1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

NOCIONES BÁSICAS INTRODUCTORIAS

Benito Reimundo Yanes
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Burgos

El desarrollo de este título necesita quizá de alguna consideración previa que contribuya a precisarlo de modo anticipado.

En primer lugar, su exposición obedece al modesto propósito de apuntar algunas cuestiones relevantes que conciernen a determinados elementos básicos del estudio romanista de la materia, las cuales pueden estar al servicio de las comunicaciones que se presenten en este campo.

En segundo lugar, y como lo sugiere la referencia acabada de hacer al "estudio romanista", se trata de un campo perfilado como tal (con notables vaivenes históricos en su contenido), no desde la experiencia jurídica romana[1], sino sobre todo a partir de la autonomía que los filósofos[2] del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII dieron a las Sucesiones como materia jurídica hasta desembocar en la ordenación pandectista[3].

Suele haber en el Dº romano más razones de las que en principio pudiera parecer para una disposición jurisprudencial o complilatoria de las materias jurídicas específicas, y en concreto de las específicas materias sucesorias, de modo que no debe verse en ello una exposición que parezca hecha casi a granel, o sin orden ni concierto[4]. Pero además de la falta de una verdadera parte general de sucesiones, hay en el Dº romano una histórica superposición e intersección de sistemas sucesorios y de sus instituciones, objeto de un minucioso laboreo jurisprudencial e imperial de coordinación continuada, el cual es metodológicamente adecuado al modo clásico de producir Derecho, pero inadecuado para una genérica e instantánea unificación formal de sistemas e instituciones, que, con tales materiales, tampoco pudo lograr muchas veces legislativamente la actividad compilatoria. La reducción a una genérica unidad formal pudo resultar así posterior obra de los intérpretes, que contribuyeron en su caso con ello a la construcción de aquella parte general creando o reelaborando conceptos.

---

1. Cuya reflexión jurídica se dirige a las específicas materias: testamentos, legados herederos legítimos (antes o después de los legados), *bonorum possessiones* (antes o después de los herederos legítimos)..., a pesar de lo que las sucesiones significan para el sistema civil (o quizá precisamente por ello, debido al papel que aquí tiene el testamento), y con más razón en otros tipos de obras. Y lo propio ocurre en la Compilación justinianea, con un C. 6, 59 *Communia de sucessionibus* centrado en casos de intestada y de frecuente secuencia de delaciones o llamamientos, que no es relevante al respecto, no obstante las resonancias que creyesen oirse en su título.

2. Como p. ejplo hace Leibnitz, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentaiae ex artis didacticae principiis, "Op. Omn."* IV, 1748, pp. 159 ss., cuando propone una nueva ordenación para sustituir la de las Instituciones de Justiniano.

3. Schwarz, *Die Entstehung des modernen Pandektensystem*, "ZSS", 1921, p. 609

4. Según llega a decir Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª trad. de Fairén, 1960, p. 16, con ocasión del testamento.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Por todo esto hay que decir, en tercer lugar, que la exposición de conceptos fundamentales propios de dicha parte y que figuran entre las Nociones básicas introductorias del título, puede conllevar repeticiones no infrecuentes de materias propias de las ponencias de las específicas parcelas sucesorias, de donde se asbtrajeron tales conceptos[5]. Y que el estudio de dichas nociones, sobre todo de las más básicas precisamente: como p. ejplo. Las de Derecho hereditario y Dº Sucesorio, es el estudio de creaciones o reelaboraciones romanistas sobre aportaciones de la experiencia jurídica romana.

En cuarto lugar, el porte que desde principios de este siglo han ido alcanzando las obras monográficas realmente dedicadas sólo a la llamada parte general de sucesiones, en comparación con las contadas nociones preliminares o fundamentales, que ofrecen introductoriamente en la materia las obras de estructura pandectista todavía publicadas en dicho tiempo[6], hace oportuno que resaltemos las necesarias limitaciones de extensión y profundidad con las que las cosas pueden ser abordadas en una exposición de esta clase. Es preferible detenerse en algunas de las cuestiones más significativas, que abarcar todos los puntos incluibles en una parte general cada vez más omnicomprensiva, cuya sola enumeración y descripción excedería de los límites de esta intervención.

Amplitud y relevancia del Dº romano de Sucesiones

La mencionada extensión de las obras que versan sobre Dº romano Hereditario o de Sucesiones, se justifica por las particulares amplitud y relevancia que conocidamente tiene éste dentro del Ordenamiento jurídico de Roma.

Basta, para percibir esto, con atender a la llamada (Const. *Tanta*, 6) *Pars de Testamentis* o *Quintus articulus* (D. 28 a 36) como la más extensa de las siete Partes del Digesto, a la que además hay que añadir en materia sucesoria los dos libros (D. 37 y 38) de la *Sexta Pars* dedicados a las *Bonorum possessiones* y a toda la *Successio ab intestato* (Const. *Tanta* 7) y el D. 5, 2 sobre la Q.i.t.

De los 51 libros de Ulpiano *ad Sab.*, 25, que además inician la obra como en los demás *Libri civiles*, tratan de las sucesiones. Y los pargrs. De *Gai. Inst.* 2, 97 a 289 y *Gai. Inst.* 3, 1 a 87 superan en extensión a la parte dedicada a personas o a la de proceso. Así como algo similar ocurre con los respectivos títulos de las Instituciones de Justiniano.

La ya vieja idea de que en la antigüedad, y en concreto en Roma, hay, económicamente hablando un poderoso afán, avidez, de adquirir riqueza (*sacra famas auri*), una mentalidad económica adquisitiva, pero que no conlleva un afán de crear capital, que no origina una economía productiva[7], se puede utilizar para explicar lo que sería una desmedida atención jurídica al fenómeno sucesorio en cuanto medio de enriquecimiento privado[8].

Pero aunque, como volveremos a tener ocasión de decir, haya una patrimonialización romana de la herencia (por referirnos al instituto sucesorio clave) en lo que, para muchos aunque no para todos[9], es un proceso histórico hacia tal meta desde una originaria herencia extrapatrimonial –siendo muy discutible que se trate de algo absoluto y excluyente que agote el contenido hereditario-, ello no

---

5. Como puede p. ejplo. ocurrir con la contraposición explicativa de Sucesiones universales y de Sucesiones, o si se quiere adquisiciones, a título particular; o con temas de delación; o con la capacidad jurídica de *de cuius*, sucesor y adquiriente *m.c.* etc.

6. Así el *Manuale di Pandette*, 4ª, 1952, p.p. 586 ss., de Ferrini, o antes la publicación en España de las *Instituciones de Derecho romano* de F. Serafini, 7ª, 1906, T. II, p.p. 335 ss.

7. Vid. M.I. Finley, *La Economía de la Antigüedad*, trad. Utrilla, 1978, p. 203

8. Sin detenernos más, podemos decir que se trata de ideas en las que se abunda en estudios económico-jurídicos como los que, sobre el Dº romano, ha reimpreso la colección Antiqua de Jovene, y que podrían creerse, a primera vista, apoyados por un enfoque simplista de *Gai. Inst.* 2, 97 ss.

9. Aludimos con ello a que, frente a la opinión ordinaria (desde Scialoja y Bonfante) defensora del paso de una herencia primitiva extrapatrimonial a una herencia patrimonial, alguno, como destacadamente es el caso de Albanese, *La Successione ereditaria in Diritto romano antico*, "AUPA", 1949, pp. 127 ss. *Pass.*, y

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

impide que puedan existir otras consideraciones que ayuden a comprender la relevancia que para el derecho, sobre todo jurisprudencial, tienen las Sucesiones, y la extensa atención que se les prestó, también especialmente, por los juristas[10].

Las obras jurisprudenciales, es innecesario repetirlo, son en gran medida (aunque no solamente, y unas más que otras) una exposición de supuestos jurídicamente problemáticos. Es decir, son un repertorio de situaciones y relaciones que pantean problemas jurídicos llevados ante los juristas, las cuales se escriben con sus soluciones para argumentación en su caso, recuerdo y conocimiento[11].

Pues bien, en primer lugar, el Derecho hereditario constituye, para la reflexión jurídica sobre el Dº, el banco de prueba por excelencia para deslindar relaciones jurídicas y situaciones fácticas, porque su objeto se constituye con posiciones jurídicas cuya supervivencia, mediante la sustitución personal, por encima del *mors omnia solvit*, es el fin de su regulación, con exclusión de las *res facti* [12].

En segundo lugar, las disposiciones *m.c.* y sobre todo las de última voluntad constituyen terreno abonado para el ejercicio de la actividad jurídica y jurisprudencial por excelencia: la *interpretatio*, como resulta del D. 34, 5 *De rebus dubiis*, así como de textos del D.50, 16 *De verborum significatione,* del D. 50, 17 D*e diversis regulis iuris antiqui*, y de numerosos pasajes de los libros De legatis (D.30 a D. 34), actividad interpretativa negocial[13] que hay que emparejar con la referida a las normas[14].

En tercer lugar, las relaciones que se suelen llevar como problemáticas ante los juristas, así como ante los tribunales ordinarios, no son las propias del mundo de los grandes negocios[15] –sin que ello tenga que significar que estas últimas no cuenten con otras instancias jurídicas, distintas de juristas y procesos ordinarios, y hayan de quedar fuera del ámbito del Derecho[16]–sino aquellas otras,

---

resumidamente pp. 209-210, 216, 453 ss. 471ss. entre otras, sostiene un esencial carácter económico y patrimonial de la herencia primitiva, de la cual se camina a una herencia incorporal, de elementos extrapatrimoniales, a la que, sin embargo, las leyes limitadoras de la libre disponibilidad del testador, imponen a favor del heredero un mínimo de contenido patrimonial (de *L. Furia* a *L. Falcidia*) de la herencia (*op. cit.* p. 475).

10. La extensión de la atención a las sucesiones en las constituciones del Código (C. 6, 9 a 62, C. 3, 28 a 31), aunque significativa, es considerablemente menor que en el Digesto.

11. En torno a esto, M. Bretone, *Il giureconsulto e la memoria,* "Quaderni di storia", 1984, pp. 223ss.

12. D. 50, 17, 62 (Iul. 6 dig.) y D. 50, 16, *24 (* Gai. 6 *ad ed. prov.*):*Hereditas... successio in universum ius.* D. 41, 2, 23, *pr.* (Iavol. 1 *epist.*): *"Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet".* Sobre el problema de la sucesión en la *possessio* una vez tomada ésta, con la posesión durante la herencia yacente y la *successio possessionis* en la usucapión, y con la posesión de los *sui* y de los *neccessarii* que impide la *usucapio pro herede* de un extraño (*Gai. Inst.* 2, 58; C. 7, 29, 2 Diocl. et Maxim, a. 293), ver Voci, Diritto ereditario romano, I, 2ª, 1967, pp. 215 y nt. (1), y ss., pero ahora, *Istituzioni di Dtto. Romano*, 4ª , 1994, p. 587 y nt. (1), con exclusión de los simplemente *neccessarii* de la posesión automática.

13. Sobre la cual vid. Básicamente, Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in Diritto romano, 1966; Id., Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale,* "Studi in o. Scherillo", 1972, pp. 29 ss.; Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht, 1972; Forzieri Vannuchi, Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, 1973; además de los escritos de A. Torrent ("AHDE", 1969) y de G. Turiel sobre la "Causa Curiana" que el primero cita aquí en su ponencia de la Sucesión testada.

14. Que se trata básicamente en D. 1, 3 *De legibus...,* como señala Archi, *Interpretatio iuris-interpretatio legis-interpretatio legum*, "ZSS", 1970, p. 4, pero también con referencias en conocidos textos de D.1, 2 *De origine iuris...* (que a veces abarcan una y otra interpretación) y sobre la cual, además del cit. Archi, Gaudemet, *L'interpretation des lois et des actes juridiques dans le monde antique*, "RIDA", 1970 pp. 235 ss. Para sentidos de interpretatio, Führmann, *"Interpretatio". Notizen zur Wortgeschichte.* "Festsch. Wieacker", 1970, pp. 80 ss.

15. Conforme conocidamente señala Voltlerra, *La base economica della elaborazione sistematica del Diritto romano*, "RISG", 1963-67, pp. 239ss., y Grosso, *La misura umana individuale del diritto,* "Conferenze romanistiche" de Trieste, II, 1967, pp. 83 ss., que tienen presente al respecto una repetida idea de Ascarelli, *Il Diritto del'economia*, pp. 775 ss.

16. De esto puede tratar p. ejplo. en el ofrecimiento que el Derecho hace de un medio de tutelar directamente el propio interés sin tener previamente que formular una pretensión reconocida por el Derecho, ni someterla al examen de un juez, en el caso de los publicanos con la *pignoris capio*, sobre la cual G. Pugliese, *Gai, 4, 32 e la pignoris capio*, "Mél Maylan" I, 1963, pp. 280 ss., e *Id., Il processo civile romano, I, Le legis actiones*, 1962, pp. 327 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

"de medida humana", en las que el hombre siente particularmente el Derecho porque en ellas está en juego la defensa de su mundo personal, individual.

Al mismo centro de este campo pertenece el amplio terreno familiar y sucesorio de la herencia, en donde la voluntad del testador, tan negligente en vida, se atormenta con los cuidados de la confección del testamento para después de la muerte, oscilante entre la intención de beneficiar sin contrapartida –como dice Séneca, *De ben.* 4, 11- y la inconsciente voluptuosidad de proyectar tal voluntad dominadora más allá de la muerte, dictando la ley a quien se queda aquí. Y a este campo pertenece también la idea que el titular (heredero aquiriente de la propiedad) se hace de su pequeño mundo propio en el que se siente soberano y señor, y en el que defiende con extremo rigor el propio derecho[17].

Derecho heridatio-Derecho sucesorio o de sucesiones

Hasta aquí nos hemos referido indistintamente a Dº hereditario o Dº de Sucesiones. Ahora conviene indicar alguna precisión sobre las locuciones de la rúbrica (una de ellas en el título del Congreso), que obedecen a conceptos de aquellos que decíamos acuñados por el romanismo, y que designan una rama del Ordenamiento romano[18], de su Dº privado una vez evolucionado aquél. Y tal precisión conviene hacerla, por razón ya del distinto alcance que aquellas locuciones implican para el contenido de dicha rama.

Es evidente que las dos primeras expresiones de la rúbrica (Derecho hereditario, Derecho sucesorio) pueden designar no sólo una rama del Dº objetivo, sino también el aspecto subjetivo del derecho, bien en el subaspecto estático del derecho que recae sobre la herencia u objeto sucesorio, o bien en el subaspecto potestativo (en el sentido de "facultativo") de poder realizar la sucesión sustituyendo a otro en su posición o su derecho. Y esta ambigüedad sería una de las cuestiones que plantearía la expresión escogida en el título del Congreso. Pero también es evidente que del contexto de las expresiones en cuestión, se derivará en general de modo indubitado el sentido objetivo o subjetivo con que las mismas se emplean.

Desde la perspectiva romanista del Derecho hereditario puede definirse como el que tiene por objeto regular el destino de las relaciones jurídicas de una persona después de su muerte sobre la base de que otra persona entre en la posición jurídica de ésta.

Es un concepto que atiende a lo discutible de que, a lo largo de todo el Dº romano, su Dº hereditario tenga el patrimonio como necesario y exclusivo objeto en todo supuesto, y que recoge el esencial papel que la herencia[19] tuvo, salvo excepciones del Dº vulgar[20], en la regulación jurídica *post mortem*, del Dº romano.

Por el esencial carácter *post mortem* que la herencia tiene en el Dº romano[21], se pone de relieve doctrinalmente que el Dº hereditario como tal se refiere sólo a una clase de sucesión, la *mortis causa*, y que tal sucesión hereditaria es inadmisible que se produzca, como tal, respecto de las entidades que hoy llamamos personas jurídicas[22].

---

17. Sobre todo esto, vid. G. Grosso, *loc. cit.*

18. Según diremos arriba, tal como se emplean aquí las expresiones de la rúbrica, resulta para ellas un sentido objetivo, frecuentemente utilizado por la doctrina romanista, y ajeno a expresiones romanas como la de *ius successionis* de *Gai. Inst*, 2, 14, con un esencial matiz subjetivo.

19. *Universum ius* como posición jurídica –prescindiendo ahora de la discusión sobre la clasicidad de *universum* por su relación con la *universitas*–, y *hereditas* como *successio in universum ius*: Salvio Juliano en D. 50, 17, 62 (6 *dig.*) y Gayo en D. 50, 16,124 (e ad *ed. prov.*)

20. Vid. Kaser, *Das römisches Privatrecht*, II, 2ª, 1975, pp. 468, 490.

21. Cfr. D. 18, 4, 1 (Pomp. 9 *ad Sab*) y D. 39, 5, 29, 2 (Pap. 12 *resp.*) (para venta y donación, respectivamente, de herencia del que vive); C. 2, 3, 30 (Iustini, a. 531). Textos sobre los que los intérpretes formularon el conocido principio: *"viventis nulla est hereditas"* o *"hereditas viventis non datur"*.

22. Vid. al respecto A. Torrent, *Manual de Dº privado romano*, p. 575, y Biondi, *Diritto ereditario romano*, 1954, p.2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

La sucesión hereditaria va unida a la verificación en un caso concreto, de dos presupuestos: la admisibilidad y existencia real de titularidades individuales, y la muerte de su titular.

Cuando se produzcan las dos circunstancias indicadas –y es probable que ello se pudiese dar ya en época monárquica para los *patres* de las *familiae proprio iure* respecto de bienes de producción e incluso de la tierra (aunque haya sido muy discutido)[23]–, planteándose así la cuestión del destino a dar a las relaciones jurídicas y situaciones protegidas de su titular, las soluciones para esto pueden ser muy variadas, aunque sólo nos interesen algunas de ellas.

Podría optarse por la extinción de todas ellas con la muerte de su titular, lo que tendría unas consecuencias desastrosas para la familia y acreedores del difunto, y para el orden social, sometidos los bienes a disputas anárquicas por su ocupación preferente. Se podría también optar por considerar extinguidas las relaciones que exigen una referencia especial a la persona, y así entender que cesan, además de las personales públicas y familiares, también las de crédito y de deuda, y las jurídico-reales vinculadas a la persona de su titular (usufructo y uso p. ejplo.), estableciéndose para las demás de esta última naturaleza real su ocupabilidad preferente por determinadas personas. O podría admitirse la sucesión en estas relaciones, dando por extinguidas las jurídico-reales personales y las de crédito y deuda, así como las situaciones fácticas y las relaciones públicas y familiares. O bien podrían subsistir las relaciones jurídicas patrimoniales, excepto las jurídico-reales personales y las de deuda, o manteniéndose también estas últimas excepto las deudas *ex delicto*.

Y, admitiendo así en general el principio de mantenimiento de las relaciones jurídicas del difunto, se puede establecer que esto se realice mediante una sustitución en bloque en las relaciones, o en las cosas particulares del patrimonio, como ocurría en el Dº germánico. Por otro lado, la sucesión puede regularse mediante una disposición general del Dº o por la voluntad manifestada por la persona a ser sucedida.

En su evolución, el Dº romano opta, de modo peculiar, por la última de las soluciones indicadas para el mantenimiento amplio de las relaciones jurídicas, con transmisión de éstas en bloque *(per universitatem)* al llamado heredero, y con una designación de éste y una regulación de la transmisión preferentemente por la voluntad del difunto, en la que se llama la sucesión hereditaria.

Es muy discutido que ello fuese así en un principio, abarcando ya desde entonces las deudas de modo llamativo para una economía primitiva, las cuales no se transmitían salvo por la herencia, no transmitiéndose entonces todavía los créditos de modo aislado, como se pensó por los primeros y destacados teorizadores de la sucesión hereditaria en torno a la sustitución del *pater familias* en su posición jurídica[24].

Posiblemente, como se ha ido imponiendo después del trabajo de Betti sobre la estructura de la obligación romana[25], haya que negar, o al menos poner en duda, la primitiva transmisión hereditaria de las deudas, teniendo en cuenta, además de la negada transmisión de las *ex delicto*, la naturaleza del vínculo derivado del *nexum,* el enfoque religioso de la *sponsio*, las *capitisdeminutiones* con adquisiciones *inter vivos per universitatem* sin asunción de deudas, etc.

Pero lo cierto es que parece que ya antes de las XII Tablas, las deudas y créditos se transmiten a los herederos, dado que según la ley los *nomina* se dividen *ipso iure*[26].

El perfil y el régimen de la herencia se debieron de haber trazado con anterioridad a la ley: en cuanto al objeto de la herencia; para la conjunción de la delación legítima y testamentaria (al menos

23. Por otra parte, y en cuanto a la hipótesis de que, al lado de bienes personales, se diese la propiedad colectiva dominante, hay que tener presente que el *consortium ercto non cito* presupone y se funda en la propiedad individual de cada uno de los *patres familias*, según el sistema que Gayo describe para las XII Tablas.

24. Vid. por todos, Scialoja, *Diritto ereditario romano*, 1934, pp. 32 ss., con referencia a la posición de Bonfante.

25. Betti, *La struttura dell'obligazione romana e il problema della sua genesi,* 1919, pp. 15 ss., 38 ss.

26. *Nomina ipso iure inter coheredes dividuntur*, XII Tab. V, 89, en relación con D. 10, 2, 2, 5 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 10, 2,3 (Gay. *7 ad ed pro.*); D. 10, 2, 25, 9 y 13 (Paul. 23 *ad ed.*) entre otros.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

por el *test. Calatis comitiis*); en la determinación de los sucesores ab intestato; en la defensa del heredero mediante la *l.actio sacramento in rem*, añadiendo las XII Tablas la *actio familiae erciscundae*. Y a seguido de la ley se consolidó el *testamento per aes et libram*[27], en el que con la institución de heredero concurrirán las diversas clases de disposiciones particulares.

De modo que, aún siendo central la sucesión hereditaria de carácter universal, a la misma pueden ir acompañando otras disposiciones como, además de las patrimoniales constituídas por los conocidos legados[28] y después los fideicomisos[29], las personales de nombramiento de tutor[30] y de manumisión testamentaria[31], así como más tarde *la divisio parentis inter liberos*[32] y la *adsignatio libertorum*[33].

La denominación de Derecho hereditario designa por tanto una regulación basada esencialmente en la herencia, pero articulada y compleja en cuanto que con la herencia se pueden combinar una serie de disposiciones particulares típicas.

Succesiones per Universitatem en vida

Sin embargo tal regulación se ciñe, como ya dijimos, al ámbito *mortis causa*, y aunque esto la acerca al fenómeno sucesorio propiamente dicho de nuestra época, que se produce solamente por causa de muerte con una orientación que, como ahora diremos, empieza a despuntar en el Dª Justinianeo, de tal regulación quedan excluidos casos que vienen denominados en las fuentes clásicas como *successio* en parangón con la hereditaria, aunque se trate de casos que se producen *inter vivos*.

Así Gayo, con la perspectiva de la *adquisitio per universitatem* (*Gai. Inst.* 2,97), sitúa al lado de la herencia y de la *bonorum possessio*, a la *bonorum venditio*, la *adrogatio* y la *in manum conventio*, porque en todos estos casos (incluidas herencia y *bonorum possessio) res ad nos transeunt* (*Gai. Inst.* 2, 98). De modo que tales casos son *alterius generis successiones*, introducidas, no por las XII Tablas ni por el edicto del pretor, sino *eo iure, quod consensu receptum est* (*Gai. Inst.* 3, 82) que puede ser entendido como la *interpretatio prudentium.*

A estos casos habría que añadir los de *capitis deminutio maxima* en la hipótesis del *s.c. Claudianum*, y en la de la venta de sí mismo que hace un libre para participar en el precio, así como en el supuesto de la *bonorum sectio*.

Pero se trata de una especial *successio per universitatem*, porque se adquieren los créditos del capitidisminuido (*Gai. Inst.* 3, 83) pero no sus deudas, salvo que provengan de una herencia recibida por el capitidisminuido, caso en el que el *coemptionator* o *adrogator* adquiere el caráter de heredero que tenía el capitidisminuido (*Gai. Inst.* 3, 84).

La extinción de las deudas se puede comprender en el caso de caída en la esclavitud, e incluso en el de la mujer que, *in manu* o *in potestate,* no puede contraer *obligationes civiles*. Pero se entiende mal en el caso del *filius familias* adoptado, porque puede contraer *obligationes civiles* (salvo exigibilidad sólo después de la muerte del *pater*), como no sea por una razón histórica, en cuanto residuo del antiguo carácter personal de la obligación, junto con la idea de que el adrogado no puede hacer de peor condición al adrogante.

---

27. *Gai. Inst.* 2, 103 en relación con el *uti legassit...* de XII T. V, 3 y el *si intestato... eod.* 4; Cfr. C. Rascón y J. M. García, *Ley de las XII Tablas*, 1993, p. 77.

28. XII T. V, 3; *Legado per vindic., Gai. Inst.* 2, 193 ss., D. 31, 80 (Pap. 1 *def.),* ejemplos en Alf. apd. Paul. D. 33, 2, 4 (8 *dig. a Paul epitom.*), Alf. D. 33, 8, 14 (*5 dig.); legado per damn.; Gai. Inst.* 2, 201 ss.; ejemplos en Alf. *apd. Paul.* D. 30, 106 (2 dig. a Paul. Epitom.), Q Muc. En D. 34, 2, 34, 1 (Pomp. *9 ad Q. Muc.*); legado *sinendi modo, Gai. Inst.* 2, 209 ss.; *legado per praec., Gai. Inst.* 2, 216 ss.

29. I, 2, 25, *pr.,* con noticia sobre el origen de la protección de los fideicomisos.

30. *Gai. Inst.* 1, 144, y Q. Muc. 50, 17, 73, 1 (*lib. sing. Or.*).

31. *Gai. Inst.* 2, 267

32. D. 10, 2, 33, (Pap. 7 *resp.*), D. 10, 2, 39, 1 (Scaev. 1 *resp.*).

33. I. 3, 8 con referencia al *s.c. Ostorianum*, y D. 38, 4, *De assignandis libertis*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Para hacer valer las deudas hay remedios pretorios: acciones concebidas *rescissa capitis deminutione*, tratamiento pretorio del *bonorum emptor* como sucesor al lado del *bonorum possessor* pudiendo actuar *ficto se herede*, *Gai. Inst.* 4, 35, en el caso de que se trate de un deudor vivo la *missio in bona* supone una sucesión universal *inter vivos*, pero considerando que el *bonorum emptor* formalmente entra en una situación nueva y no responde más allá del porcentaje al que se ha comprometido.

La *bonorum sectio*, que no tiene más indicación que *Gai. Inst.* 4, 146, y D. 17, 2, 65, 12 y D. 49, 14, 41, consiste en la venta en pública subasta por la administración financiera, de un patrimonio en bloque que pasa al erario, y después al fisco, por confiscación penal o como herencia vacante, y constituye un precedente de la *bonorum venditio*. No se conoce con precisión su régimen, pero el *sector* parece que se convierte en *dominus ex i. q.*, de las cosas corporales, más dificilmente sería considerado sucesor universal en el plano civil en cuanto a las obligaciones. Probablemente respecto de terceros actuaba y era demandado sobre la base de acciones útiles concedidas por el Pretor.

En el Dº Justinianeo, de estos supuestos queda sólo el de la *adrogatio*, en el que la evolución de la capacidad creciente *del filius familias* (que le permite mantener ciertas relaciones, p. Ejplo. De sociedad, usufructo, uso y habitación, no obstante la *adrogatio*) con el reconocimiento progresivo de los *peculia,* reduce la pretendida *successio inter vivos* a la adquisición del usufructo por el padre sobre los bienes del adrogado.

La perspectiva del Derecho hereditario romano, centrado en la herencia como unitaria sucesión universal *mortis causa*, se adecúa a la de los Derechos Sucesorios actuales que prescinden de la sucesión *inter vivos*, y a los que aquel Derecho romano prestó dos elementos básicos de su regulación: la unicidad de la sucesión, frente a la fragmentación de ésta, p. Ejplo. En el antiguo Dº germánico según los diversos bienes, y la básica libertad de testar del causante.

Cualquiera que sea la explicación que se quiera dar a esta falta (salvo remedios pretorios) de adquisición de deudas de quien adquiere *inter vivos per universitatem*, -como la razón de que el adquiriente no se propone continuar la familia, y por ello sus obligaciones, del capitidisminuido, a diferencia de lo que ocurre desde los orígenes con el *heres* que sucede *in ius*, en la posición del *pater familias de cuius*-, estos casos de *successio inter vivos* son uno más de los argumentos en contra de que clásicamente haya sólo una *successio*, la universal o *in ius m.c.,* y constituyen un estímulo a tener presente otras posibles *successiones.*

Adquisiciones *m.c. ex lege*, o atípicas

Antes de pasar a este aspecto del llamado Dº de Sucesiones, debemos de precisar que si la herencia tiene, como dijimos, un esencial carácter de sucesión y adquisición *mortis causa* en el sentido de que la muerte del *de cuius* (*hereditate agitur*) es la causa jurídica de la adquisición, puede haber sin embargo adquisición *mortis causa*[34] que no sea a título hereditario, y ni siquiera por razón de alguna de las disposiciones particulares (legados, fideicomisos, ...) que indicamos como conjugables con la herencia.

Y ello porque el concepto de adquisición *mortis causa* es más amplio que el de acto de disposición *m.c.,* porque abarca también las adquisiciones independientes de un acto de disposición, entre las cuales están, aparte ahora de la sucesión intestada, las frecuentemente llamadas sucesiones extraordinarias, como la especie de legado *ex lege* que constituye la cuarta de la viuda pobre concedida por las Novelas 53 y 117; la *quarta divi Pii* de los arrogados impúberes (D. 10,2,2,1 y D. 38, 5, 13); el sexto del patrimonio paterno o los alimentos concedidos por la N.I 89 a los hijos naturales según

34. La contraposición general *"mortis causa-inter vivos"* es obra pandectística que no se encuentra así con esa generalización en las fuentes romanas, en donde la expresión *mortis causa* puede aplicarse a los negocios que consideren un evento de muerte, aunque los mismos se celebren en vida de los partícipes o afectados por los mismos. Vid. Cugia *Indagini sulla dottrina della causa nel negocio giuridico. L'espressione "mortis causa" in Diritto romano,* 1910

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

con quien concurran; la problemáticamente configurable adquisición de los bienes vacantes a falta de sucesores civiles y *bonorum possessores* (*Gai. Inst.* 3, 78 y *Gai. Inst.* 2, 150 entre otros textos) si no se trata de una herencia insolvente (D. 49, 14, 1,1) etc.

Y aquí es necesario al menos hacer una referencia a las donaciones *m.c.*, en sus dos tipos, de traspaso inmediato de la propiedad salvo restitución en caso de premoriencia del donatario, y de transmisión de la propiedad solo en el caso de premoriencia del donante, que poco a poco se va acercando a los legados, con aplicación de las leyes limitadoras de estos (*Gai. Inst.* 2, 225, y 226), y de las leyes caducarias (D. 39, 6, 35, *pr*) y de la Falcidia por constitución de S. Severo (C. 6, 50, 5 y D. 39, 6, 42, 1), hasta que se equiparan de modo general con los mismos en época justinianea (I. 2, 7, 1)[35].

Y en este terreno de adquisiciones *m.c.*, sin disposición o con ella, pero provenientes del que es o resultará causante de la sucesión, hay que hacer mención de la figura de las *mortis causa capiones* –de nombre tan general que comprendería, en su literalidad todas las figuras a las que nos hemos venido refiriendo–, que se produce, sin que haya de darse una adquisición o sucesión del causante, por una vía distinta de la herencia, del legado y del fideicomiso (D. 39, 6, 31, *pr.*) como consecuencia p. ejplo. del cumplimiento de condiciones o cargas impuestas por el testador (D. 39, 6,8, *pr.*). *M.c. capiones* a las que también se le aplicarán las normas antes dichas, de los legados salvo la Falcidia (D. 35, 2, 76, *pr.*)[36].

Usos de *successio*, y sucesión universal y particular

La otra expresión para denominar la regulación del fenómeno sucesorio: derecho de sucesiones, puede dar paso a una breve consideración de los empleos más destacados del término *successio.*

En primer lugar, y sobre todo por la polémica a que dio ocasión el término aparece utilizado en textos que para Fadda[37] son centrales en relación con la distinción entre sucesión universal y sucesión particular. Así, después de los básicos textos D.50, 17, 62 Iul. 6 *dig.* y D. 50, 16 , 24 *Gai.* 6 *ad ed. prov. de hereditas* como *successio in universum ius* utilizados para defender, con Scialoja y Bonfante, la sucesión antigua como entrada en toda la esfera jurídica del difunto, se exponen D. 34, 2, 24, 1 (Ulp. 81 *ad ed.*); D. 29, 2, 37 (Pomp. 5 *ad Sab.*); D. 21,3,3,1 (L. 6 *ius epit.*); D. 43, 3,1,13 (Ulp. 67 *ad ed.*); I. 3,10, *pr.*; a los que se añaden, porque, aunque hablan de *adquirire*, se entienden que lo hacen como *succedere* (universal o particular): *Gai. Inst.* 2, 97 (I. 2,9,6,); *Gai. Epit. Visigoth.* II, 2,1.

Para Fadda hay aquí una distinción entre sucesión universal y sucesión particular, que se apoya en que en la primera hay una *successio per universitatem*, una adquisición de una *universitas* como entidad unitaria distinta de sus elementos componentes que resultan adquiridos con la adquisición de aquella.

Y esto tanto para la herencia como para la *bonorum possessio*, a la que se ve como *ius successionis, ius hereditatis*, patrimonio (con deudas) en D.50, 16, 208 (Afr., 4, *quaest.*) y D. 37,1,3, *pr.* –2 (Ulp. 39 *ad ed.).*

Pero Brinz (en sus *Pand.*, 2ª , III, 1 ss.) y sobre todo Bonfante[38] se opusieron formulando la conocida teoría de que en la herencia, como en general en las sucesiones universales, la universalidad no está en el objeto sino en el título de adquisición: de un golpe, por la adquisición de la cualidad de

35. Vid. U. Álvarez, *Contribución al estudio de las donaciones m.c. entre cónyuges*, 1941; Amelotti, *La donatio m.c. in Diritto romano*, 1953; Simonius, *Die donatio m.c. im klassischen römischen Recht*, 1958; Yaron, *Donatio sola cogitatione mortalitatis*, "RIDA" , 1966, pp. 369 ss.; Di Paola, *Donatio mortis causa.*, 1969

36. Vid. por todos, J.A.Arias Bonet, *Mortis causa capiones*, "AHDE", 1950, pp. 78 ss.: Di Paola, *Sull'estensione delle leggi caducarie al mortis causa capere*, "Studi in o. Arangio Ruiz", II. 1953, pp. 485 ss.

37. Fadda, *Concetti fundamentali del Diritto ereditario romano*, I, 1949, pp. 3, 4 y 8 ss.

38. Bonfante, *L'ereditá e i suoi rapportti coi legati nel Diritto romano e nel Diritto moderno*, "BIDR", 1985, pp. 176 ss.; *La successio in universum ius e l'universitas*, "Studi in o. di Scialoja", 1905, I, pp. 533 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

heredero. De modo, dice Bonfante, –apoyado en el trabajo de C. Longo destinado a demostrar el origen justinianeo de las menciones de la *successio* particular o *in singulas res*[39]–, que el calificativo de *universum* para *ius* y las menciones de *universitas* en los textos de la Compilación no son clásicos, sino reflejo de la creación justinianea de la doctrina de la *universitas* como entidad distinta de los elementos componentes.

De manera que no hay una *successio* particular clásica, ni, consiguientemente, una clásica contraposición de sucesión universal y particular, ni una denominación, que sería redundante, de *successio in universum ius*, sino que las expresiones correctas para la verdadera sucesión: la universal, *son successio in locum, successio in ius,* o *in locum et ius*. *Succedere*, etimológicamente sinónimo de *subire*, significa seguir, continuar en una situación de otro, pero sin una idea de derivación, de dependencia, la cual vendría indicada por la translación (*rem transferre*) donde no se entra en el puesto dejado por otro, sino que lo que tiene lugar es el paso de una cosa de una mano a otra.

Con esto, por un lado se prescindió de una idea de *universitas* que, en el caso que entendiésemos que si se presenta así en los textos es por una exacerbación justinianea de la misma, habríamos de verla, sin embargo, como verosímilmente obediente por su naturaleza, a una construcción escolástica de raíces clásicas, y no como exclusivo fruto de una actividad normativa compilatoria[40]. Y por otro lado, se entró en el cuestionamiento de la misma idea de *succesio,* e incluso en otros temas como el de la negación de la clasicidad de la *translatio dominii*[41] y en general de la transmisión de derechos, que se entronca precisamente con la teoría de la sucesión a título particular.

No es una rígida orientación de este tipo la que hoy predomina en la doctrina. En la continuación del estudio de la cuestión[42], se manifestó la tendencia, hoy prevalente, a prescindir de la citada opinión de Longo y Bonfante favorable a que hubo una inserción posclásica del calificativo de *universum* en la expresión *successio in ius*, inserción que se habría producido en el marco de la contraposición, no clásica, de la *successio in ius* con la *successio in singulas res*[43].

Y posteriormente se acabó por ofrecer una formulación que pretende explicar la coordinación en las fuentes entre las utilizaciones del término *successio* (o *succedere*) y los sentidos que podemos darle conforme a esas fuentes a lo que llamamos sucesión. Hay un sentido muy genérico de sucesión o suceder, y al que puede referirse también en general el término *succedere*, como entrar en el puesto de otro. Y este entrar en el puesto de otro puede tener lugar por derecho propio del que entra, o porque éste adquiere los derechos o el derecho de aquél cuyo lugar ocupa. En estos dos últimos casos (de adquisición de los derechos, o del derecho) la idea de sucesión tiene el sentido específico de sucesión en derechos de aquél cuyo puesto se ocupa, y este sentido tienen también correlativos empleos de *succesio* y *succedere* en las fuentes. No hay duda de que los juristas dan en su caso a los términos este significado específico, cuando dicen que el sucesor sufre unas consecuencias determinadas que no tendrían sentido sino se sobreentiende que adquiere el derecho subjetivo de aquél cuyo lugar ocupa.

En este sentido específico, la sucesión, que puede ser universal cuando todas las relaciones que se refieren a una persona pasan de ésta a otra, y particular cuando pasan una o más relaciones, pero no todas, y ser entre vivos o *mortis causa*, se caracteriza por los siguientes puntos: a) El derecho o derechos en los que se sucede, permanecen idénticos no obstante pasar de un sujeto a otro; b) normalmente coinciden las partes del negocio traslativo y los sujetos de la sucesión, aunque puede no

---

39. C. Longo, *La successiones particolare nel Diritto romano*, "BIDR", 1901, pp. 127, 224, vol. 15, p. 283.

40. Una visión menos crítica en Voci; *DER,* I, pp. 146 ss.

41. Ambrosino, *Successio in ius*. Successio in locum. Successio, "SDHI", 1945, pp. 65 ss.; De Francisci, *Il transferimento della propieta*, 1924.

42. Ver, entre otros, Gioffredi, *Successio in ius*, "SDHI", 1957, pp. 1 ss.; con Lübtov, *Die Entwiklungssgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbretch,* "Studi in o. di De Francici", I, 1956, pp. 409 ss.; Robbe, *La successio e la distinzione fra "succesio inius" e "successio in locum",* I, 1965.

43. Ver Catalano, *Successio in universum ius*, "AUCT", 1946-47

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

ser así, cuando el autor del acto de disposición está legitimado para transferir el derecho a un tercero, o el destinatario de la disposición esté legitimado para adquirir, *a non domino*, un derecho que el disponente no le ha transmitido; c) sólo el Derecho objetivo puede establecer cuando se da la sucesión; d) la extensión de la sucesión es relativa, y ésta debe entenderse más en un sentido cualitativo que cuantitativo, de modo que la sucesión universal no comporta que se entre literalmente en todas las relaciones de una persona, y rigurosamente como estas relaciones se referían a dicha persona (p. Ejplo. en la totalidad del derecho, cuando se trata de varios herederos que han de suceder por cuotas); e) cuando la sucesión no está establecida por el Derecho objetivo, y no se da por ello de modo unitario e inmediato en las relaciones que comprende, pueden los particulares a través de varios medios conseguir similar resultado práctico (caso de *legatum partitionis*, p. Ejplo.), pero sin producirse este de aquel modo unitario e inmediato, en esta hipótesis que podría llamarse de sucesión particular compleja.

De manera que se pueden distinguir tres hipótesis fundamentales de la sucesión en sentido específico, de las que nos interesan aquí sobre todo las dos primeras: sucesión particular, p. ejplo. en la *mancipatio, in iure cessio* o *traditio* traslativa de la propiedad, y en el legado *per vindi*; la sucesión universal admitida por el Dº objetivo en la *hereditas* y *bonorum possessio*, en las consecuencias patrimoniales de *adrogatio*, *conventio in manum*, etc.; y diversas hipótesis de la ya indicada sucesión particular compleja.

Pues bien, teniendo en cuenta esto y recordando lo ya dicho de los tres sentidos de sucesión: como entrada por propio derecho en el lugar de otro, sin sucesión en el derecho (como el agnado que "sucede" en la tutela legítima por muerte o *capitis deminutio* del que le precedía: D. 26, 4,3, 9 y Ulp. 38 ad Sab., o lo que implica el *in legitimis herditatibus successio non est de Ep. Ulp.* 26,5), y, sobre todo, entrada en el lugar de otro por adquirir los derechos de éste (sucesión universal) o por adquirir un derecho del mismo (sucesión particular), se puede observar en un examen pormenorizado de numerosos textos, que en éstos aparecen utilizados para estos tres sentidos, tanto en los términos *successio* y *succedere*, como las locuciones *successio in locum* y *succedere in locum*, al igual que las de *successio* y *succedere in ius.*

Y se aprecia igualmente por el examen textual que las expresiones, antes repudiadas en su clasicidad como ya dijimos, *de in universum ius, in omne ius, in iura*, constituyen una referencia específica a la sucesión universal que se realiza por el heredero.

Formulado todo lo cual se para a la refutación de todas las ideas contrarias, más de una vez apoyadas en una pretendida crítica textual que no alcanza a dar una explicación coherente para todos los textos en juego[44].

Después de esta formulación de Voci, hoy en día se reconoce, y se entiende que con razón, que las expresiones que aluden a la universalidad de la sucesión no pueden ser objeto de duda, y que no hay por otra parte motivo de ello para aquellas que la describen como *successio in ius* o *in locum*. Y, aunque mayores problemas puede dar el empleo de succedere para las sucesiones a título particular, se estima indudable que hay fuentes genuinas en las que *succedere* y *successio* son empleados en la sustitución de un sujeto por otro en una situación jurídica subjetiva, normalmente un derecho real, y que los romanos conocían la sucesión a título particular que se sigue de la adquisición a título derivativo, si bien, para un sector, es de excluir que los jurisprudentes hubiesen elaborado conscientemente una categoría dogmática de la *successio* en sentido amplio, comprensiva de la sucesión universal y de la particular, y que la hubiesen utilizado para resolver las cuestiones prácticas que les fuesen planteadas.

44. Ver todo ello en Voci, *DER*, I, pp. 143-46, 163 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

El contenido de la sucesión hereditaria

La figura de la sucesión no implica sin embargo la posibilidad de transmisión de cualquier relación jurídica, ni siquiera en la sucesión universal que es la herencia, a pesar de que en ella son susceptibles de transmisión relaciones que no lo son a título particular, y la cual no implica una literalmente exacta adquisición, como ya dijimos, de los derechos, exacta cualidad de los mismos, y posición jurídica del de cuius, existiendo, por otro lado, la adquisición por el heredero de situaciones jurídicas que no existen para el causante de la herencia.

Sin detenernos ahora en el detalle del posible objeto de la sucesión en general, y especialmente de la herencia, podemos decir que, en primer lugar, queda propiamente fuera del campo de la sucesión el aspecto pasivo de las relaciones jurídico-reales dada la potencial indeterminación de los sujetos de dicho aspecto, que son en principio todos los sujetos del Ordenamiento.

No fueron susceptibles de sucesión a título particular en todo el Dº romano, las deudas, como tampoco lo son fácilmente incluso en los Ordenamientos modernos.

Y los créditos tampoco fueron objeto de dicha sucesión particular en principio[45], hasta la época clásica tardía con la concesión de acciones útiles en favor del cesionario sobre la base del negocio causal de cesión.

Las titularidades reales, y más específicamente la propiedad, son el más propio objeto durante largo tiempo de la sucesión a título particular, pero con la excepción de derechos de esta naturaleza estrechamente ligados a la persona de su titular, como el usufructo (con un régimen aplicable al uso y a la *habitatio*)[46].

La sucesión universal permite una transmisibilidad de créditos y deudas que no se daba en la particular. Pero en la sucesión por *adrogatio* o *conventio in manum* se da una extinción *iure civili* de las deudas del capitidisminuido[47].

Pero incluso en la sucesión universal hereditaria hay una serie de relaciones intransmisibles, y, sin entrar ahora en los elementos extrapatrimoniales que en un principio habrá que mantener dentro de la familia (*sacra, sepulchra...*), hay que observar que no solamente se da una sustitución de una persona por otra en la generalidad de las relaciones transmisibles de la primera, sino que se produce también el fenómeno de la confusión de patrimonios (con la consiguiente extinción, en su caso, de relaciones), y se crean para el heredero nuevas situaciones, que constituyen para él cargas, y que no existían para el *de cuius*.

No son transmisibles derechos y obligaciones hereditariamente que están conectados de modo necesario a una determinada persona: así las potestades personal-familiares, el usufructo y derechos similares, la posesión como *res facti* salvo en el caso de los *sui*, y de la *successio possessionis* como ya hemos anotado, la obligación de facere y la de pagar una pena privada[48], e incluso algunos de los derechos, y no sólo el aspecto pasivo, derivado de acto ilícito.

Pero por razones de necesidad puede que los jurista establezcan excepciones a la regla general, de manera que las relaciones transmisibles se puedan hacer intransmisibles por voluntad de las partes con la consecuencia de fundar una *exceptio pacti* oponible al heredero[49], o, a la inversa, las que eran intransmisibles hacerse transmisibles[50].

---

45. *Gai. Inst.* 2, 97-98
46. Ver Voci, *DER*, I, p. 215
47. *Gai. Inst.* 2, 84.
48. *Gai. Inst.* 4, 112; D. 44, 7, 35 *pr.*
49. D. 45, 1, 56, 4 (Iul. 52 *dig.*).
50. Como p. ejplo. la *stipulatio de facere*: D. 45, 1, 2, 6 (Paul. 12 *ad Sab.*), D. 45, 1, 2,3, pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*) *eod.* 4 *pr.* (Paul. 12 ad Sab.).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

La confusión hereditaria, que lleva consigo la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis*[51] con diversos remedios pretorios e imperiales a favor del mismo y de los acreedores de la herencia, en los que ahora no es de entrar, provoca la extinción de las relaciones relativas cuando el heredero sucede al causante en una condición contradictoria con otra que ostentaba el heredero anteriormente, y en el caso de que determine la reunión en el heredero de dos condiciones concurrentes (no contradictorias), provoca la extinción de la relación jurídica relativa que tenga rango inferior respecto de la otra (p. ejplo. de la condición de garante con respecto a la deuda principal).

Pero, sobre todo, la herencia no significa el ingreso en la exacta posición jurídica del *de cuius*, porque para el heredero surgen unas situaciones nuevas onerosas que no existían para el causante, como son las relativas a legados y manumisiones a su cargo, y el impuesto sucesorio del 5% establecido por Augusto en la *L. Julia hereditatium* (6 d. C.), con objeto de nutrir el *aerarium militare*, sobre las herencias de 100.000 o más sestercios, que Caracalla elevó al 10%, con excepción de determinados parientes, y que Macrino debió de reducir al 5%[52] si con Heliogábalo había un *procurator vicensimae herditatium*[53], siendo después abolido por completo el impuesto[54]. Cargas éstas, que se imponen por primera vez al heredero, las cuales, a diferencia de las deudas, gravan sólo el activo hereditario.

Sucesión y comunidad familiar doméstica

Nos conviene quizá, terminar estas consideraciones sobre el contenido de los llamados Derechos hereditario y de sucesiones, sin hacer referencia a una cuestión debatida para la época arcaica sobre la cabida que entonces tuvo el fenómeno sucesorio, aunque posteriormente volvamos a tener ocasión de encontrarnos con ella en el marco del concepto de *hereditas* (y de sus precedentes: *familia, pecunia*, etc.)

Para una corriente romanista, que tiene todavía hoy renovados seguidores aunque no ofrezca la pujanza de otros tiempos[55], el sistema jurídico romano de la época arcaica vino a excluir la figura de la sucesión (en sentido específico o propiamente dicha)[56] en el patrimonio familiar a la muerte del *pater familias*, por existir en vida de éste sobre tal patrimonio una comunidad en la que participan los que habrían de ser los futuros sucesores, para quienes la herencia no sería sino un diverso modo de participación: la "participación de los supérstites".

---

51. Terminología con cierto apoyo en D. 34, 1,10, 1 (Pap. 9 *resp.*) y d. 35, 2, 11,5 (Pap. 29 *quaest*)
52. *Coll.* 16, 9, 2 (Ulp. 2 *inst.*); Dion Casio, LXXVIII (LXXIX)12, 2.
53. *Scrip. Hist. Aug.: Heliog.* 12, 2.
54. Conforme permite deducir, *P.S.* 4, 3, 3.
55. Cfr. Por todos, aún hoy, Voci, *DER*, I. cit., pp. 21, 22, e *Istituzioni* cit., p. 562 y nt. (6).

Se trata de una corriente que en esencia defiende para la época romana arcaica la existencia de una comunidad familiar doméstica, que se corresponde con un enfoque comparativista del Dº romano primitivo, y que, con esta orientación se relaciona con las figuras (vid. Biondi, *DER* cit., pp. 39-40 con sus notas) de la "sucesión familiar" (o "sucesión doméstica exclusiva", Hauserbrecht) y del "Testamento-adopción" –aunque de modo difícilmente conciliador de la literalidad de estas construcciones (p. ejplo. de una continuación de la participación en la comunidad doméstica con una sucesión propiamente dicha, s. in ius, dentro del ámbito familiar)–, así como guarda también relación con las hipotéticas dicotomías del primitivo patrimonio, a las que más adelante tendremos ocasión de aludir (*familia-pecunia, res-mancipi-nec mancipi*, indisponible patrimonio familiar– bienes individuales libremente disponibles. Por lo cual último puede colegirse la vejez de las raíces de esta corriente.

Esta orientación apunta ya entre otros en Levy, *Neue Bruchstüche aus den Inst. des Gai.*, "ZSS", 1934, pp. 258 ss., y se refleja en las características posiciones de Westrup (*Joint family and family property*), 1934 pass., y posteriores estudios suyos comparativistas de esta materia en la década de los treinta) y Wieacker (*Societas, Hausgemeinschaft uns Erwerbgessllschaft*, 1936, pp 212 ss.) Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung, "Fest. Siber", 1941, pp. 11 ss.

56. Otra cosa sería si se hablase de una *successio* impropia (o no específica), de una *successio in locum* y no *in ius*, para explicar la ocupación por los comuneros supértites de la simple administración ejercida por el *de cuius* y dejada libre con su muerte

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Se excluiría así la sucesión hereditaria[57], incluso intestada[58]: una sucesión universal y *mortis causa*, al menos una vez desarrollada la *hereditas*, si es que ésta se viese para la época arcaica como un agregado de cosas corporales, el derecho sobre las cuales sería lo que simplemente se adquiriría por el heredero o herederos a la muerte de su titular, con una originaria intransmisibilidad de las deudas[59] superada ya al tiempo de las XII Tablas[60].

Y con más razón se excluiría también el otro tipo de sucesión y de disposiciones *mortis causa* antes referido, a título particular, porque contempladas y fundadas éstas en el "uti legassit..." de XII T.V, 3 según extendida opinión, tendrían por objeto a los bienes personales (armas, caballo, vestidos, ornamentos, etc.)[61] del *de cuius* (*sua respecunia*), y no el patrimonio familiar.

Pero aquella opinión favorable a una real comunidad doméstica familiar arcaica que negaría y haría imposible la sucesión, ha sido contradicha, empezando ya de modo particular en su fundamento en un discutiblemente genuino D. 28, 2,11 (Paul. 2 *ad Sab.*) que no contendría más que apreciaciones sociales, no jurídicas, determinantes de una solamente metafórica y vaga, no real, consideración de los sucesores como anteriores dueños (*quodammodo domini*), y ello no sólo para época clásica, sino también ya para la época arcaica a la que los textos no intentarían atribuir una verdadera comunidad entre condóminos familiares. Refutación que se hace desde distintos enfoques de la sucesión primitiva en Dº romano[62].

Sistemas y conceptos fundamental

A lo largo del Dº romano se producen diersas regulaciones del fenómeno sucesorio *mortis causa*, cada una con sus propias instituciones que ponen sus estructuras al servicio de unas específicas funciones básicas, y con sus particulares principios.

Surgen así diversos sistemas, que se interrelacionan a lo largo de la evolución jurídica, con influencias recíprocas entre ellos y con necesarias coordinaciones de sus institutos dentro de un largo mantenimiento formal de sus diferencias y especifidades, hasta que, sobre todo desde la época posclásica pero con inicios ya en el Derecho imperial del Principado con su subordinación y manejo

---

57. Ver D. 28, 2, 11 (Paul. 2 *ad Sab.*) donde se dice que, por razón de dicha comunidad, no parece existir *hereditas*, con una exposición que la corriente doctrinal indicada entiende como de sentido metafórico para el tiempo de Paulo, pero de sentido real para el época arcaica. Y ver también con un coincidente fondo valorativo, pero sin literales concrecciones del anterior, Gai. Inst. 2, 157; así como también el mismo Paulo según Coll. 16, 3, 6 (*Paul Sent.* 4, 8, 6), I, 3, 1, 1, 3, *eod.* 2, 19, 2, etc.; Cic. *in Verr.*, 1, 44, 113, y Plin. *Pan.* 37, 2).

58. Y ésta ofrecería realmente el esencial contenido en la práctica posible en la sucesión hereditaria de los *sui*, al seguirse la idea del testamento-*adrogatio*, y reducirse el *"uti legassit..."* de XII T. V, 3 a las disposiciones a título particular.

59. *Vid.* por todos, Biondi, *DER*, cit. pp. 74 ss., y 72-3 con la bibliografía *ibi cit.* como iniciadora de la pretendida recuperación de anterior opinión comúnmente favorable a la originaria transmisibilidad hereditaria de las deudas.

60. Como resulta implícito en *el nomina hereditaria ipso iure divinduntur* referible a XII T. V., 9, y comprensivo tanto de créditos como de deudas.

61. *Vid.* representativamente Voci, DER, I, cit. pp. 3, 4,13,14, 21-22 y nts. (41) y(42) con argumentación sobre XII T. X, 7 y 8, aunque no deje de reconocer (*op. cit.*, pp. 11-12) que hay textos, como Cic. *De inv.* 2, 50, 148 y *Rhet. ad Her.* 1, 13, 23, que refieren el *"uti legassit..."* directamente a la facultad de testar (sobre todo el patrimonio, como se entiende clásicamente dicha facultad), además de aquellos que fundan el testamento de modo general en las XII Tablas, sin indicación de pasaje; e *id. Isti.* cit., p. 563

62. Así, una refutación pormenorizada en Albanese, *La successione ereditaria in Diritto romano antico*, "AUPA", 1949, en general pp. 218 y 219, y especialmente pp. 221 y ss., 238 ss., 242, 251 ss. donde se exponen los extremos arriba indicados, a veces con apoyo de otros textos, como el D. 25, 2, 1, del mismo Paulo. Y, desde otro enfoque de la sucesión arcaica, y con otros argumentos, Biondi, *DER* cit., pp. 40, 41. Cfr. Voici, *DER*, I, cit. p. 36, reconociendo el condominio familiar como una institución ético-social, y no jurídica, si bien en tiempos de Paulo, con lo que *a contrario* queda abierto un estricto carácter jurídico para dicha institución en el derecho arcaico.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

de los sistemas preexistentes, se empieza a seguir decididamente el camino de una unificación que, sin embargo, no se llega a consumar plena y formalmente ni con la Compilación justinianea.

Surgen así tres sistemas. El sistema típico y formalista, propio del *ius civile*, de la *hereditas* junto con las figuras predeterminadas que puedan acompañarla, sistema que, sobre todo, después de las modificaciones imperiales en la sucesión intestada, aparece esencialmente en este terreno, como el de un *ius (civile) novum*[63]. El flexible y equitativo sistema pretorio de la *bonorum possessio* (inicialmente denominada *hereditatis successio*[64], que presupone[65], incluso a efectos correctorios[66], al anterior. Sistemas de *hereditas* y *bonorum possessio* que son completos, porque pueden basarse en disposiciones del *de cuius* o en previsiones generales de las normas, y ordenar así el campo de la sucesión testada. Y, en tercer lugar, el sistema *novum* y *extraordinarium* del fideicomissum[67], que, aunque depende siempre de la disposición del *de cuius* y no llega a alcanzar pos si solo con genéricas previsiones normativas la regulación de la sucesión intestada, puede considerarse como un propio sistema por su gran extensión, ya que a través del fideicomiso puede disponerse una sucesión universal, una adquisición a título particular, o la manumisión de un esclavo, y se trata de una figura que puede emplearse tanto en la sucesión testada como en la intestada.

No nos corresponde ocuparnos del contenido, estructura y funciones de todos los diversos institutos de estos sistemas, ni tan siquiera de una simple descripción de los mismos que supusiese el recorrido de campos ajenos, como p. ejplo. el de la sucesión testada (herencia como objeto de la institución, substituciones, legados, tutelas y manumisiones testamentarias, etc.).

Sin embargo es necesario hacer alguna indicación en torno a las figuras capitales en juego, aún a sabiendas de que éstas constituyen materias inabarcables por el largo debate del que han sido y siguen siendo objeto.

Estas consideraciones sucintas las haremos con relación al perfil que las instituciones tienen después de su consagración, añadiéndose en su caso breves menciones de sus precedentes.

Hereditas, familia, pecunia, domus

La *hereditas* clásica, una vez consagrada la figura, es objeto de una famosa definición repetida con una literalidad prácticamente igual por S. Juliano y Gayo, que explica la esencia de la figura por su función: la producción de la sucesión universal.

> Iul. 6 *dig.* D. 50, 17, 62 *"Hereditas" nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.*
>
> Gai. 6 *ad ed. Prov.* D. 50, 16, 24*: Nihil est "hereditas" quam successorio in universum ius quod defunctus habuerit.*

---

63. Gayo en D. 5, 3 ,3 (6 *ad ed. prov.*) habla, en este Dº de senadoconsultos y constituciones para la *ab intestato, de ius novum* y D. 38, 17, 1, 8 (Ulp. 12 *ad Sab.*) de *novae (hereditates)* frente a la *vetus hereditas (legitimam, ex 1. Duodec. Tab.).* D. 38, 17, 1, 9 y 10 (*id. eod.*) habla de *ius antiquun* (incluso según el mismo texto del *sc Orfit.*) como también D. 38, 17, 2, 20 y 22 (id. 13 *ad Sab.*), para el Dº anterior a los senadoconsultos de la intestada.

64. Así característicamente en Cicerón, *in Verr.* 2, 1, 45, 117; 46, 118; 47, 124. *Phil.* 2, 25, 62. *Part orat.* 28, 98.

65. Como *viva vox iuris civilis* según D. 1, 1, 8 (Marci. 1 inst.)

66. Además de los coadyuvantes y supletorios, según D. 1, 1, 7, 1 (Pap. 2 *defin.*) que tradicionalmente aduce la doctrina para las funciones de la *bonorum possessio.*

67. Y *codicilli* o codicilo (el singular a partir de Diocleciano, C. 6,3, 14, C. 6, 36, 3), en su caso, conforme a la explicación que I. 2, 25, *pr.* da de la introducción augustea de la protección de los fideicomisos con ocasión de los de L. Lentulo, caso de codicilos testamentarios confirmados *in futurum* conteniendo fideicomisos, y probablemente legados (por ello no debidos).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

La perfecta coincidencia de los textos muestra que nos encontramos frente a una de aquellas máximas tradicionales, patrimonio común de la jurisprudencia romana, que es decididamente imposible que, con un alcance tan grande, se haya formado en una época en la que la sucesión hereditaria estuviese limitada substancialmente a los derechos patrimoniales. *Universum ius* no se refiere a uno o más derechos, sino a la completa posición jurídica de la persona, a su esfera jurídica, como, siguiendo a Scialoja y Bonfante, dijo Fadda[68].

Aquí se sitúa en primer plano un aspecto o significado dinámico, o si queremos cinético frente a otros posibles estáticos, de entrar en la posición jurídica del *de cuius*.

Al lado están los conceptos de *hereditas* como *universitas*[69], de las que los medievales calificaron como *universitates iuris*, una vez que se acepta comúnmente este aspecto de *universitas* para la *hereditas* de época clásica tras la superación de la disputa ya mencionada entre Bonfante y Fadda, y de *hereditas* como *ius successionis, ius hereditatis* o *hereditarium*[70] que se suele entender que recae sobre aquella *universitas*, constituyendo la otra cara de la misma moneda.

A pesar de que estos dos aspectos o significados de *hereditas* como *universitas* y como *ius successionis* se encuentran la lado del significado *hereditas* como *successio in universum ius*, que se contempla doctrinalmente como un aspecto dinámico, tales dos significados se enfocan comúnmente como dos aspectos estáticos de *hereditas* (objeto y derecho adquirido sobre el mismo). De manera que incluso el *ius successionis* es visto como un derecho subjetivo más que, en cuanto *ius hereditatis* o *hereditarium*, tiene su propio objeto específico que es la *hereditas* como *universitas*.[71]

Con ello puede que se pase por alto la cuestión del *ius successionis* como *ius succedendi* resaltado por Fadda, el cual podría corresponderse con el derecho potestativo derivado de la delación[72].

La *hereditas* que después de su consagración es reconocida expresamente como incorporal (*Gai. Inst.* 2, 14 y 54) según ya hemos tenido ocasión de ver, se concibe como un nomen iuris según:

---

68. Fadda, *Concetti fundamentali di Diritto ereditario romano*, I, 1949, pp. 3 y 4.

69. Sobre *hereditas* como *universitas*: D. 5, 3.13.8 (Ulp. 15 *ad. ed.*), D. 6, 11 pr. (Ulp. 16 *ad. ed.*), D. 37, 1, 3, pr.-1 (Ulp. *39 ad. ed.*) (para *hereditas* en relación con *bon. poss.*), D. 41, 1, 62 (Paul. 2 Manual.), D. 50, 16, 208 (Afr. 4 *quaest.*), y *Frag. Aug.* 61-63 en relación con *Gai. Inst.* 2, 97, y 46-50, donde, lo que en Gayo aparece como un *fideicommissum hereditatis* que constituye un *adquirere per universitatem*, en dichos Fragmenta ya se formula directamente como *un fideicommisum universitatis (id. est iuris)*. La cuestión, para el sector doctrinal intermedio entre las opiniones extremas de Fadda y Bonfante, estaría en no terminar admitiendo a la *universitas* hereditaria como un ente aparte de los elementos que la conforman, el cual como tal ente distinto sería precisamente el objeto directo de la adquisición, adquiriéndose a su vez sólo como consecuencia de esto el dº sobre aquellos elementos componentes. Pero el problema de esta orientación es que la misma propende a referir la unidad del conjunto de bienes, derechos, y obligaciones, a la persona del titular, algo específicamente refutado por Fadda, *Concetti*, I, p. 17.

70. D. 50, 16, 208 (Afr. *quaest.*), *Gai. Inst.*.2,14 (D. 1,8,1), I, 2,2,2, *Par. Theo.* 2, 2, 1, D. 28, 5, 9, 12 y 13 (Ulp. 5 *ad Sab.*), D. 37, 1, 3, 1 (Ulp. 39 *ad ed.*). Del *ius successionis* de *Gai. Inst.* 2, 14 para resaltar la incorporalidad de la *hereditas*, I 2, 2,2 pasan *a ius hereditatis* que facilita el referir su significado intuitivamente a la faceta estática y objetiva de *hereditas*, locución de *ius hereditatis* que, a su vez, es utilizada por Voci cuando habla de *ius hereditarium* en relación con *Par. Theo.*, 2, 2, 1 y ve el *ius successionis* sólo como un derecho subjetivo que tiene por objeto a la *hereditas* como *universitas, DER*, I, cit. 156 y n.n. (32) y (33).

71. Ver Voci, *loc. cit.*

72. Ver Fadda, *Concetti*, I, en general pp. 12-21 en donde parte de textos como *Gai. Inst.* 2, 14, D. 50, 16, 208, D. 37, 13 *pr.* –2, *Gai. Inst.* 97-98, e implícitamente D. 50, 17, 62 de Juliano y D. 50, 16, 24 de Gayo; pero en especial pp. 19-20, donde se refiere a este *ius successionis* o *succedendi* como derecho que precede a la adquisición y le sirve de título, y que está precisamente en la herencia como *universum ius defuncti* (D. 50, 17, 62 y 16, 24); que no es un derecho de propiedad sobre la herencia ya que ésta no es una cosa corporal (*Gai. Inst.* 2, 14), ni un derecho real *sui generis* que se diese antes o después de la aceptación, sino que se acerca a los derechos de estado con los cuales quizá coincide, como dice Fadda con Bruns, produciendo como efecto la condición jurídica de heredero, que es lo que queda después de la confusión de patrimonios (producida la confusión salvo *separatio*, la autonomía de la herencia como objeto solo revive en situaciones como la de ejercicio de la *actio petitio hereditatis*. Al igual que los derechos de estado, es un derecho absoluto que se protege por ello a través de una *actio in rem*, que no tiene, sin embargo, nada que ver con las acciones reales en sentido moderno

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

D. 50, 16 , 119 (Pomp. 3 *ad Q. Muc.*):
Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditaten: iuris enim nomen est sicut bonorum possessio.

D. 50,16,178,1 (Ulp. 49 *ad Sab.*):
Hereditas nomen iuris est, quod et accessionem et deccessionem in se recipit.

D. 5, 3, 50 *pr.* (Pap. 6 *quaest.*):
Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.

Nomen iuris implica que la herencia es independiente de los elementos corporales que puedan formar parte de ella, de sus aumentos y disminuciones, y que la herencia existe incluso sin objetos corporales y hasta en el caso de que el activo sea inferior al pasivo. La locución indica la unidad jurídica que se manifiesta en la posibilidad de cambio económico permaneciendo tanto la identidad jurídica, algo que precisamente es característico de las *universitates* (conforme al célebre texto de Alfeno D. 5, 1, 76, 6 *dig.*) y que por ello trabaja en pro de la *hereditas* como *universitas*[73].

Hemos hecho referencia ahora a la idea de unidad jurídica, a la noción unitaria que para la *hereditas* (y también para la *bon. poss.* según ahora diremos) se ofrece característicamente en el campo sucesorio por el Dº romano, y que es un logro básico que éste transmitió, según ya dijimos, a nuestros Derechos modernos. Esta unidad se expone en la teorización de sus juristas, y así podemos saber que la misma se encuentra ya en el pensamiento de Sabino a juzgar por D. 28,5,9,12 y 13, texto parte de Sabino y parte de Ulpiano, y que pudo ser conocida por Labeón según D. 37, 1, 3, 1 *apd.* Ulp., donde el jurista, conforme a la exposición de Ulpiano, caracteriza la *bonorum possessio* como *possessio iuris*, con referencia a un *ius* que no puede ser otro que el hereditario.

A este respecto, si la idea de unidad hereditaria está presente en la concepción de la *hereditas* como *nomen iuris*, según acabamos de ver, habría que recordar los textos a tal respecto citados hace poco, puesto que si uno tiene también como base a Sabino (D. 50,16,178,1), el otro es de Pomponio a Quinto Mucio (D. 50, 16, 119).

Todo esto ser relaciona con el, no sólo aquí inabarcable, problema de la herencia primitiva, de su origen y naturaleza, y de la acuñación de la que será herencia clásica[74], y apunta a que el perfilamiento

---

73. Ver Fadda, *op. cit.*, pp. 15,16

74. Podemos centrar simbólicamente esta cuestión en el debate, todavía transcendente entre la teoría de Bonfante, formulada a partir de un anterior apunte de Scialoja, sobre la sucesión hereditaria como derivada de una originaria sucesión antigua en la soberanía del grupo familia (ver en "Scritti giuridici varii, I, Famiglia e Successione", Rist. 1926, *L'origine dell'hereditas e dei legata,* pp. 101 ss., *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana,* pp. 188 ss., *Le affinità giuridiche greco-romana. Testamento romano e Testamento greco,* pp. 337 ss., *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità,* pp. 469, ss., *Corso di Diritti romano, VI, Le Successioni. Parte Generale.* Rist. a cura de G. Bonfante e G. Griffò: *L' essenza della successione universale e le sue configurazioni tipiche*, pp. 5 ss., *Critica delle concezioni dominanti sull'essenza dommatica dell'eredità*, pp. 49 ss. *Critica delle teorie dominanti sull'origine dell'eredità*, pp. 77 ss., *L'essenza e l'origine storica dell'Hereditas, dimostrazione sintetica in base ai principii fondamentali dell'Hereditas*, pp. 91 ss., *Oggetto della Successione ereditaria*, pp. 125 ss.), contradicha representativamente por Perozzi, *Instituzioni di Diritto romano,* II, 2ª 1928, pp. 422 ss., y Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto romano*, 14ª, ris. 1978, pp. 509 ss.

Representativa también la conocida opinión de Biondi sobre la evolución de la herencia romana, de cosa corporal, pasando por cosa incorporal, a universalidad, resumidamente en *Diritto ereditario* cit., pp. 74 ss., y 51 ss., a parte de sus estudios específicos al respecto en sus *Scritti*-III

Vid. sobre la cuestión de la *hereditas* primitiva por todos, A. Torrent, *Venditio hereditatis*, 1966, pp. 21 ss., con exposición detallada de las principales teorías explicativas. Su posición, favorable a una inicial *hereditas* corporal, en pp. 46 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

de la concepción unitaria de la herencia es el resultado de un proceso histórico que, en este caso, puede tener sus raíces muy lejanas, pero que al mismo tiempo, progresa a través de experiencias posteriores.

No hay constancia de que el término abstracto y derivado *hereditas* fuese de uso común en el lenguaje decemviral, aparte ahora problemas como el de las relaciones lingüísticas, verdaderas o legendarias, que con aquél tienen otros términos antiguos[75], o el del origen de la figura del *suus heres* (XII T.V.,4)[76], y sí hay sin embargo constancia de su uso jurisprudencial sistemático (*Gai. Inst.* 2, 14), junto con otros términos de figuras jurídicas *(usus fructus, obligatio*, etc.) que se consagran en los dos últimos siglos republicanos.

Ello podría sugerir una creación tardorrepublicana de la *hereditas*[77]. Aunque, si no el nombre de *hereditas*, ni quizá el perfil que ésta ofrecerá desde finales del Derecho preclásico, si que gran parte de los aspectos básicos de su régimen sustancial[78] pudieron estar esencialmente trazados al tiempo de las XII Tablas, a la vez que el perfilamiento de la noción unitaria del instituto pudo ir completándose en el tiempo con experiencias como las de la *in iure cessio* y la *usucapio hereditatis*[79].

Pero en cuanto a las raíces de la *hereditas*, debemos de tener presente que hay testimonios jurídicos e histórico-literarios de disposiciones de las XII Tablas, que acreditan el uso por éstas de otros términos, como *familia* y *pecunia*, en el campo sucesorio o en otros campos (como el de la *cura furiosi*) relacionables con él.

Son términos que se han considerado como precedentes del de *hereditas* y de la noción que éste designa. Y desde tal punto de vista se han utilizado como claves en la explicación de la sucesión arcaica, aunque a partir de la primera mitad de este siglo una discutida opinión no dejó de poner de relieve, con apoyo en XII T.V., 4 y 5, la diferencia jurídica que existiría entre el *hereden esse* del *suus heres* y el material *familiam habere* de agnados y gentiles[80].

Dichos términos, tal y como se han solido interpretar desde su utilización inicial por Ihering[81], destacadamente entre otros autores, expresan una dicotomía que fracciona la sucesión a través del fraccionamiento de su objeto, y de los regímenes jurídicos o titularidades sobre éste, y contribuye así a negar un posible carácter unitario para la herencia primitiva.

---

75. Vid. por todos, sobre *heres, erus* (dominus), heredium (Plin. *Nat. Hist.*, 19, 19, 50; XII T. VII, 3; además de Varrón *De re rust.* 1, 10, 3, ... *Bina iugera sunt*, y Festo), Voci, *DER*, I, pp. 62 y 63.

76. Vid. posiciones particulares sobre el *suus heres* en Lepri, *Saggi sulla terminología e sulla nozione di patrimonio in diritto romano*, I, 1942, pp. 48 ss., Ancora qualche parola a proposito di sui e di agnati, "Studi in o. Solazzi", 1948, pp. 299 ss.,; Albanese, *La Successione* cit., p. 333 y nt. (1) y *loc. ib. cit.*; Guarino, *Sui e agnati nelle XII Tabulae*, "Pagine di Diritto romano", IV, 1994, pp. 128 ss.; Lévy-Bruhl, *Heres*, "Mélanges De Visscher", II, 1949, pp. 136 ss., e *Intestatus*, "Studi in o. Albertario", I, 1953, pp. 547 ss., entre otros.

77. Ver A. Torrent, *Venditio hereditatis*, cit., pp. 46 ss., especialmente p. 48, por los finales de la República como época de acuñación de la *hereditas*, en su sentido técnico desarrollado que después ofrcerá la misma.

78. Prescindiendo ahora de la herencia como instituto técnicamente desarrollado de modo pleno. Así p. ejplo. Biondi, *Succesión Testamentaria*, cit. p. 189, considera que, a juzgar por XII T. V, 4, con su mención del *suus heres* y consiguiente exclusión del simple testamento-adopción, las XII Tablas debieron de conocer la institución de heredero, aunque la herencia no hubiese sido más que una transmisión del dominio (Cfr. así su *DER* cit. p. 74). Ver nuestras pp. 9 y 10 sobre algunas cuestiones allí apuntadas como posiblemente perfiladas en tal tiempo.

79. Sobre la *in iure cess. her.* ver por todos A. Torrent, *Cronología, finalidad y desparicion de la in iure cess. her.*, "Studio in o. Volterra", III, 1971, pp. 237 ss. Y *Venditio* cit. pp. 89 y ss. Sobre *usucapio*, Franciosi, *"Usucapio pro herede". Contributo allo studio dell' antica hereditas*, 1965, Gandolfi, *Sulla evoluzione della hereditas alla luce del regime dei sacra*, "SDHI", 1955, pp. 233 ss.

80. Diferencia que señaladamente indicó Solazzi, *Diritto ereditario romano*, I, 1932, pass., con una posición básica que ha seguido teniendo continuadores como Scherillo, *Il testamento*, I, 1966, *ad h.l.*, y a la que pueden no faltarle argumentos, si los *sui heredes* son en la sucesión arcaica unos *domini* continuadores (observancia del *consortium e.n.c.*) de unas titularidades familiares que, sin embargo, se fraccionarán con la adquisición patrimonial de agnados y gentiles sin vida común.

81. Ihering, *Histoire du développment du Droit Romain*, Oeuvre posth., Trad. Meulenaere, 1900, pp. 44-46, 74 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Los mismos, referida desde un principio la dicotomía *familia-pecunia* a la dualidad *res mancipi-nec mancipi*[82], vienen a reforzar, al concordar con ella, la consideración de la herencia primitiva como algo material, compuesto por cosas corporales. Si bien esto cesó cuando, en la evolución de la interpretación doctrinal de la dicotomía, se pasó a incluir a las personas libres dentro de una de dichas dos partes: la *familia* como elementos que serían los propiamente constitutivos de la misma[83].

También desde la iniciación de esta dicotomía patrimonial, a la dualidad de *res mancipi-nec mancipi* tendió a corresponder una dualidad en cuanto a la disponibilidad, menguada en las *res mancipi*, libre en las *nec mancipi*, con la propensión a considerar los bienes de la primera clase como un patrimonio familiar indisponible (Hausgut), mientras que los segundos constituirían un patrimonio personal (Eigengut) de libre destino o disposición[84].

Pero el mismo Ihering se percató de la dificultad de una perfecta simetría, al tener que reconocer y poner de relieve que la *familia* constituye, al mismo tiempo, una de las partes, y, en determinadas situaciones, el todo que engloba al otro elemento; la *pecunia*[85].

Esto conllevará que, ni la separación y distribución de *res mancipi* y *nec mancipi* en *familia* y *pecunia* podrán ser totales y para todo caso, ni existirá una tajante separación, en todo supuesto, de titularidades sobre los bienes[86]. Y las asimetrías pueden darse también consiguientemente, en la disponibilidad de los mismos.

La utilización doctrinal de estos términos contribuyó a que las prevalentes hipótesis, tanto de Bonfante como de otras construcciones, sobre la sucesión hereditaria arcaica basada en la atribución, por testamento o por ley, del título de heredero a un sujeto (con la consecuencia de la adquisición patrimonial hereditaria) fuesen desplazadas por concepciones en boga sobre todo desde hace decenios, conforme a las cuales hubo primitivamente una preferente atribución por la norma a miembros del grupo familiar, de un conjunto de cosas que constituirían la *hereditas* arcaica como *res corporalis*. Esto justificaría el que la herencia misma fuese objeto unitario de acciones (la *vindicatio hereditatis*) y de negocios (como la *mancipatio familiae* y la *in iure cessio*), así como del *usus* (en la *usucapio hereditatis*).

Pero, al final estos últimos aspectos son explicados por orientaciones doctrinales entroncadas con el empleo de los mencionados términos, refiriendo el derecho del heredero sobre la hereditas a la figura del mancipium como potestad indiferenciada sobre cosas y personas, con lo que se aproxima uno de nuevo al orden de ideas según el cual la atribución del título de heredero, que es una calificación de carácter personal, es decisiva en la sucesión hereditaria.

Las menciones básicas de los términos indicados aparecen en XII T.V., 3, 4 y 5 según las variaciones que ofrece el contenido de estos pasajes de acuerdo con las diversas fuentes que testimonian aquel contenido, y en el orden convencional que Schöll dio a los textos de las XII T. y que siguen las ediciones modernas de la ley decemviral[87], y que para estos pasajes indica Ulp. en D. 38,6,1, *pr.* (45 *ad ed.*).

---

82. Ver Ihering, *op. cit.* pp. 77 ss.

83. Cfr. Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 7ª, 1924, p. 263 y nt (3), pero negando sentido propiamente técnico a los dos términos, y que subsistiese una diferencia de contenido entre ellos ya en las XII Tablas; y Perozzi, *Instituzioni di Diritto romano,* I, 2ª, 1928, pp. 7 y 621.

84. Cfr. Ihering, *op.cit.* pp. 78-82, respecto de las que vienen a ser dos nociones jurídicas con su propio régimen jurídico y, en concreto, de disposición; Cuq, *Les Institutions juridiques des romains*, I, 2ª , 1904, pp. 75, 77; Mitteis, *Römische Privatrecht bis anf die Zeit Diokletians*, I, 1908, pp. 81, 82 y nt. (24); Westrup, *Joint family, cit.*, pass.; Wieacker, *Hausgenossenschaft* cit., pp. 9 ss., entre otros muchos.

85. Ver Ihering *op. cit.*, p.80, y también Mitteis *op. cit.*, p. 80.

86. Los mismos propugnadores iniciales de la dicotomía defendieron un poder único como poder propio del *pater familias*, y así Ihering habló de la manus, poder que los autores posteriores prefieren llamar *mancipium*. Sobre este poder único ver Ihering *op. cit.*, pp. 83 ss.; Mitteis *op.cit.*, pp. 78, 79.

87. Sobre ello *FIRA*, I, 2ª, 1941, p. 21 ss., y en general para las XII Tablas, C. Rascón y J. M. García, *La ley de las XII Tablas*, cit.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

La seguridad con que XII T. V, 4 y 5 dan por supuesta la sucesión con testamento y expresan los llamamientos al *suus heres*, así como a los agnados y gentiles a falta de testamento, frente a la mayor indeterminación del sentido para el "*uti legassit...*" de XII T. V, 3 aconsejan empezar por XII T. V, 4 y 5 como hace frecuentemente la doctrina romanista al comenzar la exposición de las sucesiones.

XII T., V, 4 dice:
Si intestato moritur cui suus heres nec
escit, agnatus proximus familiam habeto.

XII T., V, 5 lo propio se establece para los gentiles si no hay *agnatus:*
Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.

A favor de la variante ahora expuesta para XII T. , 4 y 5 están Ulp. apd. *Coll.* 10, 4, 1 y 2, y *Ep. Ulp.* 26, 1.

Hay sin embargo otra variante de ambos pasajes derivada de la información, que doctrinalmente se considera a veces más viable desde el punto de vista sustancial, y que al efecto presenta Cic. *De inv.* 2, 50, 148 y *Rhet. ad Her.* 1,13,23:

Si (pater familias) intestato moritur, familia
Pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto.

El que con esta variante no se precise el orden de preferencia en el llamamiento a favor de agnados y gentiles (pero cfr. D. 50, 16, 53, *pr.*), hace que gran parte de la doctrina prescinda de esta literalidad que, respecto de la anterior de XII T., V, 4 y 5, ofrece las novedades de omitir la referencia al *suus heres*, y de mencionar la *pecunia* al lado de la *familia* que era la solamente nombrada por la fuentes anteriormente citadas para estos dos preceptos decemvirales.

Hay una conocida disposición de las XII T., V, 3 que plantea la cuestión de si fundamenta la facultad de testar libremente, según resultaría de Ulp. en D. 38, 6 , 1 *pr.* y Pomp. *ad Q. Muc.* en D. 50, 16, 120 –si bien para alguno, partiendo de este último texto la facultad se derivaría directamente de la interpretación jurisprudencial *post legem*[88]–, o si lo que posibilita es el *legatum,* como disposición particular y, en aquel tiempo, extratestamentaria.

El texto tradicionalmente ofrecido, y doctrinalmente más aceptado para XII T. V, 3, es el que proviene de *Ep. Ulp.* 11, 14 (menos adecuadamente en Paul. D. 50, 16, 53 *pr.*), y que dice: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto.*

Conforme a Cic. *De inv.* 2, 50, 148 y Rhet *ad Her.* 1, 13, 23, la literalidad del texto diría *"(Pater familias) uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto".*

Pero además, como *Gai. Inst.* 2, 124, y D. 50, 16, 120 (Pomp. 5 ad *Q. Muc.*) informan de esta disposición de las XII Tablas, y dado que Gayo es autor de una obra sobre esta ley, y Pomponio nos habla al respecto al comentar a Q. Mucio sobre la amplia facultad testamentaria derivada de este precepto decemviral, doctrinalmente se opta a veces por la lectura que Gayo y Pomponio ad *Q. Muc.* nos dan de la norma, la cual diría: *"Uti legassit suae rei ita ius esto".*

Así que, de modo sucesivamente alternativo, el texto mencionaría: sólo a la *pecunia*, en lo que nos interesa[89]; o a *la familia pecuniaque* (como XII T.V, 4 también según los escritos del I a. C.); o la

88. En este sentido y en relación con D. 50, 16,20 y con *Gai. Inst.*, 2, 224 por quien pasan las palabras del precepto decemviral a I, 2, 22 *pr.* (y consiguientemente a la Paráfrasis de Teófilo) a la N. I. 22, 2, *pr.*, ver Voci, *DER*, I, cit. pp. 5 y 6.

89. Prescindiendo ahora de si el pasaje se refirió o no se refirió a la tutela, y de si, en el caso de hacerlo se refirió a ella con el específico propósito de permitir su establecimiento como institución de guarda por disposición del *de cuius*, o se refirió de modo general a un cuidado de los bienes del *de cuius* en cumplimiento de la disposición de éste, como el que asume el *emptor familiae* en su manifestación (*familia pecuniaque tua endo mandatela tua costodelaque mea...*), conforme a *Gai. Inst.* 2, 104.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

sua res, que podría indicar el patrimonio (*res*) del *de cuius*, o sólo el personal (*sua*) del mismo y libremente disponible por él, como ya tuvimos ocasión de indicar como opinión de Voci.

Pecunia aparece también mencionada en el precepto que se sitúa como XII T., V, 7 relativo a la *cura furiosi*:

> *"Si (pater familias) furiosus escit, agnatum*
> *gentiliumque in eo pecuniaque eius potestes esto*[90],

que plantea el problema de si *pecunia* se refiere a todo el patrimonio del *furiosus* o, como se quiere a veces, sólo el patrimonio subsidiario que no entra en el *mancipium* quiritario, de manera que en éste (la *familia*), para que no se diese el sinsentido de que, siendo la masa patrimonial más importante, quedase sin gobierno fuera de la *cura*, habría que admitir que se abriría la sucesión a favor de los *sui heredes*[91], o que tal *familia* sería objeto de administración pura por los titulares de la curatela, sin *potestas* a efectos dispositivos sobre las *res mancipi* (a juzgar por D. 47, 2,57,4), hasta que la *interpretatio* extendiese a estas cosas las facultades dispositivas del *curator* sobre las *res nec mancipi*[92].

Los términos *familia* y *pecunia* aparecen además en numerosas fuentes literarias, de las que ahora queremos indicar solamente algunas que tiene una relación especial con el fenómeno sucesorio, y que, aunque relativamente avanzadas ponen de relieve que los términos *familia* y *pecunia*, utilizados claramente en el sentido de objeto real y patrimonial de la sucesión, tienen un significado equivalente uno a otro y abarcante cualquiera de ellos de la totalidad del patrimonio[93].

Un término distinto, pero relacionado con los anteriores dentro del claro marco de pertenencia del mismo a la variada terminología romana que desde la época arcaica designa al patrimonio, sin un vocablo unívoco y técnico para ello[94], es el de *res* que ya vimos en XII T. V, 3.

Y también distinto es el término *domus*, pero relacionado con los anteriores ya por uno de los iniciadores mismos de la dicotomía *"familia-pecunia"*, tanto por razón de una supuesta etimología común con *familia*, como por una equivalencia economico-jurídica de *familia* a *domus*, sobre todo en la época primitiva, siendo la familia como una casa en sentido figurado, por constituir la base de toda la existencia económica y privada, en la que todo se encuentra y se interrelaciona[95].

Sin embargo a este respecto los intentos de resaltar el significado y la relevancia particulares que para el Derecho habría tenido el término *domus*, similarmente a *familia*, a juzgar por textos, sobre todo de Catón, fueron criticados de un modo decisivo por Mitteis[96].

---

90. Cfr. C. Rascón y J. M. García *La ley de las XII Tablas*, cit. pp. 10 y 78.

91. Cfr. Mitteis, *op. cit.*, p. 81, por la restricción inicial conforme a las XII Tablas; Guarino, *Diritto privatto romano*, 11ª, 1997, pp. 622-23, y además *Pagine di Diritto romano*, IV, 1994, pp. 138 ss., discrepando de la opinión de éste sobre la *cura furiosi*, Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949, pp. 169 ss., y *Das römische Privatrecht*, I, 2ª, 1971, p. 91 y nt. (8).

92. Mitteis, *loc. cit.* Hay que recordar, por otra parte, la obvia diferencia entre la *potestas* de agnados y gentiles de las XII Tablas y las facultades, con matiz asistencial, del *curator* a partir del D° clásico.

93. Tit. Liv. 45, 40, 7: *"...nominis, sacrorum, familiaque heredes..."*; Cic. De dom., 13, 35: *"hereditates, nominis, pecuniae, sacrorum"*, Fest. De ver sig.: *"Sine sacris hereditas* (Momm). *...heres sic pecuniae ut etiam sacrorum..."*

94. *Familia, pecunia, familia pecuniaque, res* y después *bona, sustantia, patrimonium* etc.

95. Ver así Ihering *op. cit.*, pp. 44,45 y nt. (1), donde menciona como raíces los términos *dha* (poner) y *dhaman* (habitación) entroncadas tanto con domus como con familia desde Curtius (ver Mitteis *op. cit.*, p. 83 y nt. (26), sobre *dham*, *domus* con Mommsen) en un problema lingüístico relacionado con la etimología de *familia*, y que desde este otro punto de vista ha sido continuamente debatido (cfr. Albanese *op. cit.* pp. 268 ss.) en torno a las raíces *dha* o *bha*. habiéndose defendido tanto una como otra, incluso para *fas* (de donde *famulus, familia*).

96. Ver Mitteis, *Römisches Privatrech*, cit. p. 79 y nts. (16) y (17), donde dice contra Voigt, que expresiones como *domus* no se utilizan en general en fórmulas jurídicas, y que otras como *domus familiaque* (ver Cat. *De agric.*, caps. 132, 134, 139, y sobre todo 141) pueden ser dudosas en cuanto a su anterioridad a la época de Catón.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Los términos *familia* y *pecunia* siguieron así centrando con preferencia a otros, la atención doctrinal como posibles vocablos precursores del término *hereditas*. Y continuaron siendo también interpretados, en principio, dentro de la indicada línea de Ihering, entre otros por Mitteis, quien además, por su parte, expuso los cambios de significado y ámbitos de aplicación que a su juicio tuvo el término *familia* en la evolución histórico-jurídica: designadora en un principio de las *res mancipi*, y, en casos, del conjunto patrimonial que englobaría así las *res nec mancipi*, constitutivas de la *pecunia*, posteriormente el vocablo se aplicaría en el edicto para designar en primer lugar al conjunto de esclavos (D. 43,16,1, 16 y 20; D. 50,16,195,3) y después a éstos y a los hijos del *dominus* (en el campo interdictal p. ejplo.), hasta el momento de su sustitución edictal por *bona*, dada la material orientación patrimonialista del edicto (ejecución patrimonial o *bonorum benditio*, *bonorum possessio*) a diferencia de la personalista del *ius civile* hereditario, a partir de lo cual *pecunia*, antes reducida a las *res nec mancipi* (sobre todo ganado menor), se ampliará hasta equivaler a *familia* en sentido patrimonial general, y este vocablo a su vez se centrará en su característico significado de grupo más (*f. communi iure*) o menos amplio (*f. propio iure*) de parientes (D.50, 16, 195,2)[97].

La teorización de esta dicotomía patrimonial con destacados seguidores[98], comenzó a ser discutida sin embargo, incluso en el círculo de éstos, en el aspecto clave de sus consecuencias jurídicas: un diverso régimen jurídico de las dos masas patrimoniales, que conllevaba la indisponibilidad de la *familia*[99]. La dicotomía. Pasó después, tras ser explicada por el dualismo esclavos-ganado, a centrarse en una primitiva contraposición de la *familia* como elemento humano en general (esclavos e hijos) a *pecunia* como bienes, pero sin defenderse ya un régimen jurídico-patrimonial diferenciado[100].

Y acabó por ser superada afirmándose que ambos términos tiene, cada uno de ellos, un valor general y unitario para la designación del patrimonio hereditario, dándose históricamente en la república avanzada y una vez que se monetariza la economía, un uso de *pecunia* en conjunción con una *familia* o una sustitución de ésta por aquélla, para explicar, con la ahora preponderante valoración económico-dineraria, una denominación antigua del patrimonio hereditario que, sin este matiz, por sí sola ya no se comprendería. Momento del que es representativa la conocida definición ciceroniana (Top.6,29) de *hereditas* como *"pecunia, quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure, nec ea aut legata testamento aut possessione retenta"*, y con el que se relacionan, por la dificultad de comprender el término *familia*, hechos como el de añadir a *actio familiae erciscundae* la expresión *actio de hereditate dividenda*[101].

Bona-patrimonium

En el lenguaje jurídico romano de las sucesiones (tanto la hereditaria como de la *bonorum possessio*) hay una profusa utilización del término *bona* –que conocidamente equivale de modo gene-

97. Mitteis, *Römische Privatrech*, pp. 79 ss. y nts. (16 ss.), sobre todo nts. (16) a (18) en cuanto a lo dicho en el texto, en relación con p. 85 y nt. (34) y con pp. 95,96 (sobre patrimonialismo y atención al real valor efectivo de las cosas como criterios del Edicto, frente al criterio de la continuación de la personalidad del de cuius propio de la antigua sucesión civil), así como con pp. 82-83 y nts. (26) y (27), y con referencia en pp. 80, 82 y 83 a la oposición etimológica entre *familia* (*dham*, *domus*, con Mommsen) y *pecunia* (cfr. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-europeens*, I, 1967, pp. 47 ss., 52 ss., en relación con la raiz peku).

98. Cuq, *Les Institutions*, I, cit. pp. 73-78; Wieacker, *Hausgenossenschaft* cit.; Westrup, *Joint family* cit.; Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb und Vermächtnisrecht*; I. Akademi der Wissenschaft in Wien., 1933; Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949, pp. 159 ss. donde admite la dicotomía patrimonial referida.

99. Ver Kaser *op. cit.*, pp. 160 ss. donde admite la posibilidad de disponer m.c. de bienes determinados del patrimonio familiar. Así como niega que *sua res* en XII T., V, 3 se identifique con el patrimonio restringido de carácter personal, y que la pecunia de XII T., V, 7ª no se corresponda con el patrimonio total. Cfr. también *RPR* I, cit., pp. 91 y n. (8), 97, 108, 122.

100. Girard, *Manual*, cit., pp. 272 en relación con p. 263 y nts. (1) y (3), donde niega la distinción, por contenido, de *familia* y *pecunia* ya en las XII Tablas, así como valor técnico a los términos. Perozzi, *Istituzioni* I, cit. pp. 7 y 621.

101. Crf. Albanese, *La successione*, pp. 267 ss., y sobre todo 327 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

ral patrimonio– la cual persiguió, según Ihering, borrar el recuerdo de las particularidades nacionales romanas del concepto de *familia* con la figura unitaria y patrimonialista de los *bona* impulsada por el Edicto[102], que atiende sobre todo al criterio objetivo-realista del efectivo valor de los bienes que componen el patrimonio[103].

Desde este estricto enfoque, diríamos que monetarista, y conforme a lo que significan los *bona* según D. 50, 16, 49 (Ulp. 49 *ad ed*) y a pesar de que este pasaje incluye no sólo las cosas corporales sino también derechos y acciones, las deudas no forman parte del patrimonio (en relaciones *inter vivos*) el cual no puede ser *damnosum* según D. 50, 16,83 (Iav. 5, *ex Plau.*) y D. 50, 16, 34, 1 (Paul. 53 *ad ed.*).

Sin embargo *bona* como patrimonio en la sucesión universal *m.c.* (tanto hereditaria como de *bonorum possessio*) comprende las deudas hasta llegar incluso al supuesto de predominio del pasivo, conform a D. 37, 1,3, *pr.* –2 (Ulp. 39 *ad ed.*). Aquí hay una sucesión en una universalidad que se produce por entrar en la posición jurídica del *de cuius*, tanto en la *hereditas* como en la *bonorum possessio*, no dándose una simple *possessio rerum*, sino una *iuris possessio* como dice Labeón *apd.* Ulp. en D. 37, 1, 3,1 con lo cual se adquieren las deudas como parte de la posición jurídica del *de cuius*. Y se da el fenómeno, que ya hemos visto para la *hereditas*, de los dos aspectos sucesorios: el objetivo de la *universitas* que se produce, y el subjetivo de un derecho, de un *ius* (D. 37, 1,3,2) que es un verdadero *ius successionis* (D. 30, 16, 208 Afr. *quaest*) como dicen estos dos textos tanto para la *hereditas* como para la *bonorum possessio.*

Esto es lo que implican los *bona* como patrimonio en la sucesión *m.c.,* tanto en la *hereditas* como en la *b.p.,* como resulta del expreso enfoque que a los mismos se les viene a dar con la mención de *patrimonium* que se resaltaba ya por *Gai. Inst.* 2, 102 para el viejo fenómeno sucesorio *m.c.* de la *familia,* cuando decía de ésta para explicarla: *"familia id est patrimonium",* al tratar de la *mancipatio familiae.*

Herencia y continuación de la personalidad del causante

Hemos tenido ocasión de repetir en cuanto a Ihering y a Mitteis una preconizada diferencia entre una concepción patrimonialista edictal de la sucesión y otra concepción personalista, del antiguo *ius civile*, conforme a lo cual anotamos en Mitteis la idea de la continuación de la persona del difunto en la sucesión hereditaria.

La constante repetición de que la sucesión hereditaria implica entrar en la posición jurídica del causante, y el conocido hecho de que *hereditas personai vice fungitur* según D. 46, 1, 22 (Flor 8 *inst*) (con añadido final itp.), llevó, sobre todo en la pandectística, a la idea de que el punto clave de la sucesión universal estaría en la continuación de la persona del difunto por el heredero.

Tal concepto –en cuya defensa se llegó a veces a la utilización de pasajes históricoreligiosos– cuando no se toma como una mera figura retórica es falso y peligroso, y llevaría a la admisión de que al heredero pasa la cualidad personal que tenía el difunto.

Tales ideas tiene una raíz bizantina, perceptible p. ejplo. en la N.I. 48, *pr.* (a. 537), cuando afirma que el heredero ha de pasar por lo dicho por el testador, ya que en cierto modo es una misma la persona del testador y la del heredero.

Se trata de un caso, no raro en el Derecho bizantino, en el que las manifestaciones jurídicas se revisten de retórica. La construcción sucesoria que se quiso apoyar con esta idea, fue objeto de una decisiva refutación por Bonfante[104].

---

102. Ver Ihring, *Histoire* cit., pp 74 a 77.

103. Ver Mitteis, *Römisches Privatrecht*, p. 85, en relación con pp. 95-96 sobre la continuación de la personalidad del causante como idea base de la sucesión hereditaria del antiguo *ius civile.*

104. Bonfante, *Il concetto dommatico del'eredità...*, "Scritti", I, cit. pp. 158 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Bonorum Possessio

A lo largo de nuestra exposición, y especialmente hace poco al referirnos al concepto patrimonial sucesorio de *bona*, y a lo que este supuso, según algunos autores, en la evolución históricojurídica de la sucesión romana, en concreto en el paso del Derecho antiguo al de la república avanzada, hemos tenido más de una ocasión de referirnos a la *bonorum possessio*.

Hemos visto como las fuentes ponen al mismo nivel *hereditas* y *bonorum possessio*, considerándolas como dos formas de sucesión universal hereditaria sólo diversas por las ramas del Dº objetivo que las sancionan. Naturalmente el pretor no crea verdaderos herederos, como afirman Gayo y Ulpiano.

Gai. Inst. 3,32 (I. 3, 9, 2):
Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutionem principalem.

Ep. Ulp. 28, 12:
Hi, quibus ex successorio edicto bonrum possessio datur, heredes quidem non sunt.

Al igual que el *in bonis habere* se consolida frente al *dominium ex i. Q.*, y que se constituyen *tuitione praetoris* derechos reales, y se crean y extinguen obligaciones, así la *b.p.* se coloca al lado de la *hereditas*, y alcanza el mismo fin práctico. Por lo cual Gayo continúa:

Sed cum eis praetor dat bonorum possessionem loco heredum constituuntur.

Y E. Ulp. cit.:
Sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris.

Por lo cual escribe Paulo en D. 50, 17, 117, (11 *ad ed.*):
Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet.

No debe de extrañar, por tanto, que las fuentes pongan al mismo nivel las dos instituciones, distinguiéndolas sólo por el Dº del que se derivan.

Coll. 16, 5, 1 (Ulp. 1, *inst.*):
Ab intestato quoque hereditas defertur aut per ius civile, aut per praetoris beneficium.

Y en algún otro texto se incluye la b.p. bajo la denominación de *hereditas* Paul. D. 50, 16, 138 (4 ad 1 Iul. et Pap.):

"Hereditatis" apellatione bonrum quoque possessio continetur[105].

Probablemente es en torno a la segunda mitad del s. II a. C. cuando surge la *bonorum possessio* (b.p.), que se afirma en los últimos cien años de la república, y que, aparte ahora la cuestión la

105. Fadda, *Concetti*, cit. pp. 37 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

concreta razón determinante de su introducción, evitaba los inconvenientes de la herencia yacente e impedía la producción casual de la *usucapio pro herede.*

La *b.p.* es técnicamente una *missio in bona* realizada por el pretor, a favor de una persona que la haya solicitado, sobre el patrimonio de un difunto, afectando en un primer plano a las *res corporales* de este patrimonio, y viniendo protegido el *missus* por el interdicto *quorum bonorum* (*adipiscendae possessionis*), y favorecido con una posesión *ad usucapionem.* Pero ya en el s. I. a. C. *el bonorum possesor* está legitimado a las acciones hereditarias, sobre la *ficitio "si heres esset",* tanto a las *in rem* como a las *in personam*, alcanzando la *b.p.* a todo el patrimonio hereditario (*Gai. Inst.* 3, 32 –v. I. 3, 92; *Gai. Inst.* 4, 34).

En el Derecho clásico la institución representa el paralelo honorario de la *hereditas* civil, previniendo tanto la sucesión intestada, como la testamentaria (a la que acompaña el reconocimiento del específico testamento pretorio), como también una sucesión necesaria tanto formal, que exige la desheredación al igual que el Derecho civil, como material. Con lo que se producen las tres clases de *b.p.* distinguidas ya por la jurisprudencia: *secundum tabulas, sine tabulis* (o *ab intestato*) y contra *tabulas* (*testamenti*) (*Gai. Inst.* 2, 120; *Gai. Inst.* 3, 34; D. 37, 1, 6, 1; *Ep. Ulp.* 28, 7; *Gai. Inst.* 2, 135; D. 37, 4, 1 *pr.*).

En el progresivo asentamiento de la *b.p.* se llega a la *b.p. cum re*, en la que el *bon. possessor* puede oponer la *exceptio doli* a la *hereditas petitio* del heredero civil, y viene protegido, frente a terceros, por una *hereditas petitio* posesoria. Los primeros casos de la *b.p.* de este tipo pudieron producirse a fines del s. I. a. C., discutidamente en los campos de la *b.p. sine tabulis y contra tabulas.*

Cuando la protección pretoria del *bon. possessor* es provisional, cesando ante la *hereditatis pet.* Ejercida por el herededo civil antes de que aquél hubiese consumado la usucapión de la herencia o de cosas hereditarias concretas, la b.p. es *sine re* (Cfr. *Elp. Ulp.*, 28, 13 sobre ambas clases).

La *b.p.* se concede por el pretor a petición (cuyo resultado es la *agnitio b.p.*), en orden sucesivo, de los comprendidos en las clases edictales de legitimados para ello, a cuyos efectos cada clase tiene un plazo, normalmente de cien días útiles –excepto un año para los ascendientes y descendientes– transcurrido el cual la legitimización pasa a la clase siguiente conforme al *ordo successorius* que llama primero a los legitimados a la *b.p. contra tab.*, después a los sec. tab., y por último a los *sine tab.*

La *b.p.* que se concede así a favor de categorías previstas en el edicto se llama *edictalis*, mientras que si se concede en casos concretos no previstos, después de analizarse las razones (*causae cognitio*) para ello (D. 37, 1, 3,8), p. ejplo. porque por causas objetivas el heredero no pudo realizar la adición, se llama *decretalis* (distinción tenida en cuenta por Ulp. en D. 38, 6, 1, 4 y D. 38, 9, 1, 7).

Como hemos visto, al tratar de los *bona* como patrimonio de la sucesión universal *m.c.*, el cual comprende las deudas hasta poder ser *damnosum*, y que es contemplado jurisprudencialmente como objeto de una *b.p.* admitida tanto en cuanto *universitas* como en cuanto *ius succesionis*, la *b.p.* viene a asimilar a la *hereditas,* de manera que, mucho antes del momento unificador justinianeo, las constituciones dioclecianas hablan de *hereditas* civil y pretoria, al tiempo que se denotan concordantes cambios sistemáticos[106].

En esta época posclásica, con la fusión de los sistemas normativos, los efectos de la *b.p.* se producen *ipso iure,* como consecuencia de la aceptación y adquisición de la herencia, sin necesidad de la *adgnitio.*

Finalmente una cuestión todavía abierta en la *b.p.* es el estudio de la razón determinante de la introducción de la figura, una vez que hoy se han abandonado las hipótesis de Hugo y de Niebuhr que, respectivamente, explicaban la versión y la utilización notoria de la *b.p.*, para la protección de la herencia de los peregrinos (cuando hoy se sabe que el Dº sucesorio romano partía de la ciudadanía o

106. Ver al respecto *nuestra Sistematización de la indignidad para suceder*, 1983, pp. 162 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

de la particular capacidad jurídica de los latinos), o para la protección de la *possessio* del *ager publicus*, y dado el poco crédito que hoy se le da incluso al testimonio de I. 3, 9 y a la concordante opinión común de los escritores antiguos seguida por Savigny[107], a favor de la función de corrección equitativa del *ius civile*, porque si esto fuese así no tendría sentido que la *b.p.* se hubiese introducido, como sabemos por Gayo que se hizo, como *b.p. sine re*.

Hay otras opiniones, algunas de las cuales se entrocan con la orientación de alguna que acabamos de indicar, por lo que, como ésta, tampoco tiene hoy gran predicamento, como ocurre en la hipótesis de introducción de la *b.p.* por razón de la regulación pretoria incidente en la *usucapio pro herede*, que podría conectarse por filiación con la opinión de Savigny.

Luego están otras teorías como la de Leist, el más completo estudioso de la b.p. en la continuación de las *Pandectas* de Glück, partidario de explicar la introducción del sistema b.p. como consecuencia de la regulación sucesoria que el pretor va haciendo a partir de su ordenación (*edictum successorium*) de las categorías de llamados con el fin de estimularlos a aceptar y tomar posesión de la herencia (D. 38, 9, 1).

Y finalmente están las opiniones, con más seguidores hoy en día, que relacionan la introducción de la *b.p.* con la posesión, desde distintos puntos de vista, en favor del heredero: para atribuir provisionalmente la posesión en un proceso de *petitio hereditatis*, para facilitar la toma de posesión (extraprocesal) de elementos de la herencia, para proteger posesoriamente al heredero civil antes de que tenga que probar procesalmente su condición hereditaria, y con unos fines en general *iuris civilis aduvandi causa*.

Probablemente se empezó a conceder con un fin de este tipo, para dar el apoyo del interdicto *quor. bon.*, y se pasó de aquí a la ayuda del instituido en el testamento pretorio (Cic. *In Verr.* 2, 1, 45, 117) y de aquí al caso de que no existan llamados testamentarios (Cic. *In Verr.* 2, 1, 44, 114). Pero hay indicios ya de *b.p.c.t.* para este tiempo.

Elementos extrapatrimoniales en la sucesión

Hemos tenido ya ocasión, al tratar del Derecho hereditario y del contenido propio de la sucesión hereditarias, de hacer referencia a elementos que entran o que no entran en la sucesión, o que aparecen en ésta de un modo esencialmente nuevo para el heredero.

Remitiéndonos a lo dicho allí, queremos hacer ahora un simple recordatorio de la cuestión de los elementos llamados extrapatrimoniales (*sacra, sepulchra, patronatus*) que, según la opinión común, iban unidos en un principio a la herencia por el indisoluble carácter familiar de ésta, y con omisión de alguno de aquellos aspectos (*hospitium*, venganza de sangre) que sólo lo más extremados (p. ejplo. Mitteis) vinculares hereditariamente a la continuación de la personalidad del difunto por el heredero.

Los *sacra* debieron de seguir gravando al heredero (familiar o extraño) a juzgar por *P.S.* 4, 3,3, después de que los decretos pontificales (de los que informa sobre todo Cicerón) hubiesen atribuido aquella carga a quien hubiese obtenido elementos del patrimonio hereditario[108]. El heredero tiene derecho a computar los gastos en el pasivo hereditario, con un régimen que será el de los gastos funerarios (D. 35, 2, 1, 19; *eo* t., 2; y *P.S.* cit.). Con el Cristianismo viene la prohibición (C. Th. 16, 10, 12, *pr.*) y el desuso.

Pero los *sepulchra*, distinguidos en familiares y hereditarios, pueden en el caso primero caer fuera de la sucesión, siendo titulares los descendientes incluso desheredados (D. 11, 7, 5; D. 37, 10, 11; D. 40, 5, 4,21).

---

107. Savigny, *Vermischte Schriften*, II, 1850, pp. 230 ss.

108. Fuentes en Voci, *DER*, I, p. 113 y n. (40). Prescindimos de la opinión más particular, dentro de las discrepancias antibonfantianas, según la cual los *sacra* fueron una carga, pero no una parte, de la herencia. Cfr. por todos Biondi, *DER* cit., pp. 67 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Y el patronato se desliga también de la herencia, al poder suceder al liberto incluso los hijos desheredados del patrono (*Gai. Inst.* 3, 58; D. 37, 14, 9, pr.; D. 38, 2 , 12, 7). Régimen que se complica, sin embargo, edictalmente al introducirse una *b.p. contra tab. liberti.*

La separación de estos elementos extrapatrimoniales de la herencia, y su unión a la familia, se ha considerado comúnmente como un seguro indicio de la total patrimonialización sucesoria. Pero, aparte de que hay algunos de estos elementos que en ciertos casos siguen en la sucesión, el heredero –encargado típicamente de la general voluntad y disposiciones del *de cuius*– es, por su funciones, algo más que un simple adquiriente patrimonial[109].

Sucesiones particulares *mc.*: legados y fideicomisos

Las sucesiones por causa de muerte, además de las dos formas universales de *hereditas* y de *b.p.* podían asumir otras variadas formas de atribuir derechos particulares a determinadas personas. Los modos con los que en el Derecho clásico podía tener lugar tal sucesión particular son variados, y de ellos es oportuno hacer alguna indicación, al menos de los principales en oposición a las dos formas dichas de sucesión universal, para una mayor clarificación de los términos jurídicos clásicos y los conceptos que éstos denotan.

Tradicionalmente se suelen señalar como tipos de estas sucesiones particulares en el Derecho clásico, que están sometidas a un proceso de unificación posterior justinianea, el legado, el fideicomiso, las manumisiones testamentarias y la donación *m.c.* Aparte ahora el conjunto de casos agrupados bajo el título genérico de *m.c. capiones.*

De estos tipos nos interesa ahora referirnos como figuras particularmente contrapuestas a *hereditas* y *b.p.,* al legado y al fideicomiso.

Por lo que respecta al primero hay que empezar por decir que la antítesis entre legado y herencia, así como la determinación de la verdadera noción de legado han sido objeto de continuado debate.

Así en primer lugar, el legado se ha querido caracterizar sin más como una sucesión a título particular frente a la sucesión universal que comportaría la herencia. Pero esto no es del todo exacto porque en el legado no siempre hay sucesión, y menos necesariamente una sucesión al testador por el legatario. Así parece poco natural hablar de sucesión en el legado de remisión de deuda o de liberación de un derecho real sobre cosa del legatario. Y es dificil hablar de sucesión en un legado en el que se imponga al gravado una obligación de *facere.* Por otra parte puede existir una sucesión, pero que no sea al testador, como cuando se lega una cosa de otro o una cosa del heredero.

Se suele también definir el legado poniéndolo en relación con el concepto de donación y de acto de liberalidad, aunque esto sea discutido por autores ya desde Windscheid[110].

En las fuentes se indica repetidamente la idea de ventaja patrimonial como algo inherente al legado. Así resulta de los siguientes textos: Modestino, D. 31, 36 (3 *pand.)* cuando define así a la figura, *legatum donatio testamento relicta.*

Y Justiniano en sus *Instituciones*, 2, 20, 1 nos dice: *Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta.*

Y Calístrato, D. 35, 3, 6 (4 *de cog.*) califica la demanda del legado de *petitio liberalitatis ex testamento.*

Y son numerosos los pasajes en los que el legado se trata al lado de las donaciones, nombrado en conjunto con éstas, sometido al mismo principio. Por otra parte la necesidad de una intención de liberalidad parece estar en la razón de la nulidad *del legatum poenae nomine* antes de Justiniano.

---

109. Algo de esto es característico de los fideicomisos familiares, sobre los cuales ver A. Torrent, *Fideicommissum familiae relictum*, 1975, pass.

110. Windscheid, *Pandekten*, 7ª, III prgr. 623, n. (5).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Pero en estos argumentos, aunque de peso, quizá no son decisivos. No hay duda de que el testador no puede imponer una carga patrimonial sino al que ha sido beneficiado por el *m.c.*. Y así en relación con esto Florentino D. 30, 116, *pr.* nos da la siguiente definición de legado:

Legatum este delibatio hereditatis, qua testator ex eo,
Quod universum heredis foret, alicui quid collatum vellit.

Precisamente porque el legado es una *delibatio hereditatis* ha de ser prestado a cargo de la herencia. Lo que es repetidamente afirmado por las fuentes (Ulp. D. 35, 3, 1, 12, 79 *ad ed.* y D, 36, 1,1, 17, 3 *fid.*).

Solamente el heredero puede estar obligado *ultra vires*, pero únicamente por deudas de la herencia. La diversa posición del legatario y del heredero aparece en la siguiente opinión de Juliano, D. 17, 1, 32 (3 *ad Urs. Fer*):

nam legatum adquisitum nunquam... damno esse
potuit: hereditas interdum damnosa est.

Pero el legatario puede ser gravado de modo que resulte absorbida prácticamente toda la ventaja patrimonial que le fue atribuida, por medio de un fideicomiso, a través de una condición, o finalmente por la vía del modo. Y así se ha dicho más de una vez que los romanos consideraban el legado, como por otra parte a la institución de heredero, en último término como una carga.

Excluida como esencial la calificación de *causa lucrativa*, habría que reputar que el legado puede comprender todas aquellas causas conciliables con un acto de última voluntad, e incluibles en una disciplina de las relaciones, que sea diversa de la institución del heredero, o como se dice definiéndolo negativamente, que sean realizables por una atribución por causa de muerte que no sea institución de heredero ni donación *m.c.*, en época clásica dada la asimilación justinianea de los legados y las donaciones referidas.

Podemos terminar este recordatorio breve de legados y fideicomisos como figuras contrapuestas a la herencia y a la *b.p.*, definiéndolos con Ep. Ulp. 24, 1:

Legatum este quod legis modo, id est imperative
Relinquitur testamento. Nam ea quae precativo modo
Relinquntur fideicommissa vocantur.

El legado era un instituto de Derecho civil y por el Derecho civil se distinguía en los cuatro tipos conocidos (*per vindicationem, per damnationem, per praeceptionem, sinendi modo*) que se resumían por los juristas en dos, porque el legado *sinendi modo* era una forma secundaria del legado *per damnationem* y el *per praeceptionem* era una forma secundaria del *per vindicationem.*

El legado estaba sujeto a reglas muy rigurosas relativas no sólo a la voluntad sino también a la capacidad de disponer y de recibir. Por esto ocurrió que muchos testadores que querían obtener un fin que iba más allá a veces de formales prohibiciones legales confiasen a la *fides* del heredero el encargo de disponer según su voluntad, a pesar del obstáculo legal, de los bienes hereditarios. Hacia fines de la República se hizo común en la conciencia jurídica romana la convicción de que se debía observar como obligatoria la voluntad fiduciaria del difunto. Y por esto Augusto, según ya hemos anotado, confió a los cónsules vigilar la observancia de los fideicomisos, viniendo a ser éstos desde tal momento una verdade institución jurídica. No se dio una verdadera acción para su ejecución, pero el favorecido podía dirigirse al cónsul con un recurso (*persecutio*) y éste actuaba de oficio. Después de tales sanciones imperiales, el fideicomiso por su gran utilidad vino a ser un aparte tan normal en el testamento romana, que, para su observancia se tuvo que nombrar un específico pretor fideicomisario.

Finalmente hemos de decir que el fideicomiso, así como también el legado, podía tener por objeto o cosas particulares o toda o una parte de la herencia (*fideicommissum hereditatis, legatum partitionis*). Para aminorar el perjuicio que estas disposiciones globales pudiesen causar al heredero, del mismo modo que respecto de la limitación de los legados se había dado la L. Falcidia, respecto de los fideicomisos se estableció al efecto la regulación de los ss.cc. Trebeliano y Pegasiano, en cuyas particularidades, como en las del resto de la disciplina de legados y fideicomisos, no nos corresponde entrar.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Coordinación de sistemas e instituciones

Al ir produciéndose históricamente los sistemas sucesorios con sus instituciones, se hace cada vez más necesaria su coordinación.

Al ámbito civil de la *hereditas* se añade, como ya dijimos, el sistema pretorio de la *b.p.*

Puede considerarse que este sistema se completa ya en el s. I d. C.[111], y alcanza su último perfil en la compilación adrianea del edicto, aunque algunas modificaciones notables se introduzcan por Antonino Pío, que es quién probablemente acaba de regular la *b.p.*[112]

Una vez estructurado definitivamente, este sistema pretorio es, como ya apuntamos, un sistema completo, testado e intestado y que establece un puesto para todos los sucesores, tanto civiles como pretorios.

En un sistema así articulado, surge el problema de quien obtendrá los bienes cuando son llamados sucesores pretorios con herederos civiles, o incluso antes que éstos. Esto puede darse en dos hipótesis. La primera cuando concurren conjuntamente *sui* y emancipados a la *b.p.s.t.* o a la *b.p.c.t.*, situación en la que, en el principado, todos obtienen la misma cuota, después de que en la república los emancipados probablemente sólo hubiesen sido admitidos cuando faltasen los *sui,* porque no hay testimonios de una *b.p.c.t.* a favor de los primeros en tal tiempo. La segunda hipótesis se da cuando hay un instituido en testamento exclusivamente pretorio. Hasta Antonino Pío tal instituido no mantenía *b.p.sec.t.,* sino solamente cuando era contradicho por herederos civiles *ab intestato* voluntarios (agnados). Pero dicho emperador estableció que aquel instituido pudiese rechazar con *exceptio doli* al heredero legítimo y mantener así la *b.p.sec. t.* con el consiguiente caudal hereditario (*Gai. Inst.* 2, 120).

La admisión de una *b.p.* así incondicionada tiene una gran importancia. En primer lugar, porque con ello se introduce la *b.p.* correctiva del *ius civile*, que prevalece sobre éste. Y en segundo lugar, porque así el esquema de la sucesión pretoria, con el orden del edicto, prevalece sobre el del Dº civil.

Continúa, sin embargo, la distinción formal entre los sistemas, y un *bon possessor* no será llamado heredero (*Gai. Inst.* 3, 32). Pero como no pueden coexistir dos sistemas que tengan normas distintas para un mismo objeto: las normas generales que valen para la herencia valen también para la *b.p.* (en cuanto a la capacidad sucesoria), a la responsabilidad por deudas, etc.), *el bon possessor* es protegido, de modo análogo al heredero, con acciones pretorias ficticias[113], y el heredero continúa asegurándose con el *interdicto q.b.* la tutela posesoria. Se mantiene sin embargo ciertas diferencias, en cuanto que la *b.p.* se defiere conforma al *edictum successorium* y se adquiere clásicamente (no ya en el posclasicismo según dijimos) mediante su *adgnitio* (*petitio* y *datio*).

El fideicomiso no es así de completo como la herencia y la *b.p.* porque depende siempre de la voluntad del causante. Pero, ya lo hemos dicho, puede aplicarse tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, y puede disponer una sucesión universal, una particular, o la liberación de un esclavo, teniendo un medio protector específico distinto a los civiles y pretorios: la *cognitio e.o.*[114]. Como estas tres variantes fideicomisarias son análogas a otros tantos correspondientes institutos civiles, fueron inevitables los acercamientos entre unas y otros.

Los fideicomisos y codicilos[115] atenúan la separación absoluta que en la república existía entre la sucesión testada y la intestada, centrada la primera en el testamento como única sede de disposi-

---

111. Indicio de esto pueden ser las citas de Labeón en materia de la *b.p.c.t.,* que es la *b.p.* más reciente (D. 37, 4, 8, 11; Ulp. 40 *ad. ed.*, D. 37, 10, 9 Ner. 6 *mem.*; D. 38, 2, 51 Lab. 1 *Pith. a Paul epit.*).

112. Vid. *Gai. Inst.* 2, 120 ; 126, 149 a.

113. *Gai. Inst.* 3, 81 y 4, 34.

114. *Gai. Inst.* 2, 278; *Ep. Ulp.* 25, 12 ; I. 2, 23, 1 ; D. 1, 2, 32; D. 30, 29 *pr.*; Suet. *Claud.* 23; *Quint., Inst. orat.*, 3, 6, 70).

115. De cuya protección inicial por Augusto ya hablamos conforme a I. 2, 25 *pr.*, de los que se desconoce la introducción sucesiva de sus distintas especies.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

ciones *m.c.*, que había de contener necesariamente la institución de heredero, y que implicaba la renuncia completa y definitiva (dada la incompatibilidad con la sucesión intestada, y la revocación sólo por otro testamento salvo la revocación material del pretorio) a la sucesión *ab intestato*.

El fideicomiso no tiene que ir en el testamento, ni siquiera en un codicilo, pudiendo establecerse oralmente (*Ep. Ulp.* 25, 3).

El codicilo, documento libre de forma testamentaria y que puede contener cualquier disposición salvo instituciones o desheradaciones, puede darse en una sucesión testamentaria o intestada, significando esto que puede complementar o sustituir, respectivamente, el testamento. La función sustitutoria tiene lugar cuando el codicilo tiene fideicomisos dispuestos a cargo del heredero *ab intestato*.

La función de complemento o integradora facilitaba la modificación, o la precisión por remisión a otro documento, de las disposiciones testamentarias, ya que no se podría asegurar el encontrar en todo lugar y tiempo, y en el número requerido, las personas capaces que han de participar en la realización de un testamento modificador futuro, o dado que podría ser inoportuno o imposible el recabar un documento propio anterior para verter la literalidad de todas sus disposiciones en el testamento que actualmente se otorga. Tales modificación o precisión se logran con codicilos confirmados, respectivamente para el futuro[116], o de pretérito, en una cláusula del testamento que en el momento actual se hace, con lo que los codicilos pueden contener cualesquiera disposiciones menores o la revocación de las de esta clase[117].

Los codicilios no confirmados en el testamento que existe, sólo pueden contener fideicomisos, lo mismo que los codicilios *ab intestato*[118]. El uso conjunto de codicilo y fideicomiso significa el uso de un testamento menor.

Además de esto, las disposiciones fideicomisarias y las instituciones civiles son objeto de un acercamiento recíproco, de los modos siguientes.

Por un lado las disposiciones civiles, que a diferencia de las fideicomisarias, obedecen a los principios de tipicidad y formalismo, manifiestan la tendencia de atenuación del rigor de estos principios. Por otro lado, las analogías sustanciales entre unas y otras disposiciones hacen que se den unas influencias recíprocas entre éstas, con una consiguiente adecuación, uno con otro, de sus diversos regímenes. Así, sobre todo, la regulación poco articulada del fideicomiso, aprovecha las reglas específicas o concretas propias de las disposiciones típicas civiles, dado además que el fideicomiso es una disposición accesoria porque necesita de la adquisición de la herencia para su eficacia, y de estructura simplemente obligatoria para el gravado. Pero no deja tampoco de influir a su vez en el régimen civil, el régimen del fideicomiso, más libre y en general más favorable al fideicomisario[119].

En las disposiciones civiles se atenúa el rigor de la tipicidad, p. ejplo. estableciéndose, en tema de sustituciones, la equivalencia, en su caso, de las sustituciones vulgar y pupilar (D. 28,6,4 Mod. *1.s. de Heur*); o en legados, por el s.c. Neroniano, la validez, en su caso, de *1. Per vindic.* Como *1. Per damn*[120].

De las alteraciones del rigor formal en las disposiciones civiles hay numerosos ejemplos, empezando por la *heredis institutio*[121].

---

116. *Gai. Inst.* 2. 270 a, *Par. Theo.* 2, 25, *pr.*

117. *Gai. cit., Ep. Ulp.* 2, 12, y 24, 29.

118. *Gai. cit., Ep. Ulp.* 25, 8, P.S. 4, 1, 10.

119. *Gai. Inst.* 2, 268 ss. hablan de diferencias, subsistentes o superadas entre disposiciones civiles y fideicomisarias.

120. *Gai. Inst.* 2, 197; 212; 218; *Ep. Ulp.* 24, 11 a.

121.Para lo que basta con atender a la elegante forma compendiosa de institución y substitución plural recíproca, admitida por Juliano en D. 28, 5, 37, 1 (*29 dig.*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

Por aquella influencia de los regímenes específicos de las instituciones civiles típicas en los fideicomisos, vemos que en el fideicomiso de cosa particular (que es semejante al legado obligatorio), para aumentar la eficacia de la tutela del fideicomisario se le concede una *missio in rem,* por la que consigue una reipersecutoriedad con la que en gran parte se alcanzan los efectos de un legado *per vindicat.*[122].

Y en el fideicomiso universal, conocidamente se tiende, a través del s.c. Trebeliano y después del complejo Pegasiano, a poner al fideicomisario los diversos aspectos de la posición de heredero.

En el fideicomiso de libertad, de menos efectos que la manumisión civil porque aquel requiere que el esclavo sea manumitido por el heredero, se establece una tutela judicial *exta ord.* del esclavo (D.5,1,53, y D. 40, 5,44), y, como veremos ahora al tratar del acercamiento entre las instituciones en la adquisición del objeto de las mismas, se tiende a independizar a la manumisión del cumplimiento del heredero.

Finalmente entre las instituciones civiles y las disposiciones fideicomisarias hay un acercamiento en cuanto a los modos de adquisición, del que participa también la *b.p*

En las instituciones civiles hay que empezar por distinguir los herederos de los destinatarios de disposiciones menores. Los herederos –prescindiendo ahora de las hipotéticas adquisicones automáticas de los originarios herederos *ab intestato* arcaicos (tanto *agnati* como *sui*)– suceden inevitablemente (*Gai. Inst.* 2, 153) si son *sui et necessarii* o simplemente *necessarii* (*o necessarii tantum*, los esclavos), cuando los *voluntarii* (todos los otros herederos) (*Gai. Inst.* 2, 152 ss.) han de realizar un acto de aceptación el efecto, del tipo de la *cretio* (o de la *pro herede gestio*) (*Gai. Inst.* 2, 164 ss.), que en los orígenes equivalía a una toma de posesión como la que de modo automático adquirían los *necessarii.*

Pero con la evolución, en el principado todos son en la práctica herederos voluntarios, lo mismo que los *bonor. Possessores* que han de pedir la *b.p.,* después de diversos remedios contra aquella adquisición automática, desde la cláusula *si volet* expresada por el testador hasta el *ius* (o *beneficium*) *abstinendi* (D. 30, 89) concedido por el pretor al que se abstenga del *se inmiscere*. El único sometido a la adquisición automática ineludiblemente es el *heres neccessarius tantum* (*Gai. Inst.* 2, 153), al que el pretor sin embargo concede un *beneficium separationis* para que queden libres de deudas de la herencia los bienes que en adelante adquieren desde la muerte del causante el esclavo manumitido.[123]

Los voluntarios tienen que acudir, como dijimos, a la cretio (*perfecta* o con desheredación para el caso de que no se realice, *imperfecta* en el supuesto contrario, *continua* o *vulgaris* en tiempo útil) o bien a la actuación como heredero, a la *pro herede gestio*, de la que acabará formando parte la *aditio muda voluntate* mediante simple declaración de que se acepta la herencia[124]. Pudiendo darse, por parte del no sometido a la *cretio* una renuncia mediante declaración no formal que no les está permitida al esclavo[125].

La adquisición de la *b.p.* ya hemos visto que es voluntaria porque han de pedirse, y mantiene como diferencia con la herencia, la intervención de un órgano público, y el establecimiento pretorio de plazos que, en principio, no existen en la herencia (D. 28, 8).

Frente a esto los destinatarios de las disposiciones menores adquieren *ipso ire* cosas o títulos en el momento en el que le heredero adquiere la herencia, existiendo la facultad de renuncia, que el esclavo no tiene permitida, no pudiendo rechazar la libertad.

---

122. Suprimida por Just. (6, 42, 1, *pr.* –1. Cfr. D. 31, 89, 7).

123. *Gai. Inst.* 2, 155, I. 2 19, 1 ; D. 42, 6, 1, 18.

124. Ver sucesivamente para los puntos del texto, *Gai. Inst.* 2, 164 ss. ; *Fr. Aug.* 35 ss.; *Ep. Ulp.* 22, 27 ss.; *Gai. Inst.* 2, 65; *Gai. Inst.* 2, 167; *Ep. Ulp.* 22, 26; *P.S. 4, 8, 23*; para la simple declaración D. 29, 2, 20, *pr.*; 21,1.

125. Vid. *Gai. Inst.* 2, 1, 169; *Ep. Ulp.* 22, 29; *P.S.* 4, 4, 1.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

La adquisición de los fideicomisos no necesita aceptación como en las disposiciones menores civiles[126], pero teniendo la misma estructura obligatoria, para su eficacia práctica necesitan de un acto de cumplimiento por el gravado.

La evolución manifiesta una tendencia a salvar, en la adquisición de los fideicomisos, estos dos aspectos interrelacionados de la naturaleza obligatoria y de la necesidad de cumplimiento por el gravado, intentando acercarlo a las instituciones civiles.

En el fideicomiso universal se intentó primeramente por el s.c. Trebeliano, después del sistema originario de particulares transmisiones para las distintas clases de cosas objeto del fideicomiso, la transmisión por acto único declarativo que pusiese al fideicomisario en la situación de un heredero[127], si bien se presuponía el cumplimiento por parte del heredero. Para competer a éste, si no quiere aceptar, a que adquiera la herencia y la restituya al fideicomisario, se introdujo el régimen del s.c. Pegasiano que no establece sin embargo, todavía, una adquisición directa del fideicomisario[128].

En el fideicomiso de libertad, la adquisición de ésta se hizo independiente del cumplimiento del gravado, que no quiera o pueda realizarlo. Se siguió en parte el régimen de las manumisiones civiles, que se superó sin embargo, porque éstas aceptando también la *coercitio* para el cumplimiento, exige sin embargo siempre la aceptación de la herencia, a diferencia de lo aplicado aquí.

El fideicomisario de cosa particular se asegura, como ya hemos dicho, una tutela similar a la del legado *per vindi.*, pero manteniendo también siempre, como el legado particular, un carácter de disposición accesoria.

---

126. D. 31, 77, 3; D.19, 1, 43; P. 6, 42, 26 (a. 294)
127. *Gai. Inst.* 2, 252 y 253; *Par. Theo.* 2, 23, 3 ; D. 36, 1, 38 *pr.*
128. *Gai. Inst.* 2, 258

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649

https://doi.org/10.55104/FRDC_0649