

MISCELANEA CRITICA

(BONA, FAMILIA, PECUNIA, HEREDITAS, HERES,
SUCCEDERE, en las fuentes)

POR

JUAN IGLESIAS

CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO

BONA

En el Derecho clásico los *bona* no comprenden las deudas. Patrimonio (*bona*) únicamente es el patrimonio neto, después de deducir las deudas. Este concepto se afirma constantemente en los textos:

D. 50, 16, 39, 1 (PAULUS):

Bona intelligitur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt.

D. 50, 16, 83 (IAVOLENUS):

Proprie 'bona' dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent.

Escolio a las Basílicas XL, 7, 3 (HEIM IV, p. 51):

Recte dixit: in honorum possessionibus. Generaliter enim dicitur lib. 50 tit. 16 dig. 83, proprie bona non dici, quae magis damnosa quam lucrosa sunt.

En la significación técnica de *bona* que suministra Javoleno, se manifiesta la oposición a que el Fisco tome una herencia gravada, cargada de deudas, por cuanto no se puede afirmar que ésta constituya un bien patrimonial. Véase:

D. 49, 14, 11 (IAVOLENUS):

Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfuctura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod aeri alieno supererest

Según Calístrato, se ha discutido sobre si pertenecen, *ipso iure*, al Fisco aquellos bienes que no son suficientes para pagar las deudas hereditarias. Dice Calístrato que Labeón responde afirmativamente, pero que contra su opinión está la disposición del Edicto Perpetuo, por la cual los bienes son vendidos (por los acreedores) cuando el Fisco no pueda adquirir nada. He aquí el texto:

D. 49, 14, 1, 1 (CALLISTRATUS):

An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant quaesitum est. Labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt si ex his fisco acquirere nihil possi.

En el pensamiento de Labeón se señala la fundamental analogía conceptual entre la sucesión del Fisco en los bienes vacantes y la sucesión hereditaria. Según Labeón, el Fisco adquiere, *ipso iure*, los *bona* que no bastan para pagar las deudas hereditarias, y, consiguientemente, las cargas que llevan consigo. Sin embargo, el Edicto Perpetuo habla de la venta de los *bona* hereditarios verificada por los acreedores, que no hubiere podido tener lugar en el caso de que los bienes hereditarios fuesen adquiridos, de modo inmediato, por el Fisco.

En los textos recogidos anteriormente, se aprecia claramente que los *bona* sólo comprenden el activo del patrimonio, concibién-

dose las deudas, no como un elemento, sino como una carga del patrimonio. No obstante, en el texto de Ulpiano que transcribimos seguidamente, se afirma que los *bona* comprenden, en la herencia, tanto los beneficios como las deudas.

D. 37, 1, 3 pr. (ULPIANUS):

Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt. universalitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellantur.

Esto tiene lugar únicamente en los traspasos patrimoniales hereditarios. Ahora bien, es de observar que las deudas no constituyen un elemento patrimonial de la *hereditas*, aun cuando vayan unidas al traspaso patrimonial que ésta implica, no acompañando nunca a ningún traspaso patrimonial de otra naturaleza. La mejor prueba de que el gravamen de las deudas cuando sobrepasan la herencia (*cum viribus hereditatis*) o el activo hereditario (*quod vires hereditarias*), nada tiene que ver con la patrimonialidad, es decir, con el nuevo fin asumido por la sucesión hereditaria, se tiene en el hecho de que en el curso del Derecho romano fué en parte mitigado y en parte salvado mediante instituciones de derecho singular en el campo de la *hereditas*. Baste recordar a este propósito, las restituciones por entero, el *beneficium abstinendi*, el *beneficium separationis*, el *ius deliberandi*, el *beneficium inventarii* (1).

En torno a este fragmento de Ulpiano, se han planteado graves problemas, proponiéndose bastantes variaciones por algunos romanistas. Mommsen, en su edición del *Digesto ad h. l.*, quería borrar el «ut» y las palabras «ita accipienda sunt». Sin embargo, observa Leist (*Continuación del GŁUCK*, I, pág. 297, n. 85) que entonces el

(1) Cfr. BONFANTE, *L'origine dell' «Hereditas» e dei «Legata»*, en sus *Scritti giuridici vari*, I, p. 132.

«hic plerumque» resultaría duro y, en todo caso, no sería exacto, ya que en la expresión «bon.possessio» la palabra «bona» no tiene solamente «plerumque», sino siempre el significado universal. El mismo Mommsen quiere borrar las palabras «sive solvendo sunt bona sive non sunt», porque habría el mismo sentido, el mismo concepto, en las palabras que siguen inmediatamente. Las Basílicas conservan las dos expresiones, pero en orden inverso (Bas. XL, 1, 3, HEIMB IV, p. 50). En el § 1, Mommsen propone borrar el «ve» en la palabra compuesta «bonorumve». Contra esta variante, pronúncianse Leist (op. cit., p. 300) y Pernice (*Labeo*, I, p. 327, n. 16). Cuyacio (*Observa.*, IV, 16) quiere añadir el «ve» a las palabras finales: «attamen recte eius bonorumve possessionem agnitam Labeo ait». También Mommsen quiere leer «uti» en lugar de «utique» (1).

FAMILIA, PECUNIA, HEREDITAS

La voz *familia*—antiguo latino *famelia*, umbro *fameria*—atravesó durante el largo discurrir del Derecho romano por un curioso proceso de impermanencia conceptual. La palabra *familia*, derivada del sánscrito *dham* (?), radical *dhāman*—poner, establecer—evolució en un sentido muy semejante al griego οἶκος y al *domus* latino. En los tiempos más antiguos, *familia* tiene un significado material, valiendo para expresar la sede, el territorio en que se asentaba el grupo familiar. No obstante la fuerte unidad originaria del consorcio familiar, en un primer momento la voz *familia* no llegó a comprender en su significación los miembros sometidos a la *manus* o *potestas* del *pater familias*. Pero muy pronto, dentro ciertamente de la edad primitiva, alcanzó a expresar, de un lado, el patrimonio del grupo familiar, y de otro, las personas que integran éste—*familiares*—, y ya en el último tiempo, las personas dependientes de la comunidad familiar por vínculos de carácter servil—*familia urbana, rústica*—, o

(1) Cfr. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano*, v. I (Roma, 1925), p. 75, n. 1.

también ligadas únicamente por vínculos de razón moral— *familiares*—(1).

El término *familia* sirvió igualmente para indicar el objeto de la herencia. Otro término, *pecunia*, valió igualmente para señalar el objeto de la herencia. Ambas voces, a veces aparecen juntas y a veces separadas en el curso de la historia del Derecho romano.

La *familia* constituye el objeto de la *hereditas*, y los dos términos se cambian fácilmente.

Tab. V, 4-5:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

La acción para pedir la partición de una herencia disciplinada en la ley decenviral (D. 10, 2, 1 pr.), es llamada «*actio familiae erciscundae*». He aquí el comentario de Gayo, 2, 219:

(iudicium) familiae erciscundae, quod intra heredes de hereditate erciscundae accipit solet.

El mismo Gayo (2, 102) llama «*tertium genus testamenti*» a la «*mancipatio familiae*», advirtiendo al propio tiempo que «*familiae emptor... heredis locum optinebat*» o «*heredes loco erat*» (2).

El viejo precepto de la ley decenviral y los textos gayanos, señalan claramente una equivalencia entre *familia* y *hereditas*. En confirmación de tal equivalencia en el Derecho romano antiguo y en el Derecho clásico, «está el hecho de que *familia* no es usado nunca para indicar el patrimonio hereditario constituido solamente por el activo: para indicarlo, los textos adoptan los términos *patrimonium, pecunia, facultates, fortunae, substantia*» (3). En las XII Tablas

(1) BONFANTE, *Scritti*, II.

(2) ALBERTARIO, *Elementi postgajiani nelle Ist. di Gaio*, en sus *Studi di diritto romano*, V, p. 452.

(3) ALBERTARIO, *l. c.*, p. 452.

señálase, con buena precisión, la diferencia entre *familia* y *pecunia*.

Tab. V, 3:

uli legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.

Tab. V, 4-5:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.

El *heres* sucede en la *familia*, esto es, se coloca en la misma posición jurídica que ocupaba el difunto *pater familias*. El *heres* «*habet familiam*», y, consiguientemente, asume las deudas. La situación del legatario es distinta, porque adquiere «*pecunia*». En esto se encuentra posiblemente la mejor indicación para emprender la tarea de señalar la diferencia existente en el derecho antiguo entre *familia* y *pecunia*. Puede afirmarse que la equivalencia de uno y otro término tiene lugar solamente en el período postclásico.

Sin embargo, no dejan de surgir dudas y problemas acerca del verdadero significado de las voces *familia* y *pecunia*.

Ihering (1), Karlowa (2), Mitteis (3) y Bonfante (4) entienden que *familia* significaba las *res Mancipi*, y *pecunia* las *res nec Mancipi*. Apoyan su tesis acudiendo al significado etimológico de *pecunia*, que no es otro que el de «*bestiaje*», y que, fuera de algunas cabezas grandes, constituía una *res Mancipi* (5). Creen estos escritores que la contraposición en este sentido entre *familia* y *pecunia* se halla manifiesta, en cierto modo, en las XII Tablas (V, 3, 4 y 5) (6).

(1) *Entwickel. Geschichte*, 81.

(2) *Römische Rechtsgeschichte*, 2, 73.

(3) *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, p. 79-84.

(4) *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, en sus *Scritti*, II, y *Corso di diritto romano*, 1.^a ed., v. II, p. 170 y ss.

(5) Las ovejas eran *res nec Mancipi*.

(6) En contra de este pensamiento, se muestra JÖRS. *Römischen Recht*, página 42, n. 3 (en la trad. española, Barcelona, 1937, p. 89, n. 4). Sobre las distintas versiones del precepto decenviral, vide SCIALOJA, ob. cit., p. 60, n. 2.

Siguiendo este orden de ideas, se llega a la conclusión de que *familia* en la ley decenviral se refiere al entero patrimonio, aplicado a la sucesión intestada, entendida como universalidad, como totalidad, y la palabra *pecunia* a la sucesión testamentaria, y cabalmente a aquella parte del patrimonio de la cual podía disponer libremente el testador, y que se hallaba constituida por las *res nec mancipi*.

Según Wassack (1), *familia* indica la totalidad de los bienes de la casa, y *pecunia* la propiedad privativa del *pater familias*. Entiende el escritor alemán, que esta diferenciación no es absolutamente idéntica con la de *res mancipi* y *res nec mancipi*. El término *pecunia* de la Tabla II, 3, fué añadido posteriormente, no sin buen sentido, y no es usado técnicamente en la Tabla X, 7; sólo es auténtico y recibe empleo técnico en el sentido de propiedad privativa del *pater familias*, en la Tabla V, 7 (2).

Advierte el profesor Scialoja que, según el testimonio de Cicerón, el «*Curator furiosi*» agnaticio en las XII Tablas, tiene potestad «*in eo pecuniaque eius*»: se nombra solamente la *pecunia*, y no la *familia*. La explicación de esto se encuentra, en opinión de Scialoja, en que el curator agnaticio del furioso no tiene originariamente una libertad de enajenar absoluta, sino limitada a las *res nec mancipi*, y que la norma fué extendida por primera vez a las *res mancipi* por vía de interpretación. A este tenor, la «*potestas*» del curador disciplinada en las XII Tablas, estuvo limitada a una parte del patrimonio, que coincidiría precisamente con las *res nec mancipi*. En seguida, *pecunia* se adoptó para indicar el complejo de las *res nec mancipi* (3). Además, observa el profesor Scialoja, el conocido pasaje

(1) *Studien zum altrömischen Erb. und Vermächtnisrecht*, I, p. 7, n. 14. En sentido parecido, SIBER, *Römisches Recht*, II, p. 328, y *Z. S. St.*, 54, p. 410 y ss.

(2) *Studien* citados, p. 5, nota 10, 1 19. En contra de WLASSACK, se muestra JÖRS, ob. cit., ed. española, p. 91, n. 7. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, p. 34 y ss., coincide con JÖRS en oponerse a la equiparación de familia y *res mancipi*. BESELER, en la *Z. S. St.*, 54, p. 322, se pronuncia en un sentido semejante a JÖRS.

(3) Cfr. SCIALOJA, ob. cit., p. 65-66.

de la ley decenviral que confiere la libertad de testar, viene referido concordemente por Ulpiano y Paulo del siguiente modo:

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto (1).

Ahora bien, «es posible que la ley haya dicho esto solamente para la parte no mancipable del patrimonio. Por lo demás, también etimológicamente es requerida una distinción en el sentido que sostenemos. En efecto, «pecunia» indica «bestiaje»—«bestiame»—; pero éste, al menos en gran parte—por lo menos el pequeño bestiaje—no es mancipable y, por tanto, esto mismo debe ya hacer pensar que haya sido contrapuesto a las «res mancipi», a la «familia», esto es, a la «casa» (*dham, domus*) (2).

La voz *familia* aparece sola en los siguientes textos: XII Tablas, V, 4—5, Ulpiano, *Regul.*, 26,1; D.10,2; *lex Silia de ponderibus publicis* (Bruns, *Fontes*, 7.^a ed., p. 46); Gayo, 2,219; 2,102.

En todos estos textos, *familia* es término que sirve para indicar el patrimonio hereditario, y justamente el constituido tanto por el activo como por el pasivo—los *commoda* y los *incommoda*— (3).

(1) ULPIANO, 11, 14; PAULO, d. 50, 16, 53 pr.

(2) SCIALOJA, ob. cit, p. 65-66.—Por algunos escritores se sostiene que el criterio diferenciador entre *familia* y *pecunia* se encuentra en que la primera indicaba las personas de la familia, y la segunda el patrimonio, los bienes patrimoniales.

JÖRS, apartándose del punto de vista de MOMMSEN (*Röm. Staatsr.*, III, 10, número 2), entiende que la palabra «familia» significó primeramente, como afín de «famulus», la servidumbre sometida a la autoridad del *pater familias*, y comprendía tanto los *liberi* como los *servi* (*Derecho privado romano*, vers. española, antes citada, p. 89). Sin embargo, es de notar que en el más antiguo lenguaje latino, en los más antiguos escritores y en las más antiguas leyes, la palabra *familia* tiene un fuerte significado patrimonial.

En opinión de DEVOTO (*Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Roma, 1933, p. 27 del v. 1), *familia* es un colectivo que quiere decir conjunto de los *famuli*, y *famuli* son todos los que están sujetos a la autoridad del jefe de la familia, del *pater familias*.

(3) Para indicar el patrimonio constituido solamente por el activo, los textos adoptan los términos *patrimonium*, *pecunia*, *facultates*, *fortunae*, *substantia*. Cfr. ALBERTARIO, 1. c., p. 452 y ss.

Pecunia se encuentra sola en la *lex osca tabulae Bantinae* (anterior al 118 a.de C.), lín. 18 (*eitua*) y 20 (*eituum*), en Paulo, D.50,16, 53 pr.; Ulpiano; *Regul.*, 11,14; Celso, D.50,16,97; Ulpiano, D.5016,178; Hermogeniano, D.50,16,222.

En todos los textos citados, *pecunia* indica patrimonio en el que sólo se comprende el activo.

D. 50, 16, 222 (HERMOGENIANUS):

Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles, et tam corpora quam iura continentur.

D. 50, 16, 178 pr. (ULPIANUS):

'Pecuniae' verbum non solum numeratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora: nam corpora quoque pecuniae appellatione contineri nemo est qui ambiget (1).

Aparecen juntas *familia* y *pecunia*—*familia pecuniaque*—en la *lex Osca tabulae Bantinae*, 22 (Bruns, *Fontes*, I, 52); en Gayo, 2,104; Festo, 318, voz *Sacratae*, Cicerón, *De Invent.*, 2,148; *Ad Herennium*, 1, 13, 23; Tácito, *Hist.*, 4,2; Gellio, 1,9,12; 2,24,11; Cicerón, *De legibus*, 3,3,7; Suetonio, *Nero*, 4; Petronio, *Satyr.*, 141.

Familia y *pecunia* son términos bien diferenciados hasta llegar a la época postclásica. En un texto manifiestamente interpolado, los términos *pecunia*, *patrimonium*, *facultates*, *fortuna*, *census*, *substantia*, son tomados como sinónimos de *familia* y *hereditas*.

En el texto de Gayo arriba citado (2,102), se halla visiblemente interpolado «*id est patrimonium*», por mano de un glosador. *Familia* designa en los textos jurídicos clásicos, el conjunto de los *commoda* e *incommoda* de un patrimonio hereditario: *patrimonium*, no—dice ALBENTARIO (1. c., p. 457).

(1) Seguidamente, en el § 1, habla de la «*hereditas*»—antes representada con el término «*familia*»—del modo siguiente: «*Hereditas*» iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit.

D. 36, 1, 15, 5 ss.; 17 (16) pr. (ULP. 4 fid.):

Sed et si quis 'bona' rogatus sit vel 'familiam' vel 'pecuniam' rogetur vel 'universam rem meam'... cogi poterit: hoc idem et si 'patrimonium' rogatus fuerit et si 'facultates' et si 'quidquid habeo' et si 'censum meum' et si 'fortunas meas' et si 'substantiam meam' et si 'peculium meum' testator dixerit, quia plerique ὑποχωριστικῶς pratimonium suum peculium dicunt, cogendus erit: de successione enim sua et hic rogavit: nec ignoro in quibusdam ex his Maecianum dubitare et voluntatis esse dicere quaestionem, utrum de pecunia tantum an et de successione sensum dico, ne intercidat fideicommissum.

Albertario, tras advertir la interpolación de este texto, señala que los juristas no podían considerar términos equivalentes *familia*, *hereditas*, (según algunos) *bona* y todos los otros (*pecunia*, *patrimonium*, *facultates*, *fortunae*, *census*, *substantia*). Estos últimos son expresiones que no indican nunca el conjunto de los *commoda* y de los *incommoda*, sino tan sólo el patrimonio neto. «La equivalencia entre los términos *hereditas*, *familia*, (según algunos) *bona*, de un lado, y de los otros términos y las otras expresiones, del otro lado, es posterior a la edad clásica y derivada del obscurecimiento y de la equivocación del valor técnico que aquellos términos y aquellas expresiones tenían en el derecho romano». En el texto de Ulpiano, «la equivalencia es derivada de la preocupación *ne intercidat fideicommissum* y tiene un grave alcance práctico» (1).

HEREDITAS

En numerosos textos la *hereditas* viene entendida como un *universum ius*, como una *universitas*.

D. 50, 17, 62 (IULIANUS):

Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit.

(1) ALBERTARIO, 1.c., p.457.

D. 50, 16, 24 (GAIUS):

Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit.

D. 50, 16, 178, 1 (ULPIANUS):

Hereditas iuris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit, hereditas autem vel maxime fructibus augetur.

D. 5, 3, 50 pr. (PAPINIANUS):

Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.

D. 50, 16, 119 (POMPONIIUS):

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: iuris nomen sicut bonorum possessio.

D. 29, 2, 37 (POMPONIIUS):

Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

D. 39, 2, 24, 1 (ULPIANUS):

... successores autem non solum qui in universa bona succedunt, sed et hi, qui in rei tantum dominium successerint...

D. 21, 3, 1 (HERMOGENIANUS):

... sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.

D. 43, 3, 1, 13 (ULPIANUS):

... in locum successisse accipimus, sive per universitatem sive in rem sit successum.

GAYO, 2, 97:

Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis adquirantur... videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.

IST., 3, 10 pr.:

Est et alterius generis per universitatem successio...

GAYO, epit. *Visigoth.* 2, 2, 1:

Per universitatem, hoc est omnia simul bona, adquiramus...

En presencia de las fuentes clásicas, los escritores han venido representando la sucesión hereditaria como un complejo de relaciones patrimoniales unidas entre sí, formando una unidad ideal. El heredero adquiere directamente esta unidad; los singulares derechos son adquiridos consecuentemente, es decir, en cuanto son elementos integradores de la *hereditas*.

Fué Brinz (1) el primero en sostener, contra la opinión comúnmente admitida, que no debía considerarse la *hereditas* como una verdadera *universitas*, cuyo contenido se halle formado por los singulares derechos y que se adquiriera consiguientemente a la adquisición de aquella, ya que, por el contrario, el heredero toma directamente las particulares relaciones patrimoniales, pero no una a una, sino todas conjuntamente, en bloque.

Bonfante, tras llevar a cabo un profundo análisis de todas las instituciones del derecho familiar y sucesorio romano, fijó la tesis según la cual la originaria sucesión hereditaria es sucesión en la soberanía del grupo familiar. Si ciertamente en la época histórica y clásica, el recuerdo de las condiciones primitivas ya se había desvanecido, quedó todavía dominante en la ciencia del derecho el concepto de la sucesión universal como *successio in ius defuncti*, y todos los efectos de la sucesión eran considerados como consecuencia de la adquisición del *titulo de heredero*.

Las investigaciones de Bonfante tratan de demostrar que el cambio en el concepto de la *hereditas* tuvo lugar en época tardía, por obra de las escuelas de derecho orientales, siendo llevado a las fuentes justinianeas por los compiladores. Habiendo creado los

(1) BRINZ, *Pand.*, 2.^a ed., § 357, p. 1 y ss.

justinianeos, según parece demostrado por Longo (1), la *successio in singulas res*, viéronse obligados a contraponer como *successio in universum ius* aquella que era en los orígenes la única forma de *successio*. Según Bonfante, no conociendo el derecho clásico la sucesión particular o singular, son también interpolados los textos en que se habla de sucesión universal *in omne ius*, *in universum ius*, y asimismo interpolado el término *universitas*. «La doctrina de la *universitas* es postclásica, pero no propiamente justiniana. De todos modos, ella desordenó y enturbió el problema relativo al carácter peculiar de la sucesión y al concepto del patrimonio. Donde el jurisconsulto romano decía: el heredero sucede (*succedit* o *succedit in locum* o *in ius defuncti*), lo que quiere decir es que la herencia no es una simple adquisición de derechos, sino un reemplazo en las relaciones. En cambio, el jurisconsulto bizantino, y después de él toda la serie de intérpretes, pronuncia: responde de las deudas porque adquiere un patrimonio, una *universitas*» (2).

(1) LONGO, *L'origine della successione particolare*, en *Bull. Ist. Dir. rom.*, v. 14—15.

(2) BONFANTE, *Ist. de Derecho romano*, vers. del ital., Madrid, 1929, p. 542-543. Vide especialmente, BONFANTE, *La formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en *Rend. Ist. Lomb.*, t. 39 (1906), p. 277 y ss.; *Scritti*, I, 307 y ss.; *La successio in universum ius e l'universitas*, en *Studi in onore di V. Scialoja*, I, 531 y ss.; *Scritti*, I, 250 y ss.

En época reciente, CHIAZZESE, *Confronti testuali*, 425 y ss., ha sostenido que el concepto de la *universitas iuris*, con el cual viene representada la *hereditas* en edad postclásica, se había desenvuelto uniformemente en las dos partes del Imperio, primero en Occidente, después en Oriente. Y esto, porque la *hereditas* es considerada ya como *universitas iuris* en los fragmentos de Autun. Sin embargo, es fácil demostrar, según Albertario (*Introduzione storica allo studio del dir. rom. giust., parte prima*, p. 113, n. 99), «que este concepto es una elaboración de las escuelas orientales, y fué trasportado a la Galia, o por un griego o por un occidental educado en las escuelas griegas. Si el Epitome Gai es genuina expresión local de la cultura jurídica del Occidente, la Paráfrasis gayana, que los Fragmentos de Autun contienen, es clara expresión de una enseñanza jurídica importada en Occidente desde fuera. La Paráfrasis de Autun es diversa del Epitome, no solamente porque es el nítido tipo de las elaboraciones que los juristas orientales designan con el nombre *πλάτος*; hay mucho más: en el tono, en el estilo, en la sustancia,

Se manifiesta en contra del origen postclásico y escolástico de la *universitas*, generalmente admitido, Bortolucci (1). Según Bortolucci, si en el derecho clásico el heredero sucede en todas las singulares relaciones y derechos de que el difunto era titular, adquiere ciertamente también aquella *res incorporalis* abstracta que es la herencia, en la cual las singulares relaciones son unificadas. De tal modo, que los dos principios se integran, no se excluyen. Y por lo que se refiere al Derecho justinianeo, «sería de ver si verdaderamente haya creado la *universitas iuris*—como concepto sistemático—y, con respecto a la herencia, identificándola como *universitas* con el *patrimonium*, haya hecho de la una y de la otra aquel ente trascendental y casi místico fabricado por la especulación jurídico-filosófica moderna, interpretando las fuentes justinianas y —en mi opinión—yendo más allá de ellas» (2).

HERES

La antigua palabra «heres» significaba, según el pensamiento tradicional romano, «señor, dueño». Tal es el concepto recogido en las Instituciones justinianas (2, 19, 7) y en Festo (Epítome de Paulo, pág. 99, lín. 18).

presenta una analogía admirable con la Paráfrasis de Teófilo. El origen oriental de la concepción de la *hereditas* como *universitas*, es demostrado también por la circunstancia de que el Epítome Gai la ignora y de que el redactor occidental explica clásicamente todavía el *adquirere per universitatem* que se actúa en la *hereditas*, escribiendo: *per universitatem, hoc est simul omnia*.

(1) BORTOLUCCI, *La hereditas come universitas*, en *Atti del congr. internaz. di dir. rom.*, Roma, 1933, v. I (Pavía, 1934), p. 434 y ss.

(2) BORTOLUCCI, 1. c., p. 442.—Advierte justamente Albertario (*Introd. storica*, antes citada, p. 114, n. 100), comentando la opinión de Bortolucci, que niega, contra la creencia general, el origen postclásico y escolástico de la *universitas*, que «la reacción contra una de las más sólidas conquistas de la crítica romanística de los últimos treinta años, es un esfuerzo vano».

Inst., 2, 19, 7:

...veteres enim heredes pro dominis appellabant.

Festo, en el Epítome de Paulo, p. 99, lín. 18:

heres apud antiquos pro domino ponebatur.

En el antiguo latino hay otra palabra que significa «dueño», y es «herus», caída en desuso en el latín clásico. «Heres» y «herus» no difieren más que en la desinencia, y se estima por algunos escritores romanistas que ambas palabras pueden referirse a un mismo origen (Scialoja, ob. cit., p. 37).

Un problema que ofrece no pocas dificultades, es el establecer o determinar la significación de «suus» cuando va unido a «heres». Se observa que esta persona, llamada *ab intestato* a la sucesión, viene siempre indicada como «suus heres» y nunca como «heres suus», planteándose la duda de cuál de las dos palabras sea el sustantivo y cuál el adjetivo, esto es, si se debe entender un heredero adjetivamente «suo» o un «suo» adjetivamente heredero.

La más vieja explicación dada a esta cuestión es la de que el «suus heres» significa el heredero del difunto: *suus* haría las veces del genitivo *defuncti* (*heres defuncti*). Según esto, cuando el difunto muere sin determinación de heredero, viene a sucederle su heredero.

Una opinión muy corriente afirma que *suus heres* es el heredero *de sí mismo*. Esta opinión cree encontrar apoyo en los textos clásicos. En Gayo (2. 157), en las Instituciones justinianas (2, 19, 2) y en Paulo (D. 28, 2, 11) se dice, por manera igual, que los *sui heredes* son llamados así porque son herederos domésticos, esto es, porque pertenecen a la casa, y en vida del padre se reputan en cierto modo dueños, por lo que a su muerte, es muy natural que le sucedan en la herencia.

GAYO, 2, 157:

Sed sui quidem heredes ideo appellantur; quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur.

INST-, 2, 19, 2:

Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur.

D. 28, 2, 11 (PAULUS):

In suis heredibus—apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.—itaque post mortem patris non hereditate percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

Entre los escritores alemanes domina la tendencia según la cual el *suus heres* es el heredero de sí mismo, Aducen en prueba de ello, entre otros textos clásicos, los anteriormente recogidos, en los que repetidamente se habla de los *sui heredes*, nombrándolos *domini*. Se dice que los *sui heredes* son llamados de este modo, por cuanto tienen la condición de herederos domésticos, es decir, pertenecen a la familia, y en vida del *pater* eran considerados en cierto modo como *domini*. En el derecho clásico, la propiedad pertenecía al padre con carácter de exclusividad, pero mucho tiempo atrás—*olím*—era común de los miembros de la familia, y el poder del *pater familias* en este aspecto se reducía a la *libera administratio*. Por tanto, en vida del padre, éste tendría, además de su coderecho, la libre administración, y los hijos la copropiedad latente. A la muerte del padre lo único que reciben nuevo los hijos es la *libera administratio*. De este modo, no tiene lugar sino la realización de una pretensión de los hijos. La *hereditas* no tenía antiguamente la significación clásica, y se traducía en una continuación sencilla de la propiedad—*continuatio dominii*.

Según Fadda, *suus* significa «proprio», no en el sentido de propio «del testador», y tampoco en el de propio «de sí mismo», sino en el sentido de «apropiado», esto es, el más propio de los herederos. «Se solía antes explicar *suus* como «heredero del padre»: se

quiere entender ahora, por el contrario, en el sentido de *heredero de sí mismo*. Esta última explicación tiene por sí mucha probabilidad. Pero, a mi entender, tiene probablemente más fundamento otra explicación, que sería en verdad más razonable y respondería también a las fuentes. *Suus* puede significar también *apropiado, conveniente, natural...* «Así en las expresiones *suo tempore, sua tempora, sua die, suo pretio, suus iudex* y semejantes (Cfr. HEUMANN: *Dizionario delle fonti*, 7.^a ed. Voc. «suus», n. 3, p. 517). *Heres suus* sería el heredero más propio, aquel que más justamente, por su posición, es llamado a suceder al cabeza, el heredero por antonomasia. El citado pasaje de Gayo (Inst., II, 157) se adapta mejor a esta explicación que a la comunmente aceptada. ¿Por qué sería heredero de sí mismo aquel que es *domesticus heres*? Por el contrario, justamente la posición en la casa, la casi propiedad (que por lo demás, es recuerdo residual de antigua verdad histórica) del descendiente de primer grado, hace de cierto que él sea el más indicado para la cualidad de *heres*» (1).

Por nuestra parte, observamos que el testador romano—y la sucesión testamentaria es la primera y prevalente—tiene plena libertad de testar. Sin embargo, los ejemplos ofrecidos por las fuentes fundamentan la idea de que normalmente el padre nombra a uno de los hijos o al hijo varón con preferencia a la hembra. En los primeros tiempos romanos, cuando la familia constituía un consorcio político, el testamento proveía a la designación de un varón, el más digno para suceder en la soberanía del grupo familiar. Tal varón era elegido entre los *sui*, y podía ser, hablando en términos modernos, tanto el hijo cuanto el nieto o un sobrino (2). La sucesión primitiva fundábase en un vínculo semejante al que liga a los ciudadanos de un Estado entre sí. Más tarde, el consorcio familiar adquiere nueva fisonomía, nuevo carácter, determinado por el palidecimiento, o mejor, desvanecimiento de la antigua

(1) FADDA, *Concetti fondamentali del dir. ereditario romano*, part. I, p. 336-337.

(2) Cfr. BONFANTE, *Scritti*, I, p. 487, nota.

razón política, y por la calificación importantísima que llegó a concederse al vínculo cognaticio. Entonces la sangre reclamó a la herencia a todos los *sui*, sin distinción, y así, tanto a las mujeres cuanto a los hombres. Pero siempre en primer lugar al varón que tiene la condición de *filius suus* de primer grado, de primera clase, y después a todos los demás, hijas o nietos. El *filius suus* aparece en razón sobresaliente, y su preterición determina, en el régimen de sucesión legítima formal, la anulación del testamento. Esto bien puede interpretarse en el sentido de que en el mismo derecho histórico avanzado, continúa viva la idea tradicional de nombrar al *heres* entre los *sui*, confirmando únicamente a uno el título de heredero, de continuador «del nombre y la dignidad de la familia». «El testamento romano—dice Bonfante—tiene por fin, no llamar a un extraño, sino a uno de los *sui*, al más digno, al más querido: y este fin los conserva en la nueva función de la herencia, incluso en el derecho clásico» (1).

Arangio Ruíz, reclamando el pensamiento de Kniep, señala una cierta aproximación entre la palabra *heres* y la griega *χῆρος*, que vendría a darle el sentido de «huérfano». Sin embargo, contra la derivación etimológica de *heres* de *berus* o *erus*, se manifiesta el lenguaje antiguo y la tradición de los romanos testimoniada por Festo (Paulus Diac., *ex lib. Pomp. Festi*, voz «heres», ed. Teubner, página 88) y por Justiniano (Inst., 2, 19, 7). En la lengua griega *χῆρα* significa «viuda», *χρηεῖω* «ser viudo», y *χρηωστῆς* sirve para indicar un «colateral que hereda por falta de herederos directos». Pero esto no ayuda al pensamiento según el cual existe identidad entre «heredero» y «huérfano». La prueba de ello nos la suministra la observación de las otras lenguas occidentales (2).

(1) BONFANTE., *Scritti*, I, p. 109.

(2) Cfr. DEVOTO, en *Atti del congr. internaz. di dir. rom.*, Roma, 1933, v. I Pavía, 1934, p. 32.

SUCCEDERE

En la lengua latina «succedere» es etimológicamente sinónimo de «subire». Así se dice «subire onus, periculum, pondus» y «succedere oneri, ponderi», «subire ad moenia, muros» o «succedere moenibus, muris, ad muros, ad castra, ad vallum, ad portam». En el lenguaje militar, «succedere» se emplea técnicamente para indicar la entrada de las milicias intactas o frescas en el puesto de otras, cansadas o maltrechas.

En la lengua latina «succedere», etimológicamente sinónimo de «subire», no significa simplemente «seguir», sino seguir o continuar en una situación, en la cual tal vez se toma más en cuenta la carga que sobre sí toma el sucesor, que la ventaja que de la situación deriva (1). «Succedere» no indica nunca una derivación, una dependencia: el sucesor entra, *succedit*, en una posición, pura y simplemente. Transportando estas ideas al campo jurídico, «succedere» no expresa el traspaso de un derecho, sino más bien la entrada en una relación. En los cargos de derecho público—magistrado, decurión, etc.—y, dentro del derecho privado, en la herencia, *successio* no significa otra cosa que sucesión en las relaciones jurídicas y en la posición jurídica.

Seguidamente recogemos algunos textos en los que «succedere» muéstrase como sinónimo de «subire».

CAESAR, *De bello gallico*, 3, 4, 3:

Nostri, primo integris viribus, fortiter repugnare, neque ullum frustra telum ex loco superiore mittere, ut quaeque pars castrorum nudata defensoribus premi videbatur, occurrere, et auxilium ferre: sed hoc superati, quod diuturnitate pugnae hostes defessi cum praelio excedebant, alii integris viribus succedebant.

(1) Cfr. SCIALOJA, ob. cit., p. 86.

CAESAR, *De bel. gal.*, 5, 16, 4:

Accedebant huc, ut nunquam conferti, sed rari, magnisque intervallis praeliabantur, stationesque dispositas haberent, atque alios alii deinceps exciperent, integrique, et recentes defagitationis succederent.

VARRO, *ling. lat.*, 7, 56:

... prima legioni tertia, dextrae aliae sinistra subiit, eques in pugnam succedit, exercitus in orbem succedit proelio...

Aparte de estos textos, pueden ser citados otros muchos en los que la voz «succedere» se ofrece ó como sinónima de «subire»: Livio, *Ab Urbe cond.*, V, 43; VI, 4; VII, 37; IX, 27; X, 14; XXII, 16; XXII, 28; XXIII, 44; XXVII, 2; XXVII, 12; XXVIII, 42; XXXI, 36; XXXI, 40; XXXI, 42; XXXII, 12; XXXV, 5; XL, 30; XLII, 54.—Virgilio, *Aen.*, II, 478; XI, 146.—Varrón, *lin. lat.*, VII, 56.—Salustio, *Jug.*, 57, 4; 94, 3.—Frontino, *Strt.*, III, 171.—César, *Bel. Gal.*, III, 4, 3; IV, 32, 2; V, 16, 4; VII, 25, 3; VII, 82, 1; VII, 85, 5; VIII, 28, 3; VIII, 41, 3; VIII, 85, 5; *Bel. civ.*, I, 45, 2; III, 94, 2.