKERS: *La fiction* cit., pág. 205; DONATTI: *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, en *SDHI*, 3 (1937), págs. 63 y ss.; KASER: *Das röm. Privatrecht*, I, pág. 223. De cumplimiento ficticio de la condición habla también ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en Derecho romano*, pág. 24, n. 37, e IGLESIAS: *Derecho romano*, I, pág. 103.

81. Según DONATTI, *Sull'adempimento fittizio* cit., págs. 74 y s., en el texto genuino en lugar de *iure civile* se diría *in libertatibus*, así como en D. 35.1.24.

82. En el párrafo siguiente, *Ep. Ulpiani* II. 6, se utiliza también la misma forma: *proinde fit liber, ac si pecuniam dedisset*.

83. Vid. BETTI: *Istituzioni di d. romano*² (Padova, 1947), pág. 202, n. 47, y ARLAS RAMOS: *Derecho romano*, I, págs. 114 y ss.

84. De la forma *pro...* nos ocupamos en el párrafo siguiente.

adquirente la suma cuyo pago era objeto de la condición ⁸⁵. Biondi—que precisamente sostiene la existencia de ficciones jurisprudenciales, por lo que su opinión tiene para nosotros un gran valor ⁸⁶—, destaca que más que ficción existió aquí un sustitutivo de cumplimiento sugerido por el *favor libertatis*, puesto que la suma se pagaba al *dominus* en lugar de al heredero ⁸⁷. Esta disposición es interpretada extensivamente por la Jurisprudencia y aplicada por analogía a los fideicomisos y legados, a la institución de heredero, a los negocios *inter vivos* de los que derivaba un *iudicium bonae fidei*, y, por último, a la *stipulatio*, formándose mediante la aplicación analógica del principio la regla general ⁸⁸. Por consiguiente, los juristas no tuvieron necesidad de recurrir a la ficción en esta materia de cumplimiento de la condición potestativa.

15. Otras expresiones usadas por los jurisconsultos que se consideran como propias de la ficción, sólo denotan aplicación de las reglas y principios jurídicos o extensión de determinadas consecuencias y efectos de derecho.

Frecuente es el uso por los juristas clásicos, especialmente por Paulo y Ulpiano, de la expresión *pro eo est atque...*

Pomponio, D. 30.38.1: se limita a equiparar la situación del que no quiere aceptar el legado a la inexistencia del legado, o en otras palabras, declara que el legado que no queremos aceptar es como si no se hubiera dejado.

Paulo, D. 10.2.29. En este texto se contienen dos equiparaciones con esta forma; la primera, *quia pro eo erit ac si hypothecaria vel Serviana actione petita*, que se considera de origen compilatorio ⁸⁹; la segunda, *quia quod creditor agit, pro eo*

85. ULPIANO: 2, 4: *Sub hac condicione liber esse iussus, si decem milia heredi dederit, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet; idque lex duodecim tabularum cautum est.*

86. BIONDI afirma la impertancia de las ficciones jurisprudenciales, destacando especialmente el uso de *perinde ac*. Vid. supra, n. 7.

87. Cfr. BIONDI: *Successione testamentaria* cit., pág. 537.

88. BIONDI, op. cit., pág. 538, afirma que ya al tiempo de Juliano (D. 35.1.24) se podía decir que el principio *iure civile receptum est*.

89. Vid. las numerosas hipótesis de interpolación que recoge el *Index Interpolationum*.

habendum est ac si debitor per procuratorem agisset, en la que no cabe la menor duda se trata de una equiparación de situaciones.

Ulpiano, D. 12.2.5.4: *Si neque iuratum est neque remissum, pro eo debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset*. El jurista afirma que, si ni se juró ni se remitió el juramento, debe considerarse como si la cuestión no hubiese sido sometida a juramento; equiparación perfectamente lógica y acorde en todo a la realidad. Igual sentido tiene la equiparación de D.28.1.22.4: *Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, veruntamen signaveris, pro eo est atque si adhibitus non esset*.

Ulpiano, D. 37.6.1.19, resuelve la cuestión de si sería objeto de colación el fideicomiso dejado al hijo a cargo del padre heredero, afirmando: *ut pro eo habeatur atque si post mortem patris relictum fuisset*⁹⁰.

16. Examen particular merece el principio *nasciturus* o *conceptus pro iam nato habetur*. El principio así formulado no es romano, pero tiene una indudable fundamentación en los textos clásicos⁹¹. Para muchos autores, se trata de una ficción⁹², pero tanto en las expresiones clásicas del principio como en la regla general, a la que se llegó con posterioridad, cree-

90. Otras equiparaciones con esta misma forma, *pro eo esse* o *haberi*, en ULPIANO: D. 38.2.3.20; 39.1.20.4; 40.9.30.1; 45.1.45 pr.; 49.5.5.3; 50.17.157.1.

91. ALBERTARIO, *Conceptus pro iam nato habetur*, en *Studi*, I, págs. 1 y ss., sostiene que el principio es en gran parte invención de Justiniano. ROBERTI, *Nasciturus... nelle fonti cristiane primitive*, en *Cristianesimo e d. romano*, págs. 65 y ss., afirma que en la formulación han influido probablemente razones teológicas aducidas por la patristica. Sin embargo, no pueden negarse los antecedentes clásicos en la consideración del concebido. Vid. ARANGIO RUIZ: *Istituzioni*¹², págs 47, n. 1; BIONDI: *Istituzioni*, pág. 90, n. 2; CASTELLO: *RIDA.*, 4 (1950), págs. 267 y ss; KASER: *Das röm. Privatrecht* I, pág. 236, n. 15; SCHULZ: *Classical Roman Law*, pág. 74, considera el principio general de origen moderno.

92. Cfr. DEKKERS: *La fiction* cit., pág. 195; KASER: *Das röm. Privatrecht* I, pág. 236, entre otros autores.

mos se trata de una simple equiparación que tiene un sentido muy parecido a las formas que hemos estudiado.

En Gayo 1.147, el principio se expresa así: *postumi pro iam natis habeantur*. En los fragmentos del Digesto, prescindiendo ahora de la cuestión de su posible alteración en la que debe extremarse la cautela supuesto el testimonio gayano⁹³, la regla aparece en los siguientes términos.

Juliano, D. 1. 5. 26: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse.*

Celso, D. 38. 16. 7: *Conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*

Paulo, D. I. 5. 7: *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur.*

Id. D. 50. 16. 231...*eum, qui nasci speratur, pro superste esse... cum de ipsius iure quaeritur.*

Las expresiones usadas en estos textos indican, como las ya examinadas equiparaciones *pro... habeantur* de Gayo, y el *quodam modo, perinde ac* y *pro esse*, que se utilizan para la equiparación de situaciones o supuestos a los que los juriscónsultos quieren atribuir los mismos efectos jurídicos. Por consiguiente, no debe pensarse que con estas reglas, ni siquiera con la formulación general del principio, se finge que el concebido ha nacido ya, sino simplemente se equipara a ciertos efectos la situación del póstumo o del concebido a la del nacido. En los textos citados, especialmente en el de Paulo (D.1.5.7), se considera que el concebido está en cierto modo en las cosas humanas, o se reputa que existe a efectos de la debida protección, pero con estas expresiones no se finge una realidad, ni tampoco existe la nota de imperatividad característica de la ficción.

Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto a reglas que vienen considerándose como ficciones⁹⁴, y así, la regla *in iure confessi pro iudicatis habentur* (Ulpiano, D.42.1.56), clara equiparación que procede de una norma de la ley de las XII Tablas⁹⁵.

93. Sobre las distintas hipótesis de alteración de estos textos, vid. el *Index Interpolationum*.

94. Cfr. DEKKERS: *La fiction* cit., págs. 41 y ss.

95. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*.

17. Los autores insisten también en considerar como ficticias otras concepciones doctrinales de la jurisprudencia, entre las que destacan especialmente la concepción de la herencia yacente⁹⁶. Para calificar los principios jurídicos aplicables a esta institución, creemos necesario hacer unas observaciones sobre los distintos entes patrimoniales de creación jurisprudencial.

Los entes patrimoniales, como son el peculio, la dote y la herencia yacente, son conjuntos de bienes o especiales patrimonios, que los jurisconsultos consideran separadamente individualizándolos para explicar con mayor precisión las diversas vicisitudes y situaciones en que pueden encontrarse. En la concepción de estos entes, se sirven de la semejanza que todo ente real o lógico tiene con la persona humana, en cuanto aparece o nace, sufre distintas vicisitudes y se encuentra en diversas situaciones, y desaparece o muere. Se trata de construcciones doctrinales que tienen a veces un sentido metafórico, pero que no pueden considerarse como ficticias.

La concepción del peculio es bastante explicativa. En la doctrina jurisprudencial, el peculio se concibe como una entidad patrimonial propia, y es curioso observar cómo los juristas, que no llegaron a elaborar una doctrina de la persona jurídica ni del ente jurídico con base patrimonial, consideran al peculio como un *nomen iuris*, al igual que la herencia. Los jurisconsultos expresan así esta idea:

Marciano, l. 5. reg. D. 15. 1. 40 pr.: *Peculium nascitur crescit decrescit moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simili esse homini*⁹⁷. 1. *Quomodo autem peculium nascitur, quaesitum est. Et ita veteres distingunt, si id adquisit servus quod dominus necesse non habet praestare, id esse peculium... Ita igitur nascitur peculium: crescit, cum auctum fuerit; decrescit, cum servi vicarii moriuntur, res intercidunt: moritur cum ademptum sit.*

Pomponio, l. 7 ad Sab. D. 15. 1. 4 pr. *nam cum servi peculium totum adimere vel augere vel minuire dominus possit.*

96. Vid. DEKKERS: *La fiction* cit., pág. 194; STEINWENTER: *Prolegomena* cit., I, pág. 126, n. 2 y los autores citados por BONFANTE: *Corso di diritto romano*, VI, págs. 206 y ss.

97. ACCURSIO: *Digestum velus I* (Venetiis, 1592), col. 1172, comentaba jocosamente *eadem ratio et asino*.

Para mejor explicar, por tanto, la constitución, aumentos, disminuciones y *ademptio* del peculio, se recurre a la semejanza con el hombre.

También la dote se concibe por los juristas con una vida y configuración propia y en cierto sentido independiente a la de los sujetos a que se vincula. Su finalidad es propia y específica, la de satisfacer las cargas y necesidades del matrimonio; los bienes y medios materiales que la integran forman una unidad de destino y de administración y todos los aumentos y disminuciones patrimoniales van referidos no a los sujetos sino al ente dotal⁹⁸.

Finalmente, la herencia yacente se concibe también como un ente patrimonial a ciertos efectos. La jurisprudencia romana se ocupó de la *hereditas iacens*, como afirma Fuenteseca, a efectos de regular la actividad del *servus hereditarius*, que al principio se limitó al ámbito del peculio y que progresivamente se amplió a toda adquisición a favor de la herencia⁹⁹. Los juristas llegan a la concepción de que la herencia como ente patrimonial puede desempeñar la función de *domina*. Los textos que expresan más claramente el principio son los siguientes:

Pomponio, l. 18 *ad Sabinum*, D. 11. 1. 15: *Si ante aditam hereditatem servum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas.*

Labeón, ap. Ulpiano, D. 43. 24. 13 5... *hereditas dominae locum optinet.*

Gayo, l. 17 *ad ed. prov.* D. 28. 5. 31. 1.: *Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere.*

Florentino, l. 8. *instit.* D. 46. 1. 22.: *Mortuo reo promittendi at ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fingitur, sicuti municipium et decuria et societas.*

Paulo, l. 18 *ad Plautium*, D. 41. 3. 15 pr.: *Nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est.*

98. Sobre la concepción de la dote nos remitimos a nuestro estudio *Ius Uxorium* cit., Cap. III.

99. Vid. FUENTESECA: *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto a la hereditas iacens*, en AHDE, 26 (1956), págs. 243 y ss. y la bibliografía que cita.

Ulpiano, *l. 14 de censibus*, D. 41. 1. 34: *Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.*

La herencia aparece, en primer lugar, en estos textos como *domini loco*, y la calificación de la herencia como *domina* probablemente ha sido producto de una generalización tardía ¹⁰⁰. *Domini loco* significa que la herencia debe considerarse en el lugar del dueño, lo que no implica ficción alguna sino una construcción doctrinal ¹⁰¹. Las otras expresiones del texto de Florentino, *hereditas personae vice fungitur* ¹⁰², y de Paulo, *hereditatem vice personae fungi*, se interpretan en el sentido de que la herencia yacente se considera como persona, en su concepción de ente patrimonial, o que es sostenedora de la *persona defuncti*, cuando es necesario referirse a una persona física que se considera titular de determinados derechos y acciones hereditarias y como sujeto de las adquisiciones del *servus* ¹⁰³.

Tanto en la herencia yacente, como en la dote y en el peculio, se trata, por consiguiente, de construcciones doctrinales en las que interviene la analogía, en relación con las situaciones del sujeto, pero no la ficción.

M. GARCÍA GARRIDO

100. Vid. FUENTESECA, op. cit., pág. 259, que en D. 9.2.13.2 corrige acertadamente *dominus ergo* por *domini loco*.

101. La consideración de la herencia como *domina* no supone tampoco que se utilice la ficción, pues se trata simplemente de un atributo lógico, de una apreciación a efectos jurídicos que no deforma una realidad.

102. Según FUENTESECA, op. cit., pág. 263, la corrección de DI MARZO, *quia hereditas personae defuncti...*, ha tenido el acierto de reafirmar la idea de que la palabra *persona* es una abreviación de *persona defuncti*.

103. Cfr. FUENTESECA, op. cit., pág. 265.