

UNIDAD 6: DERECHO DE SUCESIONES

6.1.- Sucesión mortis causa y la herencia: Sucesión universal *mortis causa*.- *Heres, hereditas y bonorum possessio*.- Delación de la herencia.- Adquisición de la herencia.- Fase intermedia entre la delación y la adquisición: *Hereditas iacens*.- *Usucapio pro herede*.- Efectos de la adquisición de la herencia: *Separatio bonorum, ius abstinendi, beneficium inventarii*.- Consecuencias de la pluralidad de herederos.- Derecho de acrecer.- Partición.- Colación.- Repudiación de la herencia.- Protección procesal de los derechos sucesorios.

SUCESIÓN MORTIS CAUSA Y LA HERENCIA: SUCESIÓN UNIVERSAL MORTIS CAUSA.- HERES, HEREDITAS Y BONORUM POSSESSIO.

Podemos definir al “Derecho de Sucesiones” como el conjunto de normas que regulan el destino del patrimonio de una persona física con motivo de su muerte. Por tanto, al igual que los “Derechos Reales” y los “Derechos de Obligación” forman parte de los llamados “Derechos patrimoniales” aunque los “Derechos de Sucesiones” -a diferencia de aquellos- están comprendidos dentro de los actos *mortis causa* ya que su existencia o razón de ser, así como su eficacia, gira en torno a la muerte de una persona.

Ahora bien, en las fuentes romanas no encontramos una sistematización que dé unidad a esta materia. El jurista Gayo, en su obra *Instituciones* (2.97), contempla las sucesiones como una modalidad de adquirir, criterio que ha inspirado la sistemática de algunos Códigos civiles actuales.

Esta falta de sistematización puede obedecer a que el Derecho sucesorio tiene sus raíces más remotas dentro de la estructura familiar, vinculando a la figura del *paterfamilias* la titularidad legítima del patrimonio de la familia, al mismo tiempo que la responsabilidad de procurar que con su muerte no se rompiera la unidad y continuidad del grupo familiar. Según Ulpiano, en D. 50,16,195,1, la palabra “familia” comprendía

en su significado “personas” y “cosas” y, ambas, bajo la *potestas*, *manus* y *mancipio* del *pater* como responsable absoluto del grupo que debía procurar la continuidad del mismo, tanto desde el punto de vista de las personas como desde el punto de vista de las cosas.

En consecuencia, el Derecho Sucesorio o Hereditario siempre se desarrolló en el ámbito de la familia y su evolución fue desenvolviéndose al mismo tiempo que evolucionó la concepción de la misma, esto es, como grupo comprendido principalmente por vínculos agnaticios o civiles hacia la transformación de la familia como grupo en el que los vínculos de sangre o cognaticios comenzaron a ganar protagonismo. Por ello, si en un principio los *mores maiorum* fue la principal fuente de regulación de la familia, en la medida que el poder público asume progresivamente su regulación -limitando los poderes al *pater* mediante normas escritas- la sucesión y la herencia también se verían reguladas por el derecho escrito. Sin embargo, esta evolución fue lenta, aunque progresiva. Concretamente, podemos señalar tres grandes etapas o periodos de evolución en su regulación jurídica:

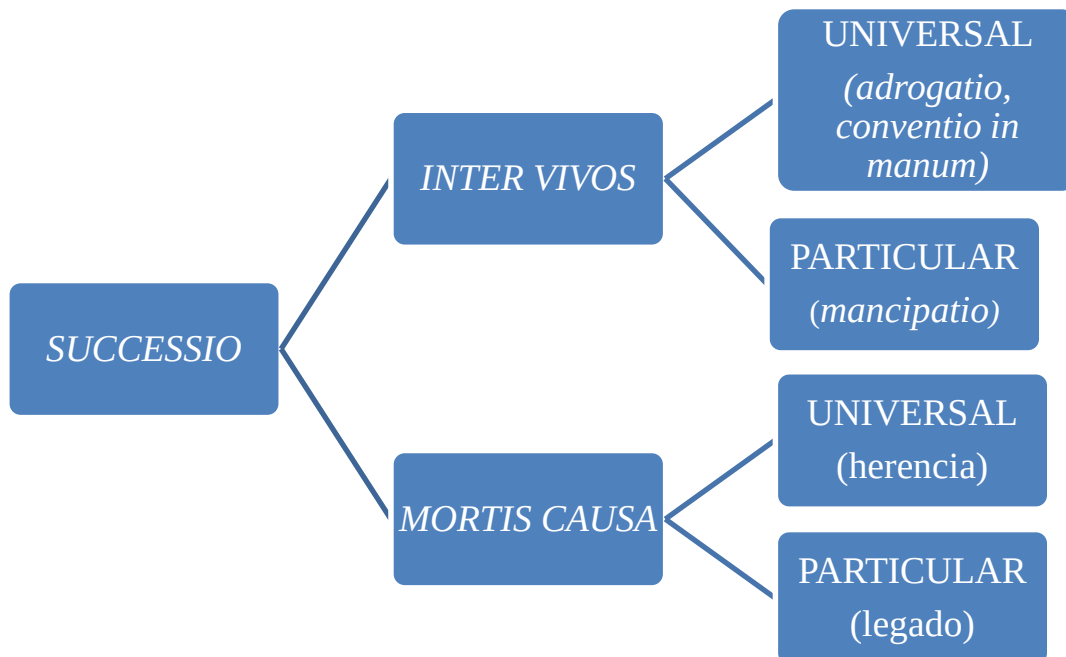
1º) Un Derecho hereditario regulado por el ***ius civile***, de carácter formalista, en un ámbito de familia agnaticia cuyo patrimonio se asentaba en la propiedad quiritaria y las personas y cosas estaban sometidas a la *potestas*, *manus* y *mancipium* del *paterfamilias*, como jefe supremo del grupo. Al morir el *paterfamilias* debía sustituirle al frente de la familia un heredero (*heres*) o continuador en los cultos y en las relaciones personales y patrimoniales. De ahí que, en primer lugar, eran llamados los *sui* o hijos en potestad, después el agnado próximo o pariente varón más inmediato y, después de éste, los gentiles.

2º) Posteriormente, a partir de la República y durante el periodo clásico, se produce un dualismo entre el ***ius civile*** y el ***ius honorarium***, de manera que el pretor -sin contravenir ni derogar al *ius civile*- interpreta y moldea sus instituciones creando un Derecho sucesorio honorario que suavizará el formalismo y rigidez del antiguo *ius civile*. Prueba de ello es que el llamado a participar del patrimonio del difunto por el pretor no es un *heres* (heredero), ni su adquisición constituye una *hereditas* (herencia), ya que el Derecho pretorio u honorario se limita a designarle poseedor de los bienes del difunto (*bonorum possessor*) y a someterle en esta situación (*bonorum possessio*) que le ha sido prometida por el edicto.

3º) La última etapa la representa el **Derecho justiniano**, desapareciendo la anterior dualidad (*ius civile* y el *ius honorarium*), el Derecho sucesorio o hereditario se muestra con unas características similares que se han mantenido en el tiempo a través de los actuales Códigos civiles.

Para comprender esta evolución histórico-jurídica debemos comenzar por el significado de la palabra *successio*, ya que tiene un significado técnico-jurídico que nace en el Derecho romano y se mantiene en el tiempo.

En un sentido amplio, la palabra *successio* significa traspaso de derechos, es decir, la adquisición por parte de una persona (adquirente) de aquellos derechos enajenados o transmitidos por otra (enajenante o causante), de manera que el adquirente sucede al transmisor haciendo que aquél ocupe la posición de éste, ya sea por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa*, dependiendo de que el motivo de la sucesión no sea o sea el fallecimiento del que transmite. Por otro lado, la sucesión puede ser a *título universal* (cuando el adquirente obtiene el conjunto o totalidad de derechos correspondientes a una persona, es decir, adquiere su patrimonio en bloque) o a *título particular* (cuando el adquirente obtiene derechos singulares, determinados y separados de la totalidad de un patrimonio).



Ahora bien, esta clasificación responde a una concepción evolucionada de la concepción clásica de la *successio* que posteriormente conocemos como sucesión universal, ya que los actos adquisitivos a título singular no implicaban para los jurisconsultos romanos la idea de *successio*, esto es, como la colocación del adquirente en la misma posición del que antes había estado otra persona, produciéndose la adquisición como la mera consecuencia de esta suplantación. En la transmisión a título particular esto no sucedía porque se necesitaba otro negocio jurídico para que se produjera.

Por todo ello, vamos a ocuparnos en primer lugar de la sucesión a título universal que se da en la **hereditas**, que es el único tipo de sucesión universal que partiendo de la *successio* clásica ha pasado a las legislaciones actuales. Posteriormente, dedicaremos nuestra atención a las sucesiones *mortis causa* a título particular.

La **sucesión universal *mortis causa*** se produce cuando, a la muerte de una persona (causante, *de cuius*), otra (*heres*) asume la totalidad de las relaciones jurídicas del difunto, con excepción de algunas consideradas absolutamente intransmisibles. Este tipo de sucesión presenta las siguientes características:

1º) Al **heres** pasan en bloque los derechos, así como las obligaciones y cargas del difunto, esto es, tanto el activo como el pasivo patrimonial. Puede darse el caso de que no sea uno sino varios los herederos y la presencia de estos puede limitar su derecho a una parte alícuota; pero, ello, no significa que se produzca una sucesión particular. La sucesión particular no existe en la sucesión universal *mortis causa*, ya que cuando se transmite una cosa singular y determinada no se puede hablar de sucesión sino de adquisición; puesto que el adquirente de cosas específicas no ocupa en ese caso la posición jurídica del transmitente.

2º) La sucesión está necesariamente ligada al nombramiento de herederos. Estos pueden ser nombrados por voluntad de causante a través del testamento (sucesión testamentaria), o por ley (sucesión intestada o *ab intestato*) cuando el causante ha muerto intestado, o cuando el testamento es inválido. La ley llama a los herederos siguiendo un orden establecido en base a relaciones agnaticias, gentilicias y de parentesco cognaticio, según el momento histórico en el que predominen en importancia unas relaciones u otras. En

cualquier caso, la ley solo debe llamar a heredar de forma subsidiaria a la sucesión testada cuando el causante ha fallecido intestado o ha realizado un testamento inválido.

3º) Los sistemas de sucesión testamentaria y *ab intestato* se excluyen y son incompatibles. Yello, en base al principio romano *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (pues una misma persona no puede morir parte testada y parte intestada) (I., 2,14,5). De ahí que, si en las disposiciones del testador no quedaba agotado el caudal hereditario, el remanente no pasaba al heredero *ab intestato*, sino que acrecía a los instituidos. Este criterio se diferencia del establecido en el derecho positivo ya que el art. 658 del Código civil español establece en su último párrafo “la sucesión también podrá deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra parte por disposición de ley”. Con todo, en Derecho romano, la regla general de incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada, encuentra también en las fuentes algunas excepciones:

- En el testamento militar (Ulpiano, D. 29,1,6; Paulo D. 29,1,37) si un soldado hubiese dispuesto testamentariamente de una sola parte de su patrimonio, los jurisconsultos estimaban que la otra parte –de la que no había dispuesto– tenía que deferirse a sus herederos legítimos.
- Otra excepción se admitió en el caso de que un padre nombrase dos herederos extraños pretiriendo a su propio hijo y éste promoviese acción separadamente contra los instituidos. Ante distintas acciones y en el supuesto de que el demandante solo saliese victorioso en uno de los juicios, la consecuencia sería que el testamento se invalidaba en lo referente al heredero testamentario vencido, pero permanecía válido en las relaciones que afectaban al heredero testamentario triunfante. Así, el hijo obtenía *ab intestato* una parte de la herencia, mientras que la otra al heredero instituido en el testamento (Papiniano, D.5,2,15,2).
- En tiempo de Augusto, al ser reconocido el Codicilo y su eficacia, la regla de incompatibilidad muestra escaso valor práctico.

4º) Había herederos a los que, una vez designados, pasaba el patrimonio del causante en cuanto éste moría, sin necesidad de un acto especial de aceptación (*heredes sui*, llamados también *sui et neccesarii*, personas inmediatamente sometidas a la *potestas* del causante por vínculo agnaticio y *heredes neccesarii*, esclavos del causante) y otros que necesitaban aceptar la herencia (*heredes extranei* o *voluntarii*) porque no estaban sometidos a la

potestas del testador y tenían la facultad de decidir si aceptaban o renunciaban a la herencia.

En cuanto al **objeto de la herencia**, si bien la transmisibilidad de bienes y relaciones jurídicas es la regla general, también es verdad que podían darse algunas excepciones. Concretamente, eran intransmisibles:

- Las pertenecientes al Derecho público → Magistraturas u otros cargos públicos del difunto
- Algunas de Derecho privado → Las relaciones jurídico-familiares (*manus*, tutela,...); algunas de carácter patrimonial (usufructo, uso, habitación, las obligaciones del antiguo *sponsor* y *fidepromissor*, las derivadas de las obligaciones *ex delicto*, las del contrato de sociedad, mandato, las obligaciones del *locator* en la *locatio conductio operarum* y la del *conductor* en la *locatio conductio operis*, ni la condición de precarista, ni las obligaciones nacidas de *stipulationes faciendi*).
- Existían también ciertas relaciones o elementos extrapatrimoniales que se consideraban como parte de la herencia:
 - Los cultos familiares o *sacra* vinculados a los miembros de la familia, imponiéndose su respeto y aceptación para aquellos herederos extraños que recibían algo del causante y que debían contribuir con su sostenimiento.
 - El *ius sepulchri* referido a los *sepulchra hereditaria* vinculados a la familia y comprendidos en la herencia. Sin embargo, no formaban parte de la herencia los *sepulchra familiaria* ya que se regían por las reglas de la fundación sepulcral.
 - El derecho de patronato pasa a los hijos (*heres sui et necessarii*) pero no a los herederos extraños (*heres extranei o voluntarii*).

El testador puede instituir uno o varios herederos. Siendo varios, no le es posible repartir entre ellos el patrimonio por objetos específicos y determinados, sino por cuotas o fracciones numéricas, estableciéndose la asignación de la manera siguiente:

El total del patrimonio hereditario se le denomina *AS*, compuesto de 12 porciones llamadas *unciae* y que el testador asignaba a cada heredero un número determinado de *unciae*, recibiendo según las porciones las siguientes denominaciones:

- *UNCIA* -----→ 1 *uncia* (1/12 del total del AS)
- *SEXTANS* -----→ 2 *unciae* (2/12 del total del AS)
- *QUADRANS*-----→ 3 *unciae* (3/12 del total del AS)
- *TRIENS*-----→ 4 *unciae* (4/12 del total del AS)
- *QUINCUNX*-----→ 5 *unciae* (5/12 del total del AS)
- *SEUNX*-----→ 6 *unciae* (6/12 del total del AS)
- *SEPTUNX*-----→ 7 *unciae* (7/12 del total del AS)
- *BES*-----→ 8 *unciae* (8/12 del total del AS)
- *DODRANS* -----→ 9 *unciae* (9/12 del total del AS)
- *DEUNX*-----→ 10 *unciae* (10/12 del total del AS)
- *DEXTANS*-----→ 11 *unciae* (11/12 del total del AS)
- *AS*-----→ 12 *unciae* (12/12 del total del AS)

Con todo, no es necesario que el testador se atenga a este sistema, sino que puede formar el AS con el número de *unciae* que quiera. Cuando el testador no hace ninguna asignación de cuotas, los herederos suceden por partes iguales. En el caso de que se asigne a cada heredero la cuota, pero sin distribuir la totalidad del AS, la parte excedente se prorroga entre las porciones previstas. Si, por el contrario, las cuotas asignadas exceden del AS, se procede análogamente a una reducción proporcional.

Instituidos unos herederos con asignación de cuotas (*cum parte*) y otros sin ella (*sine parte*), corresponde a estos últimos, por partes iguales, el **residuo**, es decir, la parte no asignada. Pero si la institución *cum partibus* agota el AS, se presume que el testador ha querido dividir la herencia en dos *asses* (*dupondium* = *duo asses pondo*), de manera que uno va a parar a los instituidos que tienen señalada porción y el otro *as* se reparte en partes iguales entre los herederos *sine parte*. En la misma hipótesis, si las partes asignadas superan el *dupondium*, se supone dividida la herencia en 3 ases, en 4 etc.

Junto a la *hereditas* como sucesión *mortis causa* regulada por el *ius civile*, el pretor para evitar una prolongación excesiva del estado vacante en la herencia, fue formulando un verdadero Derecho sucesorio honorario, integrado por una serie de disposiciones edictales por las que asignaba la señoría de hecho del patrimonio de un difunto a personas que no eran siempre las que resultaban herederos con arreglo a los preceptos del *ius civile*, naciendo lo que conocemos como la ***bonorum possessio***.

Concretamente, Ulpiano en D.37,1,3,2 nos dice que: “Podemos definir la *bonorum possessio* como la capacidad de RECLAMAR y RETENER el patrimonio o las cosas que pertenecían al difunto en el momento de morir” (*Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus; ius persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cuiusque, quum moritur, fuit*).

Ahora bien, el pretor según nos comenta Gayo, *Inst.*, 3,32, *heredes facere non potest*, es decir, no adjudicaba el título de heredero, se limitaba a poner a una persona (*bonorum possessor*) en posesión del patrimonio hereditario, pero el *bonorum possessor* no suplanta al difunto ocupando exactamente su situación jurídica. Así, si bien el difunto pudo tener mientras vivió el *dominium* tutelado por la *reivindicatio*, el *bonorum possessor* sólo tenía la mera *possessio* amparada, en todo caso, por la *actio Publiciana*. El motivo de ello era corregir y suavizar la rigidez del *ius civile* para que los patrimonios y la actividad económica sobre ellos no quedasen paralizados. Por ello, concedió la *bonorum possessio* a personas llamadas en testamentos que eran ineficaces o defectuosos según el *ius civile*; o bien en la sucesión intestada admitió la *bonorum possessio* no solo a parientes agnaticios sino también a cognaticios del difunto.

En consecuencia, como *bonorum possessor* se admitían:

- Al mismo heredero civil, por lo que el Derecho honorario no hacía más que reforzar al civil, hablándose entonces de *bonorum possessio iuris civilis confirmandi gratia*.
- Otras veces, el pretor consideraba adecuado otorgar la *bonorum possessio* a ciertas personas no designadas por el ius civile y, en tal caso, era suplido por el *ius honorarium*, es el supuesto de la *bonorum possessio iuris civilis supplendi gratia*.
- Y, por último, en ocasiones el pretor prefería las personas por él llamadas en contra de las que eran herederos civiles, en tal caso, estaríamos ante la *bonorum possessio iuris civilis impugnandi gratia*.

Por consiguiente, las **diferencias entre hereditas y bonorum possessio** podrían resumirse en las siguientes:

- A) Desde el punto de vista de la adquisición, mientras en la *hereditas* la adquisición era *ipso iure* de los herederos necesarios, en la *bonorum possessio* la adquisición había que demandarla al pretor (*agnatio bonorum possessionis*), el cual la

acordaba (*datio bonorum possessionis*) siempre y cuando el solicitante se hallaba en las condiciones que el edicto requería para ello.

- B) La *bonorum possessio* podía adquirirse por medio de representante, cuestión que no ocurría con la *hereditas*.
- C) Mientras que a los herederos extraños no se les exigía un plazo determinado para aceptar la herencia, la *bonorum possessio* tenía que ser pedida dentro de un término que solía ser de 100 días y, para ciertas personas, se podía alargar a un año.
- D) En la herencia abintestato, si el llamado en primer lugar moría sin haber verificado la *aditio hereditatis*, la *hereditas* no se ofrecía con anterioridad a la época justiniana a los herederos que la ley llamaba en segundo término, sino que quedaba vacante. Sin embargo, en la *bonorum possessio* el pretor estableció una disposición edictal (*edictum successorium*) que prometería escalonadamente la concesión que fuese reclamada por los llamados en segundo o ulteriores términos, siempre y cuando los llamados con preferencia no lo hacían.

En cuanto a las **clases de *bonorum possessio***, podemos distinguir las siguientes:

1. *Bonorum possessio edictalis* y *bonorum possessio decretalis* → La primera consistía en aquellos casos concedidos conforme a lo establecido por el magistrado en su edicto, mientras que la segunda descansaba en el *imperium* del magistrado, es decir, la podía también conceder en otros casos no previstos en dicho edicto previa *causae cognitio* y con un carácter de mayor provisionalidad. Entre los supuestos más destacados están: la *bonorum possessio* concedida al hijo cuya legitimidad era discutida, mientras la controversia durase (*bonorum possessio ex Carboniano*); la acordada a la viuda embarazada (*bonorum possessio ventris nomine*) y a la otorgada a petición del curador de un loco (*bonorum possessio furiosi nomine*).
2. *Bonorum possessio cum re* y *sine re* → La primera, cuando el pretor mantiene a aquel frente al *heres* civil. Mientras que la segunda se da cuando es otorgada siempre y cuando el heredero civil no pide la herencia, pero si esto sucede, entonces cesa.

3. *Bonorum possessio secundum tabulas* → Cuando la posesión se concedía a quienes eran instituidos herederos en el testamento, siempre y cuando presentase un testamento válido en su forma externa, provisto de los sellos correspondientes.
4. *Bonorum possessio contra tabulas* → Cuando la posesión se concedía a favor de quienes habían sido excluidas injustamente de la herencia por testamento.
5. *Bonorum possessio sine tabulas* → Cuando habiendo fallecido el causante intestado, el Pretor concedía la posesión, bien a aquellos que eran herederos civiles *ab intestato*, o bien a personas unidas al causante por vínculos de parentela, pero no contemplados por el *ius civile*

Así las cosas, para que se dé el fenómeno de la sucesión *mortis causa* se requería los siguientes sujetos:

- A) La muerte de una persona (*de cuius*, causante) con capacidad de tener un heredero (*testamenti factio activa*), es decir, el hombre que gozase de los tres *status* (*libertatis, civitatis, familiae*) o lo que es lo mismo, libre, ciudadano romano y *paterfamilias*. También tenía capacidad la mujer que fuese libre, ciudadana romana y *sui iuris*. Sin embargo, mientras estuvo en vigor el primitivo testamento comicial, la mujer no pudo testar, ya que no podía tener acceso a las asambleas comiciales. Posteriormente, la mujer podía testar con la intervención del tutor. La que tenía un tutor agnado la hacía cesar con el recurso de la *coemptio fiduciae causa* y la liberación consiguiente de la *manus*. La *lex Claudia de tutela mulieris* (41-54 d.C.) promulgada por el emperador Claudio abolió la tutela legítima (Gayo, *Inst.* 1,157) sobre las mujeres ingenuas que gozasen del *ius liberorum* pero no sobre las libertas que seguían ejerciendo la tutela sobre ellas el patrono y sus descendientes. Siendo un senadoconsulto en época del emperador Adriano cuando fue suprimida dicha tutela (Gayo, *Inst.*, 1,115a).

Por consiguiente, ni el esclavo, ni el peregrino, ni el *filiusfamilias* daban lugar a una *successio mortis causa*. Posteriormente, se admitieron a los *servi populi romani*, a los *cubicularii* (esclavos eunucos) y a los *filiusfamilias* en orden a sus peculios. Ahora bien, los *sui iuris* niños menores solo podían tener los herederos designados por ley. Por último, señalar que la capacidad de tener un heredero varía

según el tipo de sucesión: En abintestato, se atiende a la capacidad en el momento de la muerte. En la testamentaria, en época prejustiniana, la capacidad debía ser ininterrumpida desde que se hacía testamento hasta el fallecimiento del testador; pero, a partir del Derecho justiniano, era suficiente tener capacidad en el momento de hacer testamento y en el del fallecimiento, pero no en el periodo intermedio por dejar de ser libre, ciudadano romano o *paterfamilias*.

B) Existencia de otra persona capaz de ser heredero (*testamenti factio pasiva*), esto es, que no se encontrase en una situación de *indignitas* (la indignidad no es incompatible con la delación de la herencia, ni con su adquisición. Pero el poder público despoja de lo adquirido al indigno, es decir, al heredero o al legatario que han realizado un comportamiento reprochable contra el testador, D. 34,9,3; C. 6.35.10; D.29,5,15,1; D. 34,9,2,3; D. 29,5; D. 30.103; D. 34,9,10pr; C.10,11,1; D.34,9,9,1; Nov. 115,3,12-13; D.34,9,5pr; D.48,10,26; d.48,10,4; D.29,6,1,1; D. 34,9,2,1). También es necesario que no fuese peregrino, ni hijo de condenados por delitos de alta traición y, en época cristiana, ni los apóstatas y herejes. Los esclavos no podían serlo abintestato, pero sí por testamento de su *dominus* que, al mismo tiempo, le otorgaba la libertad, o de persona ajena pero lo que adquiría el esclavo era para su *dominus*. Si podían ser herederas las mujeres; ahora bien, la *lex Voconia*, del año 169 a.C., prohibió que las mujeres fueran instituidas herederas por ciudadanos inscritos en la primera clase del censo, esto es, los que tenían un patrimonio superior a 100.000 ases (Gayo, *Inst.*, 2,274). Probablemente, la finalidad de esta medida era para evitar que los patrimonios se concentraran en manos de mujeres. Esta disposición fue ampliada por la Jurisprudencia en la sucesión intestada, estableciendo que las mujeres tuvieran derecho a suceder *ab intestato* sólo a los consanguíneos, es decir, al padre, a los hermanos y a las hermanas (Paulo, *Sent.*, 4,8,20,22; C. 6,58,14;15), en los demás casos, sólo los hombres eran admitidos a la sucesión. Sin embargo, el Pretor concedía la *bonorum possessio* a las mujeres también sobre los bienes dejados por *cognati* difuntos.

A partir del Principado con Augusto, surgieron situaciones de incapacidad para adquirir la herencia conforme a lo establecido por la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, del 17 a.C. y por la *lex Papia Poppaea*, del 9 d.C., en los siguientes supuestos:

- Los varones de 25 a 60 años u las mujeres de 20 a 50 años que permanecen *caelibes* (solteros/as, viudos/as y divorciados/as) si no contraen matrimonio dentro de 100 días desde que ocurrió la muerte del testador, o dentro del plazo de la aceptación normal (*intra diem cretionis*). La *lex Iulia* concede dispensa a la mujer, por muerte del marido, durante un año; por divorcio, 6 meses; aunque según la *lex Papia* los plazos son: de 2 años por muerte del marido y de 18 meses por divorcio. Si lo dejado a los *caelibes* no llega a ser adquirido, se hace *caducum* y, en consecuencia, pasa al Fisco.
- Los *orbi*, esto es, los varones de 25 a 60 años, casados y sin hijos, y las mujeres de 20 a 50 años, casadas y con un número de hijos inferior a 3, si se trata de ingenuas, o de 4, si son libertas, solo pueden adquirir la mitad de las herencias y legados (Gayo, *Inst.*, 2,286^a).
- El *pater solitarius*, parece ser que es el viudo sin hijos y no se sabe en qué límites le alcanza la incapacidad (Ulpiano, *Reg.*, 13).
- Los cónyuges que no tienen hijos de su matrimonio, solo pueden adquirir entre sí una décima. Pero si tienen hijos supérstites de otro matrimonio, tal porción se acrece con tantas décimas como sean los hijos. La mujer puede también adquirir la dote legada por el marido. Los cónyuges son plenamente capaces cuando no tienen la edad a partir de la cual exige la ley que se tengan hijos. Lo mismo ocurre si el marido y la mujer son *cognati* dentro del sexto grado o si consiguen del Príncipe el *ius liberorum*, o si el marido está ausente.

Estas normas fueron más tarde modificadas con fines fiscales, hasta ser derogadas a partir del cristianismo. El Derecho justiniano no conoce otro caso de incapacidad que es el de las *feminae probosae*, a quienes Domiciano había prohibido ya suceder por testamento y abintestato (C. 6,51,1).

C) A su vez, también es preciso que tenga lugar dos momentos o fases:

- La **DELATIO** es el llamamiento u ofrecimiento al heredero para que acepte la herencia, bien de forma testamentaria, bien intestada y forzosa. La llamada actúa en los supuestos de herederos voluntarios ya que, si eran *sui et necessarii*, es decir, los hijos del causante, no necesitaba la llamada o delación puesto que continuaban siendo titulares de los bienes desde el momento de la muerte del padre.

Podían darse distintas causas de la llamada o delación:

1º) Por el testamento: Cuando el causante designa al futuro titular de su patrimonio para después de su muerte, siempre y cuando no fuera *sui et necessarii*.

2º) Por la ley o a falta de testamento (*ab intestato*): Según la ley de las XII Tablas, si el causante moría intestado, se hacía el llamamiento a los hijos, al agnado y a los gentiles. La delación *ab intestato* se la conoce también como “legítima” por estar atribuida por la ley, aunque también se habla de *ex lege* a la sucesión testamentaria (Ulpiano, D.50,16,130). Ahora bien, mientras existe la posibilidad de la llamada testamentaria, no se abre la sucesión *ab intestato*. Por otro lado, son incompatibles la delación testamentaria y la de *ab intestato*, ya que el causante no puede morir de una parte con testamento y otra *ab intestato*. Así, si dispone solo de una parte de la herencia, no se abre para la otra parte la sucesión *ab intestato* y el heredero lo adquiriría todo. Además, el testamento debe contener la institución de heredero y no es válido el testamento que solo contiene legados.

3ª) Por sucesión legítima contra el testamento: Se da a favor de los hijos en contra de lo que dispone el testamento. En una primera etapa, el padre debía instituir herederos a los hijos o desheredarlos expresamente, ya que si no los contemplaba en el testamento éste no producía sus efectos y se abría la sucesión intestada. En una segunda etapa, surge la idea de que el padre que olvida o deshereda a su hijo actúa en forma contraria a su *officium*, esto es, conforme a su deber o responsabilidad y, como resultado, se dio el *testamentum inofficiorum*, concediendo al hijo preterido o desheredado la *querella inofficiosi testamenti* con la que podía anular el testamento.

Si bien la delación de la herencia se produce en el momento que muere el causante, podría ocurrir que también se realizase en un momento posterior cuando la institución de heredero se somete a condición. Mientras la condición no se cumple, sí se admite la solicitud al Pretor de la concesión de la *bonorum possessio secundum tabulas*.

La delación o llamada a la herencia tiene un carácter personal, pues se hace en favor de determinadas personas, de ahí que tenga un carácter intransmisible a los herederos del llamado y en principio tampoco puede enajenarse. Sin embargo, en la sucesión intestada, antes de aceptar la herencia, el agnado puede hacer una *in iure cessio* a favor de otra persona. El heredero testamentario no puede hacer

esta cesión de sus derechos antes de aceptar la herencia, sí podía hacerlo después. La regla de la no transmisión de la delación tuvo posteriormente (época clásica y posclásica) importantes excepciones (v.gr. cuando el llamado ha fallecido sin poder aceptar la herencia, el Pretor concedió una *restitutio in integrum* para que los herederos del fallecido solicitaran la *bonorum possessio*). Todo ello, hizo que Justiniano admitiera de forma general el principio de transmisibilidad de la llamada o *delatio*, disponiendo que, si el heredero legítimo o testamentario ha muerto antes de la aceptación, trasmite a sus propios herederos la facultad de aceptar o renunciar a la herencia, siempre que se realice dentro de un año contado desde que tuviesen conocimiento de la delación (C. 5,30,19).

- La **ADQUISITIO HEREDITATIS** o momento en el que el *heres* se hace cargo de la herencia y entra a funcionar como tal heredero, siendo fundamental la distinción entre los herederos *necessarii* y los *extranei*:

La primera categoría eran los que estaban sometidos a la *patria potestas* o a la *manus* del causante (*heredes sui et necessarii*) y los esclavos propios manumitidos y designados herederos en el testamento (*heredes necessarii*). Todos ellos adquirirían la herencia inmediatamente de ocurrir la delación o llamada a la misma, sin necesidad de que manifestasen su voluntad o consentimiento.

La segunda categoría era la de los herederos que solo adquirirían la herencia si manifestaban su voluntad para ello (**ADITIO HEREDITATIS**). Según Gayo, *Inst.*, 2,167, el heredero extraño o voluntario podía aceptar la herencia mediante tres formas:

1.- La *cretio* → Es la aceptación por la toma de posesión ante testigos de los bienes hereditarios, acompañada de una declaración solemne (*eam hereditatem adeo cernoque*), podía ser impuesta por el testador con el fin de que no se demorase la aceptación, no más de 100 días. En derecho posclásico, se considera como una simple aceptación y, finalmente, es abolida por Arcadio y Honorio (CTh. 8,18,8,1).

2.- *Pro herede gestio* → Se da cuando el heredero toma posesión de los bienes hereditarios y gestiona la herencia como sus propios bienes, tal y como señala Gayo, *Inst.*, 2,167 y Paulo, *Sent.*, 4,8,23.

3.- La simple voluntad de aceptar→ Sin realizar acto alguno de gestión, es decir, con la sola intención de querer adquirir la herencia (Gayo, *Inst.*, 2,167; CI, 6,30,6). Así las cosas, el Pretor regula el plazo de aceptación con el fin de evitar retrasos, estableciendo la institución del “espacio para deliberar” (*spatium deliberandi*), esto es, a petición de los acreedores del difunto, se establece un plazo no menor de 100 días para que el heredero acepte o renuncie a la herencia, presumiéndose la renuncia en el caso de que dejara transcurrir el tiempo sin decir nada. Justiniano, introduce el “beneficio de inventario” limitando la aceptación a lo que resulte beneficioso de la herencia, pero exige que el heredero no podrá acumular el espacio para deliberar, es decir, al heredero solo le queda la posibilidad de elegir el espacio para deliberar o bien el beneficio de inventario, pero no las dos instituciones simultáneamente.

FASE INTERMEDIA ENTRE LA DELACIÓN Y LA ADQUISICIÓN: *HEREDITAS IACENS. USUCAPIO PRO HEREDE.*

Puede ocurrir que entre el llamamiento o delación y la aceptación para la adquisición de la herencia transcurra un periodo de tiempo más o menos largo provocando el nacimiento de un espacio o fase intermedia de tiempo que produzca un vacío en la titularidad de las relaciones hereditarias y convirtiendo a las cosas que conforman la herencia en *res nullius*, esto es, en cosas de nadie. De ahí que, Gayo (D. 1,8,1pr.) nos diga: *...nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt* (“...porque los bienes de la herencia, antes que haya algún heredero, no están en los bienes de persona alguna”). Por consiguiente, esta situación puede dar lugar a la aparición de dos situaciones jurídicas diferentes: la *hereditas iacens* y la *usucapio pro herede*.

LA HERENCIA YACENTE (*HEREDITAS IACENS*) es una situación que da lugar a la formación de una institución jurídica distinta a la herencia vacante. Concretamente, la herencia yacente son bienes en estado de suspensión y de tutela en espera que un heredero acepte, ya que mantiene viva la posibilidad de que exista un heredero que pueda asumir la titularidad de dichos bienes. Cosa diferente ocurre con la herencia vacante, ya que son bienes sin titular (*bona vacantia*) y excluidos de que un heredero los pueda aceptar. Por tanto, el destino de los mismo es pasar bajo la titularidad

de los acreedores de la herencia o para el erario público, según estableció una disposición clásica de la *lex Iulia et Papia Poppaea* (leyes matrimoniales rogadas por Augusto que comprenden: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, ambas del año 18 a.C. y la *lex Papia Poppaea* del año 9 d.C.).

Con todo, este patrimonio hereditario carente *pro tempore* de un sujeto titular provocaba multitud de problemas en orden a los derechos y obligaciones en torno a tales bienes, así como los incrementos y disminuciones en orden a su valor que podían sufrir. En este sentido, la naturaleza jurídica de esta figura evolucionó con distintas etapas:

- a) Originariamente, los bienes hereditarios se consideraban como *res nullum*, como si no tuvieran dueño, tal como vimos establecía Gayo, *Inst.*, 2,9. Por ello, el antiguo *ius civile* admitió la posibilidad de la apropiación posesoria de bienes hereditarios, sin que ello implicase cometer hurto, con la consecuencia de la adquisición de la condición de heredero transcurrido un año desde la toma de posesión, es lo que se conoce como **USUCAPIO PRO HEREDE**, sin necesidad de buena fe y con la finalidad práctica de forzar al heredero voluntario a aceptar la herencia.
- b) Desde el siglo I d.C., la apropiación posesoria de bienes hereditarios permite solo la usucapión, no de todo el patrimonio hereditario, sino de determinados bienes que no los tuviese bajo otro título, como el de arrendatario, depositario, etc., ya que ello iría en contra de la máxima: *nemo sibi causa possessionis mutare potest* (“nadie puede por sí mismo cambiar la causa de su posesión”). Además, un senadoconsulto de la época de Adriano exigió la buena fe en todo supuesto, admitiendo la revocación de la usucapión a favor del heredero contra el que hubiese adquirido la propiedad iniciando la posesión con mala fe. Por su parte, Marco Aurelio tipificó como delito de carácter público (*crimen expilatae hereditatis*) la ocupación dolosa de bienes hereditarios (D.47, 19,1).
- c) El Derecho justiniano, finalmente, regula la *usucapio pro herede* dentro del sistema general de usucapión otorgando la adquisición de la propiedad de las cosas, muebles e inmuebles, que integran el patrimonio hereditario al que ha estado ejerciendo el título de heredero. Así, los efectos de los incrementos y disminuciones patrimoniales de la herencia podían ser atribuidos al que aceptaba ser heredero o, en otras ocasiones, se admitió la ficción de prolongar la vida del

causante hasta el momento de la aceptación de la herencia por el llamado. Por otro lado, y ante la ausencia de un poseedor con aspiración a convertirse en heredero, se admite que es la misma herencia yacente la que hace las veces de titular, tal y como reza en D. 41,1,61pr al decir que: *Hereditas in multis partibus iuris pro dominus habetur* (“En muchas partes del derecho la herencia es considerada como dueño”). En cualquier caso, y mientras estuviera en una situación de herencia yacente, era el magistrado el que debía ejercer un cierto control en orden a los gastos necesarios con cargo a la herencia.

EFFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA: *SEPARATIO BONORUM, IUS ABSTINENDI, BENEFICIUM INVENTARII*.

En un principio, según Gayo, *Inst.* 3,154, a la muerte del *paterfamilias* los *sui heredes* formaban entre ellos una sociedad llamada *consortium ercto non cito* o sociedad de propiedad sin dividir (pues *erctum* significaba propiedad y *ciere* es dividir). De esta forma se creaba una situación de copropiedad o comunidad de bienes en la que cada uno de los miembros de la misma podía disponer de las cosas comunes, obligando a los demás. Por otro lado, tal *consortium* podía cesar en cualquier momento y procederse a la división material de la herencia, bien de forma voluntaria y de común acuerdo entre los herederos, o bien actuando judicialmente mediante el ejercicio por cualquier heredero de la *actio familiae erciscundae* o acción de división de la herencia.

Sin embargo, en el Derecho clásico desaparece el *consortium ercto non cito* y, en su lugar, surge una situación de condominio, en la que cada uno de los coherederos participa en proporción a su cuota.

La división de la herencia, tanto en el antiguo *consortium* como en la más reciente comunidad de bienes, tiene la función de traducir en cosas concretas aquellas cuotas ideales y abstractas que corresponden a cada coheredero. Por tanto, la división de la herencia es el acto que hace cesar la copropiedad o condominio o comunidad para atribuir a cada heredero la titularidad plena de determinadas cosas en lugar de la cuota abstracta.

Como consecuencia de lo expuesto, también hay que destacar que la herencia puede suponer una ventaja patrimonial para el heredero, pero también puede acarrearle graves perjuicios en el caso de que una herencia que contenga más deudas que bienes y créditos, es lo que se conoce como una *hereditas damnosa*. Uno de los efectos que puede producir la aceptación y adquisición (*aditio*) de la herencia es la confusión de la masa

hereditaria con el propio patrimonio del heredero, pudiendo producir perjuicios para el propio heredero (ya que sucede al causante y éste pudo generar muchas deudas) como para los acreedores del difunto (ante la incertidumbre de la honestidad y credibilidad que pueda desprender el heredero como nuevo deudor). Ante estos inconvenientes y en orden a conseguir una mayor seguridad jurídica, el Derecho romano crea determinadas instituciones en favor de herederos y acreedores. Concretamente, podemos señalar las siguientes:

- **SEPARATIO BONORUM**

Como antes se indicó, la adquisición de la herencia da lugar a la confusión del patrimonio del heredero con el recibido del difunto, de manera que los acreedores del difunto pasan a serlo del heredero. Por ello, y con la finalidad de asegurarles el cobro de sus créditos, en un primer momento surgió la posibilidad de que éstos pudieran solicitar al Pretor que –previa *causa cognitio*– obligara al heredero sospechoso de conducta fraudulenta que prestase garantía de que pagaría las deudas hereditarias, dando lugar a la aparición de la ***satisfatio suspecti heredis***. Con ella, si el heredero declarado sospechoso no prestaba la *satisfatio*, el Pretor daba inicio al procedimiento ejecutivo.

Sin embargo, esta medida perdió importancia práctica cuando se introdujo la ***separatio bonorum***, es decir, medida procesal que solicitaban los antiguos acreedores del difunto (nunca la pueden pedir los acreedores del heredero) convertidos en acreedores del heredero y que veían peligrar sus cobros si no solicitaban que no se confundiera el patrimonio del difunto con el heredero. Así, estos acreedores pueden dirigirse contra el heredero para solicitar el cobro de los bienes heredados, pero pierden la posibilidad de poder dirigirse contra el patrimonio del heredero si del heredado no alcanza para el pago de las deudas reclamadas. En el Derecho justiniano se admite que cuando no hayan logrado satisfacerse plenamente con el patrimonio del difunto, puedan dirigirse contra el patrimonio del heredero, siempre que hubiesen sido pagados los acreedores propios de éste (D. 42,6,1,17). Por otro lado, si existen varios acreedores del difunto y unos piden la separación y otros no, los que no la piden han de ser contados con los acreedores del heredero puesto que con su comportamiento demuestran renunciar a ser acreedores del difunto para convertirse en los acreedores del heredero, produciéndose realmente una novación.

La separación puede pedirse al Pretor o al gobernador provincial sin límite de tiempo durante la época clásica y dentro de un quinquenio desde la adición, en el Derecho justinianeo (D. 42,6,1pr y 14).

- **IUS ABSTINENDI**

Dado que los herederos necesarios (*sui et necessarii*) adquirirían automáticamente la herencia sin posibilidad de renunciar a ella y cuando se trataba de una *hereditas damnosa*, el Pretor concedió a estos herederos la facultad de abstenerse de la sucesión. Concretamente, Gayo, *Inst.*, 2,157-160, nos dice -tras explicarnos que los herederos necesarios son llamados así porque, quieran o no, tanto por testamento o por abintestato se hacen herederos al ser, en cierto modo, propietarios de los bienes heredados en vida del padre- que el Pretor les permitió abstenerse de la herencia para que los bienes hereditarios se vendieran en nombre del padre: *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant*. Gayo también nos dice que este derecho es concedido de igual manera a la esposa que está bajo la *manus*, porque está en el lugar de hija, y a la nuera que está bajo la *manus* del hijo, ya que ocupa el lugar de nieta. Finalmente, también lo concede al que está *in causa Mancipi*, es decir, al Mancipado si es instituido heredero y manumitido conjuntamente, siendo así, igual que el esclavo, heredero necesario, aunque no de derecho propio. Sin embargo, el *ius abstinendi* no es otorgado al *heres necessarius*, es decir, al *servus*; pues el que da la libertad e instituye heredero a un esclavo, lo hace con el fin de que, si los acreedores no pueden cobrar, el patrimonio se venda en nombre de este heredero y no en el suyo. Así, la infamia resultante de la *venditio bonorum* no afecta al testador, sino al instituido (Gayo, *Inst.*, 2, 154).

Por otro lado, Pomponio D. 29,2,11 establece: “*Los descendientes impúberos tienen en todo caso la facultad de abstenerse de la herencia; los púberos, en cambio, tan solo en el caso de no haberse inmiscuido en su gestión*”.

- **BENEFICIUM INVENTARII**

El beneficio de inventario fue introducido por Justiniano en una constitución del año 529 (C. 6,30,22) en la que permitía al heredero limitar su responsabilidad, frente a los acreedores de la herencia, a la cuantía del patrimonio hereditario. Concretamente, consistía en que el heredero redactaba -con intervención de un *tabularius* (notario) y

testigos- un inventario de la herencia (Nov. 1,2), comenzando dentro de los 30 días siguientes a su conocimiento de la llamada a la misma y terminando en 60 días a partir del citado plazo (o de un año si los bienes estaban situados lejos), quedando solo obligado *in quantum valere bona hereditatis* y protegiendo de esta forma su patrimonio particular (C. 6,30,22).

El beneficio de inventario fue y es una institución jurídica muy útil en este ámbito del Derecho sucesorio ya que se ha mantenido en el tiempo llegando a nuestros días, como puede apreciarse su supervivencia en los arts. 1010 y ss. de nuestro Código civil.

CONSECUENCIAS DE LA PLURALIDAD DE HEREDEROS. - DERECHO DE ACRECER. - PARTICIÓN. - COLACIÓN.

La designación de varios herederos origina especiales disposiciones, de las cuales:

- a) Unas se refieren al caso de que uno o varios de los herederos no puedan adquirir la herencia→ Derecho de acrecer
- b) Otras hacen alusión al reparto de la herencia adquirida entre los varios herederos→ Partitio hereditatis
- c) Por último, las que procuran un reparto lo más equitativo posible entre los herederos, dado que algunos han podido verse beneficiados en vida del difunto al anticiparle éste a alguno de aquellos parte de los bienes de la herencia→ Collatio

En cuanto al **DERECHO DE ACRECER**, la noción del *ius adcrescendi* tiene en el Derecho romano una amplitud mayor que en la actualidad, ya que en virtud del principio que vimos *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, al heredero llamado solo a una parte se le acrece con el resto hasta la totalidad, cuestión que no ha pasado a los Códigos modernos.

Por tanto, el acrecimiento (*ius adcrescendi*) tiene lugar tanto en la sucesión *ab intestato*, como en la sucesión testamentaria:

- En la sucesión *ab intestato*, cuando varias personas son llamadas a la sucesión y alguna de ellas no quiere o no puede aceptar, la cuota vacante acrece a los otros coherederos por partes iguales. Suele suceder cuando un heredero es declarado incapaz o ha renunciado a la herencia. También se produce si ha

muerto antes de la aceptación ya que, si muere inmediatamente después de la aceptación, no hay acrecimiento para los otros coherederos, porque lo que se produce es la transmisión de la cuota del fallecido a sus propios herederos.

- En la sucesión testamentaria, si entre los herederos instituidos hay alguno que falta, su parte acrece a los restantes. Ahora bien, podemos distinguir diversos supuestos según vemos en Paulo, D. 50,16,142:
 - Si el testador hubiese instituido herederos en partes iguales, el hecho de que uno de ellos no pueda o no quiera heredar hace que su parte acrezca en partes iguales a los demás.
 - Si el testador hubiese instituido en partes desiguales a los herederos, el acrecimiento es diferente. Si el testador hubiese instituido conjuntamente a varios herederos en una misma cuota como puede ser, por ejemplo, instituir a Ticio y a Nevio en la mitad de la herencia y a Lucio en la otra mitad, si Nevio no llega a heredar, su parte solo acrecía a Ticio ya que compartían conjuntamente la misma cuota. Solo si Ticio y Nevio no llegaban a heredar, entonces su parte sí acrecía a la de Lucio.

Por consiguiente, en Derecho romano el acrecimiento era esencial ya que, si alguno de los herederos instituidos faltaba y dado que no se admitía la concurrencia de la sucesión testada con la intestada, era siempre necesario atribuir la cuota vacante a los herederos testamentarios, siempre y cuando hubiese al menos uno de ellos designado por el causante. En el supuesto de que faltasen todos, entonces se abría la sucesión abintestato.

El derecho de acrecer es regulado en nuestro Código civil en sus arts. 981 y ss. con los mismos criterios que lo hacía el Derecho romano tanto para la sucesión testada como para la sucesión abintestato.

La **PARTICIÓN** se produce cuando se da una pluralidad de herederos o coherederos para la misma comunidad hereditaria, pudiendo cesar esta situación desde el momento que los solicitase cualquiera de los coherederos. Dicha partición podía realizarse de mutuo acuerdo entre los coherederos o bien por la vía judicial mediante la *actio familiae erciscundae*, clasificada entre las acciones mixtas y de buena fe, por la que

confería al juez la facultad de hacer a cada coheredero *dominus* de las cosas que se le atribuían en la *adiudicatio* y con las posibles *stipulationes* a las que acordasen.

En la actualidad se designa con el nombre de **COLACIÓN** a la obligación que tienen los herederos forzosos de aportar a la masa hereditaria (o tener en cuenta en ella el valor) las donaciones que en vida les hubiera hecho el causante. Su finalidad es impedir que se produzca una injusta desigualdad entre los herederos cuando aceptan y reciben o reparten la herencia tras el fallecimiento del causante, ya que en ese reparto hay que tener presente qué herederos se vieron más beneficiados que otros en vida del causante.

Ahora bien, en Derecho romano la colación sufrió diversas etapas en su desarrollo:

A) *Collatio bonorum* llamada también *collatio emancipati* → Cuando el Pretor llamó a los hijos emancipados durante la vida del causante, podía darse el caso que éstos concurriesen a la herencia junto con los *sui*, esto es, los que estaban sometidos aún a la *potestas* del *pater*. Esta situación desencadenaba una gran desigualdad, ya que mientras los *sui* todo lo que adquirirían era para el *pater* incrementando la masa hereditaria a la que posteriormente también acudían los emancipados, éstos antes de la muerte del causante adquirirían para ellos mismos y no para el *pater* y, de esas adquisiciones, tampoco participaron beneficiándose los *sui*.

Para remediar esta desigualdad entre *sui* y emancipados, el Pretor exigió a los emancipados a realizar la *collatio bonorum*, es decir, aportar a la masa hereditaria todo lo que hubiesen adquirido ya emancipados y que, por tal motivo, no aportaron al patrimonio del *pater*, como futura masa hereditaria (D. 37,6,1pr).

B) *Collatio dotis* → Se da cuando el Pretor obligó a la hija casada a colacionar lo que hubiese recibido como dote, para poder así obtener la *bonorum possessio*. A diferencia de la *collatio bonorum* que intentaba evitar la desigualdad entre descendientes emancipados y los que seguían *in potestate*, la *collatio dotis* pretendía la igualdad entre todos los descendientes en general, sin distinciones, evitando las adquisiciones a título gratuito provenientes del *pater*.

C) La colación justiniana origen de la colación moderna → El emperador León, en el año 472 (C.6,20,17) estableció que los descendientes que sucedan *ab intestato* o *contra tabulas*, deben aportar a los coherederos la dote y la *donatio ante nuptias* que hayan recibido del ascendiente, sin distinguir si el heredero era o no emancipado, porque consideraba que cualquier descendiente debía tener igualdad de trato respecto a las liberalidades relativas al matrimonio recibidas del *pater*. Justiniano amplía este principio en orden a cualquier donación del ascendiente.

Así, tanto la colación justiniana como la moderna del art. 1035 del Código civil se funda en el principio que la ley considera que el difunto habiendo hecho liberalidades a un descendiente, no quiso proporcionarle una ventaja definitiva y absoluta respecto a su herencia, frente a los otros descendientes que concurren a su sucesión. En definitiva, se pretende que en la cuota que corresponde a cada uno, sea por ley o por testamento, venga computada la liberalidad realizada por el ascendiente.

REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA.

La repudiación o *repudiatio* es la renuncia a la herencia deferida. Dicha renuncia solo es admisible para el heredero extraño o voluntario, ya que solo a él le es ofrecida por la delación la posibilidad de adquirirla.

No está sujeta a una forma determinada ya que se rige para su validez por los mismos principios de la aceptación. Al igual que la aceptación, la renuncia es irrevocable, aunque los menores pueden pedir la *restitutio in integrum*. Si media *dolo*, el renunciante dispone de la *actio doli* y, si se da violencia, puede ejercitar las *actiones utiles* o la *actio metus*, según el caso y circunstancia.

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS.

Aunque el heredero se ubica en la misma situación jurídica del causante, sustituyéndolo en todas sus relaciones jurídicas, sin embargo y a diferencia del difunto cuenta ahora con algunas acciones basadas específicamente en su condición de heredero.

Concretamente, el *ius civile* protege al heredero mediante la *hereditatis petitio*, mientras que el Pretor concede al *bonorum possessor* el *interdictum quorum bonorum*.

- A. ***Hereditatis petitio*** → La petición de la herencia es una acción real, semejante a la *reivindicatio*, que el heredero puede ejercitar contra cualquier poseedor para le sea reconocido su derecho a la herencia y, por consiguiente, la restitución de las cosas hereditarias.

El objeto de la petición de la herencia no consiste en una o más cosas corporales, sino en la herencia misma, esto es, la totalidad de un patrimonio independiente de sus bienes concretos. Por ello, el heredero puede reclamar con ella, no solo cosas sino también créditos, para los cuales sin esta acción no tendría más remedio que recurrir a una acción personal.

El demandante tiene que ser el heredero civil, mientras que el demandado no sólo el que posee las cosas hereditarias con la pretensión de hacerlas como heredero (*pro herede*), sino también el poseedor que posee las cosas hereditarias sin más título que la posesión (*pro possessore*). En cualquier caso, el demandado es siempre el que se opone de hecho al derecho hereditario del actor.

La *hereditatis petitio* fue también regulada reforzando su carácter de *actio in rem* por medio del *Senadoconsultum Iuventianum*, del 129 d.C. que, si bien nació para resolver la *vindicatio caducarum* en favor del *aerarium*, pronto se extendió su aplicación a las causas hereditarias privadas haciendo especial distinción entre el poseedor de buena o mala fe en orden a exigirle la cuantía en sus responsabilidades. Finalmente, Justiniano consolidó la *hereditatis petitio* como una *actio mixta in rem quam in personam*, incluyéndola entre los juicios de buena fe.

- B. ***Interdictum quorum bonorum*** → Dado que el *bonorum possessor* no podía ejercitar la acción de petición de herencia (*hereditatis petitio*), el Pretor le concedía este interdicto contra el que poseía las cosas corporales hereditarias, bien *pro herede* bien *pro possessore*, con el único fin de que el *bonorum possessor* obtenga la restitución (Gayo, *Inst.*, 4.34). El Derecho justiniano protegió también al *bonorum possessor* con la *hereditatis petitio possessoria* (Ulpiano, D. 5,5,1; Gayo, D. 5,5,2).

6.2.- Sucesión testamentaria: Concepto del testamento romano.- Capacidad para testar.- Historia de las formas de testamento.- Testamentos especiales.- El codicilo.- Contenido del testamento: La institución de heredero: Capacidad y modalidades.- La sustitución: Concepto y clases.- Legado: Concepto, clases, sujetos y objeto.- Adquisición del legado.- Limitación a la facultad de legar: La *quarta Falcidia*.- Prelegado.- Fideicomiso: Concepto y evolución histórica.- Fideicomiso de herencia.- Sustitución fideicomisaria.- Fideicomiso de familia y de residuo.- Fideicomiso de libertad.- Interpretación, ineficacia y revocación de las disposiciones testamentarias.

CONCEPTO DEL TESTAMENTO ROMANO

El *testamentum*, desde un punto de vista etimológico, según hace referencia Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 7,12,2 se remonta a Servio Sulpicio y posteriormente apreciamos en Justiniano, *Inst.*, 2,10, recibe dicho nombre de *testatio mentis*, esto es, significa “testimonio de la voluntad”. Es una institución muy antigua y genuinamente romana; ya que, en otros sistemas jurídicos de la antigüedad, como es en el griego o en grecoegipcio, falta una institución de heredero en el sentido romano. Solo tienen dos instituciones: adopción y simple disposición de bienes, pero faltan otras muchas figuras jurídicas que hacen del sistema romano un ordenamiento jurídico realmente genuino.

En las fuentes encontramos dos definiciones de testamento con contenidos similares:

- Ulpiano, *Reg.*, 20,1,: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter factum, ut post mortem nostram valeat* (“El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha con la forma y solemnidad debida, para que surta efecto después de nuestra muerte”)-
- Modestino, D. 28,1,1: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* (“El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad, respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte”).

En ambas definiciones se puede apreciar que no mencionan el contenido principal del testamento, es decir, si bien es cierto que es una institución *mortis causa* que expresa la voluntad del testador, sin embargo no hace ninguna referencia del motivo que encierra el que el testador exprese dicha voluntad y que no es otra que la de nombrar uno o varios herederos; ya que la finalidad esencial de la familia romana es asegurar la continuidad del grupo mediante la designación un nuevo *paterfamilias* (o nuevos *patresfamilias*) que asumiera (o asumieran) la responsabilidad sobre el patrimonio y las personas que conformaban la nueva o nuevas familias que surgiesen. En este sentido, Ulpiano en D. 50,16,195,2 nos recuerda que tras la muerte de dicho *pater* los que estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias y todos los *filius* comienzan a ser *paterfamilias*, mientras que la mujer no puede ser *paterfamilias* ya que ella es cabeza y fin de su familia al no poder tener a nadie bajo su potestad (D.50,16.195,5). Así, se produce la formación de la *familia proprio iure* (conjunto de personas sometidas a la única potestad del *pater*) y de la *familia communi iure* (formada por todas aquellas familias cuyos *patresfamilias* estuvieron bajo la potestad del anterior *pater* antes de su muerte).

Por consiguiente, partiendo de las definiciones mencionadas y de su desarrollo en las fuentes, se puede deducir que las características del testamento romano son las siguientes:

1º) Es un acto solemne y de última voluntad, por la que se nombra uno o varios herederos y se pueden realizar otras disposiciones de carácter patrimonial o personal (donaciones, nombramientos de tutores, etc.).

2º) Es un acto jurídico propio de los ciudadanos romanos regulado por el *ius civile*.

3º) Un acto carácter personalísimo y unilateral, ya que para su perfección no exige el concurso de otras voluntades y, por otro lado, puede revocarlo mientras viva el testador.

La apertura y publicación del testamento se realizan respetando una serie de formalidades:

- El testamento se abre dentro de un plazo de 3 a 5 días, a contar desde la muerte del testador.
- Se realiza ante la autoridad pública (la *statio vicesimae* u oficina recaudatoria del impuesto sobre las herencias).

- Tienen facultad para intervenir los allegados más próximos del difunto, así como las personas a quienes el depositario del testamento (el testamento suele ser confiado a un amigo o a un templo) indique como probables herederos.
- Están obligados a comparecer los testigos que lo suscribieron, o la mayoría de ellos, y si no es posible que asistan, basta con la presencia de personas honorables.
- Reconocidos por los testigos los sellos, se rompe el *linum*, se disocian las *tabulae* y se procede a la lectura pública de su contenido (*recitatio*).
- Se hace una copia del testamento, se levanta acta de toda la ceremonia, se procede a signarlo con el sello de la autoridad, para que quede depositado *in archivum*.

La *lex Iulia de vicésima hereditatum*, de la época de Augusto, reguló por primera vez el procedimiento de apertura y publicación del testamento. Estableció el impuesto del 5% del valor de la herencia, por lo que era necesario esta ceremonia a los efectos de inspección fiscal. Los preceptos de esta ley fueron acogidos en el Edicto pretorio y posteriormente desarrollados por las constituciones imperiales y la práctica administrativa.

CAPACIDAD PARA TESTAR

Además de la capacidad de ser heredero, esto es, **libre, ciudadano y sui iuris**, en la sucesión testamentaria, las nuevas instituciones -producto de la evolución social y política- tuvieron como resultado que también tuviese capacidad para testar:

1º) Por la importancia que fue adquiriendo la institución del peculio, se le otorgó capacidad de testar a los ***filius familias*** con respecto al peculio castrense y quasi castrense; a **algunos esclavos**; en época clásica a los *servi populi romani* respecto a la mitad del peculio y en el Derecho justiniano a los *cubicularii* (eunucos de la Corte). Sin embargo, son incapaces de testar los impúberes, ni aún con la *auctoritas* del tutor; tampoco los locos; ni los pródigos. En el Derecho justiniano y como resultado de la influencia del cristianismo, no pudieron testar ni los herejes e infieles. En cuanto a los sordomudos, si no lo eran de nacimiento, se admitió que pudieran hacer testamento por escrito.

2º) **Caso especial es el de la mujer** ya que, mientras estuvo en vigor el primitivo testamento comicial, dado que la mujer no tenía acceso a tales asambleas, no pudieron

testar. Por otro lado, a la muerte del *paterfamilias*, la mujer quedaba sometida a la *potestas* de los agnados, pero ello no impedía la posibilidad de que pudiera hacer testamento (de igual manera que le ocurría a los *filiusfamilias*) por medio del mecanismo de la salida de la *potestas* familiar y pasar a ser *sui iuris* mediante la emancipación mediante una *coemptio fiduciaria* seguida de una *mancipatio* y una posterior manumisión (Gayo, *Inst.*, 1,115a; 132a; 137). Posteriormente, habiéndose transformado esta *potestas* en tutela, se admitió que la mujer púber *sui iuris* pudiera hacer testamento con la *auctoritas* de cualquier tutor legítimo, testamentario o fiduciario. Por otro lado, no era exigida dicha *auctoritas* para la *bonorum possessio* (salvo que la mujer tuviese herederos legítimos) ni para las mujeres que gozaban del *ius liberorum*. Desaparecida la tutela agnaticia por el emperador Claudio no fue necesario acudir al remedio de la *coemptio fiduciaria* y un senadoconsulto de la época de Adriano lo suprimió plenamente, según nos dice Gayo, *Inst.*, 1,115a. Por su parte, las *libertas* pudieron otorgar testamento *per aes et libram* sin ninguna restricción. Mientras que las vestales, en cuanto que habían salido de la *potestas* del *pater*, pudieron siempre hacer testamento sin la interposición de la *auctoritas* (Gayo, *Inst.*, 145; Ulpiano, *Reg.*, 10.1).

3º) La capacidad de testar se requiere tanto en el momento de testar como en el tiempo de la muerte, salvo para el que muriese en prisión de guerra en virtud de la ficción contenida y admitida en la *lex Cornelia de captivis* (de fecha incierta, pero de época de Sila) ya que consideraba muerto al prisionero, no en el momento real de su muerte, sino en el momento justo anterior a su captura, con el fin de dar validez al testamento si antes de caer en prisión tenía plena capacidad. El testamento de un incapaz no se convalida, aunque luego llegase a ser capaz (I.2,12,5).

HISTORIA DE LAS FORMAS DE TESTAMENTO

El *ius civile* reguló tres formas de testamento:

- A) *Testamentum calatiis comitiis* → Es una forma de testamento que se realiza ante el pueblo reunido en los comicios curiados. Se realizaba en tiempos de paz, convocados los comicios dos veces al año y presididos por el *pontifex maximus* o por el *rex sacrorum*, como delegado del anterior. El acto se realizaba oralmente por el disponente, mientras que el pueblo reunido en dicha asamblea podía actuar como testigo o bien mostrar su aceptación, según las distintas opiniones

doctrinales. Las dificultades que encerraba la convocatoria y reunión de la asamblea o comicios curiados hizo que, muy pronto, fuese sustituida por la convocatoria de 30 lictores en representación simbólica de dicha asamblea.

- B) Testamentum in procintu → Conocido como testamento en pie de guerra, se realizaba cuando se tomaban las armas para ir a la guerra, ya que *procintu* se denomina así cuando el ejército está armado y dispuesto para la guerra. Se hacía oralmente sustituyendo la asamblea curiada por el ejército. Ahora bien, dicha declaración oral perdía su validez una vez que el testador volvía de la campaña. En tiempos de Cicerón (s. I a.C.) es un mero recuerdo histórico (*De nat. Deorum*, 2,39).
- C) Testamentum per aes et libram → Llamado “testamento por el bronce y la balanza”, fue un testamento que, según Gayo, *Inst.*, 2,202, se añadió a los anteriores predominando frente a ellos antes de finales de la República. Consiste en el acto solemne de la *mancipatio*, por la que el disponente vendía sus bienes a una persona de su confianza (*mancipatio fiduciae*), en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos. El adquirente recibía los bienes en **custodia** comprometiéndose a entregarlos a quien había designado el disponente. Por tanto, esta solemnidad testamentaria tenía por finalidad, no el inmediato traspaso de un dominio más o menos efectivo, sino que el fiduciario (como persona de confianza del testador) procurase que se hiciera efectiva la voluntad de dicho testador y que no era otra que entregar dichos bienes a la persona que hubiese sido designada como *heres*. Por consiguiente, el adquirente no era heredero, pero como establece Gayo, *Inst.*, 2,103, “conseguía la situación de heredero”; mientras que las personas designadas en el *pactum fiduciae* no eran sucesores del testador sino adquirentes del *emptor* o comprador. Desaparecidas las dos formas más antiguas, queda solo esta forma de testamento, según Gayo, *Inst.*, 2,104, siendo lo esencial las palabras o declaraciones en las que el testador ordenaba sus disposiciones (podían transmitirse solo cosas corporales, pero no derechos ni obligaciones) y, sobre todo, designaba un heredero. En una primera etapa, dichas palabras o declaraciones serían orales (*nuncupatio*); después fue usual que se escribiesen en las tablillas enceradas presentándolas a los testigos para que las autentificasen con sus sellos. Así se respeta el secreto de las disposiciones del testador, pudiendo éste revocarlas simplemente rompiendo

dichas tablillas. La mujer podía realizar los actos testamentarios con intervención del tutor. Por otro lado, y a pesar de la mayor difusión del testamento escrito, se sigue admitiendo el oral o *nuncupatio*, coexistiendo ambos, según nos informa Ulpiano, D. 28,1,21pr.; e, incluso, la forma oral en algunos caso puede ser la única válida antes supuestos de incapacidad física, por ejemplo, cuando el testador no tuviera manos, Paulo, D. 28,1,10.

D) Con el ***ius honorarium*** se admite el testamento pretorio, esto es, el Pretor concede la posesión de los bienes, conforme al testamento (*bonorum possessio secundum tabulas*, D. 37,11), al que se encuentre designado como heredero en tablillas o escritos sellados por las 7 personas que intervenían en la *mancipatio* (cinco testigos, más el *libripens* y el *emptor*, Gayo, *Inst.*, 2,119) y se prescinde de la celebración de ritos y de la declaración formal del disponente. En el **Derecho clásico** coexiste el testamento civil y el pretorio u honorario. Si se da un litigio entre el heredero civil y el pretorio, prevalece el primero; pero a partir de un rescripto de Antonino Pio se concede al heredero pretorio una excepción que podría dejar sin efectos la petición del heredero civil (Gayo, *Inst.*, 2, 120). Por otro lado, si existen dos testamentos, uno civil y otro pretorio, se consideran de igual valor, ya que con respecto a la revocación se establece que el testamento posterior revoca al presente, según Ulpiano D., 28,3,2.

E) En el **Derecho posclásico**, la legislación imperial (principalmente con las reformas de Teodosiano II) resuelve el dualismo de formas civiles y pretorias estableciendo para el testamento con eficacia civil requisitos análogos a los estimados por el pretor. De ahí que, **Justiniano** teniendo presente el origen del derecho civil, pretorio y el de las constituciones imperiales, llame a la nueva regulación del testamento como *tripertitum* pero distinguiendo dos clases de testamento:

TESTAMENTO PRIVADO→ Requiere:

- La presencia de 7 testigos rogados (invitados expresamente para actuar como tales), voluntarios y capaces (carecían de capacidad los no ciudadanos romanos, los locos, impúberes, los sordomudos, las mujeres y los *intestabiles*).
- *Unitas actus*, es decir, que el otorgamiento se realice sin interrupción y simultáneamente con la presencia de los testigos.

- Podía ser “oral” (si el testador, viéndolo los testigos, hablando en su idioma y con voz inteligible, expresaba su última voluntad); aunque normalmente y como medio de prueba este testamento se solía redactar en un acta escrita denominada *testamentum nuncupatum in scripturam redactum*.
- También podía ser “escrito” (si el testador presentaba a los testigos el documento con la última voluntad en el expresada). Este testamento podía ser, a su vez, “ológrafo”, si lo había escrito el mismo testador, o bien “alógrafo” si lo redactaba persona distinta del testador.

TESTAMENTO PÚBLICO → Podía ser de dos formas:

- *Testamentum apud acta conditum*, realizado ante la autoridad judicial o municipal, levantando acta de las manifestaciones y palabras del testador.
- *Testamentum principi oblatum*, se entregaba escrito para ser registrado y custodiado en los archivos imperiales.

TESTAMENTOS ESPECIALES

Son aquellos que establecen una forma distinta de la ordinaria y, salvo el militar, todos aparecen en época posclásica. Concretamente, son los siguientes:

- A) EL TESTAMENTO DEL CIEGO → Requiere siete testigos, un tabulario (notario) encargado de redactar por escrito las disposiciones del testador, o bien un octavo testigo.
- B) EL TESTAMENTO DEL ANALFABETO → Requiere también un octavo testigo.
- C) EL TESTAMENTO HECHO EN ÉPOCA DE EPIDEMIA → Se dispensa la simultaneidad de la presencia de los testigos.
- D) EL TESTAMENTO *RURI CONDITUM* → Otorgado fuera del núcleo urbano y en el que solo se exigía cinco testigos.
- E) EL TESTAMENTO ESCRITO Y OLÓGRAFO DEL PADRE → En favor de los hijos y que no necesita testigos.
- F) EL TESTAMENTO MILITAR → Iniciado por Julio César y reformado posteriormente por Tito, Domiciano, Nerva y Trajano, con el que se admite que los soldados “*hagan sus testamentos como quieran y como puedan y basta la simple voluntad del testador para la distribución de sus bienes*”, Ulpiano D. 29,1,1pr. Con todo, este tipo de testamento se caracteriza por lo siguiente:

- El militar solo puede disponer en parte de su herencia, dejando el resto para que se abra la sucesión intestada, dado que en este tipo de testamento no se aplica la incompatibilidad de parte testada y parte intestada.
- No se aplica el principio “una vez heredero, siempre heredero” (*semel heres semper heres*) y puede instituir herederos bajo condición o término o realizar instituciones sucesivas (Ulpiano, D. 29,1,25,4; Trifonino, D. 29,1,41pr).
- Puede asignar la herencia a dos personas como si se tratase de dos herencias, pero a quien se le asigne una de ellas no tiene ningún derecho ni obligaciones con respecto a la otra (Gayo, D. 29,1,17,1; Papiniano, D. 16,2,16pr).
- Puede instituir heredero de una cosa determinada y para el resto se abre la sucesión intestada, no dándose el derecho de acrecer si él no lo ha querido (Papiniano, D. 29,1,12; Paulo D.29,1,37).
- Podía disponer legados sin que tengan la reducción de la *lex Falcidia* (Gayo, D. 29,1,17,4; Trifonino, D.29,1,18).
- El *filiusfamilias* militar puede testar respecto a su peculio castrense (Ulpiano, D. 49,17,2; D. 10,2,2,2; I. 2,12pr).

En la **época clásica** este régimen especial de testamento se aplica a todos los militares de tierra y mar; y desde que entran en filas hasta un año después de la fecha de la licencia (Ulpiano, D.29,1,42; Epitome Ulpiano, 23,10). **Justiniano** lo limita al tiempo que estuviesen en campaña (C. 6,21,17; I, 2,11pr).

EL CODICILO

El *codicillus* (pequeño código) es un escrito informal emitido por el testador para completar su testamento, a modo de apéndice y en que contenía disposiciones de última voluntad (legados, manumisiones, nombramientos de tutores, revocaciones de disposiciones), aunque en ningún caso podía contener institución o desheredación de heredero (Gayo, *Inst.*, 2,273). Los codicilos abintestato sólo pueden contener fideicomisos, que deben respetar los herederos legítimos

Tienen su origen en época de Augusto (I. 2,25pr) y su práctica fue muy difundida. Los codicilos testamentarios se consideran como parte del testamento (Gayo, D. 29,3,11) y si la herencia no se acepta, los codicilos no tendrían efecto (Juliano, D.29,7,3,2).

Los codicilos confirmados por un testamento –anterior o posterior a ellos– se consideran parte integrante del mismo, pero los no confirmados solo pueden contener

disposiciones fideicomisarias, así como la revocación de las mismas. Por otro lado, la confirmación del codicilo en el testamento debe hacerse de forma imperativa, ya que si las expresiones usadas tienen un sentido de simple ruego, se considerarían como fideicomiso.

Al considerarse el codicilo como un testamento más sencillo, surge la costumbre (a partir de Marco Aurelio especialmente) de que el testador incluya en el testamento la llamada “cláusula codicilar” en la que declara que, aunque el testamento fuese ineficaz, valiese como codicilo (Ulpiano, D.29,1,3; D. 29,7,2). Sin embargo, esta cláusula no es eficaz cuando la invalidez del testamento se debe a falta capacidad, o de voluntad o a vicios de contenido. Con esta cláusula codicilar se trata de subsanar los defectos formales del testamento, la omisión de la *heredis institutio*, la ineficacia consiguiente a la no aceptación de la herencia.

Si bien en época clásica no se requería una forma especial para el codicilo, sin embargo a partir del periodo posclásico si van surgiendo formas legales, debido a la confusión entre testamento y codicilo ya que en ambos se exige un número de testigos. Así, Constantino exige para los codicilos abintestato la presencia de cinco o siete testigos (C. Th. 4,4,1); Teodosio II extiende al codicilo el régimen formal del testamento, disponiendo la intervención de siete testigos (C. Th. 4,4,7) y Justiniano mantiene lo exigido por Teodosio II pero limita el número de testigos a cinco para el codicilo y siete para el testamento.

CONTENIDO DEL TESTAMENTO:

• LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO: CAPACIDAD Y MODALIDADES

La institución de heredero es la cláusula testamentaria realizada por el testador designando a una o a varias personas el título de heredero (*heres*). En cuanto a los requisitos para ser heredero hay que distinguir tres tipos especiales en Derecho Romano:

- A) **La necesaria**, en general, para que una persona pueda ser designada, se exige: Para el varón, ser hombre libre, ciudadano y *paterfamilias*. Para la mujer, libre, romana y *sui iuris*. Por tanto, ni la muerte de un esclavo, ni la de un *perergrinus*, ni la de un *filius* o *filiastfamilias* daban lugar a la *successio mortis causa*. Sin

embargo, con el tiempo se admitieron algunas excepciones en la sucesión testamentaria: los *servi populi romani*, *cubicularii* (esclavos eunucos de la Corte Bizantina) y a los *filiusfamilias* con respecto a sus correspondientes peculios. La capacidad de tener heredero se aprecia para la sucesión abintestato en el momento de la muerte. En cambio, en la sucesión testamentaria se exigía una capacidad ininterrumpida desde que se hacía testamento hasta que fallecía el testador. En el Derecho justiniano, siguiendo el criterio del pretor en la *bonorum successio*, basta tener capacidad en ambos momentos, aunque entre medias se dejase de ser libre, ciudadano y *paterfamilias*. Por consiguiente, En la primera categoría de incapaces estaban, tanto en la testamentaria como en abintestato: los *peregrini* (o *barbari* en época posclásica); los hijos de condenados por delitos de alta traición (*perduelles*) y, a partir del cristianismo, los apóstatas y herejes. Si bien los esclavos no podían ser herederos en la sucesión abintestato; sin embargo, sí era posible por testamento tanto a los esclavos propios (los cuales se entendían manumitidos) como a los ajenos (que adquirirían la herencia para su *dominus* y con la voluntad de éste).

- B) **El *ius capiendi* o *capacitas***, es decir, que el heredero que ha sido capaz y llamado no se encuentre en algunas de las situaciones de las diversas leyes impedían la adquisición de la herencia para la sucesión testamentaria. Incapacidades que desaparecieron casi en su totalidad en época justiniana.
- C) **Ausencia de *indignitas***, es decir, que el heredero no muestre comportamientos considerados indignos surgidos, principalmente, a partir del Principado, y que otorgaban al Fisco el poder adquirir los bienes de la herencia. Concretamente, siguiendo a Bonfante, podemos distinguir distintos casos de *indignitas*:
- Las que suponen faltas contra la persona del difunto (atentado contra su vida, ataques a su honor, etc.)
 - Comportamiento contrario a la voluntad del *de cuius* (destrucción o impugnación infundada de su testamento, incumplimiento de legados, violencia o dolo para inducirle a hacer testamento, etc.)
 - Conducta ilegal del heredero (cuando es el cónyuge de un matrimonio prohibido, como el del magistrado con una mujer de provincia, o el del tutor con la pupila).

- **LA SUSTITUCIÓN: CONCEPTO Y CLASES**

Se llama *heres substitutus* al que es instituido heredero en segundo lugar, para el caso de que el primero instituido no llegue a ser heredero.

El Derecho romano conoció cuatro clases de sustitución: La sustitución vulgar, la sustitución pupilar, la sustitución cuasi pupilar y la sustitución fideicomisaria, de la que hablaremos tras el estudio del fideicomiso

A) **SUSTITUCIÓN VULGAR** → Es una institución de heredero suspensivamente condicionada, es decir, el sustituto será heredero en tanto en cuanto no llegue a serlo el instituido en primer término (*Titius heres esto. Si Titius heres non erit, Stichus heres esto*) (I. 2,15), bien por imposibilidad o por su propia decisión de voluntad ante supuestos de herederos extraños. En consecuencia, no se trata de que una persona suceda “después de otra”, sino “en lugar de otra”. De ahí que, la institución de heredero y la sustitución sean dos figuras jurídicas que se excluyen recíprocamente, puesto que la entrada del sustituto es como resultado de la falta de adquisición por parte del primer instituido. Según una ley de Constancio (C. 6,9,9) establece que es posible que el sustituto acepte la herencia antes de la renuncia del instituido, pero dicha aceptación siempre queda supeditada a la propia renuncia. Finalmente, el testador puede nombrar un solo sustituto para un solo instituido, o un solo sustituto para varios instituidos, o recíprocamente entre sí a los varios que han sido instituidos herederos.

B) **SUSTITUCIÓN PUPILAR** → Consiste en el nombramiento de un heredero al propio hijo impúber, para el caso de que éste muera antes de alcanzar la pubertad y, consiguientemente, en un momento en que todavía no puede testar. De este modo, haciendo testamento el *paterfamilias* en lugar del *filius* (se admite también un sustituto al póstumo), se evita la apertura de la sucesión abintestato. El sustituto no sólo hereda los bienes procedentes del testador, sino también los que, por otra vía, adquirió el *filius* después de la muerte del *pater*. Si al principio la sustitución debía hacerse en el mismo testamento por el que el *pater* ordena su propia sucesión, es costumbre prevalente en la época clásica que se realicen dos documentos separados:

- Uno para la herencia del *pater*
- Otro para la herencia del *filius*

Admitida la posibilidad de otorgar dos testamentos, el que contiene la sustitución solo es eficaz si no resulta inválido el principal, es decir, aquel por el que se nombra heredero para sí. En ciertos aspectos, se considera que la herencia del *pater* y la del *filius* forman un solo patrimonio, de manera que el sustituto no puede aceptar una y repudiar la otra y si es *heres necessarius* del primero, lo será también del segundo.

La sustitución pupilar pierde su eficacia:

- Cuando el impúber sale de la potestad paterna en vida del testador
- Si alcanza la pubertad
- Si sobreviene su incapacidad
- Si el sustituto muere antes que el instituido
- Si el sustituto olvida nombrar un tutor al impúber tras la muerte del *pater*
- Si el testamento paterno es inválido.

C) SUSTITUCIÓN CUASI PUPILAR → Los ascendientes paternos o maternos de un *furiosus*, después de haberle instituido en la cuota legítima, pueden nombrarle un heredero para el caso de que muera sin haber recobrado la razón. El sustituto debe ser designado entre los descendientes del enfermo, o entre los propios descendientes si faltasen los primeros. Cuando no existieran ni unos ni otros, cabe la libre elección. El sustituto adquiere tanto la herencia del ascendiente como la del *furiosus*. Cesa este tipo de sustitución:

- Cuando el *furiosus* recobra la capacidad.
- Cuando el *furiosus* fallece antes que el testador.
- Cuando el testamento resultase inválido.

D) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA → El testador puede ordenar un fideicomiso encargando al fiduciario, no que restituya inmediatamente la herencia, o parte de ella, al fideicomisario, sino que disfrute y conserve dicha herencia y sólo a su fallecimiento pase ésta al fideicomisario. La fórmula nos viene dada por Gayo, *Inst.*, 2,277 al decirnos: “*Cuando muera mi heredero Ticio, quiero que mi herencia pertenezca a Publio Mevio*”. Aunque puede parecerse a la sustitución

pupilar, sin embargo, se diferencia de aquella porque en ésta hay un llamamiento sucesivo a la herencia (*ordo successivus*), es decir, el heredero llamado en primer lugar no puede en vida disponer libremente de la herencia, sino que ha de conservarla para que pase al fideicomisario. Así, el fideicomisario sucede, no en lugar del heredero, sino después del heredero, ocupando su misma posición jurídica respecto de toda la herencia.

- **LEGADO:**

- **Concepto, sujetos, clases y objeto.**

Las fuentes jurídicas romanas nos ofrecen varios CONCEPTOS DE LEGADO:

Florentino, D. 30,116pr: *“Es la segregación de algo de la herencia por la cual el testador requiere que se atribuya al legatario algo de lo que en su conjunto va a ser del heredero”*

Modestino, D. 31,36; I. 2,20,1: *“Es la donación realizada en el testamento”*

Ulpiano, Epitome, 24,1: *“Es lo que se deja en términos imperativos, con el sentido de una ley impuesta en el testamento”*.

De todas ellas, podemos deducir que el legado (*legare = legem dare*) es una disposición *mortis causa*, contenida en el testamento (o en un codicilo confirmado como *pars testamenti*) donde el testador concede a una persona cosas determinadas o derechos, que segrega de la herencia, sin conferir a esa persona el título de heredero. Por tanto, se diferencia de la herencia en que no es una sucesión universal, sino particular, de carácter imperativo en contraposición a la institución del fideicomiso. Intervienen tres SUJETOS: El que ordena el legado (causante, disponente o testador), aquel a quien se ordena el cumplimiento del legado (gravado) y aquel a cuyo favor se impone el legado (legatario)

Según Gayo, *Inst.*, 2,192: *“Hay cuatro CLASES DE LEGADOS: Por vindicación, o sea de derecho real, por damnación, o sea de obligación, a modo de permiso, o sea de tolerancia y por precepción o sea de preferencia”*.

- 1) El legado vindicatorio (*legatum per vindicationem*) → Al principio, no podía constituirse más que con las palabras “do” o “lego”, o “do, lego”, por lo que se llamaba también “*legatum do, lego*” (Gayo, *Inst.*, 2, 193-196). En esta clase de legado, el testador solo podía legar mediante esta forma las cosas que fueran suyas “*ex iure Quiritium*” en el instante de hacer el legado y en el que acaecía la muerte

(“*utroque tempore*”). El legatario adquiriría la propiedad de la cosa así legada desde el momento en que el heredero adía la herencia y, por lo tanto, desde ese instante la podía reivindicar bien del heredero o bien de cualquier tercero que la tuviere.

- 2) El legado damnatorio o “legado de obligación” (*legatum per damnationem*) → Es un legado que atribuye al legatario un derecho de crédito mediante una orden que se da al heredero y se realiza en un principio solo con las palabras “*heres meus damnas esto*” (“*Que mi heredero esté obligado a transmitir*”) Gayo, *Inst.*, 2,201), o con las palabras “*here meus...dato, o facito, o heredem meus dare iubeo*” (Ulpiano, *Epit.*, 24,8). El objeto del legado puede recaer sobre cosa cierta o incierta, cosas propias o del heredero o de un tercero, pero -a diferencia del anterior- el legado no entra de modo inmediato en la propiedad del legatario, sino que ha de serle transmitida por el heredero en las formas acostumbradas de la *mancipatio*, la *in iure cesio* o la *traditio*. Por consiguiente, lo que confiere al legatario es un derecho de crédito, en virtud del cual puede pretender un *dare* o un *facere* y, para ello, está asistido de una acción *in personam*: la *actio ex testamento* (Gayo, *Inst.* 2,204).
- 3) Legado de tolerancia o permisión (*legatum sinendi modo*) → Es un legado que solo puede recaer sobre cosas de propiedad del testador o del heredero pero no de un tercero. Por otro lado, el heredero no está obligado a transmitir la propiedad de la cosa, sino a permitir que el propietario legatario realice su derecho apropiándose de la cosa objeto del legado. La fórmula es: “*que mi heredero quede obligado a permitir (damna esto sinere)*”; por ejemplo: “*que mi heredero quede obligado a permitir que Lucio Ticio tome el esclavo Estico y se quede con él*” (Gayo, *Inst.*, 2,209). Este tipo de legado quedó con el tiempo confundido con el anterior.
- 4) Legado de precepción (*legatum per praeceptionem*) → En un principio, este legado consistía en una disposición del testador que se hacía valer en el juicio divisorio, por lo que se autorizaba al heredero a separar un bien de la herencia. Era la autorización de coger o apropiarse de alguna cosa (específica, genérica o fungible) por parte del legatario, siempre y cuando dicho objeto fuera propiedad bonitaria del testador. La fórmula era “*apoderarse con preferencia*” (*praecipitio*),

por ejemplo: “*Que Lucio tenga preferencia para apoderarse de mi esclavo Estico*”, Gayo, *Inst.*, 2,216. Sobre el significado de “*praecipere*”, Gayo nos informa de dos soluciones distintas propuestas por las escuelas de sabinianos y proculeyanos. Concretamente, para los primeros significaría que mediante esta forma sólo se puede legar en beneficio de quien al mismo tiempo ha sido instituido heredero en una parte de la herencia, por lo que –como coheredero– hacía valer su derecho mediante la *actio familiae erciscundae* (Gayo, *Inst.*, 2,219). Mientras que, para los segundos, se podía hacer este legado también a un extraño, valiendo lo dispuesto para el legado *per vindicationem* (Gayo, *Inst.*, 2,221), opinión que fue confirmada por una constitución de Adriano equiparando este legado al vindicatorio. Todo ello admitido por Justiniano (C. 6,43,1).

Los diversos tipos de legados tendieron a unificarse en las dos formas más importantes: el legado vindicatorio (con efectos reales) y el legado damnatorio (con efectos obligatorios), modelados también por el Senadoconsulto Neroniano (entre el 54 y el 68 d.C.) disponiendo que, en el legado vindicatorio de cosa ajena, se daría una *actio ex testamento* como si hubiese sido un legado damnatorio (Gayo, *Inst.*, 2,197).

La legislación posterior evoluciona hasta conseguir suprimir totalmente la *solemnitas verborum*. Concretamente, una constitución de Constantino del año 320 (C. 6,37,21) acaba con la exigencia del pronunciamiento solemne, tanto para la institución del heredero, como para la ordenación de legados. Justiniano en C. 6, 43,1 (año 529) y en I.2,20,2, resalta la voluntad del testador y dispone que sea única la naturaleza de todos los legados, procediendo su reclamación con independencia de las expresiones empleadas.

OBJETO DEL LEGADO pueden ser cualquier cosa, tanto corporal como incorporal o derecho, o en modificación o extinción de relaciones ya existentes. En cualquier caso, consiste en una atribución patrimonial lucrativa, en la que se puede imponer al legatario una carga modal, como en la donación. Era usual instituir herederos a los hijos varones y beneficiar a la mujer, a las hijas y a otros parientes con legados, tales como:

- *Legatum generis* → Es aquel cuyo objeto no se individualiza por el testador, sino que se indica genéricamente (por ejemplo: una cantidad de trigo, un esclavo sin especificar qué esclavo concreto, etc.) La dificultad se centraba a la hora de saber quién debería concretar dicha cosa. En época clásica, había que distinguir si se

trataba de un legado *per vindicationem* o de un legado *damnationem*, ya que para el primer caso la elección correspondía al legatario, mientras que para el segundo era el heredero. En época posclásica, desaparecida la distinción de ambos tipos de legados, Justiniano establece que la elección corresponde al legatario, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa, *nixi aliud testator dixerit* (I. 2,20,22).

- *Legatum speciei* → Es cuando el legado se trata de un objeto preciso y concreto. Debe entregarse en el momento de morir el testador (*res qualis erat mortis tempore, talis praestari debet*, (Florentino, D. 30,116,4; Pomponio, D. 30,45,2; Ulpiano, D. 32,11,17).
- *Legatum optionis* → Es una forma especial de legado *per vindicationem* que recae en época clásica sobre uno entre varios esclavos del testador y cuya elección compete solo al legatario, ya que no se transmite a sus herederos, aunque dicha transmisión sí se admitió en el Derecho Justiniano (C. 6,43,3; I. 2,20,23). La *optio* es un acto solemne de aceptación del legado, que se realiza una vez que ha sido aceptada la herencia. La fórmula era *optato*, por ejemplo: “*Que Ticio opte por mi esclavo*”, cuyo objeto del legado era un esclavo de la herencia. El Pretor solía fijar un plazo para que el legatario eligiese y para ello podía el legatario ejercitar la *actio ad exhibendum*, pero si no elegía dentro del plazo, su derecho quedaba privado de tutela.
- *Legum partitionis* → En un principio, fue la solución a la que se acogió la jurisprudencia pontifical para evitar las cargas que suponía la condición de heredero, como podía ser los *sacra* familiares (Cicerón, *de leg.*, 2,20). Durante la República, a partir de la *lex Voconia* (169 a.C.), se utilizaba este legado para evitar las disposiciones de la mencionada *lex*, ya que prohibía a quien tenía un patrimonio superior a 100.000 sestercios instituir heredera a una mujer. Así, con este legado, se asignaría equitativamente el patrimonio familiar instituyendo herederos a los hijos varones y beneficiando a las hijas con *legata partitionis*. En época clásica, los proculeyanos consideraban que el heredero estaba obligado a transferir al legatario su cuota de dominio correspondiente a la porción legada.

- *Legado de una universidad de cosas* → Si se lega una universidad de cosas (v.gr, un rebaño), el legado comprende todas las que forman parte del conjunto en el momento de la muerte del testador (Ulpiano, D. 30, 21 y 22; I. 2,20,18), es decir, el legado es *unum legatum*, un conjunto con independencia de las partes o porciones o piezas que lo compongan. Cosa distinta es el caso de *plura legata*, es decir, cuando el testador expresa nominalmente muchas cosas (Ulpiano, D. 31,2).
- *Legado de prestaciones periódicas* → Es el legado cuyo objeto son cosas fungibles (v.gr. dinero), cuya prestación debe hacerse en determinados periodos, *annum legatum* (D. 33,1). Este legado se extingue con la muerte del legatario; pero si el legado consiste en una suma o cantidad a pagar en diversos plazos, sus herederos tienen derecho a cobrar lo que falta para el pago completo.
- *Legado de alimentos* → Es un legado cuyo objeto es todo lo necesario para el sustento de una determinada persona: comida, vestido y habitación. No cuentan los gastos de educación, salvo que el testador disponga de otra cosa (Ulpiano, D. 34,1,14). Tiene como periodo máximo de vigencia la vida del legatario, aunque también se puede establecer hasta la pubertad del legatario (*usque ad pubertatem*) y, según disposición de Adriano (Ulpiano, D. 34,1,14), a los dieciocho años para los varones y a los catorce años para las mujeres.
- *Legatum nominis* → El testador puede legar el crédito del que es titular y las consecuencias serán que el heredero tenga que ceder sus acciones al legatario (I. 2,20,21), o bien otorgarle al legatario una *actio utilis*.
- *Legatum debiti* → Es el legado consistente en lo que el testador debía ya al legatario. La validez de tal legado depende de que la situación del acreedor-legatario resulte mejorada (Juliano, D. 34,3,11).
- *Legatum liberationis* → Consiste en el legado de un crédito que tiene el testador frente al legatario. En tal caso, el heredero no podrá pedir la deuda al mismo deudor, ni al heredero de éste, ni a otro que esté en lugar de heredero; y al contrario, podrá ser reconvenido por el deudor para que le libere de la obligación (I. 2,20,13). Este legado puede también consistir en la renuncia al gravamen que pesa sobre la cosa del legatario.

- **Adquisición del legado.**

El legatario no puede hacer suyo el legado hasta que el heredero o herederos acepten la herencia. Si éstos son “necesarios” y al adquirir la herencia automáticamente desde la muerte del testador, los legatarios también adquirirían la herencia. Cosa diferente ocurre con los herederos extraños o voluntarios, porque a ellos se les exige la aceptación o *aditio hereditatis* y, mientras esta se produce, el legatario tiene solo una expectativa para adquirir el legado. A fin de evitar este inconveniente y en favor de respetar la voluntad del testador, la Jurisprudencia distingue dos momentos:

- *Dies cedens* → Día en el que se produce el ofrecimiento o delación de la herencia al heredero, iniciándose la expectativa del legatario (Ulpiano, D. 36,2,7,1) y que solía en los orígenes coincidir con el momento de la muerte del testador. Sin embargo, fue trasladado con las leyes caducarias de Augusto a la apertura del testamento, aunque finalmente Justiniano de nuevo estableció el momento de la muerte del testador (Ulpiano, *Ep.*, 24,31; C. 6,51,1,1-5) regulando, además, algunas excepciones, como por ejemplo, el legado sometido a condición (el *dies cedens* es cuando se cumple la condición).
- *Dies veniens* → Es cuando el heredero adquiere definitivamente la herencia y el legatario el legado.

- **Limitación a la facultad de legar: La cuarta Falcidia**

Gayo, *Inst.*, 2,224, nos informa que antiguamente la libertad de legar era absoluta. También lo recordaban las Instituciones de Justiniano (2,22pr) al decir que en las XII Tablas se establecía la plena libertad al testador para distribuir en legados la totalidad del patrimonio. Y lo cierto es que, a finales de la República, se extendió la costumbre de otorgar legados, tanto a favor de personas de la propia familia, como a extraños, provocando situaciones graves. Concretamente, provocaba poner en peligro la integridad del patrimonio familiar y, además, se corría el riesgo de que tales legados no se observasen ya que el heredero podía no interesarle la herencia al estar cargada de legados, renunciar a ella repudiándola y, por consiguiente, abrirse la vía intestada en donde los legados no contaban para nada.

Por todo ello, la legislación de la época republicana trata de poner remedio con determinadas leyes:

- a) La *lex furia* → Surge en la primera mitad del siglo II a.C., en virtud de la cual nadie podía recibir a título de legado una cantidad superior a 1000 ases (Gayo, *Inst.*, 2,225), salvo de que se traten de parientes próximos, entre los *cognati* hasta el sexto grado y del séptimo el *sobrino natus* (Frag. Vat., 301). Medida que no fue muy eficaz ya que podía ser evitada la ley rebajando la cuantía del legado.

- b) La *lex Voconia* → Del año 169 a.C., prohibió que el legatario recibiese una cantidad superior al la adquirida por el heredero. Medida que tampoco fue eficaz porque el testador podía dejar muchos legados dejando muy mermada la porción del heredero, dificultándole la posibilidad de soportar las cargas de la herencia (Gayo, *Inst.*, 2,226).

- c) La *lex Falcidia* → Del año 40 a.C., regula definitivamente la materia estableciendo que el testador no puede legar más de tres cuartas partes de la herencia con el fin de asegurarle al heredero el cuarto restante, de ahí la expresión *quarta Falcidia*. Si bien esta ley se refería tan solo a los legados, progresivamente se extendió a todo tipo de disposiciones patrimoniales *mortis causa*, por ejemplo, a los fideicomisos. Para computar la *quarta* se toma como base el estado del patrimonio hereditario en el momento de morir el testador, deduciendo las deudas, el valor de los esclavos manumitidos, los gastos funerarios y los ocasionados por la liquidación de la herencia, la insinuación (transcripción en registros públicos) del testamento y la confección del inventario (D. 35,2). Depurado así el activo patrimonial, los legados que exceden de las tres cuartas partes del mismo, se reducen automáticamente en proporción a su importe hasta que quede libre la *quarta*; aunque está en la libertad del testador sujetar a la *lex Falcidia* determinados legados, dejando íntegros a otros, siempre y cuando respete la cuarta parte que corresponde al heredero. El Derecho justiniano muestra una tendencia desfavorable a la cuarta Falcidia, por ejemplo, cuando establece que el heredero pierde el derecho a la cuarta si no hace inventario e, incluso, se admite que el propio testador pueda disponer válidamente de que no se aplique la deducción (Nov. 1,2).

- **El prelegado**

El prelegado es el legado que se hace a favor de un heredero. Ello puede ocurrir cuando son varios los herederos, ya que si existiera un único heredero el prelegado sería inútil o absurdo que se debiese un heredero a sí mismo el legado: *heredi a semetipso inutiliter legatur*. Únicamente no llegando a ser heredero y pasando la herencia al sustituto podría recibir el legado.

Siendo varios los herederos, nada impide que a favor de alguno de ellos el testador ordene un legado. Si lo hace gravando concretamente a otro u otros de los coherederos con la obligación de pagar el legado, el cumplimiento de la disposición del testador no ofrece complicaciones. Así, por ejemplo, en una herencia de 100 en la que son instituidos por partes iguales Ticio, Cayo, Sempronio y Marco, y se ordena un legado de 10 a favor de Marco y a cargo de Ticio y Cayo, el caudal hereditario se distribuiría así: Ticio y Cayo percibirán cada uno 20 (porque cada cual tenía que detraer cinco de la cuarta parte a él correspondiente para pagar el legado a Marco), Sempronio recibirá 25 y Marco recibirán también 25 más 10 como legatario o prelegatario.

Más compleja es la situación de que el prelegado no se cargue a uno o más herederos determinados, sino en general a toda la herencia. Al heredero favorecido se posiciona en doble condición: Como heredero, debe contribuir en la proporción de su cuota al pago del legado. Como legatario, tiene derecho a ejercer su derecho de cobrarlo. En tal caso, y como él no se puede pagar a sí mismo, se vería mermada la cuota del legado que recibiría como heredero, es decir, como heredero percibe su porción intacta, mientras que la de los otros coherederos se verían disminuidas por la carga del legado.

La falta de eficacia práctica y la desigual situación que provocó esta institución, hace que sea comprensible que la teoría del prelegado no haya pasado al derecho moderno.

• **FIDEICOMISO:**

- **Concepto y evolución histórica**

El fideicomiso proviene del término latino *fideicommitere* que significa “confiar en la fe” y, en consecuencia, consistía en una o varias disposiciones de última voluntad confiadas a la buena fe de una persona (fiduciario), por las que se hacía una petición o encargo a favor de otra (fideicomisario) para que la cumpla. De ahí que se hiciera en términos de petición o ruego: “*pido, ruego, quiero, encomiendo a la fe*” (Gayo, *Inst.*, 2,249). La fórmula completa podía ser: “*Te ruego y pido, Lucio Ticio, que tan pronto*

como puedas aceptar mi herencia la devuelvas y restituyas a Gayo Seyo” (Gayo, *Inst.*, 2,250). “Quiero que al morir mi heredero Ticio mi herencia pertenezca a Publio Mevio” (Gayo, *Inst.*, 2,277). Ahora bien, no se exigían palabras ni formas especiales. Por otro lado, se podía hacer el encargo en el testamento o en cualquier codicilo, pero el gravado debía recibir algo del testador o fideicomitente.

El origen de los fideicomisos está en el interés de hacer efectivas disposiciones *mortis causa* por las que el testador tenía la voluntad de favorecer a extranjeros (*peregrini*) o a otras personas que carecían de *testamentifactio pasiva* ((Gayo, *Inst.*, 2,285). Durante el periodo clásico, se utilizó para burlar las leyes caducarias de Augusto y disponer en favor de los solteros o los casados sin hijos ((Gayo, *Inst.*, 2,286-286a), también para evitar los límites impuestos por las leyes Furia y Voconia, así como para hacer liberalidades a las ciudades y a otras personas inciertas.

En principio, estas liberalidades se basaban sólo en la *fides*, ya que carecían de tutela jurídica. Augusto confió a los cónsules, en *cognitio extra ordinem* o procedimiento extraordinario, que cuidaran del cumplimiento de los fideicomisos. El emperador Claudio creó dos pretores fideicomisarios especializados en estas causas, pero Tito los redujo a uno. En las provincias se confiaba esta función a los gobernadores.

De esta forma, los fideicomisos fueron encontrando una regulación jurídica que les llevó a convertirse en una forma más libre de legado, pero que deben hacerse de unas formas determinadas y directas ((Gayo, *Inst.*, 2,268). La evolución histórica de ambas de ambas instituciones, les llevó a que legados y fideicomisos se consideraran equiparados a todos los efectos (D.30,1). Ahora bien, durante la época clásica sí se dieron las siguientes diferencias (Gayo, *Inst.*, 2,68-279):

- 1º) El legado solo puede ser dispuesto en un testamento y respetando las formas exigidas, mientras que el fideicomiso se puede dejar fuera del testamento, sin forma alguna e incluso en lengua griega.
- 2º) No se puede disponer de un legado a cargo de un legatario, pero sí de un fideicomisario.
- 3º) En cuanto a la persona del beneficiado, podían ser fideicomisarios quienes no tenían capacidad para recibir por legado y fuera de las limitaciones previstas para éstos.
- 4º) Mientras el legado se hace valer en el procedimiento formulario, el fideicomiso se tramita en el procedimiento extraordinario o cognitorio. Para los fideicomisos la acción se ejercía en Roma en cualquier tiempo, mientras que para los legados había que respetar

el calendario oficial. La acción del fideicomiso sigue el modelo de las acciones de buena fe, y no de la *actio ex testamento* que es de derecho estricto.

Estas diferencias señaladas por Gayo (también en Ulpiano, *Epit.*, 25,1-13) desaparecen cuando se extingue el procedimiento formulario, así como las formas solemnes de los legados considerándose independientes de la institución de heredero. Justiniano (C. 6,43,2) dispuso la total equiparación de legados y fideicomisos al establecer que lo que vale para uno valiese también para los otros.

- Fideicomiso de herencia

El *fideicomissum hereditatis* o fideicomiso de herencia es aquel que se encarga al heredero para que restituya la totalidad o una parte de la herencia a otra persona, bien por testamento o en codicilo.

En cuanto a su origen y evolución, podemos destacar tres periodos histórico:

A) Régimen jurídico anterior al senadoconsulto Trebeliano (56 a.C.)

En sus orígenes, esta institución tuvo una eficacia puramente moral. A partir de Augusto, el heredero podía transmitir las cosas heredadas, pero no ceder su cualidad de heredero, en virtud de la regla: “*una vez heredero siempre heredero (semel heres semper heres)*”. Por consiguiente, lo que se hacía era realizar una venta ficticia de la herencia por una moneda (“*venditio hereditatis nummo uno*”, Gayo, *Inst.*, 252) y se celebraban las estipulaciones de la herencia comprada y vendida (“*stipulationes emptae et venditae hereditatis*”) para poder transferir los créditos y deudas al fideicomisario. Si el fideicomiso era de parte de la herencia, la comunicación de créditos y deudas se realiza mediante las *stipulationes partis et pro parte*.

Todo este procedimiento era excesivamente complicado y, además, requería solvencia económica del fiduciario y del fideicomisario, sin olvidarnos de la necesidad de que –al igual que ocurría con los legados– era imprescindible que el heredero fiduciario aceptase la herencia ya que, si no llegase a ser heredero, el fideicomiso no podía ejecutarse. Por otro lado, el heredero fiduciario, ante la obligación de restituir toda la herencia y responder en definitiva de las deudas hereditarias, en muchos casos renunciaría provocando que no se cumpliera la voluntad o encargo del testador. Ante esta situación, surgieron los siguientes senadoconsultos para solucionar los problemas mencionados.

B) Régimen establecido por los senadoconsultos Trebeliano y Pegasiano (73 d.C.)

Con el senadoconsulto Trebeliano, de época de Nerón, considera este fideicomiso de toda la herencia como sucesión universal, disponiendo que tanto la propiedad de las cosas de la herencia como los créditos y las obligaciones, pasasen al fideicomisario sin necesidad de ir traspasando poco a poco mediante *stipulationes* el contenido del fideicomiso, es decir, se convirtió en un traspaso en bloque, como acto único, de tal manera que el heredero fiduciario transfiere el activo y se libera de las deudas puesto que el fideicomisario actúa *loco heredis* (Gayo, *Inst.*, 2,253) y por medio de acciones útiles para reclamar o defenderse en distintas situaciones procesales.

Sin embargo, seguía siendo necesaria la adición de la herencia por el heredero, Para solución a este problema, surge el senadoconsulto Pegasiano, de época de Vespasiano, como medida persuasiva para evitar que quisiera renunciar el heredero fiduciario a la herencia. En concreto, disponiendo que el fiduciario tenía derecho a una cuarta parte de la herencia (*quarta Pegasiana*) frente al fideicomisario y debía tenerse siempre por aceptada la herencia. Por consiguiente, el heredero fiduciario no era ya un mero transmisor del patrimonio hereditario, sino que tenía la condición de heredero en la cuarta parte de la herencia y el fideicomisario se sitúa en una posición parecida al legatario en el *legatum partitionis*.

C) Derecho Justiniano

Justiniano (I., 2,23,7) intenta una refundición de ambos senadoconsultos y establece un régimen jurídico unitario. Por un lado, considera al fideicomisario como un sucesor universal; por otro lado, dispone que el heredero fiduciario retendrá la cuarta parte y le obligará a aceptar la herencia y a entregarla al fideicomisario.

- **Sustitución fideicomisaria**

El testador puede ordenar un fideicomiso encargando al fiduciario, no que restituya inmediatamente la herencia, o parte de ella, al fideicomisario, sino que disfrute y conserve dicha herencia y sólo a su fallecimiento pase ésta al fideicomisario. La fórmula nos viene dada por Gayo, *Inst.*, 2,277 al decirnos: “*Cuando muera mi heredero Ticio, quiero que mi herencia pertenezca a Publio Mevio*”. Aunque puede parecerse a la sustitución pupilar, sin embargo, se diferencia de ésta en la sustitución fideicomisaria hay un llamamiento sucesivo a la herencia (*ordo successivus*) en el que el heredero primeramente

llamado no puede en vida disponer libremente de la herencia, sino que ha de conservarla para que pase al fideicomisario. Así, el fideicomisario sucede, no en lugar del heredero, sino después del heredero, ocupando su misma posición jurídica respecto de toda la herencia.

- Fideicomiso de familia y de residuo

El *fideicommissum familiae relictum* es el encargo o disposición por la que el testador pedía al heredero que conservase el patrimonio hereditario y que a su muerte fuese transferido a personas pertenecientes a su familia (normalmente al hijo primogénito) o quien tuviese determinado grado de parentela (Papiniano, D. 31,69,3-4). De esta forma, el patrimonio podía vincularse en sucesivas generaciones. Justiniano lo limita a la cuarta generación (Nov. 129,51) incluyendo dentro de la familia a los patronos, esclavos y libertos (C. 6,38,5) y, después de la cuarta generación, da plena libertad para disponer de los bienes fideicometidos (Nov. 159) hasta el punto de que podía también extinguirse si todos los parientes vivos consentían la enajenación al que –en aquel momento– estuviese disfrutando la herencia.

En cuanto al fideicomiso de residuo, podemos decir que es una figura especial de fideicomiso que consistía en encargar al heredero que, a su fallecimiento o en otro momento anterior, restituya a otra persona lo que le quede de la herencia (*“quidquid de hereditate superit”*). En este tipo de fideicomiso, el heredero fiduciario puede disponer de la herencia y disminuirla según las exigencias de la buena fe e, incluso, sustituir los bienes hereditarios por otros. Justiniano (Nov. 108), finalmente, establece el límite de disposición del fiduciario en las tres cuartas partes y reserva al fideicomisario la cuarta, es decir, implanta una especie de cuarta Falcidia a la inversa aunque con la diferencia de que –en supuestos justificados o causa legítima– podía el fiduciario no conservar dicha cuarta, otorgándole también al testador la facultad de dispensarle expresamente de dicha obligación.

- Fideicomiso de libertad

Es un fideicomiso que consistía en que el testador pedía al heredero que manumitiese a un esclavo propio o ajeno. Si el heredero no cumplía y, dado que el esclavo no tenía capacidad procesal suficiente para solicitar su propia libertad, se admitió que sí pudiese actuar en el procedimiento extraordinario. En este sentido, varios senadoconsultos

imperiales consiguieron hacer obligatoria esta manumisión si el heredero no ejecutaba el fideicomiso asumiendo la ejecución del mismo el propio Tribunal. Justiniano (C. 7,4,15) equipara esta manumisión a la testamentaria, pero el manumitido se hacía liberto del heredero fiduciario y no del testador (I. 2,24,2).

- **INTERPRETACIÓN, INEFICACIA Y REVOCACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS**

La eficacia de un testamento se fundamenta en la voluntad del disponente, debidamente INTERPRETADA. En un principio, la voluntad quedaba muy supeditada a la forma, manifestada en el pronunciamiento de las palabras sacramentales, muy acorde con el momento histórico-jurídico de la fusión del mundo jurídico y religioso (*iusfasque*). Dicha forma solemne también se mantiene en el periodo republicano, aunque interpretada en un sentido estrictamente jurídico y entendida por la Jurisprudencia como instrumento de la voluntad: “*vocis ministerio utimur*” (Celso, D. 33,10,7,2). Por consiguiente, la *voluntas* es el elemento generador del testamento, otorgándole fuerza y eficacia por encima de todo: “*prior atque potentior est quam vox mens dicentis*” (Celso, D. 33,10,7,2). Esta prevalencia de la voluntad se mantiene en el periodo clásico (Ulpiano, D.35,1,19), en el posclásico (Nov. 16 de Teodosio y Valentiniano del año 439) y con Justiniano: “*semper vestigia voluntatis sequimur testatorum*” (C. 6,27,5,1ª; C. 6,37,23,2a).

Con todo, y por cuestión de seguridad jurídica, la voluntad debe ser interpretada respetando una serie de requisitos o criterios:

- a) La indicación de la persona o la cosa dispuesta por el testador debe realizarse con claridad y en consonancia con lo querido, de forma seria y efectiva
- b) La voluntad debe ser cierta, ya que en la mente del testador debe estar claramente precisada la persona a la que hace destinataria de la disposición testamentaria, en caso contrario se establece que no es heredero el que por error se instituyó, porque ni se quiso el instituido erróneamente, ni la institución querida resultó declarada (Ulpiano, D. 28,5,9pr). El error en los motivos no perjudica a la disposición testamentaria; sin embargo, en época clásica se inicia la tendencia a negar la validez, en ciertos casos, a las disposiciones testamentarias que descansan enteramente en ideas o móviles errados.

- c) En principio, no se invalida el testamento otorgado bajo violencia o dolo, aunque el Pretor estableció los medios desarrollados normalmente en el ámbito procesal, como: la *actio, exceptio, restitutio in integrum, denegatio* de la *bonorum possessio*. Finalmente, en el Derecho Justiniano se declaró inválido el testamento otorgado bajo violencia o engaño.
- d) Las condiciones imposibles (física o jurídicamente) y las torpes o inmorales se tienen por no puestas.
- e) El testamento no admite participación de voluntades ajenas. No es válida, por ejemplo, la disposición “*si Titius voluerit*” (Gayo, D. 28,5,32); sin embargo, cabe otorgar a los herederos la facultad de determinar algunos elementos de la disposición, así como a través de los fideicomisos.

El testamento puede contener un vicio o defecto que impida, desde un principio, su propia vigencia o existencia. Por ello, debemos distinguir distintos supuestos de INVALIDEZ:

A) INVALIDEZ RADICAL O INICIAL:

- a) *Testamentum iniustum* o *non iure factum* → Cuando en el otorgamiento no se observa la forma debida o falta en el testador o en el heredero la capacidad suficiente (*testamentifactio*)
- b) *Testamentum inutile* o *nullius momento* → Es el testamento en el que los *heredes sui* son preteridos.

B) INVALIDEZ SOBREVENIDA O POSTERIOR AL OTORGAMIENTO:

- a) *Testamentum irritum factum* → Se produce cuando sobreviene la pérdida de la capacidad jurídica, salvo que, tratándose de *capitis deminutio máxima* pueda aplicarse el *postliminium* o bien la *fictio legis Corneliae*.
- b) *Testamentum ruptum* → Es cuando nace un *heres suus* después de la muerte del testador y éste no le ha tenido en cuenta, instituyéndolo o desheredándolo.

INEFICACIA:

Un testamento válido puede resultar ineficaz cuando los herederos premueren al testador, o queda incumplida la condición fijada en el testamento y cuando la herencia no es aceptada por el heredero, ya sea por muerte de éste o por renuncia a la herencia. En cualquiera de los casos se habla de *testamentum desertum* o *destitutum*.

REVOCACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS:

El testador mientras viva puede hacer un nuevo testamento. Por tanto, el testamento es un acto revocable, pues como dice Ulpiano, D. 34,4,4: “*la voluntad del disponente puede cambiarse hasta el final de su vida*”.

Según el *ius civile*, la revocación se admite mediante el otorgamiento de un nuevo testamento dotado de validez (Ulpiano, *Ep.*, 2,3,2) ya que no sirve para la revocación un testamento nulo, salvo en el caso del testamento militar. En esta época, la fuerza del testamento arranca en la *nuncupatio* o palabras solemnes del pronunciamiento oral hecho ante testigos que está por encima de la propia escritura del testamento.

El *ius honorarium* resalta, sin embargo, el cambio de voluntad del testador, por lo que no exige, como sí ocurre en el *ius civile*, la confección de un nuevo testamento. Si el testador rompe los sellos, cancela los nombres de los instituidos o inutiliza o destruye el testamento, el Pretor concede la *bonorum possessio* a los herederos abintestato, defendiéndolos con la *exceptio doli* frente a los herederos instituidos en las tablas alteradas o destruidas. Si no hay heredero abintestato que solicite la *bonorum possessio*, la herencia pasa al *aerarium*, primero, y, posteriormente, al Fisco (Gayo, *Inst.*, 2, 151^a).

En época posclásica, hay una revocación formal mediante un *testamentum posterius imperfectum*, según una constitución de Teodosio II y Valentiniano III (Nov. Theod. 16,7 = C. 6,23,21,5-5a), en el que se contempla a los herederos abintestato excluidos en el primer testamento, siempre y cuando la voluntad del disponente o testador sea confirmada mediante declaración jurada de cinco testigos. Otra constitución de Teodosio II y Honorio, del 418 (C. Th., 4,4,6), había establecido que los testamentos pierden su eficacia pasados 10 años desde su otorgamiento.

Finalmente, Justiniano modifica esta normativa y establece que cuando pasen los 10 años, puede el disponente revocar el testamento por medio de simple declaración formulada en presencia de tres testigos o ante la autoridad judicial (C. 6,23,27). Por otro lado, dispone (C. 6,23,30) que, si el testador borra el nombre del heredero, la institución de éste no existe. Si rompe las tablas o documentos o los sellos o hilos, se considera el testamento revocado

6.3.- Sucesión intestada: Sucesión *ab intestato* en general. - Sucesión intestada en la Ley de la XII Tablas. - Sucesión intestada en el derecho del pretor. - Reformas del Derecho Imperial.- Sucesión intestada en el Derecho justiniano.

SUCESIÓN AB INTESTATO EN GENERAL.

La sucesión intestada o *ab intestato* o legítima se produce cuando el difunto no otorgó testamento, o bien cuando el otorgado no es válido, o sea revocado, o cuando ninguno de los instituidos herederos llega a serlo (Justiniano nos dice en I, 3,1pr: *Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit*). En cualquier caso, la sucesión intestada no surge hasta que no se tiene la seguridad de que hay testamento. Por otro lado, la llamada a la sucesión intestada se produce de ordinario en el momento de la muerte del *de cuius*; sin embargo, si el heredero renuncia, la llamada se produce desde el momento de la renuncia o cuando el testamento se declara ineficaz (Paulo, D. 28,2,9,2; I. 3,1,7).

Tanto en el Derecho Romano, como en el Derecho actual, el criterio para determinar las personas han de ser herederos abintestato del *de cuius* es su parentesco. Ahora bien, ello no quiere decir que la ley llame a todos los parientes del difunto sin excepción. Concretamente, a todos los parientes se ordenan en grupos y, dentro de cada grupo, el ordenamiento jurídico toma en cuenta la cercanía o proximidad del pariente con el difunto, es decir, estaríamos ante la situación del “grado”. Así, si se dispone que heredan preferentemente los parientes del orden de los descendientes, solo heredarían los ascendientes cuando no quede ningún descendiente (v.gr. si muere una persona que deja como herederos a su padre y a un biznieto, si se dice por ley que tienen preferencia los descendientes, en este caso heredaría el biznieto antes que el padre del fallecido, aunque en grado sea más cercano el padre que el biznieto).

Dado que la concepción de la familia y la diferente importancia de los vínculos agnaticios y cognaticios del parentesco tuvo en este tipo de sucesión un tratamiento jurídico diferente a lo largo de las distintas etapas histórico-jurídicas del Derecho romano. Por ello, es esencial que nos detengamos en los distintos períodos o etapas mencionadas. En concreto, este tipo o forma de sucesión se regula por los preceptos de la ley de las XII

Tablas, por el Edicto Pretorio, por las Constituciones Imperiales y la Compilación justiniana.

SUCESIÓN INTESTADA EN LA LEY DE LAS XII TABLAS.

La sucesión intestada del *ius civile* viene reflejada en el precepto de las XII Tablas, 5,4-5: “*Si alguno muere sin testamento y no hay ningún heredero de derecho propio, tenga la herencia el más próximo agnado, si no hay ningún agnado, tenga la herencia los gentiles*” (“*Si intestato moritur qui sus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit gentiles familiam habento*”). Como se puede apreciar la concepción de familia predominante en esta época es la supremacía de los lazos de parentesco agnaticios sobre los cognaticios. Por ello, este precepto establece herederos abintestato destacando la preferencia de la sumisión al *paterfamilias*. Siendo la relación de herederos la siguiente: 1º) Los *heredes sui*, 2º) En caso de que no existan, el agnado próximo, 3º) Faltando los grupos anteriores, heredarían los individuos que forman parte de la *gens* a la cual pertenecía el difunto; de ahí que se hable de los *gentiles*.

1º) *SUI HEREDES* → Eran las personas libres (hombres y mujeres) componentes de la familia que se encontraban directamente bajo la *potestas* y la *manus* del *paterfamilias* fallecido o *de cuius* y que se hacían *sui iuris* tras la muerte del *pater*. Teniendo presente que la mujer al estar incapacitada para ser *paterfamilias* y ejercer la *patria potestas*, no pueden tener *sui heredes*. De ahí que, Ulpiano D. 50,16,195,5 nos diga que la mujer es cabeza y fin de su propia familia: “*Mulier autem familiae suae et caput, et finis est*”. Aclarando Gayo, D. 50,16,196,1 que los hijos de las mujeres no están en la familia de ellas, porque los que nacen siguen a la familia del padre, no a la de la madre (se entiende esto así cuando la mujer no ha celebrado la *conventio in manum*). Ahora bien, si han celebrado la *conventio in manum* adquieren la condición de *filia* en la familia del marido, Gayo, *Inst.*, 3,14. Pero, en cualquier caso, nunca adquiere la *patria potestas* y, hasta la época de Augusto, no alcanzaron la condición de *sui iuris*, salvo en el caso de las Vestales que -además del voto de castidad- fueron consideradas *sui iuris* en honor a su sacerdocio, Gayo, *Inst.* 1, 130 y 145. En consecuencia, en esta primera época histórica, dada la importancia de los lazos agnaticios, la herencia de la mujer o madre que muere intestada corresponde a los *adgnati* y a los *gentiles*, Gayo, *Inst.*, 3,14. Por otro lado, los *sui heredes* suceden necesariamente *ipso iure* y, además, *pro indiviso* constituyendo el *consortium familiae*. Mientras que las mujeres, no pudiendo tener *potestas* sobre otras personas, tampoco pueden tener *sui heredes*. En definitiva, eran *sui heredes*:

- Los *fili familias in potestate*, sin distinción entre naturales y adoptivos, llamados a heredar y cuya herencia se dividía *in capita*, esto es, en iguales porciones (cuota viril). Pero premuerto uno de los hijos, dejando descendientes bajo la potestad del abuelo, la división se hace *in stirpes*, es decir, los nietos reciben la cuota viril que le correspondiese a su padre, en el caso de que no hubiese fallecido.
- La *filiae in potestate* que, al igual que a los *filius impúberes*, había que nombrarles un tutor. Tutela que desaparece para el *filius* cuando adquiere la pubertad, mientras que para mujeres se le asigna tutor a cualquier edad, aunque estén casadas. Pues en el Derecho antiguo quisieron que ellas, aunque fueran de edad adulta, estuvieran bajo tutela a causa de la ligereza de su espíritu, Gayo, *Inst.*, 1,144 y 145.
- La mujer *in manu*, ya que está en situación de *filia* con respecto al *de cuius* e, incluso, en posición de hermana con respecto a los *filius* descendientes directos del fallecido o *de cuius* y que al mismo tiempo puede ser su marido.
- La mujer *in manu* de los *fili* premuertos, ya que ésta a la muerte de su marido que era *filius* y tras morir éste, queda bajo la *potestas* de su suegro que es —en este caso— el *paterfamilias*. Así, si el marido no hubiese muerto, sucedería como *suus heres*, y la mujer quedaría excluida porque frente a su suegro o padre del marido ella ocupaba la situación de *neptis*, Gayo, *Inst.*, 1,156 y 157.

Los *sui heredes* suceden inmediatamente sin necesidad de aceptar la herencia, ya que tampoco pueden repudiarla, porque ellos eran -ya en vida del *pater* o *de cuius*- “*en cierto modo dueños*”, Paulo, D. 28,2,11; Gayo, *Inst.*, 2, 157.

2º) *ADGNATI* → Ante la falta de *sui heredes*, la ley de las XII Tablas atribuía la herencia al agnado más próximo. Sin embargo, en el caso de la mujer, el llamamiento al agnado próximo es el primero que puede tener lugar cuando se trata de la sucesión abintestato de una mujer, ya que ésta, como no puede ejercer la *patria potestas* (como antes vimos), no puede tener nunca *sui heredes*. Son agnados los que están unidos por parentesco legítimo por línea del varón, Gayo, *Inst.*, 3,10, es decir, los que estarían sometidos a una misma potestad si el común *paterfamilias* no hubiese muerto. La ley llama al agnado más próximo que excluye al más remoto. En caso de que existan varios agnados del mismo grado, la herencia se divide por cabezas (v.gr., si existen varios hermanos del difunto le suceden todos, pero si concurren un hermano y un sobrino, hijo de otro hermano que murió antes, sucede sólo el hermano). Entre hermanos no se hacía distinción de sexos,

pero la Jurisprudencia (probablemente como consecuencia de la *lex Voconia*, año 169 a.C.) excluyó de la herencia a las agnadas de grado ulterior (tías, sobrinas, etc.) (Ulpiano, D. 38,16,2.1; Paulo, *Sent.*, 4.8.20; Gayo, *Inst.*, 3,23; Coll. 16,3,20), además prohibió que se las nombrara herederas de ciudadanos que estuvieran inscritos en la primera categoría del censo, es decir, que tuviesen más de 100.000 ases, y para los de menos cantidad económica tenían que reunir el requisito de ser agnadas y consanguíneas. Finalmente, hay que aclarar que el agnado no es llamado como heredero ya que la ley exige que tenga familia (*familiam habeto*), por lo que se interpreta que el agnado es un sucesor en los bienes y no un heredero en sentido propio. Por ello, el llamamiento al agnado es único y, si éste no llega a adquirir la herencia por renuncia o por fallecimiento antes de haberla aceptado, a los subsiguientes no les corresponde por ley ningún derecho, Gayo, *Inst.*, 3,12 y 22.

3º) *GENTILES* → A falta de agnados, la ley XII Tablas atribuía la herencia a los gentiles, Gayo, *Inst.*, 3,17, aunque esta medida no se daba ya en época clásica. En cuanto quiénes fueron los gentiles nos lo dice Cicerón, *Top.*, 6,29. La “*gens*” en época arcaica era un grupo social más amplio que la familia, resultante de un conjunto de “*familiae*”, con un nombre común y con una concepción de comunidad u organización propia: “*sacra*”, bienes, costumbres que se acercaba más a la idea de comunidad política. En consecuencia, la supremacía del parentesco agnaticio sobre el cognaticio provocaba que la soberanía del *paterfamilias* y la pertenencia al núcleo sobre el que ejerce esta soberanía son los únicos criterios por los que se regula la sucesión. Así, cuando no hubiese ningún miembro del grupo familiar a quien atribuir la sucesión, se pasaba al núcleo político superior, esto es, a la “*gens*” antes que a los parientes de sangre.

SUCESIÓN INTESTADA EN EL DERECHO DEL PRETOR

En la medida que la sociedad romana y, en concreto, la estructura familiar tiene que ir adaptándose a las nuevas circunstancias políticas que va marcando el poder público, los lazos agnaticios de la familia, así como el poder del *paterfamilias* también irán cambiando hacia una familia cognaticia, donde el poder del *pater* será cada vez más limitado por la transformación en derecho escrito (leyes, edictos, senadoconsultos, etc.) de comportamientos que antes solo se regulaban por los *mores maiorum* y por escasas pero rígidas normas escritas que junto a los *mores* conformaban el contenido del *ius civile* y que ahora exigía un cambio, una adaptación.

En este sentido, la figura del Pretor a través de su edicto interpretará el *ius civile*, así como el *ius gentium*, desarrollando a través del *ius honorarium* un ordenamiento jurídico más en consonancia con los nuevos tiempos, como diría Gayo, *Inst.* 3,18, para corregir “*las estrictas normas del XII Tablas*” (*Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates; quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere*). Ahora bien, el Pretor no realizó su reforma de una sola vez, ya que *heredes facere non potest*, tan solo podía prometer o conceder la *bonorum possessio* a aquellas personas que se lo impedía el rígido y formalista *ius civile*.

La *bonorum possessio* abintestato evolucionó progresivamente tal y como podemos apreciar en el Edicto perpetuo de Salvio Juliano. En concreto, el Pretor establece un nuevo orden de llamadas a la herencia, tomando como base el parentesco de sangre o cognaticio para conceder la mencionada *bonorum possessio* que, en principio, se limitó a los bienes corporales y progresivamente se extendió a las obligaciones procedentes de créditos y deudas. Por consiguiente, en el sistema del Edicto perpetuo, las categorías de personas llamadas son las siguientes: los *liberi*, los *legitimi*, los *cognati* y el viudo o viuda *vir et uxor*. Por otro lado, las cláusulas edictales en que los respectivos otorgamientos de la *bonorum possessio* se concedían o prometían empezaban con la palabra “*unde*” (de quien) y se distribuía por *stirpes* y -dentro de cada una- el grado más próximo excluye al más remoto. Por consiguiente, se clasificaban las siguientes *bonorum possessio*:

- A) *Bonorum possessio unde liberi* → El Pretor llama a la *bonorum possessio* a todos los que el *ius civile* consideraba como *sui* y, además, a los hijos legítimos del difunto aunque estuvieran emancipados (los nietos hijos de un hijo emancipado premuerto, hayan nacido antes o después de la emancipación de su padre; también a los hijos legítimos procreados por el causante y dados en adopción a un extraño, siempre y cuando el extraño los hubiese emancipado). Ahora bien, no son llamados los emancipados en el que el *de cuius* no fuese progenitor, ni los engendrados por el causante que están sometidos a la *potestas* de otro *paterfamilias*.
- B) *Bonorum possessio unde legitimi* → A falta de *liberi*, el Pretor prometía la *bonorum possessio* a los *legitimi*, es decir, a los llamados a la *hereditas* por la ley de las XII Tablas (D. 38,7) y por el mismo orden de preferencia: *heredes sui*, *adgnatus proximus* y *gentiles*. Sin embargo, al desaparecer la llamada de los

gentiles, en esta se comprenden los agnados. En esta tampoco hay llamamientos sucesivos y el *bonorum possessor* debe ceder ante el heredero civil (*sine re*).

- C) *Bonorum possessio unde cognati* → El parentesco de sangre predomina en el Edicto (D. 38,8). Están dentro de este tipo: los descendientes, ascendientes y los colaterales hasta el 6º grado y en la herencia de un sobrino (hijo de un primo hermano) hasta el hijo o hija de otro sobrino, que esté en 7º grado. Equiparados a estos están los agnados de adopción y de *conventio in manum* (Gayo, *Inst.*, 3,27). Son llamados también los descendientes de las mujeres que, sin embargo, estaban excluidos en la sucesión agnaticia. Los cognados o parientes más próximos excluyen a los más remotos, pero ahora sí se acepta que se den llamamientos sucesivos en caso de renuncia o incapacidad. Los parientes del mismo grado heredan por cabezas. El cognado cede ante el heredero civil preferente (*sine re*). Los póstumos ya concebidos (*nasciturus*) se comprenden también en esta llamada.
- D) *Bonorum possessio unde vir et uxor* → El matrimonio *iustum* porque entre los cónyuges existiera el *ius connubii*, pero sin *conventio in manum* no generaba parentesco civil entre los cónyuges. Uno y otro pertenecen a familias agnaticias diferentes y no cabía entre ellos derechos sucesorios abintestato. Con todo, el Pretor a falta de otro pariente comprendido en las categorías anteriores, les prometía recíprocamente la *bonorum possessio* (D. 38,11).

REFORMAS DEL DERECHO IMPERIAL

La importancia de los vínculos cognaticios frente a los agnaticios continuó en el Derecho Imperial por medio de senadoconsultos y constituciones imperiales. Corrigió algunos aspectos, pero no realizó una reforma sistemática de conjunto. Más bien, mezcló el *ius civile*, que regulaba la *hereditas*, con el *ius honorarium*, que regulaba la *bonorum possessio*. Concretamente, hay que destacar dos senadoconsultos:

- A) El S.C. *Tertulianum*, de la época de Adriano, declaró a la madre heredera abintestato de sus hijos, independientemente de que existiera o no entre aquélla y éstos vínculo civil; por tanto, aun tratándose de habidos fuera del matrimonio. Para ello exigió lo siguiente: Que la madre disfrutase del *ius liberorum* y que el hijo no deje *liberi*, *parens manumissor* o *frater consanguineus*. Finalmente, si existe una *soror consanguínea*, la madre concurre con ella.

B) El S.C. *Orfitianum*, del año 178 d.C., de la época de Marco Aurelio y Cómodo, por el que llamó a los hijos a la herencia abintestato de su madre antes que los agnados. Con preferencia a todo heredero civil, ya que la madre no podía tener *sui heredes*.

C) El derecho posclásico tiende a hacer independiente la sucesión de la madre del *ius liberorum*, respecto a la sucesión del hijo. Constantino (CTh. 5,1,1) dispone que la madre que no tiene este derecho, pudiese heredar un tercio de los bienes del hijo, en detrimento de los agnados, tíos paternos del difunto. Con este precedente, Justiniano declara que la sucesión de la madre es independiente del *ius liberorum* (C. 8,58,2; 6,56,7). Anastasio dispone que puedan suceder respectivamente hermanos y hermanas emancipados junto con los no emancipados, aunque con una cuota menor (C. 5,30,4; I. 3,5,1). Esto será abolido por Justiniano (C. 6.58.14.6). Todo ello da lugar a un sistema sucesorio complejo y a veces contradictorio que aparecen juntas en la compilación justiniana.

SUCESIÓN INTESTADA EN EL DERECHO JUSTINIANO

Finalmente, Justiniano establece un nuevo régimen por medio de las Novelas 118, del año 543 d.C., y en la Novela 127, del año 548. Dichas Novelas consolidan el fundamento de la sucesión natural o cognaticia o parentesco de sangre, derogando el antiguo sistema del *ius civile*. Ahora se admite la plena capacidad de los hijos y de la mujer y se funden los dos sistemas del *ius civile* y el *ius honorarium*. El orden de las llamadas es el de las cuatro clases siguientes:

- Los descendientes, cualquiera que sea su situación en potestad, emancipados o dados en adopción. Los descendientes de igual grado heredan por cabezas, mientras que los nietos por stirpes en representación de su padre premuerto.
- Los ascendientes y los hermanos y hermanas de doble vínculo, es decir, de padre y madre (*germani, ae*, ya que Justiniano en la Novela 84, del año 539, utiliza *germanus* en el sentido de padre y de madre) heredan por cabezas.
- Los hermanos y hermanas de un solo vínculo (*consanguinei*: del mismo padre; *uterini*: de la misma madre); heredan por cabezas, con derecho de representación de sus descendientes.
- Los otros colaterales, hasta el 6º y 7º grado como en el Edicto del pretor. Los más próximos excluyen a los más remotos.

Si faltan estos herederos, es llamado el cónyuge viudo (I. 3,97). En caso de viuda pobre y falta de recursos, las Novelas 53 y 117 le atribuyen normalmente la cuarta parte.

6.4.- Sucesión forzosa: Sucesión necesaria formal en el *ius civile*.- *Exheredatio. Praeteritio*. - Reformas pretorias. - Testamento inoficioso y la legítima. - Reformas del Derecho justiniano.

Se entiende por sucesión forzosa o sucesión contra testamento aquella en la que el *ius civile* reconoce preferencia a determinados parientes del testador contra la voluntad expresada en su testamento. La sucesión regulada por la ley no es que pretendiera suplir la voluntad del *de cuius*, sino vigilaba que el deber moral (*officium*) y el respeto a los *mores maiorum* no fueran vulnerados. Restricciones que, en un primer momento respondían a motivos jurídicos-religiosos e interpretados por los sacerdotes. Posteriormente, cuando el derecho (*ius*) fue separándose del mundo religioso (*fas*), quedó en la interpretación de los juristas el mejor proceder en estas instituciones. Así se comprende con las palabras de Pomponio, D. 50, 16, 120: “La frase de la ley de las XII Tablas: <<Tal como legó sobre lo suyo así sea derecho>> parece tener un sentido muy amplio: de instituir herederos y de dar legados y libertades, también de nombrar tutores; pero se ha restringido por la interpretación de las leyes y por la autoridad de los que constituyen el derecho”. Por ello, los interpretes llaman a esta sucesión “legítima”, “necesaria” o “forzosa”, porque se establece por ley y por el hecho de existir parientes con el derecho de continuar el patrimonio familiar tras el fallecimiento del *de cuius*.

SUCESIÓN NECESARIA FORMAL EN EL *IUS CIVILE*.- *EXHEREDATIO*.- *PRAETERITIO*

Desde el antiguo *ius civile*, al predominar la familia como un gran grupo de personas descendientes y sometidas al *paterfamilias*, los hijos tenían la condición de herederos de derecho propio (*sui heredes*) y debían “ser instituidos herederos o desheredados nominalmente”, Gayo, *Inst.*, 2,123. Para desheredar (*exheredatio*) a un hijo o hijos varones *suus* había que hacerlo nominalmente (*nominatim*), aunque la desheredación de los demás *sui heredes* (hijas, nietos de ambos sexos y ulteriores descendientes) podía hacerse con una disposición conjunta, Gayo, *Inst.*, 2,127-128.

Por otro lado, la preterición (*praeteritio*) o el no nombrar a los hijos *sui*, anulaba el testamento. La preterición de los otros herederos de derecho propio, no lo anulaba, pero

los preteridos concurrían a la herencia con los instituidos. Si eran *sui*, en una parte igual; pero si eran extraños, en la mitad del *as* hereditario, Gayo, *Inst.*, 2,124. La preterición de un póstumo, ya sea hombre o mujer y cualquiera que sea su grado, determina la nulidad del testamento (Gayo, *Inst.*, 2,130-134) y la consiguiente apertura de la sucesión abintestato. Ahora bien, no podía instituirse o desheredarse al que iba a ser adoptado o a la mujer que iba a ser sometida a la *manus*, antes que se realizaran los actos formales de constitución de dichas instituciones, Gayo, *Inst.*, 2,140.

REFORMAS PRETORIAS

De conformidad con la tendencia del *ius honorarium* de dar mayor relevancia a los lazos cognaticios de la familia, el pretor prometió otorgar la *bonorum possessio* contra lo dispuesto en un testamento (*bonorum possessio contra tabulas*) a los *liberi* que no hubieran sido instituidos o desheredados en dicho testamento. Sin embargo, también podían pedir la *bonorum possessio* los *liberi* instituidos, ya que estos también pueden resultar beneficiados con ello, Ulpiano D. 37,4,8,14. En cualquier caso, el testamento no se anulaba y la petición debía hacerse dentro del término de un año desde la delación, transcurrido el cual el testamento se convalidaba y si el *liber* preterido moría antes que el testador, no daba lugar a la *bonorum possessio contra tabulas*.

En cuanto a los legados, debían cumplirse los dispuestos a favor de los ascendientes y descendientes o el legado de dote a favor de la mujer o de la nuera del testador (D. 37,5). El Pretor concedió también la posesión por la mitad de la herencia del patrono que no había sido instituido en la mitad de los bienes del liberto que no deja hijos herederos.

TESTAMENTO INOFICIOSO Y LA LEGÍTIMA

Mientras el respeto a los *mores maiorum* se mantuvo vivo dentro de la concepción de la familia romana, así como el deber moral (*officium*) y responsabilidad que llevaba implícito el ejercicio del poder del *paterfamilias*, como autoridad suprema jurídico-religiosa del grupo familiar, lo lógico era que dicho *pater* -a la hora de disponer por actos *mortis causa* del patrimonio familiar- realizara por medio del testamento un reparto equitativo y un nombramiento de herederos entre sus hijos conforme a las concepciones sociales de la época. Así, el testamento que no cumpliera con este deber era considerado contrario al *officium* y, en consecuencia, denominado *inofficiosum*, Paulo, *Sent.*, 4,5,1; Marciano, D. 5,2,2; I. 2,18pr.

A finales de la República y con la decadencia de los *mores maiorum*, se inicia una frecuencia de testamento injustos y la consiguiente necesidad de que el poder público tomase medidas para proteger a aquellos hijos que no fueron tratados adecuadamente en el testamento del *de cuius*. Por ello, se admitió que los hijos desheredados sin justo motivo pudiesen recurrir ante el tribunal, con el fin de declarar la nulidad del testamento y dar paso a la sucesión intestada.

Sólo los descendientes y ascendientes que eran herederos civiles o pretorios del testador podían impugnar el testamento (Ulpiano, D. 5,2,1). Constantino (C. Th. 2,19,1-3) lo admitió también a favor de hermanos y hermanas consanguíneos a los que hubiese sido preferida una persona indigna. Además, los descendientes excluyen a los ascendientes, y éstos a los colaterales. El perjudicado accionaría con la *hereditatis petitio*, como heredero legítimo, o impugnaría el testamento con la *querella inofficiosi testamenti*. Dicha *querella* se rechazaba en los casos en que el reclamante había obtenido del testador una cantidad correspondiente a la cuarta parte de lo que hubiese obtenido en la sucesión intestada, si no existiese testamento, (*pars legitima* o *portio debita*), similar a lo que era la cuarta Falcidia. Ahora bien, el que impugna con éxito el testamento obtiene, no la cuarta parte de la legítima, sino lo que le corresponde en la sucesión intestada, ya que el testamento se declaró nulo (Ulpiano, D. 5,2,8,16). En cambio, si era rechazada, el querellante perdía todas las liberalidades del testamento y pasaban en favor del Fisco.

Cuando existen una pluralidad de herederos y de legitimarios, es decir, los que tienen derecho a la legítima, las decisiones jurisprudenciales son muy variadas. Contra la opinión de algunos juristas que sostenían la nulidad del testamento por la presunta locura del testador (Escévola, D. 5,2,13; Paulo, D. 5,2,19 y 28), Papiniano, D. 5,2,15,2, interpreta que en el caso de un hijo que ejercía dos acciones de testamento inoficioso, contra dos distintos herederos, obteniendo distintas sentencias en las que vence a uno pero fue vencido por el otro y que ha sido declarado heredero legítimo de una parte de la herencia, que el testamento no puede anularse en su totalidad y, en consecuencia, la herencia en parte sigue siendo testamentaria. Esta opinión seguida también por Ulpiano (D. 5,2,24; 25,1) fue acogida por la legislación imperial (C. 3,28,13). En consecuencia, sólo el que vence en el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti* puede accionar con la petición de la herencia contra el heredero contemplado en el testamento declarado nulo y contra los legatarios, pero no contra los demás herederos no demandados en juicio, ya que no han sido en ningún momento vencidos (Paulo, D. 5,2,19). La *querella* se podía ejercitar

desde que el heredero acepta la herencia y antes de cinco años a partir de la muerte del testador, siempre y cuando no hubiese aceptado el querellante el testamento. o dote que resultasen lesivas para la cuota de la legítima (Frag. Vat. 280; C. 3,29,7).

REFORMAS DEL DERECHO JUSTINIANO.

Justiniano realiza importantes reformas en el sistema de desheredación de los hijos y parientes cercanos como en el sistema de la legítima y que podemos resumir de la forma siguiente:

- 1) Exige que en todos los casos de desheredación se realice nominalmente y, en caso de preterición, se declare la nulidad del testamento (C. 6,28,4; I. 2,13,5).
- 2) En la Novela 115, en relación con el testamento inoficioso, dispone que la preterición o desheredación sólo sea lícita en los casos determinados por ley. En concreto, establece catorce causas por las que es posible desheredar para la legítima a los descendientes (ofensa grave, atentado, injuria...contra el testador) y ocho para los ascendientes.
- 3) El nuevo efecto del ejercicio de la querella es la invalidez de la institución de heredero, pero no de las otras disposiciones testamentarias como legados, fideicomisos y manumisiones.
- 4) La declaración de nulidad del testamento ineficaz beneficia a todos los perjudicados por el testamento, aunque no hubiesen ejercitado la acción.

BIBLIOGRAFÍA:

- ALBANESE, B., “La sucessione ereditaria in diritto romano antico”, en *Annali Palermo*, 20 (1949), pp. 127 ss.
- AMBROSINO, R., “*Successio in ius*”, “*successio in locum*”, “*successio*”, en *SDHI*, 11 (1945), pp. 66 ss.
- AMELOTTI, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze (1966); “Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti”, en *Estudios d’Ors*, 1, Pamplona (1987), pp. 151 ss.
- ANKUM, H., “La classicité de la *separatio bonorum* de l’*heres necessarius*”, en *Studi Grosso*, 2, Torino (1968), pp. 565 ss.
- ARANGIO-RUIZ, V., “Appunti sui giudizi divisorii”, en *Scritti*, 1, Napoli (1974), pp. 491 ss.

- ARCHI, G., “*Testamentum civile, testamentum praetorium*”, en *Scritti*, 2, Milano (1981), pp. 771 ss.; “Oralità e scrittura nel *testamentum per aes et libram*”, en *Scritti*, 2, Milano (1981), pp. 735 ss.
- ARIAS RAMOS, J., *Derecho romano*, vol. I y II, Madrid (1974).
- ASTOLFI, R., *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, 3 vols., Padova (1964, 1969, 1979).
- BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazione*, Milano (1955); v. “*Bonorum possessio*”, en *NNDI*, 2 (1958), pp. 512 ss.
- BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, 6 (1930, reimpr. Roma 1934).
- BONINI, R., “La quarta della vedova povera fra diritto di familia e diritto delle successioni (Nov. Iust., 53,6 y 117,5)”, en *Studi Sassaresi*, 3 (1970), pp., 793 ss.
- CALONGE, A., “*Los iuris possessores legitimados pasivos a la hereditatis petitio*”, en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid (1978), pp. 29 ss.
- CALZADA, A., *La aceptación de la herencia en el derecho romano*, Zaragoza (1995).
- CAMACHO EVANGELISTA, F., *Curso de Derecho Romano*, vol. I y II, Granada (2005); *El negocio jurídico* (Granada 1996); *Casos, supuestos y textos de Derecho romano*, Granada (1995); *Derecho Privado Romano*, Granada (2016).
- CANTARELLA, E., *L’azione ereditaria nel diritto romano*, Milano (1948); *Instituciones e historia del Derecho romano. Maiores in legibus*, trad. María Isabel Nuñez Paz y Carla Rubiera Cancelas, Valencia (2022).
- CARCATERRA, A., *L’azione ereditaria nel diritto romano*, Milano (1948).
- CASTÁN, S., “*Gai 2.102. Breve nota en torno a la mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte*”, en *SCDR*, 28 (2015), pp. 221 ss.
- CASTRESANA, A., “*Notas sobre la sanción jurídica del fideicomiso en el periodo republicano*”, en *Homenaje Vallet Goytisolo*, 6, Madrid (1988), pp. 47 ss.
- CASTRO SÁENZ, A., *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Sevilla (1998).
- COPPOLA, G., *Studi sulla “pro herede gestio”. II: La valutazione dell’“animus” nel “gerere pro herede”*, Milano (1999).
- CUENA, F., “*Notas sobre el fideicomiso de residuo*”, en *SCDR*, 7 (1995), pp. 41 ss.; *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Santander (2004).
- DAZA, J., -RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho privado romano*, Valencia (2009).
- DENOYEZ, J., “*La possession pro herede dans l’interdit quorum bonorum*”, en *Studi Arangio-Ruiz*, 2, Milano (1952), pp. 287 ss.; *Le défendeur à la petition d’hérédité privée en droit romain*, Paris (1953).
- DI OTTAVIO, D., *Ricerche in tema di “querella inofficiosi testamenti” I. Le origine*, Napoli (2012).
- D’ORS, J.A., *Derecho privado romano*, Pamplona (2008).
- DE LAS HERAS, G., “*Testamentifactio: Origen y naturaleza*”, en *SCDR* 11 (1999), pp. 39 ss.

- FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 vols. (1890-1907, reimpr. Milano, 1949).
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana”, en *SCDR*, 16 (2004), pp. 49 ss.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO SERRANO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, Madrid (2021).
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A.; GARCÍA CAMIÑAS, J.; RODRÍGUEZ MONTERO, R., *Cuestiones de Jurisprudencia romana*, Santiago de Compostela (2007); *Técnica jurisprudencial romana*, Santiago de Compostela (2009).
- FRANCIOSI, G., “L’heres extraneus e le Dodici Tavole”, en *Labeo*, 10 (1964), pp. 352 ss.; *Usucapio pro herede*, Napoli (1965).
- FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi*, Milano (1899).
- FUENTESECA, P., “Puntos de vista de la Jurisprudencia romana respecto a la *hereditas iacens*”, en *AHDE*, 26 (1956), pp. 243 ss.; *Historia del Derecho Romano*, Madrid (1987).
- GAGLIARDI, L., “*Querella inofficiosi testamenti* con pluralidad de herederos forzosos”, en *SCDR*, 28 (2015), pp. 381 ss.
- GARCIA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*. Madrid (1985).
- GROSSO, G., *I legati nel diritto romano*, Torino (1962).
- GUARINO, A., *Collatio bonorum*, Roma 1937; “*Collatio dotis*”, en *BIDR.*, 49-50 (1948), pp. 259 ss.; *Sui e adgnati nelle XII Tabulae*, (1949, ahora en *Le origine quiritarie*, Napoli (1973), pp. 27 ss.
- GUTIÉRREZ-MASSON, L., *Del “consortium” a la “societas”*, 1. “*Consortium erto non cito*”, Madrid (1989)
- HERNÁNDEZ GIL, A., *El testamento militar. En torno al sistema hereditario militar romano*, Madrid (1946).
- IGLESIAS, J., *En torno al fideicomiso familiar catalán* (1949, ahora en *Estudios*, Madrid, 1985, pp. 285 ss.); *La herencia en el Derecho romano y en el Derecho moderno* (1953, en *Estudios*, Madrid, 1985, pp. 253 ss.); *Derecho romano. Historia e Instituciones*, Madrid (2010).
- KASER, M., “Das *legatum sinendi modo* in der Geschichte der römischen Vermächtnisrechts”, en *ZSS*, 67 (1950), pp. 320 ss.; “Die Passivlegitimation zur *hereditatis petitio*”, en *ZSS*, 22 (1955), pp. 90 ss.
- LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestada e contro il testamento in diritto romano*, Firenze (1940).
- LAMBERTI, F., *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli (1996)
- LAMBERTINI, R., *I caratteri della novela 118 di Giustiniano*, Milano (1977).
- LENEL, O., “Zur Geschichte der *heredis institutio*”, en *Labeo*, 12 (1966), pp. 358 ss.

- LEVY-BRUHL, H., “Nature de la *mancipatio familiae*”, en *Fs. Schulz*, 1, Weimar (1951).
- MANNINO, V., *Il calcolo della “quarta hereditatis” e la volontà del testatore*, Napoli (1989).
- MARRONE, A., *Querella inofficiosi testamenti*, Palermo (1962).
- MARTINI, R., “Sulla presenza dei *signatores* all’apertura del testamento”, en *Studi Grosso*, 1, Torino (1968), pp. 485 ss.
- METRO, A., *Studi sui codicilli I*, Milano (1979); “Inst. 2,25 per l’origine dei codicilli”, en *Atti II Seminario romanistico Gardesano*, Milano (1980), pp. 233 ss.
- MINIERI, L., “Il *testamentum in procinctu*”, en *SDHI*. 64 (1998), pp. 253 ss.
- MURGA, J.L., *Donaciones y testamentos “in bonum animae” en el derecho romano tardío*, Pamplona (1968).
- NEGRI, G., *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milano (1977).
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, Málaga (2010); *Práctica jurisprudencial en Derecho romano y código civil*, Málaga (2003).
- PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia (2008).
- PALAZOLO, N., “*Dos praelegata*”. *Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano (1968).
- PARICIO, J., “¿Tres modos de aceptación de la herencia?”, en *Labeo*, 45 (1999), pp. 244 ss.
- QUADRATO, R., *Hereditatis petitio possessoria*, Napoli (1972).
- RASCÓN GARCÍA, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Tecnos (2011).
- REIMUNDO, B., *La sistematización de la indignidad para suceder según el derecho romano*, Oviedo (1983).
- RIBAS, J.M., *La desheredación injustificada en derecho romano. “Querella inofficiosi testamenti”. Fundamentos y régimen clásico*, Granada (1998); “*Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona*”, en *SCDR*, 26 (2013), pp. 369 ss.
- ROBBE, U., *Il diritto d’accrescimento e la sostituzione vulgare nel diritto romano classico*, Milano (1953); *La “hereditas iacens” e il significato della “hereditas” in diritto romano*, Milano, (1975).
- SAMPER, F., “*De bonis libertorum*. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto”, en *AHDE*, 41 (1971), pp. 149 ss.
- SANFILIPPO, C., *Evoluzione storica della “hereditas”*, Napoli (1946).
- SANTALUCIA, B., *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Firenze (1964).
- SCARANO USSANI, V., “Il *testamentum militis* nell’età di Nerva e Traiano”, en *Sodalitas Guarino*, 3, Napoli (1984), pp. 1383 ss.
- SCHWARZ, A., “*War die lex Falcidia eine lex perfecta?*”, en *SDHI*, 17 (1951), pp. 224 ss.
- SCHULZ, F., *Principios del Derecho Romano*, ed. Civitas, Madrid (1990); *Derecho Romano Clásico*, Bosch (1960).

- SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali*, (1914, reimpr. Milano, 1974).
- SERANGELI, S., *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano*, Milano (1982).
- SOLAZZI, S., *I modi di accettaxione dell'eredità*. Pavia (1912); *Diritto ereditario romano*, I, Napoli (1932); *Sul "tempus ad deliberandum"*, Napoli (1937).
- TALAMANCA, M., *Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio"*, Milano (1956); "L'acquisto dell'eredità da parte dei gentiles in XII Tab. 5.5, en *Mélanges Magdelain*, Assas (1998), pp. 447 ss.
- TERRANOVA, F., "Sulla natura testamentaria della cosiddetta *mancipatio familiae*", en *Annali Palermo*, 53 (2009), pp. 299 ss.; *Ricerche sul "testamentum per aes et libram"*, I, Torino (2011).
- TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo (1975); *Manual de Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Madrid (2003); *Manual de Derecho Privado Romano*, Zaragoza (2008).
- VOCI, P., *Teoria dell'acquistodel legato secondo il diritto romano*. Milano (1936); "La sostituzione pupillare nel diritto romano", en *AG.*, 149 (1955), pp. 3 ss.; *Diritto ereditario romano*, I, Milano (1967).
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Daza Martínez, J., ed. Civitas, Madrid (1986).
- WIEACKER, F., *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, Leipzig (1940); "La causa Curiana e gli orientamenti della giurisprudenza coeva", en *Antología jurídica*, 1, Milano (1968), pp. 111 ss.