

LA IDEA ROMANA DE SUCESION (1)

Esquema previo

- A) *Concepto general de la sucesión.*
 - a) Sucesión universal y sucesión particular.
 - b) Origen bizantino.
- B) *La "successio per universitatem" y sus figuras típicas.*
 - a) Caracteres.
 - b) Sucesión universal "inter vivos".
 - c) Concepto y teorías sobre la "hereditas".
- C) *Naturaleza y contenido del derecho hereditario.*
 - a) Encuadramiento romano del derecho sucesorio.
 - b) Las tres hipótesis. Doctrina bonfantiana.
 - c) Objeto del derecho hereditario.
- D) *Evolución histórica de la sucesión hereditaria romana.*
- E) *La "bonorum possessio".*
 - a) ¿Herencia pretoria?
 - b) Tesis sobre su origen.
 - c) Evolución histórica.
 - d) Clases y requisitos de la "bonorum possessio".
 - e) La "bonorum possessio" en la época justiniana.
- F) *La "usucapio pro herede".*
 - a) Origen del instituto.
 - b) Sus requisitos.

(1) Responde el siguiente tema —parte primera de un estudio más amplio que ahora no se publica sino parcialmente— a una finalidad ajena por completo a otro propósito que no sea el meramente didáctico. Muy fácil hubiera sido poner a pie de página todo un impresionante bagaje bibliográfico, de obligado estudio, es cierto, para el investigador, pero de poca o ninguna utilidad para el alumno. Sale, pues, aligerado de notas, conciso y resumido, pensando que tal vez su justificación se halle en aquello mismo que intenta lograr.

A) CONCEPTO GENERAL DE LA SUCESION

Lógicamente el primer tema del derecho hereditario (entendiendo por tal, con Biondo Biondi, aquella parte del derecho privado que tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídicas de una persona después de su muerte) debe comenzar con el estudio del concepto sucesión. Sucesión hereditaria —ya la distinguiremos luego de otras— llamada también mortis causa, ya que, como dice el brocardo romano, “hereditas viventis non datur”.

¿Qué es lo que significa sucesión? He aquí el primer interrogante propuesto. Por razones etimológicas “succedere” (de donde “successio”) es sinónimo de “subire”, por lo cual no implica meramente “seguir”, sino “entrar”: entrar en una posición determinada. Una persona, Titius, sucede a otra, Caius, cuando la primera *entra en la situación jurídica de la otra, permaneciendo inalterada la situación, la relación misma*. Hay que advertirlo bien, porque si esta situación cambia ya no hay sucesión, como no la hay, por ejemplo, en la novación subjetiva, en que se adquiere un derecho nuevo, aun sustancialmente idéntico al precedente.

De aquí hemos deducido ya dos principios, armónicamente implicados:

1º) El concepto de sucesión implica una adquisición derivativa; o lo que es lo mismo, el sucesor acepta el derecho con las mismas modalidades y cargas que éste tenía.

2º) Hay siempre un sujeto que pierde y otro que adquiere derechos determinados.

Este concepto genérico de sucesión es susceptible de grados, en el sentido que vamos a ver ahora, porque puede hablarse —en efecto— de una doble sucesión: universal y particular. ¿Cómo se distinguen?

En realidad no hay una diferencia cuantitativa entre ellas, sino más bien *cualitativa*, de esencia. Yo puedo transferir a otro todas mis

relaciones, activas y pasivas, y no operar una sucesión universal, sino una pluralidad de sucesiones particulares. No es lo mismo por eso una sucesión universal que una sucesión total: el heredero por una cuota, indiscutiblemente, es tan heredero universal como el heredero único.

Sucesión universal existe cuando se transfieren derechos en bloque referentes a una persona; esto es, un patrimonio. Sucesión particular, por el contrario, cuando se transmiten derechos singulares o separados. En la primera, el derecho objeto de la transmisión permanece indeterminado; en la segunda, por el contrario, no hay indeterminación del objeto. En la universal, como viera Windscheid, se da en toda su pureza el fenómeno sucesorio; en la particular, contrariamente, se sucede tan sólo en aquellas relaciones específicamente indicadas.

Con estos precedentes dogmáticos, pasemos a abordar de un modo directo nuestro tema, viendo en primer término su planteamiento doctrinal.

Longo sugirió en 1901 que para los clásicos romanos la sucesión es tan solo la universal, doctrina que se abre paso rápidamente al ser defendida con celo y singular eficacia por Bonfante, De Francisci, Albertario, Catalano y Betti. “Ninguna reforma fue más desgraciada que la de extender el concepto de sucesión a todo traspaso de derechos, y la correlativa distinción de sucesión a título universal y a título particular”, piensa Bonfante.

Se trata, en efecto, de una obra bizantina, dañosa herencia no apoyada en argumentos con base en las fuentes romanas, ya que incluso la misma lógica demuestra su falsedad aplastante, pues sólo con artificios y restricciones puede utilizarse el concepto de sucesión con referencia a la particular. Hay, ello es cierto, un cambio de titulares, pero esto en realidad no basta, ya que la relación en el “habente causa” (en el que adquiere) es distinta a la del enajenante. Mi enajenante compró, por ejemplo, el objeto, y yo lo recibí en concepto de pago, de donación o de permuta.

Exegéticamente la tesis encuentra confirmación en D. 50,17,54; D. 50,17,175,1 y sobre todo en D. 50,17,177,pr., en el cual dice Paulo expresamente que aquel “qui in ius [dominiumve] alterius succedit iure eius uti debet”. Por lo demás, en todos los textos se indica la identidad del derecho traspasado, y no se enuncian a propósito de la transferencia de las “res singulae” sino en materia de herencia. Las mismas expresiones “dominium mutatur”, “dominii mutatio”, frecuente en las adquisi-

siones a título singular, son contrarias a “*continuatur dominium*”, “*dominii continuatio*” de las sucesiones universales.

Por ello (y como insinuara Bonfante en “*La formazione scolastica della dottrina della universitas*”) la distinción de una doble categoría de “*successio*” no es sino el resultado de interpolar los textos clásicos por los bizantinos; de aquí que “*successio*” en el derecho clásico indique lo que Justiniano quiere caracterizar con la locución “*successio per universitatem*”. Son muy escasos, por otro lado, los textos legales clásicos en que “*succedere*” y “*successio*” se refieren a adquisiciones a título singular, pero por razones lógicas, lingüísticas y comparativas se desprende que están interpolados.

Opina algún autor, con Biondo Biondi, que la crítica de Longo es excesiva, mas indiscutiblemente, que yo sepa, ha quedado asegurada la idea de que “*successio per universitatem*” y “*successio in singulas res*” no son sino expresiones justinianeas, aunque no se pueda negar, como antes lo vio Fadda, que los clásicos conocen la noción del derecho que pasa inalterado de un sujeto a otro, lo que constituye la propia esencia de la sucesión: así en D. 50,17,156,2 y 3; así en D. 18,1,6,7.

De este texto de Pomponio (“*alienatio cum fit, cum sua causa, dominium ad alium transferimus*”) se deduce que en la enajenación se transfiere a otro el dominio “*cum sua causa*”, de modo que el adquirente se halla en la misma situación que el enajenante de no haber entregado la cosa. Por eso es necesario reconocer, con Catalano y Biondi, que la doctrina y el lenguaje en torno a sucesión a título singular tiene raíces en la jurisprudencia clásica, aunque la sucesión particular propiamente no exista. Es que, cuando se transmite una cosa singular, no cabe hablar técnicamente sino de adquisición: el legatario, en efecto, no es sucesor sino adquirente; esto es, no reemplaza al difunto en su posición jurídica.

B) LA SUCCESSIO PER UNIVERSITATEM Y SUS FIGURAS TIPICAS

Recordemos el concepto de sucesión universal: como hemos dicho, se transfieren derechos en bloque referentes a una persona; esto es, un patrimonio. ¿Cuáles son sus caracteres, por tanto?

1) Derechos y cargas pasan al sucesor como estaban en el predecesor. Aquél toma el puesto de éste: “*eiusdem iuris et potestatis*”, dicen los textos.

2) Las cosas —“*res*”— se adquieren en bloque.

3) Se transmiten derechos y obligaciones (“*commodum et incommodum*”), e incluso algunas situaciones jurídicas intransmisibles, como el fundo dotal, los “*iura sepulchrorum*”. Paulo de este modo escribe: “*Quaedam quae non possunt sola alienari per universitatem transeunt*” (D. 41,1,62).



La sucesión universal, según el momento en que se opere, puede ser doble: “*inter vivos*” y “*mortis causa*”. Supuestos de sucesión universal “*inter vivos*” son los de

a) “*Adrogatio*”, a favor del padre adoptivo.

b) “*Conventio in manum*”, a favor del marido o de su “*pater familias*”.

c) Reducción a la esclavitud de un “*sui iuris*”, a favor del “*dominus*” del nuevo esclavo, en los casos siguientes: supuestos del Senadoconsulto Claudiano; venta de sí mismo “*pretii participandi causa*”; reducción del liberto a la esclavitud “*propter ingratitudinem*” o por condena.

No siendo este el momento de analizar tales casos, debemos hablar tan sólo de la sucesión universal “*mortis causa*”, de la “*hereditas*”. Y hago la salvedad, antes de anda, de que bajo la herencia se resumen la “*bonorum possessio*”, la “*bonorum venditio*”; la herencia fideicomisaria bajo el Senadoconsulto Trebeliano (por la cual el fideicomisario fue puesto “*loco heredis*”); la sucesión del fisco en los bienes vacantes, según la “*Lex Iulia*”; la “*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*”.



Sabido es que la palabra “*hereditas*” puede tomarse jurídicamente en un doble sentido: objetivo, en cuanto complejo de relaciones del difunto destinadas a pasar a otra persona, y subjetivo, como “*ius successio-nis*”. Es tan sólo en aquel sentido primero como ahora va a interesarnos.

Hablan los textos romanos de “*successio in ius*” (textos postclásicos para Ambrosino), entendiendo “*ius*” no como derecho —pues el heredero también sucede en las obligaciones— sino como situación jurídica, y de “*successio in ius et in locum defuncti*”. El heredero toma el puesto del difunto (“*ad vicem eius, qui e vita migravit accedat*”, como escribía Cicerón) y los mismos juristas clásicos dicen que la herencia yacente “*defuncti personam sustinet*”. Siguiendo este mismo orden de

ideas, en la Novela 48, par. 1, leemos: “idem fere cum defuncto esse videretur”.

De aquí, precisamente, arrancan las tesis de los que afirman que la “hereditas” implica *continuación de la personalidad jurídica del difunto*.

Sin ninguna discriminación histórica, la Pandectística arranca de estos principios. Hölder, por ejemplo, considera como “Ausgangspunkt”, como punto de arranque de derecho hereditario romano, el concepto de que las cosas y los hijos pertenecientes a una persona se consideran “als Verstärkung ihres eigenen Daseins verbunden”, como refuerzo de su propia existencia unida. Y no sólo los pandectistas pudiéramos agregar, porque para Maroi el heredero es casi un doble del difunto, como la estatua lo es de la persona que representa. Incluso más: Westrup piensa que hay una efectiva “unitas personae”, en el sentido de que el difunto sobrevive en el heredero. Como dijera el mismo Mitteis, la idea básica del derecho romano hereditario está en la “trascendental representación de la perpetuación del individuo en su descendencia”.

Otros autores hablan de la *continuación de la personalidad jurídica patrimonial (representación) del difunto*, doctrina muy antigua y que parece resurgir en Manigk, Collinet y Scialoja, aunque es de plano rechazada (por razones que no podemos destacar ahora sino de paso) por Bonfante, Solazzi y P. Voci.

No es que pretendamos discutir “el valor de estas afirmaciones profundamente humanas y universales”, como es sabido; mas de todos modos opinamos, con Biondi, que estas frases tienen tan sólo un valor de aproximación. No es exacto decir que el heredero continúe la personalidad, porque ésta es intransmisible, aparte de que la personalidad del heredero no es la del difunto; así como tampoco puede hablarse de representación, ya que el heredero obra en nombre e interés propio. Aun cuando D.42,5,4 diga: “heredem se spondendo vel actiones patiendo defunctum defendat” hay que entender que “defendere” procesalmente no tiene el sentido técnico de representar, aparte de que se puede representar a un vivo, mas no a un muerto.

La “hereditas” —como dijera antes— implica una “universitas”, una unidad orgánica y no la suma de relaciones activas y pasivas; una a modo de entidad que la trasciende. Gayo (2,97,191) habla utilizando una expresión que, aun discutida por Carcaterra, es precisa: “acquire-re per universitatem” y no “acquirere universitatem”. En los mismos fragmentos de Autun se identifican “universitas” y “hereditas” de un modo claro, y es que la cuestión, por otro lado, es manifiesta ya que el

heredero (aparte las acciones correspondientes a cada una de las relaciones transmitidas) puede ejercitar una acción nueva de carácter universal: la “hereditatis petitio”.

Podrá, desde luego, parecer ilógico que el patrimonio de una persona se haga unitario por el mero hecho de la muerte del titular. Por eso —como piensa Biondi— tal concepción no satisfará nuestra lógica abstracta, pero no podrá negarse su utilidad, sabiendo como sabemos que en esto de conciliar la eficacia con la legalidad y la justicia fueron maestros indiscutibles los grandes jurisconsultos de Roma.

C) NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO HEREDITARIO

Westrup ha destacado que el concepto de la supervivencia de las relaciones jurídicas después de la muerte del titular es un concepto común de los pueblos arios. En esto se funda precisamente el derecho hereditario, parte —como dijimos— del derecho privado que tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídicas de la persona después de la muerte de ésta. Por eso de que hay una transmisión, un suceder de una persona en las relaciones jurídicas de otra, se llama también derecho sucesorio; derecho que tiene un claro fundamento familiar aunque el objeto, en época histórica, no sea otro que el patrimonio.

Cuando Gayo, después de hablar de los modos con los cuales “singulae res nobis adquirantur”, pasa a estudiar “quibus modis per universitatem res nobis adquirantur”, centra el derecho de sucesiones, como es lógico, en este segundo marco, aunque debe advertirse que sistemáticamente deja bastante que desear su encuadramiento en las Instituciones justinianeas, en el Digesto e incluso en el mismo Codex.

Todas las doctrinas están de acuerdo en que la antigua “hereditas” tenía una función y una estructura distinta de la que aparece en las XII Tablas. Veamos, por ello, las distintas hipótesis:

I) Hipótesis de la sucesión familiar.

La sucesión hereditaria importaba originariamente la transmisión del patrimonio del difunto a los vivientes dentro de la familia del “de cuius”, ya que sólo en ausencia del “suus heres”, y en progreso del tiempo, se admite en la llamada al patrimonio a un extraño, mediante adopción, realizada por acto de última voluntad. Esta adopción es el testamento o la génesis del testamento.

1º) - Arangio la sostiene basándose en la incapacidad de testar de los eunucos (hasta Constantino) fundada precisamente en la misma

razón por la que se les prohíbe adoptar. Ahora bien; como Bonfante indica, la incapacidad de testar de los eunucos no resulta de ningún texto antiguo ni clásico. Uno de Paulo hace sospechar lo contrario, y, en cuanto al de Constantino, se refiere a la facultad de testar concedida a los monjes impúberes y no a los eunucos.

2º) - Perozzi, Manigk, Cornil, Westrup, Collinet, Jollowicz, defienden análogas conclusiones. Igualmente Segré y también Wieacker, quien habla de una "Arrogationstestament", en el sentido de la "arrogatio" como presupuesto del testamento. Koschaker piensa, siguiendo esta misma línea, en una adopción "mortis causa".

3º) - Unos autores, como Lambert, acercan el testamento a la *affatómia franca*; otros a formas griegas, olvidando que los institutos que se comparan con el testamento son donaciones por causa de muerte, o formas análogas, que no devienen testamento sino por la errónea aplicación de este nombre romano a instituciones heterogéneas.

II) *Hipótesis del testamento sin institución de heredero.*

1º) - Pernice, Cuq, Binder, Ehrlich, Kniep, Kuntze, reducen el testamento a los esquemas de una donación *mortis causa*, excluyendo la institución de heredero del mismo. Para Kuntze, en efecto, el primitivo testamento no debía contener sino disposiciones de cosas particulares, siendo en la "*institutio ex re certa*" donde se encuentra el tipo y el contenido de este primitivo testamento.

2º) - Lenel, seguido por Kohler, Wenger, Korosec, recientemente por Ambrosino, cree que la ingenua y materialística concepción del romano antiguo sólo podía ver en la herencia algo corporal, algo tangible: su casa, su ganado, sus esclavos, de donde sólo el patrimonio (tomado no como unidad abstracta, sino como suma de los diversos objetos que lo componen) viene a constituir el contenido originario de la sucesión.

Siendo la herencia algo corporal, no puede adquirirse mediante una simple declaración de voluntad (como tampoco la "*res derelicta*"), teniéndose que tomar realmente la posesión para ser considerado como heredero. Piénsese que la palabra "*adire*" tiene un sentido material, significando originariamente "andar sobre los fundos hereditarios", de un modo análogo a la expresión griega "*émbateieien eis ten ousian*" y a la alemana "*zu dem Erbe gehen*".

Basándose Lenel en el "*uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto*" de las XII Tablas, cree que el testamento no contiene sino legados, a lo cual hay que hacer dos advertencias fundamentales:

a) El impreciso sentido que tienen las palabras "*legare*", "*pecunia*", "*familia*", "*res*", ya apuntado por Bonfante y en nuestros días por Kaser y por Lepri.

b) Que es siempre un "equivoco basarse en el valor materialístico de las voces radicales, pues los antiguos expresaban con imágenes materiales los conceptos más espirituales" (Bonfante).

III) *Hipótesis de la sucesión en la soberanía.*

Bonfante —en diversos artículos publicados en los "*Scritti*" y en el "*Corso*", especialmente "*L'origine dell'hereditas e dei legata nel diritto successorio romano*"— ha destacado insuperablemente el carácter político de la misma.

La "*hereditas*", piensa Bonfante, es una sucesión en el poder soberano del jefe de una familia agnaticia o de la "*gens*", y la consiguiente adquisición por los herederos del patrimonio dejado por el causante, como consecuencia de dicha sucesión en la soberanía del jefe. Tiene por ello el testamento un origen ancestral. Su finalidad no es otra que la de elegir un sucesor entre todas las personas sometidas al poder del causante, puesto que, al revés de lo que ocurría en la época histórica, en los tiempos antiguos —en que no había Estado o éste tenía carácter federativo entre varios grupos familiares— la familia no se disgregaba, sino que continuaba compacta bajo el jefe designado (*heres*) por el pater.

Los principios fundamentales de la *hereditas*, cree Bonfante, confirman sin discusión su tesis. Así:

1º) - La asignación patrimonial sin conferir el título de heredero no opera una sucesión "*mortis causa*", ya que la vocación testamentaria no es válida al no contener la institución de heredero.

2º) - La "*delatio hereditatis*" es intransmisible a los herederos del heredero, pues que el llamamiento es un título personal y no un valor patrimonial.

3º) - Las dos formas de *delación* —testada e intestada— son incompatibles entre sí, lo cual no puede comprenderse patrimonialmente, aunque otra cosa ocurra desde el punto de vista sucesorio soberano. Es posible (en contra de la opinión de Perozzi) armonizar la "*cohereditas*" con la idea del heredero soberano político, puesto que existe la colegialidad en el poder real y en la magistratura. Lo único que ocurre es que, cuando el soberano es designado de una forma, no se puede admitir contemporáneamente otro designado de forma diversa.

4º) - Si alguno de los herederos muere o renuncia antes de la

adición, la cuota vacante acrece a los coherederos, aunque no quieran adquirir o el testamento los haya excluído. Su explicación está en las magistraturas colegiales romanas, ya que si uno pierde la soberanía se absorbe en el otro.

5º) - Si una persona determinada, con posibilidad para ello, acepta la herencia "pro parte", se hace heredero por entero.



Ha tenido fortuna, es cierto, la doctrina del genial romanista italiano. Fadda, Solazzi, Robbe, Scialoja, Costa, Mitteis, la aceptan sin graves reparos y otros —como Perozzi, Arangio, Ferrini, Coli, Segré, Ambrosino, Albanese, Biondi— la objetan en tal o cual punto, rectificándola en algunas de sus conclusiones.

Algunos —así Siber y Rabel— aun considerando que el punto inicial de la sucesión hereditaria es la sucesión en la potestad doméstica, la contradicen luego en la explicación de cómo se opera el fenómeno sucesorio. Lévy Brühl, recientemente, la despoja de todo aspecto patrimonial, aun siguiendo en su análisis dentro de la órbita bonfantiana. Para el Profesor de París, en efecto, el carácter extrapatrimonial de la noción de heredero encuentra su afirmación expresa en Gayo (2,224), al hacernos saber que antiguamente el "heres" podía ser reducido a un título nudo, sin ningún emolumento.

De la posibilidad, permitida al llamado "ab intestato" (que no sea heredero necesario) de operar una "in iure cessio hereditatis" antes de haber realizado la adición, ha sacado Ambrosino la consecuencia de que en el derecho positivo romano la "hereditas" es considerada como una "res", siendo per se un derecho enajenable al igual que cualquier otro, incluso a un tercero cualquiera.

Análogamente, y con más o menos variantes, piensan Albanese y Biondi. Para este último romanista, la "hereditas" ha implicado una efectiva sucesión en la potestad sobre las personas (recordemos que ya también Ferrini había visto cómo no existe ningún nexo entre la potestad familiar y sucesión hereditaria) por lo cual la antigua "hereditas" comprende tan sólo cosas corporales. "Hereditas" y "dominium" se identifican, por tanto. Luego, sabido es, el concepto se hace más amplio, al abarcar las cosas incorporales. Por último, se concibe como "universitas".

La oposición que realiza Biondi a las doctrinas bonfantiana es, desde luego, precisa, alegando contra el carácter soberano de la "here-

ditas" argumentos de la aparente robustez que siguen: a) La incapacidad de los impúberes para suceder; b) La situación preeminente del "heres suus", que no necesita aceptación. Mas el caso es, si nos paramos a meditar un poco, que en el primer supuesto —y ya lo había visto claramente Scialoja— el titular es el tutor, algo así a lo que sucede con la regencia en el campo del derecho público. Y respecto al otro supuesto, ya no hay entre ellos una sucesión propiamente dicha, sino una continuación de la situación preexistente.

De todos modos llegamos a un principio que, hoy por hoy, en el estado actual de la investigación romanística estimamos plenamente fundamentado; que no obstante las reservas dirigidas y las objeciones contra la teoría bonfantiana, lo cierto es —como viera últimamente un autor, Betti— que la estructura dogmática del instituto permanece como Bonfante la ideó. En otros términos: que si todavía puede discutirse el porqué de la sucesión hereditaria, la estructura dogmática (el cómo se opera la sucesión en el Derecho romano) permanece inalterada, con toda seguridad, según acabamos de ver.



¿Cómo se integra la "hereditas" en el Derecho romano?

Familia, pecunia, bona, substantia, son los términos con que se designa el patrimonio en Derecho romano. Pecunia (de "pecus - oris", según Varrón) alude a cosas corporales: "omnia corpora", como dice Ulpiano. Familia comprende cosas y personas, aunque en el derecho hereditario se tomara como complejo de cosas corporales (Mitteis, Mar-chi). La palabra "bona", por otro lado, es de uso constante en el lenguaje del derecho clásico, mientras que a veces Justiniano emplea el término griego "ousia".

Existen en el Derecho romano preclásico, y aun en el clásico, elementos extrapatrimoniales, especie de apéndice inorgánico en vía de disolución o transformación que en el nuevo derecho desaparecen o se funden artificiosamente en el patrimonio. Así hemos de considerar a los:

a) "*Sacra*", cultos familiares vigentes todavía (al juzgar por textos inequívocos de Plauto, Catón, Cicerón y Festo) en la época republicana. Frente a Huschke, "uno de los más fantásticos cerebros de la ciencia romanística alemana" al sentir de Bonfante, determinados autores —entre los cuales citaremos principalmente a Korosec— han sostenido la extrapatrimonialidad con abundancia de razones. De todas

formas es indiferente la objeción que formalmente destacaran Maynz y Perozzi (para quienes la conexión de los “sacra” con la “hereditas” fue obra de los Pontífices) ya que lo que importa, desde luego, es su existencia. Ultimamente dice Biondo Biondi que se trata de un elemento extrapatrimonial y extrajurídico al mismo tiempo. Los “sacra” pertenecen al “ius pontificum”, al “fas”; la “hereditas”, por el contrario, al “ius”; por eso los primeros se transmiten en orden a principios que no tienen nada que ver con la sucesión hereditaria. Igual ocurre con el:

b) “*Ius sepulchri*”, complejo más bien de deberes que de derechos (ceremonias, ritos, etc.), regulado por las leyes de la fundación más que por el derecho hereditario. En progreso del tiempo, el “ius” antiguo desaparece y se transforma en un “ius inferendi vel sepeliendi”, el cual —por el contrario— tiene ya carácter patrimonial.

c) *Patronato*. La patrimonialidad de este derecho es, precisamente, el motivo justiniano.

d) *Deudas*. Elemento extrapatrimonial —según Bonfante— ya que las deudas, aunque son inherentes al patrimonio, no son propiamente hablando patrimonio. Las deudas, en efecto, no se adquieren; se suceden en ellas; traspásanse al heredero aun “*ultra vires hereditatis*”, de dónde el hecho de que la hereditas pueda ser “*damnosa*”. Su extrapatrimonialidad se confirma sin más que pensemos —como lo hace Korosec— en la intransmisibilidad originaria de las deudas, puesto que cuando se opera la transmisión es porque, poco a poco, han ido patrimonializándose.

e) *Relaciones de amistad, “hospitium” y tutela*, bien pronto atenuadas y posteriormente descartadas del complejo de la “hereditas”.



Junto a estos elementos en trance de superación, hemos de apuntar ahora los patrimoniales, de aquí que —vía remotionis— procedamos analizando cuales sean las relaciones patrimoniales intransmisibles, a fin de perfilar, siquiera negativamente, el cuadro que consideramos. Intransmisibles son, en efecto:

a) *Las relaciones de derecho público*, por lo cual, como es sabido, el heredero del Magistrado no tiene derecho a ocupar el puesto de éste.

b) *Usufructo, uso y habitación*. Es cierto que en el derecho justiniano es posible constituir un usufructo a favor de una persona y de

sus herederos, pero el heredero —ni que decir tiene— no adquiere sino el derecho derivado directamente de la constitución del mismo.

c) *Servidumbres prediales*, transmisibles a los herederos en cuanto propietarios del fundo y no, precisamente, en cuanto herederos.

d) *Posesión*, porque —como es sabido— el heredero sucede en las relaciones de derecho y no en las situaciones de hecho.

e) “*Actiones vindictam spirantes*” y *populares*, en razón a su preciso carácter.

f) *Los privilegios meramente personales*, como el llamado “*beneficium competentiae*”; el “*privilegium exigendi*” del pupilo, etc.

g) *Las obligaciones derivadas de la “sponsio” y “fidepromissio”*.

h) *Las “stipulationes faciendi”*, a no ser que contengan mención de heredero.

i) *Las acciones penales*, transmisibles en fecha posterior justiniana —como egregiamente estudiara Albertario— en la medida del enriquecimiento.

j) *El mandato, la sociedad y el arrendamiento de cosas*, intransmisibles en cuanto a la continuación de la relación en sí, aunque las obligaciones ya nacidas puedan transmitirse activa y pasivamente.

D) EVOLUCION HISTORICA DE LA SUCESION HEREDITARIA ROMANA

Tal vez sea el Derecho hereditario de todas las partes del Derecho privado la más sencilla a las transformaciones sociales, por eso de que se apoya en los dos pilares de la familia y de la propiedad, que tanto cambiaron a lo largo de la evolución histórica del Derecho romano.

Al revés de lo que ocurre en el Derecho hindú (Dareste, Kohler), en la Ley de Gortyna (Dareste), en el Derecho germánico (Tácito), en Egipto (Revillout), entre los hebreos (Dareste), podemos apuntar un rasgo característico de la sucesión hereditaria romana: la preponderancia del testamento. Y en efecto.

El testamento (“*tristaamentud*” en osco significa —según Goldmann— “operación jurídica ante testigos”) existe en Roma antes de las XII Tablas. Una norma de este cuerpo legal ordena:

“Si intestato moritur cui sus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento”.

El “*heres suus*” —como viera Michon— sucede en virtud de un

derecho latente de propiedad que deviene efectivo a la muerte del “*pater familias*”. W. H. Kirk ha indicado sagazmente el alcance de la exclusión operada por el “*heres suus*”, aclarando de modo satisfactorio su exacto y primitivo sentido. Hoy sabemos también, después de los luminosos estudios de un Solazzi, un De Martino y un Kreller, que agnados (hermanos del difunto nacidos en la misma casa que éste, según Giffard) y gentiles no eran, propiamente hablando, herederos, pues sólo tienen el poder de apropiarse de la “*familia*”.

Herederero, repetimos, es sólo el “*suus*”, y esto si se cumplen los siguientes requisitos, propuestos por vía de hipótesis por destacados romanistas:

- a) Ser del sexo masculino (Stoianow, Lévy Brühl, Solazzi).
- b) Ser púber (La Pira, Wolff), según lo demuestra la fórmula —transmitida por Cicerón— de la substitución pupilar. Lévy Brühl agrega esta otra:
- c) Ser único; y ello porque así lo exige la constitución de la familia romana, de tipo monárquico.

Estamos aquí, es cierto, en pleno campo de suposiciones. Es difícil operar con datos apodícticos, pero de todos modos adivinamos que la transformación de la antigua “*hereditas*” (débase, como piensa De Martino, a la influencia etrusca, o débase en virtud de causas rigurosamente autóctonas) se opera al conceder al “*heres extraneus*” —que podrá no ser “*heres*” en el sentido original, como decimos—, derechos al patrimonio del causante.

Es un oprobio morir sin testamento. Un personaje de Plauto dice en el “*Curculio*”: “¡Jupiter te male perdat, intestatus vivitur...!” Es necesario impedir, como sabemos, la desaparición del culto familiar, instituyendo si es necesario a un extraño. De aquí —lógicamente— surge el testamento comicial y luego, más tarde aún, el “*testamentum per aes et libram*”.

La evolución continuaría, por otro lado. El derecho hereditario del “*ius civile*” se apoya en la familia agnaticia, en cuanto ni la madre podía suceder al hijo ni el hijo a la madre; pero bien pronto interviene el Pretor con la “*bonorum possessio*”, y al decaer su actividad la evolución continúa operándose mediante Senadoconsultos y Constituciones. Los Senadoconsultos Tertuliano y Orfitiano admiten ya la sucesión recíproca entre la madre y los hijos y, por último, Justiniano en sus Novelas 115, 118 y 127, establece —en lo fundamental— las bases del ordenamiento jurídico moderno en el campo sucesorio.

E) LA BONORUM POSSESSIO

El instituto más resistente del derecho pretorio, el más claro paradigma (como vio Bonfante) de la vasta actividad del Pretor es, sin género alguno de dudas, la “*bonorum possessio*”. Nunca, como en este campo, ha sido tan radical la ingente obra del Pretor romano, ya que sobre su “*imperium*” se basa precisamente: “*beneficium*” o “*commodum pretorium*”, que dicen los juristas.

Así es como surge, junto a la herencia civil —“*hereditas*”— esta herencia de derecho pretorio que llamamos la “*bonorum possessio*”. Pero, y lanzamos ya el primer interrogante, ¿puede hablarse en términos propios de una herencia pretoria?

El “*bonorum possessor*” no es, en realidad, un sucesor, sino un mero poseedor de los bienes hereditarios. ¿Por qué? El heredero, como dice Ulpiano (D.50,17,59), “*eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus*”, y el “*bonorum possessor*” lo más que adquiere es una posesión tutelada jurídicamente, mas nunca el dominio como lo tenía el difunto. Resumiendo: que el “*bonorum possessor*” no es heredero, sino “*vice heredis*”, “*velut heres*”, y esto —como digo— a efectos de la equiparación pretoria.



El origen de la “*bonorum possessio*” no está en la “*usucapio pro herede*”, como había pretendido Huschke sin el más ligero apoyo en los textos jurisprudenciales. Tampoco la tradicional doctrina del pandectismo alemán puede convencernos, sobre todo después que Longo hubo de probar que el texto tan traído y tan llevado por los pandectistas (Inst. 3,9,pr.), según el cual el fin de la “*bonorum possessio*” es correctivo y supletorio, fundamentalmente se inspira en uno gayano (III,25-54) referido no a la génesis del instituto sino a su finalidad actual.

“*Ne bona hereditaria vacua sine donino diutius iacerent*” (D. 38,9,1,pr.); para impedir la prolongada “*vacatio*” de los bienes hereditarios, obligando a los herederos civiles a la adición. Esta es, en lo fundamental, la tesis de Leist, que estimamos reñida con el sentir de la jurisprudencia clásica, en cuanto que —como ya subrayamos— el “*bonorum possessor*” es “*vice heredis*”, concediéndosele únicamente la posesión de los bienes, siendo así que sólo con la usucapión podía operarse una sucesión verdadera y propia.

La doctrina hoy dominante estima que en un principio la actividad

del Pretor no se concreta en corregir el derecho sucesorio, sino más bien en reglamentar la posición de las partes en una controversia hereditaria. Su origen procesal es manifiesto, como ya había comprendido Fabricius y como Longo subraya al poner de manifiesto la propia terminología del Edicto: “secundum tabulas, secundum eum possessionem dabo”.

La “bonorum possessio” no es, de este modo, sino la adjudicación interina de las cosas hereditarias, cuando —como dice un texto de Cicerón— “de hereditate ambigitur”. El Pretor, tras una indagación sumaria, otorgará la posesión de los bienes hereditarios a quien estime como heredero. Si luego, en el proceso entablado sobre el fondo, se demuestra que no lo es, tendrá que restituir la herencia, salvo que en este intervalo la haya usucapido “pro herede”. Por este motivo tal “bonorum possessio” provisional, pendiente del ejercicio por el heredero civil de la “hereditatis petitio”, se llama “bonorum possessio sine re”.

La evolución que se cumple en el instituto pretorio nos es conocida. No se trata, como quería Windscheid, de indicar que existiera una constante directriz reguladora; más bien se tiende (como vieran Perozzi y Biondo Biondi) a satisfacer las exigencias de la equidad que se van presentando en la necesaria vida del tráfico jurídico. De todas formas, esta evolución —conclusa ya en la época de los Severo— se opera del modo que sigue:

1º. Originariamente, como ha destacado Arnó, la “bonorum possessio” es “sine re”.

2º. Posteriormente, y a medida de que la función del Pretor se hace correctora del “ius civile”, el Magistrado otorga los bienes hereditarios a personas no consideradas como herederos por el derecho civil. La adjudicación, en este caso, es definitiva (“bonorum possessio cum re”): el “bonorum possessor” prevalece frente al heredero civil al concedérsele al “exceptio doli” (con el fin de invalidar, como es sabido, la “hereditatis petitio” del heredero), o bien porque el Pretor le deniega el ejercicio de su derecho (“denegatio actionis”). Todavía —lo recoge Gayo— la “bonorum possessio” es “sine re”, lo cual no significa sino eso: una excepción.

¿Cómo se establece, en realidad, la parificación entre “hereditas” y “bonorum possessio”? Sencillamente, concediendo al “bonorum possessor” el “interdictum quorum bonorum”, típico interdicto restitutorio y “adipiscendae possessionis”, de carácter universal y cuyo objeto son las cosas corporales. Análogamente, le corresponde además el “interdictum quod legatorum”, caso de que el legatario tomara posesión de la

cosa legada sin la voluntad del “bonorum possessor”. Por último, el Pretor concede en vía útil —y como acciones ficticias— todas aquellas correspondientes al difunto, fingiendo que era heredero civil (“ficto se herede”).

Solazzi, en sus agudos análisis críticos, ha probado que la “bonorum possessio” era siempre decretal; esto es, concedida “cognita causa” mediante un decreto “pro tribunali”. Aunque se hable de la “bonorum possessio edital” (“cognitio de plano”, previa la presentación de un simple libelo conteniendo las condiciones exigidas por el Edicto), piensa Solazzi que la “cognitio de plano” y el “decretum” no eran términos incompatibles.

De todas maneras, la “bonorum possessio” no exige una previa “delatio”, sino una “datio” por el Pretor, de donde los textos utilizan la expresión “dare bonorum possessionem”, y ello previa una oportuna demanda probando hallarse en las condiciones requeridas: “adgnitio bonorum possessionis”, antiguamente redactada en términos sacramentales y, como prueba Taubenschlag, patente en los papiros. El término que se establece para solicitarla es de cien días útiles, o bien de un año (“in honorem sanguinis”) tratándose de hijos o parientes.

Este principio de la prescripción de la facultad de aceptar, junto con la posibilidad de adquirirla mediante representante (D.37,1,3,7, “adquirere quis bonorum possessionem potest vel per semetipsum vel per alium”), son las dos más importantes novedades de la “bonorum possessio” respecto a la “hereditas” romana. Por lo demás, las reglas de la “hereditas” suelen convenir a la “bonorum possessio”.

Hemos de distinguir en el estudio de la institución que analizamos, la:

a) *Bonorum possessio secundum tabulas*, conferida de conformidad con el testamento “septem signis signatis”, y de importancia indudable en orden a la posibilidad de revocación. Mientras que en el “ius civile” la destrucción de las “tabulae testamenti” no anula a éste, ya que un acto formal no puede revocarse sino mediante otro acto formal, en cambio el Pretor en casos similares considera revocado el testamento.

b) *Bonorum possessio sine tabulis* o “ab intestato”, conferida en ausencia de testamento, y cuyas clases (“unde liberi”, “unde legitimi”, “unde cognati”, “unde vir et uxor”) no podemos analizar ahora.

c) *Bonorum possessio contra tabulas*, concedida en distintos supuestos de preterición testamentaria, y cuyo estudio no compete a este tema.

Junto a éstas, existen también determinadas “bonorum possessiones” de tipo provisional, como son la:

a) “*Bonorum possessio ventris nomine*”, concedida a la madre encinta sobre los bienes hereditarios a que pudiera tener derecho el “nasciturus”.

b) “*Bonorum possessio furiosi nomine*”, concedida al curador del loco que no puede adir la herencia. Si el furioso sana, puede aceptar lo obrado por el curador, o bien rechazarlo.

c) “*Bonorum possessio ex Carboniano edicto*”, a favor del impúber cuya filiación, y por tanto su derecho a la herencia, se discute.

d) “*Missio in possessionem ex lege ultima codicis de Edicto divi Hadriani tollendo*”, a favor del que presente un testamento exteriormente perfecto.



Todavía Diocleciano distingue entre “hereditas” y “bonorum possessio”, e incluso el dualismo clásico persiste en la compilación justiniana. ¿Será porque deba hablarse, como lo hacía Pringsheim, de tendencias arcaicas en Justiniano?

Riccobono ha destacado que se trata tan sólo de apariencias de arcaísmo, aparte de que, como se indicó, el dualismo persistía bien netamente, pues falta en el derecho justiniano una Constitución en que se establezca la superación explícita del mismo. Nos referimos al aspecto formal y externo, ya que desde el punto de vista sustancial ambos sistemas aparecen fundidos. Los medios que se crean al efecto van a ser indicados a continuación, siendo ellos los que preparan —no obstante alguna apariencia en contra— el proceso unificativo de que hablamos. De este modo:

1º) - Desaparece la “adgnitio bonorum”; por lo cual desde Justiniano la “bonorum possessio” se defiende y es adquirida como la “hereditas”.

2º) - Desaparece de los textos compilatorios la mención de acciones ficticias. El “bonorum possessor” puede desde ahora ejercer las acciones hereditarias como si, efectivamente, se tratara de un heredero.

3º) - Los interdictos “*quorum bonorum*” y “*quod legatorum*” valen también para la “hereditas”.

4º) - El “bonorum possessor” puede pedir además la “*hereditatis petitio*”.

5º) - Justiniano, al lado del “heres”, suele interpolar “*ceterique successores*” y, como es lógico, entre ellos se hace necesario contar al “bonorum possessor”.

F) LA USUCAPIO PRO HEREDE

En el Derecho romano antiguo rige la norma de que la “*usucapio*” se aplicaba también a la “hereditas”, mediante la posesión continuada durante un año (la “hereditas” se incluye, no obstante comprender inmuebles, entre las “*ceterae res*”) de las cosas hereditarias. No es necesario, como creía Karlowa, que se posea la “*maior pars hereditatis*”, ni tampoco los requisitos de la buena fe y la justa causa.

Con razón opina Bonfante que es el instituto más misterioso del pasado romano, ya que todo se vuelven conjeturas cuando tratamos de explicarla. En primer término, el aserto explicatorio gayano (2,55) no puede fundamentalmente convencernos: “*Veteres voluerunt maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent*”. Tal vez Varrón, de donde al parecer toma Gayo sus noticias, pudiera creerlo.

Pero es el caso que no iba a crearse tan complejo instituto para llegar a un resultado tan modesto como es el de prefijar un término a la aceptación. ¿Es posible tan “*acutae ineptiae iurisconsultorum*”, para emplear la frase de Séneca? ¿Iba a utilizarse un mazazo, como tan ingeniosamente se ha dicho, para matar una pulga?

Ihering, hablando de esta “*ratonera del derecho romano*”, puso de manifiesto cáusticamente las consecuencias de ver en la “*usucapio*” el residuo de una bárbara e ingenua concepción del derecho primitivo: las cosas hereditarias quedan sin dueño hasta el primero que las ocupe.

No es por aquí, repetimos, donde es posible hallar su origen, ni tampoco lleva razón Bonfante cuando afirma que “*toda usurpación crea un poder irregular e ilegítimo que el tiempo eventualmente consagra y legítima*”, porque es el caso (como ha visto Biondo Biondi) que en ningún organismo político se reconoce como normal que cualquiera se posesione del poder vacante con plena eficacia jurídica. Aunque pudiera ocurrir esto por vías de excepcionalidad y “*de facto*”, la validez deontológica del principio no por eso sufre menoscabo.

Solazzi propone la hipótesis que sigue: la “*usucapio pro herede*” surge para hacer adquirir a agnados y gentiles el título de heredero, una vez que las XII Tablas no atribuyen a éstos más que el “*familiam habere*”. En realidad, como es fácil descubrir, se trata de explicar un punto oscuro por otro más oscuro todavía, por lo cual necesitaríamos

conocer de un modo categórico —en el supuesto de admitir la tesis de Solazzi— totalmente libre de conjeturas, la distinción entre “hereditas” y “familiam habere”.

Tal vez la cuestión del origen se ilumine, como opina Collinet, sin más que nos fijemos en un punto fundamental y sencillo; sin más que nos libremos de ideas preconcebidas. El instituto en sí tiene la misma función genérica que cualquier “usucapio”: consolidar la adquisición del heredero, y ello aunque eventualmente pueda favorecer a cualquier usurpador.

Hacia fines de la República deja de ser la “usucapio pro herede” una usucapión de la herencia para convertirse en una usucapión de las cosas singulares hereditarias: “in omnibus rebus hereditariis... annua usucapio remansit” (Gayo 2,54).

Todavía, es cierto, no ha perdido su carácter de “improba, lucrativa usucapio” según la frase gayana; lucrativa, en ese sentido peyorativo del lenguaje clásico, porque se adquieren las cosas hereditarias sabiéndose incluso que es de otro —“scit alienam rem se possidere” (Gayo 2,52)— aunque ya el mismo jurista recoge un Senadoconsulto de Adriano por el cual se concede al heredero la revocación, siempre que las cosas hereditarias hayan sido usucapidas de mala fe. Bastante más allá va Marco Aurelio, el cual establece que la usucapión dolosa de cosas hereditarias constituye un nuevo delito castigado “extraordinem”: el “crimen expilatae hereditatis”.

En el derecho clásico la “usucapio pro herede” postula los siguientes requisitos, subjetivo uno y otros de naturaleza objetiva.

En primer término, la “testamenti factio cum defuncto”, sin que sean necesarios ni la buena fe ni la justa causa. Entre los objetivos, se exigen los siguientes:

- a) Falta de heredero necesario.
- b) Falta de aceptación por algún otro heredero, ya que, después de este momento, la toma de posesión que alguien haga de los bienes hereditarios constituye “furtum”. Mientras la opinión dominante (Lenel, Fadda, Perozzi, Galgano) cree que basta la no aceptación, Bonfante exige la toma de posesión para excluir la “usucapio”, de acuerdo con unos textos que estimamos categóricos: “Rei hereditariae, antequam ab herede possideatur furtum fieri non potest” (D.2,31,11); “Rei hereditariae, nondum possessae non fit furtum” (D.25,2,6,6).
- c) Decurso de un año.



En el derecho justiniano puede decirse que desaparece toda singularidad, desde el momento en que Justiniano trata de fundirla con el tipo ordinario. Para ello exige el requisito de la buena fe; establece otros plazos; la hace revocable a petición del heredero propio; sigue postulando la “testamenti factio cum defuncto” y continúa inadmisibles frente al “heres suus et necessarius”... En fin: postula para su ejercicio la falta de toma de posesión y se limita, categórica y exclusivamente, a las cosas hereditarias.

Este es el alcance de la “usucapio pro herede” justiniana, y de la especialidad del viejo instituto hereditario que, como tantos otros, fue en lo más hondo remozado por la profunda actividad de un Emperador, Justiniano, que sabe darle el crisma legislativo a un proceso de unificación que se maduraba, poco a poco, en los siglos anteriores.