

Adquisición sin entrega de los bienes hereditarios. Fundamentos romanísticos de nuestra regulación

Carlos VARELA
Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

El art. 609 del CC español señala: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción».

En este precepto nuestro Código regula los modos de adquirir, pero, como señala Sánchez Román¹ y apoya Castán Tobeñas², lo hace de una manera imperfecta³. Y no solo eso, sino que además tal enumeración ni es sistemática ni es congruente con el contenido del libro III al que da pie «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». No es sistemática, dice Castán, porque no responde a ninguna de las clasificaciones posibles (la que distingue entre modos originarios y derivativos, entre sucesiones particulares y universales, etc.). Tampoco es perfecta —prosigue— «porque considera como modo de adquirir a la donación, que tiene un indudable carácter contractual, y a la sucesión, que es un medio creador de derechos que no se refieren solo a relaciones de propiedad». Su redacción —señala— parece «concebida tan solo bajo la idea de la distinción de modos que sirvan únicamente para adquirir la propiedad, como la ocupación y la prescripción, y modos que sirven para adquirir y transmitir la

¹ *Estudios de Derecho civil*, t. III, 2.ª ed., Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, 1900, pp. 204 y ss.

² *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 1, 14.ª ed., Madrid, Reus, 1992, p. 271. Cfr. también la bibliografía que, en el mismo sentido, recoge a pie de página.

³ En esta línea, *vid.* igualmente M. ALBALADEJO, «Comentario al artículo 609 CC.», en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. VIII, vol. 1, Madrid, Edersa, 1987, pp. 1 y ss.

propiedad y los demás derechos reales, como la donación, la sucesión y la tradición»⁴.

Situando el punto de partida en estos tres últimos modos, cabe advertir que verdaderamente opuestos solo son dos: la tradición y la sucesión. Y solo son dos y no tres porque la donación, como contrato, no está muy alejada de la tradición. No quiero decir con esto que la primera sea simplemente uno de los «ciertos contratos» a los que se refiere el art. 609 del CC como causa de la adquisición por tradición. No. La donación es un modo independiente de adquirir la propiedad, tal como indica el propio artículo y tal como reiteradamente se ha encargado de repetir buena parte de la doctrina⁵ y la jurisprudencia⁶. Sin embargo, si la tradición permite adquirir la propiedad con la entrega en virtud de un contrato, en buena medida en la donación sucede lo mismo. Así, en la mayor parte de los casos la donación no se perfecciona hasta que no se produce la entrega: cualquier tipo de entrega si el bien es mueble (art. 632.2 del CC) o, si el bien es inmueble, con la entrega que según el art. 1.462.2 del CC consuma la escritura pública (art. 633 del CC).

Como vemos, la donación está próxima a la tradición. Y lo está porque históricamente también lo estuvo. Si nos remontamos a los comienzos de nuestra historia jurídica, en Roma la donación no era un modo especial de adquirir la propiedad, sino la causa de la adquisición⁷. Por tanto, para que el dominio de un bien cambiara de manos se necesitaba realizar, además de la donación, el acto transmisivo pertinente: la *mancipatio*, la *in iure cessio* o la *traditio*. Posteriormente, desaparecidas en el Bajo Imperio las dos primeras, la donación terminó necesitando para la transmisión del dominio la entrega de la cosa, la tradición⁸. A raíz de la influencia francesa en el Proyecto de Código Civil de 1851, a imagen

⁴ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, cit., pp. 271-272.

⁵ J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 609», en PAZ-ARES et al. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 1545; J. L. LACRUZ BERDEJO et al., *Derecho de Obligaciones*, vol. 2, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1995, p. 91. En contra de esta teoría, M. ALBALADEJO, «Comentario al artículo 618», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., t. VIII, vol. 2, pp. 10 y ss.; id., «Comentario al art. 609», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., t. VIII, vol. 1, pp. 14 y ss.; id., «Comentario al art. 618», *Comentario del Código Civil*, cit., t. I, pp. 1573-1574. Sobre las distintas posturas doctrinales existentes, S. CARRIÓN OLMOS, «Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación», *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 1, Valencia, Universitat de València, 1996, pp. 200 y ss.

⁶ SSTs de 22 de diciembre de 1986 o de 25 de octubre de 1993.

⁷ En este sentido, B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*, 4.ª ed. (reimpr.), Milano, Giuffrè, 1972, pp. 751 y ss.; F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. J. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, Bosch, 1960, p. 541; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.ª ed., Napoli, Jovene, ristampa 2006, p. 578.

⁸ Una donación que Constantino impuso que se reflejase por escrito, consumarse con la entrega en presencia de vecinos y anotarse en las actas del juez o de los magistrados municipales (*Frag. Vat.*, 249).

Excepciones a la adquisición por *traditio* de los bienes donados parecen ser, entre otros, los casos en los que se donaba a las iglesias, asilos de peregrinos, monasterios, etc. (donde la transmisión del dominio sería meramente consensual). C. 1,2,23. Cfr. también C. Th. 8,12,4 (a. 319 d. C.).

de lo que hacía el Código de Napoleón⁹, para adquirir por donación ya no fue necesaria la entrega¹⁰. Posteriormente, cuando el legislador rompió con el modelo consensual de adquisición francés propuesto por García Goyena y volvió a nuestra tradicional *traditio* consideró conveniente no tocar la donación y esta se convirtió en una forma autónoma de adquisición. A pesar de lo cual, no solo las razones históricas señaladas; también razones de carácter lógico (la donación no deja de ser un contrato transmisivo) impiden separar radicalmente ambos modos de adquirir.

Cosa distinta es lo que sucede con la tradición y la sucesión. La tradición es una forma de adquisición a título particular; la sucesión, a título universal. La tradición se realiza *inter vivos*; la sucesión, por el contrario, es un hecho jurídico que tiene efectos *mortis causa*. Finalmente, la tradición necesita entrega y en la sucesión basta con la aceptación.

Llegados a este punto la pregunta que cabe formularse es: ¿cuál es la razón por la que nuestro ordenamiento jurídico exige para la tradición la entrega y para la sucesión hereditaria basta con aceptar la herencia? La respuesta más sencilla sería que esta diferencia obedece a motivos históricos que nos remontan a la Antigua Roma¹¹. Sin embargo, cerrar la cuestión basándonos únicamente en la historia no puede dejarnos enteramente satisfechos. No lo puede hacer porque en otras ocasiones las razones históricas no sirvieron para evitar cambios en las instituciones (como hemos visto que sucedía en el caso de la donación). Para que la respuesta a esta pregunta sea convincente debemos descubrir cuál fue la razón primigenia de esta diferencia y si todavía se mantiene en la actualidad. Este será el objetivo de nuestro trabajo.

II. LA ENTREGA COMO FUNDAMENTO DE LA *TRADITIO*

Roma tuvo esencialmente tres modos derivativos de adquirir la propiedad *inter vivos*: la *mancipatio*, la *in iure cessio* y la *traditio*. De ellos, solo sobrevivió a los cambios experimentados desde finales del Alto Imperio la *traditio*, que a la postre es la que llega hasta nuestros días a través del art. 609 del CC.

⁹ Art. 711 Code civil: «La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations».

¹⁰ El Proyecto de Código Civil —como lo hizo el francés— reconoció la adquisición consensual de la propiedad. En este sentido, el art. 548 establecía que: «La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción», aclarando el art. 940 que: «Donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas».

¹¹ Acerca del sistema romanista de adquisición de la herencia en nuestro Derecho, *vid.*, entre otros, R. M. ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, t. II, *Sucesiones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, pp. 1 y ss. Sobre el sofocado intento por defender una influencia germanista, *vid.* A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho romano sucesorio*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2002, pp. 313 y 314.

La *traditio* es el modo de adquirir la propiedad mediante la entrega basado en una *iusta causa*¹². Es un traspaso posesorio con efectos reales en el que el *accipiens* se convierte en dueño de una cosa en el momento en el que el anterior propietario se la entrega con la intención de transmitirle el dominio. Mucho más sencilla de realizar que la *mancipatio* y que la *in iure cessio*, no fue un instituto propiamente romano, sino de Derecho natural y, por ello, común al resto de pueblos¹³.

En la *traditio* era el acuerdo de transmitente y adquirente lo que posibilitaba el traspaso dominical, pero el cambio de propietario no se consumaba hasta que no había entrega. ¿Por qué? ¿Por qué la transmisión de la propiedad se hizo depender de la entrega y no del acuerdo (como sucede hoy, por ejemplo, en Derecho francés¹⁴ o italiano¹⁵)? La respuesta a esta pregunta tiene un fundamento histórico que nos hace remontar hasta tiempos prerromanos, hasta casi los tiempos en los que surge la propiedad. Su explicación está directamente relacionada con que la entrega facilita la posesión y que esta concedía cuatro ventajas esenciales al primitivo propietario: con la posesión se accedía al uso y disfrute de la cosa, se mejoraba la capacidad de defensa del bien, se tenía prueba del acuerdo transmisivo y, finalmente, se anunciaba al resto de la comunidad el cambio de dueño.

1. Uso y disfrute de la cosa

En primer lugar, la posesión que se alcanzaba con la entrega facilitaba el uso y disfrute de la cosa. Estas facultades representan el contenido básico del derecho de propiedad; el más primario y prácticamente el único existente en las primitivas comunidades humanas. En ellas las cosas esencialmente tenían valor en tanto sus titulares podían usarlas o consumirlas. Fue a raíz del descubrimiento de la agricultura y la ganadería cuando a los bienes se les empezó a conceder también un nuevo valor: el dispositivo. Con la agricultura y la ganadería se mejoran los recursos alimentarios de la comunidad, lo que provoca la aparición de excedentes. Desde ese momento el valor intrínseco de las cosas comienza a provenir no solo de su uso y disfrute; también de sus posibilidades de ser intercambiadas por otros bienes.

¹² Paulo, D. 41,1,31 pr.: «Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur».

¹³ Gayo, 2,65; I. 2,1,40.

¹⁴ Vid. el ya citado art. 711 Code civil: «La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations», o el art. 1.196 Code civil: «Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat».

¹⁵ Vid. el art. 922 Codice civile: «La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione per usucapione, per effetto di contratti, per successione a causa di morte e negli altri modi stabiliti dalla legge», o el art. 1.376 Codice civile: «Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato».

Si nos centramos en el intercambio, el elemento que pone en marcha el mismo es el acuerdo. Sin embargo, en aquellos tiempos remotos este no gozaría de protección jurídica¹⁶. La explicación la podemos encontrar, además de en el embrionario desarrollo de las relaciones jurídicas, en la naturaleza de los bienes permutados. Los excedentes eran mayoritariamente productos agropecuarios de primera necesidad que la familia productora no era capaz de consumir ni conservar o, siéndolo, consideraba más oportuno intercambiarlos por otros diferentes. En esos casos, si bien el acuerdo supondría la asunción de un compromiso frente a la otra parte, un fortuito contratiempo en el patrimonio del futuro transmitente justificaría el incumplimiento de la palabra dada. Se habían comprometido unos bienes sobrantes que ahora eran necesarios para la supervivencia de la familia. Existía por tal motivo un estado de necesidad que serviría como causa de justificación al incumplimiento. Este potencial estado de necesidad desaparecía con la entrega. Con ella se ponía de manifiesto que el transmitente no necesitaba la cosa y, de este modo, se legitimaba la adquisición del adquirente¹⁷. Era por tanto la entrega y no el acuerdo lo determinante para la transmisión del dominio. Y parece lógico que así fuera, pues era esta y no el acuerdo previo lo que facilitaba la posesión del bien y, por tanto, su uso y disfrute (razón por la cual el adquirente, lejos todavía de una sociedad especulativa, lo había adquirido).

Avanzando el tiempo, las comunidades más desarrolladas cambian su originaria economía autárquica por otra en la que la producción industrial y el comercio alcanzan un mayor desarrollo. En este marco, muchas veces el valor de los bienes no depende tanto del uso que pueda hacer su propietario como de las posibilidades de cederlo a terceros o de revenderlo con plusvalía. No es tan necesario, por tanto, que la adquisición del derecho facilite automáticamente la posesión (como sucedía anteriormente). El adquirente no necesita normalmente la inmediata posesión del bien para, de este modo, consumirlo o ponerlo en producción. Lo que sí necesita es que el ordenamiento jurídico le proteja. Le proteja para que el acuerdo de transmisión realizado con la otra parte sea vinculante y que su incumplimiento ocasione sanciones. Asimismo, el adquirente necesita que el acuerdo le facilite la propiedad y que a esta se le dé la suficiente publicidad para que los terceros se abstengan de incomodar su derecho

¹⁶ A este respecto, P. JÖRS, *Derecho privado romano*, ed. refund. por KUNKEL y trad. de la 2.ª ed. por L. PRIETO CASTRO, Buenos Aires, Labor, 1937, p. 324.

¹⁷ La importancia de los bienes de consumo para la supervivencia del propietario se aprecia claramente en la Ley de las XII Tablas, que sanciona con la pena capital a quien furtivamente, aprovechando la noche, lleve a pastar su ganado a un fundo ajeno o corte los frutos que no le pertenecen: «*Frugem - furtim noctu pavisse ac secuisse XII tabulis capital erat suspensumque Cereri necari iubebant, gravius quam in homicidio*» (tab. 8, 24b).

La dureza con la que se condenaban estos hechos pone de manifiesto el valor de tales bienes para la subsistencia en una Roma primitiva fundamentalmente agropecuaria. Y no solo en ella, sino posiblemente también en el resto de las comunidades mediterráneas primitivas. En este sentido, Plutarco nos muestra la crueldad de las leyes de Dracón, donde también se aplicaba la pena capital a los que hurtasen hortalizas o frutas (Plut., *Solón*, 17).

o, en caso contrario, se permita al nuevo propietario defenderse adecuadamente.

Por esta razón, en cuanto las sociedades comenzaron a desarrollarse, la entrega material de la cosa dejó de ser un elemento esencial en las adquisiciones *inter vivos*. Así lo vemos en la propia Roma no solo al analizar la *mancipatio*¹⁸ o la *in iure cessio*¹⁹, sino también al estudiar la paulatina espiritualización de la entrega sufrida por la *traditio*.

2. Defensa del derecho

Otra de las razones por la que originariamente el nacimiento derivativo de la propiedad dependería de la entrega y no del acuerdo está directamente relacionada con la defensa del derecho. En las sociedades menos avanzadas la defensa del derecho no se realizaba institucionalmente. Era el propio ofendido por sí mismo o ayudado de su grupo familiar quien debía reaccionar contra los ataques que los terceros hacían sobre su familia o bienes, utilizando la fuerza si así fuera necesario²⁰. Además, si tenemos en cuenta la importancia de cada uno de los bienes para asegurar la supervivencia futura, la defensa de los mismos podría llegar a ser encarnizada.

En este contexto, hacer que la propiedad cambiara de manos solo con el acuerdo y no con la entrega desprotegería el derecho del adquirente. Es lógico. Si la cosa se transmitiera tras el convenio, que no se entregara al adquirente no impediría que este adquiriera la propiedad; en cambio el objeto seguiría estando bajo el control físico del transmitente. En tales situaciones, si un tercero pretendía ilícitamente apropiarse el bien o destruirlo, la capacidad de respuesta defensiva del poseedor no propietario sería menor, pues estaría menos dispuesto a asumir elevados riesgos por una cosa que ya no era suya. Asimismo, cuando el bien era sustraído por un tercero estando todavía en poder del transmitente, la defensa del

¹⁸ En relación con ello, Gayo señala que, si bien los esclavos, los hombres libres y los animales mancipables han de estar presentes, los predios suelen ser vendidos estando ausentes: «*In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt; [...] Praedia vero absentia solent mancipari*» (I. 1,121).

Y en el mismo sentido Ulpiano indica que las cosas muebles deben manciparse estando presentes, mientras que las inmuebles pueden manciparse varias a la vez incluso estando en lugares distintos: «*Res mobiles non nisi praesentes mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt; immobiles autem etiam plures simul, et quae diversis locis sunt, mancipari possunt*» (Tit. ex corp., 19,6).

También sin entrega física se mancipaban las servidumbres rústicas (Gayo, I. 2,29).

¹⁹ Por ejemplo, en la transmisión de servidumbres urbanas (Gayo, I. 2,29).

²⁰ Vestigios de autodefensa encontramos, por ejemplo, en la Ley de las XII Tablas cuando señala que se aplique el talión a quien arrancó un miembro del cuerpo a alguien y no pacta con él: «*Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio esto*» (tab. 8,2).

Cfr. también T. MOMMSEN, *Historia de Roma I*, trad. A. GARCÍA MORENO, Madrid, RBA, 2005, pp. 174-175; J. L. MURGA GENER, *Derecho romano clásico II. El proceso*, 3.ª ed., Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1989, pp. 21 y 22.

mismo y su intento de recuperación ya no recaería sobre él, sino sobre el nuevo propietario. Pero al haberse producido el traspaso dominical clandestinamente (solo con el acuerdo), la comunidad seguiría pensando que el transmitente continuaba siendo el dueño. Ello impediría que considerara legitimado al nuevo propietario —no poseedor— para defender su derecho frente al usurpador y, como consecuencia de ello, aquel encontraría un respaldo vecinal menor ante cualquier medida que iniciara para proteger sus intereses.

Posteriormente, a medida que las relaciones sociales se hicieron más complejas se fue reduciendo el campo de la autotutela. Se limitó a los ciudadanos la autodefensa de los derechos y, a cambio, se previeron mecanismos judiciales para protegerlos. A partir de ese momento la posesión física del bien dejó de ser esencial para el ejercicio de una defensa adecuada. Se restringió el uso de la fuerza y se derivó la protección de los derechos subjetivos a los órganos judiciales. Roma no fue una excepción a ello y rápidamente organizó la defensa pública a través de *actiones* que, en el ámbito dominical, amparaban al propietario tanto si se encontraba en posesión de la cosa como si esta estaba en manos de un tercero.

3. Prueba del acuerdo transmisivo

Además de facilitar el uso y disfrute y de permitir al propietario una mejor defensa de su derecho, la entrega también servía como prueba del acuerdo transmisivo.

Antes de que en las distintas civilizaciones se generalizara el uso de la escritura, los acuerdos se realizaban oralmente²¹. Uno de los principales problemas que surgía de ello era la dificultad que tenía el adquirente para probar la existencia del convenio cuando la otra parte lo negaba. Para solventar esta dificultad se requería que las palabras manifestadas pudieran ser demostradas, bien a través del testimonio de otras personas, bien mediante el comportamiento posterior de las partes. En este sentido, el ordenamiento jurídico romano previó la intervención de testigos (en la *mancipatio*) o de una autoridad pública (en la *in iure cessio*) en las transmisiones más importantes. Sin embargo, el limitado de valor de muchas de las cosas con las que se comerciaba recomendaba en innumerables ocasiones la utilización de otros mecanismos probatorios más sencillos. Porque la exigencia de testigos o del poder público para cualquier transacción, por nimia que fuera, entorpecería la agilidad del tráfico mercantil. Asimismo exigiría a los testigos una capacidad memorística extraordinaria, pues de otro modo difícilmente podrían recordar todas y cada una de las transacciones en las que habían participado.

Frente a la intervención testifical se situaba la entrega. Esta era muy sencilla de realizar y no necesitaba ni la participación de terceros ni mu-

²¹ En lo que concierne a Roma, señalaba Tito Livio que a mediados del siglo IV a. C., «*rarae per ea tempora litterae erant*» (Liv., *Ab urbe condita*, 7,3).

cho menos su memoria. A través de ella el transmitente ratificaba de un modo natural su voluntad de desprenderse del dominio de la cosa y el adquirente la suya de hacerse dueño. Es cierto que a la hora de demostrar la voluntad de las partes, la entrega no puede suponer más que una presunción *iuris tantum*; un simple indicio de la intención transmisiva y adquisitiva de *tradens* y *accipiens*. Es cierto también que dicha presunción tiene un peso muy limitado en la transmisión de los bienes más importantes, donde la cesión temporal a terceros es relativamente habitual y donde, por el valor de las cosas, el acuerdo suele hacerse de tal forma que pueda ser fácilmente probado. Sin embargo, cuando se trata de bienes de menor precio difícilmente la voluntad de las partes consta en forma alguna. Es en esos casos donde la entrega como prueba de la transmisión dominical se hace más importante. Tanto, que en muchos ordenamientos jurídicos modernos se ha dado a la posesión de buena fe, a la que se accede normalmente como consecuencia de la entrega, el valor de título jurídico de adquisición (p. ej., art. 464 del CC).

4. Publicidad del cambio dominical

Finalmente, con la entrega se facilitaba la posesión y con ella el nuevo adquirente anunciaba a toda la comunidad que la cosa había cambiado de manos y que ahora el Derecho recaía sobre él.

En el ámbito de los derechos reales no es solo el transmitente quien está obligado a respetar la posición del adquirente; esta obligación recae sobre toda la sociedad. De este modo, el adquirente tiene interés en que los terceros también sean conocedores del cambio de titular. Ello disminuirá en buena medida las ventas de cosa ajena realizadas por el anterior propietario y, además, facilitará que los terceros puedan dirigirse al verdadero titular cuando quieran adquirir la cosa o utilizarla de cierta manera. No obstante, para que los terceros puedan cumplir este deber, para que respeten el nuevo derecho que ahora ostenta el adquirente, requieren conocerlo. Un conocimiento que difícilmente se podría producir en las más primitivas comunidades si el traspaso dominical hubiera dependido solo del acuerdo y no de la entrega. De ser así, en buena parte de las ocasiones la propiedad se transmitiría clandestinamente, con lo que el derecho de los adquirentes quedaría peor protegido. Y también el interés de los terceros, que cuando quisieran constituir sobre el bien un derecho concreto de uso o disfrute o de garantía a su favor deberían acordarlo con el verdadero titular, pues en otro caso sus expectativas podrían verse frustradas al contratar con quien no era el legítimo propietario.

Es cierto que a medida que las sociedades se vuelven más complejas la publicidad que transmite la posesión deja de ser enteramente fiable. Porque si bien en tiempos primitivos prácticamente solo poseía el propietario, con el desarrollo del comercio y la cesión temporal onerosa de bienes a terceros se generalizan los casos en los que el poseedor no es el dueño. Esto, indudablemente, quebraba la confianza en la posesión como

eficaz medio de publicidad dominical. Por ello pronto las sociedades se ven obligadas a recurrir a otros sistemas de publicidad más eficaces²², razón por la cual terminan apareciendo los registros que, a la postre, han acabado convirtiéndose en medio fundamental de nuestros modernos sistemas publicitarios.

Sin embargo, al igual que sucediera con la prueba del acuerdo, la posesión juega todavía un importante papel como medio de publicidad de las cosas menos valiosas. Ellas suelen permanecer siempre en manos de su titular, sin que normalmente sean cedidas a terceros. Por esta razón, la publicidad dominical que deriva de la posesión genera mayor confianza en este tipo de bienes. Además, su bajo valor económico descarta la inversión en medios de publicidad complementarios y más sofisticados. Como consecuencia de todo ello, la posesión se convierte en estos casos en el casi único medio de publicidad. A pesar de lo cual, la información que proporciona suele ser acertada, por lo que funciona para este tipo de bienes de menor valor como un mecanismo publicitario eficaz, sencillo de realizar y muy muy barato.

En virtud de todo lo expuesto podemos concluir señalando que la entrega del bien adquirido fue esencial en las comunidades primitivas. No solo para que el nuevo propietario pudiera usarlo o disfrutarlo; también para mejorar su defensa, para probar el justo título adquisitivo y para anunciar al resto de la comunidad el cambio dominical. Roma no fue una excepción a ello y originariamente la entrega se hacía necesaria en cualquier transmisión *inter vivos*, tanto para las *res Mancipi* (donde tenía que estar presente a cosa, que se entregaba inmediatamente)²³ como para las *res nec Mancipi*.

El desarrollo económico y la generalización del comercio fueron paulatinamente debilitado el vínculo entre entrega y adquisición de propiedad. Los adquirentes ya no dependían del bien adquirido para garantizar

²² Ejemplo de ello en Roma fueron la *Mancipatio* y la *in iure cessio*, que no solo servían como modos de adquirir la propiedad de las cosas más importantes; también actuaron como eficaces medios de prueba y de publicidad.

²³ En referencia a los bienes muebles, de las palabras de Gayo se deduce que debían estar presentes y que, por tanto, serían inmediatamente entregados (por lo menos en los tiempos más remotos en los que las relaciones jurídicas eran más sencillas): «*Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco*» (*Inst.*, 1,119).

En cuanto a los inmuebles, el mismo Gayo señala que suelen ser vendidos sin estar presentes («*praedia vero absentia solent Mancipari*» —*Inst.*, 1,121—), lo que hace pensar que en época clásica todavía existía el uso, aunque fuera minoritario, de venderlos *in situ*. Si partimos de ello, parece que anteriormente la tendencia debiera ser la de perfeccionar el negocio Mancipatorio en el propio fundo, desde donde se podía realizar un traspaso posesorio material e inmediato (más acorde con la venta de ejecución inmediata propia de los primeros tiempos). En este sentido, *vid.* también P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2/2, Milano, Giuffrè, ristampa 1968, pp. 183-184.

su supervivencia inmediata, por lo que no era absolutamente necesario que la entrega del mismo se produjera con el traspaso del dominio. Y tampoco necesitaban poseerlo para garantizar al máximo su protección: muy limitada la autodefensa, la comunidad les defendía con el mismo vigor aunque la cosa se encontrara en otras manos. Finalmente, la función probatoria y publicitaria de la posesión fue desplazada en muchos casos por la escritura y por la intervención de testigos. Todos estos factores contribuyeron a que la entrega dejara de ser esencial para la adquisición del dominio. Sin embargo, Roma la mantuvo. Y no solo no redujo su ámbito de actuación sino que, desaparecidas la *mancipatio* e *in iure cessio*, la generalizó —a través de la *traditio*— en época postclásica. Porque a pesar de los cambios, la entrega seguía siendo muy útil en relación con la titularidad dominical: servía como presunción tanto del dominio como de la licitud del título adquisitivo. Y aunque no era infalible, tales presunciones las generaba de forma sencilla, económica y, en relación con los bienes de menor valor, con notable eficacia. Tanto, que los ordenamientos jurídicos modernos han seguido esta estela reconociendo en muchos casos la tradición como modo de adquisición (art. 609 del CC español, etc.) y reforzando la presunción de justo título y propiedad derivada de la posesión de los bienes muebles (art. 464 del CC español²⁴, art. 2.276 del Code Civil francés²⁵, etc.).

III. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA Y LA ENTREGA

Si para adquirir por *traditio* siempre fue necesaria —en mayor o menor medida— la entrega de la cosa, en el ámbito sucesorio esto no fue preciso: si los herederos eran *heredes sui* o *heredes necessarii*, la adquirirían automáticamente; si eran *extranei*, con la aceptación.

1. *Heredes sui* y *heredes necessarii*

Posiblemente la razón por la que no fue necesaria la entrega a los *heredes sui* para adquirir la herencia debamos buscarla en la más primitiva sucesión hereditaria²⁶. En ella, en los tiempos en los que todavía

²⁴ «La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título».

²⁵ «*En fait de meubles, la possession vaut titre*».

²⁶ Determinar cómo fue el origen de la herencia en Roma no es una cuestión sencilla. Por ello, a pesar del enorme esfuerzo de la doctrina romanística por esclarecer el asunto, las soluciones que se han dado muchas veces son irreconciliables. A grandes rasgos, todas ellas se pueden reunir en dos grandes grupos: las que consideran que originariamente la sucesión *mortis causa* se produjo en virtud de testamento y las que, por el contrario, creen que la más primitiva forma de suceder fue intestada. El principal exponente de la primera es BONFANTE, que concibe la familia primitiva como un instituto originariamente político dirigido por un líder que, antes de morir, nombra sucesor por vía testamentaria (*Corso di Diritto Romano*, vol. 6, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 100 y ss.). En contra de esta teoría, parece que mayoritariamente la doctrina moderna se inclina por considerar que el origen de la sucesión hereditaria no está en el testamento, sino que al morir el *pater* los bienes se repartirían automáticamente entre los *sui*, que normalmente

no estaba claramente definida la propiedad individual, el dominio de las cosas recaería sobre el grupo familiar, la *gens*²⁷. Cada una de estas familias estaría posiblemente representada por un *pater gentis*, a quien competiría tanto su dirección política como religiosa²⁸. Muerto el líder, se hacía necesario nombrar a otra persona que le sustituyera. El varón sustituto se ponía al frente de la *gens*, pero en aquellos tiempos remotos la titularidad de los bienes no cambiaría. Los bienes pertenecían al grupo, no a su líder. La muerte del *pater* no afectaba a la titularidad del patrimonio: bienes, derechos y obligaciones continuarían perteneciendo al colectivo familiar.

Solo tiempo después se produce el cambio. Reducida la familia a los parientes más cercanos, la propiedad familiar paulatinamente se va transformando en propiedad individual y su titularidad pasa del grupo al jefe de familia. A partir de ese momento la muerte del líder no solo tiene efectos políticos (que van disminuyendo a medida que se consolida la *civitas*); también los tiene patrimoniales. La muerte del *paterfamilias* supone el reparto de sus bienes. A pesar de ello, el paso de la propiedad familiar a la propiedad individual no supondrá un cambio radical en el ámbito sucesorio, sino que el patrimonio seguirá administrándose de manera muy parecida a como se hacía en el pasado. En este sentido, cuando la propiedad pertenecía a la *gens* serían el *pater* y sus familiares más allegados quienes se encargaran de su administración. A la muerte del mismo, esta gestión del patrimonio recaería, como es lógico, únicamente sobre estos. Con la aparición de la propiedad individual la titularidad del patrimonio dejó de ser familiar y pasó a corresponder a su líder, pero la administración se haría de modo no muy diferente: por el *pater*, que dirigiría las operaciones, y por los hijos, que actuarían en nombre de aquel. Al morir el líder, el patrimonio familiar pasaría de modo natural a sus descendientes más

seguían unidos entre sí a través del *consortium ercto non cito* (cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 515; E. VARELA MATEOS, «La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, Universidad Complutense, 1978, p. 559; P. FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 434; A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, p. 587; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El *testamentum calatis comitiis* y su relación con la sucesión intestada», *RIDROM*, núm. 11, 2013, p. 235).

Sobre las posiciones de unos y otros, E. VARELA MATEOS, «La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica», cit., pp. 537 y ss.

²⁷ T. MOMMSEN, *Historia de Roma I*, cit., pp. 208-209 (y pp. 62 y 95). Cfr. también C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, «Las gentes y la propiedad colectiva», *REHJ*, núm. 32, 2010, pp. 46 y ss.

En relación con la evolución histórica del derecho de propiedad, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. 1, 14.^a ed., Madrid, Reus, 1992, pp. 102-130. Cfr. también P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, vol. 2/1, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 247 y ss.

²⁸ No parece fácil determinar cómo era la organización interna de la *gens*. Si se admite que Roma surgió tras la unión de distintos grupos gentilicios, parece que estos estarían dirigidos por un líder (que posiblemente terminara formando parte del primitivo senado romano). Cfr. P. BONFANTE, *Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, ristampa 1976, pp. 13-14. Sin embargo, hay autores que rechazan esta hipótesis y consideran que las *gentes* únicamente elegirían representante en situaciones excepcionales (H. J. WOLFF, *Roman Law. An historical introduction*, University of Oklahoma, 1951, pp. 23-24).

Acerca de todo ello, A. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo, 1982, pp. 57-63 y 78-79.

próximos, que en cierta medida ya se les consideraba como propietarios en vida del padre²⁹.

Así surgen los *sui heredes*, aquellas personas que bien a través de la *manus*, bien de la *potestas*, dependían directamente del paterfamilias³⁰. Esta posición de inmediata dependencia, sin intermediarios, hacía que cuando el *pater* moría y se convertían en *sui iuris* recayera sobre ellos la responsabilidad de dar continuidad a la familia. Y por ello, en el ámbito patrimonial, adquirirían la herencia *velis nolis*, de forma inmediata, automática y sin que fuera necesaria declaración de voluntad alguna³¹.

En estos casos parece obvio señalar que no necesitaban entrega. En la *traditio* se requería la *datio* para que el adquirente pudiera acceder a la posesión de la cosa; aquí no era necesaria, pues los *heredes sui* ya poseían los bienes hereditarios incluso antes de fallecer el paterfamilias. Muerto este, la posesión de hecho que venían ejerciendo se transformaba en legítima propiedad. A partir de ese momento, sin necesidad de entrega, su derecho quedaba salvaguardado, y como poseedores —ahora jurídicamente protegidos— disfrutaban de las mismas ventajas que tenía el adquirente por tradición después de que le facilitaran la cosa³². Y tenía sentido que

²⁹ En relación con ello, Gayo señala que los *sui heredes* eran herederos domésticos y que ya, en cierto modo, eran propietarios en vida del *pater*: «*Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domesticus heredes sunt et uiuo quoque parente quodam modo domini existimantur*» (*Inst.*, 2,157). Cfr. también Paul., D. 28,2,11.

³⁰ *Sui heredes* eran los que se encontraban sometidos directamente —sin intermediarios— a la *potestas* del *pater* o a su *manus*: los hijos; las hijas; los nietos de hijos varones premuertos o que, tras tener descendencia, salieron de la *potestas* del *pater*; los adoptados o arrogados; y la mujer que hubiera realizado la *conventio in manum*. En este sentido, aunque de forma menos exhaustiva, Gayo señala: «*Sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiaue, nepos neptisue ex filio et deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt: sed uti nepos neptisue suus heres sit, non sufficit eum in potestate aui mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius uiuo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisue in locum sui patris succedunt*» (*Inst.*, 2,156).

Parece que son ellos a quienes irremediablemente correspondía la herencia en un principio. Solo tiempo después se posibilitaría al paterfamilias testar y, por tanto, la capacidad de romper el reparto igualitario que se producía de forma natural por la fuerza de la costumbre. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 517; P. JÖRS, *Derecho privado romano*, cit., p. 435.

³¹ Gayo, *Inst.*, 2,157.

³² No obstante, si pensamos en la posesión como medio de prueba y de publicidad, la posesión de los *sui* no era exactamente igual a la de los poseedores que habían adquirido por *traditio*. Es verdad que ambos poseían, pero la posesión (entendida en sentido natural, físico) había comenzado en momentos distintos en unos y en otros. Para los adquirentes por tradición, la posesión comenzó en el mismo momento en el que surgía su derecho de propiedad. Por tanto, desde un primer momento la presunción de dominio que anunciaba se correspondía con la realidad. La situación era distinta en los *sui*, pues previamente a ser titulares de los bienes heredados, mientras se encontraban sometidos a la *potestas* del causante, también los poseían. Sin embargo, en esa primera etapa su posesión era simplemente material (sin derecho alguno). Por ello, en estos casos, la presunción de dominio que anunciaba su posesión era errónea. Es solo después de la muerte del *pater* al que estaban sometidos cuando adquieren la propiedad de los bienes detentados. Es por tanto con la muerte del *pater* cuando su posesión jurídicamente cambia; pero esta variación jurídica no supone *per se* un cambio en el modo de poseer: el *suus*, una vez adquirida la herencia, normalmente usaría los bienes de la misma manera a como lo venía haciendo previamente. Teniendo en cuenta este hecho y que, además, la comunidad estaba acostumbrada a que la posesión del *suus* fuera para el paterfamilias, la mera tenencia física de los bienes no sería suficiente para probar y publicitar su flamante dominio. Los *sui* necesitarían

así fuera, pues que pudieran utilizar lo heredado desde un primer instante sería, más que una facultad, una necesidad. Porque de su anterior etapa de *alieni iuris* no traían bienes con los que subsistir en esta nueva de *sui iuris* (por lo menos, hasta la consolidación de los peculios *castrense*, *cuasicastrense* y *adventicio*). El patrimonio con el que se mantenían era propiedad del *paterfamilias* y tras su muerte necesitaban que rápidamente se les asignase para poder seguir utilizándolo como medio de vida. Asimismo, que el patrimonio pasara *ipso iure* a los *sui* tras el fallecimiento del antecesor era necesario para evitar la herencia yacente y, de esta manera, proteger mejor los derechos de los herederos³³.

En una situación parecida a la de los *heredes sui* se encontraban los *heredes necessarii*, que eran los esclavos propios a los que el causante había instituido herederos en su testamento. Ellos también adquirirían la herencia automáticamente y de forma inmediata al fallecimiento del *de cuius*: sin necesidad de aceptación y sin posibilidad de repudiarla³⁴.

La adquisición de los *heredes necessarii* se realizaba, por tanto, forzosamente e *ipso iure*, al igual que la de los *sui*. Sin embargo, posiblemente las razones que llevaron a la misma solución fueran distintas. Los *heredes sui* adquirirían automáticamente porque eran los continuadores de la familia y por ello parece que en tiempos remotos fueron los únicos

demostrar que el título de su posesión había cambiado; que habían pasado de ser simples detentadores a propietarios. Y para ello debían probar que el *paterfamilias* para quien poseían había fallecido y que ellos le habían heredado.

Respecto a la muerte del *pater*, esta es un hecho jurídico fácilmente conocible por la comunidad, especialmente por aquellas comunidades que, como la Roma arcaica, todavía no eran muy numerosas. Por ello no sería difícil encontrar testigos que pudieran dar fe del fallecimiento o, en tiempos posteriores, poder corroborarlo posiblemente a través de un registro de decesos (C. VIRLOUVET, «Existait-il des registres de décès à Rome au Ier siècle ap. J.-C.?», *La Rome impériale. Démographie et logistique*, Roma, 1997, pp. 77 y ss.; F. FASOLINO, *Il sistema delle pubblicità nel diritto romano*, Salerno, Kastalia, 2003, pp. 235 y ss.). En cuanto a la asignación de la herencia, al heredero presumiblemente le bastara en la época más remota con probar su cualidad de *suus* del causante (sirviendo la pacífica posesión como demostración de que su titularidad era respetada por el resto de coherederos). Posteriormente, a medida que la libertad del testador en el reparto de sus bienes hereditarios fue aumentando, los *sui* deberían probar también el contenido del testamento (si es que la herencia se repartió conforme a él). De esta manera, acreditando la muerte del causante y su título de heredero, demostraban ser legítimos propietarios de los bienes heredados. Y del mismo modo se publicaba a la comunidad que su posesión, desde el fallecimiento del *pater* y en virtud de su título de heredero, había pasado de ser natural a ser en concepto de dueño.

³³ De esta forma, en tiempos arcaicos los *heredes sui* estarían protegidos del *furtum* por el ordenamiento jurídico desde el momento de la muerte del *pater*. Los *heredes extranei*, en cambio, solo podrían defenderse de este delito tras la aceptación y entrada en posesión de los bienes. Sobre ello, *vid.* P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. 6, pp. 267-268; A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit., pp. 178 y ss.

Acerca de la herencia yacente, R. IHERING, «Die Lehre von der *hereditas iacens*», *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. 6, pp. 253 y ss.; P. FUENTESECA, «Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto de la *hereditas iacens*», *AHDE*, núm. 26, 1956, pp. 243 y ss.

³⁴ En este sentido, Gayo señalaba que su denominación obedecía a que el esclavo así instituido se hace libre y heredero con la muerte del testador, quiera o no quiera: «*Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia siue velit siue nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est*» (*Inst.*, 2,153).

capaces de heredar³⁵. En cambio, los *necessarii* heredarían para, como nos relata Gayo, evitar la ignominia que pudiera recaer en el causante en caso de una *hereditas damnosa*³⁶. En estos supuestos, el *paterfamilias* tenía la posibilidad de nombrar heredero a uno de sus esclavos para que fuera él quien soportara enteramente el descrédito de la venta judicial del patrimonio.

Fuera generosidad o interés lo que llevara al testador a instituir como heredero a uno de sus esclavos, el caso es que este, desde el momento de la muerte del causante, adquiriría la herencia. Y no solo eso, sino que al ser siervo doméstico, también se encontraba en posesión de los bienes, por lo que no era necesario que se le entregasen³⁷.

2. *Heredes extranei*

Si los *heredes sui* y los *necessarii* adquirirían automáticamente en el momento de la muerte del causante, los *heredes extranei* no lo hicieron hasta haber aceptado la herencia³⁸. La adquisición en estos casos, por tanto, ni era automática ni forzosa, sino que dependía de que libremente fuera aceptada³⁹.

³⁵ La figura del *heres necessarius* no aparecería en un primer momento (la necesidad de nombrarlo por testamento lo confirma), sino que sería fruto de la paulatina evolución experimentada por Roma a lo largo de los siglos. Una evolución que denota cambios en la concepción de la familia, donde con el paso del tiempo las deudas de esta dejarían de vincular forzosamente a los *sui* (como sucedía en un principio). Y cambios con respecto a los esclavos. En relación con ellos, JöRS considera que la manumisión de los mismos no se remontaría a las etapas más antiguas del Derecho romano. Y lo argumenta no solo con la complejidad jurídica de las primitivas formas de manumisión (de la que la testamentaria queda a salvo), sino también con la dificultad que en los siglos iniciales se concediera a los esclavos manumitidos la condición de ciudadano. Según este autor, las primeras manumisiones no convertirían al liberto en romano, sino en persona semilibre integrada en el grupo de los clientes y sometida al dominio y protección de un ciudadano romano. P. JöRS, *Derecho privado romano*, cit., pp. 97-98.

³⁶ «Unde qui facultates suas suspectas habet, solet seruum suum primo aut secundo uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona ueneant, id est, ut ignominia, quae accidit ex uenditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo uitio, sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur; sed alio iure utimur» (Gayo, *Inst.*, 2,154).

³⁷ Era usual que el *paterfamilias* confiase la gestión de sus bienes no solo a los *filiifamilias*, sino también a sus siervos. Así, por ejemplo, Gayo nos indica que los esclavos adquieren por la entrega la propiedad para su dueño (D. 41,1,10,1). En este sentido, acerca de la intervención de los siervos en la gestión del patrimonio del dueño, cfr. también Paulo, D. 39,5,10; Ulp., D. 39,5,13; Ulp., D. 41,1,17; Gayo, D. 41,1,32, etcétera.

³⁸ Estos herederos extraños parece que no existirían en un primer momento. Originariamente el destino de los bienes recaería sobre los *filiifamilias* y, si no los había, el *pater* los buscaría a través de la adopción. Ellos serían quienes realmente ocuparían el lugar de su antecesor una vez muerto y a quienes competiría mantener el culto a los dioses. Solo después se comenzaría a llamar, en los casos en los que no había *fili*, a los *extranei*. Es difícil precisar cuándo se comenzó a contar con ellos. A pesar de lo cual, parece que su llamamiento ya estaba consolidado a mediados del siglo V a. C., tal como lo demuestran las XII Tablas: «Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento» (tab. 5).

Cfr. A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit., p. 55, n. 261.

³⁹ Gayo, *Inst.*, 2,162: «Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate uel non adeunda».

No era forzosa, pues la continuidad de la familia tras la muerte del *pater* únicamente se proyectaba sobre los más allegados, sobre los *sui heredes*. Eran los *sui* los que formaban verdaderamente la familia y a quienes correspondía su continuidad⁴⁰. Los *extranei*, como su denominación indica, eran ajenos a ella. Normalmente, sobre todo en los primeros siglos, estarían ligados al *pater* a través de la misma *gens*, pero no tendrían la responsabilidad de dar forzosamente continuidad a la familia del causante⁴¹.

Tampoco la adquisición era automática, ya que solo se consumaba una vez que se hubiera aceptado la herencia. No obstante, al igual que sucedía con los *sui* y los *necessarii*, esta adquisición se producía en bloque; hay una única aceptación que tiene por efecto una única adquisición: la porción de la herencia que corresponda al heredero aceptante. Esto no es más que consecuencia de la sucesión universal: el heredero se sitúa jurídicamente en el lugar que ocupaba el causante súbitamente, sin requerir la transmisión bien a bien⁴². Y se coloca en esa posición al margen de la entrega, por el simple hecho de la aceptación. Las razones parecen lógicas. Por un lado, porque en la *traditio* el encargado de la *datio* era el transmitente y en el ámbito sucesorio este sería el causante, que, al estar muerto, difícilmente podría entregar físicamente nada. Por otro lado, las entregas primitivas eran únicamente materiales: la cosa pasaba físicamente de manos del transmitente a manos del adquirente. En la herencia, el patrimonio hereditario no solo estaba formado por objetos, que sí podrían físicamente pasar a manos del heredero; también comprendía obligaciones y derechos cuyo traspaso material no era físicamente posible.

No obstante, si esta diferencia entre *heredes domestici* y *extranei* era nítida en época arcaica, con el paso del tiempo se fue difuminando. Así el pretor terminó concediendo a los *heredes sui* el *ius abstinendi*. Mediante el mismo, estos herederos podían renunciar a la herencia absteniéndose de realizar cualquier acto de gestión de los bienes hereditarios y, en ese caso, el magistrado denegaba a los acreedores hereditarios la posibilidad de reclamarles.

«*Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint*» (Gayo, D. 29,2,57 pr.).

A los *heredes necessarii* se les terminó reconociendo el *beneficium separationis*, mediante el que únicamente responderían de las deudas hereditarias con el patrimonio heredado, sin que los acreedores del causante se pudieran dirigir a los bienes adquiridos después.

«*Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem siue postea, ipsi reseruentur; et quamvis pro portione bona uenierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non uenient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, uelut si ex eo, quod Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum, quorum bona uenierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona uenire soleant*» (Gayo, *Inst.*, 2,155).

⁴⁰ Era sobre los *sui heredes* sobre quienes recaía el deber ineludible —por lo menos en los primeros siglos— de responder de las deudas contraídas por el causante, dar protección a libertos, clientes y extranjeros y de continuar con el culto familiar de los antepasados (*sacra*). P. JÖRS, *Derecho privado romano*, cit., pp. 435-436.

⁴¹ Una vez aceptada la herencia, a estos *heredes extranei* también les correspondería el *ius sepulchri* y hacerse cargo de los *sacra* familiares (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., pp. 510-511). Sin embargo, al contrario que en el caso de los *heredes sui*, no estaban obligados a asumir esta carga; podían desligarse de ella repudiando la herencia.

⁴² P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, cit., vol. 6, p. 15.

La adquisición estaba, por tanto, desligada de la posesión. El instituido se convertía en heredero cuando aceptaba la herencia, sin necesidad de que se le entregaran los bienes. Sin necesidad, por tanto, de que los poseyera. En este sentido, vemos que la situación de estos herederos no era exactamente la misma que la de los *heredes sui*. Estos adquirirían la herencia con la muerte del causante y desde ella poseían los bienes heredados. Por el contrario, aquellos, los *heredes extranei*, no adquirirían hasta la aceptación y, realizada, alcanzaban el dominio de los bienes heredados, pero no su posesión. Para acceder a ella necesitarían la entrega. Y sin ella no podían usar y disfrutar de los bienes y, además, carecían de la posibilidad de utilizar la posesión como medio de prueba de su derecho como heredero y como medio de publicidad de su titularidad dominical.

Sin embargo, parece que estos inconvenientes no les acarrearían graves perjuicios. Así, en relación con el uso y disfrute, si bien la posesión era absolutamente necesaria para los herederos *sui*, pues no tenían otro patrimonio con el que subsistir tras la muerte del *pater*, la situación de los herederos extraños era distinta: ellos sí gozaban de bienes propios para vivir (o del patrimonio del *pater* si eran *alieni*)⁴³. La herencia recibida normalmente no suponía más que una mejora económica que, si bien sería recibida con agrado, no era absolutamente necesaria para asegurar la supervivencia presente. En lo que afecta a la defensa, la propiedad ya no se encontraba en la fase precívica donde su protección se hacía por medio de la autotutela. En esa época remota sí era necesario poseer para defender las cosas, pero con la constitución de la *civitas* pronto surgen medios procesales para defender la propiedad. Estos medios también se pusieron a disposición del *heres extranei*⁴⁴. Y en lo relativo al valor probatorio de la posesión y a su cualidad publicitaria, el heredero extraño conseguía ambas cosas a través de la *cretio*, la aceptación oral y solemne que, ante testigos, realizaba el heredero⁴⁵.

Es cierto que la *cretio* como forma de aceptación fue lentamente languideciendo⁴⁶. Y con ella también los medios de prueba y publicidad derivados de la misma. Pero a medida que esto sucedía fueron apareciendo nuevas formas a través de las que el heredero mostraba su voluntad de adquirir la herencia: la *aditio* y la *pro herede gestio*. La *aditio* consistía en una aceptación expresa que, en época postclásica, terminaría ocupando el lugar de la *cretio*⁴⁷. La *pro herede gestio* era la aceptación de la herencia a través de la gestión del patrimonio hereditario en calidad de heredero. Su origen es notablemente más antiguo y ya en época clásica convivía con

⁴³ Acerca de la capacidad hereditaria del *filiusfamilias*, P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, cit.*, vol. 6, pp. 357 y ss.

⁴⁴ En relación con la *hereditas petitio* en la fase arcaica y su procedimiento a través de la *actio sacramento in rem*, P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, cit.*, vol. 6, pp. 522-523.

⁴⁵ La intervención de testigos se recoge en Cic., *Ad Att.*, 13,46; Varr., *L.l.*, 6,81.

⁴⁶ Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano, cit.*, p. 637.

⁴⁷ Sobre la discusión acerca del tiempo en el que se originó, P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, cit.*, vol. 6, pp. 235-236.

la *cretio*⁴⁸. De este modo, si bien no se requirió la posesión de los bienes para la adquisición de la propiedad del patrimonio hereditario, sino que bastaba con la aceptación, en caso de que la *aditio* se hubiera realizado clandestinamente o, si la aceptación se producía a través de la *pro herede gestio*, era necesaria la posesión para probar y publicitar la aceptación en ambos casos.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la entrega del bien como requisito para adquirir el dominio en la *traditio* cumplía una serie de funciones, de las que algunas de ellas (la prueba del dominio y la publicidad del mismo) todavía se mantuvieron a fines del Imperio y perduran en nuestro Derecho (especialmente en relación con los bienes muebles).

En el ámbito hereditario la adquisición de la herencia se produce sin necesidad de entrega. La razón es porque en la adquisición hereditaria el heredero se coloca, de repente, en la misma situación en la que estaba el causante. Y esto no se puede hacer entregando bien a bien, ya que la subrogación se produciría sucesivamente. Ni siquiera entregando la herencia mediante un solo acto, pues dentro de ella se recogen créditos y obligaciones cuya transmisión no necesita entrega. La adquisición de la herencia se produce, en consecuencia, *ipso iure* y sin *datio*.

En Roma esta adquisición era forzosa para los *heredes sui* y para los *heredes necessarii* y voluntaria para los *heredes extranei*. Paulatinamente, con la introducción del *ius abstinendi* se tendió hacia un reconocimiento general del derecho del heredero a aceptar o a repudiar libremente la herencia. Este reconocimiento es el que impera en nuestros días, donde al igual que sucedía en Roma, la adquisición de la herencia se realiza en bloque desde la aceptación y sin necesidad de entrega. Por esta razón, y en lo que concierne a los derechos reales, estos se adquieren en el momento en el que —muerto el causante— se acepta la herencia. No se necesita posesión y, en consecuencia, esta no cumple la función probatoria y publicitaria que desempeña en la tradición.

La pregunta que cabe hacerse ahora es: ¿estas ventajas que proporciona la posesión en la tradición las pierde el heredero? No. No las pierde el heredero; las consigue a través de otros medios diferentes a la posesión. Así, la prueba de su derecho la obtiene con el título hereditario (legal o testamentario) y la publicidad la alcanza fundamentalmente mediante la inscripción en el Registro de los bienes heredados más importantes, de los bienes inmuebles.

¿Quedarían expuestas entonces a una propiedad clandestina las cosas de menor valor de la herencia? ¿Cómo se podría probar el dominio de las

⁴⁸ P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano, cit.*, vol. 6, pp. 235-236. JÖRS considera incluso que la posesión de los bienes como forma de aceptación fue anterior a la *cretio* (*Derecho privado romano, cit.*, p. 471).

mismas si en el reparto del caudal hereditario no se han recogido específicamente por su reducido precio o por cualquier otra razón? En esos casos, tanto la publicidad como la prueba vendrían fundamentalmente de la posesión, que a pesar de no ser necesaria para la adquisición hereditaria no está muy alejada de ella. Y no lo está bien porque los herederos, una vez aceptada la herencia, normalmente entran inmediatamente en la posesión de sus bienes, bien porque en ocasiones la propia aceptación se hace con actos de gestión hereditaria de carácter posesorio.

Por todo lo expuesto podemos concluir señalando que la posesión, aunque ni fue en Roma ni es en la actualidad necesaria para adquirir la propiedad de los bienes hereditarios, sí actuó y sigue actuando para ciertos bienes como eficaz medio de prueba y de publicidad del dominio del heredero.

Cabría preguntarse ahora si en la era tecnológica en la que vivimos se podrían utilizar medios de prueba y de publicidad más seguros que los existentes en la actualidad, especialmente para las cosas muebles de cierto valor.

La respuesta, posiblemente afirmativa, es ya harina de otro costal.