

PUNTOS DE VISTA DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA RESPECTO A LA «HEREDITAS IACENS»

SUMARIO: I. LA «HEREDITAS IACENS» EN LA DOCTRINA ROMANÍSTICA.—
II. LA ACTIVIDAD DE LOS «SERVI HEREDITARII ANTE ADITAM HEREDITATEM»,
III. LA «HEREDITAS IACENS» Y EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA EN EL PENSAMIENTO ROMANO.

I. LA «HEREDITAS IACENS» EN LA DOCTRINA ROMANÍSTICA

La *hereditas iacens* preocupó a los romanistas desde el punto de vista de la personalidad jurídica. ¿Se trata de un antecedente o no de la persona jurídica fundacional del Derecho moderno? En esta dirección aparecen los estudios de Di Marzo¹, Scaduto² y D'Amia³, que señalan una reacción crítica sobre las fuentes. Los dos primeros, considerando interpoladas las expresiones *domina* y *persona* atribuída a la *hereditas* en algunos pasajes del Digesto, suponen compilatoria la idea de persona jurídica. D'Amia, en cambio, reacciona contra esta crítica y tiende a ver una manifestación normal de personalidad jurídica en la *hereditas iacens*.

La doctrina pandectista había admitido la idea de la personalidad jurídica en general. Algunos autores, oponiéndose a esta idea, sostuvieron la existencia de una persona ficticia como sujeto de la *hereditas* (continuación de la personalidad patrimonial del causante) difícilmente diferenciable respecto

1. DI MARZO: *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, en «Studi Scialoja», II (Milán, 1905), 11 ss.

2. SCADUTO: *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, en «Annali Palermo», 8 (1921).

3. D'AMIA: *L'eredità giacente* (Milán, 1937). Un estudio más reciente es el de ELGUERA: *La herencia yacente en el Derecho romano*, en «Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales» (Universidad de Córdoba, Argentina), págs. 57-82.

a la anterior. Otros autores idearon el concepto de patrimonio sin sujeto destinado a un fin. Ihering, que con puntos de vista propios, en el fondo está en esta línea de pensamiento, supone que la *hereditas* continúa el lado pasivo de los derechos⁴.

En nuestro estudio prescindimos de toda la literatura histórica—me refiero, sobre todo, a la pandectística—anterior a los estudios exclusivamente romanísticos antes citados. Con un análisis directo de las fuentes creemos posible confirmar los siguientes puntos de vista:

1) La jurisprudencia romana no se ha preocupado de establecer un concepto preciso de *hereditas iacens*, sino únicamente de un problema concreto: la regulación de la actividad del *servus hereditarius*.

2) En principio, la posibilidad de actuación del *servus hereditarius* tuvo su cauce en el ámbito de *peculium*, y progresivamente se amplió a toda adquisición a favor de la *hereditas*, pero no a actos dispositivos, de crédito, por ejemplo, que podían perjudicar a ésta.

3) No solamente hay una ausencia casi total de teorización acerca de la personalidad jurídica, sino que la idea de *persona* aplicada a la *hereditas* fué una abreviación de la expresión *persona defuncti*. Pero es forzoso admitir que una corriente de pensamiento nacida en el ámbito de las asociaciones—*collegia, societates*—vino a coincidir, en el pensamiento quizá justiniano, con la personificación imperfecta que la *hereditas iacens* había significado. La *hereditas iacens* se había considerado: a), *domini loco*, respecto al *servus hereditarius*; b), a veces, *personae defuncti vice*.

II. LA ACTIVIDAD DE LOS «SERVI HEREDITARII ANTE ADITAM HEREDITATEM».

La revisión de los fragmentos del Digesto que se refieren, directa o indirectamente, a la *hereditas iacens*, pone de manifiesto claramente que este instituto preocupó a los juristas romanos,

4. Cfr. un resumen de teorías acerca de la *hereditas iacens*, en BONFANTE: *Corso di Diritto romano*, vol. VI. págs. 206 y ss.

fundamentalmente, a propósito de las actividades del *servus hereditarius*⁵. La mayor parte de las cuestiones en que la herencia yacente es aludida son problemas surgidos a propósito de la actividad de los *servi*. En este sentido la *hereditas* romana constituía un foco de actividades que perduraban, muerto el causante o titular de aquélla, por obra de los esclavos que se hallaban bajo la *potestas* del difunto.

Era natural hacer recaer sobre la *hereditas* el resultado de la actividad del *servus hereditarius*, puesto que el esclavo había perdido su *dominus* y, no habiendo sido adida la herencia, no había más sujeto a quien atribuir las adquisiciones que la *hereditas* misma. Un fragmento de Hermogeniano que, sin duda, refleja un pensamiento jurídico tardío, recoge perfectamente la relación entre el *servus hereditarius* y la *hereditas*, desde el principal punto de vista: el de las adquisiciones.

D. 41, 1, 61:

Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. in his sane quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest, ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur heres exspectandus est. Usufructus, quia sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur⁶.

Las adquisiciones del *servus hereditarius* recaían, naturalmente, sobre la *hereditas* que, en este sentido, hacía el papel de *dominus*. Pero en aquellos casos en que la actividad del *servus* requería el concurso de una actividad personal del *dominus* —aquí *factum personae* es claramente elocuente— el esclavo no podía actuar; tal es el caso de adición de herencia para el que se requería el *iussus domini* o el *usufructus* que no podía nacer en la persona del esclavo.

Este fragmento de Hermogeniano resulta verdaderamente

5. Cfr. D. 41, 1, 61; 44, 7, 16; 45, 3, 28, 4; 45, 3, 18, 2; 45, 3, 16; 45, 3, 35; 46, 4, 11, 2; 46, 3, 32; 44, 3, 4; 46, 1, 22; 28, 5, 53(52); 28, 5, 31, 1; 31, 55, 1; 31, 38; 7, 3, 1, 2; 41, 3, 44, 3; 41, 3, 45, 1; 9, 2, 12, 2.

6. SIBER: *Römisches Privatrecht*, 387, sustituye acertadamente [adeoque] por <ideoque>. SCADUTO: Ob. cit., pág. 13, suprime [ut-domino].

paradigmático, y puede decirse que resume el pensamiento último de los juristas en este punto, como veremos a lo largo de nuestra exposición.

El *servus* realizaba una actividad jurídica cuyo sujeto se veía en la *hereditas*. No entramos ahora en el problema de los límites de esta actividad, cuestión difícil que será analizada más adelante, pero quizá pueda afirmarse que dicha actividad se circunscribía al ámbito del *peculium*. Veamos ahora la actividad jurídica de los *servi*.

En un fragmento de Juliano aparecen recogidas todas las posibilidades de actividad jurídica de los *servi hereditarii* a favor de la *hereditas*:

D. 44, 7, 16:

Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem pignoris causa ei tradiderat et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti per traditionem accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit ne res usucapi possit. nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquiret, haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio acquisita intellegi debet⁷.

Esta opinión de Juliano se refería, sin duda, a la fiducia realizada a favor de un *servus* que concedió un crédito; seguida de una entrega al fiduciante. Aparecen resumidas en nuestro fragmento la mayor parte de las actividades jurídicas que el *servus hereditarius* podía llevar a cabo a favor de la *hereditas*: *mancipatio* (*traditionem mancipio accipiendo*), *mutuum*, *commodatum*, *depositum* y *precarium*.

Una amplia actividad debió de tener su cauce en la *stipulatio*. En efecto, consta que existieron discrepancias en la Jurisprudencia. Hay noticia de una discrepancia entre Próculo y Casio, en D. 45, 3, 28, 4:

Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit. Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus

7. Este fragmento ha sido bastante criticado. Cfr. *Index Interpolationum*. Lo que parece muy probable es que se refería a la *fiducia*, y en ello se basan las fundamentales alteraciones presuntas. Por lo demás, las posibilidades negociales reconocidas al *servus* están fuera de crítica.

est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videatur ex mortis tempore defuncto successisse: quae ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta facta intellegitur, licet post aliquod tempus heres extiterit: manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri⁸.

Próculo no admitía la posibilidad de *stipulatio* a favor de un heredero futuro, considerándole extraño en el momento de realizarse la estipulación. Pero Casio, en cambio, admite esta posibilidad fundándose en la ficción de retroactividad, según la cual el *heres* parece haber sucedido *ex mortis tempore*.

Papiniano negaba toda posibilidad de estipular tanto a favor del heredero como del difunto: D. 45, 3, 18, 2.

... num ex hac stipulatione nihil acquisitum heredi videtur, quomodo si servus hereditarius defuncto aut etiam heredi futuro stipulatus fuisset⁹.

Tampoco Paulo admite una *stipulatio* a favor del futuro heredero.

D. 45, 3, 16:

Servus hereditarius futuro heredi nominatim dari stipulatus nihil agit, quia stipulationis tempore heres dominus eius non fuit.

Si se admite la idea de Rotondi, según la cual la expresión *nominatim*¹⁰ es interpolada, el pensamiento de Paulo sería radicalmente negativo; pero es muy probable que el pensamiento de Paulo signifique la no admisibilidad de una *stipulatio* a favor de un heredero futuro determinado, considerando admisible, en cambio, una *stipulatio* genéricamente concedida a favor del heredero. En favor de esta opinión está el hecho de que Venu-

8. Ha sido criticada sobre todo la parte final del fragmento por BESELER en SZ, 51 (1931), 202 y SZ, 43 (1922), 554. Cfr. *Index Interpolationum*.

9. BESELER critica la parte anterior de este fragmento, y su crítica alcanza hasta *num ex hac stipulatione*.

10. ROTONDI ha considera interpolado *nominatim* (Cfr. *Scritti Giuridici*, 2, 329), y BONFANTE (*Corso*, VI, 210) acepta dicha interpolación. Se manifiesta en contra, en cambio, MICOLIER: *Pecule et capacité patrimoniale (Etude sur la pécule, dit profetice, depuis l'édit «de peculio» jusqu'a le fin de l'époque classique)*, Lyon, 1932, pág. 133.

leyo, que acaso seguía a la escuela sabiniana (Kipp, *Geschichte*, 132) había admitido ya sin vacilación la *stipulatio* de un *servus hereditarius* (D. 45, 3, 25, Venuleyo, Lib. XII *stipulationum*).

Que se dió una línea evolutiva en el sentido de admitir la *stipulatio* a favor del heredero, lo prueba la afirmación de Modestino, que aparece rotundamente establecida:

D. 45, 3, 35 (Modestino, 7 *Regularum*):

Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur ¹¹.

Además, el punto final de esta evolución de pensamiento se halla claramente expresado en las Instituciones de Justiniano (III, 17):

Servus ex persona domini ius stipulandi habet. sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati ac per hoc etiam heredi postea facto acquiritur.

He aquí el último término de la evolución. El *servus hereditarius* puede hacer una *stipulatio* que constituirá, en principio, derecho adquirido para la *hereditas* y, luego, en consecuencia, para el *heres*.

El esclavo podía realizar una *acceptilatio* respecto a lo prometido por el difunto y liberaba a la *hereditas*:

D. 46, 4, 11, 2:

Si servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptum roget, quod defunctus promisit, verius puto contingere liberationem, ut per hoc hereditas ipsa liberetur ¹².

Del mismo modo, el pago realizado al *servus*, en el período de herencia yacente, correspondiente a un crédito de *res peculiares* de éste, libera al deudor.

11. MICOLIER (op. cit., pág. 133) ha sostenido la genuinidad de este fragmento contra SCADUTO, FOTONDI, seguido por ALBERTARIO, crítica [*et heredi futuro et*]. Cfr. *Index Interpolationum*.

12. RABEL (*Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basilea, 1955, pág. 229, 1) considera insegura la última frase: [*ut liberetur*].

D. 46, 3, 32, pr.:

Si servus peculiari nomine crediderit eique debitor, cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur.

También la *satisfatio* puede ser realizada a favor de un *servus hereditarius*.

D. 44, 3, 4 (Javoleno, 7 *epistolarum*):

Si servus hereditarius aut eius, qui in hostium potestate sit, satis acceperit, continuo dies satisfationis cedere incipiet: ... 13.

Se admite que, muerto el deudor, y antes de que la herencia sea adida cabe la admisión de un fiador: D. 46, 1, 22 (Florentino, 8 *Institutionum*):

Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiusor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipitum et decuria et societas 14.

El supuesto contenido en el fragmento puede ser objeto de las más diversas interpretaciones. La más lógica parece ser el suponer un caso de deudor—*reus promittendi*—fallecido, cuya deuda, durante el estado yacente de la *hereditas*, recaerá en ésta como sujeto, en cuanto *personae vice fungitur*. En esta situación puede tener lugar una fianza.

Ya hemos visto la posibilidad del *servus hereditarius* con respecto a la *stipulatio*. Pudiera suponerse que el *reus promittendi* de que nos habla el fragmento fuese alguien que había prometido al *servus hereditarius*. Este era un *debitor hereditarius* que, naturalmente, podía pagar al *servus*: D. 5, 3, 14: *debitor hereditarius intellegitur is quoque qui servo hereditario promissit...* Muerto este deudor podía producirse una fianza a favor de la *hereditas*.

En materia de herencia y legado el esclavo hereditario adquiere también para la herencia. El problema de capacidad, en este caso, se resuelve mirando al difunto:

13. BESELER critica la expresión *continuo*. Cfr. SZ, 51 (1931), 202.

14. La última parte del texto [*quia-societas*] ha sido muy criticada. Pero el cotejo de este fragmento con D. 30, 116,3 del mismo Florentino, demuestra que únicamente puede sospecharse de la última parte [*sicuti-societas*] como ha puesto de manifiesto DI MARZO en *Studi Scialoja*, II, pág. 51. Cfr. BONFANTE: *Corso*, VI, pág. 219.

D. 28, 5, 53 (52).

Servus hereditarius institui potest, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit.

Sin embargo, el *servus* instituido no podrá adir la herencia, porque se necesita un *factum personae*, que es el *iussus domini: quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres expectandus est.* (D. 41, 1, 61, pr.).

La base de admisibilidad de esta institución del *servus* la encuentra Gayo en la existencia misma de la *hereditas* que sostiene, en cierto modo, la personalidad del difunto:

D. 28, 5, 31, 1 (Gayo, 18 *ad edictum provinciale*).

Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse <et> defuncti locum optinere¹⁵.

Aquí se manifiesta, una vez más, la línea de pensamiento que condujo a una cierta personificación de la *hereditas*. El *servus hereditarius* era una realidad activa con la que había que contar y era natural ver en la *hereditas* misma el sustituto del *dominus* inexistente.

En forma semejante, se admitió el otorgamiento de legado a favor del *servus hereditarius* que, en definitiva, adquiere para la *hereditas*. El problema aparece planteado de modo especial a propósito de la *capacitas* por Gayo en D. 31, 55, 1 (Lib. 12 *ad legem Juliam et Papiam*).

Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis an defuncti persona an neutrius spectari debeat, et post multas varietates placet, ut quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento acquiritur legatum hereditati atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest: reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit¹⁶.

15. Más adelante haremos la crítica de este fragmento en el cual la expresión *dominam esse* quizá no sea genuina (Cfr. *Index Interpolationum*). No obstante, el contenido fundamental no varía.

16. La solución dada al problema de la *capacitas* a BONFANTE (*Corso*, VI, página 212) le parece justinianea y el razonamiento singular (Cfr. *Index*

El heredero instituido no tiene *capacitas* para adquirir la herencia. El legatario es un *servus hereditarius*: ¿cómo se determina la *capacitas* de éste respecto a las leyes caducarias? En este punto fué preciso reconocer la falta de persona física como *dominus* de la *hereditas*: *quia nullus est dominus in cuius persona de capacitate quaeri potest...* Debido a ello, *adquiritur legatum hereditati*. Luego corresponderá a quien resulte heredero en la medida en que pueda recibir. No había otro modo de resolver esta situación más que remitiéndose a la personalidad del sucesor, pero haciendo recaer, entre tanto, el legado en la *hereditas*.

Asimismo en otro caso de dificultad se resolvió el otorgamiento del legado a la *hereditas*, antes ya de la muerte del *de cuius*.

D. 30, 91, 6:

Si mihi servus a te herede legatus fuerit et eidem servo aliquis legaverit et vivo eo qui mihi servum legaverat dies legati servo dati cesserit, confestim id legatum hereditati acquiritur: et ideo, quamvis postea moritur is qui servum mihi legaverat, ad me id quod servo legatum est non pertinebit.

La solución, aparentemente compleja, que en este fragmento se contempla, es el expediente arbitrado para el caso de que un *servus legatus* —no adquirido todavía por el legatario— haya adquirido algo. ¿Adónde van a parar las adquisiciones del *servus* en estas circunstancias? Resulta explicable que adquiera el patrimonio hereditario: la *hereditas*. No obstante, en el caso referido en nuestro fragmento sería lógico atribuir al *dominus* la adquisición porque todavía existía éste como titular del patrimonio. Ciertamente, esta alusión a la *hereditas* resulta un tanto extraña y se ha discutido ya sobre ella, pero en la hipótesis un tanto escolástica que en el fragmento se plantea, no resulta excesivamente anómala por las siguientes razones:

Interpolationum). Que la *capacitas* en el sentido de las leyes *Julia et Papia Poppea* se valoraba en la persona del heredero al momento de la adición es indudable, como el mismo BONFANTE observa (*loc. cit.*) y por ello no hay por qué considerar inaceptable la idea contenida en el fragmento, si bien pudiera suponerse retocado en algún aspecto. Una expresión semejante, *post magnas varietates*, aparece también en Hermogeniano, D. 41, 8, 9.

El problema de la determinación del sujeto de las adquisiciones del *servus legatus* antes de la adquisición del mismo por el legatario y, como caso particular, en caso de *hereditas iacens*, preocupó a los juristas. Javoleno, había resuelto:

D. 31, 38 (2 ex Cassio):

Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati acquirit.

El *servus hereditarius* que ha sido legado adquirirá para la *hereditas* de que forma parte hasta que el legatario, con la adición, lo adquiera. Biondi corrige <legatarius> en vez de *legatus* y supone que se trata de un *servus legatarius*¹⁷ que adquiriría, naturalmente, lo que hubiese recaído como legado, para la *hereditas*. A nuestro juicio no se trata de esta hipótesis obvia, sino de la otra más necesitada de regulación, la del *servus* que, habiendo sido legado, forma parte todavía de la *hereditas* por no haber sido adquirido por el legatario. Por eso en la hipótesis anterior, la del fragmento, D. 30, 91, 6, es muy probable que Juliano escribiese *hereditati acquiritur*.

El mismo Juliano parece haber admitido la adquisición de legados, en general (no se trata del caso concreto de las adquisiciones del *servus legatus*) a favor de la *hereditas*. Tenemos un testimonio bastante claro a propósito del legado de usufructo a favor de un *servus hereditarius*:

D. 7, 3, 1, 2 (Ulpiano, 7 ad Sabinum).

Dies autem usufructus, item usus non prius cedet quam hereditas adeatur: tunc enim constituitur usus fructus, cum quis iam frui potest. hac ratione et si servo hereditario usufructus legetur, Julianus scribit, quamvis cetera legata hereditati adquirantur, in usu fructu tamen personam domini expectari, qui uti et frui possit¹⁸.

El legado de usufructo presentaba la peculiaridad de que *sine persona esse non potest*¹⁹. En éste el *dies* no se daba

17. BIONDI: *Successione testamentaria. Donazioni*, Milán, Giuffrè, 1943, página 345.

18. La misma opinión se nos conserva en *Fragmenta Vaticana*, 60.

19. Cfr. Frag. Vat. 55 y D. 45, 3, 26 Cfr. asimismo D. 41, 1, 61, 1: *Usufructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur*.

como en los demás legados—*ante aditam hereditatem*, según decisión de Juliano en contra de la antigua opinión de Labeón (Cfr. Frag. Vat. 60).

Así como para la aceptación de una herencia por parte de *servus hereditarius* es preciso esperar el *iussus domini* del heredero, para la aceptación en materia de legados, en cambio, una vez que el *dies cedens* había tenido lugar se debía considerar adquirido el legado para la herencia quizá como norma general. Este aspecto, no preocupó, pues, a los juristas especialmente. Más preocupación tuvieron respecto a la regulación de la situación del *servus legatus*. Este caso sí constituyó motivo de preocupación en las diversas hipótesis presumibles. Así, si el heredero antes de adir la herencia mata al *servus legatus* no se darán a favor del legatario, ni la *actio legis Aquiliae* ni la *actio de dolo* sino la *actio ex testamento* (D. 4, 3, 7, 5): si, en cambio, fué muerto o maltratado por un tercero *ante aditam hereditatem* el heredero adquiriría la *actio legis Aquiliae* mediante la *hereditas* (D. 9, 2, 15 pr.)

Por último vamos a referirnos a la adquisición de la *possessio* y consiguiente *usucapio* a favor de la *hereditas*.

Indudablemente, el *servus* adquiriría la *possessio* incluso *domino ignoranti*, en el ámbito del *peculium*, como en otra ocasión hemos demostrado²⁰. Pero las fuentes en el caso concreto de *hereditas iacens* se refieren más a la *usucapio* que a la *possessio*. Hay una mención concreta en un fragmento ya analizado, D. 44, 7, 16: *haec ita si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio adquisita intellegi debet* (se refiere al *servus hereditarius* todo el fragmento).

Sin embargo, son suficientemente claras las menciones de la *usucapio* a favor de la *hereditas* mediante el *servus hereditarius*, y ello prueba la posibilidad de *possessio* en el mismo sentido. El pensamiento de los juristas se muestra coherente y claro:

D. 41, 3, 40 (Neracio, 5 *Regularum*): *Coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est*. Efectivamente, parece que se admitieron dos posibilidades de *usucapio* antes de la adición: a), la realizada en cosas gestio-

20. Cfr. nuestro estudio *Possessio domini ignoranti*, en AHDE, 24 (1954), 559-585.

nadas por el *servus* (sin duda, *peculiariter*) y b), si el causante había comenzado a usucapir. D. 41, 3, 44, 3.

Nondum aditae hereditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hereditarius aliquid comparat, sive defunctus usucapere coeperat: sed haec iure singulari recepta sunt.

Indirectamente confirma esta hipótesis la afirmación de Papiniano, según el cual, *post mortem domini*, salvo que el *servus hereditarius* tenga la cosa, la *usucapio* comenzará en el momento de adir la herencia porque no se puede usucapir lo que antes no fué poseído por el difunto:

D. 41, 3, 45, 1 (Papiniano, lib. 10 *Responsorum*).

Post mortem domini <nisi> servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae: quemadmodum etenim usucapietur, quod antea defunctus non possederat? ²¹.

III. «PECULIUM Y HEREDITAS IACENS».

La necesidad de regular la actividad de los *servi hereditarii* determinó, como hemos visto, la casi totalidad de las decisiones de los jurisconsultos acerca de la *hereditas iacens*. El *servus* mantuvo en actividad el patrimonio hereditario. Ahora bien, hay un problema de límites respecto a esta actividad. Hay que pensar que la actividad del *servus* estuvo en íntima relación con las *res peculiares*. Es bien sabido que el esclavo realizaba, dentro del ámbito del *peculium*, múltiples operaciones jurídicas por la facultad que implicaba la *libera administratio peculii* ²² otorgada por el *dominus*. En algunos aspectos, como en los casos

21. De este fragmento nos hemos ocupado con anterioridad (vid. especialmente, por lo que respecta a la integración del mismo con la partícula <nisi>, *Possessio domini ignoranti*, op. cit., pág. 582.

22. No entramos en la discusión acerca de si esta *libera administratio peculii* constituía una concesión especial o iba implícita en la concesión del *peculium*. Tampoco prejuzgamos nada acerca de la expresión *libera administratio*. Vid. sobre este punto, G. LONGO: *Il concetto classico e il concetto giustiniano di administratio peculii*, en «Archivio Giuridico», vol. 100 (1928), fasc. II, 184 ss. ALBERTARIO; *Studi*, I, 139-56; LONGO: *Libera administratio peculii*, en RIDR, 38 (1930), 29 ss.

de *possessio* y *usucapio*, el *servus* adquiría *etiam ignorantibus domino*. Es lógico pensar que el fallecimiento del *dominus* no paralizase la actividad del *servus* en la esfera del *peculium*. Importa, pues, determinar en qué medida esta actividad del *servus* durante la situación de *hereditas iacens* se limitó a la *res peculiares*. En otros términos, ¿puede decirse que toda actividad desarrollada por los *servi* de la *hereditas iacens* se circunscribió al ámbito de las *res peculiares*? Este es el problema de límites, hace poco aludido, que, a nuestro juicio, no tiene una solución clara en las fuentes, si bien una exclusión en orden a actos dispositivos parece hallar confirmación en las mismas.

El fragmento de Hermogeniano, que hemos considerado fundamental en materia de *hereditas iacens* (D. 41, 1, 61), hace una afirmación general (*hereditati quoque ut domino, per servum hereditarium acquiritur*) respecto a las posibilidades de adquisición del *servus* sin referencia al *peculium*.

Otros fragmentos, en cambio, se refieren explícitamente a la facultad de negociar del *servus* para la *hereditas* dentro del ámbito del *peculium*. Así, D. 44, 7, 16, en donde se enumeran una serie de negocios realizables por el *servus hereditarius* (mutuo, fiducia, comodato, depósito) y se insiste en advertir: *haec ita, si peculiare negotium contractum est*. No cabe pensar que el *servus hereditarius* pudiese operar con el patrimonio hereditario a su voluntad, hasta el extremo de hacer créditos pecuniarios. Concretamente, esta facultad no pudo haber excedido del ámbito del *peculium*. En efecto, además del fragmento que nos ocupa (D. 44, 7, 16), aparecen aludidos otros casos de crédito del *servus*²³, pero siempre dentro del *peculium*; se distingue claramente entre el crédito *ex peculio* y el que se hace con *dominica pecunia*; en este caso si *permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est* (D. 46, 3, 35).

Parece indudable que el *servus* podía realizar un mutuo únicamente *ex peculio*, porque si lo hacía con *dominica pecunia* debía realizarlo *permissu domini*. Como en caso de *hereditas iacens* este permiso no podía presumirse, como hemos visto a propó-

²³. Cfr. D. 46, 3, 35 y D. 46, 3, 32: *Si servus peculiare nomine crederit...*

sito del *iussus domini* para adir la herencia (D. 41, 1, 61), es clara la limitación del mutuo al ámbito del *peculium*. Parece lógico pensar, con base en D. 44, 7, 16, que la misma limitación se dió respecto al depósito y al comodato. En cambio, cabe pensar que, fuera de estos casos de actos dispositivos que podían poner en riesgo el patrimonio hereditario (el más peligroso sería el otorgamiento de créditos), el *servus hereditarius* podía realizar actos adquisitivos que engrosaban la *hereditas*, no solamente en el ámbito del *peculium*, sino también fuera de éste. A propósito de la *usucapio*, hemos visto cómo el *servus* podía continuar la iniciada por el difunto, además de la que él mismo podía lograr en la *res peculiares*.

Claramente se percibe el esfuerzo de la Jurisprudencia por el logro de una mayor posibilidad de adquisición a favor de la *hereditas* en el caso concreto de la *stipulatio*. Hemos puesto de manifiesto en nuestro trabajo la evolución que condujo a la admisión de una *stipulatio* a favor del *heres* realizada por el *servus hereditarius*. Hasta Modestino no se llega a la afirmación rotunda de que el *servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur* (D. 45, 3, 35). La dificultad que se oponía a esta afirmación radicaba en el hecho de la inexistencia de un *dominus*, porque todavía para Justiniano el *servus ex persona domini ius stipulandi habet* (Inst. 3, 17 pr.). Fue necesario llegar a admitir que el *servus* hiciese una *stipulatio* en caso de *hereditas iacens* para facilitar esta vía de adquisición que la *stipulatio* significaba. Muy lentamente se llegó a esta admisibilidad, quizá tardía en el pensamiento clásico y que no parece haberse circunscrito al *peculium*.

Hemos visto ya cómo se solucionó el problema de las adquisiciones en materia de herencia y legado a favor del *servus hereditarius*. A la misma idea de facilitar las adquisiciones a favor de la *hereditas* responde la facultad otorgada al *servus* de hacer una *acceptilatio* de lo prometido por el difunto que aparece reconocida, como hemos visto, por Paulo en D. 46, 4, 11, 2, porque, como él mismo afirma, *species acquirendi est liberare dominum obligatione* (D. 46, 4, 11 pr.).

Quizá en esta corriente de favorecimiento de las adquisiciones haya llegado un momento en que fué preciso aclarar los

términos en que podían darse las adquisiciones del *servus*. Así, en dos fragmentos, uno de Ulpiano, D. 41, 1, 18, y otro de Juliano, D. 29, 2, 43 (que parecen coincidir en fondo y forma, de modo curioso), se advierte que el *heres* no puede adquirir *per servum hereditarium quod est eiusdem hereditatis*. El significado de este pensamiento, no enteramente claro, acaso haya que verlo en relación con la *aditio*. El mismo Juliano dice (D. 29, 2, 45 pr.): *aditio hereditatis non est in opera servili*. Debe ser el heredero quien realice la *aditio* y el *servus* de la misma *hereditas* que debe ser adida (*servus hereditarius*), si bien puede adquirir para la *hereditas* y para el *heres*, no puede adquirir la *hereditas* misma o una parte para dicho *heres*.

IV. LA «HEREDITAS IACENS» Y LA IDEA DE PERSONA JURÍDICA EN EL PENSAMIENTO ROMANO.

Cuanto hemos dicho hasta aquí pone suficientemente de relieve el fin práctico que movió a los juristas romanos en materia de *hereditas iacens*. Se trata de regular la actividad de los *servi hereditarii* dentro de límites y cualquier otro problema teórico les fué ajeno. La idea de construir un concepto que constituya el antecedente del moderno de *persona jurídica* no aparece en los fragmentos que se ocupan de la *hereditas iacens* en el Digesto. No obstante, si teóricamente no hubo elaboración, pudiera interesar el expediente práctico, la solución que fueron dando al problema que la *hereditas iacens* planteaba como conjunto patrimonial sin titular. Por ello vamos a analizar en qué medida el conjunto de soluciones concretas permite rastrear una línea de pensamiento común entre la casuística de las fuentes.

En primer lugar es de advertir que el hecho de que el *servus hereditarius* fuese el elemento activo de la *hereditas*, tenía que llevar, por explicable consecuencia de ideas, al hallazgo de un *dominus* más o menos ficticio. De ahí que se pensase que la *hereditas* hacía el papel de *domina* del *servus*.

Esta idea aparece en el fragmento de Hermogeniano repetidamente aludido, D. 41, 1, 61: *hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur*. No resulta extraña esta asimi-

lación de la *hereditas* al *dominus*, admitida expresamente, en términos generales, la facultad de adquirir del *servus hereditarius*, por Paulo, a propósito del *peculium*: *et eo modo etiam hereditas nondum nato postumo aut nondum adita augeri per servum hereditarium solet* (D. 49, 15, 29).

Además del fragmento de Hermogeniano hay otra afirmación, en el fondo clásica, en que la *hereditas* es calificada como *domina*. Los términos en que el pensamiento de Ulpiano aparece expuesto pueden permitir alguna sospecha, pero es evidente que la *hereditas* sustituye al *dominus*. Ulpiano comenta el edicto en el cual se promete una acción al *duplum* contra el *servus*, que, manumitido en testamento y muerto el *dominus*, comete algún despojo en la herencia para perjudicar al *heres*, antes de la adición.

D. 47, 4, 1, 1:

Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit²⁴.

Probablemente se partió de la idea de considerar a la *hereditas*, *domini loco* más bien que *domina*. Parece lógico suponer inicialmente esta transposición de sujetos en las primeras consideraciones de la Jurisprudencia. En este sentido nos parece

24. La expresión *hoc est dominae* ha sido criticada desde diversos puntos de vista (cfr. *Index Interpolationum*), pero la supresión de dicha expresión implicaría un cambio también en todo el resto del fragmento que aparece concebido con suficiente lógica. Por otra parte, veremos que la expresión *domina* debió de ser extendida por los compiladores, porque, aparte de razones formales en la estructura de los textos, no respondía a la realidad clásica. La *hereditas* no era *domina* del *servus*, más bien podía decirse que se hallaba *domini loco*. Cabría, pues, sustituir [*hoc est dominae*] por *<quae est domini loco>*. Sería, asimismo, interpolada la expresión [*dominave*] y el verbo en plural; sería *<potest>* en vez de [*possunt*].

muy elocuente el contenido de D. 11, 1, 15 (Pomponio, 18 *ad Sabinum*):

Si ante aditam hereditatem servum hereditarium meum esse respondeam, teneor, quia domini loco habetur hereditas.

Aquí no aparece la *hereditas* como *domina*, sino al contrario, *domini loco*, es decir, en lugar del dueño. El pensamiento de Pomponio parece, en conjunto, perfectamente clásico; en realidad, aquélla se considera únicamente *domini loco*. De ahí que acaso el calificativo de *domina* haya sido generalizado en época tardía, o por los compiladores, en todos aquellos casos en que quizá originariamente se decía *domini loco*. Así, en algunos casos podía presumirse una sustitución de dicha expresión por otra más radical.

D. 9, 2 13, 2.

Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, quis Aquilia agat, cum dominus nullus sit huius servi, et ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse: [dominus ergo] <domini loco> hereditas habebitur. quare adita hereditate heres poterit experiri.

La expresión *dominus ergo* pareció ya extraña a Mommsem, que establece la corrección: <*dominus vero*>. Efectivamente, esta radical expresión parece contrastar con las afirmaciones anteriores: *cum dominus nullus sit huius servi... ait Celsus legem domino damna salva esse voluisse...* Después de estas alusiones resulta más admisible la expresión *domini loco hereditas habebitur*, que hemos hallado en el fragmento anterior, mejor adaptada al carácter de las ideas que preceden y más en consonancia también con lo que sigue comentando Ulpiano en D. 9, 2, 15:

... si ante aditam hereditatem occidatur legatus servus, apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem adquisita. quod si vulneratus sit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remansit, sed cedere ea legatario heredem oportet.

Se trata aquí de un *servus legatus* que, antes de adir la herencia, fué muerto. Interesa hacer notar cómo en este caso el heredero adquiere la facultad de ejercitar la *actio legis Aquiliae* mediante la *hereditas*. Asimismo, en caso de ser herido el *servus legatus* se afirma que la *actio* permanece en la *hereditas*.

Por todo ello, resulta más probable el suponer existente en D. 9, 2, 13, 2, la expresión *domini loco hereditas habebitur*. Es probable que dicho fragmento, y otros semejantes, hayan sido levemente modificados en el sentido de acentuar el concepto de *domina* respecto a la *hereditas*.

Quizá pueda admitirse una modificación del mismo sentido en D. 28, 5, 31, 1 (Gayo, 17 *ad Edictum*):

Hereditarium servum ante aditam hereditatem ideo placuit heredem institui posse, quia creditum est hereditatem dominam esse defuncti locum optinere.

Ante todo es extraña la ausencia al menos de *et* antes de *defuncti locum optinere*. Podía admitirse la doble razón justificadora de la *heredis institutio* de un *servus hereditarius* que aparece en el fragmento, pero son dos motivos que no suelen ser invocados juntamente. Así, en D. 43, 24, 13, 5: *accedit his, quod hereditas dominae locum optinet* (Ulpiano, 71 *ad Edictum*)²⁵. Es muy probable que esta última expresión sea clásica, salvo, quizá, la sustitución de [*dominae*] en vez de <*domini*>. En el anterior, en cambio, quizá la última parte pueda haber sido así: <*quia creditum est hereditatem domini locum optinere*>.

Que la *hereditas iacens* no fué plenamente mirada como *domina* del *servus* se deduce del hecho que se admite la *actio de peculio* en el caso de que se negocie con un *servus hereditarius*, del cual se dice *in nullius potestate esse*.

D. 15, 1, 3, pr.

...et si in nullius sit potestate, dari de peculio actionem, ut puta, si cum servo hereditario contractum sit ante aditam hereditatem.

Se dice, por otra parte, que la *res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt* (D. 1, 8, 1 pr.). Y todavía, admitiendo la posibilidad de que sea instiuido heredero el *servus* del póstumo, dice Jovelano (D. 28, 5, 65(64): *quia servus hereditarius, priusquam adeatur hereditas, institui heres potest, quamvis is testamenti facti tempore nullius sit*. Una vez más se afirma claramente que no se llegó a confi-

25. Acaso pueda suponerse aquí originariamente la siguiente expresión: *quod hereditas [dominae] <domini> locum optinet*.

gurar plenamente la *hereditas* como *domina*. Ello era, naturalmente, imposible en cuanto no se podía ver en ella un sujeto dotado de *animus*.

A propósito del *furtum* se planteó el curiosísimo problema de si la *hereditas* se poseía a sí misma. No se enfoca así claramente la cuestión, pero en el fondo así se planteó, como nos prueba un fragmento de Ulpiano:

D. 47, 4, 1, 15 (Ulpiano, 38 *ad Edictum*):

Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri, idcirco autem hereditati furtum non fieri quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi, sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.

¿Por qué el planteamiento de esta cuestión? Únicamente por el hecho de que existía una cierta tendencia a la personificación de la *hereditas* y se llegó a pensar si ésta no sería titular de *possessio*, es decir, poseedora de las mismas *res hereditariae*. El jurista no plantea así el problema, pero es claro su planteamiento. Apuntaba en el fondo la idea de la *hereditas* como sujeto autónomo, más allá de las mismas *res hereditariae*. Pero no se admitió esta personificación de la *hereditas* como sujeto abstracto respecto a las cosas que la integraban. Quizá este punto marca un ápice de la tendencia personificadora respecto a la *hereditas*. No se vió en ella un verdadero *dominus*: de lo contrario tendría la *potestas* sobre los *servi* y la *possessio* de las cosas que figurasen bajo su unitaria «personalidad». Por eso nos inclinamos a suponer que alguna interpretación posterior fué más allá que los juristas clásicos e incluyó radicalmente en los textos la expresión *domina* cuando, en realidad, no se había pasado de la idea de una especie de sustitución o representación del *dominus* (la *hereditas* se sustituía *domini loco*) respecto a la actividad de los *servi hereditarii*²⁶.

26. Una prueba más de la tendencia a acentuar en el pensamiento postclásico-justiniano la idea de que la *hereditas* es *domina* se halla en:

C. 4, 34, 9.

Cum hereditas personam [dominae] <defuncti> sustineat, ab heredi-

Pero si éste es un punto de llegada de una inevitable elaboración conceptual motivada por la práctica, no es el único que nos muestran las fuentes.

Había casos en que el suponer que la *hereditas* se hallaba *domini loco* no fué suficiente. Cuando fué preciso resolver un problema de capacidad (*testamentifactio*) se penso inevitablemente en el *defunctus* como punto de referencia y, por otra parte, cuando se trataba de una *stipulatio* del *servus* se miró al *heres*. Fué preciso acudir a personas físicas (existentes o no) para dar validez jurídica a algunos actos. De ahí que en las fuentes se mencione a la *hereditas* como haciendo las veces de una persona. Hay un conjunto de decisiones en que la *hereditas* actúa por la persona del difunto y alguna vez por el heredero. Aquí no es ya *dominus* en el sentido jurídico de propietario del *servus* (es decir, no está *loco domini*), sino *personae vice*.

Los fragmentos en que la *hereditas* aparece como continuadora de una persona merecen un análisis especial, entre otras razones, porque de ellos ha surgido la teoría de «la continuación de la personalidad del difunto». Esta teoría no puede decirse que se halle confirmada en las fuentes; al contrario, la *hereditas* fué un punto intermedio, con cierto grado de personificación entre el *de cuius* y el *heres*. Ciertamente, esta personificación no fué total, no se llegó a ver en ella un sujeto titular de derechos—una persona jurídica en sentido moderno—, porque esta abstracción no fué alcanzada con rigor teórico por los juristas clásicos romanos. Quizá el pensamiento justiniano tuvo mayor conciencia de esta abstracción, como veremos. De momento, vamos a poner de manifiesto cómo la voz *persona* (que frecuentemente fué una expresión abreviada de *persona defuncti*) tuvo una fortuna especial cuando se comenzó a aplicar en abstracto fuera del caso concreto de la *hereditas*.

tario servo, priusquam patri vestro successeritis, res commendatas secundum bonam fidem ab eius qui susceperat successoribus apud rectorem provinciae petere potestis.

Los fragmentos siguientes nos permitirán reconstruir la virtualidad de la voz *persona* aplicada a la *hereditas*.

En las Instituciones de Florentino hay un fragmento, ya comentado (D. 46, 1, 22), en que dice: *quia hereditas persona vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*.

Este pasaje, muy comentado por la crítica, parece apuntar a la idea de persona jurídica en sentido actual, sobre todo por la alusión al *municipium* y a la *societas* (indudablemente se piensa en las grandes *societates publicanorum*) junto a la *hereditas*. Todos los institutos aludidos son claros precedentes del moderno concepto de persona jurídica. Que el pensamiento encerrado en este fragmento apunta a esta idea es evidente. Por ello ha sido considerada espuria por la crítica la parte final. Sin embargo, el suprimir esta parte final, equivale simplemente a negar la clasicidad del pensamiento atribuido a Florentino, pero no se puede negar que la idea puede ser post-clásica o justiniana.

Di Marzo ha sustituido la parte final del fragmento [*sicuti societas*] con otra parte de las Instituciones de Florentino contenida en D. 30, 116, 3:

... quia hereditas personae defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.

Este sería el final de D. 46, 1, 22, en vez de *sicuti municipium et decuria et societas*.

Esta sustitución como tal es discutible, y en cierto modo gratuita, pero tiene la virtud de reafirmar la idea de que la palabra *persona* es una abreviación de *persona defuncti*. En ello nos hallamos enteramente de acuerdo, porque otros pasajes de las fuentes confirman esta idea. Pero no creemos rechazable la posibilidad de que Florentino, en un libro de Instituciones, haya insinuado que la *hereditas* realiza el papel de *persona* (*persona defuncti*) del mismo modo que *municipium*, *decuria* y *societas*. Son entidades que representan a personas físicas. Volveremos más adelante sobre este punto.

Ahora nos detendremos en poner de relieve el empleo del vocablo *persona* respecto a la *hereditas*.

Un pasaje de Ulpiano afirma claramente D. 41, 1, 34:

Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est.

La misma idea llega hasta Justiniano que en las Instituciones (II, 14, 2):

Servus alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio: nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti, cum et eius, qui in utero est, servus recte heres instituitur.

La idea de que la *hereditas personam defuncti sustinet* se mantuvo desde Florentino hasta Justiniano.

En este sentido hay que entender, pues, la expresión de Paulo en el discutido fragmento, D. 41, 3, 15 pr.: *nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est*. También aquí se hacía referencia a las posibilidades del de *cuius* muerto *in captivitate*.

Únicamente para justificar la validez de la *stipulatio servi* a favor del *heres*—objeto, como hemos visto, de discrepancia entre los juristas—aparece en un fragmento de Pomponio (D. 46, 2, 24) la afirmación: ... *sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*.

En resumen, puede afirmarse que en aquellos casos en que fué necesario hacer referencia a una persona física para regular la situación de la *hereditas*, se miró preferentemente al *de cuius*, porque el *heres* es un punto de referencia incierto en tanto no se produce la adición. Cosa distinta ocurrió en caso de *stipulatio servi* que debía hacerse en favor del futuro *heres*. Pero hemos visto en varios casos cómo la *hereditas* significó un sujeto intermedio a efectos de la transmisión de acciones: D. 9, 2, 15, pr... *apud heredem remaneat Aquiliae actio per hereditatem adquisita... in hereditate quidem actio remansit*. El heredero puede actuar por el *interdictum quod vi aut clam* respecto a hechos realizados mientras la herencia estaba yacente. Por último, una clara confirmación de estas ideas aparece de D. 47, 10, 1, 6 (Ulpiano, 56 *ad Edictum*):

... *quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati, et sic heredi per hereditatem adquiri. denique Julianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hereditatem detentum est, adquiri hereditati actiones dubium non esse. idemque putat et si*

ante aditam hereditatem servo hereditario iniuria facta fuerit:
nam per hereditatem actio heredi acquiretur.

La *hereditas* es el trámite mediante el cual se adquieren *actiones* a favor del *heres* por *iniuria*. La continuidad entre *de cuius* y *heres* aparece claramente realizada por la *hereditas*.

Como conclusión de este largo análisis del papel de la *hereditas*, podemos decir que ésta fué personificada desde dos puntos de vista: a), viendo en ella el sustituto del *dominus* respecto al *servus hereditarius* (se la consideró *domini loco*); b), viéndola, en otros casos, como sostenedora de la *persona defuncti*, cuando fué necesario referirse a los caracteres de una persona física en la regulación de una situación jurídica. En todo caso, a la *hereditas* se la miró como sujeto de adquisiciones del *servus hereditarius*, por una parte, y como conservadora de algunas acciones a favor del *heres*, por otra parte. Esto quiere decir que actuó, en la práctica, como un sujeto de derechos. Únicamente la misma imposibilidad física de actuación aparece como límite, que los romanos no han superado debidamente, acaso porque no se dió esta necesidad en el comercio jurídico. La *hereditas* era objeto de usucapio en un año (*usucapio pro herede*) y, por otra parte, normalmente se realizaría pronto la *aditio*. De ahí que la figura del *curator*, que debiera ser el que física y jurídicamente actuase como representante de la *hereditas*, aparece en las fuentes como medida tardía a tomar en casos extremos de tardanza o abandono de la *hereditas*.

D. 42, 4, 8.

Si diu incertum sit, heres extaturus nec ne sit, causa cognita permitti oportebit bona rei servandae causa possidere, et, si ita res urgeat vel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur...

D. 42, 4, 9, 1 (Paulo, 57 *ad Edictum*).

Si alter ex heredibus intra tempora sibi praestituta deliberet adire hereditatem, alter vero neget se aditurum, videndum est, qui creditoribus agendum sit. et placet interim eos in possessione mittendos custodiae causa, donec appareat, is qui deliberat utrum adgnoscat partem suam an non adgnoscat. Cfr. D. 42, 5, 22.)

La situación de la *hereditas sine domino* preocupó a los

romanos, pero siempre desde el punto de vista práctico. Se estableció por Marco Aurelio²⁷ el crimen *expilatae hereditatis* (Cfr. D. 47, 19) para aquellos casos en que no se podía actuar con la *actio furti*, *ante aditam hereditatem*, y después de la *aditio*, *antequam res ab herede possessae sunt* (D. 47, 19, 2). Además, se estableció una *actio in duplum* por los perjuicios causados a la *hereditas*—antes de la *aditio*—por el *servus* declarado libre en testamento.

Toda la regulación jurídica de la *hereditas iacens* estuvo guiada por exigencias prácticas, como la mayor parte de las elaboraciones jurídicas romanas, y aquéllas no provocaron la necesidad de definir la situación jurídica del patrimonio hereditario. Sin embargo, como hemos aludido ya, se llegó a soluciones prácticas que colocaron a la *hereditas* en situación de sujeto de derecho. La idea de persona jurídica no se consolidó enteramente, pero de la expresión *personae vice fungitur* surgió toda una evolución conceptual que había de hacer posible la utilización del vocablo *persona* para designar a entes exclusivamente jurídicos. El vocablo *persona* desligado de su referencia a persona física (*persona defuncti*) sufrió una transposición que aparece quizá claramente documentada por primera vez en el aludido texto de Florentino, D. 46, 1, 22: *quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*.

Si se admite que la última parte, *sicuti-societas*, es de los compiladores—cosa discutible—serían éstos los que dieron al vocablo *persona* el nuevo sentido, pero es indudable que la idea de persona jurídica está ahí, reconocida en ese fragmento atribuido a Florentino. Sin duda la idea de persona jurídica se acentuó más en otros institutos que en la *hereditas iacens* con base en verdaderas necesidades sociales; por ejemplo, la organización de grandes empresas o sociedades mercantiles—*societates publicanorum*—y la organización de corporaciones profesionales, religiosas, etc. Es aquí donde se ve más clara la

27. SOLAZZI niega la atribución de la medida a Marco Aurelio. Cfr. *Sul crimen expilatae hereditatis*, en «Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e lettere». Milán, 69 (1936), 978 ss.

idea de un sujeto de derechos independiente de las personas físicas.

En estos casos se llega a admitir, *ad exemplum rei publicae*, que dichas entidades tengan (D. 3, 4, 1, 1) *res communes*, *arca communis* y un *actor* o representante procesal. Es curioso observar cómo la personificación se llevó a cabo *ad exemplum reipublicae* y no *ad exemplum personae*. Y, sin embargo, el vocablo *persona*, importado del campo de la *hereditas* quedó estereotipado por la doctrina jurídica moderna en la denominación «persona jurídica» bajo el influjo remoto de la expresión en las fuentes romanas.

PABLO FUENTESECA