

3. SUCESIÓN *AB INTESTATO*

LA SUCESIÓN INTESTADA EN DERECHO ROMANO

Gerardo Turiel de Castro
Prof. Tit. Univ. de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN

Superando antiguos planteamientos doctrinales que preconizaban no solamente la primacía sino casi la exclusividad del sistema y de la metodología puramente dogmática en el estudio e investigación de la norma de derecho –en nuestro caso, de Derecho Romano–, en la actualidad la casi totalidad de la doctrina, con mayor o menor entusiasmo, y en consecuencia en mayor o menor medida, ha aceptado la necesidad de encuadrar la norma de derecho en las coordenadas socio-económicas vigentes en cada momento en la comunidad en la que la norma se aplica, y por ende la necesidad igualmente de tomar en consideración las variables socio-económicas de la comunidad para comprender y explicar la variabilidad de la propia norma; siempre sin llegar a los extremos, notablemente peligrosos, de abandonar el sistema jurídico para caer en una mera investigación sociológica, desvirtuadora de la ciencia, del sistema y del método jurídico. Al plantear esta primera consideración quiero hacer una llamada al recuerdo del recientemente fallecido Prof. Archi que tanto se esforzó, especialmente en sus últimas participaciones en los Congresos de la S.I.H.D.A. para que sobre todo los jóvenes investigadores no cayeran en los vicios de un férreo método dogmático.

Pues bien, cuando se trata de hacer el análisis de la evolución del mundo jurídico romano, en ningún otro supuesto puede y debe de ser tanto más de aplicación la anterior reflexión metodológica, cuanto en lo que se refiere al sistema normativo del derecho sucesorio. Y en este orden conviene advertir desde el primer momento que entre las elementales estructuras que configuraban las primitivas comunidades, la estructura religiosa –que sigue formando parte de las estructuras comunales actuales– jugó sin lugar a dudas un importantísimo papel hasta el punto de configurarse como uno de los ejes sobre los que giraba la sociedad primitiva.

Sin perjuicio de que volvamos sobre ello más adelante, podemos afirmar ya que, en líneas generales, la idea sucesoria implica en el orden social la continuación del grupo común (familia) para perpetuarlo dentro del ámbito más amplio en el que convive con otros grupos; que al mismo tiempo, y como corolario de lo anterior, implica también la necesaria continuación de los sistemas de producción, y de los bienes correspondientes, que garanticen precisamente el sustento y mantenimiento del grupo a los efectos de su perpetuación.

Es por todo ello por lo que al abordar el tema del derecho sucesorio romano, no iniciemos su estudio planteándonos el análisis dogmático de las instituciones, que nos podría llevar a resultados históricamente equívocos, y tengamos muy en cuenta el consejo que ya en 1928 incluyó Bonfante en su Corso: “...el error de la dogmática hace que preceda al examen de las fuentes la construcción abstracta basada en deducciones lógicas para emplear con las fuentes el método de Procustes. Todas las teorías, todas las construcciones, son posibles; conviene únicamente establecer cual sería la construcción romana, cual la teoría de los jurisconsultos, y si por ventura el Derecho Romano mismo, en su larga evolución, no pasó de un concepto a otro. Y precisamente esta posibilidad histórica se desvanece cuando se parte de conceptos abstractos.”

II.- SUCCESSIO

Schulz advirtió ya en su día que un primer intento para una interpretación unitaria sistemática de la idea de “*successio*” podría encontrarse en Gayo (2.97; 3.82; sobre adquisición de cosas en bloque, “*universitas*”, frente a la adquisición singular), pero que el concepto como tal debió tener a lo largo del período clásico una compleja e incluso confusa significación, hasta el punto de que en los textos en los que se encuentra el término y el concepto con una simplificación y unificación dogmática, es seguro que las fuentes son claramente postclásicas o indudablemente han sufrido interpolación, y esta actuación llega hasta Justiniano al que tan cara era la idea de la unificación y simplificación del Derecho Romano. Y en esta misma línea Miquel considera que la concepción sistemática unitaria referida a la normativa que se aplica a la muerte de una persona, responde a un criterio moderno del que sólo se pueden encontrar algunos atisbos en el derecho clásico romano. Por su parte Kaser se fija especialmente en el contenido que en las fuentes se da al término *succedere*, resaltando que en el derecho clásico se hace referencia a una sucesión en el mismo contenido que ya tenía el causante, mientras que en derecho postclásico se apunta fundamentalmente a una transmisión de derechos. La tesis, como luego veremos, puede tener su encaje y su punto de arranque en la primitiva idea sucesoria referida a los derechos inherentes al lugar que ocupa el *pater familias* y en el que se va a colocar el sucesor, en época primitiva; y en la idea de transmisión de derechos de carácter patrimonial que se encuentra en Gayo 2.14.

Abandonando pues, en principio, el método dogmático trataremos de plantear algunos supuestos, ya en su día estudiados por la investigación romanística, y desde los que nos resulte más asequible abordar luego la interpretación de la sucesión romana a lo largo de su período histórico.

De antiguo los dos términos ligados al sistema sucesorio, y que aparecen ya en las XII Tablas, son los de *familia* y *pecunia*. En una época primitiva el término *familia* hacía referencia de manera especial a una comunidad unida sacralmente, mientras que el término *pecunia* debió referirse al conjunto de lo que hoy entenderíamos como bienes de cambio. Estas primitivas acepciones fueron evolucionando hasta el período clásico en el que, de manera preferente, *familia* hace referencia al grupo parental, en tanto que *pecunia* se refiere directamente al patrimonio. Pero ambos términos, con seguridad unidos a la idea hereditaria en el mundo antiguo, fueron dispersándose y segregándose del orden sucesorio, tal como se observa por los rastros dejados en los sepulcros, y de los que se distingue entre “familiaria” (el derecho al sepulcro familiar es independiente de la herencia) y “hereditaria”.

Ello nos lleva a plantearnos, aunque sólo sea de modo somero, el esquema básico del grupo familiar primitivo romano, fundado en vínculos de agnación, y su situación y régimen a la muerte del jefe del grupo (*pater*).

Conviene recordar en primer lugar que en las sociedades antiguas, y Roma no fue en esto ninguna excepción, no se contemplaba ni consideraba al individuo en cuanto a tal, sino que sólo tenía sentido en tanto formaba parte de un grupo constituido, porque justamente la sociedad no era otra cosa sino la vinculación pactada entre varios grupos. Y la propia existencia y naturaleza del grupo conllevaba la idea de una cabeza, jefe o *pater*, único al que la comunidad reconocía capacidad para llevar a cabo conductas que afectaran al resto de los grupos comunitarios. Y desde este prisma es indudable que uno de los primeros supuestos de interés común era el de la existencia y composición propia de cada uno de los grupos. Era fundamental para la comunidad saber en cada momento quien era la persona que ostentaba el liderazgo o jefatura del grupo, y por eso desde muy antiguo la designación de esa persona sucesora del *pater* se nos presenta como una actividad publicitada. El ejemplo más evidente es el que conocemos con el nombre de testamento comicial.

Por otro lado la estructura ya descrita de comunidad de grupos, conllevaba el lógico corolario de que tenía que ser dentro del propio grupo donde se produjera la sucesión en la jefatura a los efectos de dar continuidad y pervivencia al grupo familiar. Y se explica así la idea de la *adrogatio* formal e íntimamente ligada a la idea sucesoria, y como necesidad precedente a la *successio* para dar solución al problema que se planteaba si en el seno del grupo no existía persona idónea para la

sustitución sucesoria del pater. Por otro lado y volviendo al tema del componente socio-religioso del mundo antiguo, uno de los elementos básicos constitutivos del vínculo familiar era precisamente el de la relación con los dioses protectores de la familia y su culto, aspecto éste que tiene gran relevancia a la hora del estudio del orden sucesorio porque constituye uno de sus fundamentos, y da explicación la hecho de que toda la norma primitiva sucesoria gire en torno a las relaciones de vinculación familiar; lógicamente de vinculación agnaticia porque ese era el vínculo del grupo primitivo; pero vínculo que por su propia naturaleza llevaba en su interior el elemento sacramental base de la unidad familiar.

Cuando mucho más adelante se empieza a transformar el sentido del grupo familiar para dar entrada –y luego convertirse en exclusivo– al vínculo de la consanguinidad como sustitutivo de la agnación, y al mismo tiempo procederse a la transformación de la herencia como continuadora del grupo, para configurarse como transmisora de los bienes patrimoniales del causante, es significativo que cuando esto ocurre los órganos de la sociedad romana que representaban el conservadurismo de la más rancia tradición, los Pontífices, dan una importante batalla en favor de la sucesión directa familiar frente a cualquier extraño al grupo, invocando precisamente el valor de los *sacra* (*sacra cum pecunia*).

Sin duda porque no pudo conocer los papiros que completaron el texto gayano, Bonfante fue, en su concepción de la familia como primitivo organismo político, más allá de lo que posiblemente constituyera la estructura comunitaria familiar del primitivo mundo romano. Las críticas que la doctrina ha hecho a la tesis de su tesis han limitado el ámbito, tanto conceptual como de actuación, del grupo familiar. Pero siempre hay que partir de la contemplación del grupo en tanto órgano unitario social, y por ello la necesidad de plantearse las soluciones para su supervivencia y continuidad cuando se produce un hecho de tanta transcendencia como es el de la desaparición/muerte del jefe/pater del grupo. Hoy sabemos que a la muerte del pater la familia podía continuar viviendo unida, en el mismo solar familiar y explotando el mismo patrimonio agrícola, dando lugar con ello al *consortium*. Y muy probablemente eso era lo que ocurría de manera ordinaria y general. Gayo, 2.154.a. califica esta sociedad como “legítima y natural”. Por eso refutamos la idea de quienes preconizan la intervención de la *voluntas* de los *fili* para la constitución del *consortium*, criterio que entendemos responde a una anticipación histórica de la idea de la voluntad contractual. Acaso pudiera considerarse que la capacidad de decisión de los hijos iría encaminada no la constitución del *consortium* sino a su disolución. No podemos, porque se sale de nuestro tema, entrar ahora aquí en cómo se desenvolvía la vida en el seno del consorcio familiar, y como se desarrollaban sus relaciones con los otros grupos. E incluso como se fue propiciando la sustitución del antiguo *consortium* hasta surgir la comunidad pura patrimonial por cuotas, que se remontan sin duda a la época preclásica. Pero es lo cierto que la misma idea de *consortium* no solamente encaja, sino que surge directamente de la idea de la sucesión de los hijos al fallecimiento de su padre, y que constituye la base de la regla de la sucesión de los *sui* que encabeza el orden sucesorio intestado.

Llegamos así al punto donde se plantea una de las preguntas cuya respuesta ha sido, y todavía es, objeto de mayor polémica, diversidad y confrontación, en la doctrina, y que es la de la primacía histórica de la sucesión testada o de la intestada. A nuestro juicio, y precisamente porque es el resultado lógico de los planteamientos que hemos hecho con anterioridad, la sucesión primitiva del grupo familiar era siempre conforme a lo que más tarde habrá de llamarse sucesión intestada, porque sin duda el término (que no la sucesión) hubo de surgir después de haber aparecido otra nueva forma de suceder –el testamento del padre de familia– y tomó forma por oposición a ella.

Cómo y porqué y cuándo aparece el testamento es tema que igualmente se sale del estricto marco de este trabajo, pero nos interesa dejar aquí anotado que al margen de una posible libertad del padre, anterior ya a las XII T. posiblemente por influencia del sistema etrusco (como hizo notar De Martino) para disponer de la pecunia (testamento de legados, de O. Lenel), y de la seguramente más acertada tesis de Kaser partiendo de la necesidad de mantener unido el patrimonio agrícola familiar, y por tanto para evitar su disgregación y división por la *actio familiae erciscundae*, ha de llegarse a la que, a nuestro juicio, lógica conclusión, de que la primitiva sucesión familiar se efectuaba naturalmente a la muerte del padre, dentro del seno de la familia, y que sólo más adelante aparece el testamento para tratar de resolver algunos problemas que podían plantearse en esa sucesión natural. Ellos

serían en principio dos: la inexistencia de persona idónea sucesoria en el grupo familiar, y la necesidad por tanto de incluir en el mismo un nuevo miembro que cumpliera aquella función (testamento comicial/*adrogatio*, ceremonial precedido por una investigación del Colegio Pontifical –Gelio 5.19– en tanto todo el asunto afectaba a los *sacra*); y la voluntad del padre de impedir la ruptura del grupo y patrimonio familiar. Y nótese especialmente que en este caso el padre tendría que imponer su criterio frente al resultado natural de la transmisión familiar; lo cual explica perfectamente, como luego veremos, que el padre al manifestar su voluntad (testamento) tuviera no solamente que indicar cual de los hijos habría de ocupar la posición de *pater/jefe*, sino que al mismo tiempo tenía que vetar a los otros sucesores naturales impidiéndoles el acceso al puesto, porque si no lo hacía la condición *sui* en que quedaban tales hijos daba lugar a la natural formación de un *consortium* incompatible con la voluntad paterna.

III.- SUCESIÓN INTESTADA

1.- XII Tablas

Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento). XII Tablas V. 4/5.

Según la norma contenida en la vieja ley decemviral, la sucesión legal/intestada tiene lugar cuando el causante no ha hecho testamento, procediendo también la apertura de la sucesión abintestato cuando el testamento del causante ha devenido por alguna causa inválido o ineficaz. La doctrina ha puesto de relieve que el llamado “momento relevante” de la apertura de la sucesión intestada se da a la muerte del causante, cuando no existe testamento, o cuando se produce la renuncia del heredero u otra causa de invalidez, en el segundo supuesto (I: 3.1).

Los términos “*si intestato moritur*” han sido objeto de amplia interpretación doctrinal. Fuenteseca entiende que no hacen referencia al testamento en el sentido histórico posterior, sino a falta de una decisión testificada (*testatio*) del *pater* a medio de una *mancipatio familiae*; y Torrent que parte del presupuesto de que si el *pater* tiene *sui* no ha de tener preocupación alguna en orden a la sucesión familiar, ligando así el texto decemviral con el anterior contenido en V. 3, referido al legado de la *pecunia*, considera que la referencia a la falta de manifestación (*testatio*) ha de entenderse en el sentido de si, a falta de *sui*, no hizo el *pater* declaración ante los Comicios (*adrogatio*). Schulz estima que, en definitiva, la norma de las XII Tablas debió tener en su momento un sentido bastante diferente del que en su día le dio la jurisprudencia clásica.

Lo que parece incontestable a tenor del texto decemviral, es la incompatibilidad entre la sucesión intestada y la sucesión testamentaria, máxime si se tiene en cuenta que incluso esta última podría ser en si misma incompatible con la organización social gentilicia/familiar del mundo arcaico que en el orden sucesorio conllevaría a que sólo a falta de *heredes domestici* podría el *pater* suplirlos llevándolos a cabo la adopción (testamento comicial).

Fuere cual fuere dicho sentido, es lo cierto que las XII T. remiten en primer lugar la herencia intestada a los *sui*. Por tales habrá de entenderse todos los miembros de la familia agnaticia que por la estructura organizativa de ésta pasarían con la muerte del padre a liberarse de la potestad de éste y por lo tanto convertirse en *sui iuris*. De esta forma la sociedad familiar se disgregaría en otros tantos grupos familiares cuantas fueran las personas que quedarán directamente liberadas del poder del padre. Justamente todas estas familias, antiguamente, vivirían juntas formando el “*consortium*” hasta que se procediera a la partición de la herencia.

Aunque no falta alguna opinión en contra, por entender que en un sistema muy antiguo no sucederían las mujeres, la sucesión intestada primitiva referida a los *sui*, no hacía distinción alguna en razón de sexo; y se refería tanto a los filii agnati, entre los que se encuentra lógicamente el *filius adoptivus*, como a la *uxor in manu*.

La ordenación lógica de los *fili* en el seno del grupo familiar agnaticio, conlleva la colocación de los descendientes (hijos) en el puesto de su ascendiente (padre) cuando éste ha sido liberado de la potestas por el padre de familia (jefe de grupo) a medio de la emancipación, o sencillamente por su muerte. En este caso, como corolario lógico de la estructura familiar, los hijos sustituyen a su padre, estableciéndose así el que luego habrá de llamarse derecho de representación; si bien parte de la doctrina pone en duda de que el principio, y aún siendo muy antiguo, rigiera ya en la época de las XII T., pues la ley en nada se refiere al mismo.

Todos los *sui* heredan una cuota igual, si bien por la posible concurrencia de *sui* encuadrados en diversas líneas familiares, se establece la norma de que los situados en la primera línea familiar heredan la cuota por cabezas, mientras los de líneas posteriores (herederos por representación) heredan la cuota por estirpes.

Anotemos por último que según la regla que regía ya en la época republicana el *conceptus pro iam nato habentur*.

Según el texto decemviral a falta de *sui* “*adgnatus proximus familiam habeto*”. Habida cuenta la misma estructura agnaticia de la familia romana, en su sentido literal el término *adgnati* comprendería también a los *sui*, porque en su concepto lato *adgnati* son los miembros de la familia agnaticia, y por tanto lo serían todos los *fili* en potestad del *pater*; pero es evidente que la regla decemviral prescinde de los *sui*, por eso debe acudir al sentido estricto según el cual los *adgnati* son aquellas personas que juntamente con el *de cuius* descienden de un ascendiente común y se hallarían sometidos a la misma patria potestas si el común ascendiente viviese aún. Es por ello por lo que Torrent entiende que los *adgnati* serían los hermanos y hermanas del *pater* causante.

La regla decemviral se refiere expresamente al agnado más próximo lo cual implica que en esta clase de herederos los más próximos excluyen a los más remotos, sin que haya lugar al principio de la representación, y heredando, en el caso de pluralidad de *agnati* del mismo grado, todos ellos por cabeza; y en principio sin distinción alguna entre varones y hembras.

Según nos informa la fuente postclásica *Sententiae Pauli* 4.8.20, probablemente una *Lex Voconia* del 169 a. C. admitió a las mujeres agnadas solamente en el caso de las hermanas del causante. Es posible que la regla tenga que ponerse en relación con la norma de la que nos informa Gayo 2.274, según la cual la mujer no podía ser instituida heredera de los ciudadanos pertenecientes a la primera clase censitaria. De todos modos, tal como advierte Schulz, el jurista de las *Sententiae* ni conoció la ley ni posiblemente el origen de la regla que, a juicio de Biondi estaba ya en decadencia a finales de la República. Anotemos por último que en esta segunda clase no se aplica la *successio gradum*, ni la regla del “*conceptus*”.

En lo que se refiere a la herencia del liberto, que lógicamente no tiene agnados, en defecto de *sui*, la herencia se atribuye al patrono o en su caso a los descendientes agnaticios del mismo. Posteriormente, los bienes que tenían al momento de su muerte los esclavos que no habían sido manumitidos por algunas de las formas solemnes *iuris civilis*, pero que se acogían a la protección del derecho honorario, eran considerados jurídicamente como formando parte del *peculium servile* y por lo tanto correspondían *iure peculii* al *dominus* del esclavo o a sus herederos. Después de que con las disposiciones de la *Lex Iunia Norbana* hubieren alcanzado la consideración de latinos, los bienes habrían debido corresponder a sus propios herederos, pero la misma ley dispuso expresamente que tales bienes correspondieran *iure peculii* al manumitente *ac si lex lata non esset*, según nos informa Gayo (3.55/57). El mismo sistema se aplica a la herencia del hijo manumitido por cuanto el padre “*parens manumissor*” es su patrono.

Es opinión mayoritaria de la doctrina que los *adgnati* no son propiamente herederos, sino que sencillamente se apropian de la *familia*, según el propio texto de las XII T., que a nuestro juicio marca ya un primer sentido de la herencia patrimonial, –*familiam habeto*, dice el texto– que en este orden debe entenderse como el derecho de los agnados a entrar en los bienes del causante. Sin embargo, no debe descartarse que en esta época el término familia abarcara algo más que un conjunto patrimonial de bienes, porque familia podría perfectamente incluir el sepulcro familiar y sobre todo los *sacra*,

habida cuenta que los *adgnati* tenían una ascendencia común y por lo tanto sacra igualmente comunes. Así Volterra reacciona frente a las doctrinas que consideran que *el adgnatus proximus* no es propiamente heredero sino que “ocupa el patrimonio”, advirtiendo que tal posición no está avalada por la lectura de las fuentes, y que en consecuencia hay que concluir que los juristas romanos nunca dudaron que los agnados fueran *heredes* en el mismo sentido del término que se aplicaba a los *sui*.

Una última cuestión es la de determinar el momento en que debe fijarse el grado de proximidad del *adgnatus*, y que sin duda debe ser el del “momento decisivo” de falta de testamento, es decir, el de la muerte del causante intestado, o el de la determinación de invalidez del testamento.

Las XII T. llaman en tercer y último término, a falta de *sui* o *adgnatus*, a los *gentiles*, llamamiento que debe entenderse realizado a la gens como unidad.

Pero ello plantea un importante problema si se tiene en cuenta que la gens era una unión agnaticia y teóricamente si no había *adgnatus* no podía materialmente haber *gentiles*. Esto hizo que la regla decemviral haya sido interpretada por la doctrina de diversa forma. Según Schulz el texto sólo puede significar que si el *adgnatus proximus* no acepta la herencia, pase ésta a la gens; y en el mismo sentido se manifiesta Torrent indicando que ante la no aceptación del agnado próximo no se llama a los de grado inferior (?), sino a la gens, y Fuenteseca admite el planteamiento aunque añade que igual ocurría en el caso de no existir *adgnatus*.

Esta posibles interpretaciones que salvarían la dificultad central antes anotada, han sido rechazadas tanto por no estar contenidas en el propio texto de las XII T. como por ser incompatibles con la regla *in legitimis hereditatibus successio non est*. Pero ya Shulz advirtió que esta regla sólo aparece en el texto postclásico *Epit. Ulp.* 26.5 sobre los herederos de segunda clase, y que tenía en tal época absoluta coherencia y explicación porque entonces ya no existía la gens, y dentro de la primera clase de herederos la regla no era de aplicación porque los *sui* no puede rehusar la herencia; en definitiva la regla Ulpianea sólo podía referirse a los herederos de segunda clase.

A nuestro juicio hay que descartar una opinión que tuvo en su día gran prevalencia entre la doctrina en orden a que si *el adgnatus proximus* rehusaba la herencia ésta se convierte en *res nullius*, porque no tendría sentido que ello fuera así en una época antigua en la que se encontraba la gens en pleno apogeo.

En el período clásico desapareció la gens como ente organizado, y es por ello por lo que Gayo 3,17 nos informa que en su época la sucesión de los gentiles había caído en desuso (y de la misma manera *Liber singulares regularum*) hasta que la sucesión de la gens se omite ya en el *Epítome Ulpiani*.

Todo el sistema de la sucesión intestada de las XII T. parte y se funda en la estructura agnaticia del grupo familiar primitivo. Pero, como ya es conocido, el devenir histórico de Roma, sobre todo en los últimos siglos de la República, con la gran transformación socio/económica que significaron las conquistas territoriales, implicó un cambio sustancial en la estructura real del grupo familiar, que ahora seguía perviviendo de manera teórica, incluso en las leyes, pero que en la práctica y en la realidad material estaba, de hecho, dejando de existir. Los miembros de la familia ya no vivían agrupados en el seno de la casa familiar, sino que con frecuencia los lugares de radicación de muchos de los miembros de la familia estaban a cientos de kilómetros de distancia, se había perdido una gran parte de la comunicación entre ellos, y por ende no se podían llevar a cabo los actos y ceremonias familiares que antaño habían constituido uno de los instrumentos más importantes para mantener la vinculación familiar. Del mismo modo la *potestas* del *pater/jefe* se convertía cada vez más en un puro concepto teórico porque en la práctica no podía materialmente aplicarse. Eso significó una importantísima transformación en el mundo social que repercutió en el ámbito jurídico en la necesidad de encontrar vías, lógicamente en el ámbito pretorio, para dotar de eficacia jurídica los actos realizados individualmente por los sujetos, cualesquiera que fuera su teórica situación familiar a tenor de la normativa primitiva. De este forma, y como ha hemos dicho antes, se fue abriendo paso una nueva concepción de las relaciones vinculares familiares que ya no tenía su asentamiento en la pertenencia al grupo de virtud de la dependencia y su misión a la *potestas* del *pater*, sino que contemplaba el vínculo natural de consanguinidad.

Ciertamente la evolución fue lenta, y durante un importante período -finales de la República hasta mediados del Principado- convivieron las dos concepciones sociales hasta que terminó por imponerse la realidad de la familia consanguínea.

Al mismo tiempo se estaba produciendo la evolución operada en torno al contenido material de la *successio*. Lo primordial ya no era dar continuidad al grupo familiar, sino atribuir los bienes del *de cuius*; y en este orden *hereditas* se hace tanto como *pecunia* (Cicerón Top. 6.29.). Nótese que la idea patrimonial siempre había formado parte del concepto hereditario en cuanto que los bienes de la familia constituían un importante elemento integrador de ésta. Ya nos hemos referido al trascendental hecho de que fue en razón de la conservación de los bienes agrícolas como patrimonio unitario lo que seguramente movió a la realización de los primeros testamentos. De todas maneras no hay que perder de vista que cuando nos referimos, tanto en el mundo antiguo romano como es esta época de transformación de la que hablamos (finales de la República/época clásica) al concepto patrimonial de la *hereditas*, no hay que entenderlo como una simple suma de bienes singulares, sino como integrado en una unidad jurídica, *nomen iuris*, de formal tal que con referencia a la *hereditas* constituye una universalidad que corresponde al *heres*, y es el ámbito sobre el que opera el *ius successionis*. Y es precisamente sobre esa universalidad patrimonial sobre la que puede operar el pretor por medio de la concesión de la *bonorum possessio*.

2.- Edicto, a)

Uno de los aspectos jurídicos en los que más influyó esa transformación fue precisamente en la normativa sucesoria, manifestándose por un lado en la contemplación de los vínculos de sangre como elementos básicos para definir el llamamiento abintestato, primero juntamente con los agnaticios, y finalmente desplazando totalmente a éstos; y por otro lado, concediendo garantías legales sucesorias a los sujetos afectados por el vínculo de consanguinidad incluso por encima de la decisión testamentaria del causante, rompiendo así, como luego veremos, el principio tradicional de incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada.

Precisamente en base a esa nueva contemplación social que prima el vínculo de consanguinidad es por lo que, según nos informa Gayo, la sociedad romana entendió que la normativa contenida en las XII T. resultaba inicua respecto a los hijos emancipados, y los hijos de madres que no habían verificado las ceremonias propias conducentes a ingresar, con ocasión del matrimonio, en la familia del marido (*cum manus*), y que a los inicios del Principado deberían ser muchas ya que aquellas prácticas se habían casi extinguido al final de la República.

De adecuar esta nueva situación social a la normativa jurídica, se encargó, como era lo común y más frecuente en el desarrollo del ordenamiento jurídico romano, el pretor, quien llevó a cabo las precisas transformaciones a través de la instrumentalización del instituto de la *bonorum possessio*, y que hasta hoy nos resulta poco o mal conocido en sus orígenes y desenvolvimiento hasta que sus reglas fueron definitivamente ordenadas en el Edicto Perpetuo recopilado por el jurista Salvio Juliano en época de Adriano.

Es muy posible que en un principio la BP la aplicara meramente el pretor para regular la posición de las partes en una controversia procesal, y que posteriormente se aplicara con el mismo sentido y finalidad que perseguía la tutela interdictal posesoria concedida a los propietarios, y ello a fin de asegurar a los herederos civiles una protección rápida y eficaz –*interdictum quorum bonorum*– para conservar la posesión y evitar en cualquier caso la *usucapio pro herede*; pero es lo cierto que ya al inicio de la época clásica se nos presenta la actividad pretoria como correctora del *ius civile*.

Como primeras noticias en fuentes, Cicerón (Verrinas II. 1.45.117) nos presenta un caso de BP *secundum tabulas*, al tiempo que se refiere a un segundo supuesto *sine tabulis* (abintestato). Muy posiblemente el sistema edictal haya tardado algún tiempo en consolidarse frente a la herencia civil. Desde luego en época de Gayo, 2.120, y por lo que nos refiere, en virtud de un rescripto de Antonino Pio, se daba preferencia a los designados en un testamento pretorio frente a los herederos civiles abintestato; y a juicio de la doctrina mayoritaria es desde este momento cuando puede decirse que el

heredero pretorio precede al heredero civil; y es ciertamente desde entonces cuando los *bonorum possessores* empiezan a ser designados como *heredes*.

Por la obra de Cicerón han podido reconstruirse las disposiciones relativas a la BP abintestato contenidas en el edicto pretorio de su época:

- *Si tabulae testamenti non proferuntur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus eset, ita secundum eum possessionem dabo.*

- *Cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possessio, si qua mihi iusta/aequitatis causa videbitur esse, possessionem dabo.*

La primera de estas cláusulas se refieren a una BP *sine tabulis*, en el caso de que no sea exhibido un testamento que tenga aquellos requisitos que exigía el testamento pretorio, concediendo el pretor la BP a quienes, si el de *cuius* hubiera muerto intestado, habrían sido herederos civiles.

La segunda se refiere también a una BP *sine tabulis*, en el caso en que no se presenten herederos legítimos o testamentarios, y el pretor se reserva la facultad de conceder la BP de acuerdo con una decisión de equidad.

Conviene aquí aunque sólo sea una breve mención recordatoria a la dualidad de la BP, ya fuera *cum re*, ya fuera *sine re* según las posibilidades que el *bonorum possessor* tenía de enfrentarse con resultado victorioso con los propios herederos civiles. En este orden la regla general en la sucesión intestada pretoria era que sólo la BP *unde liberi* tenía la consideración de *cum re* frente a los *heredes legitimi*.

El pretor no puede conceder el título de *heres*, propio del *ius civile*, a las personas que llama a la herencia intestada, sin embargo los *bonorum possessores* eran *loco heredum* o *velut heredes* según nos transmiten Gayo 3.32 y muy diversos textos de Ulpiano, recogidos en el Digesto y que hacen referencia a muy variadas situaciones fácticas, pero en las que en todas el término *hereditas* tiene un indudable sentido patrimonial hereditario.

El Edicto Perpetuo gira bajo una rúbrica significativa: *si tabulae testamenti nullae extabunt*, y en ella el pretor urbano, lo mismo que el Gobernador en las provincias, prometía otorgar la BP a las siguientes personas:

1.- *Unde liberi* (expresión generalizada posteriormente y sintetizadora del texto edictal, “BP ex illa parte edicti unde liberi ad bonorum possessionem vocantur”) que hace referencia a los hijos o posteriores descendientes del causante.

Es muy posible, como anota Schulz que el primigenio texto del Edicto no empleara el término *liberi*, que seguramente fue manejado por los juristas clásicos con un sentido técnico y ciertamente artificioso. *Liberi* serían así tanto los *sui* del *de cuius* como aquellos o aquellas personas que a la muerte del causante serían *sui* sino hubiesen sufrido una *capitis deminutio*, como tal de que no estuvieran sometidos a la potestas de un tercero, así como sus descendientes.

Para incluir en su llamada a los *liberi* que no eran civilmente *sui heredes* el pretor hacía uso de la ficción de que se hallaban *in potestate* del difunto en el momento de su fallecimiento. Los interpretes la denominaron luego *fictio suitatis*, y su existencia nos lleva a considerar los esfuerzos que tuvo que realizar el pretor para introducir las variables en el *ius civile* a fin de adecuarlo a las nuevas situaciones sociales. Es significativo a este respecto que el derecho honorario no invocara directamente el vínculo de consanguinidad, sino que lo tratara de enmascarar con una *fictio* equiparándolo al vínculo agnaticio.

La aplicación de la norma edictal planteó importantes problemas respecto fundamentalmente a las personas que podrían considerarse *liberi* en el sentido del llamamiento pretorio, y que se fueron resolviendo caso a caso por la jurisprudencia. Así el adoptado emancipado no es *liber* porque por un

lado ha perdido su condición de agnado y por otro no le une con el padre vínculo de consanguinidad. Por seguir en la *potestas* del *pater* y ser por ello *sui* del mismo, los hijos del hijo emancipado tienen también la condición de *liberi*, y la ostentan también los descendientes legítimos del hijo emancipado, nacidos después de la emancipación, y en el caso de premoriencia de su padre. Los supuestos que nos transmiten las fuentes plantean a este respecto multitud de diversas y muy complejas situaciones.

Cuando se trata del fallecimiento de una mujer no cabe la aplicación del llamamiento *unde liberi*, hasta tal punto que incluso bajo el SC Orphitiano, los hijos de una *mater* causante sólo pueden reclamar la BP *unde legitimi*.

El Edicto en definitiva equipara los *liberi* a los *sui* de la *hereditas* legítima, señalando una cuota igual por cabezas a todos los llamados sin distinción de sexo, y aplicando el principio de representación a los hijos de los premuertos, y en consecuencia atribuyéndoles una cuota por estirpes. La diferencia fundamental entre los *bonorum possessores unde liberi* y los herederos civiles legítimos estaba en la práctica en que mientras éstos adquirían la herencia *ipso iure*, aquéllos tenían que hacer uso de la petición al pretor de la BP:

Como consecuencia de la aplicación de la regla edictal a la situación del hijo emancipado mientras que el *pater* causante había conservado en su potestad a los hijos de aquél (nietos del *de cuius*), todos ellos tenían la consideración de *liberi* y podían por tanto solicitar la BP pretoria. Para resolver la injusticia que ello podría suponer se estableció una nueva cláusula que constituyó una excepción al principio de la representación y que se conoció como *nova cláusula Iuliani de coniungendis cum emancipato eius* (Lenel, Edict. 146) y que en principio implicaba la división de la cuota hereditaria entre el padre emancipado y sus propios hijos en potestad del causante. Posiblemente la *ratio* de la disposición estaba en que habiendo sido en una primera época la BP *sine re*, para transformarse a fines de la República o principios del Principado en BP *cum re*, con la *nova cláusula Iuliani* la BP conferida al hijo emancipado tendría que continuar siendo *sine re* ya que de otra manera privaría totalmente de sus derechos *iure civile* a sus propios hijos en potestad del causante. Lo que estableció la cláusula Iuliana fue el otorgamiento al emancipado de una BP *cum re* por la mitad de la cuota, repartiendo así el total de ésta entre dicho hijo emancipado y los nietos en potestad, que dispondrían también de una BP *cum re* por su parte de la cuota.

Supuestos de especial contemplación se nos presentan en D. 37.10, *ex edicto Carbonario* que concede la BP al impuber del que se discute su legitimidad, y hasta tanto llegue a la pubertad y se decida la controversia; así como el supuesto del *conceptus* en el que se decreta *ventris nomine la missio in possessionem* con el correspondiente nombramiento de *curator*.

3.- Collatio

La concesión de la BP *unde liberi*, especialmente después de ser considerada *cum re*, significaba un evidente perjuicio patrimonial de los *sui heredes* frente a los *emancipati* que salían beneficiados ya que mientras aquéllos veían incluidos los bienes y rentas de su trabajo en el patrimonio paterno, éstos se hacían titulares dominicales de los frutos, bienes y rentas de su propio trabajo. Para evitar tal injusticia el pretor incluyó en el Edicto una serie de normas bajo la rúbrica *De Collationes Bonorum* que implicaban la obligación de los *liberi no sui*, en definitiva de los emancipados, que pedían la BP de aportar una parte de sus propios bienes. A tenor de la información que nos facilitan las fuentes, fundamentalmente las contenidas en el Digesto (así D. 37.6.1.3 que contempla un caso de un *suus* instituido en $\frac{1}{4}$ concurriendo con un extraño instituido en $\frac{3}{4}$, sin mencionar a un hijo emancipado), la facultad de reclamar la *collatio* correspondía a los *sui* sólo si le resultaba dañosa la BP otorgada a los emancipados o a los descendientes de éstos.

No ha sido una cuestión pacífica en la doctrina cual era el significado real de la cláusula edictal, y por lo tanto qué bienes tenía que aportar el peticionario de la BP. Compartimos la opinión de que en contra de lo que fue doctrina común durante mucho tiempo, los emancipados no tienen que sumar sus propios bienes a los de la herencia. La colación se hacía mediante una promesa estipulatoria de índole pretoria acompañada de una *cautio de conferendis donis*, por la que se prometía aportar una porción igual a la parte del *suus* en la BP; *portio* que no debe de entenderse en su significación cuantitativa

sino cualitativa referida al tanto por ciento aplicable al patrimonio del emancipado, y al tanto por ciento de la herencia del *suus* implicado en la BP. Este régimen se aplicaba a cada emancipado que pidiera la BP; aunque no es totalmente seguro que materialmente hablando la aplicación fuera tan proporcionalmente matemática como dejamos anotado. Así Miquel entiende que en la promesa con fiadores, *satisdatio*, que verificaba el peticionario se comprometía a aportar una cuota equitativa según *arbitrium boni viri*. Es posible que además de por la vía de la promesa, cupiera la posibilidad de que el emancipado apartara directamente sus bienes colacionables al caudal hereditario, como lo demuestra el caso contemplado por Marciano (D. 14.4.13) en que se concede a un emancipado una *condictio* para pedir la repetición de los bienes ya aportados en tanto que con posterioridad no solicitó la BP.

Posteriormente para el cálculo de la *collatio* no se tenían en cuenta los bienes que el padre no hubiera adquirido aunque el hijo (emancipado) hubiera estado en su potestad, como podría ser el peculio castrense. De hecho y según se deduce de las fuentes, incluso las que contemplan supuestos de BP *contra tábulas* concedidas a los *liberi*, la *collatio* sólo procedía en tanto resultare perjudicado patrimonialmente el *suus* (Ulp. D. 37.6.1.4.), mientras que no se contempló el supuesto del perjuicio que podría ocasionársele al emancipado ya que para evitarlo éste tenía en su mano la solución de no pedir la BP.

La misma *ratio* que inspiró la *collatio bonorum* de los emancipados se aplicó a la dote constituida en vida del padre causante, y por éste mismo, con ocasión del matrimonio de una hija; supuesto que se extendió luego al caso de la constitución de la dote por la mujer misma o por un tercero; y que se fundaba en la expectativa de recuperación de la dote, en tanto que los bienes de ésta, como pertenecientes al marido, no entraban en el cómputo de la *collatio bonorum*. Por el Edicto *De Collatione Dotis* (L. Edict. 145.283) se establecía una *collatio* en favor de los *sui* que se verificaba por una *cautio de conferenda dote*, y aplicable a la hija que había salido de la potestad del *pater* por matrimonio *cum manu* (si por haber sido *sine manu* sigue en la potestad del *pater*, no se aplica la *collatio edictal*) si llegaba a recuperar la dote. A similar situación llevaba la aplicación de un rescripto de Antonino Pio obligando *iure civili* a *conferre dotem* cuando se ejercita el *iudicium familiae erciscundae*, incluso para la mujer que es sencillamente heredera por el *ius civile*, aunque no pidiera la BP pretoria. Con esta norma ya no se pretende compensar un posible perjuicio del *suus* ante la petición por un tercero del PB, sino que se sienta el fundamento de los “bienes ya recibidos” que va a servir más adelante de base al instituto de la *collatio*. De hecho después del rescripto de Antonino Pio ya no tenía razón de ser la norma edictal. C. 6.20.4 nos informa de una Constitución de Gordiano por la que se obliga a la mujer a colacionar la dote profecticia a los hermanos emancipados.

En el derecho clásico no se contemplan las donaciones del padre como bienes llamados a colacionarse, por la simple razón de que la *collatio*, como se ha dicho, arranca del supuesto de hecho de hijos dentro o fuera de la potestad paterna, es decir, supuestos aplicables a la familia agnaticia. Sólo cuando la norma hereditaria tiene como objeto de aplicación la familia consanguínea, empiezan a tener relevancia las donaciones efectuadas por el *pater*. Todo ello sin perjuicio de la potestad del padre, en cualquier momento, de tener en cuenta lo donado en relación con la cuota hereditaria que fija a un *heres* en su testamento.

El reconocimiento de la capacidad patrimonial de los hijos de familia condujo a la paulatina desaparición del instituto de la colación, que iba perdiendo su razón de ser, y en la que resultó decisiva la Constitución del Emperador León, del año 472 (C.6.20.17) por la que se estableció la obligación de los descendientes, tanto en la sucesión abintestato como en la *contra tábulas*, a colacionar en favor de los coherederos descendientes, la dote y la *donatio ante nuptias*.

Finalmente, Justiniano sentó las bases de la colación que pasa a las legislaciones modernas. Los descendientes abintestato deben de colacionar la dote y las donaciones recibidas del causante. Incluso la N. 18 extiende el deber de colación a la sucesión testamentaria.

4.- Edicto, b)

2.- Volviendo a los llamamientos pretorios contenidos en el Edicto de la BP, el pretor llama en segundo lugar, y después de los *liberi*, a los *legitimi*. Este llamamiento se hacía en defecto del primero, es decir, si no había *sui/liberi*, o si éstos no había pedido la BP. En principio los *legitimi* eran los herederos civiles señalados en las XII T.; pero más adelante el pretor concedió la condición de *legitimi* a las personas llamadas a heredar por los SSCC Tertuliano y Orphitiano, a las que se concedía la BP *ex ea parte edicti unde legitimi ad bonorum possessionem vocantur*.

Desaparecida ya la gens, y comprendidos los *sui* en el primer llamamiento, *unde liberi*, en la práctica –y sin perjuicio de lo que más adelante diremos–, este llamamiento pretorio afecta sólo a los agnados del causante. Y conviene anotar que esta BP se concede *sine re*.

En los supuestos de la herencia de liberto, en los casos de BP intestada solicitada por el patrono se concede a éste una acción arbitraria, *actio Calvisiana*, para impugnar los actos llevados a cabo por el liberto en fraude de la legítima del patrono (similar a la *actio Fabiana* concedida en los supuestos de herencia testada).

3.- El pretor hacía un tercer llamamiento, *unde cognati*, que comprendía a todos los parientes consanguíneos del causante, tanto por parte de padre como de madre, considerándose el parentesco adoptivo equiparado al consanguíneo. La regla que rige este llamamiento es la de que el parentesco más próximo excluye al más lejano, y los llamados, que lógicamente tienen que ser siempre del mismo grado, suceden en cuotas por cabezas. Esta BP se concede *sine re* y en principio abarca hasta el sexto grado de parentesco o en su caso al séptimo grado (hijos de primos segundos del causante, *sobrino sobrinave nati et natae*. Según informa D. 38.8.1.3. los hijos de *consobrini*, primos carnales, se consideran entre sí como *sobrini*, es decir, primos segundos. El sobrino se emparenta con el causante en sexto grado. El hijo de sobrino, unido al causante en séptimo grado, es llamado a heredarle únicamente si su padre y el del *de cuius* fueron nietos de hermanos o de hermano y hermana. Por contra, el tío no hereda al *sobrino natus*).

La extensión de la concesión de la BP por parte del pretor, sobrepasando incluso los límites de la *Lex Cincia* y la *Lex Furia testamentaria*, es a juicio de Schulz una clara expresión del liberalismo que animó el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del periodo clásico, y que se tradujo en la máxima facilidad para la extensión del llamamiento a la herencia intestada. Así los hijos que se hallen en adopción en otra familia suceden a su padre natural o progenitor aunque se hallen *in potestate* del padre adoptante; y también los hijos emancipados y más tarde adoptados por otro; suceden igualmente los colaterales que hayan perdido la calificación de *adgnati* por *capitis deminutio*; sucede el adoptado al padre adoptante y a todos los agnados de éste; y en último término puesto que los agnados son considerados *cognatorum loco*, se introducen en este llamamiento los *adgnati* por adopción o *conventio in manum*. Por último, el llamamiento tiene también en cuenta a los *postumi*; y los hijos ilegítimos son llamados a la sucesión de la madre y de los parientes maternos. A tenor de una epístola de Adriano, la BP *unde cognati* se otorga también a los hijos ilegítimos de un soldado.

4/5.- El pretor hace un cuarto y quinto llamamientos *unde familia patroni*, *unde patronus patroni*, en favor del patrono y su familia que hubieran sufrido *capitis deminutio* y por consiguiente no pudieran ser incluidos en la clase de los *legitimi*.

6.- En una sexta clase, *unde vir et uxor* se otorgaba a la BP al marido/o a la mujer, del *de cuius*. Esta BP *sine tabulis*, y *sine re* precisaba del requisito de tratarse de un matrimonio *iustum* disuelto por muerte; y debe entenderse que habría de tratarse de un matrimonio *sine manu*, ya que en otro caso la mujer ocuparía el puesto de una *sua*, y el marido no podría ser heredero tratándose de una mujer *alieni* y por lo tanto carente de herencia.

7.- En último y séptimo lugar, se llama a la BP *unde cognati manumissoris* a los *cognati* del patrono, habida cuenta que el parentesco de sangre creado en situación de esclavitud, *servilis cognatio*, no tiene relevancia jurídica alguna a efectos sucesorios.

Conviene anotar que en los casos de sucesión intestada de un emancipado, si lo hubiere sido por un extraño, la clase de los *cognati* iba delante de la de los *legitimi*. El texto recogido en I. 3.9.3. habla de *decem personae*, preferidas al extraño, y que son en concreto, los progenitores, abuelos paternos y maternos, hijos e hijas, nietos, hermanos y hermanas consanguíneos y uterinos.

En la aplicación de las reglas edictales, y tal como ya dijimos, el pretor aplicó el principio *conceptus pro iam nato habetur* a la BP de la primera clase (*unde liberi*), y esta aplicación se extendió en la época postclásica a todas las otras clases del llamamiento edictal.

Los llamados tenía que solicitar la BP en un plazo que, como regla general, se fija en cien días, y que para los padres e hijos del causante se amplió a un año. Estos plazos estaban expresamente regulados en el Edicto.

La petición que deben formular los aspirantes *a bonorum possessores* ha llevado a la doctrina a distinguir entre BP *edictalis* y BP *decretalis*. El mero hecho de la necesidad de petición expresa, a la que debería seguir el decreto de concesión por parte del pretor, ha llevado a Schulz a entender que en periodo clásico todas las BP eran decretales. Sin embargo los textos, en su mayoría postclásicos o sin duda interpolados, expresan claramente aquella distinción, que a juicio de Biondi se produjo cuando, contenidos ya todos los supuestos de hecho en el texto del Edicto, la BP sería edictal cuando en la petición concurrían todos los requisitos previstos en la norma honoraria, mientras que sería decretal si se precisara un especial análisis del supuesto fáctico para determinar sobre la oportunidad de la concesión de la BP.

Singular resulta la tesis de Leist que distingue tres modos de concesión, a saber: edictal, cuando se concede *de plano* por el pretor con simple base en las disposiciones del edicto: edictal *causa cognita* cuando requieren un análisis por el pretor de las circunstancias invocadas por el peticionario; y decretal que implica siempre una *causa cognita* del Magistrado. Estas dos últimas serían concedidas *pro Tribunali*. Los intérpretes, en base a todo ello, van a utilizar luego una terminología verdaderamente significativa: *praetoris mortui*, para las BP *edictalis*; y *praetoris vivi*, para las BP *decretalis*.

En el otorgamiento de la BP por el pretor regía el principio de la *successio ordinum* entendido en el sentido de que si no se pedía por los llamados en una clase, se ofrecía a los llamados en la siguiente. La interpretación del *Edictum successorium* (L. Edict. 165) no es cuestión pacífica entre la doctrina. Así Schulz estima que a este segundo llamamiento sólo pueden concurrir las personas que no estuvieran incluidas en el llamamiento precedente; criterio éste que encuentra la oposición de la mayoría de la doctrina, fundándose en D. 38.9.1.11, texto que Schulz califica de claramente espurio.

Es clara la aplicación de la *successio graduum*, que tenía su aplicación fundamental en la tercera clase o llamamiento, *unde cognati*; y que sería también de aplicación a la segunda clase, *unde legitimi*, si se estima como más correcta la tesis comunmente aceptada respecto a la *successio ordinum*, mientras que no le sería de aplicación a la segunda clase si se estimara como más correcta la tesis de Schulz, es decir, que a una persona sólo se le llamaba una vez a la concesión de la BP, por lo que no podía acogerse a una petición en un segundo llamamiento si no había concurrido al primero.

Para cerrar esta parte dedicada a la BP intestada queremos acogernos a una consideración del profesor Fuenteseca según el cual el instituto pretorio constituyó en su momento una mezcla de conservadurismo e innovación; y así mientras que en el primer grado prima la idea de la *cognatio*, actuando el pretor en su carácter de corrector del derecho civil, en los otros grados tiene mayor prevalencia la idea de la *adgnatio*, siendo la actuación del pretor encaminada a complementar el *ius civile*.

Toda la evolución referida condujo paulatinamente a la simbiosis entre la *hereditas* civil y la *bonorum possessio*, y a ello contribuyeron la igualmente paulatina desaparición de la categoría de las acciones ficticias, la unificación de *propietas e in bonis habere*, la concesión al *bonorum possesor* de la *petitio hereditatis posesoria*, posiblemente ya en época de Diocleciano, la posibilidad de que el titular de la BP efectuara la *aditio apud* acta en la oficina pública en la que había solicitado la concesión pretoria; culminándose en el periodo justiniano en el que no precisa una petición especial para la obtención de la BP, y el *possesor* tiene la misma consideración jurídica que el *heres*.

5.- Legislación Imperial.

Siguiendo la línea marcada por el edicto pretorio, los Senadoconsultos y las Constituciones Imperiales trataron de poner remedio a aquellas iniquidades, concediendo derechos sucesorios en base a vínculos de consanguinidad.

Ya en época de Augusto, y precisamente a través de la *Lex Pappia Poppaea* se extendió el derecho sucesorio sobre los bienes de liberto, concediendo a la patrona y a las hijas del patrono la *bonorum possessio dimidiaie partis* sobre los bienes del liberto intestado que hubiera dejado sólo hijos adoptivos o *uxor in manu*; así como otros varios derechos concedidos al patrono, que se extendieron luego a la patrona por vía de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus*.

Según nos informan las fuentes ya en la época de Claudio se concedió a la madre el derecho a ser llamado a la herencia de sus hijos, si bien el fundamento de tal concesión estaba en *el ius angustiae*, por cuanto se hace *ad solatium liberorum amissorum*; idea ésta de la consolación por la pérdida del hijo que pervive todavía en época de Constantino (C. 3.28.38.=CTh 2.19.2.1.) en donde se califica la sucesión de la madre como *luctuosa portio*.

En tiempos de Adriano el SC *Tertullianum* concedió a la madre no agnada del *de cuius* (la madre que no estaba en potestad del padre causante) el derecho a suceder a sus hijos siempre que esté en posesión del *ius liberorum*, y que el hijo, tanto *iustus* como *vulgo conceptus*, no deje *liberi*, ni *parens manumissor*, ni *frates consanguinei* (alguna parte de la doctrina entiende que se trata de los hermanos agnados); concurriendo la madre juntamente con las hermanas del difunto (se reproduce aquí la misma polémica sobre si se trata de hermanas agnadas o consanguíneas; nosotros nos manifestamos por estas últimas), dividiéndose la herencia por mitad. Si la madre no reunía el requisito del *ius liberorum* seguía encuadrada en la categoría de los *cognati*. La legislación postclásica tendió a suprimir diferencias, y así Constantino (CTh 5.1.1.) concedió a la madre sin *ius liberorum* un tercio de la herencia en detrimento de los *patruí* (agnados, tíos paternos del causante) y al mismo tiempo quitó a la madre que disponía del *ius liberorum* un tercio a favor de los *patruí*; al mismo tiempo que consideraba este llamamiento como propio del derecho civil y no de la *bonorum possessio* pretoria. En el derecho vulgar, desaparecida ya toda consideración al *ius liberorum*, el derecho de la madre se fijó en un tercio frente a los *patruí*, hasta que el edicto de Eurico, en el año 476, dio total preferencia a la madre sobre los *patruí* y sus descendientes.

En el año 178 durante el Principado de Marco Aurelio, el SC *Orphitianum* concedió a los hijos, *iusti* o *vulgo concepti*, el derecho a suceder a la madre no sometida a la *manus mariti, sine in manu conventione*. Este derecho, que no se extendía a los nietos significó que los hijos excluían a los agnados y a los otros consanguíneos de la madre difunta (Ulp. 267, I. 3.4 pr.) y Gayo lo consideraba, como contenido en un SC, *vice iuris civilis*, aunque ciertamente los clásicos nunca le consideraron ni le llamaron *hereditas legitima*, ni por ello a los hijos que sucedían en virtud del SC, *heredes legitimi*, términos éstos que en dicha época se reservaban exclusivamente a los sucesores abintestato según la regla de las XII T. Sin embargo, como ha hecho notar Kaser los SSCC otorgaban una protección sucesoria *iure civile* hasta el punto de que sus beneficiarios estaban incluidos en la BP *unde legitimi*. Es la época postclásica donde se efectúa realmente la transformación que implica la consideración de herederos legítimos *iure civile*, y que se manifiesta en múltiples interpolaciones en los textos justinianeos.

En el año 389 Valentiniano y Teodosio admitieron a los descendientes de hijos premuertos a la sucesión de la madre, en dos tercios de la cuota que hubiera tenido su padre, si concurrían con hijos de la mujer difunta; y en tres cuartos de dicha cuota si concurrían con otros agnados.

Es probable, como apunta Volterra que un SC *Gaetulicianum* cerrara la normativa, privando a la madre *cum manu* de su derecho preferente hereditario en tanto *sua* de sus hijos.

Finalmente Justiniano les consideró herederos únicos en el caso de concurrir con agnados colaterales.

La confusión y complejidad que se ponen de relieve en los textos de los SSCC y su aplicación, se explica por lógica confusión que se daba entre los residuos teóricos de la familia agnaticia, y la realidad material de la familia consanguínea. Esta confusión se pone de relieve si nos preguntamos porqué no se tuvo en consideración el principio que inspiró los SSCC para aplicarlo al padre y sus cognados, considerando por ejemplo que un hijo emancipado, consanguíneo del causante podía suceder a su padre *iure civile*. Como dice Schulz, los clásicos responderían que el hijo no necesitaba de tal regla porque tenía a su alcance la petición de la *bonrum possessio*. Sin embargo, todo el planteamiento está poniendo de relieve la intrincada madeja socio/jurídica existente entre las dos concepciones de la familia; y así bastaría considerar que la madre *sine manu* nada tenía que ver con la familia agnaticia, mientras que el hijo emancipado sí que había tenido un vínculo de enganche con dicha concepción familiar.

Kaser ha puesto de manifiesto el carácter confuso de la legislación de Constantino, pese a los esfuerzos de éste por simplificar el sistema, esfuerzos que tendieron fundamentalmente a intentar suprimir los vestigios de agnación, evitar diferencias entre sexos y superar la distinción entre *hereditas* y *bonorum possessio*.

Las Constituciones del Bajo Imperio primaron la tendencia favorecedora de las líneas de consanguinidad. Como ya hemos dicho desaparece el requisito del *ius liberorum*, y CTh recoge una Constitución de Constantino, que ya citamos, concediendo a la madre un tercio sobre la herencia del hijo, norma que encontró una amplia interpretación extensiva en CTh 5.1.2. (Valente) y CTh 5.1.7 (Valentiniano) hasta que con Justiniano el derecho de la madre alcanza prácticamente su plenitud.

Otras Constituciones, como la de Valentiniano II (CTh 5.1.4.) amplían la sucesión de los cognados favoreciendo grados de descendencia posterior, y así los nietos suceden, con hijos y agnados, a la abuela paterna y abuelos maternos. Y Anastasio (C 5.30.5, I 3.5.1) tienen en cuenta la *cognatio* en línea colateral, de tal manera que se suceden entre sí los hermanos y hermanas emancipados junto a los no emancipados, si bien en una cuota menor, restricción esta última que fue abolida por Justiniano, con el que prima la preferencia de los descendientes, consanguíneos sobre cualquier agnado.

En su época (C. 6.58.14, del 531) se elimina la preferencia de los agnados masculinos frente a los femeninos y se establece en consecuencia el principio de equiparación entre varones y mujeres; y en C. de 534 se insiste suprimiendo la preferencia de los hermanos agnados, y estableciendo la relevancia de la *cognatio* frente al *adgnatio*, en la que se vuelve a insistir en N. 53 y N.21, en la que refiriéndose a los armenios se dice que "...desprecian la naturaleza y ofenden al sexo femenino como si no hubiera sido creado por Dios y no estuviera llamado a perpetuar la humanidad".

En síntesis, la legislación de la época se plasma en el reconocimiento del parentesco por parte de la mujer; supresión de las limitaciones de los SSCC Tertuliano y Orphitiano; equiparación de los hijos emancipados, con consideración del parentesco por medio de los propios sujetos emancipados; equiparación legal de los hijos, incluso los legitimados, sin perjuicio de una protección especial con base en la consideración patrimonial de las familias ricas; consideración especial a la consanguinidad en la sucesión de los libertos, limitando el derecho sucesorio del patrono y de los parientes de éste, en favor de los padres y parientes del liberto, que fueren libres.

Y al mismo tiempo se establecen otros órdenes de vinculación hereditaria referidos a la herencia vacante, que se atribuye ahora, con preferencia al Fisco a determinadas asociaciones, agrupaciones o corporaciones a las que pudiera haber pertenecido el causante (soldados, decuriones, sacerdotes, seculares y monjes, etc.).

Aunque, como ha hecho notar Volterra, la legislación justiniana conserva en el Codex y en el Digesto muchas normas de derecho antiguo y clásico que no se corresponden con otras, y que ponen de manifiesto la confusa y compleja legislación, no siempre coherente, que se fue acumulando especialmente en los siglos IV y V.

6.- Justiniano

La reforma definitiva de la sucesión intestada la lleva a cabo Justiniano y se recoge en la N. 118 (Authenticum 113) del año 543 y en la N. 127 del año 548. Sin embargo, y como se ha hecho notar por la doctrina, la reforma Justiniana olvida o silencia algunas situaciones, como son la herencia del cónyuge, la de la concubina y sus hijos, los adoptivos y legitimados, y el destino de la herencia vacante. El sentido fundamental de la reforma se manifiesta claramente en la rúbrica de la Novela que reza “que suprime los derechos de los agnados y define las sucesiones abintestato”

El punto de partida o principio básico justiniano es el de la contemplación del parentesco de consanguinidad. Los juristas medievales, tan aficionados a las reglas nemotécnicas establecieron la siguiente:

*Descendens omnis succedit in ordine primo
Ascendens propior, germanus, filius eius
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius
Denique proximior reliquorum quisque superstes*

Miquel ha llamado la atención sobre el hecho de que ya en Aristóteles se encuentra un principio, que se haría lugar común a partir de Grocio y Heinecio, cual es que el afecto primero desciende, luego asciende, y finalmente se extiende; etapas que van a definir el orden de sucesión justiniana.

A tenor de las disposiciones de la legislación de Justiniano, en la sucesión intestada heredan en primer lugar los descendientes sin tomar en consideración alguna su sumisión a la *potestas* del pater, ni a su sexo; y en orden al grado de parentesco entra en juego el principio de representación que implica que el pariente de ulterior grado es llamado si no vive el precedente, y recibe lo que hubiera correspondido al *parens* premuerto (N. 118.1). De esta suerte los parientes de igual grado heredan una cuota por cabezas, mientras que los de distinto grado heredan por estirpes.

Aunque en la Novela justiniana no se establece de manera expresa, la doctrina dominante entendió siempre que procedía la *successio ordinum et gradum*, interpretando el espíritu de las Novelas que seguían el establecido en la BP del Edicto pretorio. Ello significó que si los llamados en un primer orden no pudieran o no quisieran ser herederos, se llamaba a la clase sucesiva, y este principio se aplicó también entre los diferentes grados de una misma clase.

En su virtud, mientras hubiera descendientes no se llamaba a los ascendientes, aunque haya que significar que si el causante estaba sujeto a la *patria potestas*, el padre conservaba un derecho hereditario se usufructo.

En un segundo orden se llamaba pues a los ascendientes, paternos y maternos del causante, y a los hermanos de doble vínculo que ahora se califican como “germanos”, y a los hijos de los hermanos germanos ya fallecidos.

D’Ors ha hecho notar este nuevo empleo de la terminología ya que en CTh se denomina *germani* a los hermanos de padre en contraposición a los *uterini*, sólo de madre, mientras que en Justiniano se califica como germanos a los hijos del mismo padre y madre, dejando el término *consanguinei* para los hijos del mismo padre y distinta madre. En el lenguaje vulgar *germanus* era menos frecuente pero más afectivo que *frater*, y este uso predominó y se impuso luego en las lenguas romances de la península hasta plasmarse en nuestros términos hermano, irmao, germá.

De entre los acendientes el de grado más próximo excluye al de más remoto, y en la misma línea, a igualdad de grados se hereda por cabezas, mientras que en el caso de existencia de distintas líneas la herencia se divide por mitades entre la línea paterna y la línea materna, heredándose en cada una de ellas por cabezas (N. 118).

Si sólo existen ascendientes la herencia se les atribuye en su totalidad conforme a las reglas indicadas; pero si concurrieran ascendientes con hermanos/as, de dividirían la herencia por cabezas,

y si concurrieran hijos de hermanos/as ya fallecidos, éstos heredarían por estirpes sin que hubiera lugar a llamamiento alguno de ulteriores descendientes.

Según tales reglas los hermanos germanos son llamados con los padres y excluyen a los abuelos.

Si no existieran ascendientes, pero sí hermanos/as del causante, heredarán éstos por cabezas, sustituyendo por representación los hijos de los premuertos, que heredarían por estirpes.

Si existieran sólo sobrinos, es decir, hijos de hermanos/as del causante, la herencia se dividiría entre ellos por estirpes según el texto justiniano; pero esta regla fue modificada en época medieval que estableció la división por cabezas dando primacía a la opinión de Azo (basada en la identidad de línea) sobre la de Accursio.

A falta de los herederos anteriores, que constituían la segunda clase del llamamiento hereditario, se establece una tercera clase en favor de los medios hermanos –consanguíneos, de padre; uterinos, de madre– que heredarían por cabezas, aplicándose el principio de la representación para los hijos de los medios hermanos ya fallecidos que heredarían por estirpes, sin que hubiera lugar a ulteriores llamamientos.

A falta de todos los anteriores se establece una cuarta clase de llamamiento a favor de los colaterales, se entiende que sin límite de grado, aunque la opinión dominante se muestra a favor de entender que a semejanza de la BP *unde cognati*, el llamamiento sería limitado. La regla general en este grado es que el más próximo excluye al más remoto, y en el caso de la existencia de varios herederos llamados, lógicamente en el mismo grado, la herencia se dividiría entre ellos por cabezas.

Como regla general aplicable a todas las clases u ordenes de llamamiento se establece al *successio gradum* en cada una de ellas, y la *successio ordinum* entre todas, si los llamados no pueden o no quieren aceptar la herencia.

En la N. 118 no se hace referencia alguna al cónyuge superstite, entendiéndose que subsiste la *bonorum possessio unde vir et uxor*, a falta de familiares del causante, y si no mediara divorcio entre los cónyuges.

En N. 53/117 se establece una excepción en favor de la viuda pobre del marido rico (*locuples*), en el sentido de que si concurre con cuatro o más descendientes del *de cuius*, obtendría una cuota viril, y si concurriera con menos de cuatro, obtendría una cuarta parte (*quarta uxoria*), al tiempo que se le fijaban algunas importantes limitaciones como eran la de que la cuota nunca podría sobrepasar las cien libras de oro, y que sería en usufructo si la viuda concurriera con sus propios hijos. El derecho del cónyuge viudo pobre no tenía distinción de sexo en la N. 53, mientras que en la N. 117 se derogó el del viudo, dejando exclusivamente reservado el derecho a la viuda pobre. Parte de la doctrina se ha planteado el problema de si la viuda es considerada en este sentido heredera o simplemente es “*legataria ex lege*”.

Es de señalar que subsisten ciertas reglas excepcionales como la ya establecida en la época clásica, denominada *Quarta divi Pii*, en favor del impuber adrogado emancipado después sin causa y antes de la pubertad, que tenía derecho a un cuarto del patrimonio del *pater adrogans* frente a cualquier otro heredero.

En el año 539 (N. 89) Justiniano trató de culminar el tratamiento hereditario de los hijos naturales que ya habían sido objeto de una cierta y elemental consideración en las Constituciones Imperiales del Bajo Imperio. Quedó establecido que en el régimen abintestato los hijos naturales heredaban al padre, que no dejare hijos legítimos ni esposa, en un sexto de la herencia; porque si existieran hijos legítimos, los naturales sólo tendrían un derecho de alimentos.

Conviene advertir por último que con las disposiciones de la N. 118 decae definitivamente el régimen de los peculios, cuyos bienes ya no retornan al padre *iure peculio* sino que siguen las reglas generales de la sucesión del hijo.

Respecto a la sucesión intestada de los libertos, por la regla establecida en las XII T. sólo les era de aplicación la norma relativa a los *sui*, siendo llamados con posterioridad el patrono y patrona, los descendientes agnaticios del patrono y patrona más próximos en grado, y los gentiles del patrono; regla ésta que perduró como residuo histórico en la época clásica.

La *bonorum possessio* pretoria contempla tanto la familia del manumitido como la del manumisor, haciendo los siguientes llamamientos:

- 1.- *Unde liberi* (del liberto).
- 2.- *Unde legitimi* (XII T.).
- 3.- *Unde cognati* (parientes del liberto)
- 4.- *Tum familia patroni* (familiares del patrono no incluidos en el segundo llamamiento).
- 5.- *Patronus patronae, item liberi patroni patronaeve* (que contempla una situación compleja y que tal vez haga referencia a un patrono que había sido a su vez manumitido.)
- 6.- *Unde vir et uxor*
- 7.- *Unde cognati manumissoris* (parientes naturales del patrono).

Estas reglas fueron modificadas por las disposiciones de la *Lex Papia Poppaea*, y por Constituciones posteriores fundamentalmente de Valentiniano III y Justiniano. Este Emperador fijó definitivamente el orden sucesorio intestado de los libertos de la siguiente manera:

- 1.- Descendientes de liberto.
- 2.- Patrono, hijos consanguíneos del patrono y colaterales de éste hasta el quinto grado, si bien a este grado se anteponen los hermanos y hermanas del liberto si al morir éste dichos hermanos/as han salido a su vez de la esclavitud.
- 3.- Colaterales del liberto hasta el quinto grado.
- 4.- Cónyuge supérstite.

IV. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA INTESTADA

La adquisición de la herencia es un tema que está íntima y directamente relacionado con el sentido y significación que ésta tiene en cada momento histórico. De hecho, los juristas romanos, y desde luego mucho menos en el periodo clásico no establecieron ningún sistema teórico de aplicación al *deferre/vocare hereditatem*, y las teorías que hoy manejamos son obra de los intérpretes modernos. Incluso los términos *delatio* y *vocatio* no son propiamente términos romano-clásicos.

De conformidad con el principio sucesorio general, y como no podía ser de otra manera en virtud de la concepción primitiva de la sucesión como continuadora del grupo familiar, los *sui* adquieren automáticamente la herencia civil desde el momento de abrirse la sucesión intestada, que suele coincidir con la muerte del causante, y en los casos de invalidez de testamento coincide con el momento de tal declaración; sin que les fuera dada la posibilidad de recharzala: *semel heres semper heres*; principios que le eran aplicables tanto a los herederos *sui* como a los *sui et necesarii*.

Es muy posible que en un primer momento el término *suus* hiciera referencia exclusivamente al *filius* varón nacido y que se mantenía dentro de la familia agnaticia, y descendiente de *iustae nuptiae* del *pater familias* con la *uxor conventa in manu*. Todavía hoy es objeto de discusión el origen de la denominación *sui et necesarii*, que acaso provenga de la similitud de consecuencias —obligación ineludible de adquirir la herencia—, con los esclavos instituidos en testamento, o más probablemente, como apunta Fuenteseca, del hecho de que el término *suus* se refirió, como hemos dicho al hijo varón, y se aplicó el calificativo de *necesarii* a los demás *sui* agnados en la potestad del *pater* (*filiae, neptes*).

Si se tiene en cuenta que la situación descrita, que tenía su base en la necesidad de proveer al *pater* de un *heres* que diera continuidad al grupo familiar, traía como corolario lógico la responsabilidad *ultra vires hereditatis* y lo que se dio en llamar confusión hereditaria, se puede lógicamente deducir la dureza de las reglas, sobre todo si se ponen en relación con el sistema primitivo procesal de ejecución sobre la persona del deudor. Fue por ello por lo que muy posiblemente no antes del último siglo de la República, el pretor dispuso unos instrumentos que posibilitaran al heredero abstenerse de adquirir. Esta actuación del pretor se hizo tanto más asumible en la sociedad de la época cuanto que en este momento, y aunque se continúa teóricamente hablando de la sustitución del padre como jefe del grupo al que se da continuidad por la sucesión, en la práctica se está planteando la idea sucesoria con un contenido casi meramente patrimonial: se trata de adquirir sencillamente los bienes del causante. La posibilidad de rehusar esa adquisición de bienes es la que contemplan los remedios pretorios y que hoy conocemos con el nombre de *beneficium abstinendi*, que es sin duda alguna término no clásico (aparece una sola vez en D. 29.2.70.4). La jurisprudencia clásica hablaba de *facultas, potestas, ius abstinendi*; y es de notar que como ya ha resultado el Profesor Fuenteseca es justamente en Gayo donde se aprecia mejor el concepto de *heredes domestici* sobre la base de la idea patrimonial de su época, que no es aplicable a la época arcaica.

La posibilidad de abstenerse de la adquisición de la herencia se llevaba a cabo por vía de la *denegatio actiones*, tanto de carácter pasivo, impidiendo su ejercicio a los acreedores del causante frente al heredero, como de carácter activo, denegando al *heres* la posibilidad de ejercitar las acciones que habían pertenecido al *de cuius*. Pero conviene advertir que la aplicación de estos remedios pretorios, eminentemente patrimoniales, no privan al *suus* de su condición de *heres civile*, título que sigue ostentando y que se manifiesta por ejemplo en las relaciones de patronato o de titularidad del sepulcro familiar. Y lógicamente no se hace ningún otro llamamiento sucesivo a la herencia civil. En el derecho postclásico, donde se ha producido una fusión entre la normativa civil y la normativa pretoria, la herencia rehusada por el *suus* implica un llamamiento a los siguientes herederos (rescripto de Diocleciano C. 6.58.6 interpolado *nuddum nomen heredis*)

Producida la abstención, y salvo que se pida por algún interesado con derecho a ello la *bonorum possessio*, el patrimonio es atribuido a los acreedores, llevándose a cabo el trámite de la *bonorum venditio*, posiblemente a nombre del causante ya que no acarrea *infamia* para los *sui*. Antes de proceder a aquella adjudicación se requiere y pregunta expresamente al *suus* sobre su determinación, y éste podía instar del pretor la concesión de un tiempo para emitir su respuesta, *spatium del iberandi*.

Pero todo ello no procedía si el *suus* había intervenido en los bienes de la herencia, *se inmiscere*, produciéndose de esta manera la aceptación tácita por vía de la *pro herede gestio*. Lenel recoge en el Edicto, 209.210, una sola excepción en favor del *suus pupillus*.

La exposición que antecede conduce a concluir que en definitiva el llamado *beneficium abstinendi* no era sino un derecho devenido de la actuación pretoria, y aplicable a la herencia patrimonial.

Los restantes herederos que no tenían la condición de *sui*, tenía que verificar un acto propio de aceptación de la herencia. Esta aproximación a la herencia –*adire hereditatem*– se culminaba con la declaración de aceptar o rechazar voluntariamente el llamamiento. Acaso por esta razón fue por lo que se les llamó más tarde (posiblemente en el periodo postclásico, o en la última época clásica) *heredes voluntarii*, término que fue desconocido por Gayo, el cual habla (G. 2.152) de una distinción, calificada de ilógica por Schulz, entre *heredes necesarii* y *extranei*.

En este grupo están comprendidos (y al margen de la *gens*, por lo que antes hemos dicho) el *adgnatus proximus*, y los herederos según SSCC Tertuliano y Orphitiano, así como los comprendidos en la legislación imperial postclásica.

Respecto de este grupo de herederos, y a diferencia de lo que sucedía en el caso de *heredes sui*, que adquirirían al momento de serle ofrecida la herencia, hay que distinguir entre el momento del ofrecimiento de la herencia y el momento de su adquisición, y que son designados con los términos *delatio* y *adquisitio*, que no corresponden a la terminología clásica. La herencia se ofrecía a los

herederos voluntarios cuando se tenía la certeza de la inexistencia de un testamento válido y eficaz, y ese momento podía coincidir con la muerte del causante pero podía también postergarse cuando la herencia llegaba al heredero voluntario después de haber sido rechazada por otro que le precedía. El SC Orphitiano establecía unas reglas especiales en el sentido de que si los hijos rehusaban la herencia de la madre se aplicaba el *ius antiquum*, por lo que la herencia pasaría al *adgnatus proximus* de la madre y si éste la rechazaba a su vez ya no había lugar a posteriores llamamientos. Muy posiblemente el SC Tertuliano contuvo una disposición similar.

Lo mismo que ocurría en el supuesto del heredero *suus*, *el heres voluntarius* debía vivir al momento de la muerte del causante y al tiempo de serle ofrecida la herencia. En esta clase de herederos no se aplica la regla del *nasciturus*.

Al serle ofrecida la herencia el heredero voluntario se hacía titular del derecho a adquirirla o rechazarla, y esta especial consideración, que ha sido profundamente estudiada por el Prof. Torrent dio lugar a la posibilidad de la transmisión del indicado derecho a través de *la in iure cessio*. El resultado de la sutil concepción jurídica referida fue que si el heredero moría sin haber ejercitado su derecho a adquirir o rehusar, su propio heredero no estaría facultado para adquirir aquella herencia. Si bien y para determinados casos y bajo ciertas condiciones, Justiniano estableció más tarde algunas excepciones a esta regla.

La aplicación de la regla de *la in iure cessio hereditatis* implicó un régimen complejo que ha dado lugar a no pocas discusiones doctrinales que parten de la opinión más generalizada de que su origen responde a remediar la prohibición de la *successio graduum*. En opinión de D'Ors la *in iure cessio* del heredero agnado abintestato antes de aceptar la herencia, convierte al cesionario en heredero civil en virtud de la *addictio* del Magistrado; y de esta forma se subsanaría el defecto legal del llamamiento a ulteriores agnados cuando el más próximo rechaza la herencia. De esta forma D'Ors entiende que no se trata de una verdadera transmisión del derecho de herencia, pues el cedente nunca había llegado a ser heredero. Por su parte, Torrent advierte de la necesidad de tener en cuenta que no se sucede en cosas concretas sino en la cuota del *ius defuncti*, concebida como cuota abstracta de la masa hereditaria; y de la idea de que la *successio* sería el título remoto de adquisición, mientras que el título directo sería el devenido de la adjudicación y división de aquella cuota que se transformaría así en adjudicación de cosas singulares.

El modo de aceptar –*adire hereditatem*– se podía realizar de dos formas en la época clásica: *pro herede gestio*, y *cretio*.

Originariamente sólo debió existir el modo que conocemos con el nombre de *pro herede gestio* (aunque parte de la doctrina, Torrent, Biondi, entienden, posiblemente con base a una primacía de la herencia testamentaria, que fue la *cretio* el modo más antiguo de aceptar la herencia) ya que en principio se estimaba que cualquier acto realizado por una persona llamada a heredar, actuando como heredero, *gerere pro herede*, implicaba la aceptación de la herencia. Las fuentes están llenas de ejemplos que van desde la venta de bienes de la herencia a la ulterior petición de la BP, pasando por la reclamación de créditos o bienes pertenecientes al caudal hereditario.

El tema de la aceptación de la herencia nos replantea de nuevo el problema de la consideración de los herederos no sui en relación con la herencia. De hecho, parece evidente que si tienen que adquirir quiere decir que en tanto no lo hagan no son verdaderos *heredes* sino meros continuadores de la familia –*familiam habere*– con lo cual vuelve a surgir el tema de la primacía patrimonial de la herencia, ya en época antigua, cuando se trataba de herederos que no tenían la condición de *sui*.

En principio bastaría el mero dato objetivo de la actuación sobre cosas pertenecientes a la herencia, sin que se tuviera en consideración la intención o ánimo que movía al sujeto en dicha actuación y encaminada expresamente a la adquisición hereditaria. Esta relevancia de la intención se encuentra implícita en el texto de Gayo (2.166 actuar igual que un heredero) y aparece con claridad en Juliano donde se explícita la intención o propósito de ser heredero. Requisito subjetivo que posiblemente como consecuencia o reflejo de la concepción de los actos contractuales, se plasma de forma definitiva en la legislación justiniana.

Ya en el derecho clásico la herencia intestada podía ser aceptada mediante una *cretio* (G. 2.167) por medio de una declaración formal que incluyese los términos *hereditatem adeo cernoque*. El término *cernere* es de especial significación y uso jurídico. Varrón (De Ling. Lat. 7.98) indica que tiene la misma significación que *constituere*, de tal manera que *cernere hereditatem* sería tanto como establecer la sucesión.

Sin duda la *cretio* se estableció para la adquisición de la herencia testamentaria y en tanto que el testador establecía el requisito de la aceptación formal de la herencia, si bien Gayo ya alude a la aplicación de la *cretio* a la herencia abintestato. El propio Gayo (2.167) parece referirse a un tercer modo, por medio de una declaración no formal ante testigos, que en principio pudiera tener el valor de la *pro herede gestio*.

En el periodo postclásico dejó de hablarse de *cernere hereditatem*, con lo que se produjo la desaparición formal de la *cretio*, para pasar a la *aditio/adire*.

Conviene advertir que en el caso de que el heredero llamado a aceptar muriera sin haber podido hacerlo por causa ajenas a su voluntad, el pretor concedería una *restitutio in integrum* para que sus herederos pudieran pedir la BP, práctica tomada en base a un rescripto de Antonino Pio (D. 29.2.86. pr.). En tiempos de Teodosio II, y luego con Justiniano se establecieron excepciones a casos concretos a la intransmisibilidad de la delación y del derecho a aceptar.

El rechazo o repudiación de la herencia intestada no exigía formalidad alguna. La consecuencia final de la repudiación de la herencia tiene que ponerse en relación con los sistemas de aceptación y fundamentalmente con los ya descritos *beneficium abstinendi* y *spatium deliberandi*. En principio y con arreglo al *ius civile* no hay un tiempo límite para aceptar o repudiar la herencia intestada, pero la finalización del tiempo, y con ello la fijación de plazos, fue apareciendo por la actuación procesal de los acreedores de la herencia, y la actuación del pretor, hasta fijarse en la norma justiniana.

El pretor podía fijar un plazo para que el heredero civil decidiera sobre la aceptación de la herencia –*spatium deliberandi*– y que normalmente, a semejanza de lo que ocurría en la BP era de cien días. Ello ocurría cuando los acreedores así lo solicitaban a efectos de que se requiriera al llamado a la herencia para que manifestara su decisión, y si éste no lo hacía dentro del plazo establecido por el pretor (y que Justiniano amplió a un año si lo concedía el Emperador, y a nueve meses si lo concedía el Magistrado) se entendía que no aceptaba la herencia y en consecuencia se entendía ésta repudiada. Gayo nos informa de que si el heredero no pedía expresamente el tiempo para deliberar, le era fijado expresamente por el pretor. Con Justiniano aparece el *beneficium inventarii* a los efectos de liberar al heredero de la carga que podía suponer la aceptación de una herencia colmada de deudas (que tenía su precedente en una disposición de la época de Adriano) y al que se fijó un plazo que comenzaba a los treinta días desde la delación a la herencia intestada, debiendo terminarse el inventario antes de la finalización del año.

Supuesto especial se nos presenta en la *aditio mandato creditorum*, y en que recibido por el heredero el mandato de los acreedores para adir la herencia, queda aquél, como mandatario, protegido de todo perjuicio.

La adquisición de los bienes hereditarios a medio de la concesión de la BP tenía que solicitarse expresamente del pretor que la concedía en el correspondiente decretum, de ahí que como ya hemos dicho, en principio la BP fuera siempre decretalis y precisara un mínimo conocimiento del Magistrado, *causa cognita*, sobre las circunstancias de hecho invocadas. Es posible que ya en el S. II d. C. la concesión se hiciera casi después de una *cognitio* prácticamente rutinaria, lo que desembocó en la distinción que aparece luego en los textos entre BP *decretalis* y *edictalis*; y que muy posiblemente tenga su origen en periodo postclásico ya que en esta época la declaración del interesado hecha ante la autoridad competente sólo exigía en supuestos muy determinados la emisión de un decreto. Conviene recordar que el pretor prometía en su Edicto la concesión de varios tipos de BP que tenía su propio orden establecido: 1. *contra tábulas*; 2. *secundum tábulas*; 3. *ab intestato*.

La posibilidad de concesión de varias BP aplicables a una misma sucesión, e incluso el juego de la eficacia de cada una de ellas (*cum/sine re*) –hasta el punto de que podía darse el caso de que una BP concedida con un carácter se transformara luego en BP de distinto carácter de eficacia–, condujo a una multitud de supuestos de hecho que requirieron una compleja aplicación práctica.

La paulatina fusión entre *hereditas* y BP que se produjo en el periodo potoclásico y Justiniano conllevó la reforma de las normas de adquisición prácticamente hasta unificar el sistema, y así por ejemplo desde la época de Honorio y Teodosio II la *aditio hereditatis* implica la adquisición de la BP por lo que se presume legalmente que el que ha adquirido la *hereditas* ha logrado también la BP.

V.- LA SUCESIÓN LEGÍTIMA/FORZOSA

Como hemos dicho la sucesión intestada tiene lugar en ausencia de testamento o por resultar éste nulo; y la regla básica de relación entre ambos tipos de sucesiones era la de la incompatibilidad entre ellas (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere postest*), regla que se mantuvo inalterable a lo largo de buena parte del desarrollo histórico del derecho romano, y aunque formalmente nunca fue derogada ni modificada, en la práctica la aplicación de distinta normativa a diferentes supuestos fácticos planteados tanto en el ámbito del derecho civil como del pretorio, condujo a una solución final que representó de hecho la conjunción o compatibilidad de ambos tipos de sucesión. El análisis de tales supuestos llevó a los intérpretes a hablar de una sucesión necesaria, y que la doctrina actual contemple el supuesto bajo una muy variada denominación (necesaria formal y material, legítima contra el testamento, forzosa, etc.).

A.- Formal.

El origen de todo el supuesto arranca de una regla de la que nos da noticia Gayo 2.123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet*; ya que si no lo hiciera así la institución hereditaria sería nula desde un principio. Y en consecuencia se abriría automáticamente la sucesión intestada. Sin embargo, el propio Gayo nos informa que cuando el *pater familias* testador silencia –por no designarlos como instituidos, ni desheredarlos– a otros descendientes, el testamento no se hace nulo sino que las personas preteridas concurren como herederos con las instituidas en el testamento; con lo cual se produce en la práctica la concurrencia de sucesores llamados vía testamentaria con otros no llamados sino en virtud de la ley y que no puede ser otra que la que regula la sucesión intestada, porque justamente aquellos descendientes preteridos no son otros sino los llamados a heredar abintestato, lo mismo que ocurre con el *filius in potestate* preterido.

Como más adelante veremos la *ratio* del supuesto se encuentra en la consideración misma de la *successio* como modo de dar continuidad al grupo familiar. Pero como ya hemos indicado, este primigenio sentido hereditario fue paulatinamente transformándose para dar lugar, más tarde, a lo que hemos llamado herencia meramente patrimonial y que, al margen de la continuación del grupo familiar que de hecho no existía como tal, contempla fundamentalmente la atribución y adjudicación de los bienes del causante. En esta línea fue como a finales de la República se dio un paso más para sancionar no solamente la preterición/silencio del heredero “*legitimari*” (como va a terminar llamándose) sino también, y fundamentalmente, la no atribución de bienes.

Durante bastante tiempo, sobre todo desde fines de la República hasta mediados del Principado, las dos situaciones tuvieron una íntima relación práctica, que se justificó porque la protesta o reclamación por la falta de atribución de bienes se fundamentó en una *ratio remota* que se apoyaba en aquella vieja idea de la preterición formal. Y todo ello dio lugar a que los intérpretes y la doctrina sentaran modernamente una teoría sobre la sucesión necesaria y que presenta la sucesión formal y material sencillamente como dos pasos de la misma tesis, sin tener en cuenta que aunque existen importantes conexiones entre ambos, responden, a nuestro juicio, a planteamientos distintos y sobre todo a soluciones aplicables a distintos órdenes sucesorios: familiar y patrimonial.

La regla gayana de la preterición encontró en los intérpretes muy variada fundamentación que va desde la simple restricción de la libertad de testar del pater, con base en las teorías políticas de la familia (y que arranca ya en Bartolo), hasta el mero cumplimiento de una formalidad por parte del pater testador, cuando, con la pretensión de mantener unidos todos los bienes raíces que constituían el patrimonio agrícola de la familia, decide atribuirlos a un solo heredero formulando en consecuencia una única *institutio*. Durante algún tiempo la doctrina acogió como lugar común la tesis de que la preterición de los hijos implicaba una desatención por parte del padre de familia que tenía cuanto menos que hacer a los *fili* el “honor” de mencionarlos en su testamento (extraño honor ciertamente el de mencionarlos para desheredarlos). No faltan voces en favor de un criterio más formalista en el sentido de que la regla hubiera nacido como una reacción frente a un testamento no ordenado en forma. Schulz –que parte de la base de que los juristas republicanos y clásicos nunca tuvieron la idea de que el pater estuviera obligado a instituir o desheredar a los *sui*, y que por lo tanto la máxima *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, que hoy se invoca, fue una elaboración del autor postclásico del epítome de Ulpiano, ya que la regla tal como aparece en Gayo expone una opinión diferente– entiende que la explicación a la regla gayana no puede encontrarse en una sanción –nulidad del testamento– impuesta al padre por haber dejado de cumplir una obligación, sino que los juristas republicanos y de la primera edad clásica, imbuidos de la primitiva significación de la *successio*, siempre desearon salvar la herencia para los *sui*, pero no se aventuraron a impugnar abiertamente el testamento del padre; por eso se abstuvieron de toda intervención cuando el testador había tomado posición respecto a todos los *sui*, ya instituyéndolos ya desheredándolos; pero cabía intervenir en favor de un *suus* cuando nada había dicho sobre él el testador. Ello explica además el diferente resultado de eficacia según la condición del *suus* preterido.

A nuestro juicio la explicación de la regla debe buscarse partiendo de los esquemas básicos que regían la estructura del grupo familiar del mundo arcaico, y en consecuencia del papel histórico que los *sui* tenían como continuadores del grupo. Un grupo que se mantenía coexionado en virtud del vínculo que generaba el estar todos supeditados a la potestad del pater (agnación). La desaparición del pater –muerte– acarrea la liberación de los supeditados a la potestas, y por lo tanto la necesidad de que, si se quería mantener la unidad del grupo, se procediera a sustituir la persona del pater/jefe que procedería a ejercer la nueva potestas sobre los que se mantuvieran en el seno del grupo. Pero ya hemos indicado antes que esa posición en el seno del grupo familiar respondía a un esquema elemental basado en principio en el orden generacional, lo que quiere decir que la pérdida de la presión de la potestas que ejercía el padre difunto sólo liberaba teóricamente a los que se encontraban en la primera línea de la ordenación familiar, justamente los *fili*/*sui*. La liberación de todos ellos para convertirse en sujetos *sui iuris* daba lugar al primitivo *consortium*, mientras se mantuviera materialmente unidos en el seno del solar familiar. Así se explica que si el padre quería mantener no sólo la unidad formal de la familia sino su unidad real, tanto patrimonial –de los bienes raíces agrícolas– como socio/familiar, tendría que disponer que uno de aquellos *sui* pasara a ocupar el puesto de jefe, que con su muerte dejaba vacante, y disponer también expresamente que el resto de los *sui* siguieran sujetos a la potestad del nuevo pater/jefe, ya que de otra manera hubieran quedado liberados de ella por el efecto natural de la muerte del pater. En consecuencia, aunque entrañaba también un cierto contenido económico –mantenimiento de la unidad patrimonial de explotación agrícola– lo fundamental y realmente buscado a través de la *exhereditio*, era el mantenimiento de la familia como grupo social, que implicaba el mantenimiento del patrimonio como elemento material económico de la misma familia.

Es así como se creó la necesidad de la *exhereditio* expresa, y es así también desde donde puede encontrarse explicación a la actitud intervencionista de los juristas, cuando el padre no hubiera dejado instrucciones expresas respecto a los *sui*, y que ya fue puesta de manifiesto por Schulz.

Desde esta posición el corolario lógico no podría ser otro que el que recoge Gayo, en tanto que el silenciamiento/preterición de los *fili* varones, susceptibles de ostentar la potestas y colocados en el primer grado del orden familiar, implicaba la nulidad de la disposición testamentaria; mientras que la preterición de los colocados en grados posteriores o no susceptibles de alcanzar la potestas, no tenía necesariamente que significar la nulidad de las disposiciones paternas.

Esto explica además que los *sui* varones, *fili* tuvieran que ser instituidos o desheredados *nominatim* que no debe entenderse, como ya hizo notar D’Ors “por sus nombres” (lo que implicaría

graves problemas en los supuestos de los *postumi*) sino “individualmente”. Posición de los póstumos que debió venir regulada con posterioridad a la *Lex Iunia Velleia* del año 26 d. C., y que dio lugar a la polémica entre los propios juristas romanos, según nos cuenta Gayo en unos pasajes ciertamente oscuros y que acaso estén necesitando una profunda revisión, sobre todo para ponerlos en relación con la BP, ya *secundum tábulas*, ya *contra tábulas*, que el pretor podía otorgar a los interesados. Y explica también que el resto de los *sui* no tuvieran que ser expresamente desheredados de forma individual sino que podían serlo *inter ceteros*, no invalidándose *ab initio* el testamento y concurriendo a la herencia los preteridos juntamente con los instituidos, por una cuota que sería igual a la de los *sui* instituidos –es decir, teóricamente en su porción intestada– si concurrían con aquéllos; y a la mitad de la herencia si no existían *sui* y concurrían con *heredes extranei*.

B.- Material.

Como hemos dicho antes, la paulatina evolución de la primitiva estructura familiar condujo a una prevalencia del contenido patrimonial de la herencia en la sucesión del *pater familias*, de tal manera que lo relevante era la adjudicación de los bienes que habían conformado el patrimonio del causante. Por eso ahora – un ahora que podemos fijar en el último siglo de la República– el fundamento de la expresa *exheredatio* había perdido su justificación porque no tenía encaje en la nueva concepción hereditaria. Sin embargo el conservadurismo tradicional romano impidió que se llevara a cabo una drástica ruptura del sistema y que aquella primitiva figura que giraba en torno a la *exheredatio/preteritio* hubiera servido de apoyo argumental para la adopción de soluciones jurisprudenciales o magistraturales aplicables a los supuestos en los que a un heredero legítimo, precisamente los herederos civiles abintestato a los que no le hubiera sido adjudicada en la declaración testamentaria del *pater*, una parte del patrimonio familiar.

Así surgió la *querella inofficisi testamenti*, al tiempo que coincidía con un recurso honorario, ya que, vía pretoria, se concedía la BP *contra tábulas* a los *liberi* preteridos, que era BP cum re que dentro del año (a contar desde la delación; y transcurrido el cual los herederos podrían pedir la BP *secundum tábulas*) podía incluso ser solicitada y obtenida antes que el instituido aceptara la herencia (*bonorum possessio contra lignum/contra ipsum testamentum*). Y como consecuencia lógica de la nueva concepción hereditaria, se requería ahora que los *ceteri* varones fueran desheredados también *nominatim*. De hecho la concesión de la BP *contra tábulas* no hacía nulo el testamento, pero el beneficiario concurre con el instituido para obtener su cuota intestada. El resultado de la norma pretoria podía dar lugar a soluciones sorprendentes sobre todo en el caso de BP solicitada por las mujeres o hijas preteridas, que obtenían con el remedio pretorio más de lo que les hubiere correspondido por el *ius civile* (G. 2.124/125). Fue por ello por lo que constituciones posteriores de Antonino Pio y Caracalla trataron de fijar un límite para que la hija preterida no pudiera obtener con la BP más de lo que hubiera obtenido *iure civile*; o que los descendientes instituidos pudieran conservar lo que les fue asignado hasta la concurrencia con la cuota que podrían conseguir con la BP *unde liberi*. Y si la preterición de los *liberi* hacía el testamento nulo *iure civile* (por ejemplo si el preterido era un hijo *in potestate*) el pretor seguía la senda del propio *ius civile*, otorgando la BP *ab intestato unde liberi* y no la BP *contra tábulas*.

Anotemos por último que la BP *contra tábulas* puede ser pedida tanto por los *liberi* preteridos, lógicamente si sobrevivían al testador, como por los propios *heredes* instituidos, si tuvieran interés en que decayera un testamento con preterición de *liberi* (*commissio per alium* edicto que tuvo posiblemente su primera aplicación en los casos de institución de un hijo y preterición de una hija, habiendo pedido ésta la BP, y recibiendo el hijo su porción intestada, aplicándosele el edicto por actos de otro). Sólo en cuanto a la preterición perjudica la cuota intestada de los *liberi* son ineficaces las disposiciones testamentarias; pero en principio por la concesión de la BP no decaen ni las desheredaciones ni las sustituciones pupilares, las manumisiones o el nombramiento de tutores.

En virtud de un edicto especial *de legatis praestandis contra tábulas bonorum possessione petita*, se impuso a los beneficiarios de la BP *contra tábulas* la obligación de atender al pago de los legados hechos a ascendientes, descendientes, *uxor*, o nuera a título de dote en proporción a la cuota obtenida.

El resultado práctico de la aplicación de la BP *contra tábulas* con la subsistencia de buena parte de las disposiciones testamentarias, significó una evidente combinación de la *successio* testamentaria y abintestato, que implicó una excepción al principio de incompatibilidad entre ambos sistemas, y que fue el primer paso para la ruptura definitiva que habría de producirse en época justiniana, que en la N. 115 habría de llevar a cabo la reforma definitiva del sistema legitimario.

Volviendo al régimen de la *querella* implantado en la República tardía (aunque como hace notar García Garrido es posible que no fuera conocido por Cicerón), el Tribunal de los *centunviri* consideraba contrario al *officium pietatis* el hecho de que un padre no proveyera patrimonialmente en favor de un hijo. Conforme a lo que ya hemos indicado, bastaría legalmente con la *exheredatio* expresa del hijo para que el testamento surtiera todo el efecto que *iure civile* le era propio. Sin embargo, con el argumento retórico *color insania* fundado en que el hecho mismo de la declaración de desheredación sin causa alguna justificada ponía de manifiesto que el testador había ordenado su testamento bajo los efectos de una perturbación mental, y en consecuencia el acto sería jurídicamente nulo por falta de capacidad del sujeto, la actuación de los *centunviri* desembocaba finalmente en la ineficacia de las disposiciones testamentarias que conducía a la apertura de la sucesión intestada. Seguramente el régimen procedimental sobre el esquema de las *legis actiones*, y partiendo de una *sponsio praeiudicialis* (proceso *ex sponsione*) sólo se aplicó en Roma para las grandes herencias mientras que para las de escasa cuantía debió imponerse el proceso formulario, y entrado el Principado, y desde luego en las provincias, se hubo de aplicar el procedimiento cognitorio. Posiblemente los herederos pretorios podrían acudir en Roma al Tribunal de los *septemviri*, y en la época de los Severos el procedimiento se desarrollaría *extra ordinem*. Entonces sería compatible la QIT con la *hereditatis petitio*.

El sistema de la QIT aún partiendo del *officium pietatis*, sin duda encontraba su apoyo en la defensa de los intereses de sangre que se estaban imponiendo en la nueva concepción social de la familia. Y por otro lado su eminente contenido patrimonial, como correspondía al nuevo concepto hereditario, se hizo patente en la regla de que si el testador dejaba al desheredado, y por cualquier título, una cuantía patrimonial igual a la cuarta parte de la cuota que le hubiera correspondido abintestato, no había lugar al planteamiento de la QIT. Cuantía ésta que nos señala una disposición del S.III (C. 3.28.6.) y que se denominó tardíamente *pars legitima* o *portio debita*, y que debió tomarse a semejanza de las disposiciones que regulaban la *quarta Falcidia*. Cuyas normas fueron también de aplicación para el cálculo de la cuota, y así del activo patrimonial del causante a su fallecimiento, se descontaban las deudas, cargas, manumisiones, etc. El decaimiento del testamento y consiguiente apertura de la sucesión abintestato puede conducir a que el heredero necesario consiga más que la cuota legítima que reclama, y así en el caso de ser heredero único recibirá la totalidad de la herencia; mientras que si concurre con otros herederos recibirá la cuota intestada entera.

Si el actor de la *querella* obtenía una sentencia favorable a su pretensión, el resultado práctico patrimonial era el que se le adjudicaba su cuota hereditaria intestada, pero si perdía la litis perdía también las liberalidades que se le hubieran hecho en el testamento, que pasaban al Fisco.

La eficacia de la QIT era tal que, a diferencia de lo que ocurría con la concesión de la BP *contra tábulas*, resultaban también nulas el resto de las disposiciones testamentarias (legados, manumisiones, nombramiento de tutores, etc.) resultado lógico de considerar al *pater* como fallecido intestado.

Sin embargo, la regla de la nulidad testamentaria devenida de la interposición de la QIT, sufrió numerosas excepciones, que se pusieron de relieve en supuestos complejos fundamentalmente referidos a pluralidad de legitimarios. Las fuentes nos informan que mientras algunos juristas como Trifonino, Scévola y Paulo, que se apoyan en el argumento de la demencia del testador, afirman la nulidad total testamentaria, otros, como Papiniano (D. 5.2.15.2.) examinando el caso de un hijo que ejercitaba dos distintas QIT cada una de ellas contra un heredero diferente, y que resultó vencedor en una y perdedor en otra, admite, sin hablar para nada de la demencia del testador, que el testamento puede ser rescindido en una parte y desplegar su eficacia en cuanto al resto. Opinión que comparte Ulpiano y que finalmente es acogida en la legislación imperial. En el siglo III el que resulta victoriosos en la QIT puede ejercitar la *petitio hereditatis* contra el heredero vencido y contra los favorecidos

en legados o fideicomisos dependientes de la institución hereditaria del vencido, pero no contra los otros. Sin embargo, la ya denunciada confusión legislativa se pone de relieve ante la existencia de otros textos, acaso interpolados por los compiladores justinianos en los que se dice que la declaración de *inofficiosum* hace al testamento nulo, y que esta nulidad favorece a todos los allegados omitidos aunque no hubieren actuado, por lo que pueden servirse de los resultados favorecedores obtenidos por el querellante.

Es de resaltar el sutil planteamiento de La Pira para el cual en la época clásica el objeto de la QIT no sería otro sino el de rescindir el testamento por cuanto que es causa de *iniuria* para el legitimario, mientras que en el derecho postclásico se encaminaría a la anulación del testamento, en cuanto verificado por un presunto enajenado mental, y consecuente apertura de la sucesión intestada.

Toda la actuación que implica la QIT tiende más a determinar si se quebrantó un uso/razón social, y buscar una solución jurídica al problema material planteado, mas que a analizar una cuestión jurídica devenida de una supuesta infracción legal. De ahí que se haya dicho que el procedimiento de la QIT no encuentre su base en la *lex*; y por ende su procedimiento implique un amplio arbitrio judicial.

Congruentemente con el esquema básico de la sucesión intestada, en los inicios históricos, coincidentes con el principio de la época clásica, los peticionarios de la QIT sólo podían ser los *sui* en el sentido que ya entonces tenía como descendientes del testador. Aunque en el texto postclásico de las *Pauli Sententiae* sólo se hace referencia a la querella de los *liberi*, la casi totalidad de la doctrina se inclina por admitir que ya entrada la época clásica, también los ascendientes y hermanos germanos del testador pudieron promoverla. Una Constitución de Constantino (recogida en CTh. 2. 19.1/3, y C. 3. 28/27) concede la posibilidad de actuación a los hermanos sólo si el testador hubiere antepuesto a ellos una *persona turpis*.

La regla general era que la QIT tenía que interponerse una vez que el instituido hubiese aceptado la herencia, habiendo dispuesto Justiniano que el heredero testamentario tenía que pronunciarse en un término que fijó en seis o doce meses según viviera en la misma o en distinta provincia que el querellante. Pero en cualquier caso tenía que interponerse en un plazo de cinco años sobre cuyo cómputo discrepa la doctrina entendiéndose que debe contarse ya desde la aceptación de la herencia, ya desde la muerte del causante. Transcurrido dicho plazo la QIT perdía toda su eficacia por la interposición de una *praescriptio* por parte del heredero demandado.

Por lo que hace referencia a la sucesión del liberto, el pretor concedió la BP *contra tábulas* al patrono cuyo liberto que no tiene hijos o los ha desheredado, ha preterido a aquél o no disponía en su favor la mitad de la herencia (BP *contra tábulas dimidiaie partis*). Con Justiniano la cuota del patrono sobre los bienes de liberto que no tiene *liberi*, y dispone de un patrimonio hereditario de más de cien áureos, se fijó en un tercio de dicho patrimonio.

Con la reforma operada en la N. 115 se llevó a cabo una fusión de todas las reglas anteriores estableciéndose la prohibición de preterir ni desheredar sin causa a los ascendientes y a los descendientes, y se determinaron aquellas causas graves que permitían excepcionar la regla (catorce para los descendientes y ocho para los ascendientes). Y se fijaron las cuotas *—portio legitima—* que tenía que ser en cualquier caso atribuidas a título de herencia a los legitimarios, que pasaron a denominarse *heredes* necesarios y posteriormente forzosos. Tales cuotas era de un tercio si no pasaba de cuatro el número de herederos, y de la mitad de la herencia si eran más de cuatro.

La QIT se convierte ahora en una verdadera acción de nulidad testamentaria que beneficia a todos los perjudicados aunque no hubieran ejercitado la acción; y se regula la *actio ad suplandam legitimam*, introducida ya con anterioridad, para completar al legitimario a quien no se le hubiere dejado su porción íntegra.

La concurrencia de la sucesión testada con la establecida *ex lege* (al margen del testamento) por la ineludible necesidad de su contemplación por parte del causante, llega así a su punto culminan-

te, rompiendo definitivamente la vieja regla de la incompatibilidad de los sistemas sucesorios, y sentando las bases del sistema hereditario moderno.

VI.- BONA VACANTIA

Una última y breve referencia a los *bona vacantia* que tenía lugar cuando no existían ni *heredes iure civile* ni *bonorum possessores* pretorios. La *Lex Iulia d.m.o.* los atribuye al *Aerarium*, teniendo en cuenta que aunque éste no puede considerarse en modo alguno heredero, sí que asume la carga de pagar los legados, cumplir los fideicomisos y verificar las manumisiones. Más adelante acaso con Tiberio o más posiblemente con Caracalla, se atribuyó al Fisco. Conviene tener sin embargo en cuenta que, tal como antes dejamos anotado, existían supuestos de atribución de los bienes a distintos entes colectivos (*municipium* –*edict. Claud. de civitate volubilitanorum*–, *naicularii*, *fabricensis*, *curiae*, así como la herencia del vacante del legionario que se atribuye a su legión D. 18.3.5.7.). Si la herencia estuviere cargada de deudas se seguía el proceso de atribución a los acreedores para llevar a cabo la *bonorum venditio*.