

**UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO.  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.  
ESCUELA DE DERECHO.**

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y ANÁLISIS DEL SISTEMA  
SUCESORIO ROMANO**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN  
CIENCIAS JURÍDICAS.**

**POR**

**DANIELA MARIA BARRERA THIEME**

**PROFESOR GUÍA:**

**ALDO TOPASIO FERRETTI.**

**2010.**

## TABLA DE CONTENIDOS.

|   |     |
|---|-----|
| TABLA DE CONTENIDOS   | i   |
| Cap.  | Pág |
| INTRODUCCIÓN  | 1   |
| 1 NOCIONES FUNDAMENTALES                                    | 6   |
| 1.1. La Sucesión  | 6   |
| 1.1.1. Concepto   | 6   |
| 1.1.2. Su relación con la herencia                          | 7   |
| 1.2. El heres   | 9   |
| 1.2.1. Concepto   | 9   |
| 1.2.2. Características                                      | 9   |
| 1.3. La Bonorum Possessio                                   | 14  |
| 1.3.1. Concepto   | 14  |
| 1.3.2. Función de la Bonorum Possessio en el derecho romano | 15  |
| 1.4. La Delación  | 16  |
| 1.4.1. Explicación  | 16  |
| 1.4.2. Clases de Herederos                                  | 16  |
| 1.4.3. Causas de la Delación                                | 17  |
| 1.4.4. Requisitos de la Delación                            | 18  |
| 1.4.5. Momento de la Delación                               | 18  |
| 1.4.6. Término de la Delación                               | 19  |

|   |   |    |
|---|---|----|
| 2 | LA SUCESION INTESTADA EN EL DERECHO ANTIGUO                             | 20 |
|   | 2.1.La Ley de las Doce Tablas   | 20 |
|   | 2.1.1. Régimen Sucesorio de los Varones Ingenuos                        | 20 |
|   | 2.1.2. Régimen Sucesorio de los Libertos, Emancipados y Mujeres         | 26 |
|   | 2.2. Lex Voconia  | 27 |
| 3 | LA SUCESION INTESTADA EN EL DERECHO CLASICO                             | 28 |
|   | 3.1. Senadoconsultos Tertuliano y Orficiano                             | 28 |
|   | 3.1.1. Senadoconsulto Tertuliano  | 28 |
|   | 3.1.2. Senadoconsulto Orficiano   | 29 |
|   | 3.2. Las Constituciones Imperiales                                      | 29 |
| 4 | LA SUCESION INTESTADA PRETORIA  | 31 |
|   | 4.1. La Sucesión Intestada iure honorario de los ingenuos               | 31 |
|   | 4.1.1. Ordenes sucesorios   | 31 |
|   | 4.2. La Sucesión Intestada iure honorario de los libertos y emancipados | 38 |
|   | 4.2.1. Situación del Liberto  | 38 |
|   | 4.2.2. Situación del Emancipado   | 39 |
| 5 | LA SUCESION INTESTADA EN EL DERECHO POST CLASICO                        | 41 |
|   | 5.1. Período de la Compilación  | 41 |
|   | 5.2 Novela 118 del año 543  | 41 |
| 6 | LA SUCESION TESTAMENTARIA ROMANA  | 44 |

|   |    |
|---|----|
| 6.1. Concepto de Testamento                                 | 44 |
| 6.2. Formas de los Testamentos                              | 45 |
| 6.2.1. Derecho Antiguo                                      | 45 |
| 6.2.2. Derecho Clásico                                      | 46 |
| 6.2.2.1. Referencia al Testamento Pretorio                  | 48 |
| 6.2.3. Derecho Post Clásico                                 | 49 |
| 6.3. Contenido de un Testamento                             | 51 |
| 6.3.1. Heredis Institutio                                   | 51 |
| 6.3.2. La Sustitución                                       | 57 |
| 6.3.2.1. La Sustitución en el Derecho Clásico               | 58 |
| 6.3.2.2. La Sustitución en el Derecho Justiniano            | 60 |
| 6.3.3. La Voluntad Testamentaria                            | 61 |
| 6.3.4. El Desheredamiento                                   | 62 |
| 6.4. Los Codicilos  | 66 |
| <br>  |    |
| 7 DE LA ADQUISICION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA            | 68 |
| 7.1. Adquisición y Repudiación de la herencia intestada     | 68 |
| 7.1.1. Los Sui Heredes                                      | 68 |
| 7.1.2. Los demás herederos ab intestato                     | 69 |
| 7.2. Adquisición y Repudiación de la herencia testamentaria | 71 |
| 7.2.1. Los Sui Heredes                                      | 71 |
| 7.2.2. Los Esclavos   | 71 |
| 7.2.3. Los demás herederos                                  | 72 |
| 7.3. Adquisición de la Bonorum Possessio                    | 73 |
| <br>  |    |
| CONCLUSIÓN  | 74 |
| BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA                                     | 77 |

## INTRODUCCION.

Cuando una persona fallece, por regla general, subsisten sus derechos y obligaciones. Sin embargo esta regla admite algunas excepciones, ya que existen cierta clase de derechos y deberes, cuales son los personalísimos, que sí se extinguen con el fallecimiento de su titular, así por ejemplo, la patria potestad, termina con la muerte del padre, y el *manus* marital que termina con la muerte del marido, también se extingue el usufructo con la muerte de su usufructuario.

El derecho sucesorio regula el destino de aquellos derechos y deberes que no se extinguen con el fallecimiento del *de cuius*. Joan Miquel lo conceptualiza como "*el conjunto de normas que regulan el destino de los bienes de una persona después de su muerte*"<sup>1</sup>

El derecho romano constituye la piedra angular de nuestro actual sistema sucesorio, por lo que es fundamental analizar el origen y desarrollo de este sistema en los diferentes períodos de Roma.

El primer intento de sistematización lo encontramos en las *INSTITUCIONES* de Gayo, a propósito de la adquisición de las cosas. Lugo Justiniano sigue el mismo sistema, logrando su completo desarrollo, recién en el siglo XVII Y XVIII.

La presente investigación tiene por objeto realizar un análisis evolutivo de la sucesión intestada y testamentaria en Roma, mediante la exposición de sus elementos constitutivos, los llamados a la sucesión en la sucesión intestada, el lento tránsito hacia el parentesco cognaticio, la importancia del edicto del pretor, la forma de los testamentos en la sucesión testamentaria, la importancia de la institución del heredero, y la forma de adquirir la herencia.

---

<sup>1</sup> Miquel, Joan. *Derecho Privado Romano*. Editorial Marcial Pons, Madrid, año 1992, página 387.

Para lograr este objetivo, se analizará en el primer capítulo los conceptos transversales y fundamentales que sientan las bases de este trabajo, tales como la sucesión, el heredero, la *bonorum possessio*.

Ya desde el segundo capítulo en adelante, se presenta un estudio sistematizado de la evolución de la sucesión instada y testamentaria a través de los distintos periodos romanos. Así, el segundo capítulo denominado "La sucesión intestada en el derecho antiguo", expone el régimen establecido por las XII Tablas en el caso de que el *de cuius* ha muerto sin testamento, si el testamento carecía de los requisitos exigidos o si se había hecho nulo con posterioridad o era revocado; o bien, si los herederos testamentarios no llegaban a adquirir la herencia. Dicho régimen sentaba sus bases en el *parentesco agnaticio*, es decir, el parentesco civil o jurídico, que se fundamenta en la potestad del *Paterfamilias* y no supone necesariamente relación de sangre; por tanto, los llamados a la herencia eran, los hijos que se encontraban bajo la potestad del *pater* al momento de su muerte, su *uxor in manu*, los agnados, que son aquellos parientes colaterales de grado más próximo, y la gens, es decir, la familia extensa que lleva el mismo cognomen.

El tercer capítulo denominado "La sucesión intestada en el derecho clásico", ya comienzan a vislumbrarse los primeros indicios de la sucesión cognada; con el senadoconsulto Tertuliano, la madre no agnada del difunto, que en estricto rigor, sucede en tercer grado, viene a suceder en segundo grado a sus hijos, entre los agnados, cuando ha alcanzado el *ius liberorum*, y el hijo difunto carece de padre natural o hermanos consanguíneos; el senadoconsulto Orficiano, a su vez, llamó a los hijos a la herencia de la madre, casada *sine manu*, con preferencia a todos los agnados.

En el cuarto capítulo, "De la sucesión pretoria", se detalla el sistema pretorio de sucesión, que es totalmente opuesto al sistema civil, pues el pretor, tratando de salvar las injustas situaciones que se producían, da

primacía a los vínculos de sangre del causante, siendo, en consecuencia, el parentesco por cognición, el gran protagonista de la *bonorum possessio*. Haciendo justicia a los vínculos sanguíneos del causante, el pretor llama a cuatro clases de personas, a saber, a los hijos del causante, sean o no emancipados, a los agnados del causante, a los parientes consanguíneos del causante por línea masculina o femenina hasta el sexto grado, y finalmente al marido o mujer del causante. Como se puede apreciar, el llamamiento a la herencia que hace el pretor es más amplio que el que hace el derecho civil, pues el pretor considera a los hijos emancipados del causante, a los parientes consanguíneos por línea femenina, y a la mujer del causante.

Es, en el quinto capítulo de este trabajo, "La sucesión intestada en el derecho post clásico", donde se produce la gran reforma en materia sucesoria, lo que comenzó con los senadoconsultos y se complementó con las Constituciones Imperiales que otorgaban derechos sucesorios a otros parientes del causante por vía de cognación, dio lugar un nuevo orden sucesorio establecido por Justiniano, que tiene su expresión en la Novela 118 del año 543, completada por la 127 del año 548. Este nuevo sistema comprende cuatro clases de parientes. La primera clase comprende a los "descendientes del difunto", sin consideración a la patria potestad, al sexo y al grado de parentesco. En defecto de la primera clase, son llamados a heredar los "ascendientes" paternos y maternos, sus hermanos germanos e hijos de los hermanos germanos ya muertos. A falta de herederos de la segunda clase, suceden los "medio hermanos", es decir los hermanos o hermanas que lo son solo de madre o de padre. En último término, son llamados todos los demás parientes "colaterales" sin limitación de grado.

Claramente, las personas beneficiadas con el llamado de la ley a la sucesión, comparten vínculos sanguíneos con el causante, que no siempre fueron considerados. Además no deja de llamar la atención que

éste es el régimen que inspira al legislador chileno al establecer los órdenes sucesorios que son convocados a la herencia.

La sucesión testamentaria romana, es analizada en detalle en el sexto capítulo de este trabajo, donde se expone en primer término, cómo fue el testamento en Roma, cómo se originó y cómo fue evolucionando para facilitar su otorgamiento, y cómo el rol del pretor, nuevamente es fundamental para salvar las distintas situaciones que la ley no consideraba.

Dentro del mismo capítulo, se examina el contenido del testamento, y lo que constituye la piedra angular del mismo, la institución del heredero, que a su vez, es considerada requisito de existencia del testamento. La modalidad de la sustitución en el testamento, se expone en este trabajo, a través de los períodos de la historia romana; se analiza la voluntad testamentaria, considerada como la fuente de la que beben las disposiciones testamentarias; y finalmente se hace un breve análisis de la cláusula de desheredamiento que puede contener el testamento. Dentro del mismo capítulo, además se hace referencia a los codicilos, como acto accesorio al testamento.

El último capítulo, denominado "De la Adquisición y repudiación de la herencia", se hace cargo de la forma en que los herederos toman para sí la herencia que les corresponde. Con el objeto de realizar un análisis sistemático de la materia, se trata en apartados distintos, la adquisición de la herencia intestada, la de la herencia testamentaria, y la *bonorum possessio*. Finalmente, se presentan las conclusiones obtenidas de esta investigación.

## **CAPITULO I.**

### **NOCIONES FUNDAMENTALES**

#### **1.1. LA SUCESIÓN.**

##### **1.1.1. CONCEPTO.**

EL derecho clásico concibió a la sucesión como *subentrar* u ocupar la posición jurídica que anteriormente pertenecía a otra persona. Vale decir, el heredero, a la muerte del *de cuius* ocupaba la posición jurídica que éste detentaba. Así, la sucesión, no es el traspaso de los derechos de una persona a otra, sino subentrar en la posición que esa persona ocupaba.

Como Bonfante expone, la herencia es una adquisición mediata, no directa, ya que el resultar investido el heredero del patrimonio de su causante y ser responsable por las cargas inherentes a él, es consecuencia de la asunción de un título, que significaba una potestad familiar. Por lo tanto, el heredero romano, adquiere el patrimonio de su causante como un efecto *accesorio* del fallecimiento del *pater*, siendo el efecto *principal* el convertirse en el verdadero sucesor de la potestad que éste en vida tenía.

La concepción de Gayo la encontramos en sus Instituciones, donde al tratar la adquisición de las cosas, distingue entre adquisición de cosas singulares y la adquisición de cosas universales, considerando a ésta última como *sucesión*. En este punto es necesario realizar una aclaración entre los términos adquirir y suceder, ya que aunque es cierto que el individuo sucesor antes de morir su causante no era dueño y después de morir se hace dueño, no por ello debemos aceptar que la sucesión sea un modo de adquirir. En el derecho moderno, en cambio se han confundido estos conceptos, tanto porque la sucesión es considerada un modo de adquirir, cuanto porque algunos de los modos de adquirir son considerados sucesiones a título singular.<sup>2</sup>

Volviendo a la idea de Gayo, no se consideraba como sucesión, la adquisición de cosas singulares (*singulae res*) así, se celebraba una

---

<sup>2</sup> Guzmán Brito, Alejandro. *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Primera edición, tomo II, año 1996.

compra venta, donación o legado, no se entendía que el nuevo dueño "sucedía" al anterior.

La concepción post clásica, utilizó el término *sucesión* al adquirir también cosas singulares, denominándola *successio in unam rem*, y llamando a la sucesión de gayo, es decir, la de cosas universales, *successio in universum ius*.<sup>3</sup> Esta distinción post clásica es recogida por algunos códigos actuales, entre ellos, el chileno, el cual en su artículo 951 se lee "se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular". Pero es necesario dejar en claro que no fue ésta la idea romana clásica de sucesión, para la cual, solo hay sucesión cuando se refiere a una universalidad.

### **1.1.2. SU RELACIÓN CON LA HERENCIA.**

La *hereditas* o herencia tuvo en el derecho romano una doble acepción, la *primera* se refiere a la herencia como la sucesión misma (*successio mortis causa ex iure civile*). En este primer sentido la herencia es la sucesión en la universalidad de los derechos que correspondían al difunto, llamándose heredero a tal sucesor<sup>4</sup>. Nuestro código recoge la misma idea en su artículo 954, así "Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario."

La *segunda* acepción concibe a la herencia como el patrimonio del *de cuius*, limitando este concepto al conjunto de derechos transmisibles hereditariamente. Decimos que el concepto se lee en un sentido limitado, ya que no debe identificarse a la herencia con la palabra patrimonio en su estricto significado, entendido éste como el activo una

---

<sup>3</sup> Schulz, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Editorial Bosch, Barcelona, año 1960.

<sup>4</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág.7.

vez deducido el pasivo, así haya herencia incluso si no hay bienes y solo existen deudas, también la hay cuando se compone de derechos únicamente.<sup>5</sup>

En este segundo sentido, ya habiendo aclarado el concepto, la herencia está compuesta de las cosas que son de propiedad del causante y los derechos reales que le pertenecen y que son susceptibles de transmisión, así como también los créditos. <sup>6</sup> Sin embargo, no son transmisibles el usufructo y el uso, tampoco los derechos de créditos cuyo objeto sean prestaciones personales y ciertas acciones penales. En el derecho post clásico se permite la constitución de derechos reales y de crédito de vigencia vitalicia y también la transmisión de estos derechos. Hay asimismo relaciones que, aunque son transmisibles, no se incluyen en la herencia, como la *sacra familiaria*, *ius sepulchri* y *ius patronatus*. Estos derechos pasan a los agnados, independientemente de que sean o no herederos.

## **1.2. EL HERES.**

### **1.2.1. CONCEPTO.**

En el derecho clásico *heres* es un *successor mortis causa ex iure civili* . Sucede en todos aquellos derechos y deberes del *de cuius* que sobreviven a la muerte de éste. El heredero es un sucesor universal, sucede a su causante en todas las relaciones patrimoniales activas, aunque pueda serlo conjuntamente con otros, pues puede haber varios herederos, cada uno por una fracción de la herencia, (ejemplo A es sucesor de un tercio y B por dos tercios). Asume también el pasivo del patrimonio del *de cuius* , es decir, las deudas y cuando son varios los

---

<sup>5</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág.6.

<sup>6</sup> Kaser, Max. *Derecho Romano Privado*. Editorial Reus, Segunda edición, Madrid, año 1992.

herederos, cada uno de ellos responde por una fracción de las mismas (ejemplo A es *heres* por un tercio y B por dos tercios, si el causante debía 90, A deberá 30 y B responderá por 60 ) . <sup>7</sup>

### **1.2.2. CARACTERÍSTICAS.**

- *El heres responde ilimitadamente por todas las deudas.* Esta característica constituye una peculiaridad del derecho romano, ya que se contrapone a la concepción de otros derechos, en los cuales, la responsabilidad de los herederos se limita al monto del patrimonio heredado. En virtud de este principio, puede darse el caso de que en una herencia, el pasivo supere al activo o bien una herencia que esté compuesta solo por deudas (*hereditas damnosa*).

Esta responsabilidad ilimitada (*ultra vires hereditatis*) merece una explicación. Para Bonfante constituye una reminiscencia del derecho romano prehistórico, donde el heredero romano sucedía al cabeza o jefe de la *gens* o de la casa, el cual poseía una especie de soberanía sobre el resto. El *heres* sucedía en esta soberanía y por eso sucedía también en las obligaciones de su antecesor.

Sin embargo esta concepción arcaica romana no puede ser aceptada como una explicación válida para cimentar los principios del derecho clásico. Para Fritz Schulz<sup>8</sup> el problema consiste en determinar el por qué la muerte del deudor debe proporcionarle a los acreedores mayores ventajas, al poder perseguir en sus bienes las deudas del causante. Si el causante aun viviese, sus acreedores reclamarían la satisfacción de sus créditos dirigiéndose contra su patrimonio y si éste resultaba insuficiente, los

---

<sup>7</sup> Schulz, Fritz, op.cit. Pág. 6.

<sup>8</sup> Schulz, Fritz, op.cit. Pág. 6.

acreedores tendrían que soportar la pérdida. Para el derecho moderno, esta responsabilidad ilimitada vendría a ser un beneficio injustificado para los acreedores. Pero para el derecho clásico este principio es de toda lógica, ya que si un deudor se hallaba sujeto a la ejecución en su propia persona por el importe de una deuda, debía cumplir el importe total de dicha deuda, sin que pudiese objetar que su patrimonio no alcanzaba para cubrirla. Ahora, siguiendo este razonamiento, si el deudor muere, y lo sucede un *heres in locum difuncti*, ese *heres* estará sujeto a la ejecución personal en la misma extensión que lo estaba el *de cuius*, es decir, por el importe total de la deuda. Si se pudiera perseguir en el heredero la deuda solamente hasta el monto de la herencia, su responsabilidad sería menor que la del anterior deudor y la situación del acreedor vendría a ser empeorada con la muerte del deudor.

Recién en el derecho justiniano se les concedió a los herederos un mecanismo para limitar su responsabilidad hasta el monto de lo heredado y se denominó *beneficium inventarii*, el que se desarrollará en otra parte de este trabajo.

- *La institución de un heredero por testamento no implica la atribución de una ventaja.* El *pater familias* podía en su testamento designar a la persona que ha de heredarle, desheredando a los demás que tuviesen derecho a la herencia. Con designarlo heredero, no le estaba atribuyendo de manera alguna, un beneficio, pues un *heres* es siempre, o por lo menos potencialmente, responsable de las deudas del causante. Así, si el *de cuius* en su testamento deseaba otorgar alguna ventaja a alguien, podía recurrir a otros medios, como convertirlo en legatario, constituir un fideicomiso, realizar una donación mortis

causa, establecer un modo, etc., ya que en estos casos de asignaciones patrimoniales singulares, no se responde por las deudas del causante.

- *Imposibilidad de heredar en cosa cierta.* La idea de que el testador instituyera un heredero en cosa cierta, resultaba incompatible con la idea romana de que el heredero lo era en una universalidad. Para Joan Miquel<sup>9</sup>, un testador no puede decir, por ejemplo, que nombra heredero a A de sus inmuebles urbanos y a B de sus fundos rústicos, pues el heredero por definición, sucede en todo, en bloque, y no en cosas singulares. La solución del derecho clásico es considerar como no hecha la mención de la cosa cierta. En nuestro Código Civil, se denomina *legatario* al asignatario de una cosa singular, pero de todos modos se le considera sucesor *mortis causa*.
- *No se puede suceder simultáneamente como heredero testamentario y ab intestato.* Si el *de cuius* en su testamento no dispuso de la totalidad de sus bienes, no significa que en la parte no dispuesta se abre la sucesión a favor de los herederos ab intestato. Vale decir, en la parte de los bienes de los que no se dispuso expresamente no concurrirán los sucesores conforme a las reglas de la sucesión intestada. Lo que ocurre con esa parte del patrimonio, es que se aumenta con ellos la parte de los herederos testamentarios. Así, los llamados por testamento aumentan proporcionalmente su cuota en la herencia este fenómeno se denomina *ius accrescendi*. Si bien esta característica ha sido criticada, se ha respondido que, si el testador quería que una parte de su herencia fuera a parar a sus herederos ab intestato, lo

---

<sup>9</sup> Miquel, Joan, op.cit. Pág. 1.

que podía haber hecho es simplemente haberlos instituido en su testamento.

Joan Miquel<sup>10</sup> nos da un claro ejemplo de esta situación: el *de cuius* dispone en su testamento que la mitad de su herencia debe de ir a parar a A, B y C , guardando silencio sobre la otra mitad. Supongamos además que dicho testador tiene tres herederos ab intestato, D, E y F, entonces dada la incompatibilidad entre la delación testamentaria y ab intestato, no se llamará a suceder a D, E y F, de modo que unos y otros herederos reciban un sexto de la herencia, sino que los herederos testamentarios recibirán cada uno un tercio de la herencia, un sexto en virtud del testamento y otro más en virtud de su derecho de acrecer.

La regla tiene excepciones: (i)el testamento militar, el militar puede disponer de parte de su patrimonio y el resto va a sus herederos intestados, (ii)cuando el testamento adolece del vicio de preterir a una hija, un nieto o nieta, o cualquier otra descendiente de ambos sexos, que con la muerte del testador se hacen *sui iuris*, en este caso, el preterido puede reclamar la cuota que le corresponde ab intestato respecto de los *sui* instituidos, (iii) si el testamento que tiene varios instituidos es inoficioso y quien esté legitimado vence en la querrela de inoficioso testamento con respecto a uno pero no con respecto a otro de los instituidos, pues entonces el vencedor consigue su cuota intestada respecto de aquel al que venció, pero el instituido a quien no venció conserva su asignación testamentaria.

---

<sup>10</sup> Miquel, Joan, op.cit. Pág. 1.

Esta característica junto con la anterior, para Max Kaser<sup>11</sup>, guarda relación con la práctica de instituir para el patrimonio agrícola un solo heredero y de traspasar dicho patrimonio como un todo a una sola persona, la cual habrá de conservarlo el mayor tiempo posible.

En nuestro Código Civil no se encuentra recogida esta idea romana, ya que éste dispone que la sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser en parte testada y en parte intestada, lo que se conoce como sucesión mixta.

- *El heres no es perpetuador ni representante del difunto.* En las épocas arcaicas del derecho romano solía identificarse al heredero como perpetuador del *de cuius*, de manera tal que si el difunto era el padre, éste sobrevivía en los hijos. Para entender esta idea, hay que precisar que el derecho sucesorio arcaico es en su elemento fundamental la sucesión de los herederos domésticos, los *sui heredes*. Con la muerte del *pater familias* ocupan su posición sus hijos y su *uxor in manu* asegurando así la continuidad de la familia, la prosecución del culto a los dioses domésticos y también la subsistencia unitaria de la empresa agrícola de la casa<sup>12</sup>. Sin embargo, la existencia de los *sui heredes* no lleva consigo la idea de que éstos sean perpetuadores o representantes del causante, si bien gozan de una posición privilegiada, esto se explica por los propios juristas romanos: para Gayo (2, 157) los *sui heredes* aún en vida del padre se consideran en cierto modo propietarios y Paulo (Paul. 2 ad Sab. D. 28, 2,11) es todavía más claro cuando explica que la continuación en la propiedad de los *sui heredes* hace que sea como si en realidad no se tratara de una sucesión,

---

<sup>11</sup> Kaser, Max, op.cit. Pág. 7.

<sup>12</sup> Kaser, Max, op.cit. Pág. 7.

ya que estas personas en vida de su padre tenían ya algo parecido a una propiedad.<sup>13</sup>

### **1.3. LA BONORUM POSSESSIO.**

#### **1.3.1. CONCEPTO**

La *bonorum possessio*, en palabras de Santiago Lazo es la posesión de los bienes de un difunto que un pretor concedía a quien tuviese las calidades determinadas en el edicto, fuese o no llamado por el derecho civil a la herencia del difunto<sup>14</sup>. El *bonorum possessor*, no es, sin embargo heredero, sino que está *heredis loco* o en lugar del heredero.

#### **1.3.2. FUNCIONES DE LA *BONORUM POSSESSIO* EN EL DERECHO ROMANO**

- 1. Ayudar al derecho civil.** El pretor otorga la *bonorum possessio* al que considera ser heredero civil. Si resulta que el poseedor no era heredero civil, cedía la herencia al que lo era. El heredero civil para reclamar la herencia contra el *bonorum possessor* debía ejercer la acción de petición de herencia, si no la ejercía, el *bonorum possessor* podía usucapir la herencia en contra del heredero civil. Esta es la llamada *bonorum possessio sine re*.
- 2. Suplir el derecho civil.** Si por cualquier causa faltaban herederos civiles a quienes deferirles la herencia, los pretores le concedían la *bonorum possessio* a los parientes más próximos (*bonorum possessio unde cognati*) y si éstos no existían, al cónyuge

---

<sup>13</sup> Miquel, Joan, op.cit. Pág. 1.

<sup>14</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág.7.

sobreviviente (*bonorum possessio unde vir et uxor*). Estos fueron verdaderos sucesores universales del difunto, y la *bonorum possessio* constituían un verdadero derecho hereditario, ya que al no existir herederos civiles, no había manera de impugnarla.

3. *Corregir el derecho civil.* En la época del imperio, dada la inequidad de algunas normas de derecho, los pretores fueron directamente contra ellas y otorgaron la *bonorum possessio* a una persona que no era heredero por haber sido injustamente excluido de la herencia por testamento (*bonorum possessio contra tabulas*) y a los hijos emancipados, excluidos de la herencia por el derecho civil (*bonorum possessio unde liberi*). En estos casos donde se consideraba al *bonorum possessor* superior legalmente frente al *heres*, la *bonorum possessio* se denominaba *cum re*.

En la época de Justiniano, se refunde la *bonorum possessio* con la herencia civil, llegando a carecer de objeto la contraposición entre la sucesión civil y la sucesión pretoria.

## **1.4. LA DELACIÓN**

### **1.4.1. EXPLICACIÓN.**

Para que el heredero adquiriera la herencia es menester que se le haya *deferido* y que en seguida haya efectuado un acto de adquisición de la misma, que por lo regular es uno de aceptación. La herencia se dice *deferida* o abierta cuando el heredero está llamado a recogerla, de manera que esté tan solo en él hacerla suya, por lo que la delación de la herencia es el estado de ésta cuando ya el heredero puede adquirirla,

o también, el actual llamamiento de la ley o el difunto a la sucesión de éste.<sup>15</sup>

#### **1.4.2. CLASES DE HEREDEROS.**

Entre los herederos a quienes la ley llama a suceder, se distinguen dos clases: los necesarios (*necessarius*) y los voluntarios (*voluntarius*).

Es *necessarius* el que adquiere la herencia *ipso iure*, sin que resulte menester un especial acto de aceptación ni que sea posible uno de repudiación. Dentro de esta categoría se diferencia entre los *sui et necessarii* de los *necessarii*. Son *sui et necessarii* en la sucesión intestada los *sui heredes*; en la testamentaria, cualquier instituido que, de haber muerto intestado el causante, hubiera sido *suus heres* o podido llegar a serlo, supuesta la premoriencia o emancipación de su ascendiente intermedio. Es *necessarius* el esclavo instituido en el testamento como heredero y simultáneamente manumitido en él.

Todos los demás herederos son *voluntarii*, también se los llama *extranei*, porque son aquellos que no forman parte de la *familia proprio iure* del causante, aunque de todos modos puedan ser parientes suyos. Estos herederos no adquieren *ipso iure* su herencia, para adquirirla es necesario que la acepten, pero además pueden repudiarla.<sup>16</sup>

La *bonorum possessio* no se defiere nunca de pleno derecho, sino que debía pedirse al magistrado, en ese sentido los *bonorum possessores* son siempre voluntarios.

#### **1.4.3. CAUSAS DE LA DELACIÓN.**

---

<sup>15</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág.7.

<sup>16</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág.6.

La delación puede ser de dos especies, testamentaria o legítima, según que el heredero sea llamado a la herencia por testamento del difunto o por disposición de la ley. La delación legítima o ab intestada solo tiene lugar a falta de la testamentaria, no pueden coexistir ambas a la vez, por la regla de que nadie puede fallecer en parte testado y en parte intestado. Tratándose de los herederos necesarios la delación de una herencia se confunde con la adquisición, con respecto a los voluntarios, en cambio se separan ambos conceptos, ya que entonces resulta posible distinguir entre el ofrecimiento de la herencia para su aceptación o repudio y su adquisición merced a la aceptación. Lo propio ocurre con los *bonorum possessores*.

#### **1.4.4. REQUISITOS DE LA DELACIÓN.**

Los requisitos son tres: *primero* : que la persona de cuya herencia se trata haya muerto; *segundo* : que se haya cumplido además la condición u otro acontecimiento de que dependa la delación; este requisito solo tiene lugar en la delación testamentaria; y *tercero* : que el llamado a la herencia exista y sea capaz y digno de heredar; carecían de capacidad, por ejemplo los no concebidos en el momento de la muerte de aquel de cuya herencia se trata; y eran indignos , por ejemplo, los que hubieren dado o tentado dar muerte a aquel de cuya herencia se trata.<sup>17</sup>

#### **1.4.5. MOMENTO DE LA DELACIÓN.**

Cuando la sucesión es testamentaria y la institución no está sometida a condición suspensiva, entonces la delación tiene lugar en el momento

---

<sup>17</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág. 7.

preciso de morir el testador, en caso contrario, cuando se cumpla la condición por el derecho civil y según las reglas generales por derecho pretorio. Si la sucesión es intestada porque no hay testamento, la delación también coincide con el momento de la muerte, pero si lo es por ineficacia del testamento, es decir por repudiación del heredero voluntario o por deficiencia de la condición bajo la que fue instituido, entonces la delación tiene lugar cuando resulte cierto que no hay más un heredero testamentario, es decir, desde que la herencia fue repudiada o desde que falló la condición bajo la que fue instituido.<sup>18</sup>

#### **1.4.6. TÉRMINO DE LA DELACIÓN.**

La delación de la herencia es perpetua, pero la de la *bonorum possessio* lo es por un plazo. Una vez deferida la herencia a un heredero voluntario, el derecho civil no le señala un plazo para pronunciarse sobre ella aceptándola o repudiándola. Sin embargo, esta indefinición, podría causar a los acreedores del causante un grave perjuicio, por ello se recurrió a dos fórmulas, la primera consistía en que el testador podía ordenarle al heredero que aceptara solemnemente la herencia dentro de cierto plazo bajo pena de ser desheredado si no lo hacía; la segunda involucraba al pretor, ya que éste permitía que un acreedor hereditario citara ante él al presunto heredero para interrogarlo sobre si verdaderamente es heredero y en que cuota.

La *bonorum possessio* está sometida a término en el propio edicto. Por regla general se concede el plazo de cien días para pedirla, pero los

---

<sup>18</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág.6.

descendientes y los ascendientes del causante, sea cual sea el orden que hacen valer para solicitarla, disponen de un año.

## **CAPITULO II.**

### **LA SUCESION INTESTADA EN EL DERECHO ANTIGUO**

El sistema sucesorio romano daba primacía a la sucesión testada por sobre la intestada. Por lo tanto, se puede afirmar que las reglas de la sucesión *ab intestato* eran supletorias de un testamento. Concretamente, hay sucesión intestada en los siguientes casos: (i) cuando no existe en absoluto un testamento; (ii) cuando habiendo un testamento, éste resulta inválido; y (iii) cuando existiendo un testamento válido, éste resulta ineficaz; y es ineficaz aquel cuyos herederos designados han premuerto al testador, o han repudiado la herencia, cuando ello les es permitido.

#### **2.1. LAS LEYES DE LAS XII TABLAS.**

Para el análisis de las normas establecidas por este cuerpo legal, agruparemos por un lado la sucesión de los varones ingenuos y por el otro la de los libertos, emancipados y mujeres.

### **2.1.1. RÉGIMEN SUCESORIO DE LOS VARONES INGENUOS.**

El varón *ingenuus* es aquel que nació libre y nunca cayó en esclavitud. Las XII Tablas señalaban como *heredes legitimi* a (I) *los sui heredes*; (II) *los adgnati proximi*; y (III) *los gentiles*.

#### **1. Los Sui Heredes.**

Los *sui heredes* son aquellos descendientes del difunto colocados bajo su potestad inmediata al tiempo de su muerte, de modo que con ésta se hacen *sui iuris*. En palabras de Fritz Shultz, los *sui* son aquellas personas que se hallarían *in potestae* o *in manu* del *de cuius* si éste viviese todavía.<sup>19</sup>

Los llamados son, en consecuencia (a) los hijos e hijas naturales no emancipados, (b) los hijos e hijas adoptivos no emancipados; (c) los nietos y nietas naturales por vía de hijo varón, cuyo padre había premuerto, sufrido *capitis deminutio* o ha disminuido de derecho; (d) la mujer *in manu* del causante y las mujeres *in manu* de sus hijos varones cuando éstos hubieran premuerto o sufrido *capitis deminutio*, esto vale asimismo para las mujeres *in manu* de los demás descendientes varones que se encuentren en esos casos.<sup>20</sup>

Por lo tanto se excluyen: los hijos, nietos y demás descendientes naturales o adoptivos, de ambos sexos si fueron emancipados y la mujer casada *sine manu*, porque éstos ya eran *sui iuris* al morir el causante; los hijos y demás descendientes dados en adopción, porque están bajo potestad ajena, y todos los descendientes *in*

---

<sup>19</sup> Schulz, Fritz, op.cit. Pág. 6.

<sup>20</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

*potestae* que al morir aquel pasan a la potestad de algún ascendiente, por ejemplo el nieto, que pasa a la potestad de su padre; y las mujeres del hijo vivo que si bien se encontraba bajo la potestad del suegro, al morir éste cae bajo la potestad de su marido. Tampoco son *sui heredes* los descendientes del causante por vía de hija, porque éstos siempre estuvieron bajo la potestad del marido de aquella o bajo la de su suegro.

El carácter de *sui heredes* se funda estrictamente en el parentesco por agnación, lo que explica que se excluya a los emancipados y a los hijos dados en adopción, porque aunque sean cognados naturales, carecen de agnación, y también explica el que se incluya a la *uxor in manu* y a los hijos adoptivos, pues a pesar de no ser cogandos naturales, son agnados.

#### 1.1. Características de la Sucesión de los Sui Heredes

- ❖ Hombres y Mujeres se encuentran en pie de igualdad, ya que no se hace distinción de sexo. Tampoco se hace la diferencia en cuanto a la edad, así impúberes y púberes heredan lo mismo.
- ❖ Para ser *sui heredes* es necesario existir al momento del fallecimiento del causante, siendo suficiente que se encuentre en el vientre de su madre para ese entonces. Así el concebido se tiene por nacido para efectos de contarle como *sus*, se le denomina *postumus sus*.
- ❖ Si solamente hay un *sui herede*, éste se lleva toda la herencia. Si existen varios, y son del mismo grado, suceden *per capita*, es decir, la masa hereditaria se divide por partes iguales entre los herederos. La mujer *in manu* del causante ocupa el lugar de una hija, y por lo mismo, lleva la misma cuota que un hijo, y la mujer *in manu* viuda de un hijo que en vida había estado bajo la potestad del *pater*, es considerada como nieta.

- ❖ Puede que se suceda *in stirpes* cuando concurren varios *sui heredes* de distinto grado. Esta situación tiene lugar cuando falta un descendiente directo e inmediato del causante, pero a la vez, este faltante tiene descendientes *sui*. En estos casos la herencia se divide por el número total de cabezas que hubiesen sido llamadas a la herencia de haber vivido todas ellas o no haber sufrido una disminución de su derecho, y la cuota del *sui heredes* que falta se le reserva a las personas de su estirpe llamadas a la herencia y se divide por partes iguales entre ellos, incluida su mujer *in manu*. Esta operación puede repetirse cuantas veces una cabeza falta, reservando la cuota de la estirpe a su subestirpe. Así, si ha premuerto un hijo no emancipado del *de cuius* dejando 2 hijos, la cuota del hijo premuerto se divide por la mitad entre los nietos.

Esto es lo que actualmente se denomina "suceder por derecho de representación", pero que en Roma se denominó *succedere in locum*.

- ❖ Los *sui heredes* son a la vez *heredes necesarii*, en tal sentido, suceden al causante por el solo hecho de su muerte, y no es menester un acto de aceptación, ni están facultados para repudiar la herencia.
- ❖ Si es la mujer la que ha fallecido, no se llama a esta primera clase de herederos, pues al estar ella sometida a la *potestas* de otro y no poder ejercer ésta, no puede tener *sui heredes*.

## **2. Los adgnatus proximus.**

Las XII Tablas disponen "*si intestato moritur, cui sus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*", es decir, si el *de cuius* carece totalmente de *sui heredes*, la ley llama a sus agnados más próximos.

Fritz Schulz<sup>21</sup> define al agnado así “ *Adgnati* en el sentido romano, son aquellas personas que juntamente con el *de cuius*, descienden de un ascendiente común y se hallarían en el “momento relevante” sometidos a la misma *patria potestas* , si el común ascendiente viviese aún. Las personas adoptadas se consideran *adgnatorum loco* y una *uxor in manu*, se considera *filiae loco*”. Es, por tanto el pariente colateral de grado más próximo.

En estricto rigor, los *sui heredes* también son agnados del causante, tal vez por esa razón la ley añadió el adjetivo “próximos”, para señalar que se refiere a aquellos agnados que siguen después de los *sui*.

Se trata de aquellos parientes colaterales por vía de varón ascendente o descendente, vinculados por agnación con el causante, por ejemplo los hermanos de padre, tíos paternos, los hijos de sus hermanos paternos, etc. Además es indiferente que la agnación se funde en la concepción en matrimonio, en la adopción o en la *conventio in manu*.<sup>22</sup>

#### 2.1. Características de la sucesión de los Agnados Próximos.

- ❖ No se hace distinción entre varones y mujeres, por lo tanto, éstos suceden en pie de igualdad.
- ❖ La regla de que el concebido al momento del fallecimiento del causante tiene los mismos derechos que el nacido, es discutida en este segundo orden, mientras Fritz Shultz postula que no se aplicaba a esta clase de herederos, Alejandro Guzmán Brito afirma que la regla sí se aplica.

---

<sup>21</sup> Schulz, Fritz, op.cit. Pág. 6.

<sup>22</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

- ❖ El agnado de grado más próximo al difunto excluye a los de grado más lejano y el grado de proximidad se aprecia según el grado de parentesco que une al causante con el que pretende ser heredero.
- ❖ Si solo hay un agnado en el grado más próximo, éste se lleva toda la herencia. Si hay más de uno en el mismo grado, ésta se reparte por cabezas y no por estirpes
- ❖ No existe en este grado sucesorio lo que se denomina derecho de representación, así si un agnado heredero repudia la herencia o bien muere o sufre *capitis deminutio* antes de aceptar, la herencia no se defiere al agnado que le sigue en el grado de parentesco.
- ❖ Los agnados no son automáticamente herederos, para adquirir la herencia se requiere de parte de ellos un acto especial de aceptación y además pueden repudiar la herencia, por lo tanto son *voluntarii*. En este sentido, la cuota del agnado que falta, se reparte entre aquellos que aceptaron y cuyo estado no sufrió alteración alguna. Este fenómeno recibe el nombre de "acrecimiento"
- ❖ Las mujeres sí pueden causar este segundo grado sucesorio, ya que pueden tener agnados.

### **3. Los gentiles.**

La Ley de las XII Tablas disponen "si *adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*", es decir, en defecto de los agnados de grado más próximo, la herencia se ofrece a los gentiles, o sea, a los miembros de la *gens*, del clan, del grupo familiar. Cabe destacar que si no hay agnados, difícilmente puede la herencia deferirse a los gentiles, ya que éstos al fin y al cabo también son agnados. Si bien la herencia beneficia al grupo familiar, ésta es administrada solo por uno de sus miembros.

La sucesión de la *gens* desapareció como grupo agnaticio durante la República, terminando ya su presencia en los comienzos del Principado.

## **2.1.2. RÉGIMEN SUCESORIO DE LOS LIBERTOS, EMANCIPADOS Y LAS MUJERES.**

### **1. Los libertos.**

La persona que fue esclava y alcanzó su libertad se llama *libertinus*; suele designársele como *libertus* cuando su liberación advino como efecto de la manumisión y en relación con su manumisor, de quien es, pues, su liberto. La condición de liberto, se opone a la de ingenuo.<sup>23</sup>

Si el liberto fallece su herencia se defiere a los *sui heredes*, si los tiene. Si carece de ellos, la herencia no pasa al segundo o tercer orden sucesorio ya analizado, pues el liberto no tiene agnados ni gentiles, en este caso, según la ley de las XII Tablas, la herencia pasa a su patrón o patrona. Si faltare su patrón o patrona, ya sea porque han premuerto o han sufrido *capitis deminutio*, la herencia pasa a los *heredes sui* de aquellos, en estricto rigor, a los *sui* del patrón, ya que la patrona no tiene *sui*. Esta sucesión de los *sui* del patrón subroga a la sucesión agnaticia de los ingenuos, por lo tanto se aplican las reglas vistas para la sucesión agnaticia de los ingenuos, entre ellas, cabe destacar aquella que establece que los agnados suceden por cabezas.

Si faltare la patrona o el patrón o los *sui* de éste, la herencia del liberto pasa a los gentiles del patrón o patrona.

### **2. El emancipado.**

Es aquel que ha sido liberado voluntariamente por su padre mediante la *emancipatio*. La emancipación tiene lugar cuando un hijo ha sido objeto

---

<sup>23</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

de una triple venta por su padre. Concluida la operación de la triple venta, el hijo se hace *sui iuris*, y deja de pertenecer a la familia agnaticia a la que pertenece el *pater*. Sin embargo, si bien el padre puede emancipar a un hijo, puede también retener en su potestad a su nieto, o emancipar a éste reteniendo en su potestad a aquél o bien, emancipar a ambos.

Si fallece el emancipado, los primeros llamados son sus *sui heredes*, y a falta de ellos, la herencia pasa a su *parens manumisor*, y faltando éste, se convoca a los descendientes agnados del *parens manumisor* según las mismas reglas de la sucesión de los descendientes del patrón.

### **3. Las Mujeres.**

Los primeros convocados a su sucesión, no son los *sui heredes* ya que al no ser ella capaz de ejercer la *patria potestas* carecen de personas sometidas a su poder. Por lo tanto, cuando ella muere, se comienza por el segundo orden sucesorio para efectos de ofrecer la herencia, esto es, a sus agnados. En defecto de los agnados, se llama a los gentiles.

### **2.2. LEX VOCONIA.**

El segundo orden sucesorio es el de los *adgnatus proximus* y al tratar sus reglas, vimos que una de ellas es que no se hacía diferencia entre hombres y mujeres y por lo tanto se encuentran en una situación de plena igualdad en la herencia. Sin embargo en el año 169 a.C. comenzó a regir la *Lex Voconia*, conforme a la cual las mujeres a partir del tercer grado colateral incluido, quedaban excluidas de la sucesión, por lo tanto sólo conservaron sus derechos, las hermanas por parte de padre y madre, o solo por parte de padre del causante.

## **CAPITULO III.**

### **LA SUCESION INTESTADA EN EL DERECHO CLASICO**

#### **3.1. SENADOCONSULTOS TERTULIANO Y ORFICIANO**

##### **3.1.1. SENADOCONSULTO TERTULIANO.**

Antes de existir esta disposición, la madre no agnada del difunto, es decir, aquella que no se hallaba *in manu* del padre del difunto, sucedía en el tercer grado sucesorio. Sin embargo, en virtud de esta norma dada en tiempo de Adriano, la madre no agnada se incluía en el segundo grado de sucesión, esto es, entre los *adgnati*, siempre y cuando el causante no tuviese descendientes, padre natural o hermanos consanguíneos. Si el causante dejaba hermanas consanguíneas, la madre no agnada concurría con ellas repartiéndose la herencia por partes iguales entre todas ellas.

La única condición que el senadoconsulto imponía para que la madre no agnada pudiese disfrutar de este beneficio, era que hubiese alcanzado el *ius liberorum*, o sea que, si era ingenua, tuviese tres hijos y si era liberta, tuviese cuatro.

De este modo, los sucesores inmediatamente más perjudicados por la entrada de la madre, son los tíos paternos, que a falta de hermanos y en presencia de la madre cognada, anteriormente conseguían toda la sucesión como agnados próximos.

Según este senadoconsulto, si la madre carece del *ius liberorum*, y en consecuencia no cumplía con la condición exigida para poder optar al beneficio, mantiene su rango sucesorio normal. Constantino, para dar una solución a este problema le reserva a la madre sin *ius liberorum* un tercio de la herencia si concurre un tío paterno agnado y si tenía el *ius*

*liberorum*, le reservó a la madre, dos tercios de la herencia si concurre un tío paterno cognado.

Justiniano prescinde del *ius liberorum*, y estableció un nuevo régimen, así, si concurren hermanos del causante, la madre concurre con ellos per capita, y si solo hay hermanas del causante, la madre lleva la mitad de la herencia y las hermanas se reparten la otra mitad.

### **3.1.2. SENADOCONSULTO ORFICIANO. (178 D.C.)**

Según la Ley de las XII Tablas, a las mujeres, como no tenían *sui iuris* las heredaban directamente los *adgnatis proximus*. Si era casada *cum manu*, sus hijos concurrían como agnados próximos en el primer lugar de la herencia, pero si se casó en régimen *sine manu*, los hijos cognados no eran llamados a su sucesión ya que no eran considerados como *adgnatis proximus*. En virtud de este senadoconsulto se llamó a los hijos cognados con preferencia a todos los demás agnados pudiendo suceder a su madre directamente.

Este senadoconsulto no distingue entre los hijos que han de heredar a la madre, por lo que podían ser hijos habidos en distintos matrimonios, y también los hijos adoptados por terceros (en este caso, éstos hijos adquirirían la herencia para su adoptante), concurriendo todos ellos en igualdad de condiciones.

## **3.2. CONSTITUCIONES IMPERIALES**

Las constituciones imperiales posteriores a los senadoconsultos, favorecieron a los descendientes ulteriores, así, Valentiniano II estableció que los nietos suceden junto con los hijos y los agnados, a la abuela paterna y a los abuelos maternos. Por obra de Anastasio, pueden suceder entre sí, los hermanos y hermanas emancipados, junto con los no emancipados, aunque no por partes iguales, sino en porción menor que éstos últimos.

## **CAPITULO IV.**

### **LA SUCESION INTESADA PRETORIA**

En el derecho clásico, existió de manera paralela a la sucesión civil, la sucesión pretoria, cuya característica más importante es dar relevancia a los vínculos cognaticios por sobre los agnaticios, incluyendo además al cónyuge sobreviviente, corrigiendo así, el régimen de las XII Tablas que daba lugar a grandes inequidades. Para otorgar la *bonorum possessio*, los pretores distinguieron siete clases de sucesores *ab intestato*, a saber: (i) *liberi*, (ii) *legitimi*, (iii) *cognati*, (iv) *familia patroni*, (v) *patronus patroni*, (vi) *vir et uxor*, (vii) *cognati manumissoris*. De todos ellos solamente se aplican a los libertos los números (iv); (v) y (vii); el resto es común a ingenuos y libertos.<sup>24</sup>

## **4.1. SUCESIÓN INTESTADA IURE HONORARIO DE LOS INGENUOS.**

### **4.1.1. ORDENES SUCESORIOS.**

#### **1. Clase *Unde Liberi*.**

Los *liberi* del *de cuius* son todos los *sui heredes* y además, todos los hijos u otros descendientes naturales que fueron emancipados o han sufrido alguna *capitis deminutio* y que lo hubieran heredado civilmente si hubiesen permanecido bajo su potestad, siempre que actualmente sean *sui iuris*. Por lo tanto comprende a los *sui* y a los emancipados que sean a la vez cognados y no hayan ingresado posteriormente a la potestad de otra persona.<sup>25</sup>

Este orden sucesorio no beneficia al adoptado que ha sido emancipado, pues no es agnado ni cognado del difunto, ni tampoco al hijo natural dado en adopción o al natural emancipado y después adrogado, porque no son *sui iuris*.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

<sup>25</sup> Samper Polo, Francisco. *Derecho Romano*. Editorial Universitarias de Valparaíso, Segunda edición, Valparaíso, 1982.

<sup>26</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

En general, se aplican a esta clase las mismas reglas vistas a propósito de la sucesión de los *sui*:

- 1) El concebido se tiene como nacido, en este caso el pretor manda reservar una cuota de los bienes del difunto para que sea custodiada hasta que nazca la criatura. En verdad esta no es una posesión civil ni natural del no nato, ya que éste carece del corpus y tampoco tiene el ánimo, por lo que se dice que lo que hay acá es una mera tenencia de la madre "en nombre del vientre".
- 2) Mujeres y hombres se encuentran en pie de absoluta igualdad.
- 3) Sin embargo, si el *de cuius* es una mujer, ésta no puede tener *si*, y por consiguiente, tampoco puede tener *liberi*. Por lo mismo, sus hijos no pueden reclamar la *bonorum possessio unde liberi*.
- 4) Si concurren varios *liberi*, se reparten la herencia por cabezas, si entran descendientes de grado posterior, se divide por estirpes. En consecuencia, tiene lugar el derecho de representación no solo en los casos de premoriencia o *capitis deminutio* de una cabeza, sino también cuando el *liberi* llamado a solicitar la *bonorum possessio*, no lo hace.
- 5) Los *liberi*, como puede advertirse, no adquieren la *bonorum possessio* de pleno derecho, sino que es necesario que le pidan al pretor que se las conceda, por eso se dice que son sucesores voluntarios.
- 6) En el caso de que contra un *bonorum possessor* que no es *sui*, por ejemplo un hijo emancipado, se ejerza una *petitio hereditatis* por parte de un *sui*, el *bonorum possessor*, puede retener su cuota hereditaria mediante una *exceptio doli*, y en este caso su *bonorum possessio* es *cum re*.

En caso contrario, si se concede la *bonorum possessio* a un sucesor de menor derecho en perjuicio de otro sucesor de mejor

derecho, se zanja el conflicto favoreciendo al de mejor derecho, en esta situación, la *bonorum possessio* del que la tuvo, es *sine re*.

### **La Nova Clausula de Juliano**

Pudo darse una especial hipótesis de conflicto cuando el *de cuius* en vida había emancipado a un hijo, manteniendo bajo su *potestas* a los hijos de éste, o sea a sus nietos, pues los nietos eran a la vez *sui* y *liberi*, pero el hijo solamente era *liberi* mas no *sui*. Bajo el principio de que los *liberi* suceden por cabezas, se produciría la antinomia de que el padre emancipado excluyera de la sucesión a los nietos del difunto pues no sería una cabeza faltante. La solución a esta situación de conflicto, antes de la llamada *Nova Clausula Iuliani*, era considerar al hijo emancipado como una cabeza y a los nietos *sui* como otra, sin embargo esta solución perjudicaba a unos y a otros sucesores, ya que el hijo emancipado recibiría una cuota menor al concurrir una cabeza más y a los nietos también se les rebajaría su cuota hereditaria al agregarse un sucesor más, en circunstancias que según la ley civil, ellos tenían más derecho que su padre emancipado por ser *sui heredes*. Y no solamente éstos sucesores se verían menoscabados, ya que los demás *liberi* también verían reducidas sus cuotas en la sucesión al dividir ésta en un mayor número de sucesores.

Con esta *Nova Clausula*, Juliano establece en su edicto que se considerará al hijo emancipado y a sus hijos que quedaron bajo la potestad del *de cuius*, como una sola cabeza para los efectos de repartir la herencia, esta cabeza a su vez, se dividirá en dos partes, una mitad para el hijo no emancipado, y la otra para sus hijos, nietos del causante, que se dividirá en partes iguales entre todos nietos que haya.

### **Referencia a la Collatio Emancipati.**

Cuando el padre en vida emancipaba a un hijo, éste se convertía en *sui iuris*, y por lo mismo, gozaba de capacidad patrimonial y podía adquirir

para sí un patrimonio, a diferencia de los hijos no emancipados del difunto que nada podían adquirir para sí, sino para su *paterfamilias*. Esta situación fue considerada por el pretor que consideró inequitativa la circunstancia de que el emancipado participara del acervo hereditario, que podía contener bienes adquiridos por los descendientes del difunto que se encontraban *in potestas*, de manera gratuita, de modo que el emancipado que solicitare la *bonorum possessio unde liberi* debía prometer a los *sui iuris* hacerlos partícipes de su propio patrimonio. Si el emancipado se niega a la *collatio emancipati* no participará en la sucesión del difunto, pero conservará íntegramente sus bienes, de modo que normalmente el emancipado evaluará su situación económica antes de solicitar la *bonorum possessio*.

La promesa que este *liberi non sui* debía hacer a los *sui*, tenía la forma de una estipulación, y si concurrían varios *emancipati*, cada uno de ellos debía prometer a los *sui* una parte de sus bienes. Como se dijo, la promesa se hace solamente a los *sui*, y no a los demás emancipados, en el caso de que exista más de uno, pues todos los emancipados gozan de la misma condición de *sui iuris* y por lo mismo, pudieron construir un patrimonio propio.

Si el *liberi non sui*, tenía hijos sujetos a la potestad del *de cuius*, la *collatio bonorum*, beneficia exclusivamente a esos nietos *sui*, ya que la concurrencia de su padre emancipado solo los perjudica a ellos.

La *collatio emancipati*, no significa un aporte directo e inmediato de los bienes del emancipado a los *sui heredes*, se trata en verdad de una operación contable o un aporte imaginario, así el emancipado puede constituirse fiador de los *sui*, cuando éstos lo requieran, o bien, puede constituir prendas para garantizar el aporte de los bienes, puede también aportar físicamente los bienes, o bien conservar sus bienes pero imputando su valor a la cuota que le corresponde en la herencia.

**Referencia a la Collatio Dotis.**

Puede que en vida del causante una de sus hijas haya contraído matrimonio y se haya constituido una dote a favor del marido. A la muerte del padre, la hija podía reclamar la *bonorum possessio*, pero se le impuso como condición, el prometer a los demás *sui* entregarles una parte de la dote. Hubo un restricto de Antonio Pío en virtud del cual, debía prometer una parte de la dote incluso cuando no solicitaba la *bonorum possessio* y se limitaba a participar como *sui herede*.

Ahora bien, es necesario dejar en claro que la hija no es propietaria de la dote, y ésta se encuentra en el patrimonio de su marido, por lo que ella cuenta con una expectativa de recobrar la dote cuando su matrimonio se disuelva.

Los beneficiarios de la *collatio dotis*, son los *liberi sui*, pues si bien la hija se encuentra en la misma situación que ellos, si su matrimonio se disuelve con posterioridad al fallecimiento del causante, ella conseguiría la dote y no la compartiría con los demás.

Con respecto a los *liberi non sui*, la hija tiene que hacer la *collatio dotis* a favor de ellos, solamente si se encontraba bajo la potestad del causante al momento de su fallecimiento, ya que en este caso, ella en relación a la sucesión del padre, es *sui*, y le beneficiará la *collatio emancipati* que los emancipados realicen para participar en la herencia, es una especie de reciprocidad. Ahora bien, si se hubiese emancipado, este beneficio no alcanza a los *liberi non sui*, porque la colación de la dote no se hace nunca a favor de otro emancipado.

## **2. Clase Unde Legitimi.**

Este segundo orden sucesorio está compuesto por todas aquellas personas que la Ley de las XII Tablas llama a la herencia, por consiguiente se comprenden los *sui heredes*, los *adgnati proximi* y la *gens*, mientras existió ésta en la época antigua. Este llamamiento procede cuando ninguno de los pertenecientes al orden *unde liberi*

solicitó la *bonorum possessio*, ya sea porque no existían, o bien porque no quisieron hacerlo, o bien porque se les venció el plazo edictal sin pronunciarse.

El pretor no hace, como pudiese pensarse, llamamientos sucesivos, de modo que primero se convoque a los *sui*, y en defecto de ellos, a los *adgnati*, sino que hace un único llamamiento a todos los que sean *legitimi*, de modo que concederá la *bonorum possessio*, al primero que se presente, sin perjuicio de que ésta deba ceder frente a otros sucesores de mejor derecho.

Los que heredaban en virtud del senadoconsulto Tertuliano y el Orficiano, quedaban comprendidas en este orden.

### **3. Clase *Unde Cognati*.**

Los cognados son los parientes consanguíneos del causante, ya sea que provengan de la línea materna o de la línea paterna, por lo tanto los agnados no se consideran. Sin embargo para efectos sucesorios, el llamamiento se limita a los cognados hasta el sexto grado inclusive, excepcionalmente se puede llegar al séptimo grado si el causante y el padre del presunto beneficiario tienen bisabuelo común.

En este orden se incluyen varias personas, desde luego a los *liberi* y *legitimi*, puesto que también son cognados; también a los hijos naturales del causante dados en adopción y no han sido emancipados por el adoptante y los hijos naturales del causante adrogados por un tercero y que no han sido emancipados por el adrogante, puesto que siguen siendo cognados en la familia de su padre natural y suceden a éste y a los demás parientes de dicha familia; además como el adoptado o adrogado se considera como un cognado de todas aquellas personas de quienes se hace agnado en su nueva familia, así sucede en este orden al adoptante y al adrogante y a todos sus agnados, etc.

La *bonorum possessio unde cognati*, se otorga a los cognados según el grado de parentesco que tengan con el causante, así los de grado más

próximo excluyen a los de grado más lejano, ahora bien, si concurren varios cognados en un mismo grado, éstos heredan por cabezas y no por estirpes. Si un cognado de grado más próximo no solicita la *bonorum possessio*, la herencia se ofrece a los cognados de grado siguiente hasta llegar al límite del sexto, o bien excepcionalmente se ofrece hasta el séptimo grado.

#### **4. Clase *Unde Vir et Uxor*.**

La *bonorum possessio*, a falta de cognados, se ofrece al marido (*vir*) o a la mujer (*uxor*) sobreviviente, siempre que el matrimonio existiese al momento del fallecimiento del *de cuius*.

En cuanto a la mujer, se comprende en esta clase a la casada *sine manu*, ya que la casada *in manu* ya había sido llamada en el orden *unde liberi*.

## **4.2. SUCESIÓN INTESTADA *IURE HONORARIO* DE LOS LIBERTOS Y EMANCIPADOS.**

### **4.2.1. SITUACIÓN DEL LIBERTO.**

En el caso de que el *de cuius* sea un liberto, el régimen sucesorio pretorio sufre algunas modificaciones:

En *primer* lugar, en el primer orden sucesorio figuran los *liberi* y además el *patronus* que puede reclamar la *bonorum possessio* por la mitad de aquella cuota que les corresponde a los *liberi non naturales* del liberto, éstos son los hijos adoptivos o adrogados y la mujer o nuera *in manu*. En consecuencia, si el liberto deja solo *liberi non naturales*, la herencia se divide en dos, una mitad para los *liberi non naturales*, y la otra para el *patronus*. Si el liberto solamente deja *liberi naturales*, el patrón no lleva cuota alguna. Si deja *liberi naturales* y *liberi non naturales*, los naturales llevan su cuota

completa en la herencia, y la cuota de los *no naturales* se divide entre ellos y el patrón.

En *segundo* lugar, en el orden *unde legitimi*, se incluyen los *sui heredes* del liberto y a falta de éstos, al patrón, y a falta de éste a los *sui* del patrón.

En *tercer* lugar, el orden *unde cognati* se aplica íntegramente al liberto.

En *cuarto* lugar se ofrece la *bonorum possessio* al orden *familia patroni*, que está compuesto por todas aquellas personas que integran la familia del patrón o que la integrarían si no hubiesen sufrido alguna disminución de su derecho, se incluyen acá las personas que han sufrido una *capitis deminutio*, ya que de no haberla sufrido, formarían parte de los *legitimi*.

En *quinto* lugar figura el *patronus patroni*, quien es el patrono del patrón, luego sucesivamente a sus *liberi* y a sus *parentes* o ascendientes.

En *sexto* lugar se ofrece la *bonorum possessio* al marido o mujer sobreviviente del liberto o liberta.

En *séptimo* lugar se ofrece a los *cognati manumissoris*, o a los cognados del patrono.

Cabe destacar que en la sucesión del liberto no se considera el parentesco de sangre creado en situación de esclavitud (*servilis cognatio*).<sup>27</sup>

#### **4.2.2. SITUACIÓN DEL EMANCIPADO.**

En este caso, si el *de cuius* es un hijo emancipado, el lugar del patrón en la sucesión del liberto, es ocupado por el *parens manumisor*. Sin embargo, no tiene cabida en esta sucesión la clase *unde familia patroni* ni tampoco la *unde patronus patroni*.

---

<sup>27</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

La *lex Papia Poppaea*, dada en tiempos de Augusto, procura dar relevancia al denominado *ius liberorum*, esto es decir el premio a favor de los que han engendrado tres hijos en el caso de los ingenuos o cuatro cuando se trata de un liberto, e introduce diversas reformas que favorecen las expectativas sucesorias en la *bonorum possessio sine tabulis* de los patronos con *ius liberorum* o de la descendencia de los libertos que llegaron a merecer tal premio, así en la sucesión del liberto sin *ius liberorum*, el patrón obtiene una cuota viril frente a los *liberi naturales*, la hija del patrono, antes excluida como agnada de tercer grado, logra ahora, si tiene *ius liberorum*, la mitad frente a los *liberi non naturales* del liberto y una cuota viril frente a los hijos de la liberta; la patrona es asimilada a la situación del patrono según el Edicto, si le falta un hijo para obtener el *ius liberorum*, y a la situación del patrono según la propia *lex Papia Poppaea*, si ha alcanzado la ventaja que dan los tres o cuatro hijos. Respecto de la sucesión de los libertos varones, esta ley se aplica exclusivamente a aquellos cuya fortuna excede los 100.000 sestercios.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Samper Polo, Francisco, op.cit. Pág. 30.

## **CAPITULO V.**

### **LA SUCESION INTESADA EN EL DERECHO POST CLASICO**

#### **5.1. PERÍODO DE LA COMPILACIÓN.**

En esta época, Justiniano trata de empezar a reunir en un solo cuerpo legal, todo el derecho civil y el honorario para poner fin al caos que existía en materia sucesoria.

En la Compilación, se hacen reformas específicas, así, por una Constitución del año 531 se equiparan varones y mujeres en la sucesión colocando en la misma posición a los agnados masculinos y a los femeninos, es decir, se reconoce el parentesco de mujer y se incluyen los descendientes de las hijas o de las hermanas; en la Constitución del año 534, se equiparan los hermanos agnaticios y los meramente cognaticios; se eliminan las limitaciones de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano; se suprime la distinción entre hijos emancipados e hijos sometidos a la potestad paterna; también quedan en igualdad de condiciones, los hijos legítimos y los legitimados; en la sucesión del liberto se toma en cuenta el

parentesco cognaticio creado en situación de esclavitud y se limita el derecho sucesorio del patrono de de los parientes de éste, a favor de los padres y parientes del liberto, siempre que éstos sean libres.

## **5.2. NOVELA 118 DEL AÑO 543.**

Denominada como "Constitución que suprime los derechos de los agnados y define las sucesiones *ab intestato*", en su primera parte, como se ve, se eliminan completamente las expectativas sucesorias de los agnados, ya que ahora la sucesión *ab intestato* se basa íntegramente en el parentesco cognaticio, equiparando, además, completamente los derechos de hombres y mujeres en la sucesión. Sin embargo cuando dice que define las sucesiones *ab intestato*, esto no es tan así, pues no se tratan los derechos sucesorios del cónyuge, tampoco la sucesión del liberto, la de la concubina y sus hijos y la de los hijos adoptivos y legitimados. Sin embargo se establece un derecho especial a favor de la viuda pobre que consistía en concederle un cuarto de la herencia cuando carece de dote y de donación matrimonial. En este caso, la viuda concurre con sus hijos como sucesora.

Para establecer la nueva regulación, Justiniano se remonta hasta Aristóteles, el que enuncia la denominada "regla del amor", conforme a la cual el afecto desciende, asciende y se extiende, extendiendo la idea a la sucesión, la herencia se defiere primero a los hijos, que es a quienes según la regla se les tiene más efecto, luego a los padres y finalmente a los hermanos, quedando así establecido un orden de prelación entre los sucesores.

La Novela en comento, distingue cuatro clases de herederos, si los de la primera clase no quieren o no pueden heredar, se llama a los de la clase siguiente, y si éstos no pueden o no quieren, se llama a la

clase subsiguiente y así sucesivamente. Además dentro de cada clase se prefieren los parientes de grado más próximo por sobre los de grado más lejano. Por lo tanto se da en este régimen la *successio ordinum et graduum*. El preterido cónyuge, en este sistema, concurre a la sucesión luego de las cuatro clases de sucesores establecidos.

Las clases sucesorias son las siguientes:

1) **Hijos y ulteriores descendientes del causante.** Pueden ser hijos legítimos, legitimados, adoptivos o naturales, emancipados o sometidos a potestad paterna. Si una cabeza falta, su porción hereditaria se reparte entre su estirpe.

2) **Ascendientes y hermanos germanos.** Si solo hay ascendientes, los de grado más remoto son excluidos por los de grado más próximo, si hay más de un ascendiente del mismo grado, se divide la herencia por mitad entre la línea paterna y la materna, y dentro de cada línea, se divide por cabezas. Si hay ascendientes y hermanos germanos o de doble vínculo, éstos son llamados conjuntamente, y la herencia se divide por cabezas. Es decir, si hay padres y hermanos, éstos excluyen a los abuelos. Finalmente, si solo hay hermanos germanos, éstos heredan por cabezas, si falta uno, su porción la llevan sus hijos, no sus ulteriores descendientes. Si los llamados son los hijos de los hermanos, éstos heredan por estirpes.

3) **Hermanos y hermanas consanguíneos o uterinos.** Concurren personalmente o representados por sus hijos.

4) **Demás parientes de sangre.** Estos suceden según el grado de proximidad que tengan con el causante. Para Joan Miquel, no rige la limitación que se daba en el derecho pretorio del sexto grado de parentesco, pero para Francisco Samper, esta limitación también se dio en este régimen.

## **CAPITULO VI.**

### **LA SUCESION TESTAMENTARIA ROMANA**

#### **6.1. CONCEPTO DE TESTAMENTO.**

La sucesión testamentaria es aquella que se defiere en virtud de un testamento que ha hecho el causante, en el cual dispone a quien deben pasar sus bienes.

Dentro de las fuentes romanas existen dos definiciones de testamento, una de Ulpiano y otra de su discípulo Modestino. Para el primero el testamento es "la manifestación de nuestra voluntad, realizada ante testigos y conforme a derecho, y de manera solemne, para que valga después de nuestra muerte", para el segundo el testamento es "la manifestación, conforme a derecho, de nuestra voluntad, sobre lo que uno quiere que se haga después de su muerte".

Las definiciones romanas omiten el carácter revocable y personalísimo del testamento. En tal sentido, que un testamento sea revocable significa que el testador tiene plena libertad para modificar o destruir el testamento, sustituyéndolo por otro nuevo, mientras viva; por lo tanto, el testamento que siempre valdrá será el último, ya que es aquel que revoca a los anteriores. Que el testamento sea un acto personalísimo, quiere decir que en su otorgamiento, no hay representación voluntaria ni legal, por lo tanto, la voluntad solo puede ser manifestada por el propio testador.

Juan Iglesias lo define como "acto solemne y de última voluntad, por el que se nombra heredero y se pueden hacer otras disposiciones de carácter patrimonial o personal (donaciones o dádivas a favor de diversas personas), nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, etc."<sup>29</sup> Su finalidad fundamental es instituir a un heredero (*heredis institutio*), por lo tanto, mediante él se busca evitar el llamamiento a los *heres legitimi* y a los *bonorum possessores sine tabulis*.

## 6.2. FORMAS DE LOS TESTAMENTOS.

### 6.2.1. DERECHO ANTIGUO.

En el derecho romano arcaico, encontramos dos clases de testamentos: el *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*.

En el testamento ante los **comicios calados**, se designaba por el *pater* a un extraño a la familia para que ocupara la posición de *filius familias* de aquel y en consecuencia consiguiera, a la muerte del testador, el estatus de *suus heres*. En consecuencia, era una especie de adopción debilitada, es decir, se convertía al heredero instituido en hijo del testador, no inmediatamente, sino después de la muerte de éste, cuando el instituido aceptaba la voluntad del testador.<sup>30</sup>

A este testamento recurrían, por tanto, quienes carecían de *sui heredes*, con el fin de evitar la extinción de su familia y asegurar la continuidad de los *sacra familiaria*, y no con la finalidad de de modificar el orden sucesorio establecido por las XII Tablas, o bien aquellos que tuviesen razones fundadas para desheredar a un *sui*.

---

<sup>29</sup> Iglesias Santos, Juan. *Derecho Romano: Instituciones de derecho privado*. Editorial Ariel, Sexta edición, Barcelona, 1972.

<sup>30</sup> Sohm, Rodolfo. *Historia e instituciones del derecho romano*. Editorial La España Moderna, Séptima edición, Madrid, 1951.

Este testamento se otorga ante los comicios por curias, convocados dos veces al año, a saber, el 24 de Marzo y el 24 de Mayo, y presididos por el *pontifex maximus*. Aún no es posible descifrar si la participación popular cumplía una función de mero testigo o bien, cumplía una función interventora, en términos de aprobar o desaprobar la última voluntad del testador. De lo que presumiblemente se trataba era que, el interesado manifestaba su voluntad al máximo pontífice y éste la expusiera ante el comicio. El comicio podía aprobar o no la propuesta, sin embargo, si el comicio actuaba aprobando, estaríamos ante una verdadera *lex*, que derogaba la ley general sobre sucesiones. Pero, resulta extraño pensar que una *lex* fuera propuesta por un particular, por lo que se cree que, informar al comicio, es una forma de notificar a la comunidad un acto que repercute en el ámbito familiar y social, cual es, la designación de un nuevo jefe familiar. <sup>31</sup>

El testamento *in procinctu* consistía en una declaración oral de última voluntad, desprovista de formas, que el testador realizaba ante el ejército romano, formado en orden de batalla, armado y pronto a entrar en combate. <sup>32</sup> Por tanto, al igual que el anterior, se trataba de un testamento oral, pero, a diferencia del anterior, es carácter privado y se produce en circunstancias excepcionales.

### **6.2.2. DERECHO CLÁSICO.**

Las formas de testar del derecho arcaico, ofrecían una serie de inconvenientes, porque los comicios se reunían solo dos veces al año para autorizar los testamentos, y porque las guerras sufrían interrupciones y en ellas no participaban todos los ciudadanos. Por eso se ideó en el derecho clásico el testamento *per aes et libram* o el testamento por el rito del cobre y la balanza.

---

<sup>31</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

<sup>32</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

En un principio esta forma consistía en que el testador enajenaba todos sus bienes presentes y futuros (su *familiae pecuniaque*), a otra persona (el *familiae emptor*), mediante una venta simbólica o *mancipatio*.

Esta *mancipatio* se realizaba en presencia de cinco testigos, que debían ser ciudadanos romanos, y púberes, y otro más, de igual condición, que porta una balanza (el *libripens*). Además, como se trata de una venta simbólica, deben pronunciarse, en el momento de la enajenación, palabras solemnes o *nuncupatio*. En este testamento, la *nuncupatio* consta de dos partes; primero el que hace de comprador del patrimonio del testador, o *familiae emptor* acepta cumplir las instrucciones dadas por el testador y custodiar los bienes que ha comprado con el cobre y la balanza; la segunda parte consiste en que el testador con las tablas del testamento en la mano, declara ante quienes hacen de testigos, que enajena sus bienes de la forma en que lo señalan dichas tablas.

En estricto rigor, esta venta simbólica no es un testamento, ya que no cumple con la función de tal, cual es, la designación de un *heres*, pues el *familiae emptor* no es un *heres*, como tampoco lo son las personas a quienes el *familiae emptor* tenía que entregar algo de acuerdo con las instrucciones dadas en las tablas del testamento, sino tan solo se trataba de un acto en el cual el testador mancipaba su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo en consonancia con las instrucciones que le señalaba. Así, el *familiae emptor*, se convertía en un propietario fiduciario, ya que no puede usar los bienes recibidos en beneficio propio, sino que debe cumplir el encargo hecho por el testador, siendo su situación jurídica semejante a la de un ejecutor testamentario o albacea.

Sin embargo, dicho acto no era una fiducia en sentido técnico, y no lo era, porque las obligaciones del *familiae emptor* no estaban confiadas

a su fidelidad, y por lo tanto, no dependían de las circunstancias y de la discreción y arbitrio suyo, sino que se precisaban de una manera exacta y rigurosa por medio de la *nuncupatio*.<sup>33</sup>

Esta venta, además, no producía sus efectos de un modo inmediato, sino que sus efectos se encontraban diferidos en el tiempo, hasta que se produjera la muerte del testador, por lo mismo, existía la posibilidad de que el testador revocase el testamento cuando lo considerase conveniente.

Esta forma de testar, va degenerando en una mera formalidad, ya que desaparece la figura del ejecutor testamentario, siendo, junto a los testigos y al *libripens*, una figura simbólica, adquiriendo un singular relieve la *nuncupatio*, pues ahí se contiene la institución del heredero y las demás disposiciones singulares de bienes.

#### **6.2.2.1. REFERENCIA AL DENOMINADO TESTAMENTO PRETORIO.**

El pretor en su edicto, promete otorgar la *bonorum possessio* a quien le presente las tablas de un testamento, selladas por siete testigos. De esta manera el pretor renuncia a las formalidades del acto mancipatorio. Los siete testigos exigidos por el pretor, eran los cinco testigos necesarios para la *mancipatio*, el *libripens* y el *familiae emptor*. Al considerar estos últimos como meros testigos, ponía de manifiesto la falta de importancia del ritual, e incluso se otorgaría la *bonorum possessio* en el caso en que no hubiese habido *mancipatio*.

Esta *bon. poss.* concedida sin *mancipatio*, era *sine re*, pues si un heredero civil, ejerciendo la *petitio hereditatis*, logra probar que el testamento no es válido por haberse omitido las formalidades requeridas, triunfará sobre el *bonorum possessor*. Sin embargo, con Antonio Pío, esta situación cambia, ya que le concede al instituido en

---

<sup>33</sup> Sohm, Rodolfo, op.cit. Pág. 44.

un testamento sellado ante siete testigos, aunque no haya tenido lugar el acto por el cobre y la balanza, una *exceptio doli*, que podía oponer al heredero civil, convirtiéndose en *bonorum possessor cum re*.

### 6.2.3. DERECHO POST-CLÁSICO.

En el derecho post-clásico va desapareciendo la diferencia entre derecho civil y derecho pretorio, lo que se aprecia en la reducción de las formalidades exigidas para la validez de un testamento, así en esta época, distinguimos entre los testamentos privados y los públicos.

Los **privados** pueden ser escritos (*per scripturam*) u orales (*per nuncupationem*).

Para el caso del testamento *per scripturam*, éste puede ser de dos clases: *allografo* y *ológrafo*. Es *allografo*, cuando el testador presenta ante siete testigos un pliego que no ha escrito de su puño y letra, declarando, sin embargo, que lo que él contiene es su testamento. El testamento *ológrafo*, es el que contiene la declaración de haber sido escrito de puño y letra del testador<sup>34</sup>. Teodosio II dispone que el mismo testador puede escribir o dictar su testamento, en ambos casos, debe presentarlo, ya sea abierto o cerrado, a siete testigos, que deben ser ciudadanos romanos púberes, y simultáneos y rogados, esto es, llamados expresamente. El testador declara ante ellos, que el documento contiene su voluntad, y en presencia de los mismos, lo firma, y firmándolo y sellándolo los testigos en un mismo día y tiempo, adquiere fuerza, importando poco que los llamados a testificar ignoren lo dispuesto por el otorgante. En el caso de que el testador no sepa de letras o no pueda firmar, se exige la intervención de un octavo suscriptor.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Caramés Ferro, José. *Curso de derecho privado romano: De las obligaciones y sus fuentes – Derecho sucesorio*. Editorial Emilio Perrot, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1943.

<sup>35</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

En orden al testamento *per nuncupationem*, se requiere la presencia de siete testigos, reunidos juntamente y a un mismo tiempo, para oír la voluntad del testador.

Las formas de los testamentos **públicos** son dos, a saber, el *testamentum apud acta conditum*, que es una exposición oral de la voluntad del testador, realizada ante la autoridad judicial o municipal, que se hace constar documentalmente con carácter público; y el *testamentum principi oblatum*, que es una declaración de voluntad del testador, de análogo carácter que al anterior, pero con la particularidad de que se realiza ante el emperador, documentándose y archivándose por el *magister officiorum*.<sup>36</sup>

Justiniano conservó estos testamentos públicos y las dos formas privadas que habían regulado sus predecesores, es decir, el escrito y el oral, ambos ante siete testigos; el escrito no es necesario que lo conozcan los testigos, pero debe ser firmado por el autor y firmado y sellado por aquéllos (y un octavo si el testador no puede o no sabe firmar), admitiéndose un módico intervalo de tiempo entre las diferentes fases del proceso. Justiniano, empero, derogó el testamento ológrafo que en el año 446 reconoció Valentiniano III, es decir, aquel testamento escrito totalmente por el testador y suscrito por él, sin testigos.<sup>37</sup>

## **6.3. CONTENIDO DE UN TESTAMENTO.**

### **6.3.1. HEREDIS INSTITUTIO.**

Para Santiago Lazo<sup>38</sup>, se designa como "institución de heredero", el señalamiento que el testador hace en su testamento, de su heredero, o

---

<sup>36</sup> Miquel, Joan, op.cit. Pág. 1.

<sup>37</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

<sup>38</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág. 7.

sea, de la persona que ha de continuar, después que haya muerto, su personalidad, identificándose con él.

Como indica Gayo, tal institución es cabeza y fundamento de todo el testamento, pues como se verá más adelante, la *heredis institutio*, deben ir al principio del testamento, y además, si llegase a faltar, las otras disposiciones del testamento, carecen de todo valor.

El testador, al momento de designar a su heredero, debía observar una serie de reglas, elaboradas principalmente por la jurisprudencia cautelar romana. Dichas reglas tuvieron su origen en el derecho antiguo, así, al otorgarse un testamento *calatis comitiis*, éste debía someterse a la aprobación del máximo pontífice, el cual podía exigir una serie de formalidades en el testamento; con el devenir del derecho, éstas reglas fueron aplicadas también en el testamento mancipatorio, hasta Constantino, quien abolió todo formalismo.

Las formalidades de la institución del heredero son las siguientes:

1. El heredero debe ser nombrado en términos precisos y categóricos. La idea del riguroso derecho civil, era que no hubiese duda respecto a la voluntad del testador, y por tanto la designación del heredero debía ser unívoca. Así, un testador podía hacer testamento con tal solo tres palabras: "Sea Ticio heredero".
2. La institución del *heres* debe hacerse en latín. La razón de esta formalidad era que no existiesen diversas interpretaciones respecto a esa palabra, por estar escrita en otros idiomas. De este modo, la fórmula correcta era "*Titius heres esto*". Con el devenir del derecho clásico, se admitieron otras frases latinas, tales como "*Titium heredem esse iubeo*", que significa "Ordeno que sea heredero Ticio"; o bien, "*Titium heredem instituo*", que significa "Instituyo heredero a Ticio"; sin embargo no se admitió la siguiente "*heredem esso volo*", o sea, "quiero que sea mi

heredero"; pues implica un mero deseo que no equivale a un efectivo nombramiento.<sup>39</sup>

Alejando Severo fue quien permitió una *institutio heredis* en griego.

3. Lo que precedía a la institución del heredero, no formaba parte del testamento. Por tanto, el testamento debía comenzar, precisamente con la *institutio heredis*. En el caso de que el designado heredero fuese un esclavo, el testador debía, antes de todo, manumitirlo. Esta podría parecer una aparente excepción a la regla en comento, pero, no lo es, ya que la manumisión forma parte de la institución misma, y no se considera como estipulación distinta. Si tan solo, el testador quería manumitir a sus esclavos, mas, no designarlos como herederos, debía hacerlo luego de haber realizado la institución.
4. La designación debe recaer en una *certa persona*. Es decir, el instituido debe ser un ser humano perfectamente individualizable y de quien el testador tenga un preciso conocimiento<sup>40</sup>. O bien, persona cierta es aquella a quien el testador puede llamar por su nombre. Pero más tarde la noción se extiende, y persona cierta es, entonces, aquella de quien el testador puede formarse una idea concreta y precisa<sup>41</sup>.

Por *incerta persona*, se entiende a aquel heredero asignatario en general, que no aparece individualizado, sino descrito genéricamente o de modo tal, que no resulta posible determinar, en el momento de testar, quién es el asignatario<sup>42</sup>. Con este

---

<sup>39</sup> Miquel, Joan, op.cit. Pág. 1.

<sup>40</sup> Samper Polo, Francisco, op.cit. Pág. 30.

<sup>41</sup> Caramés Ferro, José, op.cit. Pág. 48.

<sup>42</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

requisito se excluye la posibilidad de nombrar como heredero a grupos imprecisos, como serían, por ejemplo, "los que después de mi testamento, fueren designados cónsules".

La jurisprudencia romana catalogó entre las personas inciertas a las siguientes:

- Las personas jurídicas. No pueden ser instituidas *heres*, pues la cantidad de miembros que la componen, varía con el transcurso del tiempo, así, no hay determinación en cuanto a su número, ni en cuanto a la identidad de sus miembros. Sin embargo, como consecuencia de una evolución jurídica interesante, se admitió que fueran instituidas por sus libertos, y en el derecho cristiano de Constantino a Justiniano, se fue aún más lejos al permitir la institución directa del Estado, las ciudades, la Iglesia y las fundaciones piadosas.
- Las personas cuya determinación ha sido dejada al azar. Para que existiese la incapacidad, era necesario que la incertidumbre acerca de la persona fuere completa, pues si concurre algún elemento que permitiera la determinación de la persona del heredero, la institución sería eficaz. Por ejemplo, si el testador dispone que el instituido será el primero de los actuales parientes del testador que concurra a sus funerales. La institución será eficaz desde el momento de que el heredero será, precisamente, uno de sus parientes. Esta incapacidad, sin embargo, desaparece en el derecho justiniano.
- Los póstumos, o bien, las personas que nacieren después de la confección del testamento. Respecto de los hijos legítimos que nacieren con posterioridad a la confección del testamento, por obra de la jurisprudencia y de la legislación, se llegó a admitir la institución de heredero a favor de estas personas. Si el

póstumo nacía después de la muerte del testador, se admitió que el testador podía instituir o desheredar al hijo que diere a luz su mujer dentro de los diez meses posteriores a su muerte. Si el póstumo nacía después de otorgado el testamento, pero en vida del testador, la ley *Junia Velleia*, del año 28 de nuestra era, permite al testador instituir o desheredar por anticipado al hijo que pudiera nacer de su mujer después de la confección del testamento. Respecto de los póstumos que no fueren *heredes sui* del testador, no estaba permitido instituirles herederos<sup>43</sup>.

5. La designación de un heredero o de varios herederos, debe regular la sucesión de un modo exhaustivo. Así, no podía el testador disponer de una parte de la herencia, ya sea asignándosela a uno o más instituidos, y guardar silencio respecto de la otra, ya que, en principio, como ya se vio, se aplica la regla "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*", es decir, los herederos ab intestato, no participan de la parte que no fue asignada. Por tanto, si, el testador disponía solo de una parte del haber hereditario, los herederos instituidos extendían su derecho a la porción de la herencia de que no dispuso el testador, en proporción a sus respectivas cuotas, es decir, operaba el acrecimiento.
6. Hemos hablado de cuotas hereditarias, ya que, lo normal será que, cuando son varios los instituidos, que el testador establezca las cuotas hereditarias. Estas cuotas, se fijan comúnmente según el sistema duodecimal: la totalidad del patrimonio se llama *as*, y éste se divide en doce partes, denominadas *unciae*. Cuando el testador no hace asignación de cuotas, los herederos heredan por

---

<sup>43</sup> Caramés Ferro, José, op.cit. Pág. 48.

partes iguales<sup>44</sup>. Por ejemplo, "sean herederos Ticio, Cayo y Mevio", en este caso, cada uno recibe un tercio de la herencia.

El testador, puede indicar las cuotas que heredaran cada uno de los instituidos, esta asignación expresa, puede ser de cuotas iguales o desiguales, por ejemplo: "sean herederos Ticio por un cuarto, Cayo por un cuarto, y Mevio por el medio restante". En tal caso, como el *as* hereditario se ha consumido, cada asignatario lleva su cuota.

Si el testador ha asignado cuotas para unos instituidos, pero no para otros, se entiende que a quienes no se les señaló cuota, heredan por partes iguales el residuo del haber.

7. Según la idea romana de que el heredero es, por definición, un sucesor universal, no se le puede instituir en una o varias cosas singulares. Según los juristas republicanos, el testamento que instituía a un heredero en una cosa cierta, era considerado totalmente nulo. Sin embargo, Sabino, en la idea de salvar la validez del testamento, consideró como no hecha la mención de la cosa o de cuotas en ella. Si solo existe un heredero en cosa cierta, se omite la mención de la cosa, y el designado se lleva toda la herencia, por ejemplo, "sea Ticio heredero del fundo Capeno", la solución es que Ticio es considerado heredero universal. Si hay varios herederos en una cosa cierta, cada uno lleva su cuota según el número de designados, por ejemplo, "sea Ticio heredero de un tercio del fundo Capeno y Cayo del otro tercio del mismo fundo", la solución es que cada uno lleva la mitad del total de la herencia, y la misma solución se da en el caso en que se designa a un heredero en una parte de una cosa, y a otro heredero se le asigna una cuota de otra cosa.

---

<sup>44</sup> Iglesias Santos, Juan, *op.cit.* Pág. 44.

Si en el testamento se designaban herederos *ex re certa* y a otros no, se omite la mención de la cosa cierta y de las cuotas en ella, y dichos herederos entrar a concurrir en la herencia junto a los otros.

La solución de Sabino, claramente contraviene la voluntad del testador, quien quería que el o los herederos lo fueran en una cosa determinada, por lo mismo, Papiano le encargó expresamente al *arbiter familiae erciscundae*, o árbitro que debe conocer del juicio partitorio, la función de atribuir a cada cual solo la *certa res* sobre la que recayó la institución, por lo cual esta atribución, no opera de pleno derecho, sino *officio iudicis*. En consecuencia, la división por cuotas que resultaba de aplicar la idea de Sabino, rige a otros efectos, por ejemplo, en el pago de deudas o el cobro de los créditos. A su vez, el juez queda facultado para hacer ajustes entre los herederos, cuando monto de sus cuotas excede o es inferior a los valores de las cosas.

Si el testador llama a un heredero al todo o a una parte de la herencia, menos a algo singular, estamos frente a una *institutio detracta certa re*. En este caso, Aquilio Galo, tuvo por no mencionada la cosa en la institución, de modo que el designado es *heres sine parte*.

### **6.3.2. LAS SUSTITUCIONES.**

El derecho romano agrupa bajo esta denominación a ciertos tipos de segundas o posteriores instituciones de heredero, que solamente tienen en común el carácter de subsiguientes y condicionales.

Según Juan Iglesias, dicese *heres substitutus*, del instituido en segundo lugar para el caso de que el primer instituido, no llegue a ser heredero<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

, ya sea porque no acepte, no pueda aceptar, o no llegue a transmitirla por testamento<sup>46</sup>.

### **6.3.2.1. La sustitución en el derecho clásico**

El derecho sucesorio romano clásico reconoce dos tipos de sustituciones; a saber, la vulgar y la pupilar.

La **sustitución vulgar**, o *sustitutio vulgaris*, es la institución condicional de un segundo heredero, para el caso de faltar el primeramente instituido<sup>47</sup>. Por ejemplo: "Sea Ticio heredero, si Ticio no fuere heredero, sea heredero Cayo"

El sustituto ocupa el lugar del instituido, cuando éste no logró ser heredero, ya sea por haber premuerto al causante, o bien por su propia voluntad, rehusando la herencia, por tanto, el sustituto no sucede "después" del instituido, sino "en lugar" de éste. Asimismo, es consecuencia de lo anterior, que el sustituto adquiere la herencia con todas las cargas y condiciones que el testador impuso al instituido. Además si el sustituto muere antes que falte el instituido, nada transmite a sus propios herederos; pero si muere después y sin haber aceptado, les transmite su facultad de aceptar.

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<sup>48</sup>. Esta segunda institución, condicionada a que falte el primer instituido, debe, por tratarse de una *institutio heredis*, observar todas las formalidades que ya fueron analizadas. La sustitución vulgar se extingue cuando el instituido acepta y adquiere la sucesión, porque en ese caso falta la condición necesaria para que ella funcione<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág. 7.

<sup>47</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág. 7.

<sup>48</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

<sup>49</sup> Caramés Ferro, José, op.cit. Pág. 48.

La sustitución **pupilar**, o *substitutio pupillaris*, es la institución de un heredero hecha por el padre de familia, en su propio testamento, para la herencia del descendiente impúber, sujeto a su potestad, para el caso que éste descendiente le sobreviva y muera antes de llegar a la pubertad; es pues, el testamento del descendiente hecho por el padre de familia, como accesorio del suyo. El impúber, en el derecho clásico, es considerado heredero, pero no puede testar. Esta sustitución, sirve para que, quien lo tenga bajo su potestad, sea su padre, o bien, su abuelo, previendo la situación de aquel heredero incapaz de testar, le haga él un testamento<sup>50</sup>. Por ejemplo: "si mi hijo muriere antes de los 14 años, sea Ticio heredero". Este tipo de sustitución que evita la apertura de la sucesión intestada, se funda en la *patria potestas*, por lo cual solamente el *pater* puede hacerla, y no la madre u otro ascendiente privado de tal potestad, ni el padre respecto de los hijos *sui iuris*.

Los bienes que adquiere el sustituto, en un principio, eran solamente aquellos que provenían del *pater*, sin embargo, en el Imperio, la institución se extendió, y la sustitución abrazaba la totalidad del patrimonio que el hijo impúber dejase a su fallecimiento, aun cuando fueren bienes adquiridos por el *filius* por otra vía después de la muerte del *pater*.

La sustitución pupilar, podía el *pater* hacerla en su propio testamento, o en un acto posterior y separado, sin embargo, a pesar de haber dos documentos distintos, se consideró como un solo testamento, en el que se disponía de dos herencias, la del padre y la del hijo. La sustitución pupilar, era un accesorio del testamento del padre de familia, y por ser un acto accesorio, su validez estaba íntimamente vinculada a la eficacia del acto principal, cual es, el testamento del padre, así, si el testamento

---

<sup>50</sup> D'Ors, Álvaro. *Elementos del Derecho Privado Romano*. Editorial Gómez, Pamplona, 1960.

principal resultaba inválido por no haber instituido heredero para sí, la sustitución pupilar, carecía totalmente de eficacia.

Ahora bien, la sustitución pupilar terminaba por las siguientes causas:

- (i) por la invalidez del testamento del padre;
- (ii) por la llegada del hijo a la pubertad, pues en ese momento, puede testar por sí mismo;
- (iii) por la salida del impúber de la potestad paterna, como si entregase a su hijo en *adrogación*;
- (iv) por la muerte del hijo con anterioridad a la del *pater familias*.

#### **6.3.2.2. La sustitución en el derecho Justiniano.**

Justiniano reconoce la sustitución cuasi pupilar, o la *substitutio ad exemplum pupillaris*. En virtud de ella, el padre o cualquier otro ascendiente que hiciera su testamento, podía, al propio tiempo, hacer el testamento de su descendiente que se hallare en estado de demencia, con tal que le dejara por lo menos la cuarta legítima. Como esta sustitución no se fundamenta en la patria potestad, puede hacerla la madre y cualquier otro ascendiente.

El sustituto debe ser elegido entre los descendientes del enfermo, o entre los descendientes del testador, si faltan los primeros. Si no existe ni los unos ni los otros, cabe el libre albedrío.

Esta sustitución cuasi pupilar termina cuando el demente recobra la razón, o bien, si el demente fallecía antes que el ascendiente testador.

#### **6.3.3. LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA**

Podríamos definir la voluntad, como aquella capacidad de los seres humanos que les mueve a hacer cosas de manera intencionada, por encima de las dificultades, los contratiempos y el estado de ánimo. En el

testamento, la voluntad testamentaria es la piedra angular del mismo, la que lo dota de fuerza y eficacia, pues en el testamento se expresa y se combina aquello que el testador quiso, con aquello que el testador dijo. Por tanto, es fundamental, para que un testamento valga, que indagemos en lo realmente pensado o querido por su autor.

Ahora bien, la primera herramienta con la que se cuenta para averiguar la voluntad testamentaria, son las palabras de las que se valió el testador para expresar su querer, si éstas son claras, no hay dificultad en revelar la intención del testador y hay que estarse a ellas e su sentido natural u objetivo.

Sin embargo, la declaración del testador puede resultar ambigua para quien la lee o la oye, y ofrecer dicha declaración más de un significado, en este caso la tarea es develar la única intención del testador, pues es claro que éste no pudo querer, a la vez, todos los significados que, de la declaración, se desprenden.

Puede, también, que de las declaraciones del testador, se desprenda una intención no realmente querida por él, cuando ocurre esta situación, en que los dichos son contradictorios con la voluntad, se desecha tanto lo querido, como lo expresado; lo querido por no haber sido expresado, y lo dicho, por no ser efectivamente lo querido.

En el caso más extremo, puede suceder que lo expresado no tenga un significado inteligible, la solución es tener por no escrita, o bien, por no dicha tal declaración.

#### **6.3.4. EL DESHEREDAMIENTO.**

La desheredación o desheredamiento, consiste en la privación de la herencia que se hace a un heredero llamado a ella, disponiéndolo así expresamente en el testamento<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág. 7.

Quienes pueden ser desheredados, son aquellos quienes tienen la calidad de herederos, ya sea según el derecho civil, o el pretorio. En el primero de los casos, los desheredados serán los *sui heredes*, y en el segundo, serán los *liberi*.

#### I. El derecho civil.

Distinguiremos dos periodos: el de las Doce Tablas, y el Derecho Clásico.

En el periodo de las Doce Tablas, el testador tenía una amplia libertad para testar, de modo tal que podía instituir como heredero a cualquier persona, pudiendo, incluso, excluir a los hijos que se encontraban bajo su potestad, no siendo necesario desheredarlos individualmente, ni en conjunto. Podríamos decir que la voluntad del testador, cualquiera que ésta fuera, debía ser respetada con fuerza de ley.

En el periodo del Derecho Clásico, se introdujeron grandes modificaciones a esta regla de libertad absoluta, y el testador que no quería que sus *sui* llegasen a ser herederos, debe disponer expresamente, su desheredamiento, ya que su simple omisión, ya no resultaba suficiente para excluirlos de su sucesión. Las reglas a que sujeta el desheredamiento, en el derecho clásico, son las siguientes:

- a) Respecto de los hijos varones del testador, que se encontraban sujetos a su potestad al momento del otorgamiento del testamento; debían ser instituidos o desheredados *nominatim*. Es decir, deben ser designados por sus propios nombres, según la siguiente fórmula: "Que mi hijo Ticio sea exheredero". Ahora bien, si el testador solamente tenía un hijo, no era necesario hacer constar el nombre del hijo.

La sanción que se establecía para el caso de que el testador no instituyera ni desheredara nominativamente a sus hijos, era la

nulidad de todo el testamento, abriéndose en tal caso, la sucesión intestada, por resultar ineficaz el testamento.

- b) Respecto de los demás *sui* del testador, ya nacidos, podían ser desheredados nominativamente, o bien, en conjunto (*inter caeteros*), es decir, mediante una cláusula general, en donde no es preciso nombrar a cada uno de ellos. Probablemente, la fórmula utilizada haya sido la siguiente: "Sea heredero mi hijo Ticio, sea desheredado mi hijo Cayo, todos los demás, sean desheredados".

Si el testador no se refería expresamente en su testamento a alguno de ellos, ni instituyéndolos, ni desheredándolos, el testamento, no obstante, era válido, pero podía ser modificado para permitirles entrar en la sucesión.

- c) Respecto de los hijos póstumos, aquellos nacidos después de muerto el padre, debían ser instituidos o desheredados, nominativamente, si eran varones, y colectivamente, si eran mujeres, con tal que el testador les hiciera algún legado. Si el testador omitía mencionar a un póstumo, y sobrevenía uno al testamento, éste se invalidaba completamente.

El jurisconsulto Aquilio Galo, ideó una fórmula para instituir o desheredar a los descendientes de segundo grado que, nacidos después de muerto el testador, llegaban, por la muerte de su padre, a ser herederos suyos del testador, dicha fórmula consistía en hacer la institución o desheredación condicional, para el caso que llegasen a ser herederos suyos. Estos póstumos se denominaron *aquilianos*. Mas tarde, la ley Junia Veleya, permitió la institución o desheredación de los descendientes nacidos en vida del testador, pero después de

hecho el testamento, lo que fueron llamados póstumos *veleyanos*.

La forma de desheredación de los póstumos *aquilianos* y *veleyanos*, era nominativa o colectiva, según fueran hombres o mujeres<sup>52</sup>.

## II. El derecho pretorio.

El pretor restablece el equilibrio entre los hijos del testador, ya que, aun con las reformas introducidas por el derecho civil, los hijos emancipados, quedaban fuera de la sucesión, mediante su simple omisión en el testamento.

Se establecieron las siguientes reglas:

- a) Los varones emancipados deben ser instituidos, o bien, desheredados, nominativamente. Si son omitidos, el testamento no pierde su validez, pero se concede los preteridos la facultad de impetrar la nulidad del mismo, haciendo caer la institución de heredero contenida en el testamento.
- b) Las mujeres emancipada, deben ser instituidas o desheredadas nominativamente, o bien, *inter caeteros*. Si son omitidas en el testamento, e principio éste es válido, pero si quien es omitida ataca la validez de éste, cae la institución de heredero contenida en el testamento.

## III. Reformas de Justiniano.

Justiniano restringió completamente la voluntad testamentaria, para evitar la injusta desheredación de algunos parientes. En efecto, por una constitución del año 531, Justiniano dispuso que "todos los descendientes agnados de nacimiento, bajo potestad o emancipados, póstumos o nacidos antes de la confección del testamento, sin distinción

---

<sup>52</sup> Lazo, Santiago, op.cit. Pág. 7. Pág. 211 y 212.

de sexo ni de grados debían ser instituidos o desheredados nominativamente, en el orden en que fueran llamados a la sucesión intestada, de lo contrario, si eran omitidos, se sancionaría, ya con la nulidad del testamento, si el omitido fuere un heredero suyo, ya otorgar la *bonorum possessio* contra el testamento, si el omitido era un hijo o una hija emancipada”<sup>53</sup>

Además, en la Novela 115 del año 541, Justiniano estableció que: (i) el padre y la madre, así como los ascendientes paternos y maternos estaban *obligados a instituir a sus descendientes* en el orden en que fueren ellos llamados a la sucesión intestada, no bastando con hacerles legados ni fideicomisos; y (ii) los hijos estaban *obligados a instituir a sus ascendientes*, en el orden en que éstos fuesen llamados a la sucesión intestada.

En ambos casos, solamente podían desheredar a quienes se hubiesen hecho *culpables de ingratitud*, por alguna de las causales que la misma Novela establecía. Si el desheredado incurría en alguna de las causales, era necesario que el testador lo señalase expresamente en su testamento, y para que éste tuviese validez, el instituido heredero debía probar que una de dichas causales, por lo menos, era exacta, so pena de quedar sin efecto dicha institución y abrirse, por tanto, la sucesión *ab intestato*.

#### **6.4. LOS CODICILOS.**

Se trata de un acto jurídico unilateral, ajeno a la observancia de cualquier formalidad, que contiene una o varias disposiciones de última voluntad, con excepción de la institución de heredero y de la desheredación, entre otras<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Caramés Ferro, José, op.cit. Pág. 48. Pág. 432.

<sup>54</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

Podemos clasificar los codicilos de la siguiente manera: *codicilli testamento confirmati* o *codicilli testamento non confirmati*, es decir, un codicilo puede aparecer reconocido expresamente en un testamento, o bien no aparecer reconocido en el testamento. La confirmación, a su vez, puede ser pasada o bien, futura, será pasada cuando se han redactado codicilos y con posterioridad se otorga un testamento que hace referencia expresa a los codicilos ya redactados, confirmándolos, o bien, una persona puede otorgar un testamento y anticipar en él, la futura redacción de codicilos, en este caso, la confirmación es futura.

Existieron, empero, los *codicilli ab intestato*, es decir, aquellos que se redactan sin que medie un testamento, éstos solamente pueden contener fideicomisos o ruegos remitidos a la *fides* de una persona.

La naturaleza de los codicilos, es la de un acto accesorio al testamento, por esta razón, siguen la suerte del testamento, así las cosas, si el testador designa heredero a un esclavo en su testamento, y lo manumite en los codicilos, vale la disposición, y si el testamento es nulo, también lo son los codicilos<sup>55</sup>.

Sin embargo, para prevenir la posible ineficacia del testamento, el testador incluía en su testamento, la llamada *clausula codicilar*, es decir, que si el testamento no llega a valer como tal, valga como codicilo. Operando dicha clausula, el testamento se convierte en un codicilo no confirmado y *ab intestato*, y sus disposiciones se convierten en fideicomisarias y la institución del heredero se transforma en fideicomiso universal.

---

<sup>55</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

## **CAPITULO VII.**

### **DE LA ADQUISICION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA.**

Para el estudio de esta materia, analizaremos de modo separado la adquisición y repudiación de la herencia intestada, de la herencia testamentaria, y de la *bonorum possessio*.

#### **7.1. ADQUISICION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA INTESTADA.**

##### **7.1.1. LOS SUI HEREDES.**

Verificándose la efectividad de la inexistencia de un testamento válido y eficaz, la herencia se defiere a los *sui heredes*, y éstos la adquieren de pleno derecho, aun ignorando su calidad de herederos, e incluso si se trata de impúberes (*infans*) o dementes (*furiosus*).

Esta clase de herederos fueron denominados *sui el necesarii heredes*, pues adquirirían la herencia, sin tener que realizar algún acto de aceptación de la misma.

Estos herederos necesarios, no tenían la posibilidad de repudiar la herencia, y debían enfrentar las reclamaciones de los acreedores de la misma. En un principio, si la herencia se encontraba cargada de deudas, los *sui heredes*, debían responder por ellas, incluso con su propia persona y sus propios bienes, sin embargo, este rigor fue atenuado por el pretor, quien concedía al *suus* la posibilidad de

“abstenerse de la herencia”, a través del *ius abstinendi*, que es el derecho pretorio a rehusar la herencia, y consecuentemente liberarse de las deudas de la herencia del *de cuius*. Ahora bien, los acreedores en este caso, procedían a la venta de los bienes de la herencia, a nombre del causante y cobrar en ella sus créditos.

Sin embargo, para hacer uso de este derecho pretorio, era menester que el heredero no se inmiscuyera en los bienes de la herencia, es decir, era necesario que el posible beneficiario no realizare gestiones de heredero.

Un importante efecto del *ius abstinendi*, es el que la herencia de la cual se abstuvo el heredero, no se transmite al próximo heredero intestato, así, si el *sui heredes* se abstenía, la herencia no era ofrecida al *proximus adgnatus*.

#### **7.1.2. LOS DEMAS HEREDEROS INTESTADOS.**

Nos referimos al *proximus adgnatus* y a los herederos en virtud del senadoconsulto *Tertulliano* y *Orfitiano*. Ellos no adquieren la herencia que se les ha deferido, *ipso iure*, sino que mediante un acto especial de aceptación. En tal sentido, eran libres de aceptar o rechazar la herencia, y por esta razón fueron denominados *heredes voluntarii*.

El momento para aceptar o repudiar la herencia, era aquel en que la herencia les era ofrecida, y les era ofrecida, en el caso de este tipo de herederos, cuando se tenía certeza de la inexistencia de un testamento válido y eficaz, pues en ese momento se abre la sucesión intestada. Sin embargo, a diferencia de los *sui heredes*, los herederos voluntarios, no adquirirían la herencia, una vez ofrecida, sino que, solamente adquieren, con la delación, el *derecho a adquirir la herencia*, y aceptada ésta, la adquieren definitivamente.

La aceptación podía hacerse de dos modos distintos, *pro herede gestio* y *cretio*.

*Pro herede gestio*, significa que acepta la herencia a través de "cualquier comportamiento que suponga la calidad de heredero, realizado por el voluntario bajo el entendimiento o conocimiento de ser tal (*animo*); un comportamiento así de consciente, que no hubiera podido ser realizado válidamente sin ser heredero"<sup>56</sup>

La gestión de heredero puede ser entendida en un sentido restringido y en uno amplio, así en sentido restringido, el voluntario cultivaba el fundo y alimentaba a los alimentos y a los siervos hereditarios, vendía bienes, manumitía esclavos, etc., en sentido amplio, basta la mera declaración, no formal, en orden a querer ser heredero.

La *cretio* consiste en una declaración formal de aceptación de la herencia. Ella se originó en la sucesión testamentaria, sin embargo, Gayo la extendió a la sucesión intestada. Para su perfeccionamiento, no se requiere la intervención de testigos, pero su intervención, era de todos modos indispensable, pues carecía de valor una declaración hecha en la intimidad del hogar. La *cretio* fue abolida en la época post-clásica.

El derecho civil no establecía un plazo dentro del cual el heredero pudiese pronunciarse acerca de si aceptaba o no la herencia, a pesar de ellos, los acreedores podían exigirle al heredero a que declarase formalmente si deseaba o no aceptar. El heredero, a su vez, podía solicitar al pretor un plazo para deliberar, y si no se pronunciaba dentro de ese plazo, se consideraba excluido de la herencia<sup>57</sup>.

La intención de no ser heredero, es decir, la repudiación de la herencia, no exigía formalidad alguna.

---

<sup>56</sup> Guzmán Brito, Alejandro, op.cit. Pág. 6.

<sup>57</sup> Schulz, Fritz, op.cit. Pág. 6.

## **7.2. ADQUISICION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA TESTAMENTARIA.**

### **7.2.1. LOS SUI HEREDES.**

En el caso que el testador instituyera en su testamento a un *sui herede*, éste adquiriría la herencia automáticamente, tal como si se tratase de un heredero intestado. Por tanto, se trataba de un heredero necesario.

El *suus* que había adquirido la herencia, podía también hacer uso del *ius abstinendi*.

### **7.2.2. LOS ESCLAVOS.**

El testador podía, en su testamento instituir y manumitir simultáneamente a un esclavo, transformándolo en heredero. Cuando se producía la apertura del testamento, el esclavo adquiere su libertad y la herencia.

El liberto adquiriría la herencia del mismo modo que un *sui herede*, es decir, adquiere de manera automática la herencia, y al mismo tiempo, no puede rehusarla. Gayo denominó a estos herederos *heredes necessarii*.

A diferencia de los *sui*, a los esclavos manumitidos e instituidos que adquirirían la herencia, no se les concedía el *beneficium abstinendi*.

### **7.2.3. LOS DEMAS HEREDEROS.**

Los demás instituidos herederos en el testamento, que no sean *sui* ni libertos, adquirirían la herencia mediante un acto de aceptación, una vez que ella les haya sido ofrecida.

La aceptación de la herencia podía verificarse de dos maneras: *pro herede gestio* y la *cretio*. La primera implica cualquier acto de heredero, con el conocimiento de ser tal, por ejemplo, uso o

enajenación de bienes de la herencia, pago de deudas, e incluso la mera declaración de querer ser heredero.

La *cretio* se refiere a la declaración formal de la intención de adquirir la herencia. Su origen responde a la necesidad de presionar al heredero instituido, para que dentro de un determinado plazo, adopte la decisión de aceptar o repudiar la herencia deferida.

El testador podía, en su testamento, exigir del instituido una declaración formal y categórica, mediante la siguiente fórmula: "Que Ticio sea heredero y que acepte en los cien días próximos en que supo y pudo".

El plazo de deliberación, dentro del cual el instituido, debía adoptar la decisión de aceptar o repudiar, podía ser establecido por el testador de manera continua o vulgar. La primera manera consistía en que el plazo se contaba sin interrupción desde la muerte del testador, en la segunda se cuentan los días tan solo a partir de aquel en que el heredero tuvo noticia de la institución y pudo aceptar en la forma debida<sup>58</sup>.

Si el testador no estableció plazo alguno, los acreedores podían conminar al heredero a realizar la declaración ante el pretor, tal como en el procedimiento expuesto respecto de la sucesión intestada.

### **7.3. ADQUISICION DE LA BONORUM POSSESSIO.**

La adquisición de la *bonorum possessio*, no se verificaba de pleno derecho, ni mediante un acto de aceptación, sino que, quien deseaba adquirirla, debía solicitarla, ya sea, al pretor en la Italia romana, o al gobernador en las provincias.

En la época clásica del derecho romano, los magistrados concedían la *bonorum possessio decretalis*, es decir, antes de concederla mediante

---

<sup>58</sup> Iglesias Santos, Juan, op.cit. Pág. 44.

un decreto, verificaban previamente el cumplimiento de ciertas condiciones de hecho a la que se encontraba subordinada.

En la época post-clásica, la *bonorum possessio* se concedía de plano, limitándose el pretor a examinar la apariencia de cumplirse los requisitos externos de la sucesión. Esta *bonorum possessio* fue conocida como *edictalis*.

Si quien tiene derecho a solicitar la *bonorum possessio*, no desea adquirirla, la única manera de repudiarla, es absteniéndose de requerir su otorgamiento.

## **CONCLUSIONES.**

Al analizar el sistema romano de sucesión, en su desarrollo histórico, podemos concluir lo siguiente:

1. Respecto a la evolución de la sucesión intestada en el derecho romano, extraemos los siguientes principios rectores:

- a) No existe diferencia de sexo para concurrir a la sucesión. Así, se trate de los *sui heredes*, *adgnatus proximus* o *la gens*, hombres y mujeres se encuentran en pie de igualdad.
- b) Evolución de la organización sucesoria entorno a la familia consanguínea. Ya vimos, que en un principio, la sucesión intestada en las Doce Tablas, se organizaba dando preferencia a la familia cognaticia. Esta situación se evidencia, a través de la exclusión de la herencia de los hijos emancipados. El derecho civil, mediante las Constituciones imperiales, les reconoció el derecho a concurrir a la sucesión, conjuntamente con los hijos

que se encontraban bajo la potestad del causante al momento de su muerte. A su vez, el senadoconsulto Tertuliano incluyó a la madre no agnada del difunto dentro del segundo orden sucesorio, cuando antes de su dictación, se encontraba en el tercer orden, privilegiando, una vez más, el vínculo de sangre. Otra manifestación de esta preferencia de el parentesco cognaticio, la encontramos en el senadoconsulto Orficiano, que privilegia, en la sucesión de la madre casada *sine manu*, a los hijos cognados, por sobre los agnados.

Sin embargo, es el derecho pretorio, quien a través de la concesión de la *bonorum possessio*, termina con la vieja concepción de la familia agnaticia, tratando se superar y corregir el derecho civil.

Finalmente, Justiniano a través de sus Novelas, el que fusiona el derecho civil y el pretorio, estableciendo clases sucesorias organizadas totalmente en base al parentesco consanguíneo.

- c) Posición privilegiada que ocupan los *sui heredes* en la sucesión intestada. La existencia de los *sui heredes*, es una manifestación más de la *potestas* del *pater familias*. Decimos que ocupan un lugar privilegiado, pues son los primeros llamados a la sucesión del *de cuius*, esto porque, como se expuso en este trabajo, aun mientras vivía el padre, se consideraban ya, propietarios de la herencia. Otra manifestación de este privilegio, la constituye el hecho de que los *sui heredes*, adquieren la herencia de pleno derecho, sin necesidad de aceptar, ni posibilidad de repudiar.

2. Respecto a la sucesión testamentaria, se concluye lo siguiente:

- a) Preferencia de la sucesión testamentaria por sobre la intestada. En tal sentido, las reglas de la sucesión intestada,

se aplican en defecto de la existencia de un testamento válido y eficaz.

b) Incompatibilidad de la sucesión testamentaria y la intestada.

Esta idea pugna con nuestro actual sistema sucesorio chileno, pero en Roma era de toda lógica, si aplicamos el principio anterior, e decir, que la sucesión testamentaria primaba por sobre la intestada, así, si el testador quería beneficiar en su testamento a sus parientes con una parte de su patrimonio, debía consignarlo así expresamente en él, ya que no accedería a él por las reglas de la sucesión intestada, que no eran procedentes si existía un testamento válido y eficaz.

c) Evolución en cuanto a las formas de los testamentos. Desde

aquellos que se otorgaban ante los comicios calados, en el derecho antiguo, hasta la reducción de las formas de Justiniano, tendientes a facilitar el otorgamiento de un testamento y sustituir la sucesión intestada.

d) Amplia libertad para testar. El testador no se encontraba

obligado a disponer de su herencia a favor de determinadas personas. El único límite que se le impuso, fue el de instituir y de desheredar a los *sui* de manera nominativa.

e) Superioridad de los *sui*. En la sucesión testamentaria,

también los *sui heredes* eran considerados herederos necesarios, y adquirirían la herencia *ipso iure*. Además, debían ser instituidos y desheredados nominativamente.

En consecuencia, en base a la investigación desarrollada, es posible concluir que el sistema romano de sucesión, sienta las bases del sistema chileno, el cual conserva los mismos principios básicos, pero que ha ido evolucionando, conforme lo ha hecho nuestra sociedad, dando

protección, y no solo reconocimiento, a los vínculos de sangre del causante.

### **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.**

#### DOCTRINA.

1. ALVARO D'ORS, Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1968.
3. FRANCISCO SAMPER, Derecho Romano, Universidad Internacional SEK, Santiago, 1993.
4. ALAMIRO DE AVILA MARTEL, Derecho Romano, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, segunda edición, 1992.
5. ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Derecho Privado Romano, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
6. MAXIMIANO ERRAZURIZ EGUIGUREN, Apuntes de Derecho Romano, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1982.
7. JUAN IGLESIAS, Instituciones De Derecho Privado Romano, Editorial Ariel, sexta edición, Barcelona, 1972.
8. VINCENZO ARANGIO-RUIZ, Instituciones De Derecho Romano, Editorial De Palma, décima edición, Buenos Aires, 1986.
9. E.F.CAMUS, Curso De Derecho Romano, editorial Universidad de La Habana, La Habana, 1941.
10. MAX KASER, Derecho Romano Privado, Editorial Reus, segunda edición, Madrid, 1982.

11. ALDO TOPASIO FERRETTI, Derecho Romano, Editora Latinoclásica, Valparaíso, 1992.
12. SANTIAGO LAZO, Curso de Derecho Romano En Su Desarrollo Histórico, Imprenta Cervantes, Santiago, 1912, segunda edición.
13. RODOLFO SOHM, Historia e Instituciones Del Derecho Privado Romano, Editorial España La Moderna, Madrid, 1951, séptima edición.
14. JOAN MIQUEL, Derecho Privado Romano, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, Madrid, 1992.
15. FRITZ SCHULZ, Derecho Romano Clásico. Editorial Bosch, Barcelona, año 1960.
16. JOSÉ CARAMÉS FERRO, Curso de derecho privado romano: De las obligaciones y sus fuentes – Derecho sucesorio. Editorial Emilio Perrot, Cuarta Edición, Buenos Aires, 1943.

#### FUENTES.

1. La ley de las XII Tablas, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 1994.
2. Gayo, Institutas, Ediciones Librería Jurídica, La Plata, 1994.
3. Reglas de Ulpiano, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1996.
4. Ildefonso L. García del Corral, Cuerpo Del Derecho Civil, Editorial Jaime Molinas, Barcelona, 1889-1898