

CONCEPTUS NONDUM NATUS
EN EL DERECHO ROMANO:
REGIMEN SUCESORIO

Eva María Polo Arévalo

CONCEPTUS NONDUM NATUS EN EL DERECHO ROMANO SUCESORIO

© Eva María Polo Arévalo

2002

e-mail de la autora: eva.polo@umh.es

Reservados todos los derechos.

Todos los derechos de esta obra y esta edición pertenecen a la autora.

© producción: LiberLIBRO.com

www.liberlibro.com

ISBN y Dep. Legal en contraportada

A mi madre.
A mi hermano.
A Luis.

Quiero agradecer a mi maestro, Prof. Dr. Camacho de los Rios, el incalculable tiempo que, de manera desinteresada, ha invertido para que esta investigación saliera adelante; su infinita paciencia, su magisterio permanente y su constante orientación metodológica han servido para transmitirme la devoción que siempre ha sentido por el derecho romano. A él debo este trabajo, que le dedico porque es tan suyo como mío, con el sincero reconocimiento de su excelente magisterio.

Igualmente, debo agradecer al Tribunal que juzgó mi tesis doctoral, compuesto por los Profs. Dres. Torrent Ruiz, Camacho Evangelista, Ortega y Carrillo de Albornoz, Rodríguez Ennes y Resina Sola, la inestimable ayuda que me han proporcionado las excelentes orientaciones, sugerencias e indicaciones recibidas en su día y que se han visto incorporadas a la presente obra.

Por último, me resta agradecer a todas las personas que han estado a mi lado a lo largo de estos años, especialmente a mi familia y a mis compañeros de la Universidad Miguel Hernández, quienes con su constante apoyo han hecho posible que este trabajo se vea concluido. En especial, debo mi agradecimiento al Prof. Gómez Rivero, Catedrático de Historia del Derecho Español y Director del Departamento al que pertenezco, por la inestimable e incondicional ayuda que siempre me ha ofrecido.

Para todos ellos vaya mi más sincero afecto y gratitud.

PROLOGO

El estudio sobre el régimen sucesorio del *conceptus nondum natus* que se recoge en esta monografía constituye el objeto principal de la investigación que fue presentada por la autora para optar al grado de doctor. La tesis fue defendida en la Universidad Miguel Hernández ante un tribunal presidido por el Prof. Dr. Camacho Evangelista, Catedrático de la Universidad de Granada, y compuesto por el Prof. Dr. Torrent Ruiz, Catedrático de la Universidad de Madrid, Prof. Dr. Ortega y Carrillo de Albornoz, Catedrático de la Universidad de Málaga, Prof. Dr. Rodríguez Ennes, Catedrático de la Universidad de Vigo, y Prof. Dr. Resina Sola, Catedrático de la Universidad de Almería, obteniendo por unanimidad la calificación de sobresaliente "*cum laude*".

La monografía aborda, desde una perspectiva histórico-evolutiva, la problemática jurídica planteada por la presencia del *conceptus nondum natus* en la sucesión *mortis causa*, testamentaria o *ab intestato*, permitiendo la comparación crítica del *ius civile*, *ius honorarium* y derecho justiniano. Indudablemente, una de las materias donde el concebido despierta mayor interés es el derecho sucesorio, si bien cabe advertir que su regulación siempre ha sido un tema de especial relevancia en el ámbito jurídico: el tiempo en el que puede ser considerado persona, los derechos o expectativas que le pueden corresponder, las garantías y cautelas que se deben adoptar para que esos derechos no queden en mera ilusión, la salvaguarda de los intereses de terceras personas, constituyen tan sólo una pequeña muestra de los innumerables aspectos sobre los que puede incidir esta materia y cuyo estudio ha preocupado, y preocupa, a juristas y legisladores. La obra analiza el desarrollo histórico de las decisiones especiales que se van ofreciendo a los problemas planteados en la praxis que, po-

gresivamente, irán adquiriendo el carácter de fórmula abstracta, convirtiéndose finalmente en normas y principios de aplicación general.

Resulta sumamente interesante la comparación de las distintas respuestas que los juristas ofrecieron, y que revela la confrontación entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, porque en el primero, el derecho sucesorio se encontraba anquilosado en el cumplimiento de rigurosos principios y exigencias, mientras que el segundo tenderá a la flexibilización de esas mismas reglas suavizando su aplicación hasta llegar a quedar vigentes únicamente de manera formal. Una vez más se advierte el ejemplar uso de la lógica jurídica romana en la resolución de casos y manejo del derecho, así como la magnífica superación de los problemas que iban surgiendo en todos los aspectos que planteaba el concebido. Este conglomerado de respuestas y soluciones inspiradas primordialmente en el *favor nasciturus*, constituirá el pilar que conformará la doctrina aplicable al *conceptus*, y cuya pervivencia se pone de manifiesto en el artículo 29 de nuestro Código Civil al disponer que al concebido "*se le tiene por nacido para todos los derechos que le sean favorables*".

La monografía presenta, en primer lugar, el análisis de las fuentes que constata la regulación de la *vocatio ab intestato* en la ley de las XII Tablas del concebido, *vocatio* que se efectuaba respecto de aquél que *in utero fuit* al tiempo del fallecimiento del *de cuius* dentro de la categoría de los *heredes sui*. La autora llega a la acertada conclusión de que la *vocatio ab intestato* --que únicamente se produce en relación con el *postumus suus*-- viene motivada por la inalterabilidad de la condición de *heres suus* desde la concepción hasta el nacimiento. La clave para la solución de los problemas consiste en el traslado del tiempo en el que se requería la consolidación de la cualidad de *sui* al momento de la apertura de la sucesión intestada, dejando de lado el del fallecimiento del causante, que era el originariamente relevante a estos efectos.

En cuanto a la sucesión testamentaria en el *ius civile*, en la obra se desarrolla la problemática planteada por la existencia de un concebido en el momento de la redacción del testamento, ya que el nacimiento de ese póstumo originaba su ruptura. También en este caso, la solución viene dada por un progresivo desplazamiento del tiempo en el que se exige al póstumo la cualidad de *sui*, produciéndose un desarrollo evolutivo que tiende a la flexibilización en la aplicación de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*. Tras el exhaustivo análisis de las fuentes, la autora concluye de forma certera que, en un primer momento, el póstumo tendría que consolidar la posición de *sui* en el momento de la redacción del testamento, y sólo a través del desarrollo legal y jurisprudencial, que tiene su punto de partida en la conocida fórmula Aquiliana, que seguirá adelante con la *lex Iunia Vellea* y concluirá con la interpretación de la fórmula y la *lex posterior*, se permitirá que la consolidación de la cualidad de *suus* se produzca en el momento del fallecimiento del causante, hasta concluir que el tiempo relevante en última instancia sea el de la *delatio*, como ocurría en la sucesión intestada.

En el segundo capítulo se desarrolla el sistema de sucesión diseñado paralelamente por el pretor, en el que reconocía al concebido una posesión interina de los bienes hereditarios hasta que su nacimiento se verificara, siendo esta *missio in possessionem ventris nomine* configurada en las fuentes como una figura autónoma, con una especificidad propia. A continuación se examinan en la monografía las medidas cautelares que podía adoptar el pretor para tutelar los intereses de terceras personas por el riesgo evidente de lesión que podía producir la concesión de la medida, destacando entre ellas, el nombramiento de un *curator bonorum*, la inspección del vientre y la custodia del parto.

Por último, la evolución del régimen sucesorio del póstumo en el derecho justiniano da comienzo con el sistema de sucesión *ab intestato* de la *Novella* 118, y, tras un examen de las fuentes, se llega a la conclusión de que ni siquiera en derecho justiniano se elimina la exigencia vigente en derecho clásico de la coexistencia entre heredero y causante, lo que implica que continúe siendo necesario que éste último estuviera al menos concebido al tiempo del fallecimiento. Se aprecia, sin embargo, en las fuentes la existencia de un caso excepcional en el que un *nondum conceptus* podía ser objeto de *vocatio ab intestato*, pero no por eliminación de la exigencia anteriormente citada, sino por la admisión en esta época de la transmisión del *ius delationis*. Respecto a la sucesión testada, la nueva regla para la fijación del *status* común para todos los concebidos convierte al *postumus suus* en *personae incertae*, y, aunque ello no afectaba a su régimen sucesorio, porque en esta época la institución de personas inciertas se encuentra permitida, si provocaba la desaparición del tratamiento diferenciado que hasta entonces el *postumus suus* tenía con el *alienus*.

No cabe duda del interés que despierta esta monografía, máxime si se tiene en cuenta la relevancia que hoy en día ha adquirido este tema a consecuencia de los adelantos tecnológicos que han superado con creces los límites de la regulación jurídica prevista en los ordenamientos actuales. Este desafío ante las constantes transformaciones que se producen en nuestra vida es el mismo al que se enfrentaron en su día los juristas romanos, que tuvieron que solventar los problemas que surgían a medida que la sociedad iba evolucionando. Una vez más, la autora ofrece el derecho romano como un derecho vivo, que ve plasmados sus principios en nuestra legislación civil actual, conservando el precioso valor que tuvo hace más de mil quinientos años.

Fermin Camacho de los Rios.
Catedrático de Universidad.

INDICE SISTEMATICO

AGRADECIMIENTOS	3
PROLOGO	4
INDICE DE ABREVIATURAS	7
INTRODUCCION	14

PRIMERA PARTE

SITUACION JURIDICA DEL *CONCEPTUS NONDUM NATUS* EN LA SUCESION MORTIS CAUSA: TUTELA DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL *POSTUMUS* EN EL *IUS CIVILE* Y EN EL *IUS HONORARIUM*

CAPITULO I.- REGULACION CIVIL DE LA SUCESION <i>AB INTESTATO</i> EN PRESENCIA DE UN <i>CONCEPTUS NONDUM NATUS</i>	18
Introducción: precisiones terminológicas	19
La sucesión intestada en la ley de las XII Tablas	22
Reconocimiento del <i>postumus suus</i> como <i>heres suus</i> del <i>paterfamilias</i>	27
<i>Vocatio ab intestato</i> del <i>postumus suus</i> : ¿ <i>ex lege duodecim tabularum</i> o interpretación jurisprudencial?	28
Justificación del reconocimiento del <i>postumus suus</i> como <i>heres suus</i> : GAYO III, 4	37
Requisitos exigidos para que tenga lugar la <i>vocatio ab intestato</i> del <i>postumus suus</i>	39
<i>Iustae nuptiae</i> entre los progenitores: distinción entre <i>postumus suus</i> y <i>postumus alienus</i>	39
Nacimiento en tiempo y forma	43
Concepción al tiempo del fallecimiento del causante	44
Exigencia temporal para la consolidación de la cualidad de <i>heres suus</i> : desplazamiento del fallecimiento del causante a la apertura de la sucesión	48
Sucesión paterna	51
Sucesión de otros ascendientes	51
Régimen jurídico de nietos y ulteriores descendientes ya nacidos	52
Régimen jurídico de nietos y ulteriores descendientes póstumos	57

CAPITULO II.- SUCESION TESTAMENTARIA CIVIL EN PRESENCIA DE UN <i>CONCEPTUS NONDUM NATUS</i>	63
Introducción	66
Problemática previa al reconocimiento de la <i>vocatio ab intestato</i> del <i>postumus suus: sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi</i>	67
Ruptura del testamento por nacimiento de un <i>suus</i> : ineficacia de la institución o desheredación del <i>conceptus</i> en el testamento	70
Ruptura del testamento por <i>quasi agnatione</i> : la categoría de los <i>quasi postumi</i>	74
Adquisición de la cualidad de <i>sui</i> por causas distintas al Nacimiento y con posterioridad a otorgar el testamento	75
Personas extrañas a la familia con anterioridad a su ingreso como <i>sui</i>	75
Personas que pertenecían a la familia con anterioridad a la adquisición de la cualidad de <i>sui</i>	78
Recuperación de la cualidad de <i>sui</i> con posterioridad a la redacción del testamento	79
Formación de una familia agnaticia en tiempo posterior al otorgamiento del testamento	82
Reconocimiento del <i>postumus suus</i> como <i>heres suus</i> desde la concepción: Admisión de la <i>institutio heredis, exheredatio</i> y otras disposiciones testamentarias en su favor	84
<i>Institutio heredis</i> del <i>postumus suus</i> : el <i>conceptus nondum natus</i> como persona cierta	85
Requisitos que debe reunir el <i>postumus suus</i> para poder ser instituido heredero en testamento	91
Concepción al tiempo de otorgar testamento: posiciones doctrinales	92
Teoría de la no exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento	93
Teoría de la exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento	94
Teoría intermedia: exigencia de la concepción al redactar el testamento en algunos supuestos	95
Nuestra posición	95
Fijación de la posición de <i>suus</i> : tiempo en que se exige	98
<i>Institutio hereditaria ex partibus y ex conditione</i> del <i>postumus</i> <i>suus</i>	99
<i>Institutio postumi ex partibus</i>	99
<i>Institutio postumi ex conditione</i>	102
Otras disposiciones testamentarias a favor del <i>postumus suus</i> : sustituciones, nombramiento de tutor y legados	103
Sustitución de un hijo póstumo	104
Nombramiento de tutor y disposición de legados a favor del póstumo	110
Progresivo desplazamiento del tiempo en que se exige la consolidación de la posición de <i>sui</i>	112
Fórmula Aquiliana	113

Enunciación de la fórmula Aquiliana	114
Innovación de la fórmula Aquiliana	119
Naturaleza de la fórmula Aquiliana	120
Condiciones para la eficacia de la fórmula Aquiliana	123
Fórmula Aquiliana para los bisnietos	125
<i>Lex Iunia Vellaea</i>	127
Novedades introducidas por la <i>lex Iunia Vellaea</i> respecto de los <i>quasi postumi</i> : traslado temporal de la exigencia de la cualidad de <i>sui</i> en los descendientes	128
Aplicación de la <i>lex Iunia Vellaea</i> a la <i>institutio heredis</i> de los <i>postumi sui</i>	134
Transformación del concepto de <i>postumus</i> : <i>qui post mortem parentis</i> y <i>qui post testamentum factum in vita nascantur</i>	135
<i>Institutio</i> o <i>exheredatio</i> directa de los <i>postumi</i>	137
Desplazamiento temporal de la exigencia de la cualidad de <i>sui</i> al póstumo al momento del nacimiento <i>Iunia Vellaea</i> en otras disposiciones testamentarias	143
Desarrollo interpretativo de la fórmula Aquiliana y de la <i>lex Iunia Vellaea</i>	145
Interpretación de la <i>lex Iunia Vellea</i> por JULIANO: desplazamiento del momento en que se exigía a los póstumos la cualidad de <i>sui</i> al tiempo del fallecimiento del causante	146
Interpretación extensiva de la <i>lex Iunia Vellaea</i> y de la fórmula Aquiliana a los casos de salida de la patria potestad por causas distintas al fallecimiento	148
<i>Successio in locum</i> por <i>emancipatio</i> e <i>interdictio aquae et igni</i>	150
<i>Successio in locum</i> por <i>captivitas</i>	153
Relevancia de la <i>delatio</i> respecto a la aplicación de la regla <i>sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi</i>	161
 CAPITULO III.- GARANTIA DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL <i>POSTUMUS SUUS</i> EN LA REGULACION DEL <i>IUS CIVILE</i>	
Introducción	170
Garantía de los derechos hereditarios del <i>postumus suus</i> en el <i>ius civile</i>	171
Cuando el <i>postumus</i> es el único <i>heres suus</i> o instituido heredero en testamento	172
Cuando el <i>postumus</i> concurre a la herencia con otros <i>heredes sui</i>	173
 CAPITULO IV.- EVOLUCIÓN DEL SISTEMA SUCESORIO EN PRESENCIA DE UN <i>CONCEPTUS NONDUM NATUS</i> : REGULACIÓN DEL <i>IUS HONORARIUM</i>	
Introducción	181
Sistema pretorio de sucesión <i>mortis causa</i> en presencia de un <i>conceptus</i> : <i>bonorum possessio</i> o <i>missio in possessionem</i>	182
Régimen jurídico de la <i>missio in possessionem ventris nomine</i>	184
Sujeto al que se concede la <i>missio in possessionem</i>	199
Fundamento y finalidad	199
Condiciones que deben concurrir para que se acuerde la <i>missio in possessionem</i>	201
Supuestos habituales en los que se puede acordar la <i>missio in</i>	204

<i>possessionem ventris nomine</i>	209
Sucesión intestada o <i>sine tabulis</i>	211
Sucesión testada	216
Que el póstumo hubiera sido instituido heredero en el testamento	216
Que el póstumo hubiera sido desheredado	220
Que el póstumo hubiera sido preterido	222
Supuestos especiales en los que se acordaba la <i>missio in</i> <i>possessionem ventris nomine</i>	223
Medidas cautelares que podían adoptarse para prevenir fraudes y garantizar los derechos y expectativas de terceras personas interesadas en la herencia	235
Nombramiento de <i>curator ventris</i> y de <i>curator bonorum</i>	236
Inspección del vientre y custodia del parto	241

SEGUNDA PARTE

SITUACION JURIDICA DEL *CONCEPTUS NONDUM NATUS* EN EL DERECHO JUSTINIANO

CAPITULO V.- SITUACION JURIDICA DEL <i>CONCEPTUS NONDUM NATUS</i> EN EL DERECHO JUSTINIANO	252
Derechos hereditarios del <i>postumus</i> en la sucesión <i>ab intestato</i>	253
Sucesión paterna	259
Sucesión de otros ascendientes abierta en el momento del fallecimiento	259
Sucesión de otros ascendientes abierta en un momento posterior al fallecimiento	259
Derechos hereditarios del <i>postumus</i> en la sucesión testamentaria	262
CONCLUSIONES	271
BIBLIOGRAFIA	279
INDICE DE FUENTES	294

INDICE DE ABREVIATURAS

AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
<i>Aegyptus</i>	<i>Aegyptus, Rivista italiana di Egitologia e di papirologia.</i>
<i>Annali Catania</i>	<i>Annali del Seminario giuridico della Università di Catania.</i>
<i>Annali Genova</i>	<i>Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Genova.</i>
<i>Annali Macerata</i>	<i>Annali della Reale Università di Macerata.</i>
<i>Annali Palermo</i>	<i>Annali del Seminario giuridico della Reale Università di Palermo.</i>
<i>Annali Perugia</i>	<i>Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia.</i>
ANRW	<i>Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung.</i>
<i>Arch. Giur.</i>	<i>Archivio Giuridico Filippo Serafini.</i>
<i>Athenaeum</i>	<i>Studi periodici di lettere e storia dell'antichità.</i>
BIDR	<i>Buletino dell'Istituto di Diritto Romano.</i>
<i>Coll.</i>	<i>Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio.</i>
<i>D.</i>	<i>Digesto.</i>
<i>Festschrift Schulz</i>	<i>Festschrift Fritz Schulz, 2 volumenes, Weimar, 1951.</i>
<i>Frag. Vat.</i>	<i>Fragmenta Vaticana.</i>

<i>INDEX</i>	<i>Index. Quaderni carmeti di studio romanistici.</i>
<i>IURA</i>	<i>Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico.</i>
<i>JRS</i>	<i>Journal of Roman Studies.</i>
<i>LABEO</i>	<i>Labeo. Rassegna di diritto romano.</i>
<i>LQR</i>	<i>The law Quarterly Review.</i>
<i>Mèlanges Levy-Bruhl</i>	<i>Droit de l'Antiquité et Sociologie Juridique. Mèlanges Henri Levy-Bruhl, Paris, 1959.</i>
<i>NNDI</i>	<i>Novissimo Digesto Italiano.</i>
<i>PW</i>	<i>Pauly-Wissowa. Real-Enciclopedia der Klassische Altertumswissenschaft.</i>
<i>RH</i>	<i>Revue Historique.</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue Historique du Droit.</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue Intenationale des Droits de l'Antiquité.</i>
<i>RIL</i>	<i>Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Science e Lettere.</i>
<i>RISG</i>	<i>Rivista itatliana per la scienze giuridiche.</i>
<i>SDHI</i>	<i>Studia et Documenta historiae et iuris.</i>
<i>Scritti Guarino</i>	<i>Scritti giuridici in onore di A. Guarino, 2 volúmenes, Napoli, 1984.</i>
<i>Studi Albertario</i>	<i>Studi in memoria di Emilio Albertario. 2 volúmenes, Milano, 1953.</i>
<i>Studi Arangio-Ruiz</i>	<i>Studi in onore di Arangio-Ruiz, 4 volúmenes, Napoli, 1953.</i>
<i>Studi Betti</i>	<i>Studi in onore di Emilio Betti, 6 volúmenes, Milano, 1962.</i>
<i>Studi Bonfante</i>	<i>Studi in onore di Pietro Bonfante, 4 volúmenes, Milano, 1929-1930.</i>
<i>Studi Cagliari</i>	<i>Studi economico-giuridici della Università di Cagliari.</i>
<i>Studi De Francisci</i>	<i>Studi in onore di Pietro De Francisci, 4 volúmenes, Milano, 1956.</i>
<i>Studi Grosso</i>	<i>Studi in onore di Giuseppe Grosso, 6 volúmenes, Torino, 1968-1974.</i>

Studi Riccobono

Studi Solazzi

Studi Volterra

Synteleia Arangio-Ruiz

Taubenschlag

TEMIS

TJ

ZSS

Studi in onore di Salvatore Riccobono, 4 volúmenes, *Palermo*, 1936.

Studi in onore di Siro Solazzi, *Napoli*, 1948.

Studi in onore di Edoardo Volterra, 6 volúmenes, *Milano*, 1971.

Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz (*Biblioteca de Labeo*, 2), 2 volúmenes, *Napoli*, 1964.

Taubenschlag, Opera Minora, 2 volúmenes, *Varsovia*, 1959.

Revista de ciencia y técnica jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.

INTRODUCCION

El régimen sucesorio del *conceptus nondum natus* y, en general, la tutela jurídica de sus derechos no ha sido un tema estudiado en profundidad por doctrina romanística; de hecho, la mayoría de investigaciones precedentes lo constituyen artículos dispersos, en los que se aborda el análisis fragmentado de aspectos muy particulares dedicados sobre todo al problema de la posible personalidad jurídica del *conceptus*, los derechos que puede ostentar, los modos de garantizar esos derechos, etc. Tan sólo dos monografías se centran en el estudio de la sucesión del póstumo, si bien una de ellas —la de ROBBE— se ciñe exclusivamente al análisis de la sucesión testamentaria, dejando de lado el resto de sucesiones, cuyo estudio resulta tan interesante como la anterior.

La carencia de una literatura, sin embargo, no se corresponde con la rica y abundante casuística presente en las fuentes, donde se encuentran textos con una óptima calidad que traslucen un importante esfuerzo jurídico; por ello, el tema del *conceptus nondum natus* requería una revisión para abordar el régimen sucesorio del concebido desde una perspectiva histórico-evolutiva. La intención de esta investigación, pues, es realizar un análisis de las peculiaridades que presenta una sucesión *mortis causa* en la que existía un *conceptus nondum natus* que, a su nacimiento, adquiriría la condición de heredero del causante. Para ello, la monografía se encuentra dividida en dos partes diferenciadas: la primera, dedicada al análisis de la posición que ostentaba el *postumus* en una sucesión *mortis causa* durante el tiempo en que estaba concebido, tanto en el *ius civile* como en el *ius honorarium*, y la segunda parte, la evolución de esta regulación en derecho justinianeo.

Uno de los problemas más interesantes del tema central de la investigación, es la ruptura del testamento ocasionada por el nacimiento de un descendiente póstumo; ruptura que venía provocada por la aplicación de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* que, como sólo regía respecto de los descendientes que estuvieran bajo la patria potestad directa del testador cuando éste otorgaba el testamento, cualquier cambio de circunstancias que aconteciera en la familia y que implicara la entrada de un nuevo *suus*, ocasionaba irremediablemente la ruptura del testamento por preterición de ese nuevo *suus*. Una de estas situaciones, la más importante, era el nacimiento de un descendiente póstumo del testador, porque, mientras se encontraba concebido, su mención en testamento era ineficaz para dar cumplimiento a la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*, pero cuando nacía, paradójicamente por aplicación de esa misma regla, se ocasionaba la ruptura del testamento porque el nacido si ostentaba la cualidad de *sui*. El punto de inflexión en la regulación de esta materia lo constituye el reconocimiento del *postumus* como *heres suus* del causante desde que estaba concebido en el ámbito de la sucesión intestada; anticipada la posición de *sui* al momento de la concepción, les tenía que ser necesariamente de aplicación la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, siendo eficaz su mención en el testamento.

En el desarrollo de la presente monografía se comprobará como la problemática que las fuentes desarrollan respecto de la *institutio postumi* gira siempre en torno al tiempo en que el *postumus* debía consolidar su posición de *suus* respecto del testador para que su institución fuera eficaz para evitar la ruptura del testamento. En este sentido, se produce una interesante evolución legal y jurisprudencial que tiene como punto de partida la fórmula Aquiliana, continuándose con la *lex Iunia Vellea* y concluyendo con las sucesivas interpretaciones que se ofrecen de ambas. A través de este desarrollo interpretativo, que sin duda tiene como finalidad evitar la ruptura del testamento, paralelamente se consigue que la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* se flexibilice hasta conseguir que, pese a que formalmente se encontrara vigente, en la práctica se hubiera vaciado de contenido, no teniendo aplicación en realidad.

La evolución del sistema pretorio que se desarrolla de forma paralela al del civil, también es objeto de estudio; en ésta regulación, el *conceptus* será tenido en cuenta a través del reconocimiento por parte del pretor de una *missio in possessionem* de todos bienes de la herencia. Resulta interesante en este sistema el análisis de la posible adopción de medidas cautelares —nombramiento de un *curator bonorum*, inspección del vientre y custodia del parto— por parte del pretor a favor de terceras personas interesadas en la herencia —sucesores,

legatarios, acreedores, etc...— que podían ver lesionados sus derechos por la concesión de la *missio in possessionem ventris nomine*.

El régimen sucesorio del póstumo en el derecho justiniano, por último, sufre importantes transformaciones: en la sucesión *ab intestato*, la admisión de la transmisión del *ius delationis*, que permite de forma excepcional que un *nondum conceptus* pudiera ser objeto de *vocatio ab intestato*; en la sucesión testada, por un lado, la integración del *postumus suus* en la categoría de las *personae incertae*, ocasiona que las diferencias que existían con el *postumus alienus* desaparezcan; por otro lado, la admisión de institución de personas inciertas, el abandono de la familia agnaticia y la falta de vigencia del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, ocasiona la caída del resto de requisitos que se exigían en derecho clásico para que el *postumus* pudiera ser instituido heredero. No obstante, lo que continúa sin estar permitido es la institución hereditaria de un *nondum conceptus*, que no era sólo un ser fisiológicamente inexistente, sino que no se sabía si podía llegar a existir o no en algún momento.

PRIMERA PARTE

SITUACION JURIDICA DEL *CONCEPTUS NONDUM NATUS* EN LA SUCESION *MORTIS CAUSA*: TUTELA DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL *POSTUMUS* EN EL *IUS CIVILE* Y EN EL *IUS HONORARIUM*

CAPITULO I

REGULACION CIVIL DE LA SUCESION *AB IN- TESTATO* EN PRESENCIA DE UN *CONCEPTUS NONDUM NATUS*

- I. Introducción: precisiones terminológicas.-
- II. La sucesión intestada en la ley de las XII Tablas.-
- III. Reconocimiento del *postumus suus* como *heres suus* del *paterfamilias*.-
 - 1. *Vocatio ab intestato* del *postumus suus*: ¿*ex lege duodecim tabularum* o interpretación jurisprudencial?.
 - 2. Justificación del reconocimiento del *postumus suus* como *heres suus*: GAYO III, 4.-
- IV. Requisitos exigidos para que tenga lugar la *vocatio ab intestato* del *postumus suus*:
 - 1. *Iustae nuptiae* entre los progenitores: distinción entre *postumus suus* y *postumus alienus*.-
 - 2. Nacimiento en tiempo y forma.-
 - 3. Concepción al tiempo del fallecimiento del causante.-
- V. Exigencia temporal para la consolidación de la cualidad de *heres suus*: desplazamiento del fallecimiento del causante a la apertura de la sucesión.
 - 1. Sucesión paterna.
 - 2. Sucesión de otros ascendientes.
 - A. Régimen jurídico de nietos y ulteriores descendientes ya nacidos.
 - B. Régimen jurídico de nietos y ulteriores descendientes póstumos.

I. INTRODUCCION: PRECISIONES TERMINOLOGICAS.-

En derecho sucesorio —materia en la que el concebido adquiere mayor relevancia— se emplea una denominación específica para referirse al concebido y, por ello, la aproximación al concepto de *postumus* resulta de obligado paso previo antes de adentrarnos en la regulación de su posición jurídica en el marco de la sucesión *mortis causa*.

Etimológicamente¹ la palabra póstumo al parecer deriva de *post* y *humationem*, teniendo el significado del hijo que *post humatum, id est sepultum, patrem natus*². De ahí que existan textos que dan noticias de que *postumus* se utilizaba como *praenomen* o *cognomen* de los hijos³ y que a aquél aquél *qui post patris mortem* se le pusiera el nombre de *Postumus*⁴. Igualmente, por lo

¹ Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, Paris, 1959, p. 527.

² De ahí que se prefiriera escribir la palabra “*posthumus*” *abiecta h in compositione*: ALBINIANO, *Ortogr.*, VII, 307, 29.- *Postumus abiecta h in compositione: est enim post humatum, id est sepultum, patrem natus*. Vid. también ISIDORO DE SEVILLA, *E libri originum s. etymologiarum*, IX, 55, 22.- *Posthumus vocatur eo quod post humationem patris nascitur, id est post obitum. Iste et defuncti nomen accepit. Sic enim lex voluit, ut qui de defuncto nascitur, defuncti nomine appelletur*.

³ AULO GELIO, *Noct. Att.*, II, 16, 2.- *Videbantur haec nequaquam convenire: “tua postuma proles” et “quem tibi longaevo serum Lavinia coniunx educet silvis”*. 3.- *Nam si hic Silvius, ita ut in omnium ferme annalium monumentis scriptum est post <patris> mortem natus est ob eamque causam praenomen ei Postumo fuit, qua ratione subiectum est: “quem tibi longaevo serum Lavinia coniunx educet silvis”?* 4.- *Haec enim verba significare videri possunt Aenea vivo ac iam sene natum ei Silvium et educatum*. 5.- *Itaque hanc sententiam esse verborum istorum Cesellius opinatus in “Commentario lectionum antiquarum”: “postuma”, inquit, “proles” non eum significat, qui patre mortuo, sed qui postremo loco natus est sicuti Silvius, qui Aenea iam senem tardo seroque partu est editus*”; SERVIO, *In Vergilium, In Aeneidem*, VI, 763.- “*Silvius Albanum nomen*”: *quia omnes Silvii dicti sunt*. “*Tua postuma proles*”: *postumus est post humationem parentis creatus. Per hoc autem Aeneam cito ostendit esse perituum, et statim infert consolationem dicens “quem tibi longaevo”, id est deo: aevum enim proprie aeternitas est, quae non nisi in deos venit: Ennius Romulus in caelo cum dis genitalibus aevum degit. Male autem vindicavit usus, per quem dixit longaevosque senes*; CLAUDIO, *Don Aen.*, VI, 765: *nascetur postumus adeoque serum, ut ex te iam longaevo conceptus oriatu: noluit illum pronuntiare morituum, sed dicendo habebis filium postumum hoc ipsum significavit: postumos enim scimus dici qui nati fuerint post patris discessum*.

⁴ VARRON, *E libri de lingua latina*, I, 9, 38, 61.- *In praenominibus ideo non fit item, quod haec instituta ad usum singularia, quibus discernentur nomina gentilicia, ut ab numero Secunda, Tertia, Quarta in mulieribus, in viris ut Quintus, Sextus, Decimus, sic ab aliis rebus. Cum essent duo Terentii aut plures, discernendi causa, ut aliquid singulare haberent, notabant, forsitan ab eo qui mane natus diceretur, ut is Manius esset: qui loci, Lucius: qui post patris mortem, Postumus. E quibus aequae cum item accidisset feminis, proportionem ita appellata declinarant praenomina mulierum antiqua, Mania, Lucia, Postuma: videmus enim*

que se refiere al lenguaje literario, *postumus* designaba a aquél hijo que había nacido con posterioridad a la muerte del padre⁵.

El concepto jurídico de póstumo coincide con el significado etimológico y con el literario⁶: la definición se recoge en D. 28, 3, 3, 1 donde PAPINIANO afirma que *postumus* es aquél *qui post mortem parentis nascuntur*⁷:

D. 28, 3, 3, 1.- (PAPINIANUS libro III ad Sabinum).- *Postumus autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur...*

A la vista de D. 28, 3, 3, 1, se puede afirmar que, con el término *postumus*, los juristas no querían referirse al ser humano en estado de concepción

Maniam matrem Larum dici, Luciam Volumniam Saliorum Carminibus appellari, Postumam a multis post patris mortem etiam nunc appellari. Existía la costumbre de utilizar el vocablo *postumus* como *praenomen* o *cognomen* de un hijo, para indicar el último descendiente nacido del *pater*: FESTO, *De verborum significatu*, 448.- “*Scraptae*” dicebantur nugatoriae ac despiciendae mulieres, ut ai unus verrius, ab his quae screa idem appellabant, id est quae quis excreare solet, quatenus id faciendo se prugaret, titinius in Prilia: “*Rectius, mecastor! Piculatae Postumae Lectum hodie stratum vidi scrattae mulieris*” y QUINTILIANO, *De Institutione Oratoria*, I, 4, 25.- *Scrutabitur ille praeceptor hacer atque subtilis origines nominum, quae ex habitu corporis “Rufus Longosque” fecerunt; ubi erit aliud secretius, “Sullae”, “Burri”, “Galbae”, “Plauti”, “Pansae”, “Scauri” taliaque, et ex casu nascentium: hic “Agrippa” et “Opiter” et “Cordus” et “Postumus” erunt...*

⁵ FESTO, *De verborum significatu*, 274.- *...postumus cognominatur post patris mortem natus.* Igualmente, algunos autores antiguos utilizaron la locución *postumus* con el significado de “*postremus*”, esto es, con el fin de designar al último descendiente del *pater* que nació durante el último año antes de su fallecimiento. Vid. a este respecto, entre otros, PLAUTO, *Aulularia*, II, 1, 40, pp. 149 y ss.- *Post mediam aetatem qui media ducir uxorem domum, si eam senex anum praegnatem fortuito fecerit, quid dubitas quin sit paratum nomen puero, Postumus?;* SERVIO, *In Vergilium. In Aeneidem*, VI, 760-766.- *Ille, vides, pura iuvenis qui nititur hasta, proxima sorte tenet lucis loca. Primus ad auras aetherias Italo commixtus sanguine surget Silvius, Albanum nomen, tua postuma proles, quem tibi longaevo serum Lavinia coniunx educet silvis regem regumque parentem: unde genus Longa nostrum dominatur Alba.* Vid. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934, p. 152, donde se realiza una exposición de los dos significados de *postumus*, esto es, como último hijo tenido en un matrimonio o como hijo nacido *post mortem patris*.

⁶ Vid. MAYNZ, *Curso de Derecho Romano*, (trad. española por Pou y Ordinas), Barcelona, 1892, p. 250; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima-parte seconda*, Napoli, 1900, p. 155, nota 1; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, op. cit., p. 152; VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, p. 415; BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni, parte generale*, Milano, 1974, pp. 383 y ss.; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Roma, 1937, p. 22, n. 1.

⁷ No obstante, PAPINIANO deja sin especificar varios aspectos de la definición, como por ejemplo, el tiempo en el que debía estar concebido el póstumo o si con el término *parentis* se refiere sólo al padre, dejando a un lado aquellos descendientes nacidos con posterioridad a la muerte del abuelo o bisabuelo.

sino al que ya había nacido; más concretamente, como se ha expuesto, al nacido con posterioridad a la muerte del *pater*. No cabe, por tanto, la equiparación entre *postumus* y *conceptus*: a éste último las fuentes se referían con expresiones como “*qui in utero sunt*” o, simplemente, “*venter*” o “*uterus*”⁸, entre otras. No obstante, sin obviar esta diferenciación conceptual, a nuestro juicio, ambas nociones se encuentran íntimamente relacionadas, ya que si el *postumus* es *qui post mortem patris nascuntur* inevitablemente tendría que haber sido concebido con anterioridad a su muerte; por ello, el tiempo de la concepción es el relevante: en él fijará su *status familiae* como *iustus filius* del *pater* que, posteriormente, le convertirá en *heres suus* del mismo. Es el lapso de la concepción lo que interesa del *postumus* porque es durante ese estado cuando se plantean los problemas jurídicos; el nacimiento es un mero trámite que se deberá verificar para la adquisición de todos los derechos, pero es en la concepción cuando deberá fijar todas las condiciones que le llevarán a ser admitido en la herencia.

Así, las fuentes indican que cuando se utiliza “*filiarum*” se debe entender incluida a la póstuma⁹, cosa que no puede invertirse puesto que con el término “*postumae*” no cabe designar a la que *in rebus humanis sit*:

D. 26, 2, 5.- (*ULPIANUS libro XV ad Sabinum*).- *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumae videtur dedisse, quia filiae appellatione etiam postuma continetur.*

D. 50, 16, 164.- (*ULPIANUS libro XV ad Sabinum*).- *Nomen “filiarum” et in postumam cadere quaestio- nis non est, quamvis postumae non cadere in eam, quae iam in rebus humanis sit, certum sit.*

Si la póstuma no comprende a la hija ya nacida ello corrobora lo ya expuesto respecto a que cuando se hablaba de póstumo se estaban refiriendo en cierto modo al hijo concebido en vida del testador que nacía a su muerte.

⁸ Textos en los que se emplean las palabras “*venter*” o “*uterus*”, entre otros, D. 25, 4, 1, pr.; D. 25, 4, 1, 1a 15; D. 25, 5, 1 a 6; D. 25, 5, 2; D. 25, 6, 1 a 11; D. 26, 5, 20, pr.; D. 27, 10, 8; D. 30, 62; D. 30, 121; D. 37, 9, 1, 1 y 2; D. 37, 9, 1, 10; D. 37, 9, 20; D. 40, 4, 13; D. 42, 5, 24, pr.; D. 50, 4, 1, 4.

⁹ Vid. también D. 30, 17 y D. 38, 1, 5, en los que se afirma que si se han establecido disposiciones testamentarias a favor de los hijos, *etiam ad postumos pervenit stipulatio*: D. 30, 17.- (*ULPIANUS libro XV ad Sabinum*).- *Qui filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti postumae fecit, videtur in filiarum legat et de postuma sensisse*; D. 38, 1, 5.- (*ULPIANUS, libro XV ad Sabinum*).- *Si quis operas sit stipulatus sibi liberisque suis, etiam ad postumos pervenit stipulatio.*

Concluyendo, por lo que ahora interesa, baste la indicación de que, jurídicamente, el póstumo era entendido no como el concebido sino como el que ya había nacido, habiendo sido dado a luz *post parentis mortem*. Sin embargo, a nuestro juicio, el concepto de *postumus* abarcaría implícitamente el de *conceptus*, empleado originariamente en materia sucesoria para designar al descendiente que fue concebido en vida de su ascendiente pero que nació con posterioridad a su fallecimiento¹⁰; por lo tanto, se puede afirmar que lo que interesaba del *postumus* era el tiempo de su concepción, ya que una vez que había nacido desaparecía la incertidumbre existente hasta ese momento: éste adquiriría los derechos hereditarios que le pertenecían por testamento o por ley.

II. LA SUCESION INTESTADA EN LA LEY DE LAS XII TABLAS.-

La regulación jurídica de la sucesión intestada en época arcaica, como es sabido, se encuentra recogida en varios fragmentos de la Ley de las XII Tablas¹¹; en ellos se prevé el destino que se debe dar al *ius familiae habentae* en caso de un *paterfamilias* que *intestato moritur* y *cui suus heres nec escit*:

¹⁰ En el mismo sentido, ALEMAN MONTERREAL, "Ante un debate actual. El concepturus en la sucesión testada", en Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano, Jaén, 1999, p. 133, que sostiene que "la calificación de póstumo es vinculada al hecho de estar concebido".

¹¹ De las dos versiones que se conservan de la Tabla V, en Coll. XVI, 4, 1-2 y ULPiano XXVI, 1 ("Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habento. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento") y en Reht. ad Her. I, 13, 23 y CICERON, De inventione, II, 50, 148 ("Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto"), la primera es la que cuenta con más aceptación doctrinal al tratarse de un texto jurídico y utilizar el término "familia", más antiguo que "familiae pecuniaque". En este sentido, VOCI, Diritto ereditario romano, I, op. cit., pp. 8 y ss.; IDEM, "Linee storiche del diritto ereditario romano, I. Dalle origini ai Severi", en Studi di diritto romano, II, Padova, 1985, pp. 4 y ss.; ALBANESE, "La successione ereditaria in diritto romano antico", en Annali Palermo, XX, 1949, pp. 273 y ss.; KASER, Das römische Privatrecht, I, München, 1971, p. 101; WATSON, Rome of the XII Tables. Persons and Property, Princeton-London, 1975, pp. 60 y 66; COPPOLA, Studi sulla pro herede gestio, I. La struttura originaria del "gerere pro herede", Milano, 1987, pp. 109 y ss.; RASCON-GARCIA, Ley de las XII Tablas, Madrid, 1996, p. 11. En contra, sosteniendo que la versión más fidedigna es la de CICERON, entre otros, GUARINO, La "lex XII Tabularum" e la "tutela", en Le Origini Quiritarie, Napoli, 1973, pp. 243 y ss.; LEPRI, Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I, Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone, Firenze, 1942, pp. 48 y ss.; VARELA, "La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica", en Estudios jurídicos en homenaje a Álvarez Suárez, Madrid, 1978, pp. 552 y ss.; MANZO, "L'organizzazione gentilizia nelle Dodici Tavole", en Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana, III, Capannello, 1984, pp. 100 y ss.

XII Tab. V, 4.- *Si intestato moritur, cui suus heres
nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.* 5.- *Si
adgnatus nes esceit, gentiles familiam [habento]*¹².

La ordenación de la sucesión *ab intestato* contenida en la legislación decemviral ha sido objeto de una extensa polémica doctrinal que aún hoy permanece viva. Se han discutido casi todos los aspectos contenidos en la Tabla V: si los agnados eran herederos o sólo adquirirían esa cualidad los *heredes sui*¹³; si la sucesión testamentaria precedió o no la intestada¹⁴; si prevaleció una u otra sucesión¹⁵, si la ley establecía un determinado orden sucesorio, si el objeto de la *hereditas* era patrimonial o contenía elementos extrapatrimoniales¹⁶, etc.

¹² Se sigue la reconstrucción del texto de las XII Tablas que proponen RASCON-GARCIA, *Ley de las XII Tablas*, op. cit., p. 11.

¹³ La diferente forma con que las XII Tablas se refieren al *sui* y al *adgnatus* ha llevado a algunos autores a mantener que el único que poseía la cualidad de *heres* era el *sui* y que el agnado sólo tendría derecho a apropiarse del patrimonio hereditario, no ostentando nunca la cualidad de heredero. Vid. FRANCIOSI, “L’ “*heres extraneus*” e le dodici tavole”, en *LABEO*, X, 1964, pp. 354 y ss.; *IDEM*, *Clan gentilizio e strutture mongamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, II, Napoli, 1980, pp. 113 y ss. y HARNARD, “*Observations sur l’agnatio*”, en *RIDA*, XXVII, 1980, pp. 169 y ss. Para una visión general de la sucesión intestada, vid. TURIEL, “*La sucesión intestada en Derecho Romano*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 63 y ss.

¹⁴ A favor de la prioridad temporal de la sucesión intestada frente a la testada, TORRENT, “*Miscelanea, I, Consortium ercto non cito*”, en *AHDE*, XXXIV, 1964, pp. 479 y ss; DAUBE, “*The preponderance of intestacy at Rome*”, en *Tulane Law Review*, 1965; VARELA, “*La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*”, op. cit., pp. 535 y ss. Sostienen que la sucesión testada era la que originariamente existía en la época arcaica, entre otros, BONFANTE, “*Teorie vecchie e nuove sull’origine dell’eredità*”, en *Scritti giuridici, I, Famiglia e successione*, Torino, 1926, pp. 469 y ss. y *Corso di diritto romano. VI. Le successioni, parte generale*, op. cit., pp. 5 y ss.; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, pp. 6 y 7; BETTI, “*Ancora in difesa della congettura dal Bonfante sulla famiglia romana arcaica*”, en *SDHI*, XVIII, 1952, pp. 241 y ss.; COLI, “*Il testamento nella Legge delle XII Tavole*”, en *IURA*, VII, 1956, pp. 34 y ss.; KASER, *Das römische Privatrecht, I*, op. cit., p. 92; IGLESIAS, *La herencia en Derecho Romano y en Derecho moderno*, Madrid, 1986, pp. 253 y ss.

¹⁵ A este respecto vid. LEPRI, “*Ancora qualche parola a proporsito di sui e adgnati*”, en *Studi Solazzi*, 1948, pp. 229 y ss.; LEVY-BRUHL, “*Heres*”, en *RIDA*, III, 1949, pp. 150 y ss. (= en *Melanges de Visscher*, II, 1949, pp. 137 y ss.); BIONDI, *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milano, 1954, p. 40; LEVY-BRUHL, “*Observations sur le régime successoral des XII Tables*”, en *Reviu Historique de Droit Français et Etranger*, XLVIII, 1964, pp. 142 y ss. (= en *Nouvelles Études sur le très ancien Droit romain*, Paris, 1947, pp. 40 y ss.); DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, pp. 4 y ss.; GUARINO, “*Sui*” e “*agnati*” nelle XII Tabulae”, en *Annali Catania*, III, 1949, pp. 132 y ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, p. 164.

¹⁶ El debate parte de la teoría expuesta por BONFANTE en su manual (*Corso di diritto romano, VI, Le successione*, op. cit., pp. 5 y ss.) y en varios artículos contenidos en sus *Scritti giuridici* (Vid. “*L’origine dell’hereditas e dei legata*”, pp. 101 y ss.; “*Le critiche al concetto dell’originaria eredità sovrana*”, pp. 188 y ss.; “*L’affinità giuridiche greco-romana*.”

Dejando a un lado estas polémicas doctrinales, lo que sí parece desprenderse del texto es que el primer grado de sucesores *ab intestato* lo constituían los *heredes sui*¹⁷ que subentraban *ipso iure*, sin necesidad de adición, en la herencia del difunto¹⁸. Respecto a esta categoría no se efectúa *vocatio ab in-*

Testamento romano e Testamento greco", pp. 337 y ss.; "Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità", *op. cit.*, pp. 469 y ss., todos en *Scritti giuridici varii, I, Famiglia e successione*, Torino, 1926. BONFANTE entiende la *hereditas* primitiva como la sucesión del *heres* en la soberanía del grupo familiar, teniendo relevancia los elementos extrapatrimoniales frente a los patrimoniales. En contra de la teoría de BONFANTE, entre otros, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano, II*, Roma, 1928, pp. 422 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, pp. 509 y ss. Y BORTOLUCCI, "La *hereditas* come universitas e successione nella personalità giuridica del defunto. Sviluppo storico e critica dei concetti", en *Melanges de Visscher*, II, 1949, pp. 150 y ss. Para una exposición de la extensa polémica doctrinal que existe en torno al objeto de la *hereditas*, vid. TORRENT, "Venditio hereditatis". La venta de la herencia en Derecho Romano, Salamanca, 1966, pp. 21 y ss. y RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querella inofficisosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998.

¹⁷ Sobre las distintas acepciones de la expresión *suus heres*, vid. KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, Leipzig, 1901, p. 2.880; LA PIRA, "La sostituzione pupillare", en *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, pp. 273 y ss.; WOLFF, *Die Pupillarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des "Heres"-Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, en *Studi Riccobono*, III, Palermo, 1936, pp. 467 y ss.; KIRK, "Suus heres", en *ZSS*, LVIII, 1938, pp. 161 y ss.; LEIFER, *Altrömische Studien*. VI. "Suus heres" und älteres Libraltestament, en *Fs. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 233 y ss.; LEVY-BRUHL, "Observations sur le régime successoral des XII Tables", en *RHD*, XLVIII, 1964, pp. 142 y ss.; *IDEM*, "Heres", *op. cit.*, pp. 137 a 175; LEPRI, "Ancora qualche parola a proposito di "sui" e di "adgnati", *op. cit.*, pp. 299 y ss.; GUARINO, "Sui e "adgnati"...", *op. cit.*, pp. 132 y ss.; VON LÜBTOW, "Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts", en *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 416 y ss.; SENN, "La notion d' "heres suus", en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XXXVI, 1958, pp. 59 y ss.; MAGDELAIN, "Les mots "legare" et "heres" dans la loi des XII Tables", en *Homm. Schilling*, Paris, 1983, pp. 159 y ss.

¹⁸ D. 28, 2, 11.- (PAULUS libro II ad Sabinum).- *In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.* También GAYO II, 157.- *Sed qui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uino quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessary uero ideo dicuntur, quia omni modo siue uelint siue nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.* El principio de la adquisición *ipso iure* de la herencia por parte de los *sui* es uno de los principales obstáculos de la tesis que mantiene BONFANTE sobre el origen de la *hereditas*. En efecto, el autor basa su teoría en el carácter personalista de la *hereditas*: su fundamento reside en el traspaso de la soberanía del *paterfamilias* al *heres*; por ello, el elemento relevante es la investidura del título de *heres* por parte del sucesor y la adquisición del patrimonio familiar

testato, por lo que se puede deducir que la sucesión del *heres suus* constituía la norma consuetudinaria vigente en la época de las XII Tablas¹⁹, tan arraigada en la sociedad que se daba por supuesto que los destinatarios de la *hereditas* eran los *heredes sui*; de ahí que el precepto decemviral sólo sintiera la necesidad de regular una situación: cuando alguien *intestato moritur y suus heres nec escit*²⁰. La categoría de los *heredes sui* se encuentra íntimamente relacionada con la estructura agnaticia de la familia primitiva. Conviene recordar que el *status familiae* no se adquiría únicamente de forma natural, esto es, con el nacimiento, sino que existían otros actos jurídicos, como la *conventio in manu*, la *adoptio* o la *adrogatio*, que posibilitaban la entrada en la familia a sujetos en principio extraños a ella. Este conglomerado heterogéneo de personas debía tener un punto de encuentro que posibilitara su unión y homogeneidad; esa base común

resulta una simple consecuencia de lo anterior. No cuadran bien, pues, las referencias de GAYO y PAULO al condominio existente en vida del *pater* que se consolidará a su muerte, ya que revelan una concepción patrimonialista de la *hereditas* basada en el traspaso automático del patrimonio familiar a los *sui*. A tal respecto, BONFANTE ha defendido su tesis señalando que el condominio al que se refieren PAULO y GAYO tiene sentido social y no jurídico, esto es, significa la expectativa que los descendientes tenían respecto al patrimonio paterno; patrimonio que disfrutaban ya en vida de éste por la unidad familiar en la que se encontraban integrados: “*il patrimonio spettante, secondo le norme dell'ius civile, nel modo più assoluto al paterfamilias, è però nell'organizzazione in el regime interno della famiglia destinato agli scopi di questa, e ciò un legittimo riflesso nell'ius civile, in quanto a lla morte del paterfamilias il nuovo o i nuovi rappresentanti, quando appartengono al gruppo stesso, succedono senza interruzione*” (BONFANTE, *Corso di Diritto Romano. VI. Le successioni*, op. cit., p. 230).

¹⁹ GAYO III, 1.- *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent*. Vid. HERBERT, “*Ueberlieferung, aufbau und stil von Gai Institutiones*”, en *IURA*, XXXII, 1981, pp. 254; GAUDEMET, “*Tentatives de systematisation du droit a Rome*”, en *INDEX*, XV, 1987, p. 87; MEINHART, “*Die datierung des Sc. Tertullianum, mit einem beitrage zur Gaiusforschung*”, en *ZSS*, XCVI, 1.966, pp. 127 y 131.

²⁰ Algunos autores han dudado acerca de que el inciso “*cui suus heres nec escit*” estuviera contenido originalmente en la ley de las XII Tablas. En este sentido GUARINO, “*Sui e “adgnati”...*”, op. cit., p. 134, entiende que el inciso “*cui suus heres nec escit*” querría decir “*cui nessun suus sia heres*”, siendo “*suus heres*” un sintagma postdecemviral adoptado en la práctica por el lenguaje jurídico. ALBANESE, “*La successione ereditaria in diritto romano antico*”, op. cit., p. 273 y ss. atribuye la mutación a la actividad interpretativa del colegio pontifical como consecuencia de la creación del grupo de los *sui heredes*. Vid. también en este sentido DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölftafelfragmente*, Leipzig, 1824, pp. 343 y ss.; LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano. I. Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone*, op. cit., pp. 48 y ss.; COLI, “*Il testamento nella Legge delle XII Tavole*”, op. cit., pp. 34 y ss.; FRANCIOSI, “*L' “heres extraneus” e le dodici tavole*”, op. cit., pp. 354 y ss.; GIRARD, *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, pp. 35 y ss.; KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, op. cit., p. 2.880; KIRK, “*Suus heres*”, op. cit., p. 161; MAGDELAIN, “*Les mots “legare” et “heres”...*”, op. cit., p. 673. Vid. también a este respecto, GARCIA SANCHEZ, “*La ley de las XII Tablas en un dictamen fiscal del siglo XVIII: a propósito de la libertad de disponer mortis causa*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 285 y ss.

no era otro que la sujeción a una única *potestas*, la del *paterfamilias*²¹, que permitía la cohesión entre los miembros del grupo familiar, el mantenimiento del orden en su seno y el respeto a las normas que regían la vida de la comunidad doméstica.

Teniendo en cuenta lo anterior, los *heredes sui* serán propiamente los herederos del *pater* porque ellos permitirán la continuidad y supervivencia del grupo familiar²², tan fundamental para esta época. Y estos no podían ser otros que los *filiifamilias* que en el momento del fallecimiento del causante se en-

²¹ D. 50, 16, 195, 2.- (ULPIANUS, libro XLVI ad Edictum).- ...*familiam dicimus plures personas, quodae sunt sub unius potestate*... Como pone de manifiesto GUARINO "La parentela naturale tra i membri della "familia" aveva un rilievo puramente sociale. Dal punto di vista del diritto rilevava essenzialmente la dipendenza dei componenti dal "pater-familias". (GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1981, p. 275).

²² El mantenimiento de la unidad familiar a la muerte del *paterfamilias* a través del denominado *consortium domesticum*, *consortium inter fratres* o *ercto non cito* citado por GAYO II, 157 y D. 28, 2, 11 ha sido objeto de discusión doctrinal. Los autores defensores de esta tesis se basan en los textos de GAYO y PAULO que hacen referencia a la comunidad existente en vida del *pater* y que se mantendría a la muerte de éste como una *continuatio dominii* sin necesidad de *successio* ni de ningún acto especial de constitución. De esta manera, la comunidad familiar se concebiría como universal y solidaria y continuaría de forma natural a la muerte del *pater* por los herederos sui que éste dejara a su fallecimiento, pudiendo disolverse con la *actio familiae erciscundae*. En este sentido, DAUBE, "Consortium" in *Roman and Hebrew Law*", en *The Juridical Review*, LII, 1950, pp. 71 y ss.; TORRENT, "Consortium ercto non cito", *op. cit.*, pp. 479 y ss.; TONDO, "Il consorzio domestico nella Roma antica", en *Atti e Memoriae*, XL, 1975, pp. 133 y ss. En contra, ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, *op. cit.*, pp. 94 y ss. Vid. además ARANGIO-RUIZ, "Gayo III, 154 a) y b)", en *Papiri greci e latini*, XI, Florencia, 1933, p. 1.182; MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933; FREZZA, "Il consortium ercto non cito", en *Rivista Filologica e Classica*, XII, 1934, pp. 27 y ss.; COLLINET, "Les nouveaux fragments de Gaius", en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XXV, 1934, pp. 102 y ss.; DE ZULUETA, "The new fragments of Gaius", en *JRS*, XXIV, 1934, pp. 168 y ss.; SOLAZZI, "Glosse a Gaio", en *SDHI*, VI, 1940, pp. 444 y ss. (= en *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, pp. 73 y ss. y en *Vol. per il centenario delle Pandette*, Padova, 1942, pp. 295 y ss.); LEVY, "Neue Bruchstücke ausden Institutionem des Gaius", en *ZSS*, LIV, 1934, pp. 287 y ss.; SOLAZZI, "Societas e communio", en *Atti della Reale Accademia di Napoli*, LVII, 1935, pp. 76 y ss.; MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935; LEVY-BRUHL, "Le "consortium" artificiel du Nouveau Gaius", en *Nouvelles études*, Paris, 1947, pp. 51 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, pp. 4 y ss.; KUNKEL, "Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische "Consortium", en *Annali della Facoltà di Droit di Istanbul*, IV-V, 1955, pp. 56 y ss.; BIANCHINI, *Studi sulla "societas"*, Milano, 1967, pp. 51 y ss.; D'ORS, "Societas" y "consortium", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Cataluña*, II, 1977, pp. 33 y ss.; TELLEGEN, "Was there a "consortium" in Pliny's Letter VIII 18?", en *RIDA*, XXVII, 1980, pp. 295 y ss. y GENNARO, "Ancora sul "consortium", en *LABEO*, XXXVII, 1991, pp. 269 y ss.

cuentraban sometidos a su *patria potestas*²³; así lo expresa GAYO en un fragmento de sus Instituciones en el que afirma que integran la categoría de *heredes sui* todos los *liberi qui in potestate morientis fuerunt*:

GAYO III, 2.- *Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt, ueluti filius filiae, nepos neptisue ex filio, pronepos proneptisue ex nepote filio nato prognatus prognatae. Nec interest, utrum naturales sin liberi an adoptiui.*

No obstante, la sujeción a la *patria potestas* del causante no es requisito suficiente para ser considerado *heres suus*; es necesario además que en el momento del fallecimiento del causante ese vínculo potestativo sea directo entre heredero y *de cuius*. Por ello, GAYO aclara que los *liberi* no sólo son los hijos del causante, naturales o adoptivos, sino también los nietos o bisnietos nacidos de hijos varones. Pero establece como condición *sine qua non* para que estos últimos sean considerados herederos de derecho propio que el padre haya salido de la *potestas* antes de que el abuelo hubiera fallecido, *siue morte id acciderit, siue alia ratione*²⁴. En definitiva, como afirma ULPIANO, los *heredes sui* son tanto los *liberi qui in potestate sunt* como *qui liberorum loco sunt*²⁵, siendo la sujeción directa a la *patria potestas* del causante al tiempo de su muerte la esencia y fundamento de los mismos.

²³ También la literatura de la época anterior a la decemviral corrobora el concepto de *suus* como hijo *in potestate*, sin distinguir entre natural o adoptado, manteniéndose la noción en la etapa de las XII Tablas. Significativa a este respecto resulta la definición de *familiae* ofrecida por ULPIANO en D. 50, 16, 195, 2.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- “*Familiae*” *appelatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut iure subiectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes et neptes, et deinceps*. Vid. también PLAUTO, *Bacch.*, I, 196 y ss.; LIVIO, XLI, 8, 9-10 y XLI, 8, 12.

²⁴ Los nietos adquieren los derechos hereditarios del abuelo por *successio in locum*, por lo que resulta lógico que la pérdida de los derechos sucesorios del padre, por emancipación o fallecimiento, tenga lugar con anterioridad a la muerte del abuelo. Si a la muerte del abuelo, el padre del nieto o bisnieto vive, *suus heres esse non potest*: GAYO III, 2.- *Ita demum tamen nepos neptisue et pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione. Nam si per id tempus quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus*. Vid. además GAYO II, 156; D. 38, 16, 1, 4 e I. 3, 1, 2.

²⁵ ULPIANO XXVI, 1.

III. RECONOCIMIENTO DEL *POSTUMUS SUUS* COMO *HERES SUUS* DEL *PATERFAMILIAS*.-

Teniendo en cuenta que la nota característica del primer grado de sucesores no sólo es la sujeción a la *patria potestas* del *paterfamilias* en el momento de su fallecimiento, sino que esta sujeción, además, debía ser directa entre ambos, podría parecer entonces que un descendiente póstumo no estaría llamado a heredar, porque entre él y el causante nunca habría llegado a existir el vínculo agnaticio necesario para adquirir la cualidad de heredero; sin embargo, como se comprobará a continuación, son numerosas las fuentes que constatan la *vocatio ab intestato* del *postumus suus* en época arcaica.

La inalterabilidad del *status* es el elemento clave en materia hereditaria; en efecto, no hay que olvidar que los concebidos *ex iustis nuptiis*, según la regla de fijación del *status*, *ex conceptionis tempore statum sumit*²⁶: concretamente, fijaría el *status* de *filiusfamilias*. Ello, por sí sólo, no garantizaría la futura creación del lazo de agnación, pero si unimos que la posición de *iustus filius* no se vería alterada hasta el nacimiento del hijo, podrá afirmarse que la ulterior existencia del vínculo potestativo entre éste y el padre hubiera existido sin duda de no haber fallecido éste. La muerte del padre constituiría un cambio de circunstancias, que, por ser ajenas al concebido, no le afectarían en su condición jurídica: si el padre vivía cuando el hijo venía al mundo, obtendría el *status* de *filiusfamilias*, situándose bajo su *patria potestas*; por el contrario, si el *pater* moría, esa circunstancia no le afectaba en el *status* familiar, que ya había consolidado, y, por tanto, nacería *heres suus* concurriendo a la herencia como cualquier otro descendiente.

1. *VOCATIO AB INTESTATO* DEL *POSTUMUS SUUS*: ¿*EX LEGE DUODECIM TABULARUM* O INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL?.-

El *commentarius tertius* de las Instituciones de GAYO se inicia haciendo referencia a los *heredes sui* como el primer grado de sucesores *ab intestato* según la ley de las XII Tablas; a continuación, tras citar a diversas personas que entrarían dentro de esta categoría de herederos —nietos, bisnietos y la *uxor in manu*— en el párrafo cuarto, el jurista integra al póstumo en el grupo de los *heredes sui*:

²⁶ GAYO I, 89.- ...*hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur... hi qui legitimi concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.*

GAYO III, 1.- *Intestatorum hereditates ex lege XII Tabularum primum ad suos heredes pertinent...* 4.- *Postumi quoque qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.*

La continuidad lógica del discurso gayano, en principio, permitiría deducir que el reconocimiento de los póstumos como *heredes sui* estuvo presente ya en la legislación decemviral²⁷. Esta idea parece estar avalada por algunos fragmentos de la compilación que, de una u otra forma, vinculan la *vocatio ab intestato* del póstumo con la Ley de las XII Tablas:

D. 38, 16, 3, 9.- (*ULPIANUS libro XIV ad Sabinum*).- *Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus...*

D. 38, 16, 6.- (*IULIANUS libro LIX. Digestorum*).- *...quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*²⁸;

²⁷ Según LAMBERTI, que en el párrafo primero del texto de GAYO haga referencia a que la sucesión intestada de los *heredes sui* se regulaba ya en la Ley de las XII Tablas y en el párrafo tercero el jurista reconozca al póstumo *heres suus* del causante, no significa que ese reconocimiento se hubiera efectuado en la Ley de las XII Tablas. Según la autora, la inclusión del *postumus* en la categoría de los *heredes sui* constituye una extensión de la disciplina originaria: la primera extensión consta en GAYO III, 2, referida a la sucesión del *nepotes ex filio* por la *successio in locum et ius* de este último; otra extensión, mencionada en GAYO III, 3 sería la de las *uxores in manu*, que se justifica por estar en una situación *loco filiae* respecto del marido o *neptis loco* respecto del *paterfamilias*; por último, la extensión a los nacidos *post patris mortem* de GAYO III, 4, para quiénes, según LAMBERTI, “la situazione doveva essere spinosa, perché portava alla loro esclusione dalla successione. Eppure erano stati riconosciuti come figli “legitimi” dalla Dodici tavole. Non solo. Se la presenza di sui iam nati del de cuius poteva forse rendere accettabile in molti casi l’esclusione, la situazione era ben diversa qualora il postumo fosse stato l’unico figlio superstite del defunto. L’eredità, negata a lui, discendente diretto del de cuius, veniva delata ad agnati di quest’ultimo o finiva addirittura in mano ad eventuali gentiles. L’eventualità dovè affacciarsi per tempo alla mente dei giuristi”. (LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, Napoli, 1996, p. 83).

²⁸ El texto se completa por la afirmación de CELSO que indica que los concebidos en vida del causante también son llamados a la herencia de éste puesto que *quodammodo in rerum natura esse existimatur*: D. 38, 16, 7.- (*CELSUS libro XXVIII Digestorum*).- *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*. ALBERTARIO, ALBERTARIO, “Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)”, en *Studi di diritto romano: persone e famiglia*, Milano, 1932, pp. 3 y ss. (versiones anteriores en *BIDR*, XXXIII, 1923, pp. 1 y ss. y en *Arch. Giur.*, IC, 1928, pp. 151 y ss.), en concreto, vid. la p. 16, donde el autor afirma que D. 38, 16, 6 se encuentra interpolado, poniendo en duda que JU-

D. 5, 4, 3.- (PAULUS libro XVII ad Plautium).- *Antiqui libero ventri ita prospererunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent, sicut apparet in iure hereditatum...*

Esta llamada del *postumus suus ex lege duodecim tabularum* se confirma en dos constituciones²⁹ que ponen de manifiesto, por un lado, la preferencia según el *ordo successionum lege duodecim tabularum* del *postumus suus* frente a la hermana del causante y, por otro, la admisión de un nieto póstumo a la herencia intestada del abuelo junto con los hijos de éste:

C. 6, 55, 4.- (Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. MARCELLAE).- *Intestato defuncto postumum suum heredem, quam sororem, licet consanguineam, haberi potiore, ordo successionum lege duodecim tabularum factus nimis evidenter demonstrat.*

C. 6, 55, 3.- (Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. FRONTONI).- *Ut intestato defuncto filius ac nepos ex alio, qui mortis eius tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris, pariter succedant, evidenter lege duodecim tabularum cavetur...*

No obstante, la vinculación que consta en los textos entre la legislación decemviral y la *vocatio ab intestato* de *qui in utero fuit* al tiempo del fallecimiento del *de cuius*, algunos autores³⁰ han puesto de manifiesto que el llama-

LIANO hiciera referencia a la *bonorum possessio* del nieto póstumo. Respecto a este texto, vid. también RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar, 1925, pp. 46 y ss.; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 67 y ss.; SOLAZZI, “Le tracce di un commento agli Scritti di Salvio Giuliano”, en *Studi Besta*, I, Milano, 1937, pp. 23 y ss.; THOMAS, *Le “ventre” corps maternal, droit paternal in le genre humain*, en *Revue de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales*, XIV, 1986, p. 215.

²⁹ Respecto a la interpretación de las menciones del derecho arcaico en la obra de JUSTINIANO, vid. RICCOBONO, “La verità sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano”, en *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, Milano, 1931, pp. 235 y ss. y SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz, 1966, pp. 47 y ss.

³⁰ PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimp. Aalen, 1963), p. 190; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, op. cit., p. 141; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 199; VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, op. cit., p. 402; LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 56 a 65. BONFANTE entiende que

miento del póstumo fue obra interpretativa de la jurisprudencia posterior³¹. Y ello porque, como señala FADDA³², la expresión *ex lege XII Tabularum* no hace referencia sólo a las disposiciones contenidas en la ley decemviral sino también a la interpretación que se hizo de la misma³³, por lo que no se le puede atribuir tal origen con absoluta certeza.

Para alcanzar una conclusión válida a este respecto, no se puede olvidar que las normas contenidas en las XII Tablas constituían prescripciones muy sencillas en su estructura y bastante concisas³⁴, por lo que probablemente no

el derecho sucesorio del *conceptus* o *nasciturus* está reconocido desde el derecho de las XII Tablas y no existe razón “*di contestare quanto risulta dai testi*”. (BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successione*, op. cit., p. 367).

³¹ Ultimamente, LAMBERTI ha sostenido que las XII Tablas no habrían hecho mención de los *postumi*: “*l'estensione a tale categoria di soggetti delle previsioni regolanti la successione ab intestato dei sui iam nati sarebbe, insomma, frutto di lavoro interpretativo post-decemvirale*”. En consecuencia, la mención de las XII Tablas en cuanto a la vocación intestada de los póstumos que realiza ULPIANO en D. 38, 16, 3, 9, según la autora, “*non è inequivoca*” ya que “*ULPIANO non dice che i decemviri riconobbero apertis verbis il diritto del postumo alla successione legittima: la formulazione usata, ex lege XII Tabularum, infatti può ben leggersi anche nel senso che il diritto del nondum natus alla successione legittima fu ricondotto in via di interpretatio alla legge decemvirale, finendo per trovare “in base ad essa” il suo titolo*”. (LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 64 y 65).

³² FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, op. cit., p. 141 siguiendo a PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht...*, I, op. cit., p. 198. En este sentido, VOGLI, *Diritto ereditario romano*, I, op. cit., p. 67, que entiende que la mención de la ley como fuente directa hace desaparecer la diferencia que existe entre ley e *interpretatio*, dando lugar a lo que hoy se conoce como concentración histórica. Vid. también BRETONNE, “*Il giurista e la legge*”, en *LABEO*, XV, 1969, pp. 307 y ss.; GARCIA GARRIDO-REINOSO, *Digestorum similitudines*, Madrid, 1994, pp. 1.604 y ss. y DOMINGO, *Estudios sobre el primer capítulo del edicto pretorio. II. El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993, pp. 31 y ss.

³³ D. 50, 16, 6, 1.- (ULPIANUS libro III ad Edictum).- *Verbum: “ex legibus”, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis*. ULPIANO XI, 3.- *...qui ex lege duo decim tabularum introducuntur, seu palam... seu per consequentiam quales sunt patroni...* Igualmente, en I. 1, 17, al hablar de la tutela *patronorum*, hace referencia a que la locución *ex lege duodecim tabularum* comprende tanto lo que está recogido en el texto de la ley como lo que se admitió por vía de interpretación: I. 1, 17.- (*De legitima patronorum tutela*).- *Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quae et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset...*

³⁴ KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, trad. Miquel, Barcelona, 1982, p. 32. ARANGIO RUIZ (*Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, pp. 78 y ss.) afirma que las XII Tablas están muy lejos de ser lo que modernamente se conoce como codificación; no son una reglamentación completa del sistema jurídico vigente, puesto que muchas instituciones esenciales del derecho arcaico ni siquiera se mencionaban o se mencionaban de forma incidental para regular alguna norma diferente a la originaria.

plantearan un orden sucesorio de llamamientos³⁵. La Tabla V, 4, como ya se ha tenido ocasión de manifestar, ni siquiera hace referencia a la sucesión de los *heredes sui* —que da por supuesta como norma consuetudinaria vigente en esa época—, sino que se limita a señalar qué personas recibirían la herencia en el excepcional caso de fallecimiento de un *paterfamilias* intestado *cui suus heres nec escit*. Teniendo en cuenta que no existía mención de los *heredes sui*, es bastante probable que tampoco se aludiera a las personas que integraban esta categoría y, mucho menos, se hiciera referencia al póstumo que ni siquiera había nacido en el momento de la muerte del *paterfamilias*³⁶. Pero ello no quiere decir que el póstumo no estuviera considerado como *heres suus* del *pater* en época decemviral. De la misma forma que la sucesión de los *heredes sui* se suponía en la Ley porque era una idea arraigada en la sociedad, a nuestro juicio, también el *postumus suus* sería entendido como *filius* desde que se conocía su existencia como concebido y como *heres* a su nacimiento. En efecto, el hijo concebido debía ser considerado como una expectativa de continuidad de la persona del *paterfamilias* y, lo que es más importante, de la familia misma; si a ello unimos que la regla general de su *status* hacía que fijara la condición de *iustus filius* desde su concepción, el reconocimiento del póstumo como *heres suus* del *pater* debió ser una consecuencia inevitable de la vigencia de tales principios.

A todo lo anterior se debe añadir la claridad de los textos de la compilación cuando vinculan la *vocatio ab intestato* del póstumo con la ley de las XII Tablas; ello permite afirmar que la idea de que éste era *heres suus* del *pater* se encontraba latente en la sociedad de esa época y que, aunque no se hiciera mención en la propia Ley, el desarrollo jurisprudencial debió ser inmediato³⁷. A mayor abundamiento, no se puede olvidar que la interpretación pontifical solía ser una interpretación literal que tendía más bien a adaptar las normas del *ius civile* que propiamente a innovar³⁸. De ello se puede desprender que la in-

³⁵ Sobre el posible orden sucesorio en las XII Tablas, vid. AMIRANTE, “Sulle 12 Tavole. Un’ipotesi di lavoro: le “sequenze” e l’ordine delle norme decemvirali”, en INDEX, XX, 1992, pp. 205 y ss.

³⁶ A este respecto, VOCI (*Diritto ereditario romano*, I, *op. cit.*, p. 402) entiende que resulta bastante improbable que las XII Tablas especificaran que personas estaban incluidas o excluidas del grupo de los *sui*, cuando no mencionaban el derecho sucesorio de éstos.

³⁷ CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, *op. cit.*, p. 140 y FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, *op. cit.*, p. 143, entienden que la sucesión del *postumus suus* debió reconocerse rápidamente para impedir la extinción de los cultos domésticos y para descartar a los agnados de la sucesión del *paterfamilias*. En el mismo sentido, LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 65.

³⁸ Siguiendo el espíritu eminentemente formalista que predominaba en la época arcaica, la actividad del colegio de pontífices no podía desarrollarse de otra forma más que siguiendo las reglas de la interpretación literal de la ley; aún así, los resultados fueron muy importantes en orden a ajustar y corregir el *ius civile* en la evolución de las necesidades sociales. Vid.

clusión del póstumo entre los *heredes sui* no debió ser una innovación jurisprudencial sino más bien una ratificación o confirmación expresa de algo que ya se encontraba en la conciencia social y en el espíritu de la legislación decemviral.

Confirmación de todo lo expuesto es un pasaje de AULO GELIO en el que se menciona el contenido de una norma presente en la legislación decemviral que permitía atribuir la cualidad de *iustus filius* a los hijos póstumos: *quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominen*. Esta norma pone de manifiesto que ya en época arcaica se planteaban problemas jurídicos en relación con el *status familiae* de los hijos *nondum nati* por la relevancia que tenía la adquisición de la cualidad de *iustus filius* en el marco de la familia y, por ende, en la sociedad romana³⁹:

AULO GELIO, *Noct. Att.*, III, 16, 12.- *Praetera ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia in undecimo mense post mariti mortem peperisse factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent...*

Del fragmento se desprende que los decemviroes reconocían la paternidad legítima de un hijo a quién el padre le había premuerto siempre y cuando naciera dentro de los diez meses siguientes a su fallecimiento; a este respecto, FADDA⁴⁰ mantiene la existencia de una disposición decemviral expresa en ese

KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, op. cit., p. 38 y CASADO CANDELAS, *Primae Lucus. Una introducción al estudio de la jurisprudencia romana*, Valladolid, 1994.

³⁹ Vid., entre otros, CASTELLO, *Studi di diritto familiare e gentilizio*, Milano, 1942; BETTI, “Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica”, en *SDHI*, XVIII, 1952, pp. 241 y ss.; VOLTERRA, “Ancora sul problema della famiglia romana”, en *RISG*, VI, 1952-53, pp. 402 y ss.; GALLO, “La famiglia romana arcaica”, en *Conf. Università Trieste*, Milano, 1960, pp. 37 y ss.; MATRINGE, “La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain (sous l’Empire et en Occident)”, en *Studi Volterra*, V, Milano, 1971, pp. 191 y ss.; DE ROBERTIS, “I limiti spaziali al potere del “paterfamilias”, en *LABEO*, XXIX, 1983, pp. 164 y ss.; SALLER, “Patria potestas and the stereotype of the Roman family”, en *Continuity and Change*, I, 1987, pp. 7 y ss.; IDEM, “I rapporti di parentela e l’organizzazione familiare”, en *Storia de Roma*, IV, pp. 515 y ss.; DIXON, *The Roman Family*, Baltimore-London, 1992, pp. 1 y ss.; FAYER, *La “familia” romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, Roma, 1994, pp. 165 y ss.

⁴⁰ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, op. cit., p. 142. Sostienen la misma posición que FADDA, entre otros, VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, op.

sentido pero matizando que con ella se hacía quería regular sólomente la filiación legítima de los hijos póstumos, siendo la jurisprudencia posterior quien la interpretó adaptándola a los derechos sucesorios del *postumus suus*⁴¹. Sin obviar que la atribución de la paternidad legítima tuviera importancia para posibilitar la integración del póstumo en la familia en la posición de *filius*⁴², resulta evidente que la consecuencia más relevante que tenía ser reconocido *iustus filius* del *pater* fallecido, era la obtención de los derechos hereditarios de éste⁴³.

cit., p. 402 y LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana, I, op. cit.*, pp. 75 y ss.

⁴¹ En el mismo sentido que FADDA, VOCI (*Diritto ereditario romano, I, op. cit.*, p. 402) sostiene que las XII Tablas no se referían al *postumus heres*, sino que sólo disponían quienes debían conformar tal grupo y quiénes estaban excluidos del mismo. Posteriormente, con base en la disposición decemviral que establecía la legitimidad del hijo que nacía dentro de los *decem menses* tras la muerte del padre, la jurisprudencia integró a los nacidos *post mortem patris* dentro de la categoría de los *sui*, reconociéndoles finalmente el derecho a la sucesión legítima del padre. Le sigue LAMBERTI (*Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana, I, op. cit.*, p. 82 y ss.) quién entiende que la extensión de la normativa decemviral procede de la progresivo ampliación del concepto de heredero *suus* y justifica la existencia de la norma de los *decem menses* en la Ley de las XII Tablas "*perché era di non poco momento la classificazione o meno di un nuovo nato all'interno della gens del defunto: tutt'altro che inverosimile che i nati spurii da questa estromessi per andare ad allargare le file de la plebs*"; por ello, según la autora, aunque ésta era una idea que se encontraba arraigada en la sociedad de la época, se tuvo que introducir la regla para la atribución de la paternidad legítima, siendo improbable que se realizara a los efectos de regular la sucesión del póstumo. Posteriormente, sin embargo, de conformidad con esta disposición decemviral sobre la legitimidad del hijo que nacía *intra decem menses* tras la muerte del padre, "*la iurisprudencia avrebbe poi ricondotto i nati post mortem patris nel novero dei sui, riconoscendo loro finalmente il diritto alla successione legittima al pater stesso*". (LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana, I, op. cit.*, p. 81 y 82).

⁴² Sobre la atribución de la paternidad legítima y sus consecuencias, vid., entre otros DECLAREUIL, "*Paternité et filiation légitimes. Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome*", en *Mélanges Girard, I, 1912*, pp. 315 y ss.; HALKIN, "*Le problème des "decem menses" de la IV Eglogue de Virgile*", en *Les Études Classiques, 16, 1948*, pp. 263 y ss.; HERESCU, "*Au dossier des "decem menses" (Virgile, Egl. IV, 61)*", en *Revue de Philologie, 72, 1946*, pp. 12 y ss.; LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. La c.d. presunzione di paternità*, Bologna, 1964; NARDI, "*Tempo di formazione del feto secondo gli antichi*", en *Atti Accademia di Bologna, Classe di scienze morali, 79, 1988-89*, pp. 49 y ss.; LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e gustiniane*, Milano, 1990.

⁴³ De ahí que también se estableciera un tiempo de luto de diez meses para la viuda, tal y como se manifiesta PLUTARCO en un texto (PLUTARCO, *Numa, XII, 2*) en el que relata las prácticas funerarias en Roma establecidas por NUMA. Existía un uso social de luto de origen religioso que incumbía a determinadas personas, siendo obligatorio para las mujeres que tenían la obligación de *lugere* al marido por un tiempo de diez meses: durante ese tiempo no podían contraer nuevas nupcias, puesto que el tiempo de luto era un impedimento para ello. La obligación de *lugere* se encuentra en dos textos: D. 3, 2, 1, *pr.*- (*IULIANUS libro I ad Edictum*).- *...qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit, non iussu eius, in cuius potestate est...* El

De hecho, en esta época existe una equivalencia entre los términos *familia* y *hereditas*⁴⁴ que se utilizan para designar tanto los elementos personales como los patrimoniales que conformaban la *familia*; así se pone de manifiesto constantemente en los textos que aluden a las XII Tablas y en las Instituciones de GAYO⁴⁵: la *hereditas* es designada con la palabra *familia* o *familia pecunia-que*⁴⁶. Por lo tanto, el nacimiento de un nuevo miembro familiar tras la muerte del *pater* no se podría desligar de la repercusión que ello traería en la esfera hereditaria: en primer lugar, porque a partir de entonces habría un nuevo *heres suus* que garantizaría la continuación del grupo familiar y, en segundo lugar, porque ese nacimiento afectaría a los derechos del resto de *heredes sui*.

En definitiva, dada la identidad conceptual que existía entre *familia* y *hereditas*, no parece lógico pensar que la norma decemviral estableciera la re-

origen religioso de esta costumbre no impide que la norma consuetudinaria fuera también encaminada a evitar la *turbatio sanguinis* y fuera acogida por la ley de las XII Tablas para determinar el tiempo máximo en el que podía ser considerado un hijo legítimo. A este respecto resulta significativo que el marido no tuviera obligación de *lugere* a la mujer, tal y como viene reflejado en D. 3, 2, 9, *pr.* y que el luto para los hijos no era impedimento para contraer nupcias (D. 3, 2, 11, *pr.*). Puesto que la obligación del luto obligaba sólo a la mujer y sólo el *tempus lugendi* del marido era impedimento matrimonial, se puede entender que sería una norma impuesta para evitar dudas acerca de la legitimidad de un posible concebido del difunto. Acerca del *tempus lugendi*, vid. también C. 2, 12, 15.- (*Imp. GORDIANUS A. SULPITIAE*).- *Decreto amplissimi ordinis luctu foeminarum deminuto, tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra tempus, quo elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur, quum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea, quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahat* y *Fragm. Vat.* 320.- *Secuntur haec verba: "Et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium conlocaverit eamve sciens uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberosve suos uti moris est non eluxerit, quaeve cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit.* Sobre el *tempus lugendi*, vid. VOLTERRA, "Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio", en *RISG*, LXX, 1933, pp. 171 y ss.; RASI, "Tempus lugendi", en *Scritti Ferrini*, I, Milano, 1947, pp. 395 y ss.; GARCIA SANCHEZ, "Algunas consideraciones sobre el "tempus lugendi", en *RIDA*, XXIII, 1976, pp. 141 y ss.

⁴⁴ D. 50, 16, 195, 1.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- "*Familiae*" appellatio qualiter accipiat, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas diducitur; in res, utputa in lege duodecim Tabularum his verbis: *ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO*; ad personas autem refertur familiae significatio ita, quum de patrono et liberto loquitur lex...

⁴⁵ ALBERTARIO, "Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio", en *Studi di diritto romano*, V, Storia, metodologia, esegesi, Milano, 1937, pp. 452 y ss.

⁴⁶ Familia es en el derecho romano antiguo el termino técnico para indicar "quel complesso di persone e di cose sottoposte all'ius, alla potestas del paterfamilias, quell'insieme di diritti anche extrapatrimoniali (sacra, iura sepulchrorum, operae libertorum) e obbligazioni che si encentrano in lui. La familia, così intesa, costituisce l'oggetto dell'hereditas, e i due termini con facilità si scambiano". (ALBERTARIO "Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio", *op. cit.*, pp. 452 y ss.).

gla de la legitimación del hijo póstumo para regular únicamente la adquisición del *status familiae* de éste despojándola de cualquier efecto en materia sucesorio. Ello no quiere decir que la norma de los *decem menses* se desarrollara posteriormente por la labor jurisprudencial, que a buen seguro se llevó a cabo; prueba de ello es que la regla citada por AULO GELIO para la atribución de la paternidad legítima se encuentra confirmada y plenamente adaptada al derecho sucesorio en D. 38, 16, 3, 11, disponiendo que un hijo nacido *post decem menses* no fuera admitido a la herencia legítima del padre, constatando este fragmento que la regla de los *decem menses* no sólo tuvo aplicación para la adquisición de la cualidad de *iustus filius*, sino también para la inclusión del póstumo como *heres suus* del *de cuius*:

D. 38, 16, 3, 11.- (ULPIANUS libro XIV ad Sabinum).- *Post decem menses mortis natus non admit-tetur ad legitimam hereditatem*⁴⁷.

⁴⁷ Cfr. PLINIO, *Nat. Hist.*, VII, 40.- *Masurius auctor este L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredicim mensibus tulisse diceret, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur.* (AULO GELIO, *Noct. Att.*, III, 16, 23). Sobre la base del texto pliniano en el que SABINO reconocía la *bonorum possessio ab intestato* también a los nacidos después de los trece meses a la muerte del *pater*, ASTOLFI (*I "libri tres iuris civilis" di Sabino*, Padova, 1983, p. 74) ha mostrado sus dudas acerca de la paternidad sabiniana de la afirmación contenida en D. 38, 16, 3, 11, que rechaza al póstumo nacido *post decem menses*. A esta opinión se ha opuesto LAMBERTI (*Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 61), que mantiene la genuinidad sabiniana de la afirmación contenida en el texto del Digesto, ya que, aunque el texto pliniano expresa una decisión de un modo extremadamente sintético y ambigüo, si puede desprenderse que SABINO se refería a la sucesión *iure honorario*, por la mención a la *bonorum possessio* y a la sucesión testamentaria por la referencia al *heres secundus*; así, *"le parole de Sabino potevano aver riferimento al fatto che nel testamento "nullum tempus statutum videretur", e in virtù di tale constatazione fondare l'attribuzione dei bona ereditari al postumo"*; puesto que el causante no había establecido límite alguno para que se verificara el nacimiento del póstumo, cualquiera que naciese tras su muerte sería admitido a la *bonorum possessio*; ello hace pensar a LAMBERTI que el edicto no contendría ningún límite temporal a los efectos de admitir al póstumo en la sucesión paterna. Sin embargo, en D. 3, 16, 3, 11 SABINO debía referirse a la regla decenviral sobre los *decem menses* y por ello a la sucesión *iure civile*, siendo lo más probable que afirmara que, mientras para la sucesión intestada estaba previsto un término máximo de diez meses para la admisión del nascituro, para la testamentaria *nullum tempus statutum ei videretur*, sobre todo en el caso de que el testador no hubiera establecido tiempo alguno en su testamento. Por ello, se hacía posible mantener válida la institución en primer grado del póstumo pese a que hubiera nacido trece meses después de la muerte del causante, siempre y cuando la madre pudiera demostrar que estaba concebido antes de su fallecimiento. Respecto a D. 38, 16, 3, 11 vid. también LATORRE SEGURA, *"Uxor praegnas relicta"*, en *LABEO*, I, 1955, pp. 195 y ss.; IMPALLOMENI, *"In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità"*, en *IURA*, XXII, 1971, p. 106 y HACKL, *"Die Feststellung der vaterschaft und der vaeterlichen Gewalt"*, en *ZSS*, CIII, 1973, pp. 105 y ss.

Concluyendo, resulta lógico pensar, como mantiene la doctrina romanística, que la admisión del póstumo en la herencia legítima como *heres suus* no estuviera expresamente contemplada en la ley de las XII Tablas, puesto que ni siquiera hacía referencia a la sucesión de los *heredes sui*. Sin embargo, a nuestro juicio, si existen datos que permiten sostener la idea de que el desarrollo jurisprudencial tuvo que ser inmediato y no tanto una innovación, sino como confirmación de una idea que ya estaba presente en la sociedad de la época. El hecho de que en la propia ley, concretamente la tabla V, 4, se recogiera la regla de los *decem menses* como el periodo de tiempo máximo en que un hijo puede adquirir la cualidad de *iustus filius* tras la muerte del padre, lleva a la conclusión de que el colegio pontifical tan sólo habría tenido que desarrollar un procedimiento lógico de deducción para incluir a los póstumos dentro de la categoría de los *heredes sui*: si al póstumo nacido dentro de unos límites temporales se le considera hijo legítimo es ineludible su admisión en la herencia del padre como *heres suus*⁴⁸.

De cualquier forma, con independencia de las discusiones doctrinales existentes sobre este tema, lo importante, como manifiesta ALBERTARIO⁴⁹, es que desde época arcaica el *postumus suus* estaba llamado a formar parte del conjunto de herederos *ab intestato* del causante⁵⁰. La preocupación que se vislumbra por esta materia en todas las épocas es innegable⁵¹ y ello no podía deberse más que al hecho de que socialmente era un tema considerado de interés prioritario; si bien en un principio quizás esa preocupación no consistiera en salvaguardar los derechos del concebido, sino asegurar que esa esperanza de vida permitiera la continuidad de la familia a la que el póstumo pertenecería a su nacimiento.

⁴⁸ Un dato más que avala la idea de que, ya en época de las XII Tablas, el *postumus suus* estaba considerado como *heres* del *pater* lo ofrece D. 10, 2, 11 insertado en el título “*familiae erciscundae*” y que reconoce al *partum quoque editum* legitimación para el ejercicio de la *actio familiae erciscundae*: D. 10, 2, 11.- (PAULUS libro XXIII ad Edictum).- *Partum quoque editum et post aditam hereditatem*.

⁴⁹ ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁰ Según ALBERTARIO “*risalga essa direttamente alla legge delle 12 tavole o sia stata ammessa, in seguito, per interpretazione giurisprudenziale del testo de la legge, un dato è certo ed incontrovertibile: e questo è precisamente la remota origine di questa norma del ius civile*”. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 12).

⁵¹ PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 694, entiende que “*la materia era considerata importante e ciò è dimostrato dal titolo del Digesto (D. 28, 2, “De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis”), che in gran parte riguarda questo argomento e dell’apposito titolo del Codice giustiniano (C. 6, 29, “De postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis”)*”.

2. JUSTIFICACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL *POSTUMUS SUUS* COMO *HERES SUUS*: GAYO III, 4.-

Teniendo en cuenta la definición que GAYO ofrece en sus Instituciones de los *heredes sui*, cabe preguntarse a continuación si un concebido que al tiempo del fallecimiento del causante todavía no ha nacido sería *heres suus*. La respuesta se encuentra en GAYO III, 4 donde se afirma que los descendientes póstumos del difunto *sui heredes sunt*:

GAYO III, 4.- *Postumi quoque qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.*

Podría parecer extraño, pues, que un ser que no estaba *in rerum natura* ni *in rebus humanis*⁵² fuera reconocido *heres suus* del causante. Si la esencia de los *heredes sui* consistía en la sumisión a la *patria potestas* del *pater* en el momento del fallecimiento, resulta evidente que ese vínculo agnaticio no podría existir con un descendiente que todavía no había nacido puesto que éste no era jurídicamente persona; sin embargo, GAYO justifica la inclusión del póstumo dentro de la categoría de los *heredes sui* porque *in potestate futuri forent* del padre si éste hubiera permanecido con vida⁵³. La seguridad con la que GAYO afirma la existencia del futuro vínculo agnaticio entre padre e hijo puede parecer extraña, teniendo en cuenta que sobre éste pesa la incertidumbre acerca de numerosos aspectos, comenzando por su propia existencia y pasando por el otorgamiento o no de la personalidad jurídica necesaria, en caso de que finalmente llegue a nacer.

No obstante, GAYO tiene motivos suficientes para afirmar tan rotundamente la existencia futura del vínculo agnaticio entre padre e hijo póstumo. En efecto, no hay que olvidar que el *conceptus ex iustis nuptiis*, según la regla de

⁵² GAYO II, 203; D. 25, 4, 1, 1; D. 30, 24, pr.; D. 35, 2, 9, 1; D. 38, 16, 1, 8; D. 37, 9, 1, pr.; D. 44, 2, 7, 3; D. 7, 7, 1. Según ALBERTARIO todos estos textos expresan la noción fisiológica del concebido, no la jurídica: “nell’ordinamento giuridico ciò non ostante è considerato come se esistesse, come se fosse in rerum natura o in rebus humanis...”. Así pues, continúa el autor, “il diritto romano nell’affermare che il conceptus pro iam nato habetur e nel fissare l’acquisto dello status al momento del concepimento, anziché a quello della nascita, superò la nozione fisiologica del concepito, che non fu superata dalla dottrina stoica”. (ALBERTARIO, “Conceptus pro iam nato habetur”, *op. cit.*, pp. 4 y 5).

⁵³ Se observa de nuevo que el elemento básico y que permanentemente se encuentra en la mente de los juristas para caracterizar al grupo de los *heredes sui* es el vínculo político de la sumisión a la potestad paterna: sumisión presente en los ya nacidos y futura en los concebidos. Vid. también ULPiano XXII, 15.- *Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.*

fijación del *status*⁵⁴ consolida su condición jurídica en el momento de la concepción: concretamente, y por lo que aquí interesa, fijaría el *status familiae* como *filiusfamilias*. La fijación del *status* en este tiempo, por sí sólo, no garantizaría la futura creación del lazo de agnación, pero si se tiene en cuenta que la posición de *iustus filius* no se modificaría hasta su nacimiento, entonces sí podrá afirmarse la existencia ulterior del vínculo potestativo entre éste y el padre.

Una vez que el concebido había fijado su *status*, únicamente restaba esperar a que el nacimiento se verificaba cumpliendo las condiciones exigidas⁵⁵: el único hecho que ocasionaría que el concebido no adquiriera el *status* fijado en la concepción, pues, es que el nacimiento no tuviera lugar; cualquier otra circunstancia —caída en esclavitud de los padres, *capitis deminutio* de éstos, apresamiento por el enemigo, condena a penas capitales, e incluso, por lo que ahora interesa, la muerte del padre— sería ajena al concebido y no influiría en el *status* que se encontraba fijado desde ese momento.

En definitiva, como ya se ha tenido ocasión de manifestar, la inalterabilidad del *status* constituye el elemento clave en materia hereditaria, porque la muerte del padre se consideraría un cambio de circunstancias ajenas al concebido, de tal manera que si éste vivía cuando el hijo venía al mundo, adquiriría el *status* de *filiusfamilias*, situándose bajo su *patria potestas*; por el contrario, si el *pater* moría, el hijo nacería *heres suus* y concurriría a la herencia como cualquier otro descendiente, puesto que el vínculo potestativo ya se había fijado con anterioridad y el fallecimiento del *pater* no le afectaba a su *status*. De ahí la seguridad con la que GAYO menciona la futura dependencia agnaticia del hijo póstumo respecto del padre, único motivo que justifica la inclusión del póstumo dentro de la categoría de los *heredes sui* del causante⁵⁶.

⁵⁴ GAYO I, 89.

⁵⁵ De ahí que en D. 38, 16, 3, 9 se admita a la herencia legítima del padre a *qui in utero fuit*, pero siempre y cuando *fuert editus*, poniendo de relieve que se admite a la herencia al concebido tomándole en consideración ya desde que su concepción, pero añadiendo que para la adquisición de los derechos sucesorios se deberá verificar su nacimiento, puesto que ese es el momento en el que adquirirá la capacidad jurídica para suceder. El nacimiento, por tanto, es un mero trámite pero indispensable para que el póstumo sea *heres suus* del difunto.

⁵⁶ No ocurría lo mismo con el *vulgo* o *illegitime conceptus*; si se tiene en cuenta que, en condiciones normales, entre padre e hijo no existía vínculo potestativo alguno —sólo las justas nupcias hacían que el hijo estuviera sometido a la *patria potestas* del padre— no integrando el grupo de *heredes sui* del causante, con mayor motivo ese vínculo sería inexistente si el hijo no había nacido todavía. Estos *conceptii* fijaban su *status* en el mismo momento de su adquisición, esto es, en el nacimiento: para ellos la concepción no tenía ningún efecto jurídico, puesto que seguían la regla general por la que *statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur*. Por lo tanto, en el caso de que se tuviera en cuenta la paternidad para estos hijos, lo cierto es que tampoco podría haber existido relación o vínculo alguno con el padre puesto que en el momento en que adquirían su *status*, éste ya habría fallecido.

IV. REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE TENGA LUGAR LA *VO-CATIO AB INTESTATO* DEL *POSTUMUS SUUS*.-

Para que el póstumo fuera llamado a la herencia, debían concurrir una serie de requisitos durante su concepción y hasta el momento de su nacimiento: debía ser un *conceptus ex iustis nuptiis*, estar concebido con anterioridad a la muerte del causante y nacer en tiempo y forma oportunos.

1. *IUSTAE NUPTIAE* ENTRE LOS PROGENITORES: DISTINCIÓN ENTRE *POSTUMUS SUUS* Y *POSTUMUS ALIENUS*.-

Las fuentes que se han analizado con anterioridad permiten afirmar que sólo el *conceptus ex iustis nuptiis* era considerado *heres suus* del causante, ya que el vínculo *iure civile* existente entre los progenitores le hacía nacer *iustus filius* del *pater* y obtener la cualidad de *suus*⁵⁷. Como ya señalara ALBERTARIO⁵⁸, para que el póstumo concurreniera a la sucesión *ab intestato* era requisito indispensable que se tratara de un *postumus suus*, puesto que “*el ius civile non*

⁵⁷ Respecto a al *matrimonium iustum*, vid., entre otros, BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, I-II-III, Bologna, 1886-1889 (reimp. Roma, 1975); MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Palermo, 1919; CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo romano*, Milano, 1940, pp. 15 y ss.; BOZZA, “*Manus e matrimonio*”, en *Annali Macerata*, XV, 1941, pp. 11 y ss.; AMBROSINO, “*La conception du mariage*”, en *SDHI*, XI, 1945, pp. 337 y ss.; VOLTERRA, “*Ancora sulla manus e sul matrimonio*”, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 675 y ss.; GAUDEMET, “*Iustum matrimonium*”, en *RIDA*, III, 1950, pp. 309 y ss.; VOLTERRA, “*La nozione giuridica del conubium*”, en *Studi Albertario*, II, Milano, 1953, pp. 345 y ss.; IDEM., “*La conception du mariage à Rome*”, en *RIDA*, II, 1955, pp. 365 y ss.; GARCIA GARRIDO, “*La concepción clásica del matrimonio*”, en *AHDE*, XXVI, 1956, pp. 882 y ss.; VOLTERRA, *Il matrimonio romano. Lezioni di diritto romano*, Roma, 1961; CANTARELLA, “*Sui rapporti fra matrimonio e conventio in manum*”, en *RISG*, X, 1959-1962, pp. 181 y ss.; ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970; ESMEIN, “*La manus, la paternité et le divorce dans l’ancien droit romain*”, en *Mélanges d’histoire du Droit et de critique*, Aalen, 1970, pp. 19 y ss.; IGLESIAS, “*Recensión a Robleda, “El matrimonio en Derecho romano”*”, en *SDHI*, XXXVI, 1970, pp. 472 y ss.; TOMULESCU, “*Les rapport entre le mariage et la manus*”, en *RIDA*, XVIII, 1971, pp. 723 y ss.; GAUDEMET, “*Recen. a Robleda (“El matrimonio en Derecho romano”)*”, en *Reviu Historique du Droit Francaise*, XLIX, 1971, pp. 118 y ss.; DAZA, “*Nuptiae et matrimonium*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 57 y ss.; LONGO, “*Riflessioni critiche in tema di matrimonio*”, en *Scritti Guarino*, V, Napoli, 1984, pp. 2.357 y ss.

⁵⁸ ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 12.

arrivò mai ad ammettere la possibilità di istituire erede un postumus alienus”⁵⁹; esta posibilidad “è proclamata solamente da Giustiniano”.

El tratamiento jurídico de los póstumos, pues, no fue idéntico para las dos categorías que integraban dicha figura; los juristas distinguían nítidamente entre *postumi sui* y *postumi alienii* o *extranei*, siendo los primeros los descendientes nacidos con posterioridad a la muerte del testador y que *si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent*⁶⁰, mientras que los *postumi alienii* o *extranei* eran aquellos que no se encontraban sujetos a la potestad del ascendiente en el momento del fallecimiento. Pues bien, sólo el *postumus suus* fue objeto de *vocatio ab intestato*, porque únicamente éste fijaría su cualidad de *heres suus* en ese tiempo y adquiriéndola con seguridad al nacer.

Para explicar por que el *postumus alienus* o *extraneus* no era objeto de *vocatio ab intestato*, resulta ilustrativo el concepto que GAYO ofrece de éste en Instituciones II, 241, ya que este texto, si bien se refiere a la sucesión testamentaria, resulta ilustrativo para entender esta cuestión:

GAYO II, 241.- ...*Est autem alienus postumus qui natus inter suos heredes testatori futurus non est; ideoque ex <e> mancipato quoque filio conceptus nepos extraneus postumus est; item qui in utero est eius quae iure ciuile non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intelligitur.*

GAYO conceptúa al *postumus alienus* como aquél que *inter suos heredes testatori futurus non est* y, a este respecto, cita algunos ejemplos que quedarían integrados en esta categoría, como el *vulgo conceptus*, el concebido en matrimonio *sine manu* y el nieto concebido de un *filiusfamilias* emancipado. No resulta difícil observar cual es el elemento de unión entre los diversos ejemplos que cita GAYO: todos se encuentran en situación de pendencia y ello les impide fijar su *status* en el momento de la concepción. En efecto, los *vulgo concep-*

⁵⁹ Como afirma GAYO, *postumus alienus* es aquél que al nacer no se encontraba entre los herederos de derecho propio, esto es, no estaba sometido a la potestad directa del *paterfamilias* de haber continuado éste con vida: GAYO II, 241.- ...*Est autem alienus postumus qui natus inter suos heredes testatori futurus non est, ideoque ex <e> mancipato quoque filio conceptus nepos extraneus postumus est; item qui in utero est eius quae iure civili non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intelligitur.*

⁶⁰ GAYO III, 4 y GAYO I, 147.- ...*si modo in ea causa sint ut vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant...* Dentro de esta categoría se incluían tanto los hijos como los nietos y biznietos nacidos después de la muerte del abuelo o bisabuelo, pero siempre que sus padres les hubieran premuerto en ese momento, puesto que sólo de esa forma se encontraban sometidos directamente a su potestad, sin que existiese persona intermedia entre ellos y el *de cuius*. A este respecto, vid. GAYO II, 156 y ULPiano XXVI, 1.

tii y los concebidos en matrimonio *sine manu*, como ya se ha tenido ocasión de comentar, *statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur*, por lo que el momento de la concepción resulta irrelevante en ellos.

Respecto a los nietos concebidos de un *filiusfamilias* emancipado⁶¹, su condición jurídica tampoco podría fijarse en el momento de la concepción ya que *pendeat ius eius*⁶²:

GAYO I, 135.- *Qui ex filio semel iterumue mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in aui potestate est, et ideo ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. At is qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in aui potestate. Sed eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse cuius et pater sit; utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius; et siquidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cadat in eius potestatem; si uero is dum in mancipio sit decesserit, sui iuris fiat*⁶³.

⁶¹ Respecto a la pérdida de la patria potestad del padre emancipado sobre el hijo, la doctrina mayoritaria se ha mostrado unánime a favor de la persistencia de la patria potestad del padre hasta que se cumple la tercera *mancipatio*. En este sentido, PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht...*, I, op. cit., p. 170; DESSERTAUX, *Etudes sur la capitis deminutio*, I, Paris, 1.909, pp. 237 y ss.; COLI, *Capitis deminutio*, Firenze, 1922, pp. 52 y ss.; KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, op. cit., pp. 235 y ss.; ELLUL, *Etude sur l'évolution et la nature juridique du mancipium*, Bordeaux, 1936, pp. 111 y ss.; KASER, "Ruhende und verdrängende Hausgewalt", en ZSS., LIX, 1939, pp. 33 y ss.; IDEM, "Zur altrömischen Hausgewalt", en ZSS, LXVII, 1950, pp. 485 y ss. En contra se muestran, entre otros, BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di famiglia*, op. cit., pp. 138 y ss. y WIEACKER, "Zum Ritual der adoptio", en EOS, XLVIII, 1956, pp. 581.

⁶² COLI sostiene que durante la primera y segunda *mancipatio* del padre, el hijo se encuentra en situación de pendencia: "l'appartenenza del figlio alla famiglia agnatizia è in pendenti: egli riavrà in questa il suo posto e l'interruzione sarà come non avvenuta, allorquando potrà uscire dal mancipio; ma intanto è fuori della famiglia stessa e quindi capiti deminutus". (COLI, *Capitis deminutio*, op. cit., pp. 52 y ss.). En contra, PEROZZI, que entiende que los juristas mostraban incerteza entre admitir que la primera o segunda venta del hijo suspendía la patria potestad adquiriéndola con la manumisión o que se extinguía para luego renacer (PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, op. cit., p. 293 y ss.); también AMIRANTE sostiene que tanto tras la primera emancipación como tras la segunda, la patria potestas del padre se extingue y no existe ni siquiera una situación de pendencia. (AMIRANTE, "Gai I. 135: appunti per la storia del dogma della pendenza", en BIDR, LXIV, 1961, p. 111).

⁶³ Para un análisis del texto, vid. AMIRANTE, "Gai I, 135: Appunti per la storia del dogma della pendenza", op. cit., pp. 109 y ss.

El texto resulta sumamente significativo, porque establece que el concebido con anterioridad a la *mancipatio* del padre, queda bajo la *potestas* del abuelo; lo que realmente es importante del fragmento es que se afirma que el nieto concebido se encontrará bajo su potestad aunque *post tertiam mancipationem patris sui nascatur*. En efecto, la tercera *mancipatio* del padre —que ocasionaría la salida definitiva de la familia originaria⁶⁴— no afectaría al *status* del nieto, porque ya habría fijado su posición familiar en la concepción y no podría alterarse por circunstancias ajenas al mismo. Por ello, se puede concluir que si el abuelo fallece en ese tiempo, el nieto será *heres suus* de éste puesto que habrá fijado ya su *status familiae* y se encontrará sometido directamente a su potestad⁶⁵.

No obstante, si el nieto es concebido tras la tercera *mancipatio* del padre, como el *status* familiar que fija al tiempo de la concepción no creará ningún vínculo con la familia del abuelo, *non nascitur in aui potestate*. Este último supuesto plantea un problema importante respecto al concebido: al desconocerse si el padre saldrá o permanecerá en *mancipio*, no se podrá saber si el nieto adquirirá el *status* de *alieni iuris* o de *sui iuris*. A este respecto, GAYO resulta esclarecedor: mientras el padre está en *mancipio*, el hijo estará en situación de pendencia, por lo que si el padre sale del *mancipio* alcanzará la *potestas* sobre el hijo, pero si muere en ese tiempo el hijo se hará *sui iuris*⁶⁶. Se observa de forma clara que el nieto póstumo es considerado *alienus* debido a la

⁶⁴ XII Tab. IV, 2.- *Si pater filium ter venum duuit a patre filius liber esto*.

⁶⁵ Con la *mancipatio*, el padre sale de la familia del abuelo perdiendo todos los derechos hereditarios que ostentaba hasta ese momento; la posición de *heres suus* será ocupada por el nieto porque el padre no le precede al tiempo de la muerte del abuelo. En sentido contrario, AMIRANTE (“*Gai I, 135: Appunti per la storia del dogma della pendenza*”, *op. cit.*, p. 111) que, con base en GAYO II, 141, “*la manumissio ex prima secundave mancipatione del figlio provoca la rottura del testamento paterno redatto in precedenza, anche se esso esplicitamente contemplava l’istituzione o la diseredazione del figlio. Prova inequivocabile, questa, che il figlio ad ogni mancipatio esce dalla potestas paterna per rientrarvi ad ogni manumissio*”.

⁶⁶ En GAYO I, 135 se pone de manifiesto que existía una polémica en cuanto al *status* del hijo que nacía tras la tercera emancipación del padre: según LABEON, el hijo nacería bajo el mismo *mancipio* que el padre; según otros, el *status* del hijo permanecería pendiente naciendo *sui iuris* si el padre moría y cayendo bajo su *patria potestas* si era manumitido. Acerca de la divergencia de opiniones que consta en el texto gayano, vid., entre otros, PERNICE, *Labeo. Römische Privatrecht...*, I, *op. cit.*, p. 170; DESSERTAUX, *Etudes sur la capitis deminutio*, I, Paris, 1.909, pp. 237 y ss.; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, *op. cit.*, pp. 235 y ss.; SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, en *Festschrift Schulz*, II, Weimar, 1951, pp. 213 y ss.; ELLUL, *Etude sur l’évolution et la nature juridique du mancipium*, *op. cit.*, p. 241; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, *Diritto di famiglia*, *op. cit.*, pp. 138 y ss.; BIRKS, “*3x1=3. An arithmetical solution to the problem threefold mancipation*”, en *IURA*, XL, 1989, p. 58; RABELLO, “*L’acquisto della “patria potestas”*”, en *LABEO*, XXI, 1975, pp. 176 y ss.; YARON, “*Si pater filium ter venum duit*”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVI, 1968, p. 70 y AMIRANTE, “*Gai I, 135: Appunti per la storia del dogma della pendenza*”, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

situación de incertidumbre de sus tres *status*, quedando equiparado al *vulgo conceptus* en este aspecto puesto que también se deberá esperar también al nacimiento para conocer su condición jurídica.

En definitiva, en todos los ejemplos de *postumi alienii* que cita GAYO —*vulgo conceptus*, concebido en matrimonio *sine manu* y nieto concebido de un *filiusfamilias* emancipado— el momento de la concepción resulta irrelevante porque todos deberán esperar a su nacimiento para la fijación de su *status*; por lo tanto, si el *pater* fallece cuando están concebidos, no habrán fijado el vínculo potestativo necesario para la cualidad de *heredes sui* y, por tanto, no podrán ser llamados a la herencia.

2. NACIMIENTO EN TIEMPO Y FORMA.-

Sólo si el *postumus* nació —*si fuerit editus*⁶⁷— adquiriría el *status* fijado al tiempo de la concepción, obteniendo así los derechos hereditarios que se le habían reservado durante el tiempo de la concepción. No obstante, ese nacimiento tenía que verificarse en tiempo y forma oportunos, esto es, cumpliendo las condiciones que permitían el otorgamiento de la personalidad jurídica y dentro de un máximo de diez meses tras el fallecimiento del padre.

Por lo que respecta a las condiciones que debían concurrir en el recién nacido para que fuera considerado jurídicamente persona, éste debía separarse completamente del claustro materno⁶⁸, presentar apariencia de humanidad⁶⁹ y vivir tras la separación de la madre⁷⁰.

El tiempo en el que debía verificarse el nacimiento, se exigía que aconteciera en un plazo máximo de diez meses, contados a partir de la muerte del padre. El motivo que justifica la existencia de este requisito es la prueba de la

⁶⁷ D. 38, 16, 3, 9.- (*ULPIANUS libro XIV ad Sabinum*).- ...*ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus*...

⁶⁸ D. 25, 4, 1, 1.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- ...*partus antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*... y D. 35, 2, 9, 1.- (*PAPINIANUS libro XIX Quaestionum*).- ...*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*...; C. 6, 29, 3.- (*Impp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P.*).- ...*ad orbem totus processit*... A efectos jurídicos, es irrelevante que el nacimiento sea natural o mediante cesárea: vid. D. 5, 2, 6, pr.; D. 28, 2, 12, pr.; D. 38, 17, 1, 5 y D. 38, 8, 1, 9.

⁶⁹ D. 1, 5, 14.- (*PAULUS libro IV Sententiarum*).- *Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur*... Vid. también *Pauli Sententiae* IV, 9, 3. No afectan a la apariencia de humanidad algunos defectos físicos presentes en el recién nacido, como la carencia de un miembro: vid. a este respecto D. 1, 5, 14; D. 28, 2, 12, 1 y *Pauli Sententiae* IV, 9, 4.

⁷⁰ Si al final la mujer abortaba o el hijo nacía muerto, como manifiesta PAULO en D. 50, 16, 129, *neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*. Vid. también D. 38, 8, 1, 8, *Pauli Sententiae* IV, 9, 6 y C. 6, 29, 2 y 3.

paternidad legítima del hijo póstumo. En efecto, la única forma de acreditar la legitimidad del recién nacido sería probando que había sido concebido por el marido; sin embargo, ello resultaría bastante difícil de averiguar en época arcaica, sobre todo si se tiene en cuenta que el embarazo normalmente no se hace visible hasta que se encuentra en una etapa avanzada. De ahí que la solución viniera a través de una presunción jurídica: se tomaba como base el día de la muerte del padre y se contaban los diez meses posteriores, duración normal del embarazo según la opinión de los filósofos y médicos⁷¹; si el hijo nacía en ese intervalo de tiempo, sería considerado *iustus filius* del *pater* e integraría el grupo de los *sui*. El nacimiento en tiempo posterior originaría la exclusión del hijo póstumo de la herencia legítima del padre⁷².

3. CONCEPCIÓN AL TIEMPO DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE.-

La presunción jurídica de paternidad legítima supone una nueva exigencia: el póstumo tenía que estar concebido antes del fallecimiento del padre; en efecto, el hijo engendrado tras la muerte del padre no podía ser hijo de éste. Este requisito que, a nuestro juicio, resulta una obviedad, ha sido justificado por algunos autores⁷³ a través de argumentos más complejos relacionados con la norma decemviral que llamaba a suceder a todos los que existieran al fallecimiento del *de cuius*. Según los autores, la vigencia de esta norma exigía a su vez que heredero y causante hubieran coexistido en algún momento, requisito que quebraba en el supuesto del descendiente póstumo. Para solucionar este problema y, sobre todo para evitar que se perdiera la soberanía del grupo familiar y poder admitir a los póstumos a la sucesión legítima de los padres, el principio sufrió una mitigación⁷⁴ vía *interpretatio*: la coexistencia se entendía cum-

⁷¹ Vid. FERRERO, *Storia del pitagorismo nel mondo romano (dalle origini alla fine della repubblica)*, Torino, 1955, p. 324. Vid también HIPOCRATES, *Peri heptamenón*, IV; ARISTOTELES, *Hist. anim.*, VII, 4; PLINIO, *Nat. Hist.*, VII, 5, 38; CENSOR, *De die nat.*, IX, 1.

⁷² D. 38, 16, 3, 11.- (ULPIANUS libro XIV ad Sabinum).- *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*.

⁷³ Entre otros, FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 142 y 143 y BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 367 a 371.

⁷⁴ Según BONFANTE más que una excepción en el principio de la coexistencia entre causante y heredero, la admisión de los concebidos constituye una mitigación del citado principio: “*al concepito si riserva l’eredità legittima per il caso che egli venga alla luce, e quindi per stabilire l’esistenza al momento della morte basta la concezione, cioè l’esistenza in utero matris. Fuori di questa ipotesi, la quale, ripetiamo, non è riguardata come un’eccezione, in quanto il concepito si considera come in rerum natura o quodammodo in rerum natura, il principio è mantenuto saldo anche quando esso porti a qualche notevole iniquità per il verificarsi di una nuova delazione*”. (BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successioni, op. cit.*, p. 367).

plida si el heredero al menos se encontraba concebido al tiempo de la muerte del causante⁷⁵.

A nuestro juicio, la concepción al tiempo del fallecimiento no es una exigencia que derive de la norma decemviral que llamaba a los herederos existentes a la muerte del causante; este requisito se exige por motivos más sencillos: por un lado, por motivos de orden lógico, ya que, como ya se ha expuesto, la paternidad legítima del póstumo presuponía que éste hubiera sido engendrado en vida del padre; por otro lado, por motivos jurídicos, derivados de los principios inherentes a la familia agnaticia y a la condición de *suus* que debía ostentar el póstumo. En efecto, al fijar el *status* en la concepción era en ese momento cuando se establecían los lazos familiares con el progenitor; por lo tanto, si el concebido no lo estaba al tiempo del fallecimiento del causante, no existiría vínculo familiar alguno entre ellos.

Como se puede observar, la exigencia de la concepción al tiempo del fallecimiento del causante no tiene idéntica justificación en el caso de que se trate de la herencia del padre que en el caso de sucesión de otro ascendiente, por ejemplo, abuelo o bisabuelo: en el supuesto de sucesión de un *paterfamilias sui iuris*, la necesidad de que la concepción sea anterior a la muerte de éste se advierte sin necesidad de ulteriores explicaciones: si la mujer queda embarazada después de la muerte del marido, es evidente que el hijo no será de éste y, por lo tanto, ni será *filiusfamilias* ni, consecuentemente, podrá ser llamado como *heres suus* del causante. En el caso de sucesión de otro ascendiente distinto del *pater*, la exigencia de la concepción con anterioridad a la muerte de éste se explica por la estructura de la familia agnaticia: el concebido fijará su *status* de nieto o bisnieto si el abuelo vive al tiempo de su concepción; difícilmente se establecerá un vínculo potestativo entre abuelo y nieto si aquél hubiera fallecido con anterioridad al momento en que el nieto ha sido concebido. El parentesco y situación familiar, pues, se establecerá en relación con la persona que existe en el momento de la concepción: si existe el padre, nacerá como hijo; si el padre premuere al abuelo, nacerá en la posición de nieto.

Prueba de que el requisito de la coexistencia no deriva de la norma decemviral citada por FADDA⁷⁶ es que el propio autor emplea otros argumentos para explicar esta exigencia. En efecto, el recurso a la norma decemviral planteaba un problema: la Ley de las XII Tablas no preveía que la delación *ab intestato* se hiciera en un momento posterior a la muerte del causante y, en este caso, resultaba complicado seguir manteniendo el requisito de la coexistencia ya que, en principio, sería suficiente la existencia del heredero al tiempo de la

⁷⁵ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 142.

⁷⁶ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 143.

apertura de la sucesión. Por ello FADDA⁷⁷ se ve en la obligación de recurrir a la naturaleza del *heres suus* para justificar el mantenimiento de esta la exigencia de la concepción al tiempo de la muerte del causante. Según el autor, para ser heredero de derecho propio se exigía que éste estuviera sujeto directamente a la potestad del *paterfamilias* en el momento de su fallecimiento⁷⁸. En los descendientes ya nacidos, no existiría problema alguno, pero respecto al póstumo se planteaba un problema: cuando éste nacía, el *paterfamilias* ya había fallecido por lo que no habría podido ejercitar su *potestas* sobre él. Este problema se solventó, según FADDA, por interpretación posterior que consideró al póstumo “*come virtualmente soggetto a quella potestà*”⁷⁹, pero para ello era indispensable que se encontrara concebido antes del fallecimiento del ascendiente ya que “*è a dirittura impossibile immaginare un rapporto di potestà sopra una persona che alla morte del capo di famiglia non era peranco concepita*”⁸⁰.

LAMBERTI⁸¹ también considera que la parentela de sangre entre el ascendiente y el *postumus* concebido al tiempo de la muerte del causante constituye una ficción jurídica: “*la finzione giuridica che ricollegava il postumus... all’ascendente era in grado di operare solo a condizione che almeno il concepimento fosse avvenuto in vita dell’ereditando*”. En su opinión, la relevancia del vínculo familiar directo y fuerte de la potestad era la base para individualizar los sujetos para los que la sucesión se verificaba ineludiblemente y la extensión a otras categorías de sujetos se hizo sobre la base de las *fictiones*, entre las que figuran los póstumos. Respecto a ellos, se les tomó en consideración por la injusticia que suponía privarles de los bienes paternos cuando las XII Tablas habían establecido que los nacidos dentro de los diez meses tras la muerte del padre tenía el *status* político y de parentela con él. Por este motivo, piensa la autora que debió sentirse la necesidad de considerarlos *sui* con todo lo que ello comportaba, fingiendo la prolongación de la personalidad del difunto y

⁷⁷ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 143.

⁷⁸ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, op. cit.*, p. 143. Para FADDA “*nell’ipotesi della differita apertura della successione legittima l’esistenza mortis tempore si presenta come necessaria dato il principio che una volta avvenuto l’acquisto dell’eredità, l’erede si considera come tale fin dal momento della morte dell’ereditando*”. En el mismo sentido, CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains, op. cit.*, p. 199.

⁷⁹ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 143.

⁸⁰ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 143. Según el autor, puesto que el *heres*, cuando adquiere ese título, lo hace retroactivamente desde la muerte del causante, si no existía en ese momento, resulta evidente que tampoco podría adquirir la herencia. Por ello, si el póstumo había sido concebido tras la muerte del *de cuius*, aunque hubiera nacido en el momento de la apertura de la sucesión intestada, no sería llamado como heredero, toda vez que no existió como concebido en el momento de su fallecimiento. De hecho, los juristas declararon en numerosas ocasiones que no existía relación de parentesco entre personas que no habían coexistido en algún tiempo. Vid., entre otros, D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 16, 6 a 8; D. 28, 3, 6, pr.; D. 38, 8, 1, 8.

⁸¹ LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nel esperienza giuridica romana, I, op. cit.*, p. 72.

de su *potestas* hasta el nacimiento del hijo póstumo⁸². LAMBERTI sostiene que la ficción consiste en considerar al póstumo como persona que indudablemente habría recaído *in potestate parentis*, si el padre hubiera vivido suficiente y admitirlo dentro del grupo de los *sui heredes*: “*l’inclusione del postumo fra i sui heredes in base all’osservata fictio iuris era frutto della cennata accezione della familia da parte dei iuris prudentes*”⁸³.

No se recurrió, por tanto, a ninguna ficción jurídica para establecer el vínculo parental entre padre y concebido; éste no estaría “virtualmente” sometido a la *patria potestas* del *pater*, como manifiesta FADDA o considerado ficticiamente sujeto a ella, como opina LAMBERTI; los juristas sabían perfectamente que el vínculo potestativo sólo se daría entre padre e hijo si éste nacía en vida de aquél. Sin embargo, la regla general para la fijación del *status* del concebido *ex iustis nuptiis* hacía que los vínculos familiares y políticos se establecieran en el momento de la concepción originando que el *postumus suus*, a su nacimiento, ostentara la posición familiar necesaria para ser *heres suus* del causante; como afirma LA PIRA⁸⁴ “*il concepimento determina il sorgere di un nuovo posto di suus nella familia*”.

En definitiva, lo que en realidad se produce es el anticipo de la cualidad de *heres suus* al momento de la concepción, posibilidad que existe porque el concebido fija esa posición en la concepción, permaneciendo inalterable hasta su nacimiento. Si a ello unimos que el hijo engendrado en *iustiae nuptiae*, como así expresan las fuentes, *in rerum natura est*⁸⁵ o *quodammodo in rerum*

⁸² Para la autora, la estructura de la ficción no podría consistir en la época decemviral en la retroactividad del nacimiento del póstumo, sino en “*una sorta di “proiezione” della personalità del defunto oltre la morte*”, puesto que “*la costruzione di un modello “astratto” di familia, imperniato sul vincolo potestativo, consentiva di estendere l’efficacia di questo addirittura al di là della vita del defunto, per tutelare diritti di suoi discendenti di sangue, ma anche per evitare l’estinzione dei culti familiari*”. Vid. LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 112 y 114.

⁸³ LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 111. Pero según LAMBERTI la aplicabilidad de la ficción tenía un límite que venía fijado por las XII Tablas por el tiempo fijado para la legitimidad del póstumo, término que fue aplicado también para la inclusión de tales descendientes entre los *heredes sui* del difunto: “*di qui, a posteriori, l’ “illusione ottica” che le XII avessero ad un tempo statuito sui postumi quanto a la legittimità della filiazione e quanto a posizione successoria*”.

⁸⁴ LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁵ Vid. D. 1, 5, 26.- (*IULIANUS libro LXIX. Digestorum*).- *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*; y D. 38, 16, 7.- (*CELSUS libro XXVIII. Digestorum*).- *vel si vovo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*

*natura esse existimatur*⁸⁶ o algo que *perinde ac si in rebus humanis esset*, resulta lógico pensar que se le pudiera considerar, sin necesidad de recurrir a una ficción, como una persona en potencia o como una esperanza de vida futura⁸⁷ a la que sólo le falta un trámite por cumplir: el nacimiento.

IV. EXIGENCIA TEMPORAL PARA LA CONSOLIDACION DE LA CUALIDAD DE *HERES SUUS*: DESPLAZAMIENTO DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE A LA APERTURA DE LA SUCESION.-

Se ha podido comprobar que los requisitos exigidos al póstumo para que pudiera ser llamado a la herencia legítima derivan de uno sólo: estar concebido en *iustae nuptiae*, porque esta exigencia hacía que se cumplieran las otras dos: concepción al tiempo de la muerte y nacimiento en los diez meses posteriores a tal evento. Igualmente, se puede comprobar que todos estos requisitos convergen en uno sólo: todos ellos son imprescindibles para que el póstumo fije la la condición de *heres suus* en la concepción y la adquiera a su nacimiento.

La consolidación de la cualidad de *heres suus* en la concepción, como ya se ha tenido ocasión de afirmar, constituye el único motivo que justifica la llamada del póstumo a la sucesión *ab intestato*; de ahí que ULPIANO, en D. 29, 2, 30, 1, deje constancia que el *filio postumo* que impide adir la herencia a los parientes de grado posterior es aquél que *suum heredem pariturus est*⁸⁸:

D. 29, 2, 30, 1.- (ULPIANUS libro VIII ad Sabinum).- *Quod dicitur: PROXIMUS A FILIO POSTUMO HERES, DUM MULIER PRAEGRANS EST, AUT PUTATUR ESSE, ADIRE HEREDITATEM NON POTEST, SED DI SCIT, NON ESSE PRAEGRANTEM, POTEST, accipe: proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est...*

Ahora bien, se recordará que la cualidad de *heres suus* no sólo se caracterizaba por la existencia del vínculo potestativo entre heredero y causante, sino también porque ese vínculo era directo entre ambos cuando éste último

⁸⁶ D. 1, 5, 7.- (PAULUS libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur).- *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequarum prosit.*

⁸⁷ Entre otros textos, vid. D. 37, 9, 1, pr.; D.37, 9, 1, 8; D. 38, 16, 1; D. 11, 8, 2.

⁸⁸ BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, en SDHI, XLIX, 1983, p. 348.

fallecía; para los póstumos, la cualidad de *heres suus* venía otorgada por la futura sujeción a la *potestas* del causante⁸⁹, derivada del establecimiento del vínculo potestativo en el momento de la concepción y de ahí que, para que tuviera lugar la consolidación de esa cualidad en el *conceptus*, a éste no debía precederle ningún familiar que ostentara la cualidad de *sui* en el momento en que el causante moría. La cuestión clave que se plantea a este respecto es el tiempo que resultará relevante para que la consolidación de la cualidad de *sui* posibilite la *vocatio ab intestato*: el del fallecimiento del causante o el de la apertura de la sucesión.

La respuesta es sencilla en el caso de que la *delatio ab intestato* coincida con el fallecimiento del causante: ya se trate de sucesión paterna o de otros ascendientes, serían llamados a suceder todos los *heredes sui* que existieran al tiempo de la muerte, que es cuando se abre la sucesión⁹⁰. A este respecto, cabe resaltar dos cuestiones: por un lado, que el momento relevante para fijar las personas que se encontraran directamente sometidas a la patria potestad es el de la muerte y, por otro lado, que en el llamamiento también se incluirían los concebidos en las condiciones que se han expuesto en el apartado anterior. Por lo tanto, no serán llamados ni las personas a quienes les precediera algún otro ni los *nondum concepti*, aunque fueran concebidos con posterioridad a la muerte del causante.

El supuesto más problemático se da cuando no existe esa coincidencia temporal entre el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión. Se debe tener en cuenta que la sucesión intestada se abre cuando *certum est nomen ex testamento heredem extitutum* y, en ocasiones, esa certeza se adquiriría mucho tiempo después de la muerte del causante⁹¹. La ley de las XII Tablas no preveía el supuesto de apertura diferida de la herencia legítima sino que daba

⁸⁹ GAYO III, 2 y ULPIANO XXII, 14 y 15.

⁹⁰ En el supuesto de sucesión paterna, debían ser llamados los hijos ya nacidos y los concebidos en justas nupcias; en caso de sucesión de otros ascendientes —abuelo o bisabuelo—, serían llamados los nietos ya nacidos y los concebidos, siempre que al tiempo de la muerte el padre haya fallecido y no les preceda en sus derechos.

⁹¹ A este respecto Vid. D. 38, 16, 1, pr.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Intestati proprie appellantur, qui, quum possent testamentum facere, testati non sunt. Sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est, vel ruptum, vel irritum est testamentum, intestatus non impropie dicitur decessisse...* D. 36, 4, 6.- (PAULUS libro XXXVIII ad Edictum).- *Intestato parente mortuo agnatis defertur tutela. Intestatus autem videtur non tantum is, qui testamentum non fecit, sed et is, qui testamento liberis suis tutores non dedit; quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est. Idem dicemus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit; nam tutela eius ad agnatum revertitur.* Vid. también I. 3, 1, pr. e I. 1, 15, 2. Por lo que se refiere al significado de *intestatio*, vid. LEVY-BRUHL, “*Intestatus*”, en *Studi Albertario*, I, Milano, 1953, pp. 545 y ss.; TALAMANCA, “*Recensione a VOCI*”, en *IURA*, XII, 1961, pp. 352 y ss. y PESCANI, “*Il piano del Digesto e la sua attuazione*”, en *BIDR*, LXXVII, 1974, p. 337.

por supuesto que la sucesión se abriría siempre en el momento en que fallecía el causante; la *vocatio ab intestato* tendría lugar, pues, respecto de todos los *heredes sui* existentes –nacidos y concebidos– en ese tiempo. Sin embargo, dada la prevalencia que la sucesión testamentaria adquirió frente a la intestada⁹², ocurrió que en numerosas ocasiones que ésta se abría en un tiempo posterior a la muerte del *de cuius*; el retraso tendría su origen en diversas causas que proliferarían con el paso del tiempo, haciendo que la situación normal fuera la apertura diferida de la sucesión y que ésta no coincidiera con la muerte del causante; la imposición de condiciones suspensivas o resolutorias a la institución de heredero así como la sustitución de algunos herederos o la nulidad sobrevenida del testamento originaban que la sucesión intestada se retrasara pudiendo transcurrir mucho tiempo desde el momento de la muerte del causante⁹³.

⁹² D. 29, 2, 39.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*. La delación *ab intestato* no procede mientras exista testamento, puesto que la *vocatio* testamentaria excluye la intestada. De ahí el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, que hace incompatibles ambos tipos de sucesión: cuando existe un heredero instituido en testamento, los sucesores *ab intestato* no son llamados ni devienen herederos. Vid. a respecto a esta regla D. 50, 17, 7 e I. 2, 14, 5. Esta incompatibilidad ha sido explicada por la doctrina de diferentes formas. Según BONFANTE (*Corso di diritto romano, VI, Le successioni, op. cit.*, pp. 216 y ss.), se basa en que el objeto de la *hereditas* lo constituía el traspaso de la potestad soberana doméstica al nuevo *paterfamilias* y ese traspaso no podía realizarse por títulos distintos. El testamento tenía como fin próximo la atribución de una cualidad personal: otorgar al instituido el título de *heres*. La asignación del patrimonio del difunto era una simple consecuencia de la asunción del título de *heres* y siempre se encontraba subordinada a la investidura del designado en testamento como *heres*. De ahí que si el título ha sido se confería por testamento, los sucesores *ab intestato* no podían pretender ningún derecho sobre el patrimonio del difunto, puesto que sólo él tendría la cualidad de heredero que le legitimaría para adquirir esa herencia. PEROZZI (*Istituzioni di diritto romano, II, op. cit.*, p. 452), sin embargo, entiende que la sucesión testamentaria sólo podía darse ante la falta de *heredes sui* por lo que el heredero testamentario vendría a ocupar el lugar de éstos; por tanto, debía ser un heredero universal, no pudiendo heredar parte de la herencia. LENEL (*“Zur geschichte der heredis institutio”*, en *Essays in legal history, Oxford*, 1913, pp. 120 y ss.) entiende que el pueblo reunido en comicios y ante el que un *paterfamilias* otorgaba testamento (*testamentum calatis comitiis*) sólo habría autorizado que se repartiera la herencia en su totalidad, prohibiendo la disposición de una parte solamente. VOCI (*Diritto ereditario romano, I, Introduzione. Parte generale, op. cit.*, p. 496 y ss.) basa la regla en la *manicípio familiae*, a través de la cual se despojaría a los herederos legítimos de toda la herencia. Vid. también, RABEL, “*Die Erbrechtstheorie Bonfante’s*”, en *ZSS*, L, 1930, pp. 306 y ss.; ROBBE, “*Origine e concetto dell’eredità*”, en *Studi Cagliari*, 1937, pp. 63 y ss. y SANFILIPPO, “*Studi sull’“hereditas”*”, en *Annali Palermo*, XVII, 1937, pp. 187 y ss.; AMBROSINO, “*Successio in ius. Successio in locum. Successio*”, en *SDHI*, XI, 1945, pp. 65 y ss.; IMPALLOMENI, “*L’hereditas*”, en *NNDI*, XVIII, Torino, 1971, pp. 706 y ss.; FUENTESECA, M., “*La problemática de la noción de hereditas*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 275 y ss.; PEREZ SIMEON, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano*, Madrid, 2001.

⁹³ VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *op. cit.*, p. 69 y ss. La apertura de la sucesión se difería al momento en que era cierto que la condición suspensiva impuesta al heredero no se iba a

En todos estos casos la *vocatio ab intestato* no coincidiría con el momento del fallecimiento del causante y podría ocurrir entonces que personas que tuvieran la cualidad de *heres suus* al tiempo de la muerte del *de cuius* la hubieran perdido en la apertura de la sucesión o que personas que no se encontraban en esa posición por existir un ascendiente que les precedía en sus derechos, ostentaran ahora la cualidad de *heredes sui*. De ahí que surja la pregunta antes mencionada acerca del momento decisivo para que la consolidación de la cualidad de *heres suus* en la concepción permita la *vocatio ab intestato* en el nacimiento: el del fallecimiento del causante o el de la apertura de la sucesión intestada.

La respuesta a esta cuestión variará en función de que la herencia sea la del *pater* o sea la de otro ascendiente, como el abuelo o bisabuelo:

1. SUCESIÓN PATERNA.-

En este caso nunca existiría persona intermedia que pudiera preceder al hijo póstumo, por lo que no resulta difícil saber si éste llegará a integrarse dentro del grupo de los *heredes sui*; la regla de la atribución de la paternidad legítima ofrece la solución: si el hijo nace dentro de los diez meses siguientes a la muerte del padre será *iustus filius* siendo llamado a su herencia como *sui*. Por ello, no se planteaban problemas en relación con la apertura diferida de la sucesión *ab intestato*: el hijo póstumo siempre nacería *heres suus* puesto que no existía persona intermedia que le precediera en los derechos hereditarios⁹⁴.

2. SUCESIÓN DE OTROS ASCENDIENTES.-

Tampoco resulta problemático el caso del nieto concebido cuyo padre premuere al abuelo: resulta obvio que el póstumo deberá ser llamado a la herencia, puesto que se habría establecido la condición de *heres suus* por parte del nieto. En efecto, el establecimiento del vínculo potestativo entre nieto y abuelo se habría creado directamente, porque no existiría persona intermedia entre ellos. El nieto póstumo, dada la muerte sobrevenida del padre, habría

cumplir o que se había cumplido la condición resolutoria; en caso de sustitución, cuando se conocía que el primer instituido no entraba en la herencia; y en caso de nulidad sobrevenida del testamento, con el momento de la declaración de la misma.

⁹⁴ Como afirma CELSO, no se consideraba que falleciera sin hijos el que dejó a su mujer embarazada: D. 50, 17, 187 (147).- (*CELSUS libro XVI Digestorum*).- *Si quis praegnantem uxorem reliquit, non videtur sine liberis decessisse*. Vid. PESCANI, “Il piano del Digesto e la sua attuazione”, *op. cit.*, p. 346; MARTA, “*Liberorum quaerundorum causa*”. *L’image ideale du mariage et de la filiation a Rome*”, en *RIDA*, XXVIII, 1991, p. 346 y FILIPPO, “*Sulla definizione celsina del diritto*”, en *SDHI*, LIII, 1987, p. 43.

ocupado por *successio in locum* su lugar entrando, al verificarse su nacimiento, en la categoría de los *heredes sui* del abuelo.

Mayor dificultad, sin embargo, ofrece el caso del nieto concebido en vida del abuelo cuyo padre le precede al tiempo del fallecimiento de aquél. Se cumpliría la condición de la concepción del nieto en vida del abuelo, pero existiría un problema en relación con la fijación de la cualidad de *heres suus*. En efecto, cuando el abuelo muere, el que ostenta la posición de *heres suus* y todos los derechos hereditarios es el padre, no pudiendo el nieto fijar su posición de *heres suus*, porque entre abuelo y nieto no existiría vínculo agnaticio directo; sólo con posterioridad a la muerte del abuelo —cuando muere el padre— entre éste y el nieto no habría persona intermedia, pero como en ese tiempo el abuelo habría fallecido ya no podría establecer el vínculo directo e inmediato que se exigía; por ello, nunca podría ser *heres suus*. A este respecto, podría darse el caso de que en la apertura de la sucesión intestada el nieto ostentara la posición de *heres suus* que no tenía en el momento del fallecimiento del abuelo, planteándose la cuestión acerca de si será llamado a la herencia o será rechazado por precederle en sus derechos el padre. En otras palabras, se trata de averiguar en que momento el nieto póstumo debía fijar su cualidad de *heres suus*: en el del fallecimiento del causante o en el de la apertura de la sucesión.

Para una mayor claridad en la exposición se debe hacer referencia previamente al régimen jurídico que se seguía en relación con los nietos y bisnietos ya nacidos que concurrían a la herencia del abuelo o bisabuelo para poder analizar posteriormente el supuesto de los concebidos:

A. Régimen jurídico de nietos y ulteriores descendientes ya nacidos:

Ya se ha mencionado que un descendiente se consideraba *heres suus* del causante cuando estaba sometido a su *potestas*. A este respecto, las fuentes establecen de forma clara que esa sumisión potestativa debía ser inmediata y directa en el momento del fallecimiento del causante; en caso contrario, el nieto o bisnieto no serían llamados a la herencia⁹⁵. En definitiva, para que el nieto fuera *heres suus* no era suficiente estar *in potestate avi mortis tempore*,

⁹⁵ KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, op. cit., p. 95; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte Privatrecht*, op. cit., II, p. 2.880; KIRK, “*Suus heres*”, op. cit., p. 162; LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, op. cit., p. 416, entre otros, han incluido en la categoría de los *sui heredes* los *nepotes ex filio* cuyo *pater* vive en el momento de la muerte del abuelo. En nuestra opinión, esta inclusión sólo es cierta para épocas posteriores, puesto que en época arcaica la concepción familiar existente impedía que pudiera concebirse un *heres suus* que no estaba sometido a la *patria potestas* directa y a quién le precedía el padre en sus derechos hereditarios.

sino que era necesario además que el padre hubiera dejado de ser *suus heres* en vida del abuelo: sólo así el nieto *in locum sui patris succedunt*⁹⁶:

GAYO III, 2.- ...*Ita demum tamen nepos neptisue et pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione. Nam si per id tempus quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.*

GAYO II, 156.- ...*Sed uti nepos neptisue suus heres sit, non sufficit eum in potestate aui mortis tempore fuisse, sed opus est ut pater quoque eius uiuo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisue in locum sui patris succedunt.*

Habitualmente los nietos o bisnietos no eran llamados a la herencia, puesto que el padre era el que ostentaba todos los derechos hereditarios como *heres suus* y sólo *si praecedens persona desierit in potestate parentis esse*, por muerte, por emancipación o por cualquier otra causa que originara la liberación de la *patria potestas*, el nieto o bisnieto sería objeto de *vocatio*; a partir de ese momento *in parentis sui locum succedere*⁹⁷. Si al tiempo de la muerte del abuelo el padre se encontraba bajo su *patria potestas*, *nepos ex eo suus heres esse non potest*⁹⁸.

⁹⁶ D. 38, 16, 1, 4.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt; quod naturali aequitate contingit.* I. 3, 1, 2.- (DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR).- ...*Ita demum tamen nepos neptisue, pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest.*

⁹⁷ GAYO III, 8.- *Et quia placebat nepotes nepteuse, item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere...*; D. 38, 16, 1, 4.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt...*; I. 3, 1, 2.- (DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR).- ...*Ita demum tamen nepos neptisue, pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione...*

⁹⁸ Vid. RABELLO, “L’acquisto della “*patria potestas*”, *op. cit.*, p. 210 y VOLTERRA, “L’acquisto della *patria potestas* alla morte del *paterfamilias*”, en LABEO, XXI, 1975, p. 175.

En caso de que la *delatio* coincidiera con la muerte del abuelo, no habría problema alguno, ya que sería llamado a la herencia el padre y no el nieto. Pero podía ocurrir que la apertura de la sucesión intestada se difiriera en el tiempo, abriéndose cuando ya el padre hubiera muerto; en este caso, el nieto ostentaría la posición de *heres suus* en la apertura de la sucesión pero no antes como exigían las fuentes. Por ello, parece claro que el nieto no sería llamado a la herencia puesto que el tiempo relevante para la *vocatio* sería el tiempo del fallecimiento y en ese momento el nieto no ostentaba la posición de *heres suus*.

Sin duda la evolución de la sucesión testada produciría una proliferación de situaciones problemáticas e injustas por la, cada vez más frecuente, apertura diferida de la herencia legítima; problemas e injusticias que se harían más acusados en el caso de que existiera un solo hijo que muriera dejando a un solo nieto que no podría ser llamado a la herencia del abuelo por no ostentar la cualidad de *heres suus* al tiempo de su fallecimiento. Estas situaciones se considerarían inaceptables debido a la rigurosidad del *ius civile*⁹⁹ y, unidas al progresivo abandono del modelo agnaticio de familia, originarían algunos cambios en la regulación de la sucesión intestada, que se encuentran reflejadas en las fuentes jurídicas. Como afirma GAYO en sus Instituciones, el pretor impuso determinados remedios para resolver las arbitrariedades a que daba lugar el *ius civile*¹⁰⁰: entre ellos, la llamada a la herencia a personas que carecían de derecho conforme a la ley de las XII Tablas, como si hubieran estado bajo la potestad al tiempo de la muerte del *de cuius*: *proinde ac si in potestate parentis morte temporis fuissent*¹⁰¹.

En este sentido resulta lógico pensar que a medida que los lazos cognaticios iban adquiriendo importancia en detrimento del vínculo agnaticio, también perdiera valor el concepto de *heres suus* posibilitándose que el nieto fuera llamado a la herencia del abuelo si al tiempo en que se abría la sucesión no le

⁹⁹ Así lo pone de manifiesto en GAYO en Instituciones III, 18.- *Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates; quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere*. Vid. GIOFFREDI, “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano”, en BIDR, LXX, 1967, p. 230 y DILIBERTO, “Considerazioni intorno al commento di Gaio alle 12 tavole”, en INDEX, XVIII, 1990, p. 425.

¹⁰⁰ GAYO III, 25.- *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*.

¹⁰¹ GAYO III, 26.- *Nam liberos omnes qui legitimo iure deficiuntur, uocat ad hereditatem, proinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, siue soli sint siue etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant*. Este fragmento pone de relieve nuevamente que el momento trascendental a efectos de la *vocatio* es el del fallecimiento del causante; de ahí que el llamamiento a otras personas se efectúe a través de una asimilación a los *heredes sui*, esto es, como si hubieran estado sometidos a la potestad del ascendiente en el momento de su muerte. I. 3, 1, 4.- (*DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR*).- *Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur...* Vid. VOCI, “Il diritto ereditario romano nell’ età del tardo imperio”, en IURA, XXIX, 1978, p. 21.

precedía su padre. Todo ello desemboca en el desplazamiento del tiempo en el que se exigía la cualidad de *heres suus* del fallecimiento a la apertura de la sucesión intestada: serían llamados los *heredes sui* que existieran en el momento en que se abría la sucesión *ab intestato*, con independencia que hubieran ostentado dicha cualidad o no al tiempo de la muerte del causante. En definitiva, ya no se atiende al fallecimiento del causante sino *quum intestatum decessisse certum est*¹⁰².

D. 38, 16, 2, 6.- (ULPIANUS libro XIII ad Sabinum).- *Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, quum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, quum intestatum decessisse certum est. Secundum quae, etsi suus erat, qui praecedebat, vel consanguineus, si nemo eorum quum repudiatur hereditas, vivit; proximum eum accipimus, qui tunc, quum repudiatur hereditas, primus est.*

Este deterioro que sufrió el concepto de vínculo agnaticio seguramente originó el abandono de la figura del *heres suus* como persona sometida directamente a la potestad del causante¹⁰³. Adquiere relevancia entonces la idea de la *vocatio* o *deferre hereditatem* en el sentido de que lo importante era que la herencia, en el momento de la apertura de la sucesión intestada, no hubiera sido deferida anteriormente a otra persona. Así, como se afirma en D. 38, 16, 1, 8, puede ser *heres suus* el nieto a quién le precedía el padre en el momento del fallecimiento del abuelo, siempre y cuando en el momento en que se abra la sucesión intestada *quoaniam nec delata est filio hereditas*¹⁰⁴:

¹⁰² I. 3, 1, 7.- (DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR).- *Quum autem quaeritur, an quis suus heres existere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse: quod accidit et destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus, et, filio mortuo postea, certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avos suus heres existet, quia, quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos: et hoc certum est.* Como se desprende de este texto la cualidad de *heres suus* se tiene que cumplir *quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias* y no en el momento de la muerte de éste. Por lo tanto, si esta condición se debía cumplir para los nietos ya nacidos, la misma solución se adoptaría para los nietos póstumos.

¹⁰³ Vid. GAYO III, 27; D. 37, 8, 3 y D. 37, 9, 1, 13. En el edicto pretorio se abandona la importancia que tenía el vínculo agnaticio en la *vocatio ab intestato*, situando junto a los descendientes llamados por el *ius civile* a otros descendientes que estaban unidos con el causante sólo por lazos de cognación, como el hijo emancipado o adoptado, que no habían sido objeto de *vocatio* al haber salido de la familia paterna y faltar el vínculo agnaticio. Vid. COSENTINI, “Breve nota sull’origine dell’edictum “de coniungendis cum emancipatio liberis eius”, en *Studi Solazzi, Napoli*, 1948, pp. 219 y ss.

¹⁰⁴ BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, *op. cit.*, p. 342.

D. 38, 16, 1, 8.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Sciendum est autem, nepotes et deinceps interdum, etiam si parentes eos mortis tempore praecesserunt, tamen posse suos heredes existere, quamvis successio in suis heredibus non sit; quod ita procedit, si paterfamilias testamento facto decesserit exheredato filio, mox deliberante herede instituto filius decessit, postea deinde repudiavit heres institutus; nepos poterit suus heres esse, ut et Marcellus libro decimo scripsit, quoniam nec delata est filio hereditas. Idem erit dicendum, et si filius ex asse sub conditione decesserint; nam dicendum erit, suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis, vel saltem concepti fuerint; idque et Iuliano et Marcello placet.*

El propio discurso contenido en el fragmento evidencia la posición que se viene manteniendo respecto a que originariamente la condición de *heres suus* se exigía en el momento de la muerte del abuelo y que el desplazamiento temporal de la exigencia se arbitró como remedio frente a la rigurosidad del *ius civile*. Lo anterior se desprende del modo en que presenta el texto la sucesión de los nietos que al tiempo de la muerte les ha precedido el padre; en efecto, la sucesión de aquellos a quienes *parentes eos mortis tempore praecesserunt* se presenta como algo excepcional: prueba de esta excepcionalidad no son sólo las expresiones con que el texto se refiere a ellos —*tamen posse suos heredes existere; quamvis successio in suis heredibus non sit*, etc...— sino también los dos ejemplos que se citan:

- El primero hace referencia a un abuelo que instituye heredero a un extraño, desheredando al hijo que muere mientras el heredero se encuentra deliberando; si el heredero repudia finalmente la herencia, el nieto podrá heredar puesto que, como se ha dicho anteriormente, *quoniam nec delata est filio hereditas*.
- El segundo se refiere al testador que instituye heredero a un hijo bajo condición, muriendo éste cuando la condición todavía no se había cumplido y dejando a un nieto: en este caso, *idem erit dicendum*.

En ambos supuestos se adopta la decisión de que el momento relevante es la apertura de la sucesión, bastando que en ese tiempo el nieto ostente la cualidad de *heres suus*, esto es, que no le preceda su padre; y se adopta esa decisión porque se trata de supuestos donde la solución contraria —requerir la cualidad de *suus* en el fallecimiento— hubiera llevado al rechazo del nieto en

la sucesión legítima, situación injusta que se solventó mediante el desplazamiento temporal en que se exigía que al heredero no le precediera nadie en sus derechos.

Otro de los textos donde queda reflejada claramente la nueva orientación es D. 28, 2, 9, 2¹⁰⁵, que, aunque se encuentra interpolado de forma evidente¹⁰⁶, la parte inicial y final si se muestran coherentes con la nueva visión del tiempo relevante para exigir la condición de *suus* al heredero: *ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur*:

D. 28, 2, 9, 2.- (PAULUS libro I ad Sabinum).- *Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Iulianus, et Pomponius, et Marcellus aiunt. Diversumque est, si in hostium potestate filius sit, et decesserit in eodem statu; rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscisum, ut superiore casu, fuerit. Sed et si heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam haec verba: "si intestato moritur", ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.*

El fragmento parte de un supuesto en el que el testador deshereda a un hijo e instituye heredero a un extraño. El nieto no es mencionado en el testamento, pero al no ostentar la posición de *suus* en ese momento lo cierto es que el testador no tenía obligación de nombrarle¹⁰⁷; al morir el testador, el hijo des-

¹⁰⁵ Vid. D'ORS, "Sobre 12 Tab. 5.7ª: "Si furiosus escit...", en AHDE, L, 1980, p. 801.

¹⁰⁶ En este sentido BESELER, "Miscellanea", en ZSS, XLV, 1925, pp. 200 y ss.; RATTI, *Studi sulla captivitas*, Napoli, 1980 (también "Studi sulla captivitas (II) Patria potestà-tutela-matrimonio", en BIDR, XXXV, 1927, pp. 165 y ss.) y ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 211 y ss. En contra, LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., pp. 67 y ss., que entiende que el texto no se encuentra interpolado. A nuestro juicio, la parte intermedia del texto es un añadido claro, puesto que se introduce su supuesto distinto al que se está comentando, que es el del hijo que ha sido apresado por los enemigos, que no tiene nada que ver con el resto del fragmento.

¹⁰⁷ Como se comprobará en el capítulo correspondiente a la sucesión testamentaria, la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* únicamente obligaba al testador a nombrar a los descendientes que, en el momento de la redacción del testamento, ostentaran la cualidad de *sui*, esto es, se encontraran directamente sometidos a su *patria potestas*. Sólo a partir de la *lex Iunia Vellaea* pudieron ser instituidos herederos o desheredados los descendientes que al tiempo de testar no ostentaban la cualidad de *sui*, porque les precedía algún ascendiente.

heredado todavía vive aunque fallece mientras el heredero se encuentra deliberando. La conclusión a la que llega el texto es que el nieto será heredero legítimo del abuelo si el heredero instituido en el testamento no hubiera adido la herencia porque en el momento en que se abre la sucesión intestada ostentaba la cualidad de *heres suus*, aunque al tiempo de la muerte le precediera el padre.

La evolución sufrida en la regulación de la *vocatio* de los nietos y bisnietos en la herencia del abuelo sin duda debió influir de forma notable en la llamada de los póstumos, discuriendo un desarrollo paralelo al que se acaba de exponer. De hecho, GAYO II, 133 considera póstumos a los nietos ya nacidos que suceden en lugar del padre por premuerte de éste¹⁰⁸; esta identidad conceptual sin duda se vería reflejada en la identidad de soluciones jurídicas que se ofrecerían.

B. Régimen jurídico de nietos y ulteriores descendientes póstumos:

Teniendo en cuenta lo que se ha expuesto en relación con la llamada a la herencia de los nietos y bisnietos ya nacidos así como la rigurosidad de las normas del *ius civile*, en relación con los nietos póstumos, tampoco sería suficiente con que éstos estuvieran concebidos en el momento del fallecimiento del abuelo, sino que debía exigirse además que el padre hubiera muerto en vida de éste, para que se fijara en la concepción el vínculo potestativo directo entre abuelo y nieto que garantizaría la adquisición del *status* de *heres suus* a su nacimiento.

Posteriormente, cuando la evolución jurídica experimentada por la sucesión *mortis causa* permitió que un nieto a quién le precedía el padre en la muerte del abuelo pudiera ser llamado a la herencia —siempre y cuando que el padre hubiera muerto al tiempo de la apertura de la sucesión intestada y no le hubiera sido deferida la herencia— se debió admitir también esa circunstancia en relación con el nieto póstumo: carecería de sentido mantener la exigencia de que la fijación de la cualidad de *heres suus* por el nieto concebido se estableciera en el momento del fallecimiento, bastando ahora con que fijara dicha cualidad en la apertura de la sucesión.

¹⁰⁸ GAYO II, 133.- *Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes; ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemue in potestate habeam, quia filius gradu praecedat, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius meus me uiuo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur.* Vid. HANARD, “*Observations sur l’adgnatio*”, en *RIDA*, XXVII, 1980, pp. 169 y ss., en especial vid. p. 173.

En este sentido, D. 38, 16, 1, 8, ya citado, que permitía la *vocatio* del nieto a quién le precedía su padre cuando el abuelo moría, justificaba tal admisión en que *quoniam nec delata est filio hereditas*. El cambio de postura se basa en que ahora se exige únicamente que el heredero exista en el momento de la muerte del causante; al no mencionar la sujeción directa a la patria potestad del causante, se elimina implícitamente tal requisito en ese tiempo. A continuación, en el fragmento, ULPIANO añade que ese requisito se cumple tanto si el heredero se encuentra *in rebus humanis vel saltem concepti*¹⁰⁹.

De todo lo anterior se desprende que la concepción del póstumo cuando el abuelo fallece, se mantiene como exigencia ineludible: *quoniam mortis tempore qui in utero est*, porque es cuando se establecen los vínculos cognaticios entre ambos¹¹⁰, pero se elimina la exigencia de que el padre del concebido haya premuerto en ese tiempo:

D. 38, 16, 6.- (*IULIANUS libro LIX Digestorum*).- *...Titius exheredato filio extraneum heredem sub conditione instituit; quaesitum est, si post mortem patris pendente conditione filius uxorem duxisset, et filium procreasset, et decessisset, deinde conditio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. Respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres, neque*

¹⁰⁹ D. 38, 16, 1, 8.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *...si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis, vel saltem concepti fuerint; idque et Iuliano et Marcello placet*. Este cambio de orientación también se evidencia en D. 38, 16, 1, 11 al incluir en el grupo de los consanguíneos también a los que *in utero fuit, vel post mortem patris nati*: D. 38, 16, 1, 11.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Non solum autem naturales, verum etiam adoptivi quoque iura consanguinitatis habebunt cum his, qui sunt in familia, vel in utero, vel post mortem patris*.

¹¹⁰ JULIANO niega la concesión de la *bonorum possessio* a los nietos póstumos concebidos *post mortem* del causante, precisando que aquellos no podían llamarse *cognati*, puesto que es un abuso: D. 38, 16, 8, *pr.*- (*IULIANUS libro LIX Digestorum*).- *...Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, se per abusionem, vel potius ἀναφορικῶς (per relationem) accidit*. Vid. también I. 3, 1, 8.- (*DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR*).- *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre eius, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desetoque postea avi testamento, suus heres avo non existet, quia nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit*. En este fragmento se pone de manifiesto que los vínculos cognaticios se establecen entre abuelo y nieto si coexistían en el momento de la muerte del abuelo; por lo tanto, si es concebido en vida del abuelo y el testamento queda desierto tras la muerte del padre, será *heres suus* de aquél, circunstancia que no se dará si es concebido tras la muerte del abuelo, porque *nullo iure cognationis patrem sui patris tetigit*.

bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit;

En este fragmento un testador había desheredado al único hijo *in potestate* e instituido heredero a un *extraneus* bajo condición. El hijo célibe a la muerte del *pater* había contraído matrimonio después, concibiendo un hijo, todo ello mientras estaba pendiente la condición de la institución de heredero. Una vez verificada la condición en sentido desfavorable para el instituido, la *heredis institutio* decaía y con ella todo el testamento. JULIANO fue consultado sobre el derecho del nieto a la herencia del abuelo, contestando que *qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tanquam suus heres*, puesto que, según el jurista, las XII Tablas admitían a la sucesión *ab intestato* solo a aquellos *qui moriente eo de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*¹¹¹.

Ahora tan sólo será necesario que la concepción se verifique en el momento de la muerte del abuelo, llamando a la sucesión legítima al nieto *si mortis avi tempore in utero nepos fuit*. Desaparece así el requisito de la sumisión directa a la *patria potestas* al tiempo de la muerte, resquicio de la familia agnaticia del *ius civile*, y de ahí que se tenga en cuenta el tiempo de la apertura de la sucesión intestada, llamando a la herencia no al que fue *heres suus* en el momento de la muerte del causante, sino *quum intestatum decessisse certum est*, siempre y cuando el que le precedía no vivía en ese momento, *nemo eorum quum repudiatur hereditas vivit*¹¹².

En relación con la exigencia de la cualidad de *heres suus* al nieto póstumo, el mismo supuesto relatado en D. 38, 16, 1, 8, pero esta vez referido expresamente a los nietos concebidos, se contiene en D. 28, 3, 6, pr.:

D. 28, 3, 6, pr.- (ULPIANUS libro X ad Sabinum).-
Si quis filio exheredato nuru praegnante relicta de-

¹¹¹ Para matizar esta regla de las XII Tablas, en D. 38, 16, 7 se añade un fragmento de CELSO a fin de dejar claro que a efectos de esa regla, basta que el heredero esté concebido para entender que *in rerum natura fuerit, puesto que quodammodo in rerum natura esse existimatur*. D. 38, 16, 7.- (CELSUS libro XXVIII Digestorum).- *vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*.

¹¹² D. 38, 16, 2, 6.- (ULPIANUS libro XIII ad Sabinum).- *Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, quum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, quum intestatum decessisse certum est. Secundum quae, etsi suus erat, qui praecebat, vel consanguineus, si nemo eorum quum repudiatur hereditas, vivit; proximum eum accipimus, qui tunc, quum repudiatur hereditas, primus est*.

cesserit, et extraneum sub conditione instituerit, et pendente conditione post mortem patris, vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate, exheredatus filius decesserit, et nepos fuerit natus, an rumpat testamentum? Et dicemus, testamentum non rumpi, quum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecebat. Plane si forte institutus omiserit hereditatem, hunc avo suo futurum heredem ab intestato, non dubitatur. Utrumque propriis rationibus, nam agnascendo quidem is rumpit, quem nemo praecebat mortis tempore, ab intestato vero is succedit, cui ante eum alii non est delata hereditas; non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, quum deliberante instituto decesserit. Se haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit; ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem, vel ad bonorum possessionem posse admitti.

El fragmento parte de la desheredación de un hijo y la institución bajo condición de un extraño. A la muerte del testador, la mujer del *filiusfamilias* desheredado se encuentra embarazada y la condición puesta a la institución de heredero pendiente de cumplimiento. La cuestión que se plantea es si el nieto póstumo rompería el testamento en el caso de que el hijo desheredado muriera mientras la condición se encuentra pendiente o mientras el instituido heredero todavía no ha adido la herencia. La respuesta es clara: el testamento no se rompe puesto que el abuelo no tenía obligación de desheredar al nieto *quem pater praecedebat*. Sin embargo, a continuación, se establece que si el instituido heredero no acepta la herencia, entonces el nieto póstumo será llamado a la herencia intestada del abuelo porque en esta modalidad sucesoria sucede *cui ante eum alii non est delata hereditas*.

El texto, a nuestro juicio, contiene una alteración en la solución ofrecida para la herencia intestada del abuelo, ya que establece como tiempo relevante para la exigencia de la cualidad de *heres suus* en el nieto póstumo el de la apertura de la sucesión intestada y no el de la muerte del causante. Se observa que la solución se encuentra en contradicción con las normas del *ius civile*, siendo bastante probable que pertenezca a una etapa más avanzada. La concepción del *ius civile* se encuentra reflejada claramente en el fragmento para el supuesto de la sucesión testada: el nieto no rompe el testamento del abuelo y no lo rompe porque no era *heres suus* al tiempo de su muerte; de ahí que el abuelo pudiera preterirlo. No resulta lógico que se excluya al nieto de la herencia tes-

tamentaria y se le admita en la *ab intestato*: si es rechazado en una por no ostentar la cualidad de *heres suus* también debería haber sido rechazado en la otra. No obstante, no es extraño pensar que tal rigidez debió ser solucionada de forma inmediata, trasladando el momento relevante en que se requería la condición de *heres suus* del causante del fallecimiento a la apertura de la sucesión. A medida que fue cambiando la concepción familiar, tornándose más relevantes los lazos cognaticios, las soluciones ofrecidas debieron ser distintas, siendo lógico que el nieto fuera llamado a la herencia del abuelo —aunque no hubiera consolidado la posición de *heres suus* en el momento del fallecimiento—, cobrando sentido la solución que consta en el texto¹¹³.

En la sucesión testamentaria se mantiene la solución respecto a la no ruptura del testamento por el nieto, puesto que lo que prima es el *favor testamentis*: se quiere mantener la voluntad del testador y las disposiciones ordenadas en el testamento¹¹⁴. Se busca, pues, que el testamento no decaiga, disponiendo el nieto no lo rompa, ya que el abuelo no tenía obligación de desheredarlo al no ser *heres suus* en el momento de su muerte. Pero el planteamiento cambia radicalmente en caso de que el heredero no acepte la herencia. Dado que el testamento decae por completo, y ya nada se puede hacer para salvar el mismo, probablemente se vió injusto que el único heredero del abuelo —el nieto póstumo— no fuera llamado a la herencia intestada, sólo porque en el momento de la muerte no podía considerársele *heres suus*. Siendo conscientes los juristas de la injusticia que se producía en estos casos, admitieron que la cualidad de *heres suus* se verificara en el momento de la delación *ab intestato* y no en el momento de la muerte del causante. De ahí el desplazamiento temporal en

¹¹³ Por lo tanto, debió ser posteriormente, cuando la familia agnaticia pierde su peso y va adquiriendo auge la familia cognaticia, cuando el hecho de que a la muerte del abuelo el padre todavía viviera no sería obstáculo alguno para admitir al nieto en la herencia del abuelo. Ello se pone de manifiesto en los textos de la compilación en los que se observa la ampliación de la categoría de los póstumos a los legítimos y consanguíneos: D. 29, 2, 30, 1.- (*ULPIANUS libro VIII ad Sabinum*).- ...*quoniam mortis tempore qui in utero ests, quantum ad moram faciendam inferioribus, et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur*. En un principio, el único póstumo que podía excluir a los herederos posteriores en grado era aquél que *suum heredem pariturus est*; el cambio de concepción familiar se observa en la ampliación de las dos categorías que se citan en el texto, esto es, el póstumo legítimo o consanguíneo: *qui legitimum vel consanguineum pariturus est*.

¹¹⁴ SUMNER (*Ancien Law. Its connection with the Early History of Society and its relation to Modern Ideas*, Boston, 1963, pp. 212 y ss.) utiliza la expresión “*horror of intestacy*” para dar a entender el temor que había a morir intestado; por ello defiende la existencia de un cierto deber moral, presente ya en la Roma arcaica, de expresar la última voluntad a través del testamento. En contra, vid. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 509) y GENZMER (“*La genèse du fideicommiss comme institution juridique*”, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XL, 1962, pp. 33 y ss.), que entienden que la sucesión testamentaria adquiere relevancia en la etapa clásica, ya que en la arcaica las fuentes atestiguan la escasez de formas de designación testamentaria.

el que se exige la fijación de la cualidad de *heres suus* al concebido: del tiempo del fallecimiento al de la apertura de la sucesión intestada, siendo por tanto la *delatio* el momento relevante a efectos de la *vocatio ab intestato*.

En conclusión, al adquirir relevancia la *vocatio* o *deferre hereditatem*, lo importante era que cuando se abría la sucesión intestada, la herencia no hubiera sido deferida con anterioridad a otra persona, siendo consecuencia principal esta interpretación la llamada a la herencia del causante de todos los *heredes sui* que existieran en el momento en que se abría la sucesión *ab intestato*, con independencia de que hubieran ostentado dicha cualidad o no al tiempo de la muerte del causante.

CAPITULO II

SUCESION TESTAMENTARIA CIVIL EN PRESENCIA DE UN *CONCEPTUS NONDUM NATUS*

- I. Introducción.
- II. Problemática previa al reconocimiento de la *vocatio ab intestato* del *postumus suus*: *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*.-
 - 1. Ruptura del testamento por nacimiento de un *suus*: ineficacia de la institución o desheredación del *conceptus* en el testamento.-
 - 2. Ruptura del testamento por *quasi agnatione*: la categoría de los *quasi postumi*.-
 - A. Adquisición de la cualidad de *sui* por causas distintas al nacimiento y con posterioridad a otorgar el testamento:
 - a) Personas extrañas a la familia con anterioridad a su ingreso como *sui*.
 - b) Personas que pertenecían a la familia con anterioridad a la adquisición de la cualidad de *sui*.
 - B. Recuperación de la cualidad de *sui* con posterioridad a la redacción del testamento.-
 - C. Formación de una familia agnaticia en tiempo posterior al otorgamiento del testamento.-
- III. Reconocimiento del *postumus suus* como *heres suus* desde la concepción: admisión de la *institutio heredis*, *exheredatio* y otras disposiciones testamentarias en su favor.-
 - 1. *Institutio heredis* del *postumus suus*: el *conceptus nodum natus* como persona cierta.-
 - 2. Requisitos *que* debe reunir el *postumus suus* para poder ser instituido heredero en testamento.-

- A. Concepción al tiempo de otorgar testamento: posiciones doctrinales.-
 - a) Teorías de la no exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento.
 - b) Teoría de la exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento.
 - c) Teoría intermedia: exigencia de la concepción al redactar el testamento en algunos supuestos.
 - d) Nuestra posición.-
 - B. Fijación de la posición de *suus*: tiempo en que se exige.-
 - 3. *Institución* hereditaria *ex partibus* y *ex conditione* del *postumus suus*.-
 - A. *Institutio postumi ex partibus*.-
 - B. *Institutio postumi ex conditione*.-
 - 4. Otras disposiciones testamentarias a favor del *postumus suus*: sustituciones, nombramiento de tutor y legados.-
 - A. Sustitución de un hijo póstumo.-
 - B. Nombramiento de tutor y disposición de legados a favor del póstumo.-
- IV. Progresivo desplazamiento del tiempo en que se exige la consolidación de la posición de *sui*.-
 - 1. Fórmula Aquiliana.-
 - A. Enunciación de la fórmula Aquiliana.-
 - B. Innovación de la fórmula Aquiliana.-
 - C. Naturaleza de la fórmula Aquiliana.-
 - D. Condiciones para la eficacia de la fórmula Aquiliana.-
 - E. Fórmula Aquiliana para los bisnietos.-
 - 2. *Lex Iunia Vellaea*.-
 - A. Novedades introducidas por la *lex Iunia Vellaea* respecto de los *quasi postumi*: traslado temporal de la exigencia de la cualidad de *sui* en los descendientes.-
 - B. Aplicación de la *lex Iunia Vellaea* a la *institutio heredis* de los *postumi sui*.-
 - a) Transformación del concepto de *postumus*: *qui post mortem parentis y qui post testamentum factum in vita nascantur*.-
 - b) *Institutio* o *exheredatio* directa de los *postumi*.-
 - c) Desplazamiento temporal de la exigencia de la cualidad de *sui* al póstumo al momento del nacimiento.-
 - C. Influencia de las innovaciones introducidas por la *lex Iunia Vellaea* en otras disposiciones testamentarias.-
 - 3. Desarrollo interpretativo de la fórmula Aquiliana y de la *lex Iunia Vellaea*.-

- A. Interpretación de la *lex Iunia Vellea* por JULIANO: desplazamiento del momento en que se exigía a los póstumos la cualidad de *sui* al tiempo del fallecimiento del causante.-
 - B. Interpretación extensiva de la *lex Iunia Vellaea* y de la fórmula Aquiliana a los casos de salida de la patria potestad por causas distintas al fallecimiento.-
 - a) *Successio in locum* por *emancipatio* e *interdictio aquae et igni*.-
 - b) *Successio in locum* por *captivitas*.-
4. Relevancia de la *delatio* respecto a la aplicación de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*.-

I. INTRODUCCION.-

Examinada la evolución que experimenta la sucesión *ab intestato* en presencia de un concebido, futuro heredero del causante, resulta necesario analizar el desarrollo que se produjo en la sucesión testada; evolución ésta más interesante, no sólo por la extensa producción jurídica presente en las fuentes, sino por el esfuerzo que se trasluce en las soluciones que se ofrecen en las mismas. Se debe tener en cuenta que los problemas que se planteaban en la sucesión testada por la existencia de un concebido no se reducían a dilucidar si éste tendría derecho a heredar o no, o si adquiriría la cualidad de *sui* o no; el nacimiento de un descendiente póstumo originaba la ruptura del testamento y, con ello, la frustración de la última voluntad del testador: legados, manumisiones, nombramientos de tutor, sustituciones, y, en general, cualquier disposición que éste hubiera previsto para después de su muerte quedaba anulada con la ruptura del testamento.

El reconocimiento, en el ámbito de la sucesión intestada, del *postumus suus* como *heres suus* del causante desde que estaba concebido debió influir, sin duda, de forma inmediata la sucesión testada; con anterioridad a este reconocimiento, mientras el póstumo estaba concebido, su institución o desheredación no era eficaz para dar cumplimiento a la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*, rompiendo el testamento a su nacimiento. El reconocimiento del *postumus* como *heres suus* del causante desde que estaba concebido, produce una inflexión en la regulación de esta materia: si los póstumos eran considerados *heredes sui* del causante en la sucesión *ab intestato*, en la sucesión testada les tenía que ser necesariamente de aplicación la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*.

No obstante, la admisión de la eficacia de la *institutio postumi* no resolvió todos los problemas de ruptura testamentaria por nacimiento de un descendiente póstumo, porque si éste consolidaba posteriormente al otorgamiento del testamento su posición de *sui*, su mención sería igualmente ineficaz para evitar su ruptura. En este punto, se produce un desarrollo idéntico al que se ha analizado en la sucesión intestada: como se recordará, los problemas en

éste ámbito se solventaron trasladando el tiempo en el que se requería la consolidación de la cualidad de *sui* al descendiente póstumo al momento de la apertura de la sucesión intestada, dejando de lado el del fallecimiento del causante, originariamente relevante a estos efectos; pues bien, como se verá a continuación, la clave para la solución de los problemas que se daban en la sucesión testamentaria, también viene dada por un progresivo desplazamiento del tiempo en el que se exige al póstumo la cualidad de *sui*.

De ahí que se produjera un desarrollo legal y jurisprudencial encaminado a prevenir los supuestos de ruptura testamentaria provocados por esta circunstancia conformando una interesante evolución en la materia, que tiene su punto de partida en la fórmula Aquiliana, siguiendo con la *lex Iunia Vellea* y concluyendo con las sucesivas interpretaciones que se llevan a cabo de una y otra.

II. PROBLEMATICA PREVIA AL RECONOCIMIENTO DE LA *VOCATIO AB INTESTATO DEL POSTUMUS SUUS: SUI HEREDES AUT INSTITUENDI SUNT AUT EXHEREDANDI*.-

La regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*¹¹⁵ obligaba a que el *paterfamilias* mencionara en su testamento a aquellos miembros de la

¹¹⁵ La regla se encuentra recogida en numerosos textos: D. 28, 2, 30.- (*GAIUS libro XVII ad Edictum provinciale*).- *Inter cetera, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, ne praeteritis istis rumpatur testamentum; namque filio, qui in potestate est, praeterito inutile est testamentum*; I. 2, 13, pr.- (*DE EXHEREDATIONE LIBERORUM*).- *Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit haec observatio, quam supra exposuimus. Sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patris filios mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum...*; ULPIANO XXII, 14.- *Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi, sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus*. GAYO II, 123.- *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio...* CICERON, *De oratore*, I, 57, 241.- *Ac tamen quae causae sunt eiusmodi, ut de earum iure dubium esse non possit, omnino in iudicium vocari non solent. Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum. Ergo in hoc genere iuris iudicia nulla sunt*; CICERON, *De oratore*, I, 38, 175.- *...de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et quem ei visum esset fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem*

familia que ostentaban la cualidad de *sui* en el momento en que se testaba, bien para ser instituidos herederos bien para ser desheredados¹¹⁶; si eran preteridos, el testamento se anulaba *ab initio*, impidiendo así que desplegara toda su eficacia y procediéndose a la apertura de la sucesión intestada¹¹⁷.

El problema que existía era que la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* era de aplicación muy rigurosa: únicamente regía respecto de los descendientes que estuvieran bajo la patria potestad directa del testador¹¹⁸

paternam testamento exheres filius. Nempe in ea causa quaesitum est de iure civile possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim. Respecto a este principio, vid. la monografía de LOPEZ-RENDO, *Fundamento de la regla "sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi" en el Ius civile*, Oviedo, 1991.

¹¹⁶ Para una visión general sobre la *exheredatio*, vid. CAMACHO DE LOS RIOS, "Exheredatio. Aproximación a un proceso de recepción", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 189 y ss.

¹¹⁷ Entre todas las disposiciones que podía contener el testamento romano —legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, manumisiones, etc.— la más importante es la *heredis institutio, caput et fundamentum totius testamenti* y de la que deriva su fuerza, según GAYO II, 229: *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*. La importancia de esta disposición se vislumbra en el hecho de que si el testamento no contenía designación de heredero o esta designación devenía nula, el resto de disposiciones se anulaban también: los fideicomisos del testador, los legados ordenados a favor de algunas personas, las manumisiones, etc... quedaban sin efecto alguno. Por ello, la preterición de alguno de los *heredis sui* era una de los problemas que más actividad jurisprudencial generaron, puesto que al hacer *nullius* o *inutile* la *heredis institutio*, impedían la vigencia *ab initio* del testamento y provocaban la apertura de la sucesión *ab intestato*, sin que se respetara la última voluntad del testador. Respecto a la institución de heredero testamentaria, vid., entre otros, PAMPALONI, "Studi sull'istituzione di erede nel diritto romano e moderno", en *Studi Senesi, Siena*, 1.888, pp. 39 y ss.; MASCHI, "La solennità della heredis institutio", en *Aegyptus*, XII, 1937, pp. 197 y ss.; VISMARA, "Appunti intorno alla heredis institutio", en *Studi Besta*, III, pp. 301 y ss.; IDEM, *Herodem instituere*, Milano, 1940, pp. 1 y ss.; VOGEL, "Über die bedigte Erbeinsetzung von sui heredes nach ius civile", en *ZSS*, LXVIII, 1951, pp. 490 y ss.; ARCHI, "Contributo alla critica del "Corpus iuris". CI 6, 23, 24 e I. 2, 20, 34, in tema di "heredis institutio", en *IURA*, V, 1954, pp. 171 ss.; MASCHI, "Ancora sulla solennità della "heredis institutio", en *Scritti Giuffrè*, I, pp. 643 y ss.; LENEL, "Zur Geschichte der "heredis institutio", en *LABEO*, XII, 1966, pp. 358 y ss.; MIQUEL, "Preterición y argumento histórico" (comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de PERALTA ESCUER, *Derecho y argumentación Histórica*, Lérida, 1999); TORRENT, "Sucesión testamentaria", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 49 y ss.; HERRERA CAMPOS-MARTOS CALABRUS, *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998; ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999.

¹¹⁸ ULPIANO XXII, 14.- *...sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus.* Según ULPIANO, los *heredes sui* del *paterfamilias* son los *filii in potestate* naturales y los nietos cuyo padre hubiera premuerto, así como los que *filiorum loco sunt*, esto es, los adoptados, arrogados y la *uxor* o la *nurus in manu*.

cuando éste redactaba su testamento; no afectaba, por tanto, a personas que pudieran convertirse en *sui* en un futuro pero que no ostentaban esa posición en el momento en que el *paterfamilias* se decidía a testar. A tal respecto, se entendía que era superfluo desheredar a alguien que no era heredero y que su institución, si se había hecho, respondía a otras causas que no eran la de dar cumplimiento a la citada regla¹¹⁹.

Conforme a lo anterior, cualquier variación de circunstancias que llevara consigo la adquisición de la cualidad de *suus* por parte de algún miembro de la familia, nacimiento de un hijo, muerte o salida de la *patria potestas* de algún *filiusfamilias*, adopción o arrogación de un nuevo miembro, celebración de matrimonio legítimo del *pater* o de alguno de sus hijos, etc..., afectaría al testamento porque, aunque éste naciera válido, ese cambio de circunstancias ocasionaría irremediablemente su nulidad. Esta situación no tenía importancia si el testador todavía vivía cuando se producía esa variación, ya que únicamente llevaría consigo la incomodidad de volver a otorgar un nuevo testamento que incluyera al nuevo *heres suus*; sin embargo, la situación era especialmente delicada si la variación tenía lugar cuando el testador ya había muerto: la nulidad del testamento significaría que éste fallecería intestado, sin que la última voluntad —que había tenido la previsión de manifestar en vida— se hubiera respetado.

¹¹⁹ Esta rigurosidad en la aplicación de la regla del *ius civile* se entiende por la especial posición que el ordenamiento jurídico reservaba a los *heredes sui*. En efecto, según D. 28, 2, 28, a la muerte del *paterfamilias* los *sui* sólo podían ser instituidos herederos en testamento o desheredados, ya que en caso de que ninguna de estas situaciones se produjera pasarían *ipso iure* a ser herederos *ab intestato*: D. 28, 2, 28, pr.- (*TRYPHONINUS libro XX. Disputationum*).- *Filius a patre, cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis, quam exheredationis; dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia, dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit...* El texto relata el caso de un padre que instituye heredero bajo condición a su hijo, disponiendo que en caso de que la condición no llegara a cumplirse, lo desheredaba. Se plantea que ocurriría si el hijo fallece estando pendiente la condición y TRIFONINO responde que el hijo muere ostentando la posición de heredero intestado del padre porque durante su vida ni fue heredero testamentario ni llegó a estar desheredado. Si un *suus* era preterido en testamento no por ello dejaba de ser heredero del padre y, por tanto, la presencia de un heredero de derecho propio fuera del testamento llevaba consigo problemas evidentes: por un lado, la originaria posición de *heres* que ocupaba el preterido hacía que éste ostentara dicho título, salvo que el testador le hubiera desheredado; pero, por otro lado, no podía existir a la vez un heredero testamentario y otro intestado, puesto que ambas sucesiones eran incompatibles entre sí. Así, puesto que no podía excluirse al preterido de la sucesión, por el derecho a la herencia del *paterfamilias* inherente a su condición de *suus*, ni se le podía despojar de esa cualidad si no lo había hecho el testador, la única solución posible era la anulación de la *heredis institutio* y con ella la del testamento en su integridad, cediendo la sucesión testada frente a la intestada para que el heredero de derecho propio ocupara la posición que le correspondía originariamente.

Las situaciones que, según las fuentes, pueden dar lugar a la ruptura del testamento por agnación de un *suus* se pueden dividir en dos grupos: por un lado, el nacimiento de un descendiente póstumo del testador y, por otro, aquellas situaciones que se pueden asimilar a tal nacimiento y que comprenderían casos como la adopción o arrogación de alguna persona, el matrimonio del *paterfamilias* o alguno de sus *fili*i mediante la *conventio in manu*, la *erroris* o la *anniculi causae probatio*, el regreso a la patria potestad familiar del hijo manumitido de la primera o segunda *mancipio* y la premuerte o salida de la patria potestad de un descendiente que originaría la adquisición de la cualidad de *suus* por el del grado posterior.

Se debe advertir que el origen de la problemática en ambos casos es idéntica: tanto en el nacimiento de un póstumo como las situaciones a ésta asimiladas se produce la ruptura del testamento por su preterición y esta ruptura viene motivada por la falta de eficacia de la institución o desheredación de estas personas con anterioridad a que hubieran adquirido la cualidad de *sui*.

1. RUPTURA DEL TESTAMENTO POR NACIMIENTO DE UN *SUUS*: INEFICACIA DE LA INSTITUCIÓN O DESHEREDACIÓN DEL *CONCEPTUS* EN EL TESTAMENTO.-

Teniendo en cuenta el paralelismo existente entre sucesión intestada y testada, es lógico pensar que, con anterioridad al reconocimiento de la *vocatio ab intestato* del *postumus* por parte de la jurisprudencia, éste tampoco fuera considerado *heres suus* del testador hasta su nacimiento. Precisamente por ello, mientras estaba concebido su institución o desheredación no era eficaz para dar cumplimiento a la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*. Sin embargo, cuando nacía, esa misma regla comenzaba a regir, ocasionando la ruptura del testamento por preterición del póstumo, que entonces sí ostentaba la posición de *sui*. El testador, pues, no podía dar cumplimiento a la regla vigente en el *ius civile* ni podía evitar la ruptura del testamento, porque en el momento de testar no sólo no tenía obligación de mencionar al futuro heredero sino que, en el caso de que lo instituyera heredero o lo desheredara, dicha mención sería inútil a éstos efectos.

El origen del problema en relación con los póstumos residía, pues, en la ineficacia de su institución o desheredación mientras estaba concebido, y ello porque no se le consideraba *suus* actual del testador. Y a este respecto, se debe adelantar nuestra disconformidad con la tesis que sostiene que la ruptura del testamento se debía a la imposibilidad de instituir heredero al póstumo por estar considerado una persona incierta; el *postumus suus* podía ser una persona

futura, pero no incierta, porque sus tres *status* quedaban fijados en el momento de la concepción, consolidándose de forma inmutable hasta su nacimiento. Como ya se afirmó al analizar la regla aplicable para la fijación del *status*, ésta era la clave para comprender el diferente régimen sucesorio del *postumus suus* y del *alienus* o *extraneus*: el primero será considerado persona cierta, pudiendo ser instituido heredero, mientras que tal posibilidad le está vetada al segundo, al ser persona incierta.

La idea de que el *conceptus*, originariamente, no estaba considerado *suus* del testador se puede observar en las fuentes, por un lado, por el diferente régimen jurídico existente para el caso de que la preterición fuera de un hijo ya nacido o de un hijo póstumo y, por otro, por la validez inicial otorgada al testamento en el que se omitía a un hijo concebido y el mantenimiento de esa validez en el supuesto de que se produjera un aborto.

Por lo que se refiere a la validez inicial del testamento en el que no se había mencionado a un póstumo, GAYO lo expresa claramente en sus Instituciones:

GAYO II, 131.- *Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis siue feminini sexus siue masculini praeterito ualeat quidem testamentum, sed postea agnatione postumi siue postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum facerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam.*

Si el testamento en el que un póstumo ha sido preterido es válido, ello no puede deberse a otra razón más que a que éste no fuera considerado *suus* del testador; de esta forma, la existencia de un *conceptus* cuando se perfeccionaba el testamento no tenía relevancia alguna ya que no le afectaba la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: si un *paterfamilias* se decidía a otorgar testamento no sólo no tenía obligación de mencionar al *conceptus nondum natus* sino que, en el caso de que lo instituyera heredero o lo desheredara, dicha mención sería inútil a los efectos de dar cumplimiento a la regla vigente en el *ius civile*. Si el testamento nacía válido, resulta lógico que mantuviera su validez en caso de que se produjera un aborto¹²⁰: si el concebido no llegaba a nacer se entiende que nunca existió un *suus* porque era el nacimiento el que otorgaba

¹²⁰ Vid. también C. 6, 29, 2.- (*Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. SOTERICO*).- *Uxor abortu testamentum maritii non solvi...*

dicha posición; por ello, como afirma GAYO, *nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam*. Sin embargo, si posteriormente el hijo póstumo nacía, el testamento se rompía por preterición de un *suus* del testador¹²¹.

En cuanto al diferente régimen jurídico que existía para los casos de preterición de un hijo ya ha nacido y de un concebido, se pone de manifiesto, en primer lugar, en la distinta forma de expresar las consecuencias jurídicas que se producían en uno u otro caso: el testamento era *inutile* o *nullus momenti* si el hijo *in potestate* era preterido¹²²; sin embargo, si el preterido era un hijo póstumo, la expresión que se empleaba era la de *testamentum ruptum*¹²³, idéntica a la usada cuando el testador otorgaba un testamento posterior que anulaba al anterior¹²⁴. Las consecuencias jurídicas a que daba lugar la preterición de un hijo nacido eran diferentes a las que acontecían cuando se trataba de omisión

¹²¹ El testamento sólo se rompe si el hijo nace y ello aparece con evidencia en C. 6, 29, 3, donde se reitera en dos ocasiones que el póstumo preterido rompe el testamento sólo si nacía: C. 6, 29, 3.- (*Imp. IUSTINIANUS A. Iuliano P.P.*)- ...*Quum igitur is, qui in ventre portabatur, praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faciebat...*

¹²² El testamento en el que un hijo *in potestate* del *paterfamilias* era preterido nacía viciado de nulidad *ab initio*, no pudiendo desplegar efectos las disposiciones contenidas en el mismo: D. 28, 3, 1.- (*PAPINIANUS libro I. Definitionum*)- ...*aut nullius esse momenti, quum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est...* Vid. GILBERT, “*Observations sur l’adgnatio*”, *op. cit.*, p. 173. GAYO II, 123.- *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testatibur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constitit institutio...* Vid. también D. 28, 2, 30.- (*GAIUS libro XVII ad Edictum provinciale*)- ...*nam que filio, qui in potestate est, praeterito inutile est testamentum* y D. 28, 2, 31.- (*PAULUS libro II ad Sabinum*)- ...*si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum*. D. 28, 2, 29, 10.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestionum*)- *In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus...*

¹²³ Vid. D. 28, 3, 1.- (*PAPINIANUS libro I. Definitionum*)- *Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi solemnia iuris defuerunt, aut nullius esse momenti, quum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est, aut rumpitur ali testamento, ex quo heres existere poterit, vel agnatione sui heredis, aut in irritum constituitur non adita hereditate.*

¹²⁴ También en este último caso, como en el supuesto de preterición de un póstumo, el testamento era válido pero se rompía o anulaba posteriormente por el nuevo. GAYO II, 144.- *Posteriore quoque testameto quod iure factum est superius rumpitur...* y GAYO II, 151.- *Potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmentur...* Vid. SANTALUCIA, “*Le note pauline ed ulpianee alle “questiones” ed ai “responsa” di Papiniano*”, en *BIDR*, LXVIII, 1965, p. 94; NOERR, “*Spruchregel und generalisierung*”, en *ZSS*, CII, 1972, pp. 52 y 60; MANNINO, “*Cervidio Scaevola e l’applicazione della Falcidia ai legati i fra loro connessi*”, en *BIDR*, LXXXIV, 1981, p. 150; CALERO, “*Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*”, en *LABEO*, XXIV, 1988, p. 32; MARINO, “*Il falso tesstamentario nel diritto romano*”, en *ZSS*, CXVIII, 1988, pp. 651; CANNATA, “*Atto giuridico e rapporto giuridico*”, en *SDHI*, LVII, 1991, pp. 335 y ss.

de un póstumo: si el hijo *in potestate* es preterido, como se ha mencionado, el testador *inutiliter testatur*, puesto que la institución de heredero y el testamento son nulos *ab initio*; por tanto, los herederos instituidos no podrán adir la herencia porque el preterido será heredero legítimo. Por el contrario, cuando el póstumo es preterido el testamento es válido, y sólo en el supuesto de que el hijo llegue a nacer se romperá por su preterición; si se produce un aborto, el testamento desplegará toda su eficacia y los instituidos podrán adir la herencia sin ningún problema.

El diferente régimen jurídico establecido para el caso de preterición de un hijo ya nacido y de un hijo póstumo no puede tener otra explicación más que la falta de consideración del *conceptus* como heredero; en efecto, el hijo ya nacido es un *suus* actual y, por ello, el testamento que le pretiere es *inutile* o *nullus momenti* desde que se otorga; el hijo póstumo no es *suus* hasta su nacimiento, y de ahí que el testamento sea válido cuando se otorga y sólo se rompa si el hijo llega a nacer, esto es, si adquiere la condición de *suus*.

El nacimiento de un hijo póstumo no sólo ocasionaba gravísimas consecuencias —la ineficacia de todas las disposiciones testamentarias que el *paterfamilias* hubiera previsto—, sino que, además, esa situación carecía de solución, ya que, aunque en el momento de otorgar testamento, el *pater* conociera la existencia de un futuro *suus* en la familia, la mención del mismo sería inútil para evitar la ruptura del testamento¹²⁵. Se ocasionaba así una imposibilidad manifiesta de dar cumplimiento a la rigurosa regla vigente en el *ius civile* que traía gravísimos problemas puesto que la confección de un nuevo testamento se hacía imposible por haber fallecido el testador¹²⁶. De ahí que el reconocimiento

¹²⁵ A nuestro juicio, nada impedía que el testador instituyera heredero o desheredara a un hijo que estuviera concebido cuando se decidía a otorgar testamento, lo que ocurría es que dicha mención era totalmente ineficaz para cumplir la regla *sui instituendi sunt vel exheredandi*. Como se mencionará más adelante, nos sumamos a la posición mantenida por ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 21 a 38), disconforme con la mayoría de la doctrina romanística que sostenía que los póstumos no podían ser instituidos herederos porque eran personas inciertas. Resulta más adecuado aplazar la explicación de la discusión doctrinal que existe en torno a este tema al apartado siguiente pero dejamos constancia de que, a nuestro juicio, no es que existiera una imposibilidad de instituir heredero a un concebido, sino que su institución o desheredación era inútil porque al tiempo de la confección del testamento no era *suus*, cualidad que adquiriría con el nacimiento. Tras la labor jurisprudencial que consideró al póstumo *heres suus* del causante desde el momento en que estaba concebido, esta interpretación pudo emplearse también en la sucesión testada para permitir la institución o desheredación de éste, pudiendo cumplir con las prescripciones legales vigentes en el *ius civile*.

¹²⁶ Lo mismo ocurría con los nietos concebidos cuyo padre hubiera premuerto en el momento de otorgar testamento. Tampoco serían considerados *suus* todavía y, por ello, su mención sería inútil. Vid. al respecto la *Glossa* en el *Casus ad D. 28, 2, 29.- Antiquis temporibus testamentum per filios rumpebatur; et aliquando ita, quod nulla erant ipso iure, puta si filius esset*

del *postumus* como *heres suus* del causante desde que estaba concebido en el ámbito de la sucesión intestada fuera el punto de inflexión en la regulación de esta materia; a partir de ese momento, al estar considerado el concebido *suus* del testador, éste podría mencionarle en testamento, dando así cumplimiento a la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*.

2. RUPTURA DEL TESTAMENTO POR *QUASI AGNATIONE*: LA CATEGORÍA DE LOS *QUASI POSTUMI*.-

El nacimiento de un descendiente póstumo del causante no era el único motivo que daba lugar a la nulidad del testamento por preterición de un *suus*; existían otras situaciones que producían el mismo efecto y que, por ello, en las fuentes aparecen asimiladas a ese nacimiento: *omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis*. El ingreso en la familia de un nuevo miembro por *adoptio* o *adrogatio*, el matrimonio mediante *conventio in manu*, la premuerte de un *filius familias*, la obtención de la ciudadanía romana y la *patria potestas* sobre el hijo mediante la *erroris* o la *anniculi causae probatio*, eran causas que originaban la ruptura del testamento igual que si hubiera nacido un póstumo, ya que se quebrantaba la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: el adoptado, el arrogado, la mujer, el hijo o el nieto, en cada caso, adquirirían la cualidad de *suus* en ese momento y, por tanto, inevitablemente rompían el testamento; sin embargo, al igual que en el caso de nacimiento de un póstumo, nada podía evitar esta situación: con anterioridad a la adopción, el matrimonio, la premuerte del hijo o la obtención de la *patria potestas*, esas personas no eran *sui* y, por tanto, no les afectaba la regla citada¹²⁷.

praeteritus, qui iam erat natus: aliquando aliqua erant testamenta ab initio, et postea rumpebantur: puta si nondum natus praeteriebatur, et postea nascebatur: circa quos instituendos satis per antiquos sapientes provisum erat: sed quia periculum erat in praetereundis nepotibus, in quibus non erat provisum...

¹²⁷ No es de extrañar la rigurosidad en la aplicación del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* en época arcaica en la que el vínculo agnaticio constituía un punto esencial en materia hereditaria. En efecto, los *heredes sui* eran los verdaderos herederos del causante: no sólo garantizaban la unidad y continuidad de la familia, sino también el *nomen*, los *sacra* y todos los elementos extrapatrimoniales tan importantes en esta época. Por ello, si el padre quería nombrar heredero a otro sujeto, debía desheredar a los otros *heredes sui* que, por naturaleza, estaban llamados a suceder al *pater*. De ahí que, si una persona no era *sui* al otorgar testamento, al no poseer los derechos hereditarios ni ostentar privilegio sucesorio alguno, tampoco podía ser desheredado, puesto que resultaría absurdo desheredar a alguien que no es heredero. Por otro lado, la institución de esa persona como heredero tampoco serviría porque se habría realizado cuando todavía era un extraño a la familia y, por ello, su institución respondería a otros principios distintos y no al cumplimiento de la regla citada.

Todas las situaciones citadas se encuentran reflejadas en los párrafos 138 a 143 de las Instituciones de GAYO y han sido agrupadas por la doctrina bajo el nombre de *quasi postumi*¹²⁸ por esa evidente similitud que tienen con el nacimiento de un hijo póstumo. En efecto, como se ha mencionado con anterioridad, la problemática en ambos casos es idéntica: en los dos, la ruptura del testamento en los dos se produce la ruptura del testamento por su preterición y esta ruptura viene motivada por la falta de eficacia de la institución o desheredación de éstas personas con anterioridad a que hubieran adquirido la cualidad de *sui*.

Dentro de la categoría de los *quasi postumi*, cabe distinguir varias situaciones: en primer lugar, las personas que adquieren la condición de *sui* por causas distintas al nacimiento y con posterioridad a que se hubiera otorgado el testamento por el *paterfamilias*; en segundo lugar, las personas que, ostentando la cualidad de *sui* con anterioridad a que se otorgara testamento, la hubieran perdido por cualquier causa, recuperándola posteriormente; y, en tercer lugar, las personas que constituyen una familia agnaticia tras la redacción del testamento y, por tanto, tienen *sui* a partir de entonces.

A. Adquisición de la cualidad de *sui* por causas distintas al nacimiento y con posterioridad a otorgar testamento.-

Dentro de esta categoría de *quasi postumi* se pueden diferenciar dos grupos, según que las personas que adquieren la condición de *sui* fueran extraños a la familia antes de ostentar dicha condición —*adoptio*, *arrogatio*, *conventio in manum*— o ya pertenecieran a la misma con anterioridad —hijo *in mancipio*, cautivo de guerra, nietos cuyo padre premuere o sale de la potestad paterna—:

- a) Personas extrañas a la familia con anterioridad a su ingreso como *sui*:

Los dos primeros casos que cita GAYO en sus Instituciones pertenecen a éste grupo de personas:

¹²⁸ Entre otros, GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, traducción italiana, I, Milano, 1886-89, XXVIII, 2, pp. 424 y ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 847 y ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., pp. 603 y ss.; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., pp. 68 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, op. cit., pp. 310 y ss.; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 54 y ss. La denominación “*quasi postumi*” deriva de la asimilación que las fuentes realizan entre esta categoría y la de los póstumos: los propios textos gayanos utilizan la expresión “*quasi agnatione*” para referirse a ellos. Vid. GAYO II, 138 a 143.

GAYO II, 138.- *Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui iuris est, aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis.* 139.- *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conueniat, uel quae in manu fuit, nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua.*

Se trata de supuestos en que un *paterfamilias* otorga testamento y, después de este realizar este acto, adopta a un hijo o contrae matrimonio mediante *conventio in manum*¹²⁹; el testamento se rompería por la preterición de estas personas, al adquirir entonces la condición de *sui*, *omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis*. En el caso del hijo adoptado, su ingreso en la familia produciría el mismo efecto que el del nacimiento de un hijo natural, puesto que la adopción determinaba la adquisición de la *patria potestas* del *paterfamilias* sobre el adoptado¹³⁰, sin que la posición de éste se diferenciara

¹²⁹ Vid. a este respecto TORRENT, "La "adrogatio" en el sistema de las sucesiones universales "inter vivos", en *RIDA*, XIV, 1967, pp. 447 y ss.; HANARD, "Observations sur l'adgnatio", *op. cit.*, p. 173; y PIRO, "Conventio in manum" e successivo matrimonio in *Gai 2.139*", en *LABEO*, XXXV, 1989, p. 307.

¹³⁰ La adquisición de la *patria potestas* del adoptante sobre el adoptado ocasionaba la extinción de la *patria potestas* anterior, por lo que el adoptado se desligaba por completo de la familia originaria, perdiendo los lazos agnaticios, el *nomen*, los *sacra*, la *gens*, etc... vinculándose a la nueva familia en la posición de un *filius* con todas las consecuencias inherentes a la misma. Sobre la adopción, vid., entre otros, ALBERTARIO, "In tema di adozione romana", en *Studi di Diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, pp. 179 y ss.; WIEACKER, "Zur Ritual der "Adoptio", en *Symbolae Taubenschlag*, I, pp. 579 y ss.; LEMOSSE, "L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil", en *Revue Historique du Droit Français et Etranger*, XXIX, 1951, pp. 295 y ss.; ORGEVAL, "Qui ipsum adoptat", en *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, pp. 27 y ss.; VOLTERRA, voz "Adoptio", en *NNDI*, I, 1957, pp. 287 y ss.; ORO, "Confirmatio adoptionis non iure faciat", en *LABEO*, V, 1959, pp. 12 y ss.; VOLTERRA, "La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d.C.", en *BIDR*, LXIX, 1966, pp. 109 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA, "Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d.C.)", en *TEMIS*, XXI, 1967, pp. 157 y ss.; TORRENT, "La adrogatio en el sistema de las sucesiones universales...", *op. cit.*, pp. 447 y ss.; BERGMANN, *Beiträge römischen Adoptionsrecht*, Roma, 1972; NALLINO, "Intorno al divieto romano dell'affratellamento", en *Studi Riccobono*, III, pp. 321 y ss.; KOSCHAKER, "Adoptio in fratrem", en *Studi Riccobono*, III, pp. 361 y ss.; CASTELLO, "L'intervento statuale negli atti costitutivi di adozione in diritto romano", en *Annali Genova*, XVI, 1977, pp. 685 y ss.; RODRIGUEZ ENNES, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 31 y ss.; KURYLOWICZ, "Adoptio plena" und "minus plena", en *LABEO*, XV, 1979, pp. 163 y ss.; BAUMAN, "Personal names, adoptions and families of the Roman Jurist", en *ZSS*, CVIII, 1991, pp. 1 y ss.

en nada del resto de *fili naturales*¹³¹. Respecto a la mujer que contrae matrimonio mediante *conventio in manum*¹³², como es sabido, este acto traía como consecuencia inmediata la ruptura los lazos con su familia originaria entrando en la del marido situándose *loco filiae o neptis loco*¹³³ —según que el matrimonio fuera con el *paterfamilias* o con alguno de sus hijos—. Por lo tanto, adquiriría la cualidad de *suus* a partir de ese momento produciendo también la rotura del testamento como si hubiera naciera un nuevo hijo.

Aunque GAYO no lo mencione, a nuestro juicio, cabría incluir en este grupo de *quasi postumi* a las personas que ingresan en la familia por medio de la *adrogatio*¹³⁴, puesto que éste acto, en definitiva, no es más que una adopción de un *sui iuris* junto con el resto de miembros familiares; al ocupar la posición familiar de *filius*¹³⁵ y adquirir la condición de *suus* también rompería el testamento al igual que en los casos anteriores. Así se pone de manifiesto en D. 28,

¹³¹ GAYO I, 97.— *Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus, in potestate nostra sunt, uerum et hi quos adoptamus.*

¹³² Las formas de realizar la *conventio in manum* son tres: la *confarreatio*, que consiste en una ceremonia solemne religiosa celebrada por los esposos delante de tres testigos y el *flamen dialis* con un ofrenda de *panis farreus* que da nombre a la celebración; la *coemptio*, mediante la que se realiza una compraventa fingida de la mujer en forma de *mancipatio*; y, por último, el *usus*, que consiste en el ejercicio de hecho de la *potestas* por parte del marido sobre la mujer durante un año ininterrumpido. Sobre las formas de *conventio in manum*, vid., entre otros, LEONHARD, voz "*Confarreatio*", en *PW*, IV, 1, 1900, pp. 1.214 y ss.; WESTRUP, *Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain*, Paris, 1929; CARRELLI, "*Coemptio matrimonii causa*", en *Annali Macerata*, XIX, 1933, pp. 189 y ss.; WESTRUP, *Recherches sur les formes antiques de mariage dans l'ancien droit romain*, Copenhague, 1943; VOLTERRA, "*Nuove osservazioni sulla conventio in manum*", en *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, III, Milano, 1948, pp. 27 y ss.; KASER, "*Ehe und conventio in manum*", en *IURA*, I, 1950, pp. 64 y ss.; GAUDEMET, "*Observations sur la "manus"*", en *RIDA*, II, 1953, pp. 323 y ss.; GARCIA GARRIDO, "*Conventio in manum y matrimonio*", en *AHDE*, XXVI, 1956, pp. 781 y ss.; VOLTERRA, "*Nuove ricerche sulla conventio in manum*", en *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, XI, 1966, pp. 253 y ss.; FALCHI, "*Osservazioni sulla natura della coemptio matrimonii causa nel diritto preclassico*", en *SDHI*, L, 1984, pp. 354 y ss.

¹³³ GAYO I, 115 b.— *...nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu uiri sit, placuit eam filiae iura nancisci.* Vid. a este respecto, GUARINO, "*Manus e potestas*", en *LABEO*, XIII, 1967, pp. 3 y ss.

¹³⁴ Vid. por todos TORRENT, "*La "adrogatio" en el sistema de las sucesiones universales...*", *op. cit.*, pp. 447 y ss.

¹³⁵ El *adrogatus* sufre una *capitis deminutio* que le convierte en *alieni iuris*, situándose bajo la patria potestad del arrogante en la posición de un *filius familias*; así mismo, el resto de los familiares pasan a ocupar las posiciones correspondientes, de nietos, bisnietos, etc... Vid. GAYO I, 107.— *Illud proprium est eius adoptionis quae per populum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate tamquam nepotes.*

3, 8¹³⁶ en el que se equiparan los efectos de ruptura testamentaria de la adopción y de la arrogación:

D. 28, 3, 8.- (ULPIANUS libro XI ad Sabinum).- *Verum est, adoptione vel arrogatione filii filiave testamentum rumpi, quoniam sui heredis agnatione solet rumpi.*

Como se ha tenido ocasión de mencionar, la institución o desheredación del adoptado, arrogado o la mujer, no evita la anulación del testamento, porque en el momento del otorgamiento del testamento no eran *heredes sui*.

GAYO II, 140.- *Nec prodest, siue haec siue ille qui adoptatus est in eo testamento sit institutus institutaue; nam de exheredatione eius superuacuum uidetur quaerere, cum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit.*

El ingreso en la familia romana lleva aparejado la adquisición de los derechos hereditarios en la sucesión del *paterfamilias*; de ahí que la institución hereditaria de un *sui* en el testamento paterno respondiera al mantenimiento de esos derechos derivados de su cualidad de *sui* y basados en el vínculo agnaticio que unía a la familia romana¹³⁷. En el supuesto de que se les instituyera herederos con anterioridad a su entrada en la familia, esa institución respondería a otros principios distintos al riguroso *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*; respecto a la desheredación se entendía superflua, *supervacuum*, ya que, al no ser miembro de la familia, tampoco eran titulares de derecho hereditario alguno, por lo que despojarle de un derecho que todavía no habían adquirido carecía totalmente de sentido.

- b) Personas que pertenecían a la familia con anterioridad a la adquisición de la cualidad de *sui*:

También se encuentran asimilados a los póstumos los descendientes que pertenecían a la familia agnaticia y que adquirirían su posición de *sui* con posterioridad a que el *paterfamilias* hubiera otorgado el testamento; se trata del caso

¹³⁶ Vid. a este respecto PESCANI, "Il piano del Digesto e la sua attuazione", *op. cit.*, pp. 360 y ss. y KNOTHE HANS-GEORG, "Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte", en ZSS, CXIII, 1983, pp. 653 y ss.

¹³⁷ No se trata de un título de contenido meramente patrimonial, sino que supone la adquisición de elementos extrapatrimoniales presentes en la herencia del *paterfamilias*: el *nomen*, los *sacra*, los *mores*, etc... Vid. a este respecto, BIONDI, "Obietto dell'antica hereditas", *op. cit.*, pp. 150 y ss.

de los nietos y ulteriores descendientes que no ostentan la posición de herederos de derecho propio al precederles su padre al tiempo de la redacción del testamento, pero que posteriormente devienen *sui* por la premuerte del padre¹³⁸:

GAYO II, 133.- *Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes; ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemue in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamuis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius meus me uiuo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredeum quasi agnatione nanciscuntur.*

En el momento de la confección del testamento, la única persona que el *pater* tenía que mencionar era el *filiusfamilias*: éste era el único que se encontraba *in potestate* directa, ostentando los derechos hereditarios y siendo el primer llamado a la suceder. Si después de otorgar testamento sobreviene la muerte del hijo, se produciría la rotura del testamento porque el nieto *in eius locum succedere* pasando a ser *suus* y *et eo modo iura suorum heredeum quasi agnatione nanciscuntur*¹³⁹.

¹³⁸ Respecto a los nietos póstumos, concebidos al tiempo en que el abuelo otorga testamento, ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 62 y 63) entiende que no existiría problema para dar cumplimiento a las prescripciones legales en el supuesto de que el padre hubiera muerto ya en ese momento. El supuesto problemático, según ROBBE, es el caso del nieto concebido a quien el padre precede cuando el abuelo se decide a testar, falleciendo con posterioridad a ese momento. Se debe recordar, sin embargo, que el *conceptus*, en un principio, no tenía la consideración de *suus* del testador, por lo que, a nuestro juicio, se vería imposibilitado para nombrar a cualquier descendiente concebido, ya fuera hijo, nieto o bisnieto, ya la precediera su padre o hubiera muerto al tiempo de la redacción del testamento; en definitiva, ese concebido no estaba considerado *suus* y, por ello, su mención resultaba inútil en el testamento. Sólo cuando esta condición se anticipa del nacimiento a la concepción se abre el camino que posibilita el cumplimiento de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* cuando existe un concebido, futuro heredero del causante; en este momento será efectiva la institución o desheredación de un hijo concebido o de un nieto, bisnieto o ulterior descendiente concebido, siempre y cuando el padre hubiera muerto ya al tiempo de testar.

¹³⁹ Respecto a la posición en la que se encontraban los nietos ya nacidos cuando el padre premoría, vid. el apartado de la sucesión *ab intestato*, donde se ha expuesto esta cuestión con análisis de las fuentes. En cuanto a la preterición del nieto concebido en el momento de la perfección del testamento, únicamente rompía el testamento si al nacer nadie le precedía en sus derechos, esto es, si al nacer ostentaba la posición de *sui*. A este respecto, vid. C. 6, 29, 3.- (*Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P.*).- *...Quum igitur is, qui in ventre partabatur, praeteritus*

B. Recuperación de la cualidad de *sui* con posterioridad a la redacción del testamento.-

Dentro de este grupo de *quasi postumi* se pueden incluir al hijo entregado en *mancipio* y al cautivo, que pierden su *status* familiar al ser vendido o apresado por el enemigo, respectivamente, pero pueden retornar a la patria potestad paterna por la manumisión o el *postliminium*. El primer supuesto, esto es, el del hijo que es manumitido de la primera o segunda *mancipatio*, se encuentra recogido expresamente por GAYO en sus Instituciones¹⁴⁰:

GAYO II, 141.- *Filius quoque qui ex prima secundaue mancipatione manumittitur, quia reuertitur in potestate patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, <si> in eo testamento heres institutus uel exheredatus fuerit.*

El hijo entregado en *mancipio* por el padre sale de la familia agnaticia perdiendo o, al menos, dejando en suspenso todos los derechos derivados de la posición de *filius*, entre ellos, los hereditarios¹⁴¹; por lo tanto, el padre, ni tiene obligación de instituirle heredero o desheredarle, ni, aunque lo hiciera, serviría para nada, ya que en ese momento el hijo no ostenta la posición de *suus*¹⁴². Se

fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faciebat...

¹⁴⁰ Vid. NOERR, “*Spruchregel und generalisierung*”, *op. cit.*, pp. 52 y 60 y CANNATA, “*Atto giuridico e rapporto giuridico*”, *op. cit.*, pp. 365 y 381.

¹⁴¹ Así parece desprenderse del procedimiento para la emancipación de un hijo que desarrolla GAYO en el comentario primero, párrafo 132 de sus Instituciones, al afirmar que tras la primera y segunda manumisión, el hijo *eo facto reuertitur in potestatem patris* y sólo con la tercera *mancipatio* el padre pierde la potestad sobre el hijo, aunque no le manumitan nuevamente. GAYO I, 132.- *...Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum uindicta manumittit; eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii –se in usu est eidem mancipari– isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii –sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur– eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nomdum manumissus sit sed adhuc in causa mancipii...* Vid. VOLTERRA, “*La nozione dell’adoptio e dell’adrogatio...*”, *op. cit.*, pp. 128 y ss.; CORBINO, “*Uno “quo” pro “qui” in Gaio*”, en *IURA*, XXV, 1974, pp. 108 y ss.; BIRKS, “*3x1=3 an arithmetical solution to the problem threefold mancipation*”, *op. cit.*, pp. 55 y ss.; YARON, “*Si pater filium ter venunduit*”, *op. cit.*, pp. 57 ss.; AMIRANTE, “*Sulla schiavitù nella Roma antica*”, en *LABEO*, XXVII, 1981, p. 32; BASSANELLI, “*Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel Diritto criminale (a proposito della sacerta)*”, en *BIDR*, LXXXIX, 1986, p. 369.

¹⁴² Nuestra opinión es contraria a la de ROBBE cuando manifiesta que la imposibilidad de instituir o desheredar al hijo que se encuentra en *mancipio* deriva de la consideración de persona incierta que tiene éste. Entiende que este hijo no es completamente extraño a la familia del testador puesto que el vínculo agnaticio “*non è stato ancora interamente rotto, non*

comprueba, una vez más, la rigurosa aplicación del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: en este caso el hijo no es ningún extraño a la familia del testador, incluso es muy probable que ni tan siquiera hubiera roto el vínculo agnaticio con el *pater* sino que tan sólo lo tuviera en suspenso; por ello, sería lógico pensar que el testador, sabiendo la posible reversión del *status* familiar del hijo y en previsión de que fuera manumitido, pudiera disponer su institución o desheredación en el testamento; sin embargo, la estricta norma vigente en el *ius civile* no permitía subsanar esta situación: puesto que en el momento de otorgar el testamento el hijo no ostenta la cualidad de *sui*, no servía de nada su mención y, en caso de que fuera manumitido, el testamento inevitablemente se rompía por su preterición¹⁴³.

Respecto al hijo cautivo, si bien no se encuentra recogido en las Instituciones de GAYO, sin duda debe integrarse en este grupo de *quasi postumi*. En efecto, el supuesto del hijo que apresado por el enemigo que, con posterioridad a la perfección del testamento del *pater*, regresa a la patria y recupera sus derechos en virtud del *postliminium*¹⁴⁴ es muy parecida a la del hijo que es manu-

essendo avvenuta la terza emancipazione". Según el autor, la relación de *suus heres* con el *paterfamilias* ha cesado con la primera y segunda emancipación pero existe siempre posibilidad de recuperarla con la manumisión; de ahí que entienda que la institución o desheredación se encuentre vetada por ser una persona incierta. Vid a este respecto ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 58 y 59. Sin embargo, cabe matizar a este respecto que no tiene nada que ver la consideración del hijo como persona incierta para que no pudiera ser mencionado en el testamento; ello es debido a que éste, al salir de la familia y no estar bajo la potestad del *pater*, deja de ser *heres suus* y, en consecuencia, carece de derechos hereditarios en la familia originaria. De ahí que si regresa del *mancipio*, el testamento del *pater* se romperá aunque haya sido instituido o desheredado, porque la causa por la que fue mencionado es distinta en uno u otro caso.

¹⁴³ De hecho el padre podía preterir a los hijos o nietos emancipados, puesto que no eran herederos de derecho propio: GAYO II, 135.- <E>*mancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes...*

¹⁴⁴ Sobre el *ius postliminium* en general, vid. BESELER, "Postliminium und Cornelia", en ZSS, XLV, 1925, pp. 192 y ss.; BALOGH, "Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes", en Studi Bonfante, IV, Milano, 1930, pp. 625 y ss.; AMBROSINO, "Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminium", en SDHI, V, 1939, pp. 202 y ss.; WOLFF, *The lex Cornelia de Captivis and The roman law of succession*, en BIDR, XLVI, 1939, pp. 344 y ss.; GUARINO, "Sul ius singulari postliminii", en ZSS, LXI, 1941, pp. 58 y ss.; SANTA CRUZ, "Recesión a D'ORS (*Postliminium in pace*)", en Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, 1942, pp. 688 y ss.; GIOFFREDI, "Sul ius postliminii", en SDHI, XVI, 1950, pp. 13 y ss.; AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950; KRELLER, "Juristenarbeit am Postliminium", en ZSS, LXIX, 1952, pp. 172 y ss.; KORNHARD, "Postliminium in Republikanischer Zeit", en SDHI, XIX, 1953, pp. 1 y ss.; BARTOSEK, "Captivus", en BIDR, LVII, 1953, pp. 98 y ss.; AMIRANTE, "Ancora sulla captivitas ed il postliminio", en Studi De Francisci, I, Milano, 1956, pp. 519 y ss.; LONGO, "Postille critiche in tema di captivitas", en IURA, VIII, 1957, pp. 29 y ss.; SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, Roma, 1971, pp. 144 y ss.; RATTI, *Studi sulla captivitas*, op. cit., pp. 110 y ss.; MAFFI,

mitido de la primera o segunda *mancipatio*¹⁴⁵: también ahora existe una causa por la que se produce la pérdida de los derechos hereditarios —la cautividad— pero se pueden igualmente recuperar en virtud del *postliminium*. Durante el periodo intermedio, esto es, mientras dura la prisión, el hijo no ostenta la posición de *sui*¹⁴⁶ y prueba de ello es que si el padre otorga testamento *recte eum praeteriit*, como se afirma en D. 28, 2, 31, mientras que si el hijo mantuviera la posición de heredero de derecho propio *nihil valiturum esset testamentum*:

D. 28, 2, 31.- (PAULUS libro II ad Sabinum).- *Dum apud hostes est filius, pater iure fecit testamentum, et recte eum praeteriit, quum, si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum.*

Si al testar, el *pater* omite al hijo cautivo, el testamento nace válido, pero si el capturado regresa a Roma, recuperando su *status* familiar y, con él, los derechos hereditarios que había perdido, romperá el testamento paterno¹⁴⁷, igual que ocurría con el nacimiento de un hijo póstumo.

C. Formación de una familia agnaticia en tiempo posterior al otorgamiento del testamento.-

Este supuesto integra a personas que, originariamente, no habían constituido una familia agnaticia porque no ostentaban la ciudadanía romana pero

Ricerche sull postliminio, Napoli, 1992; MONTAÑANA, La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra, Valencia, 1996, pp. 22 y ss.

¹⁴⁵ Parece que también en este supuesto el *status* del hijo se encuentra en un estado de pendencia en tanto dura la prisión: D. 28, 2, 9, 2.- (PAULUS libro I ad Sabinum).- *...Diversumque est, si in hostium potestate filius sit, et decesserit in eodem statu; rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscisum, ut superiore casu, fuerit...* Respecto a la teoría de la suspensión de los derechos mientras un ciudadano se encuentra en situación de cautividad, vid. GIOFFREDI, *Pendenza e sospensione dalle fonti romane alla dommatica moderna*, en SDHI, XXII, 1956, pp. 113 y ss.; IDEM, *"Pendere per la storia di un dogma"*, en Studi Giuridici in memoria di Filippo Vassali, Torino, 1960, pp. 825 y ss.; SOLAZZI, *La pendenza dei diritto nelle fonti romane*, en Scritti di Diritto Romano, IV, Napoli, 1972, pp. 430 y ss.

¹⁴⁶ D. 28, 1, 12 establece claramente que el hijo que está en cautividad no es *heres suus* puesto que no se encuentra bajo la *patria potestas* paterna. D. 28, 1, 12.- (IULIANUS libro XLII. Digestorum).- *...nam et filius eius, qui in hostium potestate decessit, invitus hereditati obligatur, quamvis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.* Sin embargo, por lo que respecta a los derechos hereditarios, si bien mientras permanece cautivo no ostenta ningún derecho, lo cierto es que existe una situación de pendencia o suspensión de los mismos, puesto que los nietos no pueden heredar: D. 38, 16, 1, 4.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *...Quodsi filius apud hostes sit, quamdiu vivit, nepotes non succedunt...*

¹⁴⁷ El hijo cautivo a su regreso hace injusto el testamento del *paterfamilias*: D. 28, 3, 6, 1.- (ULPIANUS libro X ad Sabinum).- *...quamquam captivus reversus patris sui iniustum faceret testamentum in eo praeteritus.*

que, con posterioridad a que el padre otorgara testamento, obtienen el *status* de *cives* formando una familia conforme al ordenamiento jurídico romano. La imposibilidad de contraer *iustae nuptiae* ocasionaba que el padre no ostentara ninguna potestad sobre los hijos ni sobre la mujer¹⁴⁸, no teniendo tampoco *heredes sui*; sin embargo, con la adquisición de la ciudadanía romana y la configuración, a partir de ese momento, de la familia agnaticia, el *paterfamilias* alcanzaría la *patria potestas* sobre los hijos¹⁴⁹, comenzando entonces a tener *sui* y rompiéndose el testamento otorgado con anterioridad por incumplimiento de la regla vigente en el *ius civile*.

Esta situación se podía producir por la denominada *erroris causae probatio*, por medio de la cual podía demostrar el error que habían sufrido determinadas personas que hubieran contraído matrimonio con alguien de *status* inferior, bien porque ellos creían que la otra persona era ciudadana romana bien porque ellos mismos creían ostentar un *status* inferior al de ciudadano romano¹⁵⁰. Fuere por uno u otro motivo, lo cierto es que no se establecían las justas nupcias entre los progenitores y los hijos no entraban dentro de la potestad paterna; pero si se lograba probar el error, a partir de ese momento se conformaba la familia agnaticia, pasando los hijos a estar *in potestate* y ostentar la posición de *sui*.

Todo ello daba lugar a la ruptura del testamento existente como si hubiera nacido un hijo: *omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum*, reiterando GAYO a este respecto la idea de que *nam siue heres institutus esset a parente siue exheredatus*, puesto que el nuevo *suus* rompe el testamento tanto si el error se demuestra en vida del padre como si éste ha fallecido ya¹⁵¹:

¹⁴⁸ Ya se ha mencionado que la potestad sobre los hijos era un *ius privatorum romanorum*: GAYO I, 55.- *Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreauimus. Quod ius proprium ciuium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus...*

¹⁴⁹ GAYO I, 65.- *Aliquando autem euenit, ut liberi qui statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant, ii postea tamen redigantur in potestatem.*

¹⁵⁰ Vid. GAYO I, 67 a 74.

¹⁵¹ En el caso de la *erroris causae probatio*, sin embargo, se solucionó parcialmente el problema a través de un senadoconsulto de ADRIANO, que mantuvo la ruptura del testamento si el error se probaba en vida del padre, pero no lo anulaba si se probaba cuando ya había muerto porque *ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renouari non possent*: GAYO II, 143.- *Nunc uero ex nouo sentusconsulto quod auctore diuo Hadriano factum est, siquidem uiuo patre causa probatur, aequum ut olim omni modo rumpit testamentum; si uero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si uero heres in eo scriptus est uel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renouari non possent.* En materia de *status*, ADRIANO solucionó numerosos casos injustos que se producían en relación con los hijos, como se desprende de GAYO I, 80 y siguientes.

GAYO II, 142.- *Simile ius olim fuit in eius persona cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina uel latina quae per errorem quasi ciuis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam siue heres institutus esset a parente siue exheredatus, siue uiuo patre causa probata siue post mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum.*

Aunque GAYO no lo mencione expresamente, a nuestro juicio también cabría incluir dentro de este grupo de *quasi postumi* a los ciudadanos latinos que obtenían la ciudadanía romana en virtud de la *lex Aelia Sentia*. Al igual que en el caso anterior, previamente a la *anniculi causae probatio*, la familia romana no se encontraba configurada y el hijo no estaba sometido a la *patria potestas* paterna. Por lo que, cuando los padres obtienen la ciudadanía romana, el hijo comienza a estar bajo la patria potestad paterna, ostentando la posición de *sui* y rompiendo el testamento redactado con anterioridad. Prueba de la similitud que tiene este supuesto con el del nacimiento de un hijo póstumo es que GAYO en sus Instituciones –III, 5— asimila la situación de los hijos cuyos padres contraen matrimonio al amparo de la *lex Aelia Sentia* a la de los póstumos, estableciendo que son llamados a la herencia legítima del padre puesto que *nam et hi uiuo patre causa probata in potestate eius futuri essent*.

III. RECONOCIMIENTO DEL *POSTUMUS SUUS* COMO *HERES SUUS* DESDE LA CONCEPCION: ADMISION DE LA *INSTITUTIO HEREDIS*, *EXHEREDATIO* Y OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS EN SU FAVOR.-

Hasta ahora se ha venido examinando la situación que venía produciéndose con anterioridad al reconocimiento del póstumo como *heres suus* del causante en la herencia legítima. El póstumo, mientras estaba concebido, no era considerado *heres suus* del causante y ello ocasionaba que el testador no pudiera mencionarle eficazmente, al resultar aplicable la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* únicamente respecto de los *sui* que al tiempo de la confección del testamento ostentaban esa cualidad. Como se ha podido comprobar, esta conclusión se afirma reiteradamente en las Instituciones de GA-

YO, no sólo respecto al nacimiento de un hijo póstumo, sino también respecto a las situaciones que a éste se asimilan, denominadas *quasi postumi*¹⁵².

El reconocimiento del *conceptus* como *heres suus* constituye un punto de inflexión en la regulación de esta materia¹⁵³: si los póstumos eran considerados *heredes sui* del causante resultaba lógico que les fuera de aplicación la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*¹⁵⁴:

GAYO II, 130.- *Postumi quoque liberi nominatim
uel heredes institui deben uel exheredari.*

Este reconocimiento lleva consigo dos consecuencias: por un lado, a partir de entonces se permitiría la institución o desheredación del *conceptus* para evitar la regla *adgnatione postumi rumpitur testametum* y, por otro, se abriría la posibilidad de que el póstumo fuera objeto de otras disposiciones testamentarias en su favor.

1. INSTITUTIO HEREDIS DEL POSTUMUS SUUS: EL CONCEPTUS NONDUM NATUS COMO PERSONA CIERTA.-

Anticipada la condición de *heres suus* al momento de la concepción, desaparecen los problemas que existían por aplicación de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*. No obstante, un importante sector doctrinal¹⁵⁵

¹⁵² GAYO II, 131; y GAYO II, 138 a 143.

¹⁵³ También se produjo el reconocimiento como *heres suus* en la herencia legítima del padre de los *quasi postumi*, esto es, respecto de las personas que no estaban sujetas a la potestad del causante, pero que lo hubieran estado de no haber sido por su muerte, como por ejemplo: A) Los hijos que adquirían la condición de *suus* tras la muerte del padre, al amparo de la *lex Aelia Sentia*: GAYO III, 5.- *Idem iuris est de his quorum nomine ex lege Aelia Sentia uel ex senatusconsulto post mortem patris cusa probatur. Nam et hi uiuo patre causa probata in potestate eius futuri essent.* B) Los hijos manumitidos de la *mancipio*, siempre y cuando la manumisión se hubiera producido tras la muerte del padre; también éstos hubieran caído bajo la patria potestad del padre de no haber muerto éste y, por ello, deben ser llamados a la herencia legítima dentro del grupo de los *heredes sui*: GAYO III, 6.- *Quod etiam de eo filio qui ex prima secundaue mancipatione post mortem patris manumittitur intellegemus.*

¹⁵⁴ Vid. también ULPIANO, XXIII, 2; D. 28, 2, 8; D. 28, 2, 14, pr.; D. 28, 3, 1; D. 28, 3, 3 a 6; D. 28, 3, 19, pr.; D. 29, 2, 84 y CICERON, *De oratore*, I, 57.

¹⁵⁵ FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, Göttingen, 1831, pp. 18 y ss.; SCHMIDT, *Das formelle Recht der Notherben*, Leipzig, 1862, p. 3; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 420.; DERNBURG, *Pandette*, trad. italiano por Cicala, III, Torino, 1906, p. 543; FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano, parte prima*, op.cit., pp. 286 y ss.; GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano (Casos, Acciones, Instituciones)*, Madrid, 1977, pp. 234 y ss.; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, pp. 788 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto*

ha mantenido una postura reacia respecto a la posibilidad de instituir heredero a un concebido, al entender que estaba considerado persona incierta¹⁵⁶. Los defensores de esta tesis sostienen que la institución de heredero a favor de un póstumo estaba originariamente vetada¹⁵⁷, debiendo ser una labor tardía de la jurisprudencia que posibilitó el nombramiento de un póstumo para remediar las situaciones injustas producidas en la práctica a consecuencia de la regla *sui heredis aut instituendi aut exheredandi*. La aplicación de ésta rigurosa regla ocasionaba inevitablemente la rotura del testamento paterno por el nacimiento de un póstumo sin que se pudiera hacer nada para evitarlo: ni podía instituirlo ni desheredarlo ya que, según estos autores, era persona incierta¹⁵⁸. Se ocasionaba la ruptura del testamento a causa de la preterición de un heredero forzoso¹⁵⁹ viendo el causante transgredida su última voluntad. Para solucionar estos

romano, VI, *Le successioni*, op. cit., p. 310; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, op. cit., p. 782; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 908; CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 708; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, op. cit., p. 152; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., p. 603; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 71.

¹⁵⁶ Se adelantará que en este punto, a nuestro juicio, la tesis de ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 21 a 38) es la que tiene más apoyo en las fuentes. Aunque discrepamos de la argumentación de ROBBE, nuestra opinión coincide cuando sostiene que sólo el *postumus alienus* fue considerado persona incierta en el derecho clásico, estando el *postumus suus* integrado en la categoría de las *personae certae*.

¹⁵⁷ Las personas inciertas no podían ser instituidas herederas, recibir legados ni establecer el nombramiento de tutor para ellas: ULPIANO XXII, 4.- *Incerta persona heres institui non potest...*; GAYO II, 238.- *Incertae personae legatum inutiliter relinquitur* y GAYO II, 240.- *Tutor quoque certus dari debet*; I. 2, 20, 25.- (*DE LEGATIS*).- *Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinque concessum erat...*

¹⁵⁸ Ya se ha tenido ocasión de exponer que no es que el póstumo no pudiera ser instituido heredero, sino que dicha institución no era válida para que el testamento tuviera eficacia *post mortem*, puesto que se rompía por agnación de un *suus*. A este respecto, ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 26) entiende que no parece muy lógico que se vetara la institución hereditaria del póstumo por ser persona incierta y luego naciendo rompiera el testamento, puesto que “*poi è da rilevare che lo stesso motivo, per cui da principio il postumus suus quale persona incerta non avrebbe potuto essere istituito erede, avrebbe dovuto impedire anche che il postumus suus venendo al mondo potesse rompere il testamento fatto dal paterfamilias, trattandosi sempre in ambedue i casi del medesimo negozio giuridico*”; en efecto, a nuestro juicio, el póstumo rompía el testamento porque era al nacer cuando adquiría la cualidad de *suus*, produciéndose en ese momento su preterición testamentaria y no antes de ese tiempo.

¹⁵⁹ FADDA sostiene que la admisión de la institución de heredero del *postumus suus* se efectuó mediante la derogación de la prohibición que prohibía nombrar herederos a personas inciertas: “*la deroga era facile, perchè si trattava di un essere già ritenuto esistente agli effetti della successione legittima. Considerato esistente per un verso, doveva esserlo anche per gli altri tanto più quando il considerarlo tale era una necessità imposta dal danno che poteva derivare dall’averlo considerato esistente la prima volta*”. (FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, op. cit., p. 153).

graves inconvenientes se permitió la institución de póstumos a fin de que no muriera intestado el *pater* que había tenido la previsión de hacer testamento.

A esta opinión mayoritaria se opuso ROBBE¹⁶⁰ quién sostuvo que la posibilidad de instituir heredero al *postumus suus* en el testamento paterno no fue una labor jurisprudencial tardía sino que estuvo admitida desde tiempos arcaicos. Su teoría se basa en dos ideas fundamentales, por un lado, siguiendo a LA PIRA¹⁶¹, que demostró el origen primitivo del principio *sui heredis aut instituendi aut exheredandi*¹⁶², en contra de la posición mayoritaria que existía hasta entonces¹⁶³, ROBBE advierte que, dada la vocación general y absoluta

¹⁶⁰ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 21 a 38.

¹⁶¹ LA PIRA, *La successione ereditaria intestada e contra il testamento...*, op. cit., pp. 3 y ss.

¹⁶² LA PIRA (*La successione ereditaria intestada e contra il testamento...*, op. cit., pp. 5 y ss.) sostiene que el primitivo origen de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* deriva de la peculiar constitución de la familia agnaticia; según el autor, la familia agnaticia constituyó la base de la herencia romana, ya que los *heredes sui*, esto es, los descendientes que se encontraban directamente sometidos a la potestad del *pater* en el momento del fallecimiento, pasaban *ipso iure* a sucederle. Sin embargo, esta sucesión de los *sui* originaba un debilitamiento en la familia y una minoración de la soberanía familiar que ejercía el *pater*, por la división de la misma entre los herederos; de ahí que se hiciera necesario que el *paterfamilias*, antes de su muerte, traspasara la potestad familiar a una sola persona, imponiéndose así la libertad de testar para posibilitar la concentración del poder familiar en uno sólo de los *sui*. Como contrapartida a esta libertad de testar se alzaba la originaria posición de *heredes* que ostentaban los *sui* y que reclamaba una consideración especial: por ello, el resto de *sui* que existían debían ser desheredados por el *pater*, no para excluirlos de los bienes hereditarios, sino para despojarlos de la cualidad de *heres* que poseían de forma inherente. Consecuencia de lo anterior era que si el *paterfamilias* no instituía ni desheredaba a los *sui*, se entendía que esa omisión era un acto de negligencia y su testamento se vería sancionado con la nulidad. ROBBE sigue la teoría de LA PIRA en cuanto a la originalidad del principio: “consideriamo pienamente giusta la nuova spiegazione storico-giuridica data dal La Pira all’originario e organico principio romano “*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*”, altrettanto però non possiamo dire della nuova configurazione dommatica che egli dà a questa stessa regola”, pero no está de acuerdo con la configuración que éste realiza ya que “La Pira, recisamente riprovando la tradizionale opinione di considerare la necessità giuridica del *paterfamilias* di istituire o diseredare il *suus* come un obbligo (in senso tecnico) di contenuto alternativo del primo verso il secondo, la vuole precisamente configurare quale un “onere” del *paterfamilias*”. ROBBE se contrapone a esta posición manteniendo que la regla se configura como una obligación del *pater* y no como una carga: “alla pretesa giuridica del *suus heres* da una parte corrisponde pienamente dall’altra parte l’esplicito obbligo del *paterfamilias* di istituire o diseredare i *sui*”. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 9 y 13).

¹⁶³ La doctrina mayoritaria existente hasta entonces mantenía la tesis del origen jurisprudencial del principio *sui heredes instituendi vel exheredandi*, que se habría introducido para limitar la arbitrariedad que tenía concedida el *paterfamilias* al otorgar testamento: el *pater* que quería instituir heredero a un extraño, debería públicamente realizar una declaración solemne de desheredación de sus *sui*, con la pública reprobación que ello supondría. Sostienen esta posición, entre otros, FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., pp. 16 y ss.; SCHMIDT, *Das formelle Recht des Notherben*, op. cit., pp. 3 y ss.; SCHRÖDER, *Das Notherbrecht Erste*

que tenía su formulación, dicha regla debía afectar no sólo a los hijos del testador ya nacidos sino también a los póstumos¹⁶⁴; por otro lado, ROBBE se opone a la consideración doctrinal del póstumo como persona incierta¹⁶⁵, distinguiendo el *postumus suus* del *alienus* o *extraneus*: el primero fue completamente ajeno a la teoría de la *incerta persona* mientras que el segundo sí fue considerado persona incierta en derecho clásico. Por ello, el *postumus suus* pudo ser instituido heredero, se le pudo designar tutor en testamento u ordenar legados en su favor, mientras que tales disposiciones le estaban vetadas al *postumus alienus*.

Respecto al obstáculo que representaba para su teoría la constitución de JUSTINIANO “*De incertis personis*” contenida en C. 6, 48, que consideraba al

Abt., Heidelberg, 1877, pp. 43 y ss.; THSCHIRMER, “*Das Familien-Vermögen und die Entwicklung des Noterbrechts bei den Römern*”, en ZSS, II, 1.881, pp. 165 y ss.; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., pp. 417 y ss.; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, op. cit., pp. 1875 y ss.; HOELDER, “*Die Stellung des römischen Erben*”, en ZSS, XVI, 1895, pp. 277 y ss.; APPLETON, *Le testament romain*, Paris, 1903, pp. 97 y ss.; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, op. cit., pp. 286 y ss.; PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910, pp. 773 y ss.; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., pp. 608 y ss.; IDEM, “*Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano e testamento greco*”, en *Rivista di storia antica*, XIII, 1910, pp. 380 y ss.; COLI, “*Il testamento nella legge delle XII Tavole*”, op. cit., pp. 24 y ss. y en *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1973, pp. 652 y ss. De forma más matizada aunque también en la línea de que el principio fue introducido por la jurisprudencia, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., pp. 601 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Nápoli, 1949, pp. 496 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, op. cit., pp. 337 y ss.; MIQUEL, “*Preterición y argumento histórico*” (comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de PERALTA ESCUER (*Derecho y argumentación Histórica*)). Recientemente también se ha mostrado favorable a la creencia del origen arcaico, aunque no originario del principio LAMBERTI (*Studi sui postumi nell’esperienza giuridica romana*, op. cit., p. 117, n. 1), que le atribuye un origen postdecemviral. Por otro lado, sostienen que el principio se debe a la jurisprudencia república DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti, contributo allo studio della successione necessaria*, op. cit., pp. 9 y ss.; SANGUINETTI, “*Considerazioni sull’origine del principio “sui heredes instituendi sunt vel exheredandi”*”, en SDHI, LIX, 1993, pp. 259 y ss.

¹⁶⁴ Según ROBBE la máxima *agnatione postumi rumpitur testamentum* no depende de considerar al póstumo como una excepción frente al principio de que la *incerta persona* no podía ser designada heredera, sino del adagio *conceptus pro iam nato habetur*: “*appare subito a prima vista che è assolutamente errato considerare come persona incerta il postumo suo, perchè questo già esiste in embrione al momento della sua istituzione. Di esso si ignora soltanto il sesso e le effettive fattezze che avrà quando sarà nato, ma viceversa il postumo che viene istituito erede nel testamento paterno perchè già concepito, esiste già nella sua parte più essenziale che è il tutto se esso riuscirà a nascere*”. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 35).

¹⁶⁵ Algunos autores anteriores a ROBBE ya habían entendido que el *postumus suus* no entraba dentro de la categoría de las *personae incertae*, entre ellos, FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fideicommissi*, Milano, 1889, pp. 131 y ss.) y también BETANCOURT en su manual (*Derecho romano clásico*, Sevilla, 1955, p. 501) sigue la misma tesis.

postumus suus como persona incierta, ROBBE entiende que en derecho justiniano se produce una transformación del concepto de *postumus* que da lugar a que esté considerado como persona incierta. En efecto, en derecho clásico, el *postumus suus* estaría equiparado al ser humano ya nacido por aplicación de la regla *conceptus pro iam nato habetur*, y por ello se exigía siempre que el póstumo estuviera concebido al tiempo de otorgarse el testamento. Sin embargo, este requisito se elimina en derecho justiniano por la transformación que sufre la noción de *postumus*, permitiéndose la institución de un no concebido¹⁶⁶. La desaparición en derecho justiniano de la exigencia de la concepción al tiempo de la confección del testamento ocasiona inevitablemente que también el *postumus suus* estuviese incluido dentro de la categoría de las personas inciertas.

De las distintas posiciones doctrinales que se han expuesto la de ROBBE parece que se presenta más adecuada con las fuentes, ajustándose a la diferenciación jurídica que existía entre *postumus suus* y *postumus alienus*. En efecto, el *postumus suus* no podía estar considerado en derecho clásico persona incierta porque sus tres *status* estaban fijados desde su concepción; si se observa la definición genérica de personas inciertas que ofrece GAYO en sus Instituciones se podrá comprobar que en ella no cabe incluir al *postumus suus*:

GAYO II, 238.- ...*Incertae autem uidetur persona,
quam per incertam opinionem animo suo testator
subicit...*¹⁶⁷

No se define a las personas inciertas como personas futuras sino como personas indeterminadas¹⁶⁸, esto es, aquellas sobre las que el testador no puede

¹⁶⁶ ROBBE entiende que, en derecho clásico, la existencia del heredero como embrión permitía ofrecer datos suficientes para que fuera individualizado en el testamento; sin embargo, puesto que en derecho justiniano se exige solamente que el póstumo esté concebido en el momento de la muerte del testador, pero no en la confección del testamento, el concepto de *postumus* designa en esa época persona, no sólo futura, sino inexistente y desconocida para el testador cuando otorga el testamento, de la que no puede ofrecer ninguna característica que permita su individualización porque todavía no ha sido concebida. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 138 y ss.).

¹⁶⁷ También I. 2, 20, 25.- (DE LEGATIS).- ...*Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiiciebat...* y *Theophili Paraphr.*, I, 221.- *Incerta autem persona est, quam incerta opinione animo suo testator subiecit, de qua interrogatus nihil certi afferre posset*. Vid. JOHNSTON, "Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law", en ZSS, CXV, 1985, p. 245.

¹⁶⁸ La doctrina no se muestra unánime en la definición de persona incierta: VOCI (*Diritto ereditario romano*, I, op. cit., p. 413) sostiene que persona incierta es aquella que es designada mediante características genéricas, esto es, la que es caracterizada mediante rasgos que no son esenciales que puede poseerlos cualquier personas; SCIALOJA (*Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, op. cit., p. 152) se refiere a las personas inciertas como aquellas de las que el testador no tiene una idea concreta en el momento de otorgar el testamento; para

dar referencias concretas¹⁶⁹: *quam per incertam opinionem animo suo testator subicit*; y ello no ocurre con el *postumus suus* de quién el testador, a pesar de la incertidumbre que existía acerca de su nacimiento, podía ofrecer la certeza de sus tres *status* en el momento de su concepción¹⁷⁰. Resulta igualmente significativo que el jurista, al ilustrar con diversos ejemplos que se debe entender por persona incierta, en ningún momento hace referencia a los hijos póstumos que pudiera tener el testador¹⁷¹. Sin embargo, GAYO menciona expresamente la nulidad de la institución de heredero de un póstumo extraño y la ineficacia del legado establecido en su favor y la justificación no puede ser más clara; *est enim incerta persona*¹⁷²:

GAYO II, 241.- *Postumo quoque alieno inutiliter legatur...*

BONFANTE persona cierta sería solamente la persona física existente e individualizada en el momento de confeccionar el testamento (*Corso di diritto romano, VI, Le successioni, op. cit., p. 383*).

¹⁶⁹ ULPIANO utiliza la expresión del *certum consilium* para poner de manifiesto que el testador, al efectuar la institución de heredero, debe referirse a una persona cierta, esto es, a un sujeto determinado. ULPIANO XXII, 4.- *Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto quoniam certum consilium debet esse testantis*. Para FADDA (*Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit., p. 152, n. 1*) la inexistencia del *certum consilium* en la institución de heredero producía rechazo, pero no por la incerteza sino por la falta de seriedad; de ahí que cuando la disposición testamentaria se hacía a favor de una persona determinable, nada había que objetar en contra de su validez. Sin embargo, BONFANTE entiende que el rechazo de la institución de una persona incierta se producía por la existencia “*di un principio originario inerente alla primitiva funzione del testamento. Quando il testamento significava trasmissione della sovranità domestica, era naturale che si esigesse che la designazione del testador cadesse sopra una persona fisica esistente al momento dell'atto, nettamente individuata, presente allo spirito di chi la chiamava all'alta funzione, forse anche presente all'atto*”. (BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successioni, op. cit., p. 383*).

¹⁷⁰ De ahí que el legado ordenado a favor de persona incierta y establecido con una designación clara si se considera válida: GAYO II, 238.- *...ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit...* Mientras el legado dejado a la persona que primero acudiera al funeral del difunto es un legado nulo, el que se establece a favor del primero de los familiares que acudiera al funeral, es válido. Ello quiere decir que si el testador puede designar una persona entre un grupo concreto, puesto que esa persona, pese a que no podrá determinarse en el testamento, será perfectamente determinable en su momento.

¹⁷¹ GAYO II, 238.- *... uelut cum ita lagatum sit: qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus x <milia> dato. Idem iuris est si generaliter omnibus legauerit: quicumque ad funus meum venerit. In eadem causa est quod ita relinquitur: quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit, ei heres meus x milia dato. Illud quoque quod ita relinquitur: qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, aequae incertis personis legari uidetur. Et denique aliae multae huiusmodi species sunt...*

¹⁷² GAYO II, 287.- *Item olim incertae personae uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei possit...*

GAYO II, 242.- *Ac ne heres quidem potest institui
postumus alienus; est enim incerta persona.*

De todo lo anterior cabe extraer varias conclusiones: en primer lugar, los juristas distinguían perfectamente el *postumus suus* del *postumus alienus* o *extraneus*¹⁷³. El testador podía nombrar tutor para el primero o instituirle heredero; sin embargo, la institución efectuada a favor del segundo era nula o ineficaz, puesto que era considerado persona incierta. El motivo de esta distinción conceptual se basa en la regla para la fijación del *status*, punto clave en materia hereditaria como ya se ha tenido ocasión de mencionar; en efecto, el *vulgo conceptus* no llegaba a fijar sus *status* hasta el momento de su nacimiento, no computándose el tiempo de la concepción para ningún efecto: el hijo podía nacer libre o esclavo, romano o extranjero, *filiusfamilias* o *sui iuris*, dependiendo de los cambios que se produjeran en la condición de la madre durante todo el tiempo de la gestación. La incertidumbre no acababa en si el concebido llegaría a nacer adquiriendo los *status* que tenía fijados, como ocurría con el que había sido engendrado en justas nupcias, sino en el *status* mismo que éste adquiriría. La variación que podía experimentar su condición no permitía su consideración como persona cierta hasta su nacimiento; el *postumus alienus* estuvo incluido en la categoría de personas inciertas, pero, como señala ROBBE, no por ser *postumus* sino por ser *alienus*¹⁷⁴.

Una vez que se ha examinado el derecho clásico, donde hay una clara distinción entre las dos categorías de *postumus* —*suus*, que fue considerado persona cierta por la seguridad con que se conocían sus tres *status* y *alienus*, que fue considerado persona incierta por la situación de pendencia de sus *status* durante la concepción—, queda despejar la duda existente respecto al cambio de consideración del *postumus suus* operado en derecho justiniano. En efecto, en C. 6, 48, 1 el *postumus suus* queda integrado en la categoría de las personas inciertas, como el *alienus* o *extraneus*. A este respecto, ROBBE justificó tal inclusión manteniendo que JUSTINIANO transforma el punto de partida de todo el instituto: en derecho justiniano sólo será necesaria la concepción en el momento de la muerte del testador y no en el de la confección del testamento, mientras que en derecho arcaico y clásico era imprescindible que el concebido existiera en ese tiempo¹⁷⁵.

¹⁷³ En GAYO I, 147 se observa la nítida distinción que se quería efectuar en Derecho entre el *postumus suus* y el *postumus extraneus*: mientras que al primero se le podía nombrar tutor en testamento y, lo que es más importante, instituirle heredero, al segundo *heredes instituere permissum non sit*.

¹⁷⁴ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 30.

¹⁷⁵ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 33 a 37. Por ello, según el autor, el *postumus suus* pasa a ser persona incierta en esta época: de él se ignora no

La transformación del concepto de *postumus suus*, sin embargo, no reside en el aspecto comentado por ROBBE; se ha expuesto que la regla general de fijación del *status* en derecho justiniano atendía al nacimiento salvo que, el *status* de los padres fuera más favorable en el momento de la concepción: en ese caso, por aplicación del principio del *favor nasciturus*, se tendría en cuenta el tiempo de la concepción. Pero en uno u otro caso se debía esperar al nacimiento para conocer que *status* le era más favorable; por ello, desaparecen las diferencias entre *postumus suus* y *alienus*, ya que ambos fijarán su *status* en el nacimiento, lo que hace imposible su determinación en el momento de la concepción. De ahí que Justiniano integre a los *postumus suus* también en la categoría de las *personae incertae*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta calificación ya no resulta relevante; en primer lugar, porque ello no constituye impedimento para que puedan ser instituidos herederos —Justiniano permite la institución de personas inciertas o futuras— y, en segundo lugar, porque desaparece la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, al atenderse al vínculo cognaticio.

2. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR EL *POSTUMUS SUUS* PARA PODER SER INSTITUIDO HEREDERO EN EL TESTAMENTO.-

La consideración del *postumus suus* como persona cierta y su reconocimiento como *heres suus* del causante en la sucesión intestada, posibilitó que el *conceptus* pudiera ser instituido heredero o desheredado en el testamento paterno, como se desprende de diversos textos jurídicos en los que incluso se transcribe alguna cláusula testamentaria en ese sentido¹⁷⁶:

ULPIANO XXII, 19.- *Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes;*

GAYO II, 130.- *Postumi quoque liberi nominatim uel heredes institui debent uel exheredari.*

sólo si efectivamente llegará a nacer, sino que falta cualquier dato para la determinación o individualización

¹⁷⁶ Vid. también GAYO I, 147 refiriéndose a los *postumi sui* se admite la posibilidad de instituirles herederos: <nam> *hos etiam heredes instituere possumus....*; GAYO II, 131.- *Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis siue feminini sexus siue masculini praeterito ualet quidem testamentum, se postea agnatione postumi siue postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur...*

AULO GELIO, *Noct. Att.*, III, 16, 13.- *Hodie quoque in satura forte M. Varronis legimus, quae inscribitur "Testamentum", verba haec: "si quis mihi filius unus pluresve in decem mensibus gignuntur, ii si erunt σνοι λνρας exheredes sunt; quod si quis undecimo mense, καὶ α' Ἀριστοειλην, natus est, Attio idem, quod Tettio, ius est apud me.*

Se debe advertir, sin embargo, que no todos los descendientes póstumos podían ser mencionados eficazmente en el testamento del *paterfamilias*. Los requisitos que se exigían al póstumo para poder ser objeto de institución hereditaria son básicamente los mismos que han sido expuestos en el apartado de la sucesión legítima: el *conceptus* debía estar engendrado en justas nupcias y su nacimiento tenía que acaecer en tiempo y forma oportunos, esto es, con las condiciones físicas exigidas a un recién nacido y en los diez meses posteriores a la muerte del padre.

No obstante, existen dos requisitos que merecen mención aparte, porque son diferentes a los que se dan en la sucesión *ab intestato*: en primer lugar, el momento en que se exige la concepción del heredero póstumo, requisito muy discutido doctrinalmente; y, en segundo lugar, el tiempo en que se exige al concebido la consolidación de la posición de *heres suus* respecto del causante, puesto que, a nuestro entender, resulta ser el requisito esencial en la evolución de la *institutio postumi*.

A. Concepción al tiempo de otorgar testamento: posiciones doctrinales.-

En la sucesión intestada, el póstumo debía estar concebido antes del fallecimiento del causante, porque era necesario que entre ambos se estableciera el vínculo agnaticio que garantizaba el nacimiento futuro de un *heres suus*¹⁷⁷. Teniendo en cuenta que en la sucesión testamentaria el tiempo relevante es la redacción del testamento, por lo que en principio cabría mantener la exigencia de la concepción en ese momento; sin embargo, el tema ha sido objeto de una prolija discusión doctrinal propiciada por la carencia de textos que mencionen expresamente este requisito. Las posiciones de los distintos autores se pueden agrupar en tres corrientes:

¹⁷⁷ La coexistencia entre causante y descendiente debía darse aunque fuera en estado embrionario, como se desprende de D. 3, 1, 8; D. 28, 3, 6, pr.; D. 38, 8, 1, 8 y D. 38, 16, 6 a 9, y en la sucesión testamentaria, debía concurrir en el momento de la redacción del testamento.

a) Teoría de la no exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento¹⁷⁸.-

Esta posición doctrinal entiende que el requisito de la concepción del póstumo al otorgar testamento fue originariamente exigido por constituir el supuesto más habitual: un *paterfamilias* se decidía a testar cuando su mujer o su nuera se encontraban embarazadas a fin de que el testamento no se rompiera por preterición de un heredero forzoso. A este respecto FADDA¹⁷⁹ sostiene que probablemente en un principio se consintiera la institución de aquellos que se encontraran *in utero matris* resistiéndose a que la mención se extendiera a los no concebidos, que no se sabía siquiera si iban a estar engendrados en algún momento¹⁸⁰. Sin embargo, a continuación el autor entiende que resulta lógico pensar que la limitación que suponía la exigencia de que el póstumo estuviera concebido al tiempo de la redacción del testamento desapareciera en el derecho último¹⁸¹, bastando con que existiera *in tempore mortis*: "*che non si potesse contentarsi della possibilità di contemplare nel testamento i concepiti al momento della formazione di questo è cosa che appare evidente da ciò che una tale concessione sarebbe stata inadeguata allo scopo, perchè il concepimento poteva avverarsi dopo il testamento e a così breve distanza dalla morte da impedire il ricorso a un nuovo testamento*"¹⁸².

En el mismo sentido se expresa también LAMBERTI¹⁸³ al entender que no resulta convincente que la institución de heredero sólo fuera válida cuando la concepción del descenciente fuera anterior a la confección del testamento, no sólo porque los textos jurídicos así lo acreditan, sino sobre todo por considera-

¹⁷⁸ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 154 y 155; GLÜCK, *Commentario alle Pandette, op. cit.*, XXVIII, 2, pp. 447 y ss.; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali, op. cit.*, p. 216; VOGLI, *Diritto ereditario, II, op. cit.*, p. 411; y LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

¹⁷⁹ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 154 y 155.

¹⁸⁰ FADDA reconoce que el modo en que ULPIANO y TIPUCITO se expresan parece ser favorable a la hipótesis de que la concepción era necesario al tiempo de la formación del testamento: ULPIANO XX, 19, al mencionar quiénes pueden ser instituidos herederos menciona a *eos qui in utero sunt*, y TIPUCITO se refiere a la constitución "*De incertis personis*" de este modo: *Heredes incertos scribi constituio velat, nisi in utero est, in hoc enim nomen eius quod desideratur supplet venter qui eum gestat et pater*. (FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 154).

¹⁸¹ Concretamente, FADDA sostiene que ya con la fórmula de AQUILIO GALO se permite instituir heredero a un nieto no concebido en ese momento, para el caso de que muera el hijo que se encuentra *in potestate* actualmente. Vid. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 154.

¹⁸² FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 154.

¹⁸³ LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 162 y ss.

ciones prácticas: resultaba ilógico establecer como límite a la eficacia del testamento que el póstumo estuviera engendrado al redactar el testamento, cuando es demasiado difícil comprobar si la concepción existió antes o después del testamento. Además, si lo que se pretendía era ampliar las disposiciones que podía realizar el testador por motivos prácticos y jurídicos, no tenía sentido alguno volver a limitar esta posibilidad imponiendo como condición que el póstumo estuviera engendrado al otorgar el testamento¹⁸⁴. Por otro lado, la autora entiende que también las fuentes jurídicas avalan la posición de la no necesidad de la concepción del póstumo al realizar el testamento, citando, al igual que FADDA, la fórmula Aquiliana como ejemplo más evidente al respecto, en la que no se exige la concepción del nieto al tiempo de testar¹⁸⁵.

b) Teoría de la exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento.-

El autor que más ha desarrollado esta teoría ha sido ROBBE¹⁸⁶, puesto que es la tesis en la que basa toda su monografía. ROBBE relaciona la institución del póstumo con el principio *conceptus pro iam nato habetur*, lo que ineludiblemente le lleva a sostener que sólo el hijo concebido en el momento de la confección del testamento podía ser instituido heredero; por lo tanto, este requisito se exige durante toda la época clásica, y sólo en el derecho justiniano se elimina debido al cambio conceptual que experimenta la noción de póstumo, que se comprende también al no concebido al realizar el testamento.

ROBBE sostiene que la exigencia de la concepción del póstumo al realizar testamento se encuentra claramente reflejado en las fuentes jurídicas: así, ULPIANO sólo permite la institución de heredero para aquellos *qui in utero sunt*; sólo a éstos *possumus instituere heredes*, como afirma ULPIANO: si el jurista hubiera permitido la institución de heredero del no concebido, según él, hubiera permitido instituir a “*quien estará en el utero*” o a “*quien será conce-*

¹⁸⁴ LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 163 y 164.

¹⁸⁵ LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 165. La autora también cita D. 28, 2, 4, pr.; D. 28, 2, 5 y D. 28, 2, 27 que admiten la validez de la *institutio postumi* dispuesta con anterioridad al matrimonio de los padres de éste: “*se Sabino, (Cassio-) Giavoleno, e (Nerazio-) Paolo ammettevano la validità di una institutio postumi disposta anteriormente al matrimonio da cui poi nato l'erede, evidentemente il concepimento non doveva esser richiesto al momento della confezione dell'atto*”.

¹⁸⁶ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 41 y ss. En el mismo sentido, GANDOLFI, voz “*Nascituro (Storia)*”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, p. 531 y ALEMAN MONTERREAL, “*Ante un deba actual. El concepturus en la sucesión testada*”, op. cit., p. 133. Había sostenido con anterioridad a ROBBE la tesis de la exigencia de la concepción al redactar el testamento, entre otros, DERNBURG, *Pandette*, III, op. cit., pp. 295 y ss.

bido” cuando el testador fallezca¹⁸⁷. El clarísimo lenguaje de ULPIANO se corresponde plenamente con el principio *conceptus pro iam nato habetur*, ya que ésta máxima también encuentra su base en el *conceptus*: solo en aquel que está concebido *pro iam nato habetur*; de no exigirse la concepción, el principio se referiría a “*qui conceptus erit*”¹⁸⁸.

A fin de demostrar su tesis, ROBBE examina todas las categorías de póstumos cuya institución hereditaria va admitiéndose a lo largo del tiempo, llegando a la conclusión de que la exigencia de la concepción está presente en cada una ellas¹⁸⁹.

c) Teoría intermedia: exigencia de la concepción al redactar el testamento en algunos supuestos.-

Esta posición es la que mantiene LA PIRA¹⁹⁰ que puede definirse como una posición intermedia entre las dos posturas anteriores: sostiene que sólo en algunas ocasiones se exigía la concepción al otorgar testamento, puesto que en el caso de que hubiera instituido heredero un nieto póstumo que fuera a suceder al propio padre, no sería necesario que estuviera engendrado en el momento en que el abuelo testaba.

El autor parte de la idea de que para que el testamento del *paterfamilias* no fuera revocado *ipso iure* debía reflejar la constitución de la familia romana y, por tanto, debía hacer referencia a todos los grados de *sui* existentes en el momento de ser redactado. Respecto al póstumo, sólo se le exigía la concepción al tiempo de realizar testamento para aquél heredero que a su nacimiento fuera *suus*, pero no en el supuesto que éste ocupara el lugar de un *suus* que le precedía en sus derechos: en otras palabras, se requería la concepción del póstumo si éste era un hijo del testador, pero no si se trataba de descendientes ulteriores, como nietos o bisnietos¹⁹¹.

d) Nuestra posición.-

La teoría de la no exigencia de la concepción al tiempo de testar, a pesar de que resulte la más sugerente desde la lógica del derecho actual, lo cierto

¹⁸⁷ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 43.

¹⁸⁸ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 44.

¹⁸⁹ Según ROBBE, la confirmación más evidente de que el requisito se exigió durante todo el derecho clásico es la constitución de JUSTINIANO recogida en C. 6, 48, 1, donde se suprime este requisito. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 44).

¹⁹⁰ LA PIRA, *La successione intestada e contra il testamento...*, op. cit., pp. 93 a 95.

¹⁹¹ LA PIRA, *La successione intestada e contra il testamento...*, op. cit., pp. 73 y 87. El autor entiende que a la vista de la fórmula Aquiliana no se puede exigir la concepción de nietos y ulteriores herederos.

es que, admitir en el derecho clásico la posibilidad de instituir heredero a un póstumo que no estuviera concebido al tiempo de otorgar testamento, entraría en directa contradicción con los principios vigentes en esa época en la sucesión testada, por lo que nos sumamos a la tesis mantenida por ROBBE que es la más coherente con los mismos.

Las razones que avalan nuestra posición son las siguientes:

- El *nondum conceptus* no puede considerarse persona cierta.-

La institución hereditaria del *postumus suus* se admitió porque estaba considerado persona cierta; como ya se ha mencionado, el *postumus suus* fijaba sus tres *status* en el momento de la concepción y esto es lo que permitía que éste estuviera perfectamente determinado y que el testador pudiera instituirle heredero. Un *nondum conceptus* no tiene *status* puesto que es un ser inexistente y, por ello, no puede considerarse ni persona cierta ni incierta porque ni siquiera es persona. Pero además, teniendo en cuenta que personas existentes, como el hijo de un emancipado o el *postumus alienus*, no podían ser instituidos herederos por estar considerados *personae incertae*, parece improbable que un no concebido pudiera ser objeto de tal disposición cuando no sólo era inexistente en el momento de testar y sino que podía no llegar a existir nunca.

- La regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* no podía ser aplicable a un *nondum conceptus*.-

Se ha tenido ocasión de mencionar que la aplicación de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* era excesivamente rigurosa: sólo regía respecto de los *sui* existentes en el momento de la confección del testamento y en ningún caso la mención de personas que adquirirían la cualidad de *sui* en un momento posterior tenía eficacia para cumplir la regla. Si personas ya existentes que adquirirían la cualidad de *sui* con posterioridad al testamento, como los *quasi postumi*, rompían el testamento, no teniendo eficacia su institución, tanto más ocurriría con un no concebido, cuando ni siquiera se sabía si existiría alguna vez como *sui*¹⁹².

¹⁹² La institución hereditaria de un no concebido en ningún caso sería eficaz para dar cumplimiento al principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: el concebido estaba considerado *suus* y por ello su mención sería válida para no romper el testamento al nacer; sin embargo, un no concebido no podía ser mencionado eficazmente, ya que, al no poder anticipar sus *status*, no podría ser considerado *suus* a la hora de realizar testamento.

- El *nondum conceptus* no podía estar considerado *suus* del testador.-

Este motivo se encuentra en relación con los dos anteriores. En efecto, la institución o desheredación del *conceptus* se consintió porque éste estaba considerado *heres suus* del causante al anticiparle la posición de heredero que adquiriría con el nacimiento al momento de la concepción. Parece claro que este anticipo no podría darse si no existe un ser concebido al que se le pueda retrotraer la condición de *suus*.

- La máxima *conceptus pro iam nato habetur* permitía la equiparación con el nacido únicamente al que estaba ya concebido.-

La institución hereditaria de un *conceptus* tuvo su base en la asimilación jurisprudencial que se hizo con el nacido, por lo que el *nondum conceptus* quedaría fuera de la aplicación de este aforismo.

- La mayoría de las fuentes que exponen supuestos de *institutio postumi* hacen referencia a la *uxor praegnans*.-

Puede parecer extraño que ningún texto haga referencia directa a la exigencia de este requisito; tal omisión se podría explicar aduciendo que no se exigía, aunque parece más probable que éste se diera por supuesto, estando asumido plenamente que el descendiente debiera estar concebido al tiempo de perfeccionar el testamento. A nuestro juicio, teniendo en cuenta que la mayor parte de los textos, al exponer los supuestos a tratar, se refieren a la mujer o nuera que se encuentra embarazada, entendemos que la segunda de las hipótesis resulta más coherente¹⁹³.

Si a los motivos expuestos unimos la circunstancia de que uno de los momentos relevantes en la sucesión testamentaria es aquél en el que se otorga testamento, como ponen de manifiesto las fuentes, y que en ese momento debían concurrir todos los requisitos de capacidad tanto en éste como en el heredero instituido¹⁹⁴, a nuestro juicio, sería impensable que un

¹⁹³ Entre otros, D. 28, 2, 25, 1; D. 28, 2, 29, 3; D. 28, 2, 29, 7; D. 28, 3, 15; D. 29, 2, 84 (83).

¹⁹⁴ D. 50, 17, 201.- (*IAVOLENUS, libro X Epistolarum*).- *Omnia quae ex testamento profiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint*. Respecto al heredero extraño, se exigía que concurreniera la *testamentifactio* en tres momentos distintos: el de la confección del testamento, el de la muerte del testador y el de la *aditio*: D. 28, 5, 49, 1.- (*FLORENTINUS libro X. Institutionum*).- *...Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius et quum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio...* En idéntico sentido, I. 2, 19, 4.- (*DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA*).- *In extraneis heredibus illud observatur, ut sic cum iis testa-*

nondum conceptus pudiera ser instituido heredero en derecho clásico, sumándonos a la tesis que exigía la concepción del póstumo en el momento de otorgar testamento.

Además, se debe tener en cuenta que los autores que defienden la no exigencia de la concepción en el momento de la redacción del testamento, si sostienen que el heredero se encuentre concebido cuando el causante fallece; cabe apuntar a este respecto que si afirman que la concepción es un requisito de difícil comprobación en el momento de testar, resultará igualmente complicado demostrar su concurrencia en el tiempo del fallecimiento.

B. Fijación de la posición de *suus*: tiempo en que se exige.-

La concepción en justas nupcias, ya se ha mencionado, originaba que el *conceptus* fijara su posición de *heres suus* en el momento de la concepción, adquiriéndolo a su nacimiento; la consolidación de esa cualidad constituye el único motivo para que el póstumo fuera tenido en cuenta en la herencia del causante: como se comprobó en la sucesión *ab intestato*, la *vocatio* se efectúa respecto de todos los *heredes sui* que existieran al tiempo del fallecimiento, fueran éstos nacidos o concebidos. En la sucesión testamentaria, el testador debía instituir o desheredar a todos los miembros de la familia que ostentaran la cualidad de *heredes sui* al tiempo de testar; por ello, la fijación de la posición de *heres suus* del *conceptus* hacía que el testador debiera tenerle en cuenta al redactar el testamento.

Por lo tanto, el requisito más importante que debía concurrir en el *postumus* era precisamente la consolidación de la futura posición de *heres suus* que adquiriría a su nacimiento. Este requisito, además, condiciona el resto: si el concebido debía tener la cualidad de *heres suus*, lógicamente debía ser un concebido *ex iustis nuptiis*, puesto que sólo éste fijaba su *status* en el momento de la concepción y de ahí que la concepción al tiempo de otorgar testamento fuera una exigencia ineludible ya que si no existía *heres suus* tampoco existía obligación de instituir o desheredar a alguien que no existía.

Teniendo en cuenta la importancia de este requisito, surge a continuación la pregunta del momento en el que el *conceptus* debía fijar la posición de *heres suus* respecto del causante para que su institución o desheredación fuera

menti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti quidem facti, ut constiterit institutio, mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, et quum adierit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit...

eficaz a fin de evitar la ruptura testamentaria, esto es, el tiempo relevante en el que se exige la concurrencia de dicha posición. La cuestión no resulta difícil de resolver tomando en consideración la aplicación el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: la regla regía respecto de los miembros de la familia que ostentaban la cualidad de *sui* en el momento de otorgar el testamento. Si ello era así respecto de los miembros ya nacidos es lógico pensar que también se exigiera respecto de los que estuvieran tan sólo concebidos.

De todo lo expuesto hasta ahora se puede concluir que el póstumo debía consolidar la posición de *suus* respecto del testador en el momento de la redacción del testamento; en caso contrario, la mención del *conceptus* no evitaría la ruptura del mismo. De ahí que si, al testar, un *paterfamilias* tenía un hijo y un nieto concebido de éste, sólo podía instituir o desheredar eficazmente al hijo y de nada serviría la mención del nieto para evitar la ruptura del testamento en el caso de que el nieto consolidara su posición de *suus* con posterioridad a la perfección del testamento por la muerte del hijo. Por ello, superado el obstáculo que suponía la *institutio postumi*, todo el esfuerzo jurídico se dirigió a solucionar los problemas que se originaban a causa de la imposibilidad de nombrar a personas, nacidas o concebidas, que podrían adquirir la posición de *sui* tras la redacción del testamento.

3. INSTITUCIÓN HEREDITARIA *EX PARTIBUS* Y *EX CONDIIONE* DEL *POSTUMUS SUUS*.-

El testador podía realizar la institución hereditaria de un póstumo pura y simplemente o en sus otras modalidades, *ex partibus* o *ex condicione*:

A. *Institutio postumi ex partibus*.-

La institución de un póstumo junto con otras personas se encuentra recogida básicamente en tres textos¹⁹⁵: D. 28, 2, 28, 4; D. 28, 5, 47 (45), 1 y D. 28, 2, 13, pr., en los que la cuestión principal que se debate es el reparto de la herencia. Ninguno de los textos resulta de difícil comprensión. En cuanto al primer fragmento, D. 28, 2, 28, 4, relata un caso en el que el testador instituye herederos dos hijos póstumos dejando dos tercios de la herencia al hijo y un tercio a la hija; se plantea la cuestión del reparto de la masa hereditaria en el supuesto de que nazca uno sólo de los hijos póstumos:

¹⁹⁵ Vid. D. 34, 5, 6 (7).- (*MAECIANUS libro III. Fideicommissorum*).- *vel ex parte te, et ex parte postumum heredem instituisset, legatumve similiter vel fideicommissum dedisset...*

D. 28, 2, 28, 4.- (*TRYPHONINUS libro XX Disputationum*).- *Quid autem, si filium post testamentum natum ex besse, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit heredem, nec ullum coheredem dedit, nec substituit invecem alium? Unus natus solus ex testamento si heres.*

La resolución no plantea ninguna dificultad: resulta evidente que el hijo no nacido no adquiere la personalidad jurídica y, por tanto, el que nació será heredero universal de toda la herencia.

El segundo de los textos, D. 28, 5, 47 (45), 1, contiene un supuesto que tampoco resulta de difícil comprensión:

D. 28, 5, 47 (45), 1.- (*AFRICANUS libro II Quaestionum*).- *Quidam testamento ita heredes instituit: "Titia filia mea heres esto; si quid mihi liberorum me vivo mortuove nascetur, tunc qui virilis sexus unus pluresve nascentur, ex parte dimidia, et quarta, qui feminini sexus una pluresve natae erunt, ex parte quarta mihi heres sit"; postumus ei natus est; consulebatur, quota ex parte postumus heres esset. Respondit, eam hereditatem in septem partes distribuendam, ex his filiam quatuor, postumus tres habituros, quia filiae totus as, postumo dodrans datus est, ut quarta portione amplius filia, quam postumus ferre debeat. Ideo si postuma quoque nata esset, tantundem sola filia, quantum uterque postumorum habituri essent; itaque in proposito quum as filiae, dodrans postumo sit datus, viginti unam partes fieri, ut filia duodecim, novem filius habeat.*

El fragmento recoge un supuesto en el que el testador instituye heredera a una hija, Ticia, disponiendo a la vez que, si nacía un hijo póstumo, éste fuera heredero de tres cuartas partes de la herencia. Se plantean varias posibilidades de reparto de la herencia según se produzca el nacimiento de un solo hijo póstumo o dos, siendo ambos de distinto sexo; en el primer supuesto, la solución pasa por dividir la herencia en siete partes: cuatro para Ticia y tres para el póstumo, porque es la hija quien ha sido instituida heredera —*filiae totus as*— debiendo obtener siempre una parte más que el póstumo —*ut quarta portione amplius filia*—. En el segundo supuesto, esto es, que además del hijo póstumo también nazca una hija, la herencia se dividiría en veintiuna partes, repartiendo doce para la hija y nueve para el hijo.

El último de los fragmentos es D. 28, 2, 13, pr.¹⁹⁶, donde se plantea un supuesto en el que el testador hubiera previsto el reparto de la herencia distinto según naciera un hijo o una hija póstuma:

D. 28, 2, 13, pr.- (*IULIANUS libro XXIX. Digestorum*).- *Si ita scriptum sit: "si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto", et filius et filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quam uxor, item uxor altero tanto amplius, quam filia; licet enim subtili iuris regulae conveniebat, ruptum fieri testamentum, attamen, quum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.*

En el caso de que naciera un hijo póstumo, a éste le corresponderán las dos terceras partes de la herencia, dejando la cuarta parte para la mujer; en el caso de que naciera una hija póstuma, le corresponderá una tercera parte, siendo el resto la mujer. No se prevé, sin embargo, que el parto sea de gemelos que es lo que finalmente acontece, planteándose la cuestión de la cuota hereditaria que corresponde a la mujer: la solución que ofrece el texto consiste en dividir

¹⁹⁶ Sobre D. 28, 2, 13, pr. vid, entre otros, EISELE, "*Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationem*", en ZSS, XVIII, 1897, p. 25; LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 (reimp. Graz, 1960), p. 392; KRÜGER, "*Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechts*", en ZSS, XIX, 1898, p. 24; FERRINI, "*Note critiche ad esegetiche*", en BIDR, XIV, 1901, pp. 214 y ss.; GRADENWITZ, "*Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus*", en ZSS, XVI, 1905, p. 351; BRANCA, "*Un caso interessante di institutio sine parte*", en *Rivista di diritto civile*, III, 1934, p. 275; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 188 y ss.; GARCIA-GRANERO, "*Estudio sobre el capítulo 3, 20, 6 del Fuero General de Navarra: un texto recibido del Derecho Romano*", en AHDE, XLVI, 1976, pp. 225 y ss.; WIEACKER, "*Offene wertungen bei den Roemischen Juristen*", en ZSS, CVII, 1977, p. 13; HAUSMAN, "*Zur legatsinterpretation des Celsus*", en IURA, XXXV, 1984, pp. 41 a 43; BUND, "*Il "sapere" di Salvio Giuliano*", en LABEO, XXXV, 1989, p. 110; CERAMI, "*Giuliano nel suo tempo*", en LABEO, XXXV, 1989, pp. 117 y 119.

la herencia en siete partes, siendo cuatro para el hijo, dos para la mujer y una sólo parte para la hija¹⁹⁷.

B. *Institutio postumi ex conditione*.-

La institución hereditaria sujeta a condición¹⁹⁸ de un póstumo suponía que el testador debía acompañar a la cláusula donde se realizaba la institución condicional una disposición alternativa que previera la desheredación para el

¹⁹⁷ Según la mayoría de la doctrina romanística, el texto se encuentra interpolado; en este sentido, entre otros, EISELE, "*Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*", *op. cit.*, p. 25; LENEL, *Paligenesia iuris civilis...*, I, *op. cit.*, p. 392; KRÜGER, "*Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechts*", *op. cit.*, p. 24; GRADENWITZ, "*Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus*", *op. cit.*, p. 351; FERRINI, "*Note critiche ad esegetiche*", *op. cit.*, pp. 214 y ss.; BRANCA, "*Un caso interessante di institutio sine parte*", *op. cit.*, III, 1934, p. 275; y ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, *op. cit.*, pp. 188 y ss. ROBBE entiende que el texto se encuentra interpolado porque la solución final, según él, no es admisible en derecho clásico, estando fundamentada en dos argumentos que tampoco son aceptables para esta época: "*é assolutamente falso il primo argomento... perchè deve ritenersi certamente esclusa la rottura del testamento, essendo stati in questo regolarmente istituiti eredi sia il postumo sia la postuma. E' falso anche il secondo argomento... il de cuius non ha affatto previsto il caso di un parto gemino di un figlio e una figlia, di modo che nell'assegnazione delle quote ai suoi eredi egli si sarebbe grossolanamente sbagliato, poichè avrebbe esaurito tutto il suo asse ereditario con la sola determinazione delle due parti ai due nascituri, lasciando poi a la moglie, da lui pure istituita erede assieme con quegli altri due, sine parte*". ROBBE propone dos soluciones posibles para el derecho clásico: en primer lugar, que la mujer permaneciera heredera *sine parte* y, en segundo lugar, que la herencia se dividiera en dos cuotas, una que se dividiría a su vez entre los hijos —dos tercios para el hijo y un tercio para la hija— y la otra que se repartiría entre los hijos y la mujer por partes iguales; según ROBBE, con esta segunda solución la mujer obtendría una mínima parte de la herencia que era lo que en realidad inspiró al testador.

¹⁹⁸ La *institutio heredis* sólo podía estar sometida a condición suspensiva, puesto que la resolutoria iría en contra del principio *semel heres semper heres*, por lo que se tenía *pro non scriptis* para salvaguardar la validez del testamento; lo mismo ocurría respecto de la condición imposible, ilícita, inmoral o la *falsa conditio* impuesta a la institución de heredero. Vid. a este respecto, D. 35, 1, 3; D. 28, 7, 1 y 15; *Pauli Sententiae* III, 4 b, 2. En torno a este tema, vid. AMBROSINO, "*In iure cessio hereditatis*", en *SDHI*, X, 1944, pp. 8 y ss.; *IDEM*, "*Esercitazioni di "dommatica moderna" sul diritto romano*", en *SDHI*, XVII, 1951, pp. 222 y ss.; GUARINO, "*Notazioni romanistica. In iure cessio hereditatis*", en *Studi Solazzi, Napoli*, 1948, pp. 41 y ss.; LÉIGIER, "*Testament et "condicio"*", en *Reviu Historique de Droit Français et Etranger*, XXXVIII, 1960, pp. 353 y ss.; WIELING, "*Falsa demonstratio, conditio pro non scripta, conditio pro impleta in roemischen testament*", en *ZSS*, C, 1970, pp. 197 y ss.; NOERR, "*Spruchregel und Generalisierung*", *op. cit.*, pp. 52 y ss.; MACCORMACK, "*Impossible conditions in wills*", en *RIDA*, XXI, 1974, pp. 263 y ss.; LEUREGANS, "*Testamenti factio non pirvati sed publici iuris est*", en *Reviu Historique du Droit Français et Etranger*, LIII, 1975, pp. 225 y ss.; ASTOLFI, "*Riflessioni in tema di "condicio iurisiurandi"*", en *SDHI*, LV, 1989, pp. 369 y ss.; COPPOLA, "*Condicio iurisiurandi" e "condicio turpis" nel testamento (Recen. Calore, La rimozione del giuramento. "Condicio iurisiurandi" e "condicio turpis" nel testamento romano)*", en *LABEO*, XXXVII, pp. 124 y ss.

caso de que la condición no llegara a cumplirse; en caso contrario, el testamento se rompería por el nacimiento de un *suus* preterido: no se encontraría instituido –al no haberse cumplido la condición impuesta– ni desheredado –puesto que no se tuvo en cuenta dicha posibilidad–, por lo que se procedería a la apertura de la sucesión intestada. Lo anterior se desprende claramente de un texto de PAULO recogido en D. 28, 2, 24¹⁹⁹:

D. 28, 2, 24.- (*PAULUS libro IX. Quaestionum*).-
*Postuma sub conditione heres instituta, si pendente
conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum.*

Pese a las dudas que se han suscitado respecto a la posible interpolación del texto²⁰⁰, a nuestro juicio, la regla contenida en este fragmento resulta válida para el derecho clásico: al nacer el póstumo pendiente la condición impuesta a su institución hereditaria y no existir cláusula de desheredación, éste se encontraría preterido rompiendo el testamento por agnación de un *suus*. En este caso, el testamento quedaba anulado aunque la condición impuesta a su institución se verificara después²⁰¹: puesto la cláusula *ab initio* había sido inválida²⁰² no cabía la subsanación posterior.

Si la institución hereditaria bajo condición del póstumo se hubiera efectuado correctamente, esto es, con la complementaria cláusula de desheredación por si la condición no se cumplía, cuando se realizaba la *aditio* los derechos hereditarios se retrotraían hasta el momento de la muerte del causante, según el principio de retroacción de los efectos de la aceptación de la herencia.

¹⁹⁹ Vid. también *Basilica XXXV*, 8, 21. Según ROBBE el fragmento se encuentra interpolado y originariamente debía contener otra solución distinta: “*probabilmente dire che il postumo, la cui nascita era stata prevista per dopo la morte del paterfamilias, istituito erede da costui sotto condizione, se nasceva vivente ancora il testatore anche esistente già la condizione, rompeva ugualmente il testamento paterno*”. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 194 y 195).

²⁰⁰ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 194 y 195.

²⁰¹ VOCI, *Diritto ereditario*, II, op. cit., pp. 634 y ss. Algo parecido ocurría en la institución hereditaria sometida a condición en el supuesto de un heredero ya nacido: si el heredero moría antes de que la condición suspensiva se cumpliera, el testamento se anulaba por no existir heredero. A este respecto, GAYO II, 144.- *...aut condicione sub qua heres institutus est, defectus sit... pater familias intestatus moritur; nam et prius testamentum non ualet, ruptum a posteriore, et posterioris aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit*.

²⁰² También podía ocurrir también que la condición se cumpliera antes del nacimiento y entonces tampoco se rompería el testamento. D. 28, 2, 22.- (*TERENTIUS CLEMENS libro XVII ad legem Iuliam et Papiam*).- *Quum postumus sub conditione instituitur, si, priusquam nascatur, conditio extiterit, non rumpitur testamentum postumi agnatione*.

4. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS A FAVOR DEL *POSTUMUS SUUS*: SUSTITUCIONES, NOMBRAMIENTO DE TUTOR Y LEGADOS.-

La admisión de la institución hereditaria del *postumus suus* permitió que éste también pudiera ser objeto de otras disposiciones testamentarias en su favor, como el nombramiento de sustitutos, de tutor, ordenar legados, etc...²⁰³. Estas disposiciones se encontraban vetadas originariamente, porque, para que fueran válidas, se requería como condición *sine qua non* la previa institución hereditaria del póstumo, que, como se viene manteniendo, en su origen no era eficaz. El reconocimiento del póstumo como *heres suus* del testador desde su concepción, que permitió la eficacia de su institución hereditaria, abrió la posibilidad para que pudieran disponerse en el testamento otras disposiciones en su favor.

A. Sustitución de un hijo póstumo.-

En las Instituciones de GAYO se enmarca la sustitución de un hijo póstumo dentro de la pupilar²⁰⁴, ya que se afirma que las reglas aplicables a ésta *eadem etiam de postumis intellegemus*²⁰⁵:

²⁰³ A este respecto, FADDA (*Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 153) sostuvo que “...l’interpretazione delle dodici Tavole chiamasse alla eredità legittima quegli che era già concepito al tempo della morte di colui della cui eredità era questione. Onde il figlio nato post mortem patris gli succedeva nella qualità di suus. Questo riconoscimento del *postumus suus* imponeva di applicargli anche le norme relative al diritto di successione necessaria formale”. También ROBBE admite tal premisa poniendo de manifiesto que “la prima e vera ragione, che ha reso possibile sin dai più antichi tempi della storia di Roma la istituzione ereditaria del *postumus suus* nel testamento paterno, è da ricercarsi precisamente nelle esigenze proprie della condizione di *suus heres*, in cui il *postumus suus* nascendo viene necessariamente a trovarsi, con tutti i diritti che quella medesima condizione comporta rispetto alla primitiva eredità romana, spoglia di qualsiasi carattere patrimoniale ed intesa come traspasso della potestà familiare”. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 34 y 35, n. 16).

²⁰⁴ En virtud de la sustitución pupilar, el *pater* nombraba sustituto para su hijo *impuber in potestate* para el caso de que éste falleciera no habiendo cumplido la edad necesaria para ostentar la *testamentifactio* pasiva y, por tanto, sin haber podido otorgar testamento: D. 28, 6, 2, pr.- (ULPIANUS libro VI ad Sabinum).- *Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, feminae ad duodecim; quod sic erit accipiendum, si sint in potestate*. El sustituto sería sucesor del hijo *impuber* y no del *paterfamilias*, por lo que heredaría, además del patrimonio hereditario del *pater*, todos los bienes que el hijo hubiera adquirido tras la muerte de éste; la sustitución pupilar cesa cuando el hijo alcanza la pubertad, si sale de la potestad paterna o deviene incapaz. Vid. GAYO II, 181 a 183; D. 28, 6, 1, 2; D. 28, 6, 4, pr.; D. 26, 6, 10, 2 a 5; D. 28, 6, 12; D. 28, 6, 14; D. 28, 6, 41, 2; D. 29, 2, 41 y 59; D. 30, 126; D. 35, 2, 87, 5; D. 35, 2, 11, 5 a 7; D. 36, 1, 11; D. 36, 1, 28 (27), 2; D. 49, 15, 10, 1; ULPIANO, XXIII, 8; I. 2, 16, 4 y 5; C. 6, 30, 20; C. 3, 37, 24. Vid. también COSTA, “La natura giuridica della sostituzione

GAYO II, 183.- *Quaecumque diximus de substitutio-
ne inpuberum liberorum uel heredum institutorum
uel exheredatorum, eadem etiam de postumis inte-
llegemus.*

La condición indispensable para que el testador pudiera disponer la sustitución pupilar era que el descendiente fuera *suus* en el momento de otorgar el testamento, esto es, *quod sic erit accipiendum, si sint in potestate*. Por ello *ceterum emancipatis non possumu*, mientras que *postumis plane possumus*: si el hijo póstumo es considerado *suus* desde que está concebido, pudiendo ser instituido heredero o desheredado de manera eficaz, es lógico que pudiera nombrarse sustituto para el caso de que éste muriera sin haber alcanzado la pubertad²⁰⁶:

pupillare”, en *BIDR*, VI, 1893, pp. 245 y ss.; LA PIRA, “*La sostituzione pupillare*”, *op. cit.*, pp. 271 y ss.; WOLF, “*Die Pupillarsubstitution*”, en *Studi Riccobono*, III, pp. 437 y ss.; VANZY, “*La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica*”, en *BIDR*, XLVI, 1939, pp. 68 y ss.; *IDEM*, “*Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare*”, en *BIDR*, XLVII, 1940, pp. 31 y ss.; JOLOWICZ, “*The Wicked Guardian*”, en *JRS*, XXXVII, 1947, pp. 87 y ss.; PERRIN, “*La substitution pupillaire à l’époque de Cicerón*”, en *Revue Historique du Droit Français*, XXVII, 1949, pp. 335 y ss.; SOLAZZI, “*Vulgaris substitutio*”, en *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, pp. 253 y ss. (= en *SDHI*, XVI, 1950, pp. 1 y ss.); *IDEM*, “*Unum testamentum duarum hereditatum*”, en *LABEO*, I, 1955, pp. 190 y ss.; VOCI, “*La sostituzione pupillare nel diritto romano*”, en *Arch. Giur.*, 149, 1955, pp. 23 y ss.; *IDEM*, *Diritto ereditario romano*, II, *op. cit.*, pp. 170 y ss.; FINANZI, “*Heredem esse*” ed “*in tutelam suam venire*”. *Riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare*”, en *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, pp. 117 y ss.

²⁰⁵ Vid. también I. 2, 16, 4.- (*DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE*).- *Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut, si heredes iis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit iis heres is, quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis... Quaecumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intelligimus* y D. 28, 6, 46.- (*PAULUS libro XIII. Responsorum*).- *Paterfamilias primis tabulis postumo herede instituto, secundis sibi vel filio, si intra pubertatem decessisset, Caium Seium fratrem suum substituit, deinde Titium Caio Seio...*

²⁰⁶ Otros fragmentos en los que se pone de manifiesto la posibilidad de nombrar sustituto a un póstumo se encuentran en la obra de Cicerón: *De oratore*, I, 39, 180.- *...ex scripto testamentorum irua defenderet negaretque, nisi postumus et natus et, antequam in suam tutelam veniret, moruus esset, heredem eum esse posse, qui esset secundum postumum et natum et mortuum heres institutus; ego autem defenderem eum hac tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut, si filius non esset, qui in suam tutelam veniret, M' Curius esset heres, num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est, in medio iure civili versari?...; De oratore*, II, 32, 141.- *... Quom scriptum ita sit: Si mihi filius genitur isque prius moritur et cetera, tum mihi ille sit heres; si natus filius non sit, videaturne is qui filio mortuo institutus heres sit heres esse, perpetui iuris et universi generis quaestio non hominum nomina, sed rationem dicendi et argumentorum fontis desiderat...; De inventione* II, 42, 122.- *...Semper ad idem spectare, hoc modo: Paterfamilias cum liberorum haberet nihil, uxorem autem haberet, in testamento ita scripsit: Si mihi filius*

D. 28, 6, 2, pr.- (*ULPIANUS libro VI ad Sabinum*).-
...*Ceterum emancipatis non possumus, postumis plane possumus, nepotibus etiam possumus, et deinceps si qui recasuri non sunt in patris potestatem.*

Igualmente *nepotibus etiam possumus*, tanto si se trata de nietos nacidos como de póstumos, siempre y cuando al otorgar el testamento no le preceda el padre en sus derechos hereditarios. Lo anterior resulta lógico si se tiene en cuenta que antes del nombramiento del sustituto se debía instituir o desheredar al nieto y, como ya se ha mencionado, la institución o desheredación del nieto solo era eficaz si en el momento de la redacción del testamento no le precedía el padre. Si se hacía de otra forma, la mención del nieto sería ineficaz y el testamento principal se rompería por agnación de un *suus*²⁰⁷; la nulidad del testamento principal arrastraría también al pupilar al depender de aquél: *si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit*²⁰⁸.

genitur unus pluresve, is mihi heres esto. Deinde quae solent. Postea: Si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tum mihi ille heres esto. Filius natus non est. Ambigunt agnati cum eo, qui est heres, si filius ante, quam tutelam veniat; mortuus sit.

²⁰⁷ Vid. a este respecto, D. 28, 6, 43, pr.- (*PAULUS libro IX Quaestionum*).- *Ex facto quaeritur: qui filium habebat mutum puberem, impetravit a Principe, ut muto substituere ei liceret, et substituit Titium, mutus duxit uxorem post mortem patris, et nascitur ei filius; quaero, an rumpatur testamentum? Respondi, beneficia quidem principalia ipsi Principes solent interpretari, verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseverat; et ut quemadmodum iure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita Princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. Nam et si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, quum resipisset, quia iam posset sibi testamentum facere; etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, si adhuc id valere dicamus, auferret, enim testamenti factionem homini sanae mentis. Igitur etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium heredem institueret ipse filius postea, an iure habere coeperit suum heredem; nec enim aut patrem, aut principem de hoc casu cogitasse verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exheredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem, utrum in personam unius an complurium.* El texto trata de un caso en el que el testador nombra un sustituto, Ticio, para su hijo mudo; tras la muerte del padre, ese hijo se casa y tiene a su vez un hij; se plantea la cuestión acerca de la ruptura del testamento, al haber nacido un heredero de derecho propio que no ha sido desheredado en el testamento. La respuesta es afirmativa: se anula la sustitución puesto que el testador no previó la posibilidad de nacimiento de un heredero de derecho propio al redactar el testamento. En definitiva, como la voluntad del testador fue nombrar sustituto a un hijo soltero, la sustitución cesará cuando tal situación deje de existir, esto es, cuando hubiera contraído matrimonio y tuviera herederos de derecho propio.

²⁰⁸ D. 26, 6, 2, pr.- (*ULPIANUS libro VI ad Sabinum*).- *...nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit...* y ello porque, aunque se trate de dos herencias —la del padre y la del hijo impúber— el testamento es único: D. 28, 6, 2, 4.- (*ULPIANUS libro VI ad Sabinum*).- *...et merito, constat enim, unum esse testamentum, licet duae sint hereditates...*

La regulación de la sustitución de un nieto póstumo evidencia una vez más, no sólo la rigidez con que se aplicaba la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, sino también la posición que se viene manteniendo respecto a la exigencia de que el *postumus* consolidara la cualidad de *suus* en el momento de otorgar el testamento, porque si no la consolidaba, no sería eficaz.

También se admitía en las fuentes que el testador nombrara sustituto de un hijo impúber a su hijo póstumo²⁰⁹:

D. 28, 6, 2, 4.- (*ULPIANUS libro VI ad Sabinum*).-
...et merito, constat enim, unum esse testamentum, licet duae sint hereditates, usque adeo, ut, quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.

D. 28, 6, 10, 1.- (*ULPIANUS libro IV ad Sabinum*).-
Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio, ut servum meum et fratrem suum, quamvis in rebus humanis nondum sit...

D. 28, 6, 17 (15).- (*POMPONIUS libro IV ad Sabinum*).- *Substitui liberis is etiam potest, qui post mortem eius natus fuerit, cui substitutus heres fuerit.*

Los textos transcritos son de fácil comprensión: en los tres se permite que el póstumo sea sustituto de un hermano ya nacido, porque el concebido es considerado *heres suus*, aunque *in rebus humanis nondum sit*. Más complicado resulta un fragmento de JULIANO en el que, a nuestro juicio, parecen plantearse dos casos distintos:

D. 28, 6, 26 (24).- (*JULIANUS libro XXIX. Digestorum*).- *Si pater filium impuberem heredem scripserit, et ei substituerit, si quis sibi post mortem natus erit, deinde vivo fratre postumus natus fuerit, testamentum vivo rumpetur, post mortem autem fratris vivo patre natus solus heres patri suo existet.*

El texto puede dividirse claramente en dos partes: una que parece relatar un caso en el que el padre instituye heredero a un hijo impúber y se le nombra sustituto; una vez que muere el padre nace un póstumo que origina la ruptu-

²⁰⁹ Vid. LA PIRA, “*La sostituzione pupillare*”, *op. cit.*, pp. 280 y ss.

ra del testamento al encontrarse preterido en el mismo, procediéndose a la apertura de la sucesión intestada; se observa que esta parte contiene una solución coherente con los principios que rigen en derecho clásico. La otra parte del texto, aunque no conste expresamente, parece referirse a un caso en el que el póstumo es el sustituto del hermano impúber, planteándose la posibilidad de que nazca una vez que el hermano ha fallecido pero cuando el padre vive todavía. Si el hijo muere, el sustituto entra en la herencia, por lo que el póstumo heredaría como sustituto. La solución debería ser también la rotura del testamento paterno por agnación del *postumus* y la apertura de la sucesión intestada; como el testamento se rompe, la sustitución también se anula. Así entendida, la solución del texto también sería lógica ya que el póstumo heredaría *ab intestato* sólo del padre y no del hermano impúber puesto que nunca fue sustituto de éste, ya que el testamento se rompió por su nacimiento.

Se ha mencionado al inicio que el nombramiento de un sustituto a un hijo póstumo se enmarcaba dentro de la sustitución pupilar. A este respecto cabría preguntarse que ocurriría en el caso de que ese hijo póstumo no llegara a nacer: ¿entraría el sustituto a heredar o se entendería que no debe suceder porque el heredero nunca existió?. Esta cuestión queda enmarcada en otra más genérica: ¿comprende la sustitución pupilar a la vulgar?. Si la comprende, el sustituto entraría a suceder, ya que se entendería que era heredero del padre, pero si no la comprende, se abriría la sucesión *ab intestato*, puesto que al no existir el heredero, es lógico que el sustituto de ese heredero inexistente no pudiera entrar en la herencia. Este debate fue planteado a través de un caso juzgado ante el tribunal de los *centumviri* y que se conoce como la *causa curiana*²¹⁰:

CICERON, *De inventione* II, 42, 122.- *Paterfamilias, cum liberorum haberet nihil, uxorem autem haberet, in testamento ita scripsit: "Si mihi filius genitur unus pluresve, is mihi heres esto. Si prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc mihi*

²¹⁰ Vid. GIUFFRÉ, "L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione", Napoli, 1965, pp. 102 y ss.; WIEACKER, "The "causa Curiana" and the Contemporary Jurisprudence", en *The Irish Jurist*, II, 1967, pp. 151 y ss.; IDEM, "La "causa Curiana" e gli orientamenti della giurisprudenza coeva", en *Angologia Romanistica et Antiquaria*, I, Milano, 1968, pp. 111 y ss.; TORRENT, "Interpretación de la "voluntas testatoris en la jurisprudencia republicana: la "causa Curiana", en AHDE, XXXIX, 1969, pp. 173 y ss.; TURIÉL, *De causa Curiana*, Salamanca, 1976; FALCHI, "Interpretazione "tipica" nella "causa Curiana", en SDHI, XLVI, 1980, pp. 383 y ss.; TORRENT, "De conservando iure civile": los antagonismos forenses en la "causa Curiana", en SDHI, XLVI, 1980, pp. 383 y ss.; TELLEGEN, "Oratores iurisprudentes and the "causa Curiana", en RIDA, XXX, 1983, pp. 293 y ss.; ALBANESE, "Voluntà negoziale e forma in una testimonianza di Q. Mucio Scevola", en *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, pp. 1.523 y ss.

*Curius heres esto". Deinde quae assolent. Postea: "si filius ante moritur quam in tutelam suam venerit, tum mihi dicet heres esto". Filius natus non est. Ambigunt agnati cum eo, qui est heres, si filius ante, quam in suam tutelam veniat, mortuus sit*²¹¹.

Se trataba de un caso en el que el testador, Marco Coponio, creyendo que su mujer se encontraba embarazada, había instituido heredero a su hijo *nondum nati* siempre que naciera dentro de los diez meses siguientes a su muerte; dispone también el nombramiento de un sustituto pupilar —Manlio Curio— para el caso de que el póstumo muriera antes de haber alcanzado la pubertad. Tras el fallecimiento del testador, la viuda no da a luz a ningún hijo, por lo que el heredero legítimo reclama la herencia.

SCAEVOLA defiende al heredero legítimo, abogando por una interpretación literal del testamento paterno: sostiene que el testador había querido realizar una sustitución pupilar del heredero póstumo y no una vulgar²¹² y, como el heredero no llegó a nacer, la sustitución dispuesta carecía de eficacia, procediendo la *sucesión ab intestato*. LICINIO CRASO, abogado del sustituto que también reclamaba la herencia, defendía la interpretación amplia de la *voluntas testatoris* aduciendo que en la sustitución pupilar dispuesta había que

²¹¹ Vid. también CICERON, *Pro Caecina*, XVIII, 53.- *Ornate et copiose L. Crassus, homo longe eloquentissimus, paulo ante quam nos in forum venimus, iudicio centumviri hanc sententiam defendit et facile, cum contra eum prudentissimus homo, Q. Mucius, diceret, probavit omnibus M. Curium, qui heres institutus esset ita: "Mortuo postumo filio", cum filius non modo non mortuus, sed ne natus quidem esset, heredem esse oportere. Quid? Verbis hoc satis erat cautum? Minime. Quae res igitur valuit? Voluntas, quae si tacitis nobis intelligi posset, verbis omnino non uteremur; quia non potest, verba reperta sunt, non quae impedirent, sed quae indicarent voluntatem; Brutus, LII, 195.- Cum is hoc probare vellet, M. Curium, cum ita heres institutus esset, "si pupillus ante mortuus esset quam in suam tutelam venisset", pupillo non nato heredem esse non posse: quid ille non dixit de testametorum iure? De antiquis formulis? Quem ad modum scribi oportuisset, si etiam filio non nato heres institueretur?; Pro Caecina XXIV, 67 a 69; Brutus XXXIX, 144 y 145; LII, 194; LXXIII, 256; De oratore I, 39, 180; I, 56, 238; I, 57, 242 a 244; II, 6, 24; II, 54, 220 y II, 55, 222; Topica X, 44; QUINTILIANO, *De Institutione Oratoria*, VII, 5, 2 y VII, 6, 9 a 10.*

²¹² La *substitutio vulgaris* consiste en la institución de ulteriores herederos en previsión de que el primer instituido no pueda aceptar la herencia (*casus impotentiae*) o la repudie (*casus noluntate*). Algunos autores (ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano, II, op. cit.*, p. 794; IGLESIAS, *Derecho Romano*, Barcelona, 1999, p. 671) han puesto de manifiesto que la institución del segundo heredero está sujeta a condición suspensiva, puesto que para que el sustituto pueda llegar a ser *heres* es necesario que el instituido en primer término no lo sea. La fórmula utilizada fue: "*Titus heres esto. Si Titus heres non erit, Maevius heres esto*". Vid. a este respecto, I. 2, 15, pr. y 1; GAYO II, 175; D. 28, 6, 27 y 41; D. 42, 1, 44; D. 11, 1, 12, pr.; D. 4, 4, 24, 4; C. 6, 24, 3 y C. 6, 9, 9. Respecto a la bibliografía en torno a la sustitución vulgar, ordinaria o directa, vid., entre otros, SOLAZZI, "*Vulgaris substitutio*", *op. cit.*, p. 1 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario, II, op. cit.*, p. 160 y ss.

enterder implícita la vulgar; en efecto, fuera de toda duda queda que el testador había querido instituir heredero a su hijo póstumo, pero queda claro también que deseaba como *secundus heres* a Manlio Curio: por tanto, a falta de instituido en primer término —el concebido que no llegó a nacer—, le correspondía a él la herencia del *de cuius* como sustituto vulgar.

La victoria finalmente fue para Craso: el tribunal de los centumvirois concedió la herencia al sustituto, al interpretar que la *voluntas testatoris* del causante al acudir a la fórmula de la sustitución pupilar comprendía implícitamente la vulgar²¹³. Así, cuando el padre nombra sustituto al hijo se considera que lo nombra para dos supuestos: para el caso de que el hijo muera impúber o para el caso de que llegue a ser heredero nunca.

Otros textos en los que también se refleja la entrada de los sustitutos en la herencia en caso de que el póstumo instituido heredero no llegue a nacer²¹⁴, son D. 30, 126, 1 y CICERON, *Pro Cluentio*, XII, 33, en el que se afirma la entrada del sustituto en la herencia del testador, en caso de que se produzca un aborto:

D. 30, 126, 1.- (*PAULUS libro singulari de secundis tabulis*).- *Quum a postumo ita legetur: "si heres erit", et non nato postumo substituti adeant, legata eos debere, existimandum est, quae ille, si viveret, debiturus erat.*

CICERON, *Pro Cluentio*, XII, 33.- *Itaque, cum hanc eius consuetudinem audaciamque cognosset avunculus illius adolescentis Oppianici, Cn. Magius, isque, cum gravi morbo adfectus esset, heredem illum sororis suae filium faceret, adhibitis amicis, praesente matre sua, Dinaea, uxorem suam interrogavit, essetne praegnans. Quae cum se esse respondisset, ab ea petivit, ut se mortuo apud Denaeam —quae tum ei mulieri socrus erat— quoad pareret, habitaret diligentiamque adhiberet, ut id, quod conceperat, servare et salvum parere posset. Itaque ei testamento legat grandem pecuniam a filio, si qui natus esset:*

²¹³ La cuestión acerca de si la sustitución pupilar incluía la vulgar fue muy discutida en época republicana, siendo zanjada posteriormente al prescribir que cuando el testador no hubiera dispuesto nada en contra, la sustitución vulgar quedaría comprendida en la pupilar y al revés. Vid. D. 28, 6, 4, pr. y C. 6, 26, 2.

²¹⁴ Sin embargo, D'ORS sostiene que la decisión de la *causa curiana* no tuvo trascendencia. Vid. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1997, p. 285.

ab secundo herede nil legat. 34.- Quid de Oppianico suspicatus sit videtis; quid iudicarit obscurum non est. Nam cuius filium faceret heredem, eum tutorem liberis non adscripsit.

El fragmento de CICERON relata un supuesto donde el testador, *Gneo Magio*, había instituido heredero a su hijo concebido, dejando un legado de dinero a la mujer para el caso de que el hijo llegara a nacer y adquiriera la herencia paterna; en caso de que el hijo finalmente no naciera, la mujer no percibiría ninguna cantidad y entraría en la herencia el hijo de *Oppianico* como *heres secundus*. El póstumo no nace puesto que *Oppianico* paga una gran cantidad de dinero a la mujer para que se provocara un aborto y sucediera su hijo. Se observa en ese caso que el póstumo no nace y, sin embargo, el sustituto de éste, esto es, el hijo de *Oppianico*, entra en la herencia del padre, comprendiendo nuevamente la sustitución pupilar a la vulgar.

B. Nombramiento de tutor y disposición de legados a favor del póstumo.-

La *datio tutoris*²¹⁵ testamentaria a favor de un hijo póstumo²¹⁶ también aparece reflejada en las fuentes, a través del principio que equipara la posición del concebido con la del nacido:

GAYO I, 147.- Cum tamen in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint ut uiuis nobis nascantur, in potestate nostra fiant;

²¹⁵ D. 50, 17, 73, 1.- (*QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA* libro singulari 'Ορϑων).- *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, quum moritur, habuit habiturusbe esset, si vixisset.* Sobre el fragmento, vid., entre otros, SOLAZZI, "La legge della XII Tavole sulla tutela e un'ipotesi del Bonfante", en *Scritti giuridici*, III, pp. 219 y ss.; KRÜGER, "Römische Juristen und ihre Werke", en *Studi Bonfante*, II, Milano, 1930; SCHERILLO, "Note critiche su opere della giurisprudenza romana", en *IURA*, III, 1952, pp. 180 y ss.; SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961; STEIN, *Regulae iuris*, Edinburg, 1966, pp. 33 y ss.; WATSON, *Law Making in the later Roman Republic*, Oxford, 1974, pp. 157 y ss.; BRETONE, "Cicerone e i giuristi del suo tempo", en *Ciceroniana*, III, 1978, pp. 28 y ss.; BONA, "Cicerone e i "Libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scaevola. Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana", en *Atti Seminario*, Firenze, 1983, pp. 205 y ss. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1996, p. 154.

²¹⁶ I. 1, 13, 4.- (*DE TUTELIS*).- *Quum autem in conpluribus aliis causis postumi pro iam natis habentur, et in hac causa placuit, non minus postumis, quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui et in potestate eorum fierent.*

El nombramiento de tutor se reserva únicamente para los *postumus suus*²¹⁷, porque como son considerados *sui* del testador —*quia filiae appellatione etiam postuma continetur*²¹⁸— también el *paterfamilias* podía establecer esta disposición testamentaria: *etiam postumis filiis, vel nepotibus, vel ceteris liberis licere parentibus testamento tutores dare*²¹⁹.

Por lo que respecta a la posibilidad de ordenar legados a favor del póstumo únicamente recordar que en el derecho romano clásico sólo permitía tal disposición para los *postumi sui* puesto que los legados establecidos a favor de un *postumus alienus* eran ineficaces por estar considerado persona incierta²²⁰.

²¹⁷ En derecho clásico, el *paterfamilias* podía nombrar tutor para las personas que se encontraban bajo su patria potestad, esto es, a aquellos que poseían la condición de *sui*: A) Para los hijos impúberes, tanto varones como hembras (D. 26, 2, 1, pr.). B) Para la mujer sometida a su patria potestad y la nuera, siempre que no se encuentre sometida a la potestad del hijo (GAYO I, 144, 145 y 148). C) Para los póstumos (GAYO I, 147). Sólo en derecho justinianeo se rompe la relación entre la *patria potestas* directa y la *datio tutoris*, permitiendo el nombramiento de tutor para un hijo natural: C. 5, 29, 4. Respecto a la *datio tutoris* y su evolución, vid. MANCALEONI, "In tema de tutela", en *Studi Fadda*, V, Napoli, 1.906, pp. 95 y ss.; SOLAZZI, "La conferma del tutore nel diritto romano", en *Scritti giuridici*, II, pp. 297 y ss.; PEROZZI, "Il tutore impuber", en *Scritti giuridici*, III, pp. 129 y ss.; SOLAZZI, "L'età del tutore", en *Scritti giuridici*, II, pp. 313 y ss.; GIUZZI, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano*, Napoli, 1968, pp. 4 y ss.; LOBRANO, "Il filiusfamilias tutor", en *Sodalitas*, VI, Napoli, 1984, pp. 3.027 y ss.

²¹⁸ D. 26, 2, 5.- (ULPIANUS libro XV ad Sabinum).- *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumae videtur dedisse, quia filiae appellatione etiam postuma continetur*. Vid. también D. 50, 16, 164, pr.- (ULPIANUS libro XV ad Sabinum).- *Nomen "filiarum" et in postumam cadere quaestionis non est, quamvis postumae non cadere in eam, quae iam in rebus humanis sit, certum sit*.

²¹⁹ D. 26, 2, 1, 1.- (GAIUS libro XII ad Edictum provinciale).- *Item scire debemus, etiam postumis filiis, vel nepotibus, vel ceteris liberis licere parentibus testamento tutores dare; qui modo in ea causa sint, ut, si vivo eo nati fuerint, in potestate eius futuri sint, neque testamentum rupturi*. En cuanto a la responsabilidad del tutor, según D. 3, 5, 28 y D. 26, 2, 19, 2, si el póstumo nace puede ejercitarse en su contra la *actio tutelae*, pero si no llega a nacer, sólo cabrá interponer la *actio negotiorum gestorum*. Vid. a este respecto, MAYER-MALY, "Probleme der Negotiorum Gestio", en *ZSS*, XCIX, 1969, p. 418 y VOCI, "La responsabilità dei contutori e degli amministratori cittadini", en *IURA*, XXI, 1970, p. 79.

²²⁰ GAYO II, 241.- *Postumo quoque alieno inutiliter legatur...* I. 2, 20, 26.- (DE LEGATIS).- *Postumo quoque alieno inutiliter legatur...*; D. 30, 15, 1; D. 30, 16, 2; D. 30, 17, 1; D. 34, 5, 7 (8).

II. PROGRESIVO DESPLAZAMIENTO DEL TIEMPO EN QUE SE EXIGE LA CONSOLIDACION DE LA POSICION DE *SUI* AL *CONCEPTUS*.-

En el apartado dedicado a la sucesión legítima se tuvo ocasión de exponer la problemática creada por la proliferación de las herencias que se abrían con posterioridad al fallecimiento del causante; esta apertura diferida planteaba situaciones injustas en relación con personas que ostentaban la cualidad de *heredes sui* en el momento en que se abría la herencia pero que carecían de ella al tiempo del fallecimiento del *de cuius*. Se recordará que las injusticias se solventaron trasladando el tiempo en el que se exigía a los herederos –tanto nacidos como *concepti*– la posición de *sui* del momento del fallecimiento al de la apertura de la sucesión.

Pues bien, en la sucesión testada también se produce este traslado temporal, si bien obedece a otros motivos; por lo que respecta a los póstumos, la admisión de su *institutio heredis*²²¹ —posibilitada por la anticipación de la posición de *sui* del nacimiento a la concepción—, como se ha comprobado, solucionó las dificultades que originaba la rigurosa aplicación de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*²²²; sin embargo, quedaron pendientes otros problemas importantes: la regla citada exigía que el concebido consolidara su posición de *suus* respecto del causante en el momento de la confección del testamento, ya que si lo consolidaba posteriormente su institución no sería eficaz para evitar la ruptura del testamento²²³; por ello se hacía imposible evitar que el testamento se rompiera en el supuesto de que los descendientes póstumos que fijaran la posición de *sui* con posterioridad a que se otorgara testamento²²⁴.

²²¹ Vid., entre otros, ULPiano XXII, 19; GAYO I, 147 y CICERON, *Pro Cluentio*, XI, 12.

²²² Ya se ha mencionado que la institución hereditaria o desheredación de un descendiente póstumo concebido cuando se redactaba el testamento debió de admitirse rápidamente; de hecho, las fuentes no muestran que dicha cuestión fuera objeto de polémica entre los juristas. Así mismo, tampoco era cuestión controvertida la institución o desheredación de un *vulgo conceptus*: puesto que estaba asumido que era persona incierta y, además, no ostentaría nunca la condición de *heres suus* del causante, no se admitía la institución del mismo.

²²³ Así se ha podido comprobar con los textos de las Instituciones de GAYO en los que se hace referencia a la categoría de los *quasi postumi*: todas las personas que integraban la citada categoría rompían el testamento porque no ostentaban la cualidad de *suus* en el momento de su redacción, sino en uno posterior. Tal exigencia dio lugar a numerosos problemas, no tanto si se producía cuando el testador vivía, ya que podía otorgar un nuevo testamento, como si acontecía cuando el testador moría, puesto que entonces el testamento se rompía, dando paso a la herencia intestada y no respetando su última voluntad.

²²⁴ A este respecto, vid. LA PIRA, *La successione ereditaria intestada e contra il testamento...*, *op. cit.*, p. 5.

Esta cuestión preocupó a los juristas y prueba de ello es la constante búsqueda de soluciones y el desarrollo interpretativo que se da en esta materia. Seguramente no se trataba de buscar el favor del póstumo sino de encontrar soluciones para que el testamento no se anulara y pudiera respetarse la última voluntad del testador²²⁵, pero sin duda todos estos pasos —el reconocimiento de la *vocatio ab intestato* del *postumus suus*, la admisión de la *institutio postumi* en la sucesión testamentaria, la búsqueda del beneficio del *nasciturus* en materia de *status* y la progresiva consideración del *conceptus* como una *spes hominis*— resultarían imprescindibles para conformar la doctrina del *favor nasciturus* en el derecho justiniano.

A continuación se analizarán las soluciones jurisprudenciales y legales que se ofrecieron para solventar la imposibilidad de instituir heredero o desheredar eficazmente a un descendiente concebido que no había consolidado su posición de *suus* cuando el *paterfamilias* testaba: la fórmula de institución hereditaria de los nietos y ulteriores descendientes póstumos enunciada por AQUILIO GALO marca el punto inicial de una evolución que continuará la *lex Iunia Vellaea* tendente a evitar la ruptura testamentaria en los casos de advenimiento de un *suus* por premuerte del ascendiente; el desarrollo jurisprudencial posterior mediante la interpretación extensiva de la fórmula Aquiliana y la combinación de los dos capítulos de la *lex* concluirán la evolución jurídica en esta materia.

1. FÓRMULA AQUILIANA.-

La fórmula enunciada por AQUILIO GALO²²⁶ constituye el punto de partida en la intensa labor jurídica desarrollada para intentar evitar los casos de

²²⁵ ROBBE no puede evitar reconocer que esta conclusión es cierta: “*I loro particolari sforzi* —se refiere a la jurisconsultos, al legislador y al pretor— *sono stati diretti non tanto ad assicurare ai postumi l’eredità sul patrimonio del loro ascendente, come ha fatto specialmente il pretore, ma più di tutto ad evitare in ogni modo la rottura del testamento, dando la possibilità nel medesimo tempo al paterfamilias di considerare qualsiasi specie di postumi per non morire intestato in questi casi eccezionali*”. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 65 y 66).

²²⁶ Jurista contemporáneo de CICERON y discípulo de QUINTO MUCIO, AQUILIO GALO fue *iudex privatus* en varias controversias, pretor en el año 66 a.C. y senador en el 70 A.C. Era un maestro en la actividad cautelar, sobre todo en lo referente a las definiciones, como la de *dolus malus* (CICERON, *De off.*, III, 60), *litus* (D. 50, 16, 96) y *frumentum* (D. 50, 16, 77) y la redacción de fórmulas, como por ejemplo la *formulae* de dolo malo y la *stipulatio Aquiliana* (D. 46, 4, 18, 1 e I. 3, 29, 2) y la fórmula de *institutio heredis* de los *postumi Aquiliani*, objeto de análisis en este apartado. Respecto a la figura del jurista, vid. KLEBS, “AQUILIO GALO”, en *PW*, II, 1.896, pp. 327 y ss.; PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht...*, I, op. cit., pp. 3 y ss.; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1934, pp. 373 y ss.; BRETONI, “Cicerone e i giuristi del suo tempo”, op. cit., pp. 80 y ss. y LAMBERTI, *Studi sui postumi nell’esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 145 a 153.

ruptura del testamento por preterición de un *suus* que ha ocupado el lugar del precedente con posterioridad a la redacción del mismo.

Hasta ahora, el nieto concebido a quién precedía su padre cuando el abuelo testaba podía ser instituido heredero pero de nada servía a efectos de dar cumplimiento a la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*: si en el tiempo comprendido entre el momento que se otorga el testamento hasta que muere el abuelo se produce el fallecimiento del padre, el concebido deviene *heres suus* rompiendo el testamento por su preterición al nacer. La denominada fórmula Aquiliana supuso un significativo adelanto ya que posibilitó la institución de un nietos y ulteriores descendientes póstumos que al tiempo de otorgar testamento no eran *suus*²²⁷; se permitía así prever la muerte de la persona o personas intermedias entre el testador y el descendiente concebido evitando así la rotura del testamento.

La enunciación originaria de la fórmula Aquiliana, el significado y alcance de la misma, su naturaleza y las innovaciones que introduce en materia de *institutio postumi* son temas que se encuentran discutidas doctrinalmente y que serán analizadas a continuación por separado para ofrecer una mayor claridad expositiva:

A. Enunciación de la fórmula Aquiliana.-

Dos son los fragmentos del Digesto que recogen el enunciado de la fórmula Aquiliana: D. 28, 2, 29, pr.²²⁸ y D. 28, 5, 37:

D. 28, 2, 29, pr.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestio-num*).- *Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: "si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem*

²²⁷ Estos póstumos han sido denominados por la doctrina romanística "*postumi Aquiliani*": entre otros, adoptan esa denominación, GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 848; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., p. 603; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, op. cit., p. 310; LA PIRA, *La successioni ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 68; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 66 y ss.; LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 143 y ss.

²²⁸ Vid. también *Glossa en el Casus ad D. 28, 2, 29.- ...ideo Gallus praedictus dat suum praedictum consilium, scilicet sic ut ipsi debeant institui ab avo si nascantur mortuo patre et avo, cuius consilium Scaevola supplevit dicendo idem in pronepote: et dicendo idem si pater non moriatur, sed emancipetur, vel deportetur. Sic ergo Gallus providet circa eos qui mortuo patre et avo nascentur...* Vid. en cuanto a D. 28, 2, 29, pr., WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln, 1967, p. 106; BRETONNE, "*Il giureconsulto interprete della legge*", en *LABEO*, XV, 1969, p. 307.

meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunt".

D. 28, 5, 37.- (*IULIANUS libro XXIX. Digestorum*).-
..."*si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto*..."

El primer texto contiene una redacción más exhaustiva de la fórmula que D. 28, 5, 37, que presenta una formulación más sencilla, donde se omiten algunos elementos como la referencia al nacimiento del nieto póstumo en los diez meses posteriores a la muerte del padre. La diferente formulación que recogen las fuentes ha dado lugar a un debate doctrinal acerca de qué texto es el que contiene el enunciado original:

- FADDA²²⁹ y LA PIRA²³⁰ sostienen que la formulación originaria se corresponde con la recogida en D. 28, 2, 29, *pr.*; la literalidad de la fórmula que presenta este fragmento y que únicamente hace referencia al requisito del nacimiento del nieto dentro de los diez meses siguientes a la muerte de su padre –hijo del testador– ha supuesto la base para que estos autores sostengan la no exigencia de la concepción del heredero en el momento de la redacción del testamento²³¹. La única condición que se requiere en la fórmula, según estos autores, es que el nieto esté concebido al tiempo de la muerte del causante, no existiendo obstáculo alguno para la institución hereditaria de un *nondum conceptus*.

Recientemente LAMBERTI²³² ha retomado la defensa de esta postura sosteniendo que resulta ilógico que se exigiera la concepción del nieto en el momento de otorgar testamento puesto que, por un lado, resultaría muy difícil probar la concepción del nieto en ese tiempo o en uno posterior y, por otro lado, si la finalidad de la fórmula era evitar la ruptura del testamento, tampoco tendría sentido limitar la institución de los nietos únicamente a los que ya estaban concebidos²³³. LAMBERTI entiende que la versión simpli-

²²⁹ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 155.

²³⁰ LA PIRA, *La successioni ereditaria intestata e contra il testamento...*, *op. cit.*, pp. 73-87.

²³¹ FADDA (*Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 155) entiende que en D. 28, 2, 29, *pr.* "non v'è ombra di accenno alla gravidanza della nuora, come del resto non è neppur detto che il figlio abbia moglie nel momento in cui il testatore dispone. Or chi ponderi con quanta cura meticolosa la c.d. giurisprudenza cautelare pesava ogni parola delle formule, sforzandosi a comprendere in queste tutte le ipotesi prevedibili, si persuaderà di leggieri che Aquilio Gallo, la formola del quale appunto è un modello del genere, non avrebbe mancato di menzionare il requisito della gravidanza ove fosse stato necessario".

²³² LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, pp. 162 y ss.

²³³ LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, *op. cit.*, p. 163 y 164.

ficada de la fórmula de D. 28, 5, 37 podría ser de una época posterior; según la autora, la única diferencia entre los dos enunciados es que en D. 28, 5, 37 se omite la mención a la regla de los *decem menses*, esto es, falta la regla que sirve de fundamento para la presunción de la paternidad del nieto y en tiempos de AQUILIO existían numerosas dudas respecto de la legitimidad de los neonatos por la rápida celebración de matrimonios tras la muerte de uno de los cónyuges²³⁴; de ahí que AQUILIO entendería conveniente prevenir las discusiones sobre la legitimidad del nieto instituido heredero por los herederos *ab intestato* del abuelo, redactando la fórmula con "*estrema puntigliosità*"²³⁵ a fin de evitar la impugnación posterior del testamento. La jurisprudencia posterior, sin embargo, si pudo admitir una formulación más simple, otorgando a la expresión "*ex eo*" el mismo valor que la explícita mención del nacimiento "*in decem mensibus post mortem filii*".

- En contra de esta posición ROBBE²³⁶ sostiene que ninguno de los enunciados es el originario, aunque el que más se aproxima es el recogido en D. 28, 2, 29, pr.; según el autor, este fragmento se encuentra interpolado ya que en la fórmula original el cómputo de los diez meses, que en el texto se refiere a la muerte del padre, debió referirse al momento de la confección del testamento²³⁷: en vez de *post mortem meam in decem mensibus proximis* debería haber establecido que el nieto póstumo instituido heredero debía nacer en los diez meses posteriores a la confección del testamento²³⁸, puesto que "*la necessità della nascita del nipote postumo istituito erede nei prossimi dieci mesi dalla confezione del testamento importa la presunzione del sicuro concepimento del nascituro a quel momento*"²³⁹, siendo este un principio fundamental en la materia; por lo tanto, entiende el autor que la referencia a los *decem menses* en relación con la muerte del hijo es un añadido de los compiladores que resulta superfluo e inútil en la redacción originaria de la fórmula Aquiliana. En efecto, la regla de la presunción de la paternidad no sólo estaba asumida por la sociedad sino expresamente establecida

²³⁴ LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 165.

²³⁵ LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 166. Según LAMBERTI "*la semplice menzione tanto del nepos che della neptis ne rende sufficientemente avvertiti. Lo stesso può dirsi per la precisazione che la morte del filius debba avvenire vivo testatore, e la nascita del nepos dopo la morte di quest'ultimo*".

²³⁶ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 68 y ss.

²³⁷ Vid. ROBBE *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 68 y 69, donde analiza los errores gramaticales que se pueden observar en la fórmula Aquiliana.

²³⁸ La redacción originaria, según ROBBE, sería: "*si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis (post mortem meam) in decem mensibus proximis <post factum testamentum> (quibus filius meus moreretur) natus nata erit, heres esto*". (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 70).

²³⁹ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 70 y 71.

desde tiempos arcaicos en la ley de las XII Tablas; por ello resulta sorprendente que esa norma tan arraigada y conocida se mencionara expresamente en una fórmula ideada por un jurista de prestigio como AQUILIO que pretendía introducir una innovación jurídica en la materia²⁴⁰.

Así mismo, ROBBE cita otros textos referidos a la fórmula Aquiliana en los que consta que en el momento en que el abuelo testaba la nuera estaba embarazada; así, en D. 28, 2, 29, 3 la frase "*cuius uxor praegnas esset*" se encuentra unida a la proposición "*testamentum faceret*", poniendo de manifiesto que el *patefamilias* debía hacer testamento cuando la mujer del nieto estuviera embarazada; si la concepción se exigía para el bisnieto, según el autor, necesariamente debía constituir un requisito cuando se trataba de la institución hereditaria de un nieto póstumo²⁴¹.

Tras el examen de las fuentes y de la doctrina, cabe afirmar, en primer lugar, que la referencia que contiene la fórmula Aquiliana respecto a que el nieto póstumo debía nacer *in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur*, referencia que consta en D. 28, 2, 29, pr., podría no ser un añadido de los compiladores, como mantiene ROBBE; no obstante, lo anterior no quiere decir que la fórmula Aquiliana permitiera la institución hereditaria de un *nondum conceptus*, como sostienen FADDA, LA PIRA o LAMBERTI. Como ya se ha tenido ocasión de mencionar, la concepción al tiempo de redactar el testamento era un requisito de ineludible cumplimiento en derecho clásico; un ser que no estaba concebido, pues, no podía ser instituido heredero ya que supondría ir en contra de los principios vigentes en la sucesión testamentaria; teniendo en cuenta que ese requisito era de obligado cumplimiento, entendemos que el hecho de que la fórmula Aquiliana no mencionara que la institución hereditaria debía realizarse respecto de un concebido no significa la desaparición de esta exigencia; muy al contrario, esa mención resultaba inútil y superflua, porque se sobreentendía que debía ser así.

Por lo que respecta, en segundo lugar, a la referencia al nacimiento dentro de los diez meses posteriores a la muerte del padre, debemos afirmar que

²⁴⁰ ROBBE entiende que la fórmula Aquiliana, concisa y precisa en su formulación, no podía contener elementos inútiles: "*già la legge delle XII Tavole aveva esplicitamente fissato in dieci mesi dalla morte del padre il tempo utile della nascita del postumo per il riconoscimento ufficiale della legittimità del neonato con tutte le conseguenze giuridiche, specialmente per quanto riguarda la successione ereditaria. Perciò siamo infinitamente sorpresi vedere che alla distanza di tanto tempo il giureconsulto Aquilio Gallo abbia pensato, apportando la conosciuta innovazione, di inserire nella sua particolare formula l'inutile e sovrabbondante rilievo della necessità della nascita del postumo nipote istituito erede dall'avo in dieci mesi dalla morte del proprio padre*". (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 69-70).

²⁴¹ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 71 y 72.

esta mención —que ROBBE entiende superflúa— si constituye un elemento imprescindible en la fórmula de AQUILIO GALO, en orden a la presunción de la legitimidad del nieto póstumo; esta limitación temporal seguramente habría sido tomada de la regla de los *decem menses* contenida en las XII Tablas para la sucesión intestada y debía estar presente en la fórmula Aquiliana porque, de no establecer ese límite, se corría el riesgo de que el nieto nacido a los once o, incluso, a los trece meses de la muerte del padre²⁴² podía ser heredero testamentario del abuelo, al no haber fijado el tiempo en el que el nieto póstumo debía nacer.

En la sucesión testada, probablemente, no existiría limitación temporal alguna en cuanto al nacimiento para que se considerara válida la institución hereditaria de un *conceptus*; por ello, algunos textos como D. 40, 5, 56²⁴³, reflejan lo habitual que suponía que en el testamento se hiciera constar expresamente un tiempo límite para tal evento, esto es, en la cláusula testamentaria donde se instituía heredero a un hijo póstumo, el testador tenía la precaución de señalar expresamente que el nacimiento del mismo debía acontecer dentro de los diez meses posteriores a su muerte. Teniendo en cuenta lo anterior, no parece que la cláusula de los *decem menses* de la fórmula Aquiliana fuera un añadido inútil o superfluo, sino más bien un recurso necesario que habitualmente se hacía constar en los testamentos para atajar futuras impugnaciones por las dudas en cuanto a la legitimidad paterna del póstumo. En definitiva, la inserción de la cláusula de los *decem menses* en el testamento resultaba indispensable si se quería, por un lado, asegurar que el nieto instituido en el testamento fuera un nieto legítimo y, por otro, evitar posibles discusiones en torno a la legitimidad del póstumo por los herederos *ab intestato* del testador; esto último llevaría aparejado la impugnación del testamento y su posible nulidad, originándose el efecto contrario a lo que precisamente pretendía la fórmula Aquiliana que era evitar la ruptura testamentaria.

²⁴² El caso se encuentra relatado en PLINIO, *Nat. Hist.*, VII, 40 (AULO GELIO, *Noct. Att.*, III, 16, 23).- *Masarius auctor est L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredecim mensibus tulisse diceret, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur.* Se concede la *bonorum possessio* a un póstumo nacido dentro del decimotercer mes posterior al fallecimiento de su padre ya que en el testamento *nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur*.

²⁴³ D. 40, 5, 56.- (MARCELUS libro singulari *Responsorum*).- *Lucius Titius testamento ita cavuit: "si quos codicillos reliquero, valere volo; si quis mihi ex Paula, quae uxor mea fuit, intra decem menses natus natave erit, ex semisse heredes sunt; Caius Seius ex semise heredes esto; Stichum et Pamphilum, servos meos, et Erotem et Diphilum peto, et fidei heredum committo, ut, quum ad pubertatem liberi mei pervenerint, manumitunt..."*. Vid. también AULO GELIO, *Noct. Att.*, III, 16, 13.- *Hodie quoque in satira forte M. Varronis legimus, quae inscribitur "Testamentum", verba haec: "si quis mihi filius unus pluresve in decem mensibus gignuntur..."*.

La enunciación abreviada de la fórmula contenida en D. 28, 5, 37 sería, pues, de una época posterior en la que la paternidad del póstumo ya no tendría la relevancia que tenía en derecho clásico; en efecto, la admisión de la *institutio heredis* de un póstumo ajeno al causante²⁴⁴ traería como consecuencia la tendencia a simplificar la fórmula omitiendo la referencia al nacimiento dentro de los *decem menses* posteriores a la muerte del *filius familias*, que ya carecería de sentido que se hiciera constar expresamente en la fórmula por la pérdida de importancia de la legitimidad a efectos de ser heredero de derecho propio, de fijación de *status* para ser persona cierta, etc...

B. Innovación de la fórmula Aquiliana.-

Para que la institución del nieto póstumo efectuada conforme a la fórmula de AQUILIO GALO resultara eficaz, debían cumplirse dos condiciones respecto del nieto: por un lado, que naciera con posterioridad al fallecimiento del testador y, por otro, que consolidara la posición de *suus* antes de la muerte del abuelo. Como se observa, el concepto de *postumus* no sufre ninguna variación: continua siendo el concebido en vida del testador y nacido *post mortem parentis*; sin embargo, si resulta novedosa la segunda condición que se ha citado, ya que permitía la institución de nietos póstumos que no ostentaban la cualidad de *suus* cuando el abuelo testaba. Hasta la aparición de la fórmula Aquiliana, éstos póstumos rompían el testamento del abuelo puesto que la posibilidad de su institución se encontraba vetada, constituyendo, pues, una innovación importantísima en esta materia.

En opinión de LAMBERTI, sin embargo, la fórmula Aquiliana no supuso ninguna innovación en cuanto a su contenido, ya que la institución hereditaria de los nietos póstumos estaba permitida con anterioridad²⁴⁵; según la autora, la única novedad introducida por AQUILIO GALO es haber ofrecido una formulación precisa y técnica a la institución de los nietos póstumos²⁴⁶.

²⁴⁴ Vid. C. 6, 48; I. 2, 20, 28; D. 28, 2, 25, 1; D. 28, 2, 9, 1 y 3.

²⁴⁵ LAMBERTI entiende que el comienzo de D. 28, 2, 29, pr. —*Gallus sic posse institui postumus nepotes induxit*— puede significar tanto que la admisión de institución de los nietos fuera introducido *ex novo* por el jurista como que a partir de ese momento se abriera una nueva forma de institución/desheredación de esa categoría de sujetos; la autora opina que lo que ocurrió fue esto último, puesto que, según ella, antes de AQUILIO GALO ya estaba permitida la institución o desheredación de los nietos póstumos. (LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 153 y 156).

²⁴⁶ LAMBERTI sostiene que “*con l'applicazione, in pratica, della formula di sostituzione volgare al caso di nascita di un nepos postumus, Aquilio otteneva una disposizione ben più accurata ed esaustiva di quelle presumibilmente in precedenza esistenti, in grado di eliminare numerosi dubbi interpretativi sulle intenzioni di un de cuius che avesse genericamente istituito testamento i propri postumi liberi e di consentire ai disponenti di non dover rifare l'atto una volta che, morto il filius, venisse alla luce un nepos postumus che, essendo stato questo*

Entendemos a este respecto que la fórmula Aquiliana no se puede reducir a un simple modelo para instituir heredero a un nieto póstumo y mantener que su única virtud consistió en la precisión y el detalle de su enunciación; esta fórmula no sólo introdujo la posibilidad de instituir herederos a los nietos póstumos —posibilidad que, como apunta LAMBERTI, se daba ya en la práctica— sino que permitió su institución cuando todavía no ostentaban la cualidad de *sui* del testador, y esto sí que era inadmisibile con anterioridad a tal fórmula. En efecto, se debe recordar que una disposición testamentaria que instituyera heredero a un nieto póstumo que todavía no tenía consolidada la posición de *suus* porque el padre todavía le precedía en sus derechos, no surtía ningún efecto: si el padre premoría, el nieto al nacer rompía el testamento.

La fórmula Aquiliana, por tanto, supuso un importantísimo adelanto en orden a evitar rupturas testamentarias por motivos formales, conteniendo la solución a los numerosos problemas originados por la imposibilidad de dar cumplimiento a la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: ya no hará falta que cuando se otorgue el testamento el descendiente haya consolidado la posición de *suus*; tan sólo se exigirá su concurrencia en el momento del fallecimiento del causante, en orden a establecer el vínculo agnaticio entre abuelo y nieto póstumo indispensable para que éste sea, a su nacimiento, *heres suus* de aquél²⁴⁷.

Consecuencia de la innovación introducida por la fórmula Aquiliana es el desplazamiento temporal de una de las exigencias que se requerían al tiempo de testar hasta este momento: la consolidación de la cualidad de *suus*, que se exigía ineludiblemente al otorgar testamento, a partir de ahora se exigirá en momento del fallecimiento. Este desplazamiento temporal supone un gran avance en el camino para flexibilizar la aplicación del riguroso principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*, que se continuará con la *lex Iunia Vellea* y la labor de la jurisprudencia.

C. Naturaleza de la fórmula Aquiliana.-

Al afrontar el problema de la ruptura testamentaria por el advenimiento de nietos póstumos que no eran *sui* cuando el *paterfamilias* testaba, seguramente AQUILIO GALO tropezaría con los principios vigentes en materia sucesoria que impedían ofrecer una solución directa, esto es, permitir sin más la

espressamente contemplato, non era più in grado di provocare la ruptio". (LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 161 y 162).

²⁴⁷ En efecto, si en el momento del fallecimiento del abuelo el *filiusfamilias* estuviera vivo, él sería el único heredero y no el nieto que está instituido en segundo lugar y, por tanto, no entraría en la herencia; si posteriormente falleciera el *filiusfamilias*, el nieto heredaría de su padre y del abuelo porque nunca fue *heres suus* suyo.

institución o desheredación del nieto póstumo a quien le precedía el padre al otorgar testamento; sin embargo, las limitaciones surgidas en la búsqueda de esa solución no serían finalmente un obstáculo para que el jurista encontrara el camino perfecto para solventar el problema sin necesidad de transgredir ni derogar las reglas vigentes, produciéndose así una evolución sutil en la forma pero profunda en el contenido.

La solución a la ruptura testamentaria consistió en la enunciación de una fórmula que permitía nombrar heredero al nieto póstumo a través de un sustitución: el *paterfamilias* instituía heredero al *filius*, nombrando sustituto al nieto póstumo nacido de él para el caso de que el *filius* premuriera al testador. Se trata, pues, de una institución hereditaria de segundo grado ya que el nieto no era instituido heredero directamente sino como *heres secundus*. Para que el nieto entrara en la herencia del *de cuius* debía cumplirse una condición: que su padre, esto es, el *filius* del testador, le premuriera²⁴⁸; en este caso, el nieto póstumo entraría como heredero en el lugar de su padre como sustituto, sucediendo directamente al abuelo y evitando así la ruptura del testamento. No se provoca, pues, la ruptura de las reglas vigentes, puesto que la institución hereditaria se realiza respecto del *filius, suus* actual del testador, pero a su vez se instituye heredero al nieto póstumo como *heres secundus*, con lo que se previene la ruptura testamentaria en caso de que el *filius* premuera al testador y el nieto póstumo consolide su posición de *suus* con posterioridad a que se hubiera otorgado testamento.

La fórmula Aquiliana tiene, por tanto, naturaleza jurídica de sustitución hereditaria y ello viene avalado por dos textos donde se observa claramente que esta fórmula era entendida en derecho clásico como una sustitución:

D. 28, 5, 37, pr.- (*IULIANUS libro XXIX Digestorum*).- *Quum in testamento ita scribitur: "si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto", duo gradus heredum sunt, nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit, et filius patri heres extiterit, non posse Titium una cum filio heredem esse, quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur.*

D. 28, 6, 33 (31), 1.- (*AFRICANUS libro II. Quaestionum*).- *Si filius et ex eo nepos postumus ita here-*

²⁴⁸ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 75 a 80 y 197 a 201.

des instituantur, ut Gallo Aquilio placuit, et nepoti, si is heres non erit, Titius substituatur, filio herede existente Titium omnimodo, id est, etiamsi nepos natus non fuerit, excludi respondit.

En ambos fragmentos se parte de la institución de un nieto póstumo para el caso de que el hijo del testador le premuera *ut Gallo Aquilio placuit*, nombrando a su vez sustituto del nieto póstumo a Ticio. La genérica formulación con la que aparece la sucesión de Ticio en D. 28, 6, 33 (31), 1 —*si nepos heres non erit*— podía dar lugar a pensar que si el hijo no premuere y queda él, por tanto, como único heredero, se habría verificado la condición impuesta por el testador para la llamada de Ticio a la herencia²⁴⁹, debiendo éste suceder junto con el *filiusfamilias*. No obstante, el texto es claro al excluir de la herencia a Ticio y esta exclusión ha sido explicada doctrinalmente de diversas formas:

- LA PIRA²⁵⁰ ha entendido que el fragmento contiene una sustitución pupilar dispuesta por el abuelo para el caso de que el nieto muera impúber y, por tanto, la exclusión de Ticio de la sucesión se fundaría en que, no habiendo premuerto el hijo del testador, el nieto no llega a caer bajo la potestad directa del causante, condición *sine qua non* para que la sustitución pupilar pueda desplegar sus efectos.
- A esta postura se ha opuesto FINANZI²⁵¹ sosteniendo que la ausencia de *potestas* del abuelo sobre el nieto no es tomada en consideración en el texto ni siquiera de forma indirecta. El autor entiende que Ticio es sustituto en segundo grado, porque el nieto es sustituto del hijo y Ticio es sustituto del nieto; de esta manera, para que Ticio pudiera entrar a heredar, el nieto tendría que haber sido instituido heredero al lado del hijo y no como sustituto de éste: sólo así Ticio sería sustituto en primer grado, entrando a heredar si el hijo no premuere al testador.

En D. 28, 6, 33 (31), 1, a nuestro entender, existen dos sustituciones: la primera vulgar del nieto póstumo que sustituye al padre, utilizando el testador la fórmula Aquiliana para este fin, y la segunda pupilar de Ticio respecto del nieto póstumo. Por tanto, para que Ticio pudiera ser llamado a la herencia del

²⁴⁹ En efecto, la condición para que entre el nieto en la sucesión, esto es, la premuerte del padre, no llega a cumplirse, por lo que *nepos heres non erit*; pero a la vez, ésta es la condición que el testador había impuesto para que Ticio entrara a suceder, por lo que podría pensarse que Ticio debería heredar al *de cuius*.

²⁵⁰ LA PIRA, “La sostituzione pupilar”, *op. cit.*, pp. 273 y ss.

²⁵¹ FINANZI, “*Heredem esse*” ed “*in tutelam suam venire: riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare*”, *op. cit.*, pp. 105 y ss.

testador se debían cumplir dos condiciones: la primera, la premuerte del *filiusfamilias*, verificándose la sustitución del nieto y quedando éste como único heredero del causante; y, la segunda, que el nieto no llegara a nacer o no llegara a ser heredero, porque sólo así Ticio entraría en sustitución de él y quedaría como único heredero del causante²⁵².

D. 28, 5, 37, pr. explica de forma clara el supuesto: en el testamento existen dos grados de herederos y, por tanto, no están llamados a la herencia conjuntamente sino sucesivamente: si el padre no fallece será el único heredero no entrando el nieto a disfrutar de la herencia; por el contrario, si el padre muere, entonces el nieto sucederá en su lugar y será el único heredero del abuelo. En el supuesto contemplado en D. 28, 6, 33, (31), 1, el nieto sucedía en el lugar de su padre y no después de él, por lo que, al morir el padre, nunca llegó a ostentar los derechos hereditarios del abuelo, el nieto nacería *suus* y sería el primer heredero de derecho propio existente en el momento del fallecimiento del testador. Ticio, por tanto, será excluido en cualquiera de estas dos situaciones: si el padre muere pero el nieto nace o bien si el padre vive, aunque el nieto no nazca, puesto que los derechos hereditarios los ostenta el padre²⁵³. De todo lo que se ha mencionado, pues, se desprende que la enunciación de la fórmula Aquiliana que figura en los textos es la típica utilizada en las sustituciones²⁵⁴, poniendo de manifiesto que su naturaleza jurídica es la de una sustitución o institución hereditaria de segundo grado.

D. Condiciones para la eficacia de la fórmula Aquiliana.-

Para que la institución hereditaria efectuada a través de la fórmula Aquiliana fuera eficaz, aparte de que el heredero estuviera concebido en el momento de testar y que esa concepción hubiera tenido lugar en justas nupcias,

²⁵² Respecto a la sustitución de un hijo póstumo, vid. los textos relativos a la *causa Curiana*, ya citados en el apartado dedicado a las disposiciones testamentaria de las que podía ser objeto el *conceptus*: CICERON, *De inventione*, II, 42, 122; CICERON, *Pro Caecina*, XVIII, 53; *Brutus*, XXXIX, 144 y 145; LII, 194 y 195; LXXIII, 256; *Pro Caecina*, XXIV, 67 a 69; *De oratore*, I, 39, 180; I, 56, 238; I, 57, 242 a 244; II, 6, 24; II, 54, 220 y II, 55, 222; *Topica*, X, 44; QUINTILIANO, *De Institutione Oratoria*, VII, 5, 2 y VII, 6, 9 a 10.

²⁵³ En este sentido ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 198 y LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., p. 158. En contra, LA PIRA, (*“La sostituzione pupillare”*, op. cit., p. 280) que opina que existe una sola sustitución: el *filiusfamilias* y el hijo póstumo de éste están instituidos herederos en el testamento del *paterfamilias* y la única sustitución que existe es la de Ticio. Ticio está excluido de la herencia no porque el hijo póstumo nazca bajo la patria potestad de su padre, sino porque no se verifica la condición para que tenga lugar la sustitución. En efecto, según LA PIRA, el *filiusfamilias* es el único heredero y no el nieto póstumo, que no es tenido en consideración; de ahí que Ticio, siendo sustituto del nieto, tampoco será tenido en cuenta en la sucesión.

²⁵⁴ Vid. a este respecto D. 29, 2, 3.- (*ULPIANUS libro VI ad Sabinum*).- *Quamdiu prior heres institutus hereditatem adire potest, substitutus non potest*.

debían concurrir dos condiciones ineludibles: una, que el nieto naciera con posterioridad a la muerte del abuelo y, otra, que en ese momento hubiera consolidado la posición de *suus* respecto del abuelo o, lo que es lo mismo, que el padre hubiera premuerto al abuelo.

La primera condición deriva de que el concepto de *postumus*, como se ha mencionado, no sufre ninguna variación: continua siendo el nacido *post mortem parentis* y, por ello, si nacía en vida del testador rompía el testamento de éste. El segundo requisito citado, la consolidación de la cualidad de *suus* antes del fallecimiento del abuelo se hacía necesario para el establecimiento del vínculo potestativo directo entre éste y el nieto concebido; este elemento es de ineludible cumplimiento en la fórmula Aquiliana y prueba de ello es que en D. 28, 2, 29, 1 se afirma que la referencia a la muerte del hijo se podía omitir: aunque *non exprimat de morte filii* sino que simplemente se instituyera al nieto *ut eo casu valeat*:

D. 28, 2, 29, 1.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Quidam recte admittendum eredunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit.*

La explicación a por qué la referencia a la muerte del hijo podía faltar en la fórmula es sencilla: igual que ocurre con el requisito de la concepción al tiempo de testar, que se sobreentendía, también se sobreentendía que el hijo del testador debía morir antes que éste, porque ese fallecimiento resultaba condición *sine qua non* para que tuviera lugar la sucesión del nieto y éste consolidara su posición de *suus* respecto del abuelo. La explicación de esta omisión que, a nuestro entender, resulta sencilla, ha sido explicada por la doctrina con otros argumentos más complejos:

- Para algunos autores²⁵⁵ la posibilidad de omitir la muerte del hijo se debe a que la cláusula Aquiliana comprendería todos aquellos supuestos de sucesión del nieto por salida del hijo de la patria potestad²⁵⁶, no estando limitada al caso de fallecimiento.

²⁵⁵ FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., pp. 19 y ss.; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, pp. 32 y ss.; y LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., pp. 73 y ss.

²⁵⁶ En este sentido, también LAMBERTI entiende que en la cláusula de institución del *nepos postumus* podía faltar el referimiento a la *mors filii*, siempre que apareciera claramente cuál era la voluntad del testador. Entiende que la institución del nieto sería válida no sólo en el caso de la muerte del hijo sino también en caso de *aqua et igni interdictio* o de apresamiento en manos del enemigo. (LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 167 y 168).

- ROBBE²⁵⁷, sin embargo, entiende que la frase *etiamsi non exprimat de morte filii* se encuentra relacionada con el apósito introducido por los compiladores referente a la exigencia del nacimiento en los diez meses posteriores a la muerte del padre; según el autor, cuando los compiladores variaron el cómputo y, por ende, el significado originario de los diez meses —de la redacción del testamento al fallecimiento del *filiusfamilias*, para suprimir así el requisito de la concepción en aquél tiempo— se dan cuenta enseguida de que la referencia a la muerte del hijo se puede suprimir fácilmente: la presunción de paternidad era una regla establecida en la ley de las XII Tablas y no tenía sentido que una fórmula que trataba de innovar el Derecho insistiera en algo que se encontraba superado desde tiempos arcaicos.

Las posiciones doctrinales citadas ofrecen explicaciones demasiado complicadas a una omisión que tiene un fundamento bastante claro si se acude a la finalidad de la fórmula Aquiliana que no es otro que permitir la institución eficaz de descendientes póstumos que no tenían consolidada su posición de *sui* en el momento de testar, porque el padre les precedía en sus derechos. De ahí que existiera la posibilidad de omitir en la fórmula Aquiliana la referencia a la muerte del hijo: era una circunstancia que obvia porque resultaba imprescindible para que el nieto sucediera al abuelo. Se debe recordar que este mismo motivo es el que explica la ausencia de mención expresa respecto al requisito de la concepción al tiempo de otorgar testamento: son condiciones tan evidentes e inherentes a los principios que rigen la sucesión testamentaria del póstumo que su referencia se podía suprimir sin que resultara problemático²⁵⁸; la premuerte del padre al abuelo debía concurrir, aunque no se hiciera mención de ello, para que el nieto ostentara la posición de *suus*; en caso contrario, la *institutio postumi* no era válida: el padre heredaría del abuelo y, si posteriormente moría, el nieto heredaría *ab intestato* de su padre y nunca del abuelo.

E. Fórmula Aquiliana para los bisnietos.-

La fórmula Aquiliana se extendió para los bisnietos y demás descendientes a través de la interpretación ofrecida por SCAEVOLA en los fragmen-

²⁵⁷ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 73 y 74.

²⁵⁸ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, pp. 447 y ss., entiende que las palabras de la fórmula debería aparecer como superfluas en la fórmula y por eso se debieron quitar. No era necesario que la fórmula Aquiliana se reprodujera en su integridad, bastaba que de las palabras utilizadas se entendiera que se instituyó a un nieto que nacía *suus*, sólo para el caso de que hubiera premuerto primero el padre y después el testador. A nuestro juicio, el nieto no sólo debía nacer *suus* como sostiene GLÜCK, sino que además debería haber consolidado dicha posición en el momento del fallecimiento del abuelo; de ahí que el padre tuviera que premorir al testador y de ahí que no hiciera falta la mención a dicha condición, puesto que era algo indispensable en esa época.

La fórmula Aquiliana se extendió para los bisnietos y demás descendientes a través de la interpretación ofrecida por SCAEVOLA en los fragmentos 2 a 4 de D. 28, 2, 29; en estos textos se exponen los distintos casos que pueden darse: en primer lugar, cuando, en el momento de redactar el testamento, el hijo ya ha fallecido pero el nieto existe; en segundo lugar, cuando el hijo vive y el nieto es quien ha muerto; y, en tercer lugar, cuando tanto el hijo como el nieto viven al tiempo de perfeccionarse el testamento:

a. En D. 28, 2, 29, 2 se permite la institución hereditaria del bisnieto cuando el *filius* del testador ya ha fallecido previendo el caso de que muera el nieto que todavía vive al redactar el testamento:

D. 28, 2, 29, 2.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Idem credendum est, Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator: "si me vivo nepos decedat, tunc ui ex eo pronepos", et cetera.*

El hijo del testador muere antes de que se perfeccione el testamento y el nieto después de ello pero antes de que muera el abuelo: por lo tanto, se instituye heredero al nieto y en previsión de su muerte, al bisnieto póstumo.

b. D. 28, 2, 29, 3, sin embargo, parte de un supuesto en que, al otorgar testamento, el hijo está vivo y el nieto²⁵⁹ ha premuerto dejando embarazada a su mujer. El testador instituye heredero al hijo y, en previsión de su muerte, también al bisnieto nacido de él tras la muerte del testador:

D. 28, 2, 29, 3.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Sed et si vivo filio, iam mortuo pronepote, cuius uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: "si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos".*

c. Podría ocurrir también que, en el momento de confeccionar el testamento, vivan tanto el hijo como el nieto; en este caso, se debería prever la muerte de ambos para instituir heredero al bisnieto:

D. 28, 2, 29, 4.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Num si et filius, et nepos vivat, concipere utrisque mortuis, vivo se, tunc qui pronepos nasce-*

²⁵⁹ La dicción literal del texto carece de sentido porque alude a la muerte del bisnieto. A nuestro juicio, es el nieto quién muere y el bisnieto es el instituido heredero en el testamento del bisabuelo. Vid. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 77 y 78.

retur? Quod similiter admittendum est; ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur.

Como afirma el texto, primero deberá fallecer el nieto y, posteriormente, el hijo, porque de otra forma se rompería el testamento por la sucesión; en efecto, el orden sucesorio se debía cumplir rigurosamente para que el testamento permaneciera vigente: el nieto debe fallecer en primer lugar para que el bisnieto le suceda en su lugar y, sólo posteriormente, debía fallecer el hijo para que, de nuevo, el bisnieto entrara a sustituir a éste en la sucesión²⁶⁰.

2. LEX IUNIA VELLAEA.-

Tras el avance que supuso la fórmula Aquiliana para prevenir las rupturas testamentarias por la *successio in locum* de los nietos póstumos, la *lex Iunia Vellaea*²⁶¹ introduce dos innovaciones, esta vez tanto respecto de los *postumi* como de los *quasi postumi*:

- a) La novedad más importante, a nuestro juicio, se refiere a los *quasi postumi*, ya que se soluciona el problema de ruptura del testamento por la *successio in locum* de nietos y ulteriores descendientes nacidos en el momento de la redacción del testamento²⁶². La *lex Iunia Vellaea* permite institución o des-

²⁶⁰ ROBBE sostiene que ésta última parte del texto contiene una afirmación absurda y evidente que viene a demostrar, según el autor, que se encuentra interpolado. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 77 y 78).

²⁶¹ Se ha preferido utilizar el nombre de *lex Iunia Vellaea* que consta en GAYO II, 134 y D. 28, 3, 13. Respecto a la denominación, fecha y contenido de la ley, vid., entre otros, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, op. cit., pp. 260 y ss.; SOLAZZI, “Gaio e la legge Iunia Vellaea”, en *Athenaeum*, VIII, 1930, pp. 56 y ss.; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 438.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 848; ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, pp. 465 y 466; FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., p. 22 y LENEL, *Paligenesia iuris civilis...*, I, op. cit., p. 1.134.

²⁶² De todos los casos de *quasi postumi*, la *lex Iunia Vellaea* tan sólo se ocupa de la ruptura testamentaria correspondiente a las personas que pertenecían a la familia con anterioridad a la adquisición de la cualidad de *sui* y que, por tanto, no eran extrañas a la misma. Del resto, esto es, el hijo dado *in mancipio*, el apresado por el enemigo, el adoptado, arrogado, la mujer casada mediante *conventio in manum*, tan sólo consta en las fuentes la prohibición de ruptura del testamento en el supuesto de *successio in locum* por adopción: D. 28, 2, 23, 1.- (PAPINIANUS libro XII Quaestionem).- *Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur*. Tampoco la ley solventa los problemas de ruptura testamentaria en los casos de personas que formaban una familia agnaticia con posterioridad a la confección del testamento, como los latinos que se casaban con arreglo a las prescripciones de la *lex Aelia Sentia* o los que conseguían demostrar la *erroris causae probatio*; se recordará que este último supuesto encuentra solución a través de un senadoconsulto de ADRIANO, según consta en GAYO II,

heredación²⁶³ eficaz de todos aquellos descendientes pertenecientes a la familia al tiempo de otorgar testamento y que pudieran adquirir la cualidad de *sui* con posteridad a ese momento.

- b) Respecto a los descendientes póstumos, la *lex* también introduce novedades si bien de menor relevancia; se debe tener en cuenta que la fórmula Aquiliana ya había supuesto la admisión de los nietos póstumos a la institución hereditaria, por lo que en ese aspecto no se introduce ninguna innovación. No obstante, ello no quiere decir que la *lex Iunia Vellea* sólo ratificara la jurisprudencia anterior; en efecto, la aplicación de la *lex* supuso la transformación de algunos aspectos que llevarían consigo la prevención de la ruptura testamentaria en numerosos casos:
- En primer lugar, se produce un cambio en la noción de *postumus* que existía hasta el momento: desde época arcaica *postumus* era *qui post mortem parentis nascantur*; a partir de ahora también será el nacido en vida del testador tras la confección del testamento. Esta evolución conceptual resultaba indispensable para evitar los casos de ruptura testamentaria en que un *paterfamilias* había instituido heredero a su nieto o bisnieto póstumo en previsión de su nacimiento tras su muerte, pero éste acaba naciendo en vida de él.
 - En segundo lugar, la ley posibilita la institución hereditaria de nietos y ulteriores descendientes póstumos que no hubieran consolidado su posición de *sui* al redactar el testamento; posibilidad que, en cuanto al fondo, no constituye una innovación propia de la *lex Iunia Vellea*, porque la fórmula Aquiliana ya permitía esta institución hereditaria, pero, en cuanto a la forma, sí resulta novedosa, porque a partir de la *lex* se permitirá la institución directa del póstumo, sin tener que acudir a la fórmula de sustitución hereditaria, instituyéndole como *heres secundus*.
 - La tercera innovación se produce como lógica consecuencia de todo lo anterior y consiste en un nuevo desplazamiento del tiempo en el que se exige al *postumus* la consolidación de la cualidad de *suus*, esta vez, al momento del nacimiento.

143, que establece que si el error se probaba cuando el padre había muerto no se rompía el testamento hecho con anterioridad.

²⁶³ El contenido de la *lex Iunia Vellea* no sólo se refería a la posibilidad de instituir herederos a nietos y ulteriores descendientes, sino también indica la forma de desheredarlos: a los varones nominativamente y a las mujeres *inter ceteros*. GAYO II, 134.-...*in qua simul exheredationis modus notatur, ut uirilis sexus nominatim, femini uel nominatim uel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis qui inter ceteros exheredantur aliquid legetur*. La desheredación *nominatim* significa que la persona desheredada tiene que quedar perfectamente individualizada y determinada en el testamento, aunque su nombre se omita. Vid. GAYO II, 127; D. 32, 90; D. 28, 3, 3, 5; D. 40, 4, 24.

Se analizarán a continuación las innovaciones que sucintamente se acaban de citar, comenzando por la que resulta más relevante a nuestro juicio: la posibilidad de instituir o desheredar a los descendientes que no ostentan la cualidad de *sui* al tiempo de la redacción del testamento, que se encuentra recogida en el segundo capítulo de la *lex*.

A. Novedades introducidas por la *lex Iunia Vellaea* respecto de los *quasi postumi*: traslado temporal de la exigencia de la cualidad de *sui* en los descendientes.-

El segundo capítulo de la *lex Iunia Vellaea* prohibió la ruptura testamentaria por la *successio in locum* de los descendientes nacidos al tiempo de redactar el testamento que adquirirían la cualidad de *sui* en un momento posterior, siempre que éstos estuvieran instituidos herederos o desheredados en ese testamento²⁶⁴. Lo que la ley permite, en definitiva, es que el testador pueda prever la premoriencia de algunos descendientes y, por tanto, la adquisición de la posición de *sui* por los que le sucedían²⁶⁵; podrá el *paterfamilias*, pues, ins-

²⁶⁴ La doctrina tampoco se ha mostrado unánime en la denominación empleada para referirse a los descendientes incluidos en el capítulo segundo de la ley *Iunia Vellaea*: algunos autores, como SCIALOJA (*Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, op. cit., p. 216); BONFANTE (*Corso di diritto romano, VI, Le successioni*, op. cit., p. 311); GIRARD (*Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 848) o LA PIRA (*La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 68), han utilizado la denominación de “*postumi quasi Velleiani*” para referirse a ellos, a semejanza de la denominación utilizada para los *quasi postumi*; otros autores, como PEROZZI (*Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., p. 604); SOLAZZI (“*Gaio e la legge Iunia Vellaea*”, op. cit., p. 56); GLÜCK (*Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 453) o ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 81) prefieren utilizar la denominación de “*postumi Velleiani secundi*” para contraponerlos a los “*postumi Velleiani primi*” que se encuentran contemplados en el primer capítulo de la ley *Iunia Vellaea*.

²⁶⁵ Según ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 97) con ello la ley se aleja del concepto de *postumi* originario, porque comprende no sólo a los concebidos sino también a las personas ya nacidas “*le quali, appunto perchè già esistenti, sin dai tempi antichi per il diritto civile, avrebbero potuto benissimo essere istituiti eredi dal paterfamilias*”. Efectivamente, el concepto de póstumo varía con la *lex Iunia Vellaea*, pero no porque integre en el mismo a los ya nacidos sino porque, como ya se ha mencionado, *postumus* será a partir de esta ley tanto el que nacía con posterioridad al fallecimiento del testador como el que nacía en vida de éste. Es cierto que la citada ley soluciona los problemas que existían por la ineficacia de la mención de los nietos y ulteriores descendientes en el testamento y que éstos se encontraban asimilados a los póstumos en las Instituciones de GAYO –II, 133—; sin embargo, esta asimilación no supone en ningún momento una integración conceptual de éstos descendientes en la noción de *postumus*, ya que *postumus* siempre fue el descendiente no nacido en el momento de otorgar testamento. Por lo tanto, la equiparación de los descendientes nacidos a los *postumus* no puede referirse a su significado sino a los efectos; y, efectivamente, la *successio in locum* de los descendientes ya nacidos producía los mismos efectos que el nacimiento de un póstumo: la ruptura del testamento del *paterfamilias*; entendemos que éste es

tituirlos herederos o desheredarlos de manera eficaz aunque no ostenten la cualidad de *sui* en el momento de la redacción del testamento.

El segundo capítulo de la *lex Iunia Vellaea*²⁶⁶ se encuentra recogido y explicado en dos fragmentos de SCAEVOLA –D. 28, 2, 29, 13 y 14— en los que aparece entremezclada la dicción literal de la ley con la interpretación posterior que realiza la jurisprudencia de la fórmula Aquiliana y los dos capítulos de la *lex Iunia Vellaea*. Se debe advertir a este respecto que por el momento se expondrán sólo las partes de los fragmentos que hagan referencia al contenido de la ley dejando el análisis del resto para los apartados que corresponda según su desarrollo evolutivo:

D. 28, 2, 29, 13.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum; et ita interpretandum est, ut si et filium, et nepotem, et pronepotem habeas, mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent: SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT...*

D. 28, 2, 29, 14.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *...SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EIUS, et cetera IN LOCUM SUORUM SUI HEREDES SUCCEDUNTU...*

Ambos fragmentos ponen de manifiesto que la finalidad de la ley consiste en evitar la ruptura del testamento por descendientes que devienen *heredes sui* por premuerte de sus ascendientes. En este sentido, D. 28, 2, 29, 13 expone un caso de institución hereditaria de un bisnieto cuando el hijo y el nieto todavía viven afirmando que, si con posterioridad a la redacción del testamento mueren ambos, el bisnieto que les sucede en su lugar, convirtiéndose

el verdadero significado de la asimilación a la que se refieren las fuentes y no la que sostiene ROBBE.

²⁶⁶ En cuanto las diversas reconstrucciones del segundo capítulo de la *lex Iunia Vellaea*, vid. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 113, n. 84, donde analiza las propuestas de autores anteriores a él y propone la suya. ROBBE reconstruye la *lex* en los siguientes términos: "*Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius testamentum ne rumpunt, cum in suorum heredum locum succederint, si heredes instituti fuerint exheredative virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros, dm tamen iis, qui inter ceteros exheredantur, aliquid legetur*". (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 114 a 118).

en *sui*, no rompe el testamento porque ha sido instituido regularmente en el mismo.

Con esta disposición la *lex Iunia Vellea* solucionaba numerosos casos de ruptura del testamento que podían ser previstos en el testamento del *paterfamilias*. Ahora bien, a nuestro entender, para la correcta aplicación de la *lex* se debían cumplir los siguientes presupuestos: por un lado, que en el testamento paterno no haya sido preterido ningún descendiente que pudiera ostentar la condición de *heres suus*, esto es, debían estar instituidos herederos el hijo, el nieto y el bisnieto; y, por otro lado, que con posterioridad a la redacción del testamento pero antes del fallecimiento del testador, mueran el hijo y el nieto y no en cualquier orden, sino que necesariamente debía producirse primero la muerte del nieto y después la del hijo y nunca al revés.

Se analizarán a continuación estas dos exigencias ineludibles para evitar la ruptura del testamento:

a. La *lex Iunia Vellea* exigía, en primer lugar, que todos los descendientes que existieran al tiempo de la redacción del testamento y que pudieran llegar a ser *heredes sui* con posterioridad al mismo fueran instituidos herederos o desheredados por el *paterfamilias*; por tanto, la preterición de alguno de los grados ocasionaba la nulidad *ab initio* del testamento²⁶⁷, como consta en GAYO II, 134:

GAYO II, 134.- *Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, sicut ipsum filium uel heredem instituere uel exheredare debeo, ne non iure faciam testamentum, ita et nepotem neptemue ex eo necesse est mihi uel heredem instituere uel exheredare, ne forte, me uiuo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos neptisue quasi agnatione rumpat testamentum; idque lege Iunia Vellea prouisum est*²⁶⁸

²⁶⁷ A nuestro juicio, en las fuentes se observa una importante evolución que va desde la prohibición de la preterición de alguno de los grados de herederos en un principio hasta una etapa posterior en la que no se exigirá la mención de los grados intermedios de posibles herederos; adquiere relevancia en esta etapa posterior la delación de la herencia, esto es, resultará indispensable que el descendiente a quién se defiera la herencia se encuentre instituido o desheredado, no importando si los demás fueron preteridos o no. Esta idea resulta impensable para el derecho clásico, en el que si un descendiente se encontraba preterido hacía nulo el testamento.

²⁶⁸ Vid. también D. 28, 3, 13.- (GAIUS libro II. Institutionum).- *Postumorum loco sunt et hi, qui in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes, ut ecce, si filium, et ex eo nepotem neptemue in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque, et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si*

El texto de las Instituciones de GAYO²⁶⁹ establece claramente que *filium uel instituere uel exheredare debeo* y que *ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi uel heredem instituere uel exheredare* puesto que *idque lege Iunia Velleia prouissum est*. Se desprende, pues, que deben ser instituidos o desheredados todos los grados si no se quiere contravenir el Derecho —*ne non iure faciam testamentum*— y que el testamento quede anulado por preterición de algún heredero de derecho propio. Esta exigencia se encuentra avalada por otros textos de Digesto:

D. 28, 2, 3, 2.- (ULPIANUS libro I ad Sabinum).- *Filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur, et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit...*

D. 28, 2, 7.- (PAULUS libro I ad Sabinum).- *Si filius qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet...*

D. 28, 2, 8.- (POMPONIUS libro I ad Sabinum).- *Si primo herede instituto filium exheredauero, a secundo autem substituto non exheredauero, et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, quum ab eo filius exheredatus non sit...*

filius meus me vivo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in eius loco succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpat mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel exheredare nominatim debeo, ne non iure faciam testamentum, ita et nepotem neptemve ex eo necesse est mihi vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte, me vivo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos neptisve quasi agnatione rumpat testamentum; idque lege Iunia Velleia prouissum est; l. 2, 13, 2.- (DE EXHEREDATIONE LIBERORUM).- Postumorum autem loco sunt et hi, qui, in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes: ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius eius vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate eius, incipit nepos neptisve in eius loco succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur eius testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel nominatim exheredare debet testator, ne non iure faciat testamentum; ita nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere, vel exheredare, ne forte, eo vivo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos neptisve quasi agnatione rumpat testamentum. Idque lege Iunia Velleia prouissum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.

²⁶⁹ Vid. SOLAZZI, “Glosse a Gaio”, op. cit., p. 425 y ss.

El primer fragmento establece que el testador deberá desheredar al hijo en las instituciones intermedias puesto que en caso contrario *vitiosa erit exheredatio*²⁷⁰. Por ello, en el último texto citado donde se expone un caso en que el *paterfamilias* deshereda a su hijo e instituye heredero a un extraño, nombrando un sustituto para el instituido heredero y no mencionando la desheredación del hijo en este grado, se afirma que el segundo instituido no entrará en la herencia del causante, porque, respecto a ese grado, el hijo fue preterido: *non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus*.

En el mismo sentido, el segundo fragmento transcrito afirma que el testamento en el que un hijo estaba preterido era inválido, incluso en el caso de que el hijo muriera en vida del padre y, según afirma GAYO II, 123, aunque en el mismo se hubiera instituido heredero al nieto²⁷¹:

GAYO II, 123.- *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si em silentio praeterierit, inutiliter testatibur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet qua statim ab initio non constiterit institutio. Sed diuersae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant <non> statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

²⁷⁰ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 579; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 28; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., p. 606; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 525.

²⁷¹ Así, en D. 28, 3, 4 se afirma que, cuando existen varios grados de herederos, si uno de ellos resulta invalidado o roto —dependiendo de que sea un descendiente nacido o póstumo, respectivamente— nadie se puede heredar en virtud de ese testamento: D. 28, 3, 4.- (ULPIANUS libro IV. Disputationum).- *Denique et deliberantibus primo gradu scriptis heredibus, qui secundo gradu scripti sunt heredes, obtinere hereditatem non possunt; gradu enim rupto et infirmato amplius hereditas inde obtineri non potest*. Esta situación cambia posteriormente ya que, a pesar de que un grado sea inválido por preterición del descendiente, si la herencia se defiende en el grado en el que se han cumplido las formalidades, el testamento será válido y los instituidos herederos podrán adir la herencia; de igual forma, si la herencia es deferida al grado inválido o roto, entonces se abrirá la sucesión *ab intestato*.

No obstante, la solución no debió parecer justa puesto que GAYO deja constancia de la discusión existente en torno al tema por la opinión contraria de *diuersae scholae auctores* que sostenían que si el hijo preterido vivía cuando fallecía el padre, el testamento se anulaba y se abría la sucesión *ab intestato*, siendo éste el único heredero; sin embargo, si el hijo premoría al padre, el testamento no decaía puesto que *nullo iam filio impedimento*. Con esta interpretación se entiende que el testamento no es nulo *ab initio* por la preterición del hijo, sino válido, manteniendo esta validez en el caso de que el hijo muera en vida del padre²⁷².

b. Se ha mencionado que la segunda condición necesaria para para la institución eficaz de un bisnieto a través de la *lex Iunia Vellaea* era que la muerte del hijo y el nieto se produjera con anterioridad a la del causante y, además, en un determinado orden: primero, debía fallecer el nieto y, después, el del hijo²⁷³; de otro modo, el testamento se rompería por la sucesión. En efecto, por un lado, la muerte de los dos ascendientes que precedían al bisnieto, hijo y nieto, se hacía indispensable para que en el momento en que falleciera el *paterfamilias*, el nieto ostentara la posición de *heres suus*: sólo así sucederá directamente al abuelo; en caso de que, al tiempo de la muerte del causante, el nieto o el hijo del testador o ambos todavía vivieran, serían éstos los que sucederían al *de cuius* y no el bisnieto. Y no sólo es necesario que, como se ha mencionao con anterioridad, que los ascendientes precedentes premueran, sino que dicha muerte acontezca en un determinado orden porque de otra forma el testamento se rompería por la sucesión: primero, debía morir el nieto para que el bisnieto ocupara su lugar y, posteriormente, el hijo para que de nuevo se produjera la sucesión del bisnieto y heredara directamente al abuelo por la *successio in locum*: si el hijo muriera primero, el nieto sucedería a éste y no al abuelo, rompiéndose la cadena sucesoria y no pudiendo heredar el bisnieto del causante.

B. Aplicación de la *lex Iunia Vellaea* a la institutio heredis de los postumi sui.-

La *lex Iunia Vellaea* presenta novedades de menor relevancia en relación con los descendientes póstumos, puesto que la fórmula Aquiliana ya permitía la institución hereditaria eficaz de nietos y ulteriores descendientes póstumos

²⁷² Esta última solución desde luego sería la adoptada posteriormente a medida que se fueron flexibilizando las exigencias y principios rectores de la sucesión testamentaria, pero esta evolución se expondrá más adelante cuando se explique el desarrollo interpretativo de la *lex Iunia Vellaea*.

²⁷³ Se recordará que esta condición se encontraba establecida en D. 28, 2, 29, 4 a propósito de la institución hereditaria de un bisnieto a través de la fórmula Aquiliana: D. 28, 2, 29, 4.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestionum*).- ...*si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumpetur*.

antes de que consolidaran su condición de *sui*. No obstante lo anterior, no hay que desmerecer el contenido de la *lex Iunia Vellaea*, ya que ésta contribuye al avance en el camino para flexibilizar la aplicación del riguroso principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*:

- La prohibición de ruptura del testamento en caso de que el póstumo nazca en vida del testador, traerá consigo la transformación del concepto de *postumus*, permitiendo la entrada en el mismo a los nacidos tras la redacción del testamento y en vida del testador.
- Por otro lado, la *lex*, al prohibir la ruptura del testamento cuando un póstumo instituido heredero o desheredado nazca en vida del testador, posibilita que dicha institución o desheredación sea eficaz y que sea realizable directamente, esto es, sin necesidad de recurrir a una sustitución, como se hacía hasta ahora con la fórmula Aquiliana.
- Y, en tercer lugar, como consecuencia de todo lo anterior, se produce un nuevo desplazamiento del tiempo en el que se le exigía al *postumus* la consolidación de la posición de *suus* respecto del causante, esta vez al momento del nacimiento: si el póstumo al nacer ostenta la cualidad de *suus* no romperá el testamento, sin importar si poseía o no tal condición al tiempo de la redacción del testamento.

Estas tres novedades introducidas por la *lex Iunia Vellaea* serán expuestas a continuación por separado el orden en que se han citado:

- a) Transformación del concepto de *postumus*: *qui post mortem parentis* y *qui post testamentum factum in vita nascantur*.-

Hasta la promulgación de la *lex Iunia Vellaea*, el concepto etimológico de *postumus* coincidía con el literario y el jurídico: *postumus* era *qui post mortem parentis nascantur* y que había sido concebido en vida de él²⁷⁴. Este concepto, como hemos podido observar, permanece inalterado con la fórmula Aquiliana, que limita la institución hereditaria a aquellos descendientes que nacieran tras el fallecimiento del testador²⁷⁵. Es lógico que, jurídicamente, el interés estuviera centrado en los descendientes que nacían tras la muerte del testador, ya que los nacidos en vida de éste podían ser incluidos en uno nuevo redactado al efecto; sin embargo, los descendientes *qui post mortem nascantur*

²⁷⁴ Vid., entre otros, ISIDORO DE SEVILLA, *E libri originum s. etymologiarum*, IX, 55, 22; AULO GELIO, *Noct. Att.*, II, 16, 2 a 5; SERVIO, *In Vergilium, In Aeneidem*, VI, 763; VARRON, *E libri de lingua latina*, I, 9, 38, 61; FESTO, *De verborum significatu*, 448 y D. 28, 3, 3, 1.

²⁷⁵ Vid. D. 28, 2, 29, pr. y D. 28, 5, 37, pr.

no sólo rompían el testamento sino que provocaban la la apertura de la sucesión intestada sin que hubiera solución posible.

Probablemente, a medida que se fue generalizando la institución o desheredación de póstumos en el testamento, debieron ser más frecuentes los casos en que éste se otorgaba en previsión del nacimiento de un descendiente tras la muerte del testador para evitar su ruptura y que, sin embargo, nacía en vida de éste, rompiéndolo igualmente, como establece PAULO en sus sentencias:

Pauli Sententiae III, 4 b, 9.- *Talis postumorum institutio: Si qui post mortem meam postumi nati fuerint, heredes sunt, si vivo eo nascantur, rumpunt testamentum.*

Si un póstumo instituido heredero *vivo eo nascantur, rumpunt testamentum*: no servía de nada la previsión que había tenido el testador al incluir al póstumo en el testamento ya que su nacimiento en vida de aquél lo rompía, obligando a otorgar uno nuevo poco después de haber redactado el primero²⁷⁶. Esta situación es la que viene a resolver la *lex Iunia Vellea*, puesto que permite que el testamento en el que un póstumo era instituido heredero fuera válido tanto si el nacimiento ocurría después de la muerte del testador como si nacía cuando todavía vivía²⁷⁷.

²⁷⁶ El formalismo jurídico que imperaba en la sucesión testamentaria ocasionaba que, si se instituía heredero a un concebido que naciera tras la muerte del testador y nacía en vida de éste, se rompiera el testamento por no cumplirse la condición para la que fue instituido. Idéntico efecto se producía cuando el testador instituye a un concebido en el testamento cuando en realidad ya ha nacido; en este caso se rompería el testamento, aunque él ignorara ese nacimiento. Esta cuestión también fue solventada otorgando la validez del testamento: D. 28, 2, 25, 1.- (*PAULUS libro XII. Responsorum*).- *Lucius Titius, quum suprema sua ordinaret in civitate, et haberet neptem ex filia praegnantem rure agentem, scripsit id, quo in utero haberet, ex parte heredem; quaero, quum ipsa die, qua Titius ordinaret testamentum in civitate, hora diei sexta, eodem die albescente coelo rure sit enixa Maevia masculum, an institutio heredis valeat, quum, quo tempore scribiretur testamentum, iam editus esset partus? Paulus respondit, verba quidem testamenti ad eum pronepotem directa videri, qui post testamentum factum nasceretur; sed si, ut proponitur, eadem die, qua testamentum factum est, neptis testatoris, antequam testamentum scribiretur, enixa esset, licet ignorante testatore, tamen institutionem iure factam videri, recte responderi.* El texto plantea la cuestión de un testador que instituye a un bisnieto a quien el cree concebido en el momento de otorgar testamento, cuando realmente ya ha nacido, sin que el testador tenga conocimiento de ello. A este respecto, en el fragmento se establece claramente que, según la opinión de PAULO, el instituido en testamento era el bisnieto que *post testamentum factum nasceretur*, por lo que la institución no valdría; sin embargo, a continuación se matiza la opinión del jurista añadiendo que el testador ignoraba el nacimiento del bisnieto la institución se considera válida.

²⁷⁷ La doctrina romanística ha utilizado diversas denominaciones para referirse a la nueva categoría de sujetos incluidos en la noción de póstumo: SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, op. cit., p. 216; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Le

Con esta disposición se produce la transformación del concepto de *postumus* que existía hasta el momento, no porque la ley tuviera entre sus finalidades la introducción de una nueva noción de *postumus*, sino porque, al prohibir la ruptura del testamento en caso de que el descendiente naciera en vida del testador, implícitamente se produciría ese cambio conceptual. Ello se puede observar en D. 28, 3, 3, 1:

D. 28, 3, 3, 1.- (*ULPIANUS libro III ad Sabinum*).- *Postumus autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur; sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Velleiam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.*

El texto menciona el anterior concepto de póstumo, esto es, *qui post mortem parentis nascuntur*, así como la nueva, *qui post testamentum factum in vita nascuntur*, especificando que esta concepción nace de la ley *Iunia Velleia*. Esta misma idea se reitera en otros fragmentos que se pronuncian en idéntico sentido:

D. 28, 2, 29, 11.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestio-num*).- *Nunc de lege Velleia videamus; voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.*

D. 28, 2, 10.- (*POMPONIUS libro I ad Sabinum*).- *Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: "sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto"...*

ULPIANO XXII, 19.- *Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes; si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili; si vero viventibus nobis ex lege Iunia.*

successioni, op. cit., p. 310; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 848; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 68, utilizan la denominación de "*postumi Velleiani*" mientras que SOLAZZI, "*Gaio e la legge Iunia Velleia*", op. cit., p. 56; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 453 y ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 81. prefieren utilizar la denominación de "*postumi Velleiani primi*", puesto que éstos póstumos están contemplados en el primer capítulo de la *lex Iunia Velleia*.

En los tres textos citados consta que los descendientes de cualquier grado nacidos tras la perfección del testamento no lo rompían si se encontraran instituidos herederos o desheredados, tanto si nacían tras la muerte del testador —por disponerlo así el *ius civile*— como si nacían en vida de éste —por establecerlo la *lex Iunia Vellaea*—: *si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili; si vero viventibus nobis ex lege Iunia*. En definitiva, hasta ahora, el nacimiento era el punto central en la noción de *postumus*; con la *lex Iunia Vellaea* éste se traslada a la redacción del testamento: se considerará *postumus* a cualquier descendiente nacido con posterioridad a ese momento sin tener en cuenta cuando se produce su nacimiento²⁷⁸.

b) *Institutio* o *exhereditio* directa de los *postumi*.-

Se ha mencionado que la posibilidad de instituir heredero a nietos y ulteriores descendientes póstumos que no eran *sui* al redactar el testamento no constituyó una innovación propia de la *lex Iunia Vellaea*, ya que la fórmula Aquiliana había introducido esta posibilidad²⁷⁹, aunque se debe tener en cuenta que la fórmula no permitía la institución de forma directa, sino a través de la sustitución hereditaria como *heres secundus*. Pues bien, la *lex Iunia Vellaea*, al prohibir el primer capítulo la ruptura del testamento en el caso de que se hubiere instituido heredero a un nieto o ulterior descendiente póstumo y el padre premuriera, otorga validez a la institución directa de los póstumos que no hubieran fijado su cualidad de *suus* en el momento de redactar el testamento y esto si que constituye una innovación jurídica de la *lex Iunia Vellaea*²⁸⁰:

D. 28, 2, 29, 12.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent... nam et si ita verba sunt: QUI TESTAMENTUM FACIET, IS*

²⁷⁸ Por esto mostramos nuestra disconformidad con la postura mantenida por ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 97 y ss.) que entiende que la *lex Iunia Vellaea* también incluye dentro del concepto de *postumus* a los descendientes contemplados en el segundo capítulo, esto es, los que ya han nacido en el momento en que se redacta el testamento. A nuestro juicio, el *postumus* siempre fue el descendiente que no había nacido cuando el *paterfamilias* se decidía a testar y nunca se integró en esa categoría a sujetos que ya habían nacido en ese tiempo.

²⁷⁹ A pesar de que la fórmula Aquiliana no alcanza la categoría de ley si es cierto que la práctica jurisprudencial en esta época tiene idéntico valor, por lo que se puede mantener que el desplazamiento temporal en la exigencia de la cualidad de *suus* fue una innovación de AQUILIO GALO.

²⁸⁰ ROBBE entiende que el primer capítulo de la *lex Iunia Vellaea* no constituye ni una simple norma legislativa ni una fórmula para aplicar en los casos que se dieran en la práctica, sino que se presenta como una mezcla de ambos aspectos unidos. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 95).

*OMNIS VIRILIS SEXUS, QUI EI SUUS HERES
FUTURUS ERIT, et cetera...*

Para que la mención del póstumo resulte efectiva, cumpliendo el principio *sui heredis instituendi sunt aut exheredandi* y su nacimiento no rompiera el testamento del *paterfamilias*, debían concurrir unos requisitos:

a. Los descendientes póstumos deben estar concebidos en el momento de otorgar testamento. Este es un elemento que no se cita pero, al igual que ocurría con la fórmula Aquiliana, debía concurrir para cumplir con las exigencias y principios de la sucesión testamentaria: de no estar concebido el descendiente no podría ser instituido heredero porque no sería persona cierta y, lo más importante, no podría considerarse *suus* del testador al no tener fijado su *status familiae* ni, por tanto, se habría establecido el vínculo agnaticio con el difunto.

b. La ley se refiere a descendientes póstumos de cualquier sexo²⁸¹, entendiendo por póstumo tanto los que nacen tras la muerte del testador como los que vienen al mundo después de haberse otorgado el testamento pero en vida de éste²⁸².

²⁸¹ ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 88 y 89) considera la frase "*omnis virilis sexus*" que consta en D. 28, 2, 29, 12 referida a que el testador debía mencionar sólo a los póstumos de sexo masculino resulta inexplicable e injustificada. Según el autor, por un lado, la *lex Voconia*, que veta la institución hereditaria de las mujeres, "*non è stata mai applicata*"; y, por otro lado, el principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* "*non fa distinzione di sesso*"; además, "*mai ha potuto la legge Vellea dettare una disposizione riguardante solo i postumi maschi, quando questi al tempo della confezione del testamento non sono ancora nati*". Por esto, ROBBE sostiene que la frase "*omnis virilis sexus*" es obra de los compiladores y, en la reconstrucción que efectúa del texto de la ley, mantiene que ésta debió hacer referencia a los específicos sujetos a los cuales ésta se refería: "*filium filiamve, nepotem neptemve ex filio, pronepotem proneptemve ex nepote filio nato*"; esta formulación no podía sustituirse por ninguna otra genérica puesto que, según el autor, la ley *Iunia Vellea* "*ha dovuto riunire in una unica disposizione tutte le ipotesi verificantisi sotto il suo nuovo punto di vista, corrispondenti cioè ai postumi sui o legitimi (figli, nipoti, ecc.) e a quelli Aquiliani (nipoti e successivi discendenti)*". En derecho justinianeo, al haberse suprimido el requisito de la concepción al otorgar el testamento, también se suprime la referencia a las singulares y específicas categorías de sujetos que el testador tenía obligación de mencionar. Los compiladores, con el fin de integrar en una sola categoría todos los sujetos, utilizaron la palabra "*omnes*" y la frase "*virilis sexus*", para indicar, no el sexo del póstumo, sino los póstumos descendientes por línea masculina que existieran en el momento de redactar el testamento. A nuestro juicio, existe una razón determinante para entender que la referencia a los póstumos masculinos no se encontrara originariamente en el texto de la ley y es que cuando el testador procedía a la institución o desheredación de un descendiente concebido y no nacido no podía conocer el sexo que iba a tener a su nacimiento. (ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 87 a 91).

²⁸² D. 28, 3, 3, 1; D. 28, 2, 29, 11; D. 28, 2, 10; ULPiano XXII, 19 y GAYO II, 133 y 134.

c. El póstumo debía nacer *suus*. No importa que en el momento de la confección del testamento algún ascendiente le precedía en sus derechos; lo importante es que, al nacer, ostentara la posición de *suus*²⁸³. Se observa, pues, que con la *lex Iunia Vellaea* se produce un nuevo traslado del momento en que el póstumo debe consolidar la cualidad de *suus*, esta vez, al nacimiento.

d. El póstumo debía estar instituido o desheredado²⁸⁴ en el testamento junto con el resto de descendientes que existieran en el momento de otorgar el mismo y que pudieran ostentar la cualidad de *sui*²⁸⁵, incluyendo en éste grupo a los descendientes póstumos. Para que no se rompiera el testamento, éstos póstumos debían ser instituidos o desheredados en todos los grados, porque si eran preteridos en alguno, se produciría la ruptura y nadie podría heredar en virtud del mismo:

D. 28, 3, 19, pr.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestionum*).-*Si ego et Titius instituti simus, et a nobis postumus exheredatus sit, a substitutis nostris non sit exheredatus, Titio defuncto ne ego quidem adire potero; iam enim propter instituti personam, a quo postumus exheredatus est, in cuius locum substitutus vocatur, a quo postumus exheredatus non est, ruptum est testamentum.*

En el texto se establece claramente que si el póstumo hubiera sido desheredado respecto al primer grado de herederos pero se le pretere en el grado de los sustitutos, nadie puede heredar ya que *ruptum est testamentum*²⁸⁶.

²⁸³ D. 28, 2, 29, 12.

²⁸⁴ Respecto a la facultad de desheredar al descendiente póstumo, vid. D. 26, 2, 10, 2; D. 28, 3, 3, 1; D. 28, 3, 3, 13; D. 28, 5, 6, 1 y D. 28, 6, 2, pr.

²⁸⁵ GAYO II, 123 y 134; D. 28, 2, 3, 2; D. 28, 2, 7 y 8.

²⁸⁶ La evolución que se ha comentado en el apartado de los descendientes ya nacidos, se puede observar en relación con los póstumos en el párrafo siguiente, en el que se desprende que, aunque el póstumo haya sido preterido en alguno de los grados, si el grado en el que se defiere la herencia cumple las formalidades debidas, esto es, si en él se encuentra el póstumo mencionado, los herederos instituidos podrán adir la herencia: D. 28, 3, 19, 1.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestionum*).- *Sed si ego et Titius invicem substituti simus, quamvis in partem substitutionis exheredatus non sit, mortuo vel repudiante Titio me posse adire puto, et ex asse heredem esse.* Como se observa, el texto es continuación del *principium* de D. 28, 3, 19 y en él se parte del mismo supuesto, esto es, la desheredación del póstumo en el primer grado y la institución hereditaria de dos personas con sustitución recíproca entre ellos y la preterición del póstumo en el segundo de los grados. El fragmento plantea que si muere uno de los instituidos herederos, como han sido nombrado sustitutos recíprocamente, el otro sería heredero de la totalidad, puesto que el grado en el que se defiere la herencia es válido y no se rompe el testamento.

Con independencia de la condición anterior, esto es, que el póstumo estuviera mencionado en todos los grados de herederos, existía en relación con éste una peculiaridad añadida: el testador debía dejar constancia expresa del caso en el que lo instituía heredero o lo desheredaba, esto es: si lo instituía heredero si nacía en vida de él, desheredándolo si nacía a su muerte; si lo desheredaba en el primer caso instituyéndolo heredero en el segundo; o si lo instituía o desheredaba en ambos casos. Si el testamento sólo hacía referencia a alguna de las hipótesis en las que podía acontecer el nacimiento del póstumo, éste se rompería si la otra hipótesis llegaba a suceder, por preterición de un *suus*²⁸⁷:

D. 28, 2, 10.- (POMPONIIUS libro I ad Sabinum).-
...si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus.

Posteriormente, se debió admitir que si no se hiciera referencia a ningún tiempo —nacimiento antes o después de la muerte del causante— el testamento fuera válido, bastando con que el testador simplemente hubiera instituido heredero o desheredado al descendiente póstumo²⁸⁸.

c) Desplazamiento temporal de la exigencia de la cualidad de *sui* al póstumo al momento del nacimiento.-

El contenido del primer capítulo de la *lex Iunia Vellaea*²⁸⁹ se encuentra recogido en D. 28, 2, 29, 12 y se refiere a los descendientes póstumos que *sui heredes futuri essent*:

²⁸⁷ LEIGIER, “*Tacita conditio*”, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XLIV, pp. 14 y ss.

²⁸⁸ D. 28, 2, 10.- (POMPONIIUS libro I ad Sabinum).- *Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: “sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto”, aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione...* No obstante, se debe advertir que si, a pesar de que no hacía falta, se hacía referencia a un tiempo concreto en el testamento y finalmente acontecía la hipótesis que no estaba prevista, entonces se entendería preterido el póstumo rompiendo el testamento.

²⁸⁹ En cuanto a la reconstrucción de la *lex Iunia Vellaea*, vid. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 86, n. 62, en la que transcribe las reconstrucciones de WINKLER, MÜHLENBRUCH y BRUNS, en las obras allí citadas. ROBBE también propone una reconstrucción del capítulo primero de la ley, siguiendo el esquema de BRUNS, aunque con alguna adicción y supresión a su formulación: “*Qui civis Romanus post hac legem rogatam testamentum faciet, is filium filiamve, nepotem neptemve ex filio, pronepotem proneptemve ex nepote filio nato conceptum conceptamve, qui ei suus heres*

D. 28, 2, 29, 12.- (SCAEVOLA libro VI. Quaestionum).- *Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo, si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem instituas, filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos, qui eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre nascatur; quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, quum saatis sit observari id tempus, quo nascitur, nam et si ita verba sunt: QUI TESTAMENTUM FACIET, IS OMNIS VIRILIS SEXUS, QUI EI SUUS HERES FUTURUS ERIT, et cetera vivente parente vivo nascantur?*²⁹⁰.

El texto, que plantea la posibilidad de la institución de un nieto póstumo cuando el padre todavía le precede en los derechos, se presenta con una evidente manipulación²⁹¹ ya que en derecho clásico era impensable que se pudiera

futurus erit, cum nasceretur, heredem instituendi nominatimve exheredandi potestatem habeto; quisquis heres institutus exheredatusve ita erit, testamentum ne rumpito, etiamsi vivente testatore nascatur". El autor entiende que la frase "*filium filiamve, nepotem neptemve ex filio, pronepotem proneptemve ex nepote filio nato*" que no contiene la reconstrucción realizada por BRUNS es importante porque, según él, la ley no habría hecho referencia a una categoría genérica de sujetos, sino que habría enumerado los sujetos específicos objeto de la misma. Tampoco podría faltar la referencia a "*conceptum conceptamve*" para indicar la necesidad de que el póstumo estuviera concebido en el momento de la confección del testamento. Otro elemento añadido por ROBBE es la referencia a "*qui ei suus heres futurus erit cum nasceretur*", puesto que los póstumos que pueden ser contemplados en el testamento son aquellos que devienen *suus* a su nacimiento. Y, por último, respecto a la proposición "*heredem instituendi nominatimve exheredandi potestatem habeto*", ROBBE entiende que no puede faltar, ya que el primer capítulo de la ley concedía al *parterfamilias* tanto la potestad de instituir herederos a los descendientes póstumos como la de desheredarlos.

²⁹⁰ Vid. también la *Glossa* en el *Casus ad D. 28, 2, 29*.- ... *sed non providet eis, qui nascuntur vivo patre et avo, post testamentum avi, vel qui nascuntur vivo avo, et mortuo iam patre: sed postea venit Velleius, et provvidet eis: et primo in iis, qui nascuntur post testamentum avi vivo avo, mortuo iam patre, et hoc sive mortuus sit iam pater tempore testamenti avi, sive non, sed post factum testamentum moriatur. Et hoc erit primum caput legis Vellaeae. Item providet lex Vellaea in eis, qui nascuntur ante testamentum avi vivo avo et patre nepotis, idest filio avi. E quia timor est, ne solo instituto filio tollatur de medio filius in vita, et sic nepos efficiatur proximus avo, sicque rumpat testamentum avi inveniens se ab eo praeteritum; ideo quialiter institui possit nepos, consilium (lex) dedit, et hoc est secundum caput legis Vellaeae...*

²⁹¹ Respecto a D. 28, 2, 29, 12 vid. los comentarios y reconstrucciones del texto que realizan, entre otros, LENEL, *Paligenesia iuris civilis...*, II, op. cit., p. 277; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 76, FRANCKE, *Das Recht des*

instituir únicamente a un nieto *nondum natus* pretiriendo al hijo, porque el testador debía mencionar todos los grados de descendientes existentes; en este caso, pues, el testamento sería nulo *ab initio* por preterición del hijo y ello aunque posteriormente el hijo falleciera²⁹². Esta idea se confirma en la última parte del texto donde se cita la *lex Iunia Vellaea* y se afirma que esta ley ordena instituir a todos los descendientes de sexo viril que pudiera ser herederos de derecho propio del testador: *is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit*; por tanto, si esto era así para los descendientes concebidos, con mayor motivo se debía instituir o desheredar a los *sui* ya nacidos al tiempo de testar.

De conformidad con lo anterior y manteniendo el punto de partida del texto, esto es, que el testador instituyera heredero al nieto, la hipótesis del texto podría salvarse de dos formas: bien se instituye heredero previamente al padre —el *filiusfamilias* del testador— mediante la fórmula Aquiliana o bien se instituye sólo al nieto, pero en este caso el padre debía haber fallecido en el momento en que se otorgara testamento. Por prescripción de la *lex Iunia Vellaea*, en ninguna de estas hipótesis el nieto rompería el testamento al nacer, tanto si nace después de la muerte del testador como si nace en vida del mismo.

El resto del texto se encuentra claramente manipulado ya que la interpretación que consta en el mismo es la que se desarrolla con posterioridad a la *lex*; en efecto, el primer capítulo de la *lex Iunia Vellaea* no se refiere a los nietos póstumos que nacen en vida del padre, como consta en el fragmento, sino los que nacen en vida del testador y, además, es condición indispensable que en el momento en que nace el nieto el padre haya premuerto: de no ser así no nacería *heres suus* como exige D. 28, 2, 29, 12 que hace referencia a *qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent*. La solución que consta en el texto examinado corresponde a la interpretación que JULIANO efectúa de la *lex Iunia Vellaea* por combinación de sus dos capítulos, admitiendo la no ruptura del testamento en el supuesto de que el nieto póstumo nazca, no sólo en vida del testador, sino también en vida de su padre; de ahí que en el texto se mencione “*verum et si vivo patre nascatur*”.

No obstante lo anterior, no se puede mantener la interpolación del fragmento en su integridad; una parte del texto avala la posición que se viene manteniendo respecto al desplazamiento en el tiempo en que se exige al *nasciturus* la consolidación de la cualidad de *suus*: consta expresamente en el fragmento que el momento relevante no es la confección del testamento

Notherben, op. cit., pp. 19 y ss.; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 83 y ss.; BRETONI, “*Il giureconsulto interprete della legge*”, *op. cit.*, p. 298.

²⁹² Vid. entre los textos que corroboran esta idea, ya citados anteriormente, D. 28, 2, 3, 2; D. 28, 2, 7; D. 28, 2, 8; D. 28, 2, 14, 1 y GAYO II, 123.

—originariamente relevante— o el fallecimiento del testador —como ocurría con la fórmula Aquiliana— sino el nacimiento del póstumo. Por lo tanto, no importaba si el padre del nieto vivía cuando se otorgaba testamento o ya había fallecido; tampoco importaba que el nieto nacía antes o después de la muerte del testador, dada la mutación del concepto de póstumo: lo único que importaba para que el testamento no se rompiera era que en el momento de su nacimiento, el nieto ostentara la posición de *suus* del testador.

Ya no se atiende, pues, al tiempo de la redacción del testamento para exigir al *conceptus* que consolide su cualidad de *suus*, sino al momento del nacimiento: como establece D. 28, 2, 29, 12, *quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus, quo nascitur?*. Se recordará que este desplazamiento temporal ya se había introducido por la fórmula Aquiliana, que también permitía la institución hereditaria de un nieto o bisnieto póstumo cuando todavía el padre le precedía en sus derechos, aunque a través de una sustitución vulgar y no como una institución hereditaria directa, que si permite la *lex Iunia Vellaea*. Por lo tanto, a partir de la *lex*, se exigirá la posición de *suus* al póstumo en momentos distintos en función de que el póstumo nazca antes o después del fallecimiento del *de cuius*: si nace antes, se exigirá la cualidad de *suus* a su nacimiento; si nace después, deberá consolidar esa cualidad antes de que muera el causante.

C. Influencia de las innovaciones introducidas por la *lex Iunia Vellaea* en otras disposiciones sucesorias.-

El desplazamiento del tiempo en el que se exige la cualidad de *sui* provocada por la *lex Iunia Vellaea* sin duda influye en otras disposiciones testamentarias que con anterioridad a la ley se encontraban vetadas a nietos y ulteriores descendientes nacidos o póstumos. Ya se ha tenido ocasión de exponer que con anterioridad a la *lex Iunia Vellaea* no se podía nombrar sustituto a un nieto al que le precedía en sus derechos el padre cuando se otorgaba testamento²⁹³, porque antes tenía que instituirle o desheredarle; si no tenía eficacia la institución o desheredación, tampoco la tenía el nombramiento de sustituto. Hasta entonces la mención del nieto en el testamento del abuelo no servía para dar cumplimiento a la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, por lo que, si el padre premoría, el testamento se rompía cayendo con él todas las disposiciones testamentarias previstas por el *paterfamilias*, entre ellas, el

²⁹³ Nos referimos a la sustitución de los nietos ya nacidos al redactar el testamento puesto que respecto de los concebidos si existía la posibilidad de nombrarles sustitutos con anterioridad a la *lex Iunia Vellaea* a través de la fórmula Aquiliana, que posibilitó la institución como *secundus heres* del nieto póstumo, permitiendo ello el nombramiento de un sustituto para éste ya que el testamento principal no se rompía.

testamento pupilar: *nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit.*

La *lex Iunia Vellaea*, al permitir la institución o desheredación eficaz de los nietos, posibilitó que el testamento no se rompiera por la sucesión de éstos en el lugar del precedente y, por tanto, la sustitución pupilar dispuesta por el *paterfamilias* perviviría:

D. 28, 6, 2.- (*ULPIANUS libro VI ad Sabinum*).-
...Ceterum emancipatis non possumus, postumis plane possumus, nepotibus etiam possumus, et deinceps si qui recasuri non sunt in patris potestem. Sed si eos patres praecedant, ita demum substitui iis potest, si heredes instituti sint, vel exheredati; ita enim post legem Velliam succedendo rumpunt testamentum; nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit...

Igualmente, a partir de la *lex Iunia Vellaea* se abre la posibilidad del nombramiento de un tutor para los nietos nacidos o póstumos; D. 26, 2, 10, 2²⁹⁴, dispone que el nombramiento es válido respecto a los nietos nacidos al otorgar testamento:

D. 26, 2, 10, 2.- (*ULPIANUS libro XXXVI ad Sabinum*).- *Qui filium et ex eo nepotem habebat, si nepoti tutorem dederit, habet disceptationem, an aliquo casu non sit utilis datio, utputa si proponas, filium vivo patre decessisse, et nepotem ex eo successisse vivo avo; et fortius dicendum est, tutelam quoque e lege Iunia Velleia confirmatam; nam et Pomponius libro sextodecimo ex Sabino scripsit, valere tutoreis dationem...*

El fragmento pone de manifiesto que el mismo desplazamiento temporal que opera en la institución de heredero de un nieto tiene lugar paralelamente respecto de la *datio tutoris*: con anterioridad a la *lex Iunia Vellaea* el nombramiento de tutor se podía realizar sólo respecto de los hijos y, excepcionalmente podía disponerse para los nietos, siempre y cuando a éstos no les precediera el padre en el momento de otorgar testamento; sin embargo, el texto refleja que, a

²⁹⁴ Vid. LEGENDRE, "Recherches sur les commentaires pre-accursiens", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXIII, 1965, p. 406 y WALDSTEIN, "Konsequenz als Argument Klassischer Juristen", en *ZSS*, CV, 1975, p. 44.

partir de la *lex Iunia Vellaea*, si el *paterfamilias* al otorgar testamento tiene un hijo y un nieto ya nacido, puede nombrar tutor al nieto aunque le preceda el padre; si el hijo muere viviendo el abuelo y le sucede el nieto, el nombramiento de tutor es válido.

Idéntica reflexión contiene D. 26, 2, 16, 5 para el caso de nietos póstumos:

D. 26, 2, 16, 5.- (*ULPIANUS libro XXXIX ad Sabinum*).- *Si postumis dederit tutores, hique vivo nascantur, an datio valeat? Et magis est, ut utilis datio fiat, etiamsi vivo eo nascantur.*

Si el testador había dispuesto el nombramiento de tutor para sus hijos póstumos, esto es, los nacidos después de su muerte, la *datio tutoris* era válida aunque nacieran en vida de éste; el fragmento establece que lo anterior también es válido para los nietos póstumos puesto que si el nombramiento de tutor se realiza para los póstumos, se considera que se ha efectuado el nombramiento tanto para los hijos como para los demás descendientes²⁹⁵.

3. DESARROLLO INTERPRETATIVO DE LA FORMULA AQUILIANA Y DE LA *LEX IUNIA VELLAEA*.-

Las novedades introducidas por la ley *Iunia Vellaea* en relación con los póstumos y ulteriores descendientes no resultaron suficientes para resolver todos los problemas planteados de ruptura testamentaria; entre otros, quedaban por solventar los siguientes:

- En relación con los descendientes póstumos, la *lex Iunia Vellaea* ordenó que el testamento no se rompiera si éstos nacían en vida del testador, pero era condición indispensable para la eficacia de la institución que éstos ostentaran a su nacimiento la cualidad de *sui*. Quedaban fuera del ámbito de aplicación de la ley, rompiendo el testamento, los póstumos que nacían no sólo en vida del testador sino en vida del ascendiente que les precedía, no siendo *sui* ni en el momento de la redacción del testamento ni a su nacimiento.
- Tanto la fórmula Aquiliana como la *lex Iunia Vellaea* hacían referencia descendientes –nacidos o póstumos– que se adquirirían la cualidad de *sui* con posterioridad a la redacción del testamento por premuerte del ascen-

²⁹⁵ D. 26, 2, 16, 6.- (*ULPIANUS libro XXXIX ad Sabinum*).- *...Plane si postumis dederit tam filii postumi, quam ceteri liberi continebuntur.*

diente que le precedía; existía, pues, una laguna legal en los casos en que éste no fallecía sino que salía de la patria potestad por cualquier causa, como los casos de emancipación, *captivitas*, *interdictio aqua et igni*, etc...

- En relación con los descendientes ya nacidos la *lex Iunia Vellaea* impedía la rotura del testamento si devenían *sui* con posterioridad a su perfección, pero siempre y cuando éstos ostentaran la cualidad de *sui* en el momento del fallecimiento del causante. Por tanto, se rompería el testamento en caso de que al tiempo de la muerte del causante el descendiente todavía no hubiera adquirido la posición de *sui* y lo hiciera en un momento posterior.

Todos estos problemas de ruptura testamentaria se resolvieron por la labor jurisprudencial a través de la interpretación de la fórmula Aquiliana y de los dos capítulos de la *lex Iunia Vellaea*, teniendo presente siempre como criterio inspirador el principio del *favor testamentis* para evitar que el causante muriera intestado.

A) Interpretación de la *lex Iunia Vellaea* por JULIANO: desplazamiento del momento en que se exigía a los póstumos la cualidad *sui* al tiempo del fallecimiento del causante.-

En relación con los póstumos, la *lex Iunia Vellaea* dejaba un supuesto fuera de su ámbito de aplicación; en efecto, hasta el momento se permitía la institución hereditaria de ulteriores descendientes póstumos que no ostentaban la posición de *sui* tanto si nacían con posterioridad a la muerte del testador como si lo hacía en vida de éste, pero la ley exigía que el descendiente naciera *suus*, esto es, que su padre le hubiera premuerto cuando él nacía. Quedaban fuera, por tanto, los póstumos que nacían no sólo en vida del testador sino también del ascendiente que les precedía, ya que no eran *sui* ni en el momento de la redacción del testamento ni a su nacimiento. Este supuesto de ruptura testamentaria es el que viene a solucionar JULIANO a través de una interpretación laxa de la *lex* mediante la combinación de sus dos capítulos; de ahí que a esta categoría de póstumos se les haya denominado doctrinalmente *postumi Iulia-*

ni²⁹⁶. El texto en el que se encuentra recogido el razonamiento jurisprudencial de JULIANO es D. 28, 2, 29, 15²⁹⁷:

D. 28, 2, 29, 15.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Ille casus in difficili est, si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat; non enim suus heres est tempore, quo nascatur, nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit. Denique et superiori capite, ut liceat institui nondum natos, qui, quum nascentur, sui erunt, permittit; posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Iuliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta*²⁹⁸.

El texto relata el caso consistente en la institución hereditaria de un nieto concebido que nace en vida del padre y del abuelo y el padre fallece con posterioridad al nacimiento; el nieto póstumo, por tanto, ni es *suus* en el mo-

²⁹⁶ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 469 y ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 848; SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, op. cit., p. 153; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, op. cit., p. 604; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, op. cit., p. 311; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 68 y ss.; FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., pp. 38 y ss.; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 118 y ss.

²⁹⁷ El resultado de la interpretación de la ley ofrecido por JULIANO también aparece expresado en D. 28, 2, 29, 11, en el que se explica el primer capítulo de la *lex Iunia Vellaea* pero adaptado ya a la jurisprudencia posterior de JULIANO al mantener que el nieto que nace en vida de su padre tampoco rompe el testamento del abuelo, si en él ha sido instituido heredero o desheredado: D. 28, 2, 29, 12.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *...Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos qui eo tempore instituitur, quo dilius nos sito, verum et si vivo patre nascatur...* En torno a D. 28, 2, 29, 15 vid. BRETONI, "Il giureconsulto interprete de la legge", op. cit., p. 307 y BUND, "Il "sapere" di Salvio Giuliano", en *LABEO*, XXXV, 1989, p. 109.

²⁹⁸ Vid. también la *Glossa* en el *Casus ad D. 28, 2, 29*.- *... Sed quia repertus fuit quidam casus valde difficilis, qui neque primo neque secundo capite legis Vellaeae continebatur, neque etiam Galli consilio, scilicet in eo nepote, qui post testamentum nascitur vivo adhuc filio, qui postea de medio tollitur: ideo Iulianus commixtis capitibus legis Vellaeae, consilium dedit: et ita nullus casus in hac lege relinquitur intactus circa nepotes per avum instituendos, sive enim nascitur nepos posthumus post mortem patri sui et avi, providetur per hac legem sive post mortem patris et vivo avo, sive utroque vivo nascitur, sive uterque erat vivus tempore testamenti.*

mento de testar ni cuando nace. Ninguno de los dos capítulos de la *lex Iunia Vellaea* amparaba la hipótesis planteada por lo que el nacimiento del póstumo daría lugar a la ruptura del testamento del abuelo; como pone de manifiesto D. 28, 2, 29, 12, el primer capítulo de la *lex* exigía que el nieto póstumo al nacer ostentara la cualidad de *suus* y el segundo capítulo se refería a los descendientes ya nacidos, no a los *conceptii*. Sin embargo, JULIANO, invocando el espíritu de la *lex Iunia Vellaea* que intentaba evitar los supuestos de ruptura testamentaria e interpretando la misma de forma extensiva por combinación de ambos capítulos, concluye que tampoco debe romperse el testamento del abuelo en caso de que el nieto nazca en vida del padre y, por tanto, no ostente la cualidad de *suus*.

La interpretación de JULIANO, pues, posibilita la institución hereditaria eficaz de los nietos y ulteriores herederos que no sean *sui* a su nacimiento al evitar que se rompa el testamento del *paterfamilias*; se produce así un nuevo desplazamiento del tiempo en el que se requiere que el póstumo ostente la cualidad de *suus*: del momento del nacimiento —que exigía la *lex Iunia Vellaea*— al del fallecimiento del testador. Este nuevo desplazamiento posibilitará el desarrollo interpretativo de la última etapa, consistente en considerar como tiempo relevante para exigir la posición de *heres suus* es el de delación de la herencia: la persona instituida heredera en el testamento deberá ostentar dicha posición cuando la herencia se le defiera, sin importar a estos efectos el momento del fallecimiento y, mucho menos, el de la redacción del testamento²⁹⁹.

B) Interpretación extensiva de la *lex Iunia Vellaea* y de la fórmula Aquiliana a los casos de salida de la patria potestad por causas distintas al fallecimiento.-

La doctrina no se muestra unánime respecto a la cuestión de si la fórmula Aquiliana y la *lex Iunia Vellaea* contemplaban sólo los supuestos de advenimiento de un *sui* del testador por premuerte del ascendiente o también abarcaban los supuestos análogos en que éste salía de la patria potestad por cualquier causa, como la emancipación, la *captivitas* o la condena a determinadas penas. Se debe adelantar que nuestra posición al respecto consiste en entender que los supuestos de *successio in locum* de *sui* por la salida de la patria potestad del ascendiente precedente, pero por causas distintas al fallecimiento, quedaban fuera del ámbito de la *lex Iunia Vellaea* y de la fórmula Aquiliana, ya

²⁹⁹ En efecto, si el póstumo debía ostentar la posición de *suus* únicamente a su nacimiento significará que puede adquirir dicha condición tanto si nace antes como si nace después de la muerte del testador. Por lo tanto, será suficiente que cuando la herencia se defiere al póstumo éste ostente la cualidad de *suus*. Y ello porque el vínculo potestativo cede ante el cognaticio: un nieto concebido en vida del testador será siempre nieto de él cuando nazca, aunque en el momento del fallecimiento le precediera el padre en sus derechos.

que éstas se ocupaban únicamente, como se comprobará a continuación, de la *successio in locum* de descendientes de grado posterior por muerte del anterior. Sin embargo, la falta de unanimidad doctrinal en este tema obliga a realizar un examen previo de las posiciones doctrinales que se han formulado:

- ROBBE³⁰⁰ sostiene que la fórmula Aquiliana hacía referencia únicamente al caso de muerte del *filiusfamilas* pero que la *lex Iunia Vellaea* si contemplaba, de forma genérica, todas las causas posibles por las que el hijo salía de patria potestad paterna: muerte, *capitis deminutio*, emancipación, etc... Por aplicación extensiva de la *lex Iunia Vellaea* a la fórmula Aquiliana, se contemplan en ésta última también los casos de sucesión de un *sui* en el puesto de otro a semejanza de la muerte³⁰¹.
- Otros autores³⁰², sin embargo, niegan que la *lex Iunia Vellaea* haya influido en la fórmula Aquiliana, ya que ésta última, según ellos, comprendía desde su origen cualquier caso de salida del ascendiente de la patria potestad paterna, esto es, muerte o cualquier otro evento que produjera ese mismo efecto. Se debe recordar que los autores que mantienen esta posición se basan en D. 28, 2, 29, 1, texto que permite la omisión de la referencia a la muerte del hijo en la cláusula Aquiliana porque *etiamsi non exprimat de morte filii, se simpliciter instituat, ut eo casu valeat*; éstos autores interpretan la posibilidad de omitir la muerte del hijo como la ampliación de la fórmula Aquiliana a todos aquellos casos en que el hijo salía de la patria potestad

³⁰⁰ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 100 a 103. Según el autor avala tal posición la propia fórmula Aquiliana que contenía la siguiente dicción literal: "*si filius meus vivo me morietur*", haciendo referencia sólo al caso de la muerte del hijo. Por el contrario, la *lex Iunia Vellaea*, en su capítulo segundo, disponía de forma genérica: "*si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit*"; se observa, según ROBBE, que con la palabra vaguedad de la palabra "*desierit*" la *lex* quería referirse a todos aquellos supuestos de salida de la patria potestad imaginables, "*come si esprime più dettagliatamente Gaio nel suo già citato passo: 'si filius meus vivo me morietur, aut qualibet alia ratione exeat de potesta mea'*".

³⁰¹ Según ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 100 a 103) la influencia ejercitada por la *lex Iunia Vellaea* sobre los *postumi Aquiliani* la declara explícitamente SCAEVOLA al explicar el segundo capítulo de la *lex*: "*Et bene verba se habent 'si quis ex suis heredibus suis heres esse desierit' ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquili sententia diximus*". En contra de esta posición, entendiendo que la referencia de SCAEVOLA es una interpolación, FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., p. 36; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 479.; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, op. cit., p. 204; y LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., pp. 74 y 75.

³⁰² Entre otros, FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., p. 36; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 479; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., pp. 74 y 75; LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana*, I, op. cit., pp. 167 y ss.

paterna a semejanza de la muerte; de ahí que mantengan que la *lex Iunia Vellaea* no influyó en esta extensión de la fórmula Aquiliana.

Como se ha mencionado al inicio, entendemos tanto la fórmula Aquiliana como la *lex Iunia Vellaea* tenían por objeto únicamente la *successio in locum* de descendientes de grado posterior por muerte del anterior; por tanto, quedaban fuera de su ámbito de aplicación los supuestos en que el descendiente devenía *suus* por otras causas que implicaban la salida de la patria potestad del ascendiente, pero que eran distintas al fallecimiento. No obstante, la laguna legal y jurisprudencial existente en los casos citados no podía quedar vacía de contenido por mucho tiempo; seguramente la extensión interpretativa por analogía de la fórmula Aquiliana y la *lex Iunia Vellaea* a todos aquellos casos de *successio in locum* que se originaban por la salida de la familia del ascendiente debió efectuarse de forma inmediata: *aut qualibet ratione exeat de potestate*³⁰³, *sive per captivitatem, sive per mortem vel poenam*³⁰⁴.

Así se desprende D. 28, 2, 29, 13 que viene a corroborar todo lo mencionado hasta ahora: tras exponer el texto de la *lex Iunia Vellaea*, se afirma que *ad omnes casus pertinentia quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus*, dejando claro que los supuestos citados en los párrafos anteriores del fragmento de SCAEVOLA correspondientes a la *successio in locum* del nieto por salida de la patria potestad del padre se entienden incluidos mediante interpretación tanto en la fórmula Aquiliana como en la *lex Iunia Vellaea*:

D. 28, 2, 29, 13.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestionum*).- ...*Et bene verba se habent: SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus...*

La posición que se mantiene no sólo se desprende de D. 28, 2, 29, 13, sino de todos los fragmentos donde se amplía el ámbito de aplicación de la *lex* y la fórmula Aquiliana, como se verá a continuación:

³⁰³ Vid. D. 28, 3, 13 y GAYO II, 133, que afirman lo siguiente: ...*sed si filius meus me uiuo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius locum succedere... idque lege Iunia Vellaea provisum est*. En el mismo sentido, ULPIANO XXIII, 3.- ... *si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*.

³⁰⁴ D. 28, 3, 6, 4.- (*ULPIANUS libro X ad Sabinum*).- *Quocunque autem modo parentes praecedentes in potestate esse desierint, succedentes liberi, si fuerint instituti vel exheredati, non rumpent testamentum, sive per captivitatem, sive per mortem vel poenam*.

a) *Successio in locum por emancipatio e interdicto aquae et igni.*-

Resulta significativo respecto a la posición que mantenemos D. 28, 2, 29, 5 en el que consta la ampliación de la *lex Iunia Vellaea* y la fórmula Aquiliana a los supuestos del *filiusfamilias emancipatus* y al condenado a la *interdictio aquae et ignis*:

D. 28, 2, 29, 5.- (SCAEVOLA libro VI. Quaestionum).- *Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquae et ignis interdictione peteretur? Quid, si nepos, ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset? Hi enim casus, et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinem ad legem Velleiam. Sed ex sententia legis Velleiae et haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.*

El fragmento podría contener una interpretación de época posterior a la *lex Iunia Vellaea*, posiblemente cuando ésta ya se hubiera extendido a los casos de *successio in locum* por salida de la patria potestad; por ello se hace referencia al sentido de la ley —*ex sententia legis Velleiae*— para extender también la fórmula Aquiliana a estos casos. Se observa que el texto comienza con una pregunta que parece estar referida a la fórmula Aquiliana y que unánimemente ha sido considerada como una interpolación³⁰⁵. Efectivamente, la forma en que se efectúa la pregunta carece de sentido, puesto que, como sostiene LA PIRA³⁰⁶, resulta extraño que en los cuatro párrafos precedentes se haga refe-

³⁰⁵ Efectivamente, existe acuerdo doctrinal respecto de la manipulación de la parte inicial del texto, aunque los autores discrepan en cuanto a si el resto también se encuentra interpolado o no. A este respecto, ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, p. 126) considera que el texto es genuino, exceptuando la primera parte: D. 28, 2, 29, 5 comenzaría haciendo referencia a la insuficiencia de la fórmula Aquiliana —no en la forma en la que se encuentra en el Digesto que al autor le parece absurda— respecto de los dos casos contemplados en el fragmento, entendiéndola genuina la referencia al sentido de la *lex Iunia Vellaea* que consta en la segunda parte del texto. LA PIRA (*La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, *op. cit.*, p. 74) también entiende que la primera parte del fragmento sólo tiene sentido si se inserta delante de "*tantum*" un "*non*", porque resulta absurdo que los párrafos precedentes (D. 28, 2, 29, 1 a 4) se haga referencia al caso de la muerte del hijo únicamente y en el número 5, SCAEVOLA pregunte "*et quid si tantum in mortis filii casum conciperit?*". BESELER ("*Textkritische Studien*", en ZSS, LIII, 1933, pp. 17 y ss.), sin embargo, sostiene que la referencia a la ley *Vellaea* no podía ser originaria puesto que ésta no contemplaba los casos de salida de la patria potestad que no fueran la muerte del hijo, por lo que considera que todo el fragmento se encuentra interpolado y no sólo su parte inicial.

³⁰⁶ LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, *op. cit.*, p. 74.

rencia únicamente a la muerte del hijo y en D. 28, 2, 29, 5 se comience preguntando *et quid si tantum in mortis filii casum concepere?*; ello permite afirmar que la pregunta originaria probablemente no estuviera referida a la fórmula Aquiliana sino a la *lex Iunia Vellaea*, y que fueran los compiladores los que la introdujeran para posibilitar el paso discursivo al posterior desarrollo interpretativo de la misma.

Se puede comprobar que la *lex Iunia Vellaea* utiliza una expresión más genérica que la fórmula Aquiliana para referirse a los supuestos de *successio in locum* que caen bajo su ámbito de aplicación³⁰⁷: mientras que la fórmula Aquiliana utilizaba la frase "*si filius meus vivo me morietur*", refiriéndose de forma clara únicamente al caso de la muerte del hijo, la *lex Iunia Vellaea* sólo disponía "*si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*". Resulta evidente que la *lex* no hacía referencia a ningún caso concreto, esto es, ni a la muerte del hijo, ni a la *captivitas* ni a la emancipación, por lo que entendemos que, seguramente por influencia de la fórmula Aquiliana, los primeros casos de aplicación de la *lex* serían los de *successio in locum* por muerte del hijo³⁰⁸. Ahora bien, la forma en que se encontraba redactada la *lex* —que no hacía referencia a ningún supuesto concreto— se prestaría a una interpretación más laxa, y ello posibilitaría la admisión de los otros supuestos de *successio in locum* por causas distintas a la muerte.

El fragmento de SCAEVOLA avala la posición que se está manteniendo puesto que en él se da a entender que tanto la fórmula Aquiliana como la *lex Iunia Vellaea* hacían referencia sólo a los casos de muerte del hijo, quedando fuera de su ámbito de aplicación muchos otros casos en los que la sucesión de un nieto por salida de la patria potestad tenía su origen en otras causas distintas a la muerte; el texto expresamente deja constancia de que los casos de emancipación y de *interdictio aquae et ignis* no pertenecían a la *lex Iunia Vellaea* —*non pertinem ad legem Velleiam*— estableciendo posteriormente que se deberán admitir *ex sententia legis Velleiae...ad similitudinem mortis ceteri casus*. Por lo tanto, parece quedar claro, a nuestro entender, que la *lex* no contemplaba *ab initio* la salida de la potestad por causas distintas a la muerte, sino que la extensión se efectúa por interpretación analógica del único caso contemplado en la misma a otros que guardan semejanza con él.

³⁰⁷ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 100 a 103.

³⁰⁸ En contra, ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 100 a 103) que mantiene que el término "*desierit*" empleado por la *lex Iunia Vellaea* comprendía todos los casos de salida de la patria potestad del hijo que no fueran debidos a su fallecimiento. A nuestro juicio, resulta evidente que la *lex Iunia Vellaea*, como hemos apuntado, no hacía referencia a ningún supuesto.

Teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta formulada al inicio de D. 28, 2, 29, 5 cobra sentido, siempre y cuando se entienda referida a la *lex Iunia Vellaea*: si en un principio la *lex* sólo se aplicaba a la muerte del hijo, resulta lógico que se planteara la cuestión en los términos que constan en el fragmento: *quid si tantum in mortis filii casum conciperit?*, siendo coherente también la formulación de las preguntas que siguen a ésta: *quid enim, si aquae et ignis interdictione preteretur?*; *quid si nepos, ex quo pronepos institueretur ut ostendimus, emancipatus esset?*, y cobrando ahora sentido la referencia a la *lex Iunia Vellaea* —*ex sententia legis*—³⁰⁹, así como la conclusión del texto que da entrada a todos los casos *ad similitudinem mortis*.

Admitida la interpretación mencionada para la *lex Iunia Vellaea*, seguramente los juristas pasarían a abordar el desarrollo interpretativo de la fórmula Aquiliana para ampliar su campo de aplicación a los casos de salida de la potestad paterna por causas distintas a la muerte; por ello, en el Digesto se reorganizan los fragmentos de tal modo que introducen discursos que en su origen seguramente se referían a la *lex Iunia Vellaea*, a continuación de los párrafos dedicados a la fórmula Aquiliana. Así, aparece en primer lugar la institución de los nietos a través de la fórmula Aquiliana, a continuación su extensión a los bisnietos y ulteriores herederos, y, posteriormente, el desarrollo extensivo por interpretación a los supuestos de *successio in locum* por salida de la patria potestad del ascendiente, por analogía con la interpretación que se efectuó con anterioridad de *lex Iunia Vellea*.

Otro fragmento que avala esta postura es D. 28, 2, 29, 16 y que recoge un supuesto de salida de la patria potestad del hijo por emancipación del padre:

D. 28, 2, 29, 16.- (SCAEVOLA libro VI. Quaestionum).- *Quaeremus tamen, quum recepta est Iuliano sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem; quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.*

Se parte de la institución de un nieto que nace en vida del padre, siendo éste último emancipado con posterioridad al nacimiento, y se plantea la cuestión acerca de si el nieto, una vez que se ha admitido la interpretación de la *lex*

³⁰⁹ Seguimos, pues, a BESELER (*Textkritische Studien*, op. cit., pp. 17 y ss.), que entendía que la referencia a la *lex Iunia Vellaea* era una interpolación porque ésta no contemplaba los casos de salida de la patria potestad que no fueran la muerte del hijo; efectivamente, la referencia a la *lex Iunia Vellaea* sólo tiene sentido en el marco interpretativo posterior de la misma.

Iunia Vellaea realizada por JULIANO, puede adir la herencia: la respuesta es afirmativa puesto que *emancipatione suus heres fieri non potuit*.

Como se puede comprobar en el fragmento se parte de la interpretación juliana de la *lex Iunia Vellaea*; pues bien, si el supuesto que comenta SCAEVOLA corresponde a una interpretación posterior de la *lex* y esta interpretación no contemplaba la salida de la potestad por emancipación, resulta evidente que tampoco la *lex Iunia Vellaea* habría tenido en cuenta esa hipótesis; si la *lex Iunia Vellaea* hubiera comprendido los casos de salida de la patria potestad, la interpretación ofrecida por JULIANO no hubiera necesitado una nueva ampliación a través de D. 28, 2, 29, 16; en definitiva, resulta ilógico que la ley contemplara los supuestos de salida de la patria potestad y la interpretación de JULIANO los dejara fuera, siendo necesaria otra nueva interpretación para dar entrada otra vez a tales supuestos³¹⁰.

b) *Successio in locum por captivitas.*

La extensión de la *lex Iunia Vellaea* al supuesto de la salida del padre de la familia por la *captivitas* también es consecuencia de la actividad interpretativa, como pone de manifiesto D. 28, 2, 29, 14, en el que SCAEVOLA, al hacer referencia al segundo capítulo de la *lex Iunia Vellaea* en relación con la institución de un nieto cuyo padre se encuentra en prisión, deja constancia de que *possit interpretatione induci*:

D. 28, 2, 29, 14.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Videndum, num hac posteriore parte: SI QUI EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EIUS, et cetera IN LOCUM SUORUM SUI HEREDES SUCCEDUNTO, possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, se etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat; nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod, licet audenter, possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire.*

³¹⁰ Como es lógico, ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 122 y 123) entiende que el texto se encuentra interpolado puesto que la interpretación de JULIANO no sólo se tienen que tener en cuenta los supuestos de muerte del *filiusfamilias*, sino todos los casos de salida de la patria potestad del padre, siempre que deje el puesto de *sui heredes* libre.

El fragmento se refiere al segundo capítulo de la *lex Iunia Vellaea*, esto es, el que se ocupa de los descendientes ya nacidos al tiempo de redactar el testamento y la cuestión que se plantea es si teniendo en cuenta el texto de la ley, cabe incluir el supuesto de *successio in locum* de un nieto a causa de la salida de la patria potestad del padre por caer en manos del enemigo; la conclusión a la que se llega es que el nieto no romperá el testamento, no sólo si el hijo fallece en manos del enemigo mientras el testador vive, sino también si muere en prisión cuando éste ya ha fallecido. Entendemos este respecto que la primera parte del texto contiene una solución correcta para el derecho clásico, pero la última parte resultaría al menos discutible para ésta época, pudiendo pertenecer al derecho justinianeo³¹¹.

La situación jurídica en la que se encuentra el hijo cautivo es una de las que se examinaron en el apartado de los *quasi postumi*: el *filiusfamilias* podía ser preterido por el testador, puesto que al caer en manos del enemigo perdía todos sus derechos³¹², entre ellos los hereditarios, dejando de ser heredero de derecho propio³¹³; sin embargo, si regresaba a la ciudad volvía a adquirir sus

³¹¹ Algunos autores (FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, op. cit., p. 37; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., XXVIII, 2, p. 467; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, op. cit., p. 77, entre otros) han llegado a mantener que el texto se encuentra íntegramente interpolado, por la falta de claridad expositiva de la que adolece.

³¹² El ciudadano que cae prisionero del enemigo sufre una *capitis deminutio* máxima, perdiendo la libertad y la ciudadanía; esta posición es la mayoritaria doctrinalmente defendida por AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, op. cit., pp. 26 y ss.; BETTI, “*Falsa impostazione della quaestione storica*”, en SDHI, CXXVI, 1950, pp. 126 y ss.; KORNHARDT, “*Postliminium in Republikanischer Zeit*”, op. cit., pp. 20 y ss.; LONGO, “*Postille critiche in tema di captivitas*”, op. cit., pp. 29 y ss.; RATTI, *Studi sulla captivitas*, op. cit., p. 23; MONTAÑANA, *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, op. cit., pp. 22 y ss. Sin embargo, otros autores como PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, op. cit., p. 184; MOMMSEN, “*Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitschutz*”, en *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, pp. 16 y ss.; SÖHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionem des Römischen Rechts*, München, 1923, pp. 46 y ss.; DESSERTAUX, *Etudes historiques sur la capitis deminutio*, Dijon, 1909, pp. 82 y ss.; CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 112; GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, op. cit., p. 103; GIOFFREDI, “*Sul ius postliminii*”, op. cit., pp. 27 y ss.; BARTOSEK, “*Captivus*”, op. cit., pp. 98 y ss. y SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, op. cit., pp. 144 y ss., sostienen que el cautivo de guerra tiene la consideración de prisionero para el pueblo que lo capturó pero para el ordenamiento jurídico romano la cautividad sería simplemente una situación de hecho sin ulteriores efectos jurídicos: se trataría de una esclavitud para el enemigo, pero no para el derecho romano.

³¹³ Vid. D. 28, 2, 31.- (PAULUS libro II ad Sabinum).- *Dum apud hostes est filius, pater iure fecit testamentum et recte eum praeterit...* y D. 28, 2, 29, 10.- (SCAEVOLA libro VI Quaestionum).- *...qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus...quod non esse necessario in eo filio, qui apud hostes est...*

derechos, en virtud del *ius postliminium*³¹⁴, provocando la ruptura del testamento paterno sin que el padre pudiera evitarlo³¹⁵. Esta situación se asimilaba al nacimiento de un *suus* póstumo porque la mención testamentaria del *captivus* no era eficaz para evitar la ruptura del testamento.

Teniendo en cuenta lo anterior, si el hijo cautivo tenía a su vez un hijo, esto es, un nieto del testador, tampoco servía de nada que éste instituyera heredero al nieto; en efecto, por el hecho de que el padre fuera apresado por el enemigo, el nieto no pasaba *ipso iure* a adquirir la cualidad de *suus*³¹⁶, ya que si el padre regresaba recuperaría sus derechos hereditarios en virtud del *ius postliminium*; por lo tanto, sólo si el padre moría en cautividad con anterioridad a la redacción del testamento, el testador podría instituir eficazmente al nieto, porque al haber fallecido el padre, el nieto si ostentaría la posición de *suus* del testador.

Esta situación se transforma con la *lex Iunia Vellea*: al admitir la posibilidad de la institución o desheredación eficaz de descendientes que todavía no ostentaban la cualidad de *suus*, también se permitió que el hijo de un cautivo pudiera ser heredero en testamento, a pesar de que no fuera un *suus* actual; ahora bien, para que el testamento mantuviera su validez, resultaba condición *sine qua non* que al tiempo del fallecimiento del causante el padre hubiera muerto en prisión: cualquier otra hipótesis originaba la ruptura del testamento: si regresaba a la ciudad, rompería el testamento al recuperar todos sus derechos hereditarios y encontrarse preterido en el mismo y si moría después que el abuelo, el nieto no habría ostentado la cualidad de *heres suus* del testador al

³¹⁴ D. 49, 15, 19, pr.- (PAULUS libro XVI ad Sabinum).- *Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo, et in statum pristinum restituendae, inter nos ac liberos populus regesque moribus, legibus constitutum. Nam quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Idque naturali aequitate introductum est, ut, qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is ubi in fines suos rediisset, pristinum ius suum reciperet.*

³¹⁵ D. 28, 3, 6, 1.- (ULPIANUS libro X ad Sabinum).- *...nec enim creditur in rebus humanis fuisse, cum in ea causa decedat, quamquam captivus reversus patris sui iniustum faceret testamentum in eo praeteritus.*

³¹⁶ La pérdida del derecho de patria potestad y la posición que tiene el hijo durante el tiempo de cautividad del padre ha sido objeto de un amplio debate doctrinal. BESELER ("*Postliminium und Cornelia*", *op. cit.*, pp. 196 y ss.) ha mantenido la tesis de que la patria potestad sobre el hijo se extinguiría, pasando éste en *sui iuris*; si el padre regresa a la ciudad recuperaría el derecho de potestad sobre el hijo. En contra de esta posición se han mostrado MAYNZ (*Curso de Derecho Romano, op. cit.*, p. 108), AMIRANTE (*Captivitas e postliminium, op. cit.*, p. 52), RATTI (*Studi sulla captivitas, op. cit.*, p. 111) y MONTAÑANA (*La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra, op. cit.*, pp. 97 y ss.), que sostienen que mientras el padre se encuentra en cautividad el hijo no es ni *sui iuris* ni *alieni iuris*, dependiendo su condición del regreso o no del padre: si el padre regresa será *alieni iuris* y si muere en cautiverio será *sui iuris*.

tiempo del fallecimiento, por lo que la institución hereditaria tampoco podría mantener su validez, haciendo decaer el testamento en su integridad.

La primera parte de D. 28, 2, 29, 14, por tanto, en la que se afirma que el testamento no se rompe si el *filiusfamilias* cautivo muere en prisión en el periodo de tiempo comprendido entre la redacción del testamento y el fallecimiento del testador, como se ha mencionado al principio, resulta coherente con los principios de derecho clásico. Sin embargo, la afirmación referida a que el testamento mantendrá su validez si el hijo cautivo muere con posterioridad al testador corresponde a una época posterior en la que se admite plenamente la retroacción de los efectos de la muerte del cautivo al momento de su caída en prisión³¹⁷; con la retroactividad, se entenderá que el padre ha muerto en el mo-

³¹⁷ Las fuentes demuestran que, en derecho clásico, la retroacción de los efectos del fallecimiento se encontraba discutida; así, en GAYO I, 129 se pone de manifiesto la duda existente en cuanto al momento en que el padre recuperaba la patria potestad sobre su hijo: si la adquiría cuando regresaba o, retroactivamente, desde su caída en manos del enemigo: GAYO I, 129.- *Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reuersi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reuersus habebit liberos in potestate. Si uero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposue si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.* La primera parte del texto señala que el ascendiente que regresa de la prisión recobra la potestad sobre los descendientes, estando mientras el derecho en suspenso; en la segunda parte del texto se refiere a la muerte en prisión del padre, afirmando que el hijo se haría independiente pero planteándose la duda sobre si ésta se adquiriría desde su muerte o desde el inicio de la prisión. Por lo tanto, del texto de GAYO se desprende que en derecho clásico existían dudas acerca de la retroactividad de los derechos al momento de la caída en cautividad; sin embargo, en derecho justiniano, la retroactividad se afirma de forma rotunda y aparece como la tesis dominante: I. 1, 12, 5.- (*QUIBUS MODIS IUS POTESTATIS SOLVITUR*).- *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quia hi, quia ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt. Idcirco reversus liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse: si vero ibi decesserit, exinde, ex quo captus est pater filius sui iuris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposue si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter ius postliminii ius quoque potestatis parentis in suspenso esse...* La idea de la retroactividad de los derechos de la patria potestad consta en numerosos textos, entre otros los siguientes: ULPIANO X, 4.- *Si pater ab hostibus captus si, quamvis servus hostium fiat, tamen, cum reversus fuerit, omnia pristina iura recipit iure postliminii, sed quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio eius interim pendebit, et cum reversus fuerit, ab hostibus, in potestate filium habebit; si vero ibi decesserit, sui iuris filius erit. Filius quoque si captus fuerit ab hostibus, similiter propter ius postliminii patria potestas interim pendebit.* D. 49, 15, 12, 1.- (*TRYPHONINUS libro IV disputationum*).- *Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti an adhuc pro filiis familiarum computentur: nam defuncto illo apud hostes, ex familiarum computentur: nam defuncto illo apud hostes, ex quo captus est, patres familiarum, everso numquam non in potestate eius fuisse credentur, ideo et de his, quae medio tempore adquirunt stipulatione traditione legato (nam hereditate non possunt), tractatum est, ubi non est reversus, si forte alii vel in totum (his exhereditatis*

mento de su caída en manos del enemigo y, por tanto, con anterioridad al fallecimiento del *de cuius*.

La retroacción de los efectos de la muerte del cautivo al momento de su caída en prisión ocasiona que la hipótesis que consta en la parte *in fine* de D. 28, 2, 29, 14 cobre sentido; en efecto, aunque el hijo cautivo muera en prisión después del testador, se entendería que habría muerto antes de su aprisionamiento por el enemigo, esto es, antes de que se hubiera otorgado el testamento; por ello, aunque el hijo cautivo muriera después del *paterfamilias*, el nieto ostentaría la posición de *suus* con anterioridad a que el *paterfamilias* hubiera otorgado testamento.

Un supuesto idéntico al anterior pero referido esta vez a un nieto póstumo en lugar de un nieto ya nacido, se encuentra recogido en D. 28, 2, 29, 6:

D. 28, 2, 29, 6.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestionum*).- *Quid, si, qui filium apud hostes habebat, testatur? Quare non inducere, ut, si antea quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis, post mortem scilicet avi, nasceretur, non rumperet —nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet—? Melius ergo est, ut in eiusmodi utilitate, praesertim post legem Velleiam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus; atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur.*

El texto parte de un *paterfamilias* que redacta el testamento mientras su hijo está en prisión e instituye heredero al nieto *nondum natus*. Ya se ha men-

testamento) vel in partem instituti sunt heredes, utrum in hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an propria ipsorum sint, quod verius est: diversumque in his, quae per servos acquiruntur, merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseverant, hi sui iuris exinde ideo adquisisse intelleguntur. D. 49, 15, 22, 2.- (IULIANUS libro LXII *Digestorum*).- *Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi acquisitum intellegitur, etsi vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.*

cionado que el testador no tiene obligación de mencionar al hijo cautivo puesto que perdió la cualidad de *suus* al caer en manos del enemigo; puede entonces preterirlo e instituir heredero al nieto que todavía no ha nacido; a este respecto, el fragmento plantea dos hipótesis: como en el texto anterior, la primera resulta coherente con los principios de derecho clásico, pero la segunda, a nuestro juicio, es una solución posterior. Las dos hipótesis son las siguientes:

a. Que el hijo fallezca en poder de los enemigos antes que el testador y el nieto nazca después. Esta hipótesis no tiene problema alguno puesto que al fallecer el hijo en el intervalo de tiempo comprendido entre la redacción del testamento y la muerte del testador, el nieto nacerá *suus* y, por tanto, ostentará la cualidad de *heres suus* cuando fallezca el *de cuius*, tal y como exigía la *lex Iunia Vellaea* y la fórmula Aquiliana.

b. Que el nieto nazca después de la muerte del abuelo pero en vida del padre. Este segundo caso contiene una interpretación más avanzada porque el nieto nace sin ser *suus*, puesto que el padre vive todavía; no obstante, por la retroacción de los efectos de la muerte al momento de la caída en prisión, se considerará que el nieto nació *suus* y que al tiempo del fallecimiento del abuelo tenía esa condición.

Como se ha mencionado, el supuesto contenido en D. 28, 2, 29, 6 es idéntico al que se relata en D. 28, 2, 29, 14, diferenciándose únicamente en que éste último se encuentra referido a un nieto ya nacido –segundo capítulo de la *lex*— y D. 28, 2, 29, 6 se refiere a un nieto póstumo –primer capítulo de la *lex*—. También en el fragmento que ahora se analiza se menciona expresamente que el supuesto relatado *ad legem Velleiam non pertinet*, evidenciando una vez más que la extensión a las hipótesis de salida de la patria potestad se efectúa a través de la interpretación –*interpretatio admittatur*— de la ley y de la fórmula Aquiliana.

No obstante, pese a las semejanzas que contienen ambos textos, lo cierto es que en D. 28, 2, 29, 6 cabe resaltar la regla general que contiene la parte *in fine*: se afirma que la institución del póstumo será válida siempre que el nieto nazca *heres suus* del testador, tanto si el nacimiento acontece antes de su muerte como después de ella como en vida de él y que sólo se romperá el testamento si es preterido. Se debe observar que la regla general se encuentra enunciada para todos los casos en que, después de la muerte del testador, naciera un *heres suus* que hubiera sido instituido heredero en el testamento, es decir, que se está refiriendo la fórmula Aquiliana, extendiéndola a los casos de salida de la patria potestad del padre distintos a la muerte de éste; así mismo se debe observar que esta extensión viene efectuada con base en la interpretación de la *lex Iunia Vellaea* que *et multos casus rumpendi abstulit*. Todo ello, a nuestro

juicio, permite reiterar nuevamente que la interpretación extensiva de la *successio in locum* a los casos de salida de la patria potestad se efectuó primero en relación con la *lex Iunia Vellea*, porque ésta permitía un amplio margen de actuación debido a que su dicción era más general; una vez admitida la interpretación extensiva de la ley, con seguridad se procedería a abordar la de la fórmula Aquiliana, más explícita en su enunciado.

Otro de los fragmentos en los que SCAEVOLA hace referencia al supuesto de la *captivitas* es D. 28, 2, 29, 7, aunque en este caso se hace referencia al *postliminium* del hijo nacido en cautividad:

D. 28, 2, 29, 7.- (SCAEVOLA libro VI. *Quaestio-num*).- *Si eius, qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Velleiam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, possitque vel ex iure antiquo, vel ex Velleia institutus non rumpere? Quod quaerendum est, si iam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed quum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert, utrum ex iure antiquo, an ex lege Velleia excludatur.*

El abuelo, viviendo todavía el hijo, instituye heredero al nieto no nacido; la mujer de hijo es apresada estando embarazada y el nieto nace en cautividad cuando el abuelo aún vive. Se debe advertir que el texto no recoge si el padre ha muerto o no cuando el nieto nace³¹⁸, pero ello, como se verá a continuación, resulta indiferente. Lo que si se desprende claramente es que, si la mujer es apresada estando embarazada, el hijo concebido sería legítimo y habría fijado sus *status*, sin posibilidad de mutación alguna, por lo que a su regreso ostentaría la cualidad de heres *suus* del abuelo, heredando de éste.

La cuestión planteada en el fragmento es si la institución hereditaria se mantendrá válida en el caso de que el nieto vuelva después de la muerte de su padre y del testador, no rompiendo por tanto el testamento y si la solución a tal supuesto se basará en el *ius antiquum* o en la *lex Iunia Vellea*; el texto concluye que el testamento no se romperá ni *ex iure antiquo* ni *ex lege Velleia*.

³¹⁸ ROBBE (*I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, p. 130, n. 95) entiende que el padre forzosamente debía haber muerto ya; en caso contrario, sería éste quien hubiera obtenido la herencia del abuelo, al precederle en los derechos al nieto. A nuestro juicio, sin embargo, cabrían otras hipótesis en el supuesto de D. 28, 2, 29, 7: el padre podría haber sido desheredado por el abuelo o, incluso, podía entenderse que el padre también hubiera sido apresado por el enemigo.

A nuestro juicio, el texto se encuentra manipulado de forma evidente:

- Por un lado, en el *ius antiquum*, el nieto no habría podido ser instituido heredero toda vez que, al encontrarse en cautividad, no sería *suus* del testador y, por tanto, su mención no tendría eficacia para dar cumplimiento a la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*. Por lo tanto, el nieto, a su regreso, rompería el testamento porque recuperaría su cualidad de *suus*³¹⁹, siendo la solución ofrecida en el texto imposible para el derecho arcaico.
- Por otro lado, la mención a la *lex Iunia Vellaea* también puede considerarse una manipulación porque al volver el *filiusfamilias* después de la muerte del abuelo, es *suus* a partir de ese momento y no en el del fallecimiento. Por lo que de conformidad con la *lex Iunia Vellaea* rompería el testamento; en efecto, la *lex* permitía la institución hereditaria de un nieto que no fuera *suus*, como es el caso³²⁰, pero si que era condición *sine qua non* que el padre hubiera premuerto al abuelo, porque con el efecto retroactivo del *postliminium*, se consideraría que el nieto sería el único *heres suus* del testador en el momento de su fallecimiento. Si al tiempo del fallecimiento, el padre todavía vivía, lo cierto es que el testamento se rompía y nadie podía ser heredero en virtud del mismo:

D. 28, 2, 9, 2.- (PAULUS libro I. ad Sabinum).- ...*si in hostium potestate filius sit, et decesserit in eodem statu; rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, no abscissum, ut superiore casu, fuerit...*

³¹⁹ La posición que mantiene ROBBE no parece conforme con los principios de derecho arcaico; en efecto, el autor entiende que habiendo nacido el nieto con posterioridad a la confección del testamento viviendo todavía el abuelo, pero cuando el padre ya había muerto, puede ser considerado *postumus Velleano primo* y su institución puede mantenerse válida por el primer capítulo de la *lex Iunia Vellaea*. Pero si el nieto ha nacido en prisión, a su regreso después de la muerte del abuelo al que el padre ha premuerto, él puede ser considerado, según el autor, *postumus suus* o *legitimus*, y la institución sería válida según del *ius antiquum*.

³²⁰ De ahí que, como se mencionó al inicio, no resultara relevante si el padre vivía todavía o había muerto al tiempo de la redacción del testamento, puesto que a partir de la *lex Iunia Vellaea* se permite la institución hereditaria de los descendientes de grados ulteriores a los que el padre le precede en el momento de la redacción del testamento. Incluso, en una etapa posterior, ni siquiera importaba que el padre estuviera vivo o hubiera muerto cuando el nieto nacía, porque por interpretación de la *lex Iunia Vellaea* lo realmente importante era que no se hubiera deferido con anterioridad la herencia a otra persona más que al grado en que se hubiera instituido heredero, esto es, el grado en el que se hubieran cumplido las formalidades de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*.

El texto deja constancia de que los derechos hereditarios del hijo cautivo se encuentran en suspenso³²¹; en definitiva, se desprende claramente que el nieto debe ser *suus* en el momento del fallecimiento del abuelo para que la institución hereditaria mantenga su validez; en otro caso, el testamento decaería. Por lo tanto, la referencia a la *lex Iunia Vellea* de D. 28, 2, 29, 7 tampoco es genuina, porque, como se ha mencionado, si el hijo muere después de la muerte del testador, el testamento se habría roto, no pudiendo heredar. La solución propuesta en el fragmento pertenece a una etapa más avanzada en la que la retroactividad de los efectos de la muerte ocasiona que se considere que el nieto sí era *suus* en el momento de la muerte del abuelo.

4. RELEVANCIA DE LA *DELATIO* RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA REGLA *SUI HEREDIS AUT INSTITUENDI SUNT AUT EXHEREDANDI*.-

En los apartados anteriores se ha expuesto la evolución desarrollada con la fórmula Aquiliana, la *lex Iunia Vellea* y su interpretación posterior. Pues bien, uno de los extremos que sufren una mayor transformación en esta evolución es el momento en el que se exige la cualidad de *sui* a los herederos —nacidos y concebidos—, esto es, el momento en que se deben encontrar sometidos directamente a la potestad del testador: en un principio, la cualidad de *suus* se debía ostentar en el momento de la redacción del testamento, porque la institución hereditaria de una persona que no era *suus* actual del testador no era eficaz; posteriormente, se trasladó esa exigencia al tiempo del fallecimiento del causante, de tal modo que la institución hereditaria mantenía su validez si el heredero poseía la cualidad de *suus* cuando el de cuius moría. En relación con los descendientes póstumos, se produce un nuevo traslado de la exigencia al momento del nacimiento.

Este desarrollo interpretativo permitió evitar la ruptura testamentaria en muchos casos de sucesión de descendientes en el lugar de los precedentes³²² y flexibilizar, a su vez, la aplicación de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*; sin embargo, pese a los avances logrados, lo que el testador no podía pasar por alto era la institución o desheredación de todos los descendientes que pudieran obtener la cualidad de *sui* en un futuro³²³, esto es, no podía preterir a ningún grado de descendientes porque el testamento se anularía *ab initio*. Este aspecto, que constituía un resquicio de la rigurosa aplicación de

³²¹ Vid. D'ORS, "Sobre 12 Tab. 5, 7 A: "Si furiosus escit...", *op. cit.*, p. 801.

³²² D. 28, 3, 6, 4.- (ULPIANUS libro X ad Sabinum).- ...succedentes liberi, si fuerint instituti vel exheredati, non rumpent testamentum...

³²³ GAYO II, 134; D. 28, 2, 3, 2; D. 28, 2, 7; D. 28, 2, 8.

la regla citada con anterioridad, también se va atenuando progresivamente; de hecho, en las Instituciones de GAYO –II, 123— consta el cambio de orientación que sufre este problema que quedaba por resolver.

El cambio de orientación consiste en restar importancia a la formalidad de mencionar todos los grados de herederos y considerar relevante el momento de la *delatio heredis* para dar validez al testamento o anularlo: si el descendiente al que se defiere la herencia se encuentra preterido, el testamento será nulo; por el contrario, si se encuentra instituido o desheredado, será válido, sin importar que los grados precedentes hayan sido nombrados o preteridos. La nueva orientación de la que GAYO daba noticias se observa claramente en textos del Digesto que consideran válida la institución hereditaria de grados posteriores de descendientes, aunque se hayan preterido los anteriores, siempre y cuando la herencia se haya diferido directamente a ese grado. Así, D. 28, 2, 14, 1 establece que la regla que dispone la no validez del grado *a quo filius praeteritus sit* no es cierta en todos los casos³²⁴:

D. 28, 2, 14, 1.- (*AFRICANUS libro IV. Quaestio-num*).- *Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usquequaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari; ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Maevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem Maevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit.*

El texto recoge un caso en el que un hijo es instituido heredero en el primer grado junto a Ticio y a su vez se nombra a Mevio sustituto de éste último. Se afirma que, abandonando Ticio la herencia, puede entrar Mevio en la misma a pesar de que no hubiera sido desheredado el hijo en este segundo grado. Se observa, pues, que el texto admite la validez de la institución de los sustitutos aún en el caso de que el hijo no haya sido desheredado, contradiciendo lo que se establecía anteriormente y a la vez posibilitando una flexibilidad en la interpretación de la rigurosa regla vigente *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*.

Idéntica regulación aparece en D. 28, 3, 3, 6 en relación con los póstumos. Al inicio del fragmento consta la regla que existía hasta ahora ya que se afirma en el texto que aunque el *postumus praeteritus* rompe el testamento al

³²⁴ Se debe recordar que D. 28, 2, 8 afirmaba la invalidez del testamento –y la institución del *secundus heres*— si en ese segundo grado se había preterido al hijo.

nacer; sin embargo, a continuación se deja constancia de que en ocasiones no se rompe todo el testamento, sino sólo parte de él, citando como ejemplo el supuesto en el que el póstumo ha sido desheredado en el primer grado y preterido en el segundo; en este caso, *primus gradus valet, secundus ruptus est*:

D. 28, 3, 3, 6.- (*ULPIANUS libro II ad Sabinum*).- *Licet autem postumus praeteritus agnascendo rumpat, tamen interdum evenit, ut pars testamenti rumpatur, utputa si proponas a primo gradu postumum exheredatum, a secundo praeteritum; nam hic primus gradus valet, secundus ruptus est (sed utrum)*.

Conforme a esta nueva interpretación es necesario que en el momento en que se abra la sucesión testamentaria la herencia se defiera directamente al grado en que el descendiente fue instituido heredero³²⁵:

D. 28, 3, 6, 3.- (*ULPIANUS libro X ad Sabinum*).- *Succedendo itaque sui non rumpunt, sive fuerint instituti, vel exheredati ab eo grado, ad quem hereditas defertur, scilicet si gradus ille valeat*.

En definitiva, la opinión que prevaleció fue que no se rompería el testamento si el descendiente del grado en el que se defiere la herencia ha sido instituido o desheredado en el testamento no importando que el descendiente fuera preterido en los grados intermedios, aunque si se exigía como condición indispensable que ostentara la cualidad de *sui* en el momento del fallecimiento del causante.

La regla imperante en esta última etapa evolutiva se refleja en las fuentes a través de algunos casos concretos que conviene analizar:

- Por lo que se refiere a los descendientes que han nacido en el momento de la redacción del testamento, cabe mencionar varios textos. El primero de ellos

³²⁵ Otro ejemplo es D. 28, 2, 3, 6 donde se establece que el testamento en el que un hijo hubiera sido preterido en el primer grado y desheredado en el segundo, no hace nulo el testamento sino que sólo invalida el primer grado, comenzando el testamento en aquel grado en el que el hijo fue desheredado. D. 28, 2, 3, 6.- (*ULPIANUS libro I ad Sabinum*).- *Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius, et Iulianus putant, perempto primo gradu testamentum ab eo grado exordium capere, unde filius exheredatus est; quae sententia comprobata est*.

es D. 28, 2, 29, 13, que se mencionó en el apartado correspondiente a la *lex Iunia Vellaea*³²⁶:

D. 28, 2, 29, 13.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestionum*).- ...*nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.*

En el fragmento se establece que el bisnieto no rompe el testamento si primero fallece el hijo y después el nieto, si bien en este caso el nieto también habrá de estar instituido o desheredado en el testamento en la misma forma que el bisnieto. A nuestro juicio, D. 28, 2, 29, 13 se encuentra interpolado³²⁷ puesto que en derecho clásico el testador debía instituir o desheredar todos los grados de descendientes que existían en ese momento. Como se ha tenido ocasión de manifestar, si pretería a un hijo, aunque instituyera heredero al nieto o bisnieto, el testamento era inválido; y ello aunque el hijo muriera en vida del padre. D. 28, 2, 29, 13 contiene una interpretación posterior ya que si se instituye primero al bisnieto, sin que el hijo o el nieto se encuentren mencionados tendría que haber dado como solución la ruptura testamentaria; sin embargo, el texto otorga validez al testamento disponiendo la sucesión del bisnieto.

La segunda parte del texto, más importante que la primera, expone que ocurrirá en caso de que fallezca primero el hijo y después del nieto. En efecto, según las normas de derecho clásico primero debía fallecer el nieto y después el hijo para que el testamento no se rompiera por la sucesión³²⁸. Sin embargo, ahora se otorga validez a este supuesto, aunque se establece que el nieto también debe ser instituido o desheredado, ya que en caso de que el nieto hubiera sido preterido, éste al suceder en el lugar del hijo rompería el testamento. En este último caso, entraría primero el nieto en la herencia —si hubiera sido instituido— y a su muerte, entraría el bisnieto instituido heredero.

³²⁶ Se analiza D. 28, 2, 29, 13 en este apartado porque, como ya se mencionó, el texto se encuentra interpolado casi en su integridad conteniendo la interpretación de la *lex Iunia Vellaea* correspondiente a esta etapa evolutiva; de hecho el propio SCAEVOLA manifiesta, al inicio de su exposición, que el texto de la ley *et ite interpretandum est*.

³²⁷ Siquiendo la postura de LA PIRA (*La successione ereditaria intestata e contra il testamento...*, *op. cit.*, p. 76), también a nuestro entender, el texto se encuentra interpolado en su integridad. En contra de esta posición, LENEL, *Paligenesia iuris civilis...*, I, *op.cit.*, p. 277 y ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, *op. cit.*, pp. 100 y 101, que entienden que sólo está interpolada la segunda parte del texto.

³²⁸ D. 28, 2, 29, 4.- (*SCAEVOLA libro VI. Quaestionum*).- ...*si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur.*

Otro de los textos que ponen de manifiesto la nueva orientación es D. 28, 2, 8³²⁹:

D. 28, 2, 8.- (*POMPONIUS libro I ad Sabinum*).- *Si primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, quum ab eo filius exheredatus non sit...*

El supuesto del que se parte consiste en la institución hereditaria de dos grados de sucesores: en el primer grado, el testador deshereda al hijo e instituye heredero a un extraño y en el segundo grado, nombra sustituto del heredero, esta vez pretiriendo al hijo. Cuando muere el *de cuius* y mientras el heredero se encuentra pendiente de adir la herencia, muere el hijo, desprendiéndose por tanto que el testamento es válido en este grado, a pesar de la preterición posterior del hijo. Este caso hubiera sido inadmisibile para el derecho clásico, en el que el testamento habría sido inválido *ab initio* por la preterición del hijo en el segundo grado sucesorio. Al fallecer el instituido heredero entraría en su lugar el sustituto de éste, pero el sustituto no podrá entrar en la herencia, *quum ab eo filius exheredatus non sit*³³⁰.

Un nuevo fragmento en el que se observa la regla ahora imperante es D. 28, 2, 9, 2 pero ésta vez se refiere a un supuesto de *successio in locum* de un nieto preterido:

D. 28, 2, 9, 2.- (*PAULUS libro I ad Sabinum*).- *Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Iulianus, et Pomponius, et Marcellus aiunt...*

También en este supuesto se deshereda a un hijo y se instituye heredero a un extraño, pretiriendo al nieto que existe al tiempo de redactar el testamento.

³²⁹ Vid. MEINHART, “D. 50, 16, 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrech des ungeborenen Kindes”, *op. cit.*, p. 195.

³³⁰ En la parte *in fine* del fragmento se hace referencia a que la misma interpretación rige para el caso de que se tratara de un hijo póstumo: D. 28, 2, 8.- (*POMPONIUS libro I ad Sabinum*).- *...Quodsi in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam, quum est natus filius, loco eius est, qui superstes est.*

Cuando el testador muere le sobreviven el hijo, el nieto y el instituido heredero, pero mientras éste último se encuentra pendiente de adir la herencia, fallece el hijo y el nieto le sucede en su lugar. En derecho clásico esta sucesión del nieto hubiera dado lugar a la ruptura del testamento paterno por preterición del mismo, pero el texto establece que el testamento no se rompe, poniendo de manifiesto que el grado era válido en el momento de la *delatio* y, por tanto, mantiene la validez a pesar del fallecimiento del hijo, porque este fallecimiento acontece con posterioridad a ese momento³³¹.

- Las fuentes también reflejan la evolución que se acaba de exponer para la sucesión testamentaria de descendientes póstumos; en un primer momento, el póstumo que era preterido en el testamento del *paterfamilias* rompía el mismo como se ha tenido ocasión de comentar, y ello fuera cual fuera el grado sucesorio en el que se hubiera dejado de mencionar; sin embargo, posteriormente aparece una nueva orientación en el sentido de que el momento relevante es la *delatio*.

La nueva orientación consta claramente en dos textos que se sitúan en el título del Digesto –“*De ventre in possessionem mittendo*”– referente a la *bonorum possessio* del *conceptus*, pero que evidencian de forma clara que la *delatio* de la herencia es el tiempo relevante a efectos de la ruptura del testamento³³²:

D. 37, 9, 1, 6.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Si venter ab institutis exheredatus sit, a substitutis praeteritis, Marcellus negat, in possessionem eum mitti posse viventibus institutis, quia exheredatus est; quod verum est.*

³³¹ Sin embargo, continua el texto estableciendo que si el heredero no acepta la herencia, el nieto será heredero legítimo del abuelo, porque el tiempo relevante para fijar quién será heredero intestado, se recordará que era *quo testamentum destituitur, non quo moritur*, y en ese momento al nieto no le precede el padre, siendo *heres suus* del abuelo y sucediendo *ab intestato*.

³³² En D. 28, 3, 13 se observa claramente la posición mantenida por los juristas en este momento. Un póstumo preterido en testamento nace cuando el testador vive aunque fallece con anterioridad a su muerte. El texto deja bien claro que el testamento se encuentra roto por el nacimiento del hijo póstumo preterido; sin embargo, el instituido heredero puede pedir la *bonorum possessio secundum tabulas*, porque *iuris scrupulositate nimiaque subtilitate*: D. 28, 3, 12.- (*ULPIANUS libro IV. Disputationum*).- *Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus, et Imperator noster rescripserunt...*

D. 37, 9, 1, 7.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Per contrarium autem si ab institutis praeteritus sit venter, a substitutis exheredatus, vivis institutis mittendus est in possessionem; quodsi non vivant, negat mittendum, quia ad eum gradum devoluta hereditas est, a quo exheredatus est.*

Los fragmentos de ULPIANO analizan dos posibilidades: D. 37, 9, 1, 6 expone un supuesto en el que el *conceptus* ha sido desheredado en el primer grado hereditario y preterido en el segundo; el parágrafo 7 expone el caso contrario, esto es, que es preterido en el primer grado y desheredado en el segundo. El primer texto afirma que el concebido no puede obtener la *bonorum possessio* puesto que ha sido desheredado, con lo que da a entender que el testamento es válido, cumpliendo la disposición efectuada por el testador. El segundo texto aborda las dos posibilidades que se pueden presentar: si la herencia se defiere a los instituidos en primer grado, el testamento no es válido, puesto que el *conceptus* ha sido preterido, por lo que se le concede a éste la *bonorum possessio* de los bienes hereditarios; pero si los instituidos en el primer grado hubieran fallecido, el *conceptus* no será puesto en posesión de los bienes, porque se encuentra desheredado en ese grado hereditario en el que fue deferida la herencia. Por lo tanto, el tiempo que resulta relevante para mantener la validez o no del testamento es *quia ad eum gradum devoluta hereditas est*.

Igualmente, D. 28, 2, 29, 14 también pone de manifiesto esta idea: si la herencia es deferida al grado en el que está desheredado no pasa nada, pero si la herencia se defiere al grado en el que está preterido, entonces el testamento se anula.

D. 28, 2, 14, pr.- (*AFRICANUS libro IV. Quaestionum*).- *Si postumus a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus sit quamvis eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitari placet, ad hoc, ut praetermittenti institutis ipse heres existat; imo et si defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire. Itaque et si a primo gradu exheredatus, a secundo praeteritus, a tertio exheredatus sit, et viventibus primis et deliberantibus decedat, quaeri solet, omittentibus primis aditionem utrum ad eos, qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas. Quo et ipso casu rectius existimari putavit, ad legitimos eam pertinere; nam et quum duobus heredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione*

a primis exheredatus postumus, a secundis praeteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, quamvis postumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti.

El texto contempla dos supuestos distintos:

a. El testador deshereda al póstumo en el primer grado de sucesores y lo pretere en el segundo. Se establece que aunque nazca *quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas*, el segundo grado se vicie por si alguno de los instituidos en primer término abandonara la herencia. Por lo tanto, el primer grado hereditario tiene validez y el segundo es el que se anularía, por lo que *non posse substitutos adire*³³³.

b. El segundo supuesto es el mismo que el anterior pero se añade un tercer grado de herederos en el que el póstumo vuelve a ser desheredado; mientras deliberan los instituidos en el primer grado, fallece el póstumo y se plantea que ocurrirá si finalmente no aceptan la herencia, esto es, si la herencia pasará al tercer grado de herederos o pasará a los legítimos: se concluye que *ad legitimos eam pertinere*.

Resulta interesante la solución ofrecida en el fragmento ya que se observa claramente el tiempo que se tiene en cuenta para declarar o no la ruptura del testamento. En efecto, conforme a la nueva interpretación, el primer grado de sucesores sería válido, el segundo nulo y el tercero válido, por lo que, si la herencia hubiera sido ofrecida directamente al tercer grado, el testamento hubiera sido válido; sin embargo, como la herencia es deferida al primer grado de sucesores y éstos no la aceptan, deberían entrar a continuación los instituidos en segundo grado; sin embargo, como este grado sucesorio es nulo porque el póstumo se encuentra preterido, se rompería el testamento y la *delatio* testamentaria no podría pasar al siguiente grado de herederos. Así, paralizada la *delatio* la herencia en el segundo grado por ruptura del testamento, se abriría la sucesión *ab intestato* pasando la herencia a los herederos legítimos, como establece el fragmento³³⁴.

³³³ Vid. también D. 28, 3, 5, que contempla un supuesto en el que el póstumo es preterido en el primer grado y desheredado en el segundo; se concluye que el testamento se rompe en su integridad cuando el póstumo nace en vida de algún instituido, puesto que al romper el grado de sucesores, no permite tampoco que entre ningún sustituto: D. 28, 3, 5.- (*ULPIANUS libro III ad Sabinum*).- ...*Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est; nam tollendo primum gradum sibi locum facit*

³³⁴ También establece el texto que el grado sucesorio será nulo aunque los instituidos en el primer grado fallezcan e, igualmente, aunque el póstumo fallezca no se restituye la validez del

También en el caso relatado en D. 28, 3, 5 consta la nueva interpretación:

D. 28, 3, 5.- (*ULPIANUS libro III ad Sabinum*).- *Nam et si sub conditione sit heres institutus quis, a quo postumus non est exheredatus, tamen pendente conditione rumpitur gradus, ut et Iulianus scripsit. Sed et si sit ei substitutus quis, etiam deficiente conditione primi gradus non admittetur substitutus, a quo scilicet postumus exheredatus non est. Puto igitur, existente quidem conditione primi gradus postumo potius locum fore, post defectum autem conditionis natus postumus gradum non rumpit, quia nullus est. Rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vixit, totum testamentum ruptum est; nam tollendo primum gradum sibi locum facit.*

El heredero testamentario es instituido bajo condición, siendo preterido el póstumo. El texto establece que si el testador fallece estando pendiente la condición impuesta al heredero, dado que el póstumo no ha sido desheredado, *rumpitur gradus*. En el caso de que la condición no se cumpla, tampoco será admitido el sustituto del heredero, puesto que *a quo scilicet postumus exheredatus non est*.

grado en el que fue preterido, porque la herencia ya ha sido deferida al grado en que es nulo por preterición del póstumo. Para que el testamento hubiera tenido validez, el póstumo y los instituidos en el primer grado hereditario tendrían que haber fallecido antes que el testador. Solo así se hubiera deferido la herencia al tercer grado de herederos directamente y el testamento hubiera conservado su validez. Igualmente, si el hijo póstumo no llega a nacer, el testamento no se rompe: D. 28, 2, 16.- (*AFRICANUS libro IV. Quaestionum*).- *Si filius heres institutus sit omisso postumo, filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri, quam avo suum heredem futurum; quodsi nemo filio substitutus sit, et solus ipse institutus sit, tunc quia tempore, quo is moriatur, cetum esse incipit, neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existat, sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus, priusquam ei pareret, moriatur.* En el texto se instituye al hijo nacido y se omite al hijo póstumo, nombrando a su vez sustituto del hijo nacido al nieto: si el hijo se muere y el póstumo no nace, el nieto es heredero tanto del padre como del abuelo; lo anterior es lógico si tenemos en cuenta que el póstumo que no nace no resulta obstáculo para el instituido heredero.

El examen de las fuentes que se ha efectuado ha permitido constatar que el extremo que sufre mayor transformación en la evolución de la sucesión testamentaria del *postumus*, es el tiempo en el que se le exige a éste que consolide su cualidad de *sui* respecto del testador, esto es, el tiempo en el que se debe encontrar sometido directamente a su potestad: en un principio, por aplicación de la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, en la redacción del testamento; posteriormente, con la *lex Iunia Vellaea*, en el nacimiento; y, por último, con la interpretación de la *lex* ofrecida por JULIANO, en el fallecimiento del causante.

A través de este desarrollo interpretativo se consiguió evitar la ruptura testamentaria en muchos casos de sucesión de descendientes en el lugar de los precedentes y flexibilizar, a su vez, la aplicación de la citada regla; pero lo que el testador no podía pasar por alto en ningún caso era la institución o desheredación de todos los descendientes que pudieran ostentar en un futuro la cualidad de *sui*; no le estaba permitido, en definitiva, preterir en el testamento a ningún grado de descendientes, porque en ese caso el mismo se anulaba irremediablemente. Este aspecto es el que, en la última etapa evolutiva, sufre una progresiva atenuación, porque se va restando importancia a la formalidad de mencionar todos los grados de herederos, considerando relevante el momento de la *delatio* para dar validez al testamento o anularlo: si el descendiente al que se defiere la herencia se encuentra preterido, el testamento será nulo, pero si se encuentra instituido o desheredado, será válido, sin importar que los grados precedentes hayan sido nombrados o preteridos.

La nueva orientación, pues, consiste en considerar válida la institución hereditaria de grados posteriores de descendientes, aunque se hayan preterido los anteriores, siempre y cuando la herencia se haya deferido directamente a ese grado; se observa, pues, que también en la sucesión testamentaria, el tiempo relevante en última instancia se traslada al momento de la *delatio*, como ocurría en la sucesión intestada.

CAPITULO III

GARANTIA DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL *POSTUMUS SUUS* EN LA REGULACION DEL *IUS CIVILE*

- I. Introducción.-
- II. Garantía de los derechos hereditarios del *postumus suus* en el *ius civile*.-
 - 1. Cuando el *postumus* es el único *heres suus* o instituido heredero en testamento.-
 - 2. Cuando el *postumus* concurre a la herencia con otros *heredes sui*.-

I. INTRODUCCION.-

En los capítulos anteriores se ha podido constatar, tras el examen de las fuentes, que los juristas establecieron dos premisas básicas en torno al *conceptus*: una de ellas, que el momento relevante para la producción de efectos jurídicos es el nacimiento, porque sin el nacimiento —y antes del nacimiento— no existía adquisición de derechos por parte del concebido ni modificación o pérdida de los derechos de terceras personas; la otra premisa consistía en que, pese a lo mencionado anteriormente, el Derecho tenía en cuenta la repercusión de la existencia futura del concebido, no sólo para salvaguardar sus posibles derechos, sino los de terceras personas, que se verían afectados.

Estas dos premisas, aplicadas al ámbito de la sucesión *mortis causa*, significan que en tanto no naciera el descendiente póstumo del causante no se produciría la adquisición de sus derechos hereditarios; ahora bien, puesto que la presencia de ese póstumo podía producir la alteración —e incluso la pérdida— de los derechos de terceras personas implicadas en la misma, se debían adoptar una serie de medidas cautelares para salvaguardar los futuros derechos del póstumo y de los interesados en la herencia. En efecto, en la sucesión intestada, por ejemplo, la presencia de un concebido podría dar lugar a la variación en el orden sucesorio de la *vocatio ab intestato* y en el reparto del patrimonio hereditario: si el *conceptus* era el único hijo, los herederos de ulterior grado quedarían excluidos de la herencia y si existían más hijos, éstos verían disminuida su cuota; pero, por otro lado, respecto al *conceptus*, podían existir problemas de salvaguarda durante el periodo de tiempo comprendido entre la muerte del causante y el nacimiento.

Por todo lo anterior, se tuvieron que adoptar determinadas cautelas para salvaguardar los derechos que le corresponderían a su nacimiento. La forma en que se materializaba la salvaguarda de los derechos del *conceptus* y de las terceras personas implicadas en una herencia, como se comprobará a continuación, sobre todo con el examen de algunos textos como D. 5, 1, 28, 5; D. 29, 2, 30, 6; D. 38, 16, 3, 9; D. 38, 7, 5, 1 o D. 5, 4, 3, era la suspensión y reserva de los derechos.

II. GARANTIA DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS DEL *POSTUMUS SUUS* EN LA REGULACION DEL *IUS CIVILE*.-

Se abordará a continuación el análisis de los medios arbitrados jurídicamente para garantizar los derechos hereditarios del concebido, porque, como se ha podido comprobar, tanto en el sistema civil de sucesión *ab intestato* como testamentario, la presencia de un *conceptus nondum natus* no podía ser indiferente, porque el *postumus suus*, como ya se ha comprobado, era objeto de *vocatio ab intestato* y el *paterfamilias* podía establecer disposiciones en su favor: ordenar legados, instituirle heredero o desheredarle, nombrarle tutor, designarle sustituto, etc. Todo ello originaba derechos a favor del *postumus* que el ordenamiento jurídico debía salvaguardar hasta que se produjera su nacimiento.

El procedimiento seguido habitualmente³³⁵, tanto en la sucesión testada como en la intestada, en definitiva, se vería alterado sin duda por la presencia de un *conceptus* que cumplía los requisitos para ser *heres suus* del causante; en efecto, durante el lapso de tiempo de la gestación —y, sobre todo, desde la muerte del causante hasta el nacimiento del póstumo— se creaba un estado de incertidumbre porque se desconocía si el nacimiento del heredero se produciría, si el nacido reuniría las condiciones para adquirir capacidad jurídica e, incluso, se ignoraba el número de descendientes que, en su caso, nacerían. Esta situación de incertidumbre no sólo alteraba el normal desarrollo de la sucesión sino que también requería la adopción de medidas especiales tendentes a garantizar la protección de los futuros derechos que había fijado el concebido y que adquiriría con su nacimiento³³⁶.

³³⁵ El sistema civil de la sucesión intestada comenzaba con la muerte del *paterfamilias*, ya que según D. 29, 2, 27, *hereditas viventis non datur*; tras el fallecimiento tenía lugar la *vocatio, delatio* o llamamiento de las personas a quienes se iba a deferir la herencia, pudiendo el heredero posteriormente aceptar la misma o renunciar a ella. Todas estas etapas regían para los denominados herederos voluntarios, pero no para los *heredes sui*: respecto de éstos no se puede hablar propiamente de *vocatio* ni de *aditio*, ya que la propia delación llevaba consigo la adquisición de la herencia; de ahí el nombre de *necesarii* con que se acompaña a estos *heredes* a los que se transmitía la herencia *ipso iure* aún en contra de su voluntad, no pudiendo repudiarla. Vid. BETTI, “*In iure cessio hereditatis, successio in ius e titolo di heres*”, en *Studi Solazzi*, pp. 594 y ss.

³³⁶ Se debe recordar que, a este respecto, nuestra posición coincide con la que sostiene la mayoría de la doctrina y que se caracteriza por considerar que el *conceptus* es una *spes hominis* que ostenta expectativas de derechos que deben ser tuteladas anticipadamente a fin de que su

A este respecto, se deben distinguir dos situaciones: por un lado, que el *conceptus* fuera el único *heres suus* del causante, y, por otro, que concurriera a la sucesión con otros descendientes de igual grado; en cada caso, el funcionamiento era distinto aunque se debe advertir que en ambos supuestos existía un punto en común y es que al concebido siempre se le reservaban los derechos sucesorios hasta su nacimiento:

D. 5, 4, 3.- (*PAULUS libro XVII ad Plautium*).- *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei iura integra reservarent, sicut apparet in iure hereditatum...*³³⁷

1. CUANDO EL PÓSTUMO ERA EL ÚNICO *HERES SUUS* O INSTITUIDO HEREDERO EN TESTAMENTO.-

Si el *postumus* nacía, ostentaría la condición de heredero universal del *de cuius*: si la sucesión era testada, porque era el único instituido heredero; si era intestada porque, al nacer, excluiría los sucesores posteriores en grado³³⁸; por tanto, durante el tiempo de la gestación, esto es, mientras *incertum est an nasci possit*, se debían proteger los derechos hereditarios que corresponderían al *conceptus* a su nacimiento.

adquisición no se vea frustrada a su nacimiento, momento en el que los derechos del concebido adquieran efectividad. Vid. en este sentido LANFRANCHI, voz "*Nascituro*", en *NNDI, op. cit.*, pp. 13 y 14; FUENTESECA, P., *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 16; GARCIA GARRIDO, "*Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*", en *AHDE*, XXVII-XXVIII, 1957-1958, p. 339; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, I, *op. cit.*, p. 58; IGLESIAS, *Derecho Romano, op. cit.*, p. 120; GANDOLFI, voz "*Nascituro*", en *Enciclopedia del Diritto, op. cit.*, p. 534; ARCHI, voz "*Concepimento (diritto romano)*", en *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, pp. 354 y ss.; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 37; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 12; BALESTRI FUMIGALLI, "*Spes vitae*", *op. cit.*, p. 339; FAGGELLA, "*Presunzioni che accompagnano il sorgere e lo sparire del subbietto dritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato*", en *Arch. Giur.*, XI, 1902, pp. 492 y ss.; ROBERTI, "*Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*", en *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, p. 68; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 135; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 68; GOMEZ-IGLESIAS, "*Nasciturus. El status jurídico del concebido*", en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid*, IX-X, p. 284; SALAZAR REVUELTA, "*Algunas consideraciones sobre la Doctrina del nasciturus en la tradición romanística y en la codificación*", en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1999, p. 295.

³³⁷ Sobre el texto, vid. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento...*, *op. cit.*, p. 167, que considera el fragmento interpolado.

³³⁸ A este respecto vid. LENEL, "*Zur Geschichte der 'heredis institutio'*", *op. cit.*, pp. 358 y ss.

En la sucesión intestada³³⁹, la forma de salvaguardar esos derechos era la suspensión de la *vocatio ab intestato* haciendo esperar a los sucesores de grado posterior al *postumus*, esto es, a los agnados:

ULPIANO XXVI, 3.- *Quamdiu suus heres speratur heres fieri posse, tamdiu locus adgnatis non est; velut si uxor defuncti praegnans sit...*

D. 38, 16, 3, 9.- (ULPIANUS libro XIV ad Sabinum).- *...Inde solet remorari insequentes sibi agnatos, quibus praefertur, si fuerit editus.*

D. 38, 7, 5, 1.- (MODESTINUS libro III. Pandectarum).- *Quandiu spes est suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est: puta si defuncti uxor praegnans sit...*

D. 5, 4, 3.- (PAULUS libro XVII ad Plautium).- *...qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id, quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit...*

La suspensión de la *vocatio* se mantenía hasta que se producía una de estas situaciones: cuando se verificaba que la mujer no estaba embarazada o cuando se comprobaba que el concebido no había nacido; en estos casos, se alzaba la suspensión, entrando los agnados en la herencia:

D. 38, 16, 3, 10.- (ULPIANUS libro XIV ad Sabinum).- *...Et placuit, si in rerum natura certum sit, hanc, quae se dicit praegnantem non esse; ex asse iam esse heredem hunc, qui iam natus est, quoniam et ignorans heres fit...*³⁴⁰

³³⁹ Las fuentes no entran en el problema de la sucesión testamentaria, pero entendemos que seguramente el procedimiento sería idéntico al de la sucesión intestada, esto es, se debía esperar al nacimiento del *postumus*, puesto que si no nacía, al ser nula la institución hereditaria, se debería proceder a la apertura de la sucesión intestada, como si nunca hubiera existido ese concebido.

³⁴⁰ Vid., a este respecto, LA PIRA, *La successione ereditaria intestada e contra il testamento...*, op. cit., p. 167 y LATORRE SEGURA, “*Uxor praegnans relicta*”, op. cit., p. 200, que entienden que el texto se encuentra interpolado porque la parte inicial no concuerda con el resto; Para LATORRE SEGURA a la pregunta que se efectúa en la primera parte respecto a que cuota se debía reservar al hijo teniendo en cuenta que podían nacer uno o más póstumos, la respuesta es una afirmación conocida de que el hijo es heredero *ex asse* cuando cree erróneamente que la madre está encinta, apareciendo la respuesta claramente incongruente con

Resulta evidente, aunque no lo citen las fuentes, que si el feto nacía muerto o si nacía pero no reunía los requisitos necesarios para poder ser considerado persona, el *conceptus* no adquiriría capacidad jurídica sucesoria y sus derechos hereditarios correspondían a los herederos posteriores en grado.

2. CUANDO EL *POSTUMUS* CONCORRE A LA HERENCIA CON OTROS *HEREDES SUI*.-

Si el concebido no era el único *heres suus* del *de cuius* o había sido instituido heredero junto con otras personas, no se suspendía el reparto de la herencia puesto que el resto de sucesores tenían derecho a disfrutar de su cuota hereditaria. Por lo que se refiere a la sucesión testamentaria, pocos son los textos en los que se discute la cuota que le correspondía al *postumus*, porque lo cierto es que generalmente se debía atender al reparto que el testador hubiera previsto³⁴¹ y si el póstumo no nacía, el resto de instituidos quedaban herederos como si el póstumo no hubiera existido nunca³⁴².

En la sucesión intestada, no tenía lugar la suspensión de la *vocatio ab intestato* a la muerte del *paterfamilias* se procedía al llamamiento de todos los *heredes sui*, repartiendo la masa hereditaria entre éstos e incluyendo en el cómputo al concebido:

D. 38, 16, 3, 9.- (*ULPIANUS libro XIV ad Sabinum*).- ...*Inde partem facit his, qui pari gradu sunt,*

la pregunta formulada. Según LATORRE SEGURA, esta incongruencia es debida a que en el texto se confunden el perfil procesal con el problema substancia, constando una diversidad de opiniones respecto a la cuota atribuida al hijo que en realidad no existió.

³⁴¹ Las fuentes citan un caso de fideicomiso donde se establece que si el póstumo no hace parte en el caso de que no llegara a nacer, siendo el otro instituido heredero *ex asse*; por el contrario, si finalmente nace, reciben lo que se les dejó y atendiendo al número de hijos nacidos: D. 34, 5, 7 (8), pr.- (*GAIUS libro I. Fideicommissorum*).- *Utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relictum; sin autem natus fuerit, utrosque accipere, quantum cuique relictum est, ut uno nato, pars tibi dimidia debeatur, duobus natis, tertia tibi debeatur, tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta debeatur...*

³⁴² Así se afirma en D. 28, 2, 28, 4, donde en un supuesto en que un testador instituye herederos a dos hijos póstumos y uno de ellos no llega a nacer, se dice que el otro queda como heredero universal en virtud del testamento: D. 28, 2, 28, 4.- (*TRYPHONINUS libro XX Disputationem*).- *Quid tamen, si filium post testamentum natum ex besse, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit heredem, nec ullum coheredem dedit, nec substituit invicem alium? Unus natus solus ex testamento sit heres.*

*utputa frater unus est, et uterus, vel patruī filius
unus natus, et qui in utero est.*

Todos los *heredes sui* adquirirían su cuota hereditaria en el momento del reparto excepto el concebido a quien se le reservaba su parte hasta su nacimiento, momento en que adquiriría la condición de *heres* y obtenía la parte de la herencia que se le había reservado. Podía suceder que no se produjera el nacimiento del *conceptus* o que naciera un feto muerto; en este caso, la parte que se le había reservado acrecía al resto de herederos que concurrían con él a la sucesión *a prorrata*:

D. 5, 4, 4.- (*ULPIANUS libro XV ad Edictum*).- *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei prorrata accrescere; si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.*

Queda claro, pues, que el concebido debía ser tenido en cuenta en el reparto de la herencia y su cuota se debía reservar hasta el nacimiento; ahora bien, cabe preguntarse a este respecto qué parte era la que se debía reservar, ya que la mujer podía dar a luz más de un hijo. Como *quia non poterant scire, quot nasci possunt* ya que *quia ex uno utero plures nasci possunt*³⁴³, si se reservaba una parte y nacían dos o más hijos, los derechos de éstos no se habrían salvaguardado suficientemente; de ahí que los juristas comenzaran a plantearse que situación podía considerarse normal y cuántos hijos podían llegar a nacer en un mismo parto. Esta cuestión fue una de las más controvertidas y discutidas entre los juristas, tanto que parte de la doctrina ha entendido que existieron posiciones enfrentadas que no llegaron a conciliarse³⁴⁴. De las fuentes parece desprenderse que nunca hubo acuerdo en cuanto a las cuotas que se debían reservar, siendo probable que las opiniones a este respecto fueran variando según se tenía conocimiento de noticias que llegaban de otras sociedades o culturas, como se desprende de D. 5, 4, 3:

³⁴³ D. 5, 4, 3.- (*PAULUS libro XVII ad Plautium*).- *...Ubi autem eodem gradu sunt ceteri, quo et venter, tunc quae portio in suspenso esse debeat, quaesierunt ideo, quia non poterant scire, quot nasci possunt...* D. 38, 16, 3, 10.- (*ULPIANUS libro XIV ad Sabinum*).- *Est autem tractatum, pro qua partem faciat, quia ex uno utero plures nasci possunt.*

³⁴⁴ VACCARO-DE LOGU, *L'accrescimento nel diritto romano*, Milano, 1941, pp. 10 y ss.; GUARINO, *Salvius Iulianus*, Catania, 1946, pp. 55 y ss.; SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. italiana por Nocera de la versión inglesa *History of the Legal Roman Science*, Oxford, 1953), Firenze, 1968, pp. 341 y ss.; ROBBE, *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, pp. 142 y ss. En contra, LATORRE SEGURA, "*Uxor praegnas relicta*", *op. cit.*, pp. 195 y ss.

D. 5, 4, 3.- (PAULUS libro XVII ad Plautium).-
...ideo, nam multa de huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis annumerentur. Nam traditum est, et quatuor pariter puellas a matrefamilias natas esse; alioquin tradidere non leves auctores, quinquies quaternos enixam Peloponnesi, multas Aegypti uno utero septenos. Sed et tregeminos Senatores cinctos vidimus Horatios. Sed et Laelius scribit, se vidisse in Palatio mulierem liberam, quae ab Alexandria perducta est, ut Hadriano ostenderetur, eum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Qui est ergo? Prudentissime iuris auctores mediatatem quandam secuti sunt, ut quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur, id est, quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignaverint; τὸ γὰρ ἀπαξῆδις [quod enim semel aut bis existit], ut aite Theophrastus, παραβαίνουσιν [praetereunt legislatores]. Ideque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit.

El fragmento hace referencia a la discusión que existía respecto al número de hijos que podían nacer en un mismo parto, poniendo de manifiesto lo difícil que era resolver esta cuestión puesto que *huiusmodi re tam varia et incredibilia creduntur, ut fabulis annumerentur*: se relatan las noticias que habían llegado de una madre de la que llegaron a nacer cuatro niñas, de una mujer del Peloponeso que había dado a luz a cinco hijos, de otra de Egipto que había tenido siete niños o que, según LELLIUS, una mujer había sido llevada a Alejandría para ser presentada ante ADRIANO por haber dado a luz cinco hijos, uno de los cuales había nacido cuarenta días después del parto de los otros cuatro hermanos. No obstante, PAULO establece la fórmula para encontrar la medida apropiada para la reserva de la cuota correspondiente al *nasciturus*: se debía prescindir de aquellos hechos excepcionales, *quod enim semel aut bis existit*, entendiendo que el nacimiento de tres hijos era un término medio y prudente que podía suceder en la realidad.

Otros dos textos en los que aparece con evidencia el confusionismo existente en torno al número de hijos que podían nacer en un solo parto son D.

5, 1, 28, 5 y D. 46, 3, 36³⁴⁵ que, a propósito de la reclamación de créditos pendientes de cobro en la masa hereditaria, hacen referencia a esta cuestión:

D. 46, 3, 36.- (IULIANUS libro I ad Urscium Fero-cem).- *Si pater meus praegnante uxore relictā de-cesserit, et ex causa hereditaria totum hoc, quod patri meo debitum fuisset, petiissem, nihil me con-sumsisse quidam existimant; is nemo natus sit, recte me egisse, quia in rerum natura verum fuisset, me solum heredem fuisse. Iulianus notat: verius est, me eam partem perdidisse, pro qua heres fuissem, ante-quam certum fuisset neminem nasci, aut quartam partem, quia tres nasci potuerunt, aut sextam, quia quinque; nam et Aristoteles scripsit, quinque nasci posse, quā vulvae mulierum totidem receptacula habere possunt; et esse mulierum Romae Alexandri-nam ab Aegypto, quae quinque simul peperit, et tum habebat incolumes; et hoc et in Aegypto affirmatum est mihi.*

D. 5, 1, 28, 5.- (PAULUS libro XVII ad Plautium).- *Si paterfamilias mortuus esset relicto uno filio et uxore praegnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit, quia poterant plures nasci, quum per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse, quia incertum esset, an tres nascerentur; nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, quum futura utique fierent, sed nostram ins-cientiam adspici debere.*

Ambos textos se refieren a la reclamación de deudas correspondientes a la herencia de un *paterfamilias* que a su muerte deja como herederos a dos hijos, uno de ellos todavía no nacido. El más esclarecedor es D. 5, 1, 28, 5 porque en él se afirma que no se podrá reclamar la mitad de las deudas sino sólo la cuarta parte, porque, aunque lo normal es que nazca sólo un hijo, según SABINO Y CASIO pesaba incertidumbre respecto a si podían nacer tres. D. 46, 3, 36, sin embargo, pone de manifiesto las distintas posibilidades respecto al número de hijos que se podían dar a luz –ninguno, tres o, incluso, cinco, según las

³⁴⁵ Vid. GIARO, “*Dogmatische warheit und zeitlosigkeit in der roemischen jurisprudentz*”, en *BIDR*, XC, 1987, pp. 14 y ss.

enseñanzas de ARISTOTELES y las noticias que llegaban de Egipto, de las que JULIANO tuvo conocimiento personal³⁴⁶—. En cuanto a la parte del crédito que puede reclamar el heredero ya nacido, la mayoría de la doctrina³⁴⁷ entiende que JULIANO acepta la tesis SABINO Y CASIO antes citada.

De los textos citados se desprende que la tesis Sabiniana consistía en reservar tres partes de la masa hereditaria al *conceptus*: *et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta interim heres erit*. Si posteriormente, nacían más de tres, *decrescere de ea parte ex qua heres factus est* y si nacían menos *residuum ei pro rata accrescere*³⁴⁸:

D. 5, 4, 4.- (ULPIANUS libro XV ad edictum).- *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrecere, si plures quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.*

No obstante, D. 29, 2, 30, 6, deja constancia de la opinión divergente que tenía ULPIANO al respecto, sosteniendo que la parte reservada al *conceptus* era sólo una, *non ex quarta, ut Iulianus putat*:

D. 29, 2, 30, 6.- (ULPIANUS libro VIII ad Sabinum).- *...ita et quum unum gerit, nec per naturam humanae conditionis alium partum formare potest, quod quidem post certum tempus conceptionis eveniet, ex parte dimidia et ignorantem fore heredem, non ex quarta, ut Iulianus putat.*

Según LATORRE SEGURA³⁴⁹ la contradicción entre los textos que se han citado y D. 29, 2, 30, 6 no existe puesto que el problema planteado está

³⁴⁶ Según GAYO el parto de cinco hijos de la mujer de Alejandría se considera portentusum: D. 34, 5, 7 (8).- (GAIUS libro I Fideicommissorum).- *...Et nostra quidem aetate Serapias Alexandrina mulier ad Divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno foetu enixa est; sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentusum videtur.*

³⁴⁷ VACCARO-DELOGU, *L'accrescimento nel diritto romano*, op. cit., pp. 10 y ss.; SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, op. cit., pp. 341 y ss.; GUARINO, *Salvius Iulianus*, op. cit., pp. 55 y ss.; ROBBE, *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, op. cit., pp. 142 y ss. y LATORRE SEGURA, "Uxor praegnas relicta", op. cit., pp. 195 y ss.

³⁴⁸ La incertidumbre que produce la presencia de un *nasciturus* en el supuesto de una herencia en litigio, por los problemas de *pluris petitio* que pueden darse al desconocer el número de hijos que efectivamente dará a luz la mujer, ULPIANO lo soluciona en D. 5, 4, 1, 5, concediendo una *incertae partis hereditatis petitio*. Sobre ello, BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, op. cit., pp. 44 y ss.; y PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano, I, La procedura formulare*, Torino, 1958, pp. 102 y ss.

³⁴⁹ LATORRE SEGURA, "Uxor praegnas relicta", op. cit., p. 199.

visto desde el aspecto sustancial y no desde la perspectiva procesal de D. 5, 1, 28, 5, D. 46, 3, 36 y D. 5, 4, 4³⁵⁰. Según el autor, el texto parte de la evidencia de que el hijo es heredero de la mitad de la herencia *si mulier unum gerit*, pero ello no quiere decir que pueda pedir en juicio esa mitad porque no sabe cual será el resultado final del embarazo. Por ello, el autor concluye que no hay oposición entre estos dos puntos de vista, ya que, aunque el hijo sea heredero de la mitad, debe pedir siempre menos de lo que le corresponde ya que, según la solución de SABINO, no puede conocer con certeza su cuota hereditaria³⁵¹. Sin embargo, como ya se ha adelantado con anterioridad, parece más plausible la opinión que sostiene la mayoría de la doctrina respecto a que existía diversidad de opiniones entre los juristas no sólo por lo controvertido que aparece en las fuentes el tema de la reserva de la cuota hereditaria al *conceptus*, sino porque así se constata en diversos fragmentos que se han citado: la tesis Sabiniana consideraba que debían reservarse tres cuartas partes de la herencia al concebido mientras que otros juristas entendían que sólo debía ser una.

A pesar de que la tesis mantenida por LATORRE SEGURA es totalmente factible, esto es, puede ser que existiera un doble orden de problemas, sustancial y procesal, sin embargo, no nos parece que ello influyera en la discusión que existía acerca de la cuota que debía reservarse al concebido. A nuestro juicio, si el heredero ya nacido lo era de la mitad de la herencia, lógicamente podría reclamar esa mitad; si en los fragmentos citados consta claramente que no puede exigir esa mitad —ni de la herencia ni de las deudas hereditarias— es porque en realidad no le corresponde la mitad, sino tan sólo la cuarta parte. De ahí que, en nuestra opinión, sea más lógico pensar que los juristas mantuvieran tesis enfrentadas en cuanto a la parte a reservar al concebido y que, incluso, sus opiniones variaran según opiniones médicas, noticias que llegaban de otros países, etc... que tendrían sin duda influencia en esta cuestión.

³⁵⁰ Según LATORRE SEGURA la existencia de un doble orden de problemas, procesal y sustancial, se avala porque “los dos textos que se refieren a éste último están tomados de los libri ad Sabinum de ULPIANO, es decir, de un comentario civilístico, mientras que los referentes al aspecto procesal proceden o de un comentario al edicto (D. 5, 4, 4) o de obras que probablemente pertenecían a lo que SCHULZ llama “literatura de problemas” (D. 5, 1, 28, 5 y D. 46, 3, 36)”. Vid. LATORRE SEGURA, “Uxor praegnas relicta”, *op. cit.*, p. 201.

³⁵¹ LATORRE SEGURA sostiene que otro de los textos que confunden el aspecto sustancial con el procesal es D. 38, 16, 3, 10, donde la incongruencia entre la cuestión formulada —la cuota que pertenece al hijo ya nacido teniendo en cuenta que podían nacer varios póstumos— y la parte *in fine* donde se afirma que el hijo es heredero *ex asse* cuando cree erróneamente que la madre está embarazada. Vid. LATORRE SEGURA, “Uxor praegnas relicta”, *op. cit.*, p. 200.

CAPITULO IV

EVOLUCIÓN DEL SISTEMA SUCESORIO EN PRESENCIA DE UN *CONCEPTUS NONDUM NATUS*: REGULACIÓN DEL *IUS HONORARIUM*

- I. Introducción.-
- II. Sistema pretorio de sucesión *mortis causa* en presencia de un *conceptus: bonorum possessio* o *missio in possessionem*.-
- III. Régimen jurídico de la *missio in possessionem ventris nomine*.-
 - 1. Sujeto al que se concede la *missio in possessionem*.-
 - 2. Fundamento y finalidad.-
 - 3. Condiciones que deben concurrir para que se acuerde la *missio in possessionem*.-
- IV. Supuestos habituales en los que se puede acordar la *missio in possessionem ventris nomine*.-
 - 1. Sucesión intestada o *sine tabulis*.
 - 2. Sucesión testada.-
 - A. Que el póstumo hubiera sido instituido heredero en el testamento.-
 - B. Que el póstumo hubiera sido desheredado.-
 - C. Que el póstumo hubiera sido preterido.-
- V. Supuestos especiales en los que se acordaba la *missio in possessionem ventris nomine*.-
- VI. Medidas cautelares que podían adoptarse para prevenir fraudes y garantizar los derechos y expectativas de terceras personas interesadas en la herencia.-
 - 1. Nombramiento de *curator ventris* y de *curator bonorum*.-
 - 2. Inspección del vientre y custodia del parto.-

I. INTRODUCCION.-

El sistema sucesorio que el pretor va desarrollando junto al del *ius civile*³⁵² sin duda debía incluir en su regulación al *postumus*, puesto que había sido objeto de *vocatio ab intestato* en la legislación decemviral y podía ser instituido heredero o desheredado en el testamento del *paterfamilias*. Como es sabido, el nuevo orden sucesorio abandona la familia agnaticia y, sobre la base de los vínculos cognaticios, concede la *bonorum possessio* de la herencia³⁵³ a perso-

³⁵² No existe unanimidad en la doctrina en cuanto al origen de la *bonorum possessio*, aunque la opinión mayoritariamente aceptada es la sostenida originariamente por FABRICIUS, *His. Forschungen, I, Urgprung und Entwicklung der bonorum possessio*, Berlin, 1937 y seguida, entre otros, por SCHMIDT, “Die Angänge der bonorum possessio”, en ZSS, XVII, 1896, pp. 324 y ss.; DERNBURG, *Pandette*, III, op. cit., 63, pp. 118 y ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., pp. 769 y ss.; BIONDI, “La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane”, en *Annali Perugia*, III, 1913, pp. 376 y ss.; KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*, op. cit., pp. 105 y ss., que enmarcan el origen del instituto en el ámbito procesal hereditario, donde el pretor debía conceder la posesión interina de los bienes hereditarios a uno de los futuros litigantes, teniendo la *bonorum possessio* la función de fijar las posiciones procesales en la causa sucesoria, esto es, quién debía ser actor y quién demandado. Para una exposición más detallada de las teorías doctrinales que se han ofrecido en torno al origen de la *bonorum possessio*, vid. FADDA, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano, parte prima*, op. cit., pp. 33 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successioni*, op. cit., pp. 513 y ss.; y BIONDI, *Diritto ereditario romano, parte generale*, op. cit., pp. 121 y ss.; IDEM, “Hereditas e bonorum possessio”, en *Scritti giuridici*, III, 1965, pp. 521 y ss.; DONATUTI, “Bonorum possessio”, en *Studi di Diritto Romano*, II, 1977, pp. 10 ss.

³⁵³ Vid. GAYO III, 71; CICERON, *In Verrem*, II, 45, 177; D. 40, 4, 13, 3. El pretor no efectuaba *delatio hereditatis* como ocurría en la sucesión civil, sino que debía existir petición de los interesados, esto es, de los parientes del difunto amparados en el edicto, dentro de un periodo de tiempo concedido por el pretor para pudieran solicitar la *bonorum possessio* de la herencia; transcurrido el tiempo marcado en el edicto sin que se hubiera realizado la petición, se concedía un nuevo periodo de tiempo a la segunda categoría de personas que el edicto reconocía como sucesoras del *de cuius* y así sucesivamente hasta agotar todos los grupos de herederos. La persona que estuviera incluido en varias categorías —por ejemplo, el *heres suus* que estaba incluido en la categoría *unde liberi* y *unde legitimi*— disponía de dos periodos de tiempo para solicitar la *bonorum possessio* y no estaba obligado a pedirla dentro del primer plazo. Vid. a este respecto D. 38, 9, 1, 10; D. 38, 9, 2 y D. 22, 6, 1, 3.

nas enmarcadas de forma genérica en el edicto pretorio³⁵⁴, corrigiendo así las injusticias y deficiencias surgidas en el sistema civil³⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta lógico pensar que el *postumus* fuera también amparado en el sistema sucesorio del *ius honorarium*: si el pretor concedía la *bonorum possessio* a los *liberi*, *legitimi* o *cognati* del causante y el *postumus* concebido antes del fallecimiento del causante era considerado desde ese momento heredero del difunto, debía obtener también la *bonorum possessio* de la herencia junto al resto de parientes que tenían derecho a ella. Ahora bien, como expuso en su momento, el *postumus* no debe ser confundido con el *conceptus* o *venter* y, por ello, resulta obligado que, previamente, se aclare si el sistema pretorio permitía que el concebido obtuviera la *bonorum possessio* de la herencia o, por el contrario, ésta se encontraba reservada a los nacidos.

La posición que se adopte en este tema resulta fundamental para abordar el análisis de la regulación sucesoria establecida en el edicto del pretor cuando existía un *conceptus*. Esta cuestión, pues, debe constituir el punto de partida y, con independencia del desarrollo que se realizará a continuación, se debe adelantar que, sin negar que el sistema pretorio supone cambios muy relevantes, sobre todo en la concepción del *nasciturus* que será tenido en cuenta no sólo como futuro heredero sino como futura persona, tales cambios no llegarán al extremo de concederle la *bonorum possessio*³⁵⁶ sino tan sólo una *missio in pos-*

³⁵⁴ Sobre la base de esta familia cognaticia, el edicto pretorio clasificó a las personas que tenían derecho a la *bonorum possessio ab intestato, sine tabulis o intestati* en varias categorías: A) *Unde liberi*, que comprende a los herederos del *ius civile*, esto es, los *heredes sui*, pero también a los descendientes que hubieran salido de la potestad por *capitis deminutio minima*; B) *Unde legitimi*, que incluía a los herederos llamados en virtud de las XII Tablas: los *heredes sui*, de nuevo, y los agnados y gentiles, en defecto cada uno del anterior; C) *Unde cognati*, que comprende los parientes consanguíneos del causante hasta el sexto grado; D) *Unde vir et uxor*, que incluye al cónyuge supérstite casado en *iustum matrimonium* con el causante y que hubiera convivido con él en el momento de su muerte. Vid. respecto a las personas que tienen derecho a solicitar la *bonorum possessio* en virtud del edicto del pretor los siguientes textos: D. 38, 6, 1, 1; D. 38, 6, 4; D. 38, 7, 2, 4; D. 38, 8, 1, 3; D. 38, 8, 1, 10 y D. 38, 11, 1.

³⁵⁵ D. 1, 1, 7, 1.- (*PAPINIANUS libro II. Definitionum*).- *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam...*; I. 3, 9, pr.- (*DE BONORUM POSSESSIONIBUS*).- *Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia...*; I. 3, 9, 1.- (*DE BONORUM POSSESSIONIBUS*).- *Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem...* 2.- *...nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipere indarum hereditatem praetor ex bono et aequo dilatavit*; GAYO III, 25.- *...sed hae iuris iniquitates edicto pretoris emendatae sunt...*

³⁵⁶ El acceso del concebido a la *bonorum possessio* sólo se permitirá cuando el principio *conceptus pro iam nato habetur* tenga plena vigencia; en efecto, si bien el origen del citado principio se encuentra en derecho clásico, su plena aplicación y generalización no se logrará hasta época más tardía, en la que el ser concebido se equiparará al ser humano ya nacido para todo lo que le beneficie.

sessionem específica consistente en la entrega de los bienes de forma provisional hasta el nacimiento, momento en que si se le otorgaba la *bonorum possessio* de la herencia.

II. SISTEMA PRETORIO DE SUCESION *MORTIS CAUSA* EN PRESENCIA DE UN *CONCEPTUS*: *BONORUM POSSESSIO* O *MISSIO IN POSSESSIONEM*.-

Una de las cuestiones planteadas en la doctrina respecto al sistema pretorio de sucesión en presencia de un *conceptus* es si la posesión de los bienes hereditarios entregada al *venter* podía conceptuarse como una *bonorum possessio* o bien ésta se reservaba únicamente para el heredero ya nacido y lo que se otorgaba al concebido era algo distinto, esto es, una *missio in possessionem* o una posesión de los bienes interina o provisional hasta su nacimiento. Las diversas posiciones mantenidas por la doctrina a este respecto se pueden agrupar en tres apartados:

- Algunos autores entienden que la posesión de los bienes *ventre nomine* es una *bonorum possessio*³⁵⁷, aunque la mayoría de ellos, a excepción de SOLAZZI, no ofrecen explicación alguna al respecto. El único que argumenta su postura es SOLAZZI³⁵⁸ que entiende que la posesión de los bienes a favor del *nasciturus* es una *bonorum possessio* y no una *missio in possessionem*, porque el poseedor cuenta con facultades de disposición que en las *missiones in possessionem* no se concedían al *missus*; en éstas lo único que se otorgaba era la custodia y conservación del patrimonio o del bien que se tratara.

Dentro de esta posición doctrinal, destaca la postura de ALBERTARIO³⁵⁹ que, basándose en su tesis de que el *ius civile* otorga capacidad sucesoria al ser que se encuentra engendrado, afirma que el concebido tiene derecho a la *bonorum possessio* de la herencia; en efecto, el autor entiende

³⁵⁷ En este sentido, SOLAZZI, “*Dote e nascituro nella “missio in possessionem”*”, en *RIL*, XLIX, 1916, pp. 132 y ss.; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, *op. cit.*, p. 497; JOBBE-DUVAL, “*Les “decreta” des magistrats pourvus de la “iurisdictio contentiosa inter privatos”*”, en *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, p. 209; MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das Klassische römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, pp. 189 y ss.; LAURIA, “*Note sul possesso*”, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, p. 793 y STIEGLER, “*Bonorum possessio ordinaria*” und “*extraordinaria*”, en *Studi Volterra*, IV, 1970, p. 245.

³⁵⁸ SOLAZZI, “*Dote e nascituro nella “missio in possessionem”*”, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

³⁵⁹ ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 38.

que los principios reguladores de la capacidad del concebido del sistema civil no sufren ninguna transformación en el sistema pretorio³⁶⁰; así, sostiene que “*per il ius civile, soltanto il postumus suus è ammesso a succedere; per il ius honorarium, il cognato più prossimo è ammesso invece del cognato più remoto, alla bonorum possessio*”³⁶¹.

- Otros autores³⁶², sin embargo, muestran sus dudas respecto a que la posesión de los bienes *ventre nomine* sea una *bonorum possessio* o pertenezca a la categoría de las *missiones in possessionem*; no obstante, a excepción de MARTINI³⁶³, el resto de autores no abandonan la denominación de *bonorum possessio*, integrándola dentro de la *bonorum possessio decretalis* y entendiendo que ésta era acordada por el pretor con carácter provisional³⁶⁴.

³⁶⁰ La concepción de la familia vigente en el *ius civile* se modificaba pero no los principios de la capacidad sucesoria del *postumus suus* que, según ALBERTARIO, se mantienen inalterados en el *ius honorario*: en la familia del *ius civile* adquiere el derecho a suceder el *postumus suus*, excluyendo al agnado; en la familia del derecho pretorio, adquiere el derecho a obtener la *bonorum possessio* el *postumus cognatus*, excluyendo al cognado más remoto. La única transformación, por tanto, es la extensión de la categoría de los *postumi* como consecuencia de la extensión de la familia pretoria, pero los principios que regulan la capacidad del póstumo no sufren ninguna variación. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 38 y ss.). En contra de la inmutabilidad de los principios reguladores de la capacidad jurídica del concebido propuestos por ALBERTARIO, vid. BRASSLOFF, “*Aetas legitima*”, en ZSS, XXII, 1901, pp. 169 y ss. y WENGER, “*Das Recht der Griechen u. Römer*”, en *Allgem. Rechtsg.*, I, pp. 186 y ss.

³⁶¹ Según el autor, el *ius honorario* no reconoce la capacidad a suceder porque ésta sólo la otorgaba el *ius civile*; sin embargo, si concedía el derecho a obtener la *bonorum possessio* que era reconocida por el pretor al *postumus cognatus*; así, de la misma manera que en el sistema civil el *postumus suus* adquiriría la capacidad para suceder en el momento en que estaba concebido, en el *ius honorario* el *postumus cognatus* adquiriría el derecho a obtener la *bonorum possessio* de la herencia en el tiempo de la concepción. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 39).

³⁶² BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 574 y *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, *op. cit.*, pp. 385 y 518; GIRARD, *Manuale elementaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 884; SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrech*, *op. cit.*, pp. 377 y ss.; VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, *op. cit.*, p. 636 y *Diritto ereditario romano*, I, *op. cit.*, p. 183; MARTINI, *Il problema della “causae cognitio” pretoria*, Milano, 1960, pp. 150 y ss.; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 721; METRO, “*La datazione de inscipendo ventre custodiendoque parto*”, en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pp. 946 y ss.

³⁶³ MARTINI (*Il problema della causae cognitio pretoria*, *op. cit.*, p. 150, n. 64), pese a las dudas que le suscita el tema, se muestra más favorable a utilizar la denominación de *missio in possessionem* en vez de *bonorum possessio*.

³⁶⁴ En este sentido, BONFANTE (*Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, *op. cit.*, pp. 385 y 518), entiende que el pretor estableció para el *postumus* un régimen más amplio que el regulado por el *ius civile*, acordando la posesión de los bienes hereditarios; sin embargo, el autor muestra sus dudas respecto a que los textos referidos a esta materia se encuentren interpolados. BONFANTE sitúa la *bonorum possessio ventris nomine* en un apartado específico que denomina “*bonorum possessio provvisoria*”, dentro de la *bonorum possessio*

a semejanza de la *bonorum possessio ex Carboniano edicto* o *furiosi nomine*³⁶⁵.

- Otros autores³⁶⁶ sostienen que la posesión de los bienes otorgada al concebido es una *missio in possessionem* y no una *bonorum possessio*. A este respecto, D'ORS entiende que la *missio in possessionem ventris nomine* se concede a favor de la mujer embarazada únicamente con el fin de asegurar las condiciones materiales para que se produzca el nacimiento del descendiente y para preservar las expectativas hereditarias que le corresponden como *heres suus* del causante³⁶⁷.

BETANCOURT distingue entre la *missio in possessionem ventris nomine* que se concede a la mujer o al *venter* y la *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas* que sólo se acuerda a favor del ser que ya ha nacido: la *missio in possessionem ventris nomine* se concede a la mujer para proteger al *nasciturus* mientras que la *bonorum possessio, sine tabulis, contra tabulas* o *secundum tabulas* se concede al nacido, no a la madre³⁶⁸.

Las posiciones doctrinales que se han citado coinciden en mantener que el *conceptus* tenía derecho a obtener la posesión de los bienes hereditarios,

decretalis y junto a ella explica la *bonorum possessio ex Carboniano edicto*, la *bonorum possessio furiosi nomine* y la *bonorum possessio* concedida como caución al instituido heredero en testamento bajo condición hasta que se verificara ésta. También entienden que es una *bonorum possessio* provisional, VOLTERRA (*Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 721) que entiende que se concede a la madre embarazada y cesaba cuando nacía el hijo o cuando era cierto que no iba a nacer. También GIRARD (*Manuale elementaire de droit romain*, op. cit., p. 884) enmarca la posesión de los bienes *ventris nomine* dentro de la *bonorum possessio decretalis*, como *bonorum possessio* acordada provisionalmente para la madre de un heredero que está concebido en el momento del fallecimiento del causante.

³⁶⁵ VOCI, sin embargo, sitúa la *bonorum possessio ventris nomine* dentro de la tutela procesal del heredero denominando a la misma “*inmissione nel possesso*” que puede reclamar la madre “*in nome del figlio erede che ancora deve nascere*” a fin de que no le falte lo necesario para subsistir hasta su nacimiento. (VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 636).

³⁶⁶ Entre otros, D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 133; BETANCOURT, “*La defensa pretoria del “missus in possessionem”*”, en AHDE, LII, 1982, pp. 479 y ss.; y QUADRATO, “*Missio in possessionem ex edito Carboniano e bonorum possessio Carboniana*”, en BIDR, LXXVII, 1974, pp. 61 y ss.

³⁶⁷ D'ORS, *Derecho privado romano*, op. cit., p. 133. El autor define la *missio in possessionem* como un medio preventivo general que decreta el pretor para preservar ciertos derechos y que origina que el *missus* entre en posesión de todo un patrimonio y no de bienes concretos.

³⁶⁸ BETANCOURT, “*La defensa pretoria del “missus in possessionem”*”, op. cit., p. 381, n. 20. BETANCOURT mantiene que en el supuesto de que se discuta la legitimidad del nacido, como dicho juicio de filiación se posterga hasta la pubertad de éste, se concede la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*; “*por esta razón —continúa el autor— los compiladores sitúan en título 9 del libro 37 del Digesto: De ventre in possessionem mittendo et curatore eius, como un apéndice, entre otros, de la bonorum possessio contra tabulas*”.

variando sus posiciones únicamente en la denominación utilizada para dar nombre a la figura: aunque algunos autores prefieren referirse a la *bonorum possessio ventris nomine* y otros a la *missio in possessionem ventris nomine*, lo cierto es que todos ellos se muestran unánimes en que la posesión se concedía de manera provisional o interina condicionada al nacimiento del concebido. No obstante, la cuestión planteada acerca de si el *conceptus* podía obtener la *bonorum possessio* de la herencia, una posesión de bienes interina o provisional o una *missio in possessionem* es un tema que requiere un tratamiento más complejo del que se le ha dispensado.

Como se ha adelantado con anterioridad, la *bonorum possessio* de la herencia únicamente se concedía al ser humano ya nacido; si hay alguna idea que se desprende claramente de las fuentes es que el *conceptus* en ningún caso obtenía la *bonorum possessio* ya que ésta quedaba reservada para su nacimiento y siempre y cuando éste cumpliera las condiciones establecidas en el edicto pretorio. Esta idea que se acaba de avanzar —que el *conceptus* sólo podía solicitar la *bonorum possessio* una vez que había nacido— se pone de manifiesto de forma explícita en numerosos los textos y de forma implícita en otros muchos; transcribir todos los fragmentos que se expresan en ese sentido resultaría demasiado prolijo, por lo que se citarán aquellos que resultan más relevantes:

- D. 5, 2, 6, pr., situado en el capítulo “*de inofficioso testamento*”, tras afirmar en su inicio que el póstumo, esto es, el ya nacido, se encuentra legitimado para atacar el testamento de las personas de las que fuera *heres suus*, legítimo o cognado si no hubiera sido instituido heredero en el mismo³⁶⁹, añade que sólo cuando el *conceptus* haya nacido se le podrá conceder la *bonorum possessio secundum tabulas*:

D. 5, 2, 6, pr.- (*ULPIANUS libro XIV ad Edictum*).-
...potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex
clausula “*de ventre in possessionem mittendo*”, item
natus “*secundum tabulas*” haberet...

³⁶⁹ En el texto se establece claramente que es el póstumo el que se encuentra legitimado para interponer la *querela inofficiosi testamenti*, esto es, el heredero ya nacido porque éste puede recibir *ab intestato* los bienes por la parte *unde liberi*, *unde legitimi* o *unde cognati*: D. 5, 2, 6, pr.- (*ULPIANUS libro XIV ad Edictum*).- *Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus ssus heres, vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo iis imputatur, cur intestati non decesserant? Sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare, non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit...*

El fragmento admite que, en tanto el heredero instituido se encuentre en estado de concepción y hasta que se verifique su nacimiento, puede obtener la posesión de los bienes hereditarios *ex cláusula “de ventre in possessionem mittendo”*, diferenciando así la *bonorum possessio* concedida al nacido de la posesión de la herencia acordada a favor del concebido.

- En el mismo sentido que D. 5, 2, 6, pr. se pronuncia D. 37, 9, 1, 12, al afirmar que *quia et nato ei* podrá obtener la *bonorum possessio secundum tabulas*, si ha sido instituido heredero en testamento, o *contra tabulas*, si fue preterido en el mismo³⁷⁰:

D. 37, 9, 1, 12.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...quia et nato ei...bonorum possessio secundum tabulas dar potest, aut...etiam contra tabulas... potest accipere.*

- D. 38, 15, 2, 4 de nuevo refleja que al *conceptus* que *in possessionem missus sit* se le defiere la *bonorum possessio* de los bienes *si natus fuerit*:

D. 38, 15, 2, 4.- (*ULPIANUS libro XLIX ad Edictum*).- *Si venter in possessionem missus sit... nam et si natus fuerit, ante ei deferri bonorum possessionem sciendum est.*

- También resulta significativo D. 38, 17, 2, 11, referido al *senadoconsultum Tertullianum*:

D. 38, 17, 2, 11.- (*ULPIANUS libro XIII ad Sabinum*).- *Si quis ex liberis, dum est in utero, in possessionem missus sit, mox natus sit, et ante bonorum possessionem acceptam decesserit, an matri noceat, videndum, quasi bonorum possessor; et puto, non nocere, si non suus patri agnascitur: neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem...*³⁷¹

³⁷⁰ Así se establece en el *principium* de D. 37, 9, 1, dedicado al *edicto de ventre in possessionem mittendo*, por el que el pretor otorga la *missio in possessionem* al *venter* en lugar de la *bonorum possessio contra tabulas*: D. 37, 9, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionem petit.*

³⁷¹ Sobre D. 38, 17, 2, 11, vid. MEINHART, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das Klassische römische Erbrecht*, op. cit., pp. 189 y ss.

El *senatusconsultum Tertullianum*, como es sabido, llamaba a la madre a la sucesión del hijo, siempre y cuando no existieran otros sucesores con mejor derecho; por tanto, un concebido hermano del hijo difunto tendría preferencia a la madre en la sucesión. Sobre esta base, en el fragmento se relata un supuesto en el que ese hijo concebido había obtenido la *missio in possessionem ventris nomine* falleciendo antes de su nacimiento, esto es, antes de que pudiera obtener la *bonorum possessio*; el texto concluye que ese concebido no resultará obstáculo para que la madre pueda obtener la *bonorum possessio* puesto que el hijo que no nació nunca adquirió la condición de *bonorum possessor* necesaria, según el *senatusconsultum Tertullianum*, para excluir a la madre de la sucesión. Queda, pues, claramente establecido que sólo con el nacimiento el *conceptus* puede obtener la *bonorum possessio* y la cualidad de *bonorum possessor*; mientras tanto, aunque se le conceda la *missio in possessionem ventris nomine* no perjudicará ni obstará a nadie porque, como se menciona en el texto, *neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem*.

Como se ha mencionado anteriormente, se podrían citar otros muchos textos que confirman la posición que se viene manteniendo³⁷² pero los que se han citado, a nuestro juicio, resultan suficientes para avalar que sólo *qui natus* o *in rebus humanis esset* puede obtener la posesión de los bienes hereditarios. Se debe advertir, sin embargo, que paralelamente al reconocimiento expresado en las fuentes respecto a que únicamente el nacido tendría derecho a la *bonorum possessio* de la herencia, todos los textos citados aluden a la posibilidad que existía de conceder al *venter* una *missio in possessionem* por parte del pretor, siempre y cuando, nacido pudiera obtener la *bonorum possessio* definitiva. Resulta evidente, pues, que el *conceptus* también era tenido en cuenta por el pretor siendo conveniente a continuación analizar la forma en que materializa esa consideración.

La terminología empleada en las fuentes, a nuestro juicio, no sirve para esclarecer que figura se utilizó para regular la posesión de los bienes hereditarios que se entregaba al concebido. A primera vista, el modelo empleado habría sido el de la *missio in possessionem*; de hecho, un título íntegro del Digesto —D. 37, 9— se dedica a la explicación del edicto *de ventre in possessionem*

³⁷² D. 37, 9, 1, 11.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- ...*qui natus bonorum possessionem accepturus est...*; D. 37, 11, 3.- (*PALUS libro XLI ad Edictum*).- ...*si natus sit, bonorum possessionem petere posse...*; D. 37, 9, 7, pr.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- ...*si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset...*; también puede obtener la *bonorum possessio* aunque haya nacido mediante cesárea: D. 38, 17, 1, 5.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Sed si matris exsecto ventre filius editus sit... nam est institutus secundum tabulas, et ab intestato Unde cognati, et multo magis Unde legitimi bonorum possessionem petere possunt.*

mittendo, por el que el pretor podía acordar una *missio in possessionem ventre nomine* de los bienes hereditarios a favor del *conceptus*, encaminada a un fin muy concreto y siempre que se cumplieran unas determinadas circunstancias. Sin embargo, el primer fragmento de D. 37, 9 parece indicar que la *missio in possessionem* sólo se acordaba en los casos de *bonorum possessio contra tabulas*, dejando de lado los otros tipos de sucesión que podían darse, esto es, la *bonorum possessio secundum tabulas* o *sine tabulas*:

D. 37, 9, 1, *pr.*- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mitti in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

ULPIANO, tras exponer que el pretor se ocupó en su edicto de los descendientes *qui iam in rebus humanis sunt*, afirma que también protegió a aquellos *qui nondum nati sint* concediéndoles la *missio in possessionem* en lugar de la *bonorum possessio contra tabulas*; esta afirmación puede dar lugar a que se plantee alguna duda en los casos de *bonorum possessio secundum tabulas* o *sine tabulas*. En efecto, el hecho de que ULPIANO manifieste que la *missio in possessionem* se concedía al *venter* en sustitución de la *bonorum possessio contra tabulas* podría interpretarse de dos formas: bien que cuando la sucesión consistía en una *bonorum possessio secundum tabulas* o en una *bonorum possessio sine tabulas*, el pretor podía acordar a favor del *venter* la *bonorum possessio* definitiva —como lo haría con cualquier heredero que ya hubiera nacido— o bien, por el contrario, que en estos supuestos no se concedía ni la *bonorum possessio*, que se entregaba al nacimiento, ni la *missio in possessionem*, que quedaba reservada para el caso de sucesión *contra tabulas*.

La primera alternativa señalada se debe descartar ya que, como se ha expuesto anteriormente, el *conceptus* no podía obtener la *bonorum possessio* de la herencia, sino que debía esperar a su nacimiento para tener derecho a la misma; por lo tanto, de conformidad con lo establecido en las fuentes, resulta inviable que en las sucesiones *secundum tabulas* o *sine tabulis* se concediera al *conceptus* la *bonorum possessio* de la herencia como a cualquier otro heredero existente. Dando por sentado, pues, que la *bonorum possessio* no se concedía al *conceptus*, parece que la única figura que quedaría sería la *missio in possessionem*; sin embargo, como se ha mencionado, la referencia a que ésta se acordaba en sustitución de la *bonorum possessio contra tabulas* parecería excluir el resto de supuestos de *bonorum possessio* contemplados en el edicto pretorio, con lo que se podría pensar que la segunda de las alternativas propuestas sería la co-

recta, esto es, que en la *bonorum possessio secundum tabulas* o *sine tabulis* no se acordara ni siquiera la *missio in possessionem*.

La segunda alternativa apuntada, no obstante, tampoco parece que sea razonable, ya que si en los supuestos de sucesión *contra tabulas*, que eran los más conflictivos, se concedía la *missio in possessionem* de los bienes, con mayor razón se debería acordar la medida en el resto de supuestos sucesorios, donde el *postumus* hubiera sido instituido heredero en el testamento o cumpliera los requisitos para ser heredero del *paterfamilias*. De hecho, no faltan textos en los que se afirma rotundamente que el *venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur*, pareciendo admitir que el *conceptus* tenía derecho a la *missio in possessionem* en cualquier tipo de sucesión contemplada en el edicto del pretor:

D. 38, 17, 1, 5.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).-
Sed si matris exsecto ventre filius editus sit, magis dicendum est, hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti; nam et institutus secundum tabulas, et ab intestato Unde cognati, et multo magis Unde legitimi bonorum possessionem petere potuit; argumento est, quod venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur.

El fragmento se refiere a un nacimiento por cesárea y se afirma que el nacido también es admitido a la herencia legítima; si ha sido instituido heredero en el testamento del *de cuius*, podrá pedir además la *bonorum possessio secundum tabulas* y, en caso de sucesión intestada, también podrá pedir la *bonorum possessio unde cognati* y *unde legitimi*. Hasta aquí el texto se refiere al nacido, pero a continuación, se añade que los anteriores derechos tienen su base en que el *venter in possessionem ex omni parte Edicti mittitur*, pareciendo que la *missio in possessionem* se acordaba fuera cual fuera la sucesión de la que se tratara.

D. 37, 9, 10 también pone de manifiesto que al *venter* se le concede la *missio in possessionem ex omni parte Edicti* y que el pretorvno lo pondría *si ei nato daturus non esset bonorum possessionem*³⁷³:

³⁷³ La referencia que se efectúa en el fragmento respecto a que el póstumo, concebido al tiempo de la muerte del testador, podía solicitar la *bonorum possessio*, refleja de nuevo la necesidad del nacimiento del sucesor para que éste tuviera derecho a la posesión de los bienes en virtud del edicto pretorio.

D. 37, 9, 10.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem; nam et ventre Praetor ex omnibus Edicti (partibus) mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

Los anteriores fragmentos parecen contradecir lo que se desprendía de D. 37, 9, 1, pr., ya que en ellos se establece que la *missio in possessionem* se acordaba *ex omni parte edicti* mientras que en D. 37, 9, 1, pr. constaba que la *missio in possessionem* se concedía en sustitución de la *bonorum possessio contra tabulas*. A nuestro juicio, puede formularse una hipótesis para resolver la contradicción existente entre los textos y establecer si la *missio in possessionem* se acordaba en todos los supuestos sucesorios o únicamente en la sucesión *contra tabulas*. Parece lógico suponer que, originariamente, en el sistema pretorio se siguiera el mismo procedimiento establecido en el civil cuando en una sucesión existía un *conceptus nondum natus*: de igual forma que en el *ius civile* la cuota hereditaria reservada al *conceptus* sólo podía adquirirla a su nacimiento, en el sistema pretorio, las fuentes no ofrecen lugar a dudas respecto a que sólo el nacido tenía derecho a la *bonorum possessio* y, por tanto, el *conceptus* debía esperar a su nacimiento para poder acceder a ella. Conforme a ello, durante el periodo de gestación del futuro sucesor, nadie podría solicitar la *bonorum possessio* de la herencia, ya que se debía esperar a la verificación del nacimiento: si nacía, se le concedía la *bonorum possessio* y si no nacía, podían obtenerla las personas que cumplieran las condiciones establecidas en el edicto.

La espera que debían soportar los sucesores de grado posterior existente en la regulación del *ius civile*, se recoge claramente para el sistema pretorio en D. 37, 4, 1, 5; el párrafo anterior, D. 37, 4, 1, 4, menciona un supuesto en el que suceden tres hijos a la herencia de un *paterfamilias*, afirmando que si uno de ellos cae en cautividad sólo se puede hacer reparto de dos tercios de la herencia; a continuación, en el párrafo siguiente se establece que tal regla también es aplicable al póstumo que se encuentra en estado de concepción, porque *in ea causa est, ut partem faciat*³⁷⁴:

³⁷⁴ El póstumo, esto es, el nacido, debe hacer parte con el resto de los *liberi* porque también él *vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem*: D. 37, 4, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XXXIX ad Edictum*).- *In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales, sive adoptivos, si neque instituti, neque exheredati sunt.* 1.- *Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure, eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili.* 2.- *Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere.*

D. 37, 4, 1, 4.- (*ULPIANUS libro XXXIX ad Edictum*).- *Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. 5.- Idem et in postumo; nam quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat.*

De acuerdo con lo anterior, por lo general no existiría problema alguno para resolver la sucesión en presencia de un *conceptus*:

- Si la sucesión era intestada y el concebido era el único heredero, el plazo para solicitar la *bonorum possessio* se paralizaba en espera del nacimiento y se actuaba como ya se ha mencionado: si nacía, adquiría la *bonorum possessio* de la herencia y si no nacía, entraban a suceder los herederos posteriores en grado: por el contrario, si el *conceptus* no era el único heredero sino que concurría con otros, se podía conceder la posesión de los bienes al resto, reservando siempre la parte que correspondía a aquél y que obtendría a su nacimiento.
- Si la sucesión era testamentaria —que seguramente sería el supuesto habitual— lo normal era que se diera cumplimiento a la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, por lo que si el póstumo había sido instituido heredero en testamento, él sería el único sucesor pudiendo obtener a su nacimiento la *bonorum possessio secundum tabulas*; por el contrario, si era desheredado, sería excluido de la herencia sin que tuviera derecho alguno.

Se observa, pues, que habitualmente la sucesión se desarrollaba con normalidad en la forma en que se ha expuesto; sin embargo, queda por exponer un supuesto que se podía dar en la sucesión testamentaria y que llevaría aparejada a una situación de total confrontación de derechos: es el caso en que el testador instituía heredero a un tercero y pretería al póstumo. Como ya se expuso en su momento, el póstumo preterido rompía el testamento al nacer; sin embargo, si no nacía, el testamento permanecía válido, adquiriendo la herencia el instituido en el mismo; de ahí que en este caso se produjera un conflicto de intereses entre el *conceptus* y el heredero instituido en el testamento, puesto que éste último podía solicitar la *bonorum possessio secundum tabulas* mientras que el concebido podía solicitar a su vez la *bonorum possessio contra tabulas* al haber sido preterido.

Ante el conflicto presentado al pretor, es obvio que éste debía adoptar una decisión referida a la posesión de los bienes en tanto duraba la controversia y adoptar medidas cautelares en defensa de los intereses de los terceros interesados en la herencia; y ello porque podía darse el caso de que el concebido no llegara a nacer y que los derechos de esas terceras personas y del heredero instituido en el testamento quedaran frustrados al haber entregado la posesión de

los bienes al *conceptus*, ya que era la parte más digna de protección porque se debía favorecer su nacimiento. Resulta lógico pensar, pues, que este supuesto donde la confrontación de derechos entre el heredero instituido en testamento y el *conceptus nondum natus* era evidente fuera el primero en el que se acordara la *missio in possessionem ventris nomine* y no una *bonorum possessio* que hubiera podido suponer un riesgo evidente para los derechos de terceras personas interesadas en la herencia. Seguramente, con el paso del tiempo, la *missio in possessionem* acordada en el ámbito de una posible sucesión *contra tabulas* se extendiera a otros supuestos sucesorios conflictivos, como en el caso que se discutiera el *status* del concebido o de la mujer o se acusara a ésta de calumnia o adulterio, etc...³⁷⁵. Y tampoco resulta ilógico que la *missio in possessionem* se extendiera a todos los casos de sucesión pretoria en los que hubiera presencia de un *conceptus*, aunque no hubiera ningún conflicto de intereses, esto es, en la sucesión *secundum tabulas* y *sine tabulas*. La puesta en posesión de los bienes al *conceptus* en éstos casos tenía más sentido que en el resto, ya que se debe tener en cuenta que con seguridad, salvo que el concebido no llegara a nacer, se convertiría en *bonorum possessor* de la herencia; de ahí que en éstos casos, a nuestro entender, la *missio in possessionem* constituya más un anticipo de los derechos sucesorios del futuro heredero que una medida cautelar³⁷⁶.

La postura mantenida en cuanto al origen y evolución de la *missio in possessionem ventris nomine*, aparece reflejada en D. 29, 2, 30, 1, texto en el que se puede observar las fases por las que, a nuestro juicio, atraviesa la regulación de la medida:

D. 29, 2, 30, 1.- (*ULPIANUS libro VIII ad Sabinum*).- ...*qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus, et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. Idemque et per bonorum possessionem edictalem. Denique Praetor ventrem mittit in possessionem.*

El texto afirma, en primer lugar, que *qui in utero est* sólo *ad moram faciendam inferioribus*, esto es, sólo suspende el reparto de la herencia, impi-

³⁷⁵ En el Digesto, los compiladores dedicaron un título completo a la *missio in possessionem ventris nomine*, pero haciendo referencia a la posesión de los bienes también en supuestos igual de conflictivos que la *bonorum possessio contra tabulas*, como por ejemplo la posesión de los bienes entregada al concebido de un hijo emancipado o la posesión de los bienes *secundum tabulas* concedida al *postumus extraneus* o *alienus* cuando concurrían circunstancias bastante extremas.

³⁷⁶ En la sucesión *sine tabulis* y *secundum tabulas*, la *missio in possessionem* más que una medida cautelar supondría la concesión de una posesión interina o provisional de los bienes hereditarios al *conceptus*, confirmándose como *bonorum possessio* definitiva si finalmente llegaba a nacer.

diendo que puedan entrar los posteriores en grado; *si fuerit editus*, entonces *sibi locum faciendum*³⁷⁷. A continuación, se hace referencia al sistema pretorio de sucesión, afirmando que *idemque et per bonorum possessionem edictalem*, esto es, que la regulación del *ius civile* servía también para la *bonorum possessio* en virtud del edicto del pretor. Por lo tanto, si el procedimiento utilizado en la herencia civil en presencia de un *conceptus* era el mismo que para la *bonorum possessio*, se desprende claramente del texto lo que se había mantenido con anterioridad respecto a que el concebido sólo ocasionaba que los sucesores posteriores en grado no pudieran solicitar la *bonorum possessio* de la herencia y tuvieran que esperar a la verificación del nacimiento: si nacía, él sería el que tendría derecho a solicitar la *bonorum possessio*; si no nacía, podían obtenerla los sucesores de la categoría posterior prevista en el edicto. La parte *in fine* del fragmento viene a corroborar esta conclusión, ya que consta que *Praetor ventrem mittit in possessionem*; la forma genérica en la que viene efectuada la afirmación, esto es, sin hacer referencia a ningún tipo de sucesión, avala nuestra postura referida a que la *missio in possessionem ventris nomine* pudo acordarse, finalmente, en cualquier sucesión, ya fuera *contra tabulas*, *secundum tabulas* o *sine tabulas*.

Se observa igualmente que la parte final de D. 29, 2, 30, 1 resalta la diferencia existente entre la *bonorum possessio* y la *missio in possessionem*: la primera la podía obtener el nacido y la segunda era la que se concedía al concebido. Prueba de que la *missio in possessionem ventris nomine* era una figura diferenciada claramente de la *bonorum possessio*, lo constituyen los textos dedicados a las *missiones in possessionem* en los que la *missio in possessionem ventris nomine* aparece insertada junto a la *missio in possessionem rei servandae causa*, la *legatorum servandorum causa* o la *damni infecti nomine*, como una categoría más de *missiones in possessionem*:

D. 2, 12, 2.- (ULPIANUS libro V ad edictum).- *Eadem oratione divus Marcus in senatu recitata effecit de aliis speciebus praetorem adiri etiam diebus feriaticis: ut puta ut tutores aut curatores dentur: ut officii admoneantur cessantes: excusationes allegentur: alimenta constituentur: aetates probentur: ventris nomine in possessionem mittatur, vel rei servandae causa, vel legatorum fidei commissorum, vel damni infecti...;*

³⁷⁷ Como se recordará, ésta es la regulación civil de la sucesión en presencia de un *conceptus*: el concebido tenía reservada su cuota hereditaria hasta el momento de su nacimiento en el que adquiriría la misma; si era el único heredero, nadie podía adir la herencia en espera de que naciera el concebido: si finalmente nacía, él sería el único heredero; si no nacía, la herencia pasaría a los herederos posteriores en grado.

D. 42, 4, 1.- (ULPIANUS libro XII ad edictum).- *Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine, y damni enim infecti nomine si non caveatur, non in universorum nomine fit missio, sed rei tantum, de qua damnum timetur.*

D. 43, 4, 1, 2.- (ULPIANUS libro LXXII ad Edictum).- *Est autem generale hoc Edictum, pertinet enim ad omnes, qui in possessionem a Praetore missi sunt; convenit enim Praetori, omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri. Sed sive rei servandae causa, sive legatorum, aut ventris nomine in possessionem missi fuerint, habent ex hoc Edicto in factum actionem, sive doli, sive aliter prohibuerint.*

Estos tres textos pertenecientes a ULPIANO se encuentran referidos a distintas materias —el primero a los días de feria, el segundo a las causas por las que una persona es puesta en posesión de los bienes y el tercero a la *actio in factum* concedida al *missus*— pero los tres exponen una clasificación de las *missiones in possessionem*³⁷⁸ unánime, incluyendo la *missio in possessionem rei servandae causa*, la *legatorum servandorum causa*, la *damni infecti nomine* y la *ventris nomine*³⁷⁹. Igualmente, dos fragmentos más dedicados a las *missiones in possessionem* se refieren a la *missio in possessionem ventris nomine*:

D. 41, 2, 3, 23.- (PAULUS libro LIV ad Edictum).- *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionem posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, posidemus, ineptissimum est; nam qui creditorem rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, mittit in possessionem, vel ventris nomine, non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit...*

³⁷⁸ Respecto a la clasificación de las *missiones in possessionem* vid. KASER, *Das römische Zivilprozess*, Munich, 1966, pp. 302 y 334.

³⁷⁹ A este respecto, como ya se ha tenido ocasión de exponer, SOLAZZI (*“Dote e nascituro nella “missio in possessionem”*”, *op. cit.*, pp. 312 y ss.) considera que estos textos se encuentran interpolados ya que la *missio in possessionem ventris nomine* no pertenece a las *missiones in possessionem* al concederse al *venter* una *bonorum possessio*.

D. 42, 4, 12.- (POMPONIUS libro XXIII ad Quintum Mucium).- *Quum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere Praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum, et observantionem nobis concedit.*

Los textos han sido tachados de dudosos por parte de algunos autores³⁸⁰ que entienden que la inclusión de la *missio in possessionem ventris nomine* es obra de los compiladores ya que está claro que en ella no sólo se concede la custodia del patrimonio hereditario, sino que también se puede disponer de los bienes, aunque con unos límites muy concretos puesto que la disposición se encamina a asegurar las condiciones necesarias para que el nacimiento del heredero llegue a acontecer.

Con independencia de que la referencia a la *missio in possessionem ventris nomine* pueda considerarse una interpolación, a nuestro entender lo que se está queriendo dejar constancia en estos fragmentos es que ésta no estaba considerada una *bonorum possessio* del patrimonio hereditario, sino que estaba más próxima a las figuras de la *missiones in possessionem*³⁸¹. Como se sabe, la *bonorum possessio* sitúa al poseedor del patrimonio hereditario *heredis loco*³⁸² por lo que el *bonorum possessor* se encuentra facultado para ejercitar los derechos que corresponden al heredero civil sobre la herencia, si bien con algunas

³⁸⁰ SOLAZZI, “Dote e nascituro nella “*missio in possessionem*”, *op. cit.*, p. 317; ALBERTARIO, “*Il possesso romano*”, en *BIDR*, XL, 1932, p. 24; BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova, 1937, p. 178, en referencia a D. 42, 4, 12 y DAUBE, “*Concerning the classification of Interdicts*”, en *RIDA*, VI, 1951, p. 62, en cuanto a D. 41, 2, 3, 23. En el mismo sentido se pronuncia METRO, “*La datazione dell’ “editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, *op. cit.*, p. 948, n. 23.

³⁸¹ Sobre las *missiones in possessionem* vid., entre otros, SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, I, Napoli, 1937, pp. 33 y ss.; LEPRI, *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939; BRANCA, “*Missiones in possessionem e possesso*”, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 483 y ss. (= en *SDHI*, IX, 1943, pp. 127 y ss.); BOZZA, “*D. 41, 2, 3, 23 e la classificazione dei “genera possessionum”*”, en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pp. 616 y ss.

³⁸² El pretor no otorga la cualidad de *heres* al *bonorum possessor* pero *loco heredum constituntur*, a fin de que pueda adquirir los bienes hereditarios mediante la *usucapio pro herede*. GAYO III, 32.- *Quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest... Sed cum eis praetor dat bonorum possessionem loco heredum constituntur*; ULPIANO XXVIII, 12.- *Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt... Sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris*; D. 50, 17, 117.- (PAULUS libro XI ad edictum).- *Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet.*

singularidades³⁸³; teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que la posesión de los bienes concedida al *conceptus* no es la *bonorum possessio* consagrada en el edicto del pretor, puesto que la facultad de disposición de los bienes hereditarios en aquella se encuentra limitada: sólo se podrá disponer de los bienes en tanto sea necesario para proporcionar alimentos, vestido, habitación, servicio doméstico y, en definitiva, lo necesario para que el nacimiento llegue a buen fin.

En conclusión, respecto al término más adecuado para designar la posesión de bienes concedida al *venter*, a nuestro entender, el de *missio in possessionem* resulta el más aproximado, por un lado, porque posee también las notas de interinidad y provisionalidad que caracterizan a las *missiones in possessionem*³⁸⁴ y, por otro lado, porque la terminología que emplean las fuentes parece avalar esta denominación³⁸⁵. Además, se debe tener en cuenta que la *missio in possessionem ventris nomine*, posiblemente en su origen se hubiera adoptado como medida provisional en el marco de un conflicto entre el heredero instituido en testamento y el póstumo que había sido preterido en el mismo; en este caso, el interés más digno de protección sería sin duda el del *conceptus* que, salvo que no llegara a nacer, obtendría la *bonorum possessio contra tabulas*.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la *missio in possessionem ventris nomine* sea una categoría más de *missiones in possessionem*, ya que la *missio in possessionem rei servandae causa*, la *legatorum servandorum causa* o la *damni infecti nomine* tan sólo conceden al *missus* facultades de custodia y conservación del patrimonio sobre el que recae la medida³⁸⁶; sin embargo, la

³⁸³ Como afirma SCHULZ, al definir la *bonorum possessio*, el *bonorum possessor* no es un simple *possessor rerum*, sino el *successor mortis causa ex iure praetorio* sucediendo *uno actu in locum defuncti* en virtud del decreto del magistrado; semejante a la del *heres civilis*, no obstante, su posición presenta algunas singularidades puesto que únicamente es un *successor iure praetorio*. (SCHULZ, *Derecho romano clásico*, *op. cit.*, p. 206).

³⁸⁴ D. 2, 1, 1 y 4; D. 42, 5, 9, pr.; D. 42, 5, 9, 8 y GAYO IV, 177.

³⁸⁵ Incluso METRO que prefiere utilizar la expresión “*bonorum possessio*” reconoce que ello contrasta con la terminología utilizada por las fuentes que la denominan *missio in possessionem ventris nomine*. (METRO, “*La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, *op. cit.*, p. 946 y nota 12). También ALBERTARIO que prefiere utilizar el término de *bonorum possessio*, afirma que “*testi delle Pandette concedono a favore di questo postumus –se refere al postumus ex emancipato– la missio in possessionem e gli attribuiscono, nato, la bonorum possessio*”. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 38).

³⁸⁶ D. 36, 4, 5, pr.- (ULPIANUS libro LII ad Edictum).- ...*missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur...*; D. 41, 2, 3, 23.- (PAULUS libro LIV ad Edictum).- ...*non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit...*; D. 42, 4, 12.- (POMPONIUS libro XXIII ad Quintum Mucium).- ...*non possidemus, sed magis custodiam rerum, et observationem nobis concedit*; D. 43, 3, 1, 9.- (ULPIANUS libro LXVII ad Edictum).-...*qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius*

missio in possessionem ventris nomine permite a la mujer —o al *curator*— disponer de los bienes hereditarios a fin de asegurar las condiciones óptimas para que el nacimiento del concebido llegue a buen fin: alimento, vestido, habitación, servicio doméstico, etc... Esta facultad de disposición de los bienes hereditarios hace que la posesión de los bienes otorgada al *venter* adquiera rasgos específicos que impiden integrarla dentro de las *missiones in possessionem*.

En definitiva, la posesión de los bienes concedida al *venter* aparece configurada en las fuentes con unas características específicas que hacen de la misma una figura autónoma, impidiendo su conceptualización como *bonorum possessio* pero tampoco permiten su inserción dentro del grupo de las *missiones in possessionem*, aunque sí podría afirmarse que es una figura cercana a éstas últimas y, puesto que las fuentes utilizan *missio in possessionem* para referirse a la posesión de los bienes concedida *in ventris nomine*, nos mostramos partidarios de no alterar dicha terminología, teniendo en cuenta que tal opción obedece más a las razones que se han apuntado que a la convicción de que ésta pertenezca a la categoría de las *missiones in possessionem*.

III. REGIMEN JURIDICO DE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE*.-

Conviene examinar varios aspectos del régimen jurídico de la *missio in possessionem ventris nomine*: el sujeto a quien se concede; el objeto sobre el que recae; el fundamento y finalidad; las condiciones que deben concurrir para que se pueda decretar la *missio in possessionem*; los casos en los que se puede acordar; las medidas cautelares que se pueden adoptar para defender los intereses de terceros que ostentan derechos en la herencia; etc... Todas estas cuestiones referidas al régimen de la *missio in possessionem ventris nomine* serán analizadas por separado con análisis de las fuentes.

custodit... Respecto a la *custodia*, METRO (*L'obbligazione di custodire nel diritto romano, I, Milano, 1947*, p. 83) entiende que implica poderes y facultades que varían en cada una de las categorías de *missiones in possessionem*; estos poderes son fijados por el magistrado en función de la cosa o patrimonio sobre el que recae la medida. El autor sostiene que la *observantia* es sinónimo de custodia en su acepción vulgar, esto es, de vigilancia. Sigue esta posición BETANCOURT (*“La defensa del “missus in possessionem”, op. cit., p. 418*) que entiende que la *custodia et observantia* de las *missiones in possessionem* no tiene un carácter técnico —que sí tiene en el plano contractual— sino que está referido más bien a vigilancia, salvaguarda o conservación; esta *custodia* tiene matices diferentes y un grado de intensidad distinto según el tipo de *missio in possessionem* de que se trate.

1. SUJETO A QUIEN SE CONCEDE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM*.-

La diferente terminología que se utiliza en las fuentes para referirse a la persona a quien podía concederse la *missio in possessionem ventris nomine* ha dado lugar a que surjan dudas en cuanto al sujeto al que favorecía la medida; esta cuestión fué advertida por BETANCOURT³⁸⁷ quien distinguió entre la primera jurisprudencia clásica, que concedía la *missio* directamente al *nasciturus* o *venter*, y la última, que otorgaba la posesión de los bienes a la viuda o, en general, a la mujer embarazada que fuera pariente agnada del *de cuius*³⁸⁸. No obstante, si bien la terminología empleada en las fuentes puede inducir a un cierto confusionismo en cuanto al sujeto en favor del que se disponía la *missio in possessionem*, ello no debe llevar a la conclusión de que los destinatarios fueran distintos, esto es, que en un primer momento fuera el *venter* y, posteriormente, la mujer.

Hay que advertir a este respecto que mujer y *conceptus* son dos sujetos unidos, dos caras de una misma moneda: la mujer no puede desligarse del *conceptus* ni éste de la mujer; si la mujer tiene derecho a la posesión de los bienes, sin duda es porque se encuentra embarazada de un futuro heredero del causante; pero a la vez ese futuro heredero, en tanto es *conceptus*, *mulieris portio est vel viscerum*³⁸⁹. El destinatario de la *missio in possessionem* en realidad es el *conceptus*, ya que éste es quién, a su nacimiento, puede obtener la *bonorum possessio* definitiva; sin embargo, como el concebido no es un ser independiente de la madre, ni física ni jurídicamente, resulta obvio que será ésta la que posea directamente los bienes hereditarios. En definitiva, no existen dos sujetos, *venter* y *uxor*, sino uno sólo, la *uxor praegnans* que obtiene la *missio* precisamente por el hecho de estar embarazada; de ahí que en los textos que se refieren a la mujer como sujeto destinatario de la *missio in possessionem* siempre se afirme que se le concede *ventris nomine*³⁹⁰.

³⁸⁷ BETANCOURT, “La defensa pretoria del “*missus in possessionem*”, *op. cit.*, pp. 380 y 381, n. 20.

³⁸⁸ Para BETANCOURT (“La defensa pretoria del “*missus in possessionem*”, *op. cit.*, p. 427 y 487) “en la primera forma clásica se debió hacer referencia directa, tanto en el Edicto como en la jurisprudencia, al *venter*” y “sólo posteriormente habló ya la jurisprudencia de la mujer *missa in possessionem*”.

³⁸⁹ D. 25, 4, 1, 1.- (ULPIANUS libro XXIV ad Edictum).- ...*partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*...

³⁹⁰ D. 1, 21, 4, 1.- (MACER libro I de officio Praesidis).- *Ut possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caveatur, ut is possidere iubeatur, aut ventris nomine in possessionem mulier, vel is, cui legatum est, legatorum servandorum causa in possessionem mittatur, mandari potest*; D. 29, 3, 9.- (PAULUS libro XLV ad Edictum).- *Si mulier ventris nomine in possessione sit, aperiendae sunt secundae tabulae, ut sciatur, cui damandata sit curatio*. En el primer texto se hace referencia a las funciones que puede delegar el presidente y una de ellas es

Por lo que se refiere a la terminología empleada en las fuentes, se debe advertir que los textos en los que la mujer aparece como sujeto de la *missio in possessionem*, se refieren a *sedes materiae* que únicamente pueden tener como sujeto de referencia a la mujer; son fragmentos dedicados a la *missio in possessionem ventris nomine calumniae causae*³⁹¹, en los que la mujer simula su embarazo con el único fin de obtener la posesión de los bienes; parece bastante lógico, pues, que el único sujeto al que pueden referirse los textos sea la mujer: ésta es la que calumnia y la que obtiene la posesión de los bienes *calumniae causae*; el único sujeto posible es la mujer porque el *venter* nunca llegó a existir. Con independencia de estos fragmentos referidos a *si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicitur*, el resto de textos mencionan al *venter*³⁹² como sujeto al que se otorga la *missio in possessionem*.

En definitiva, el sujeto de la *missio in possessionem* es el *conceptus*, puesto que éste será el futuro *bonorum possessor* del patrimonio hereditario; sin embargo, como el *conceptus* no es un ser fisiológicamente independiente, no puede separarse de la madre porque es *portio* de ella, la mujer *missa in possessionem sit*, pero *in ventris nomine*, esto es, no por la mujer misma sino en razón de su embarazo del futuro heredero del causante que, una vez nacido, obtendrá la *bonorum possessio* definitiva.

2. FUNDAMENTO Y FINALIDAD.-

Se ha tenido ocasión de afirmar que la presencia de un *conceptus nondum natus* en una sucesión *mortis causa* originaba incertidumbre al descono-

la de *ventris nomine in possessionem mulier*; el segundo de los textos se refiere al supuesto en que el testamento *in duobus exemplariis scriptum sit* y menciona que el segundo de los testamentos debe abrirse *si mulier ventris nomine in possessione sit*, para saber quién solicitó un curador. Por lo tanto, en ambos textos el sujeto objeto de la *missio in possessionem* es la mujer, pero no hay que olvidar que siempre lo es *in ventris nomine*.

³⁹¹ D. 3, 2, 15.- (ULPIANUS libro VIII ad Edictum).- *Notatur, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se asseverat praegnantem...*; D. 3, 2, 19.- (ULPIANUS libro VIII ad Edictum).- *...Idque et in patre erit servandum, qui calumniae causa passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem ventris nomine mitti*; D. 25, 6, 1, pr.- (ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum).- *Si de possessione ventris nomine quaeratur... quasi calumniae causa fuerit in possessionem missa...*; D. 25, 6, 1, 6.- (ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum).- *Competit autem haec actio ei, cuius interfuit in possessionem missam non esse...*; D. 25, 6, 1, 8.- (ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum).- *...qui exclusus est, dandam hanc actionem Iulianus ait, siquidem eius quoque interfuit, non fuisse calumniae causa in possessione mulierem...*; D. 39, 6, 12.- (ULPIANUS libro XLIV ad Sabinum).- *Si mulier ventris nomine per calumniam, ut in possessionem mitti desideret...*

³⁹² D. 37, 9, 1 pr, 2, 5, 6, 9, 11 a 14, 17, 27; D. 37, 9, 6; D. 37, 9, 7, 1 y 2; D. 37, 9, 9; D. 28, 5, 23, 3; D. 36, 4, 7; D. 10, 3, 7, 8; D. 38, 15, 2, 4; D. 38, 17, 2, 11; D. 40, 4, 13, 3; D. 42, 4, 7, 10; D. 43, 4, 3, 2.

cerse si el nacimiento finalmente llegaría a producirse; en la regulación del *ius civile*, esta incertidumbre creaba graves problemas por la necesidad que existía, por una parte, de salvaguardar los derechos hereditarios del *conceptus* y, por otra, de evitar la merma en las cuotas del resto de herederos concurrentes con él o que tendrían derecho a la herencia si éste no nacía.

Los problemas que se planteaban en la sucesión civil, y que se solucionaron a través de la reserva de los derechos hereditarios que corresponderían al *conceptus* se agudizan en el sistema pretorio ya que, como se sabe, en éste se entregaba la posesión de la herencia al sucesor que tuviera mejor derecho según el edicto del pretor. Por lo tanto, si se concedía la posesión de los bienes hereditarios al concebido en virtud de la cualidad de sucesor pretorio que obtendría a su nacimiento, se originaba paralelamente un alto riesgo porque, en caso de que no naciera, se habría producido la pérdida de bienes hereditarios en detrimento del resto de herederos. No obstante, lo cierto es que las fuentes se muestran claras en reconocer al *conceptus* —que nacido cumpliera los requisitos establecidos en el edicto— el derecho a ser puesto en posesión del patrimonio hereditario, sólo o junto al resto de herederos.

Cabe, pues, preguntarse el fundamento jurídico que subyacía tras la concesión de la *missio in possessionem* al *venter* a pesar del evidente riesgo que podía producirse si el concebido no llegaba a nacer; a este respecto, los textos señalan como motivación la equidad y utilidad pública:

D. 37, 9, 1, 2, *in fine*.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- ...*aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.*

D. 37, 9, 1, 11.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- ...*est enim aequissimum partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est...*

D. 37, 9, 1, 5.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- ...*quia sub incerto utilius est, ventrem ali.*

D. 37, 9, 1, 15.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- ...*partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Republicae nascitur.*

Resulta más equitativo, pues, que un concebido sea alimentado a costa de la herencia del causante que denegarle esos alimentos al futuro *bonorum possessor* por la incertidumbre respecto a si podrá llegar a ser o no heredero. De los textos citados se desprende, por tanto, que la protección del *nasciturus* continúa basándose en la futura posición de heredero —ahora de *bonorum possessor*— que éste ostenta, como ocurría en épocas anteriores³⁹³. No obstante, si se percibe un leve cambio hacia la protección de la *spes hominis* que el concebido entraña³⁹⁴: en D. 37. 9, 1, *pr.* se advierte que el pretor se ocupa tanto de los descendientes *qui iam in rebus humanis sunt* como de los *qui nondum nati sint*, y ello por la esperanza de vida que resulta inherente a éstos³⁹⁵; ésta nueva concepción del ser humano engendrado se pone de manifiesto en otros textos que se refieren al concebido como *spes hominis* o *spes nascendi*³⁹⁶.

El giro en la concepción del *nasciturus* sirve de fundamento para que se conceda la *missio in possessionem*: lo que se busca no es tanto salvaguardar los derechos hereditarios que le corresponden como se hacía en el *ius civile*, ya que para tal fin era suficiente la reserva de esos derechos hasta el parto; se intenta ahora, no obstante, que el nacimiento del concebido llegue a buen fin, que no

³⁹³ Se tuvo ocasión de exponer en capítulos anteriores que el *nasciturus* era tenido en cuenta en la sucesión únicamente por la certeza que proporcionaba la futura existencia de un *heres suus* si nacía; sin embargo, en el sistema civil sólo se efectuaba una reserva de la cuota hereditaria que le correspondería: en caso de que naciera, la adquiriría y si no llegaba a nacer, acrecía al resto de herederos; sin embargo, con el sistema pretorio, se decreta en su favor una *missio in possessionem* del patrimonio hereditario que puede ser considerada como el anticipo de sus derechos hereditarios.

³⁹⁴ BARTOSEK, ("La spes en droit romain", en *RIDA*, II, pp. 19 y ss. (= en *Mèlanges de Visscher*, I, *Bruxelles*, 1949, pp. 19 y ss.), en especial vid. pp. 28 y ss.) entiende que la *spes nascendi* es una noción conocida por el derecho clásico con una significación netamente jurídica, unida a importantes efectos jurídicos sobre todo en materia sucesoria y de *status*; según el autor "*tous ces effets juridiques se lient à l'entretemps entre la conception et la naissance de l'enfant-citoyen romain. La spes nascendi suppose donc deux faits juridiques comme éléments fondamentaux: la conception déjà effectuée et la naissance pas encore réalisée, mais attendue*"; continúa manifestando que "*les textes où se fait valoir la spes nascendi manifestent ainsi un développement conséquent de l'idée que la condition juridique des enfants légitimes dépend du moment de la conception*".

³⁹⁵ D. 37, 9, 1, *pr.*- (ULPIANUS libro *XLI ad Edictum*).- *...Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit...*

³⁹⁶ D. 37, 9, 1, 8.- (ULPIANUS libro *XLI ad Edictum*).- *...aliquo casu spes est...* y D. 37, 9, 1, 9.- (ULPIANUS libro *XLI ad Edictum*).- *...qui speratur...* ULPIANO XXVI, 3.- *Quamdiu suus heres speratur...* D. 38, 16, 2, *pr.*- (ULPIANUS libro *XIII ad Sabinum*).- *...si nec sperantur esse...*; D. 38, 7, 5, 1.- (MODESTINUS libro *III. Pandectarum*).- *Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto existere...*; D. 38, 8, 1, 8.- (ULPIANUS libro *XLVI ad Edictum*).- *Si quis proximior cogantur nasci speratur...*; D. 38, 17, 2, 7.- (ULPIANUS libro *XIII ad Sabinum*).- *Si vero apud hostes est filius vel nasci speratur...*; D. 37, 4, 1, 5.- (ULPIANUS libro *XXXIX ad Edictum*).- *Idem et in postumo: nam quamdiu postumus speratur...*; D. 50, 16, 231.- (PAULUS libro *singulari ad Senatusconsultum Tertullianum*).- *...qui nasci speratur...*

se produzca un aborto o que *qui speratur ante vitam necetur*³⁹⁷; de ahí que la *missio in possessionem ventris nomine* pueda entenderse como un anticipo de derechos hereditarios del *nasciturus* para asegurar su vida extrauterina³⁹⁸.

En cualquier caso, al *conceptus* no se le concede la *bonorum possessio* de la herencia sino una *missio in possessionem* consistente en la puesta en posesión de los bienes hereditarios de forma interina, con facultades de disposición restringidas y encaminada hacia un fin muy concreto: favorecer las condiciones necesarias para que el nacimiento tenga lugar³⁹⁹; pero ello resulta lógico porque no se puede olvidar que el *nasciturus* carece de capacidad jurídica, con lo que se debía poner especial cuidado en la salvaguarda de los derechos que ostentaban terceras personas interesadas en la herencia del causante.

La protección del concebido experimenta, pues, un leve pero significativo giro al tener como fundamento no sólo la tutela del futuro sucesor, sino también el amparo de la *spes hominis*. Este leve pero significativo giro en la base de la protección del *nasciturus*, produce también una flexibilización en la exigencia de las condiciones requeridas para la concesión de la *missio in possessionem ventris nomine*: sólo si existe certeza absoluta de que el concebido no cumplirá a su nacimiento las condiciones requeridas por el edicto pretorio para acceder a la *bonorum possessio* se denegará la *missio in possessionem* de la herencia. Si se planteaban dudas respecto a si el póstumo al nacer ostentaría la cualidad de *heres suus*, si existían ambigüedades en cuanto a su desheredación, si se promovía alguna *quaestio status* del concebido o de la madre e incluso si se planteaban dudas acerca de la propia existencia del embarazo, el pretor ponía en posesión de los bienes al *venter*. Y ello porque se consideraba más digno que *ne fame pereat filius* a que disminuyera la cuota del heredero si al final *apparuit filium non esse*⁴⁰⁰. Esta medida, sin embargo, traía también como contrapartida el especial cuidado que debía ponerse en la salvaguarda de los derechos que ostentaban terceras personas interesadas en la herencia; de ahí

³⁹⁷ D. 37, 9, 1, 9.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).-...ne, qui speratur ante vitam necetur...

³⁹⁸ Como ya se ha expuesto, este anticipo de derechos se da sobre todo en la sucesión *secundum tabulas* y *sine tabulis*, en las que el *postumus* bien había sido instituido heredero bien era sucesor *ab intestato* según el edicto pretorio, y prácticamente no existía riesgo porque, salvo que no llegara a nacer, la *bonorum possessio* la obtendría siempre.

³⁹⁹ D. 37, 9, 1, 15.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- ...partui enim in hoc favetur, ut in lucem producatur...

⁴⁰⁰ D. 37, 10, 5, 3.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- ...Nec mirum debet videri, hereditatem propter alimenta minui eius, quem ofrtasse iudicabitur filium non esse, quum omnium edictis venter in possessionem mittatur, et alimenta mulieri praestentur propter eum, qui potest non nasci, maiorque cura debeat adhiberi, ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petitem perveniat, si apparuit filium non esse.

que se adoptaran una serie de medidas cautelares en beneficio de ellas, que igualmente serán objeto de estudio a continuación.

3. CONDICIONES QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE SE ACUERDE LA *MISSIO IN POSSESSIONEM*.-

Dejando a un lado la sucesión en la que existía un testamento, porque en este caso puede solicitar la *missio in possessionem* el instituido heredero, la afirmación genérica que contienen los fragmentos 7 y 10 de D. 37, 9 servirá para detallar las exigencias que se requerían para que el concebido y la madre pudieran solicitar del pretor la concesión de la *missio in possessionem ventris nomine*:

D. 37, 9, 7, pr.- (*ULPIANUS libro XLVII ad Edictum*).- ...*venter admittitur, scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset...*

D. 37, 9, 10.- (*ULPIANUS libro VII. Quaestionum*).- ...*nam et ventrem Praetor ex omnibus Edicti (partibus) mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessionem.*

Ambos textos corresponden a ULPIANO y en ellos se afirma que el pretor *venter admittitur* en la *missio in possessionem ex omnibus Edicti partibus*, siempre y cuando a su nacimiento *bonorum possessionem petere posset*, no concediéndola *si ei nato daturus non esset bonorum possessionem*. El *conceptus*, pues, debía cumplir todas aquellas exigencias examinadas en los capítulos anteriores para que el póstumo pudiera concurrir a la sucesión del *ius civile*: concepción al tiempo del fallecimiento del causante, en una unión ajustada a derecho y fijación de la cualidad de *heres suus*. No obstante lo anterior, las exigencias mencionadas que permiten al concebido solicitar la posesión de los bienes *ab intestato, secundum tabulas* o *contra tabulas* cuando nazca, aparecen reflejadas de forma sucinta en D. 37, 9, 1, 2:

D. 37, 9, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Toties autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum erit...*

En términos generales, pues, el heredero debe estar concebido —*quod in utero erit*—, nacer *heres suus* del causante —*inter suos heredes futurum*

erit—⁴⁰¹ y es sabido que para que el concebido *inter suos heredes futurum erit* debe haber sido engendrado en *iustae nuptiae* y con anterioridad al fallecimiento del causante:

- La concepción *ex iustis nuptiis* debe concurrir necesariamente puesto que sólo éstos concebidos *statum sumit ex conceptionis tempore*, consolidando el *status familiae* respecto del *de cuius*; ello permitirá que a su nacimiento obtenga la cualidad de *heres suus* teniendo derecho a suceder a partir de entonces⁴⁰².

A pesar de los cambios experimentados por la sociedad desde la época de la legislación decemviral, el concebido ilegítimo y el *vulgo conceptus* continúan en el sistema pretorio excluidos de la familia y, por tanto, de la sucesión hereditaria del *paterfamilias*. Como sostiene ALBERTARIO⁴⁰³, la concepción familiar experimenta un cambio importante al abandonar el modelo agnaticio y acoger el cognaticio: la familia del *ius civile* está formada por agnados y la del *ius honorarium* está formada por legítimos o cognados; sin embargo, en ambos casos, el *status* se fija en el momento de la concepción⁴⁰⁴. La nueva concepción familiar vigente en el derecho pretorio —que deja de lado los antiguos lazos agnaticios de sujeción a la potestad de un jefe familiar— trae como consecuencia inevitable la transformación del orden sucesorio: el derecho a suceder, esto es, a obtener la *bonorum possessio* de la herencia, tendrá ahora su base en los vínculos de sangre existentes con el *paterfamilias* en el momento de su fallecimiento. Y la transformación del orden sucesorio influirá también en el derecho de los *postumi*: en el antiguo *ius civile* se admitía sólo al *postumus suus*, único

⁴⁰¹ En caso de sucesión testamentaria, el póstumo no tiene que haber sido desheredado, aunque conviene advertir que, salvo que exista cetera absoluta de la desheredación del póstumo, el pretor deberá acordar la entrega de la posesión *ventre nomine*.

⁴⁰² ALBERTARIO entiende que la capacidad jurídica y, por ende, la capacidad sucesoria se adquiere en el caso de los concebidos *ex iustis nuptiis* en el momento de la concepción y no al nacer, si bien esa capacidad está supeditada y condicionada al efectivo nacimiento del concebido. El autor sostiene que los concebidos *ex iustis nuptiis*, a partir del momento en que son engendrados pertenecen a la familia, adquiriendo el derecho a suceder del *paterfamilias*, inherente a su *status familiae*. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 39). En contra de este planteamiento, ARANGIO-RUIZ, “*Recensione a Albertario*”, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

⁴⁰³ ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁰⁴ ALBERTARIO entiende que en el derecho romano-bizantino, puesto que no sólo cambia la concepción de la familia sino también la concepción de la herencia, considerada ahora como un instituto patrimonial, en el que desaparecen los elementos extrapatrimoniales que predominan en la *hereditas*. Por lo tanto, sucede *ab intestato* cualquier concebido que entre dentro de los *legitimi heredes* y sucede por testamento, cualquier concebido sin limitación alguna; “*il fatto del concepimento fa acquistare a tutti, in generale, il diritto a succedere*”. (ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.).

que cumplía las exigencias de la concepción agnaticia y política que predominaba en el ámbito familiar; en el *ius honorario*, se admitirá que otros póstumos tengan derecho a obtener la *bonorum possessio*⁴⁰⁵.

- La concepción del futuro heredero se requiere que exista en dos momentos: el del fallecimiento del causante y el de solicitud de la *missio in possessionem* por parte de la *uxor praegnans*:
 - Por lo que se refiere a la exigencia de que el concebido exista con anterioridad al tiempo del fallecimiento del *de cuius*, ya se expuso ampliamente en el apartado correspondiente al sistema civil de sucesión *ab intestato* la imprescindibilidad de este requisito, ya que éste es el momento en que el *conceptus* y el *de cuius* fijan los lazos agnaticios necesarios para que aquél a su nacimiento ostente la cualidad de *heres suus*. En el sistema pretorio también resulta necesario que concebido y causante coexistan antes del fallecimiento, esta vez para fijar los lazos cognaticios que le posibilitarán solicitar la *bonorum possessio* de la herencia al nacer y, durante el tiempo de gestación, se permite acordar la *missio in possessionem ventris nomine* en su favor.

La exigencia de que la concepción del futuro heredero exista con anterioridad al fallecimiento del causante se desprende de los numerosos textos en los que se hace referencia siempre al *venter* o a *qui in utero est*, pero también de otros en los que explícitamente se menciona esa necesidad para que el nacido obtenga la *bonorum possessio* en virtud del edicto pretorio⁴⁰⁶:

⁴⁰⁵ La introducción de la familia cognaticia en derecho hereditario traerá como consecuencia inevitable que concebido de un *filiusfamilias* emancipado tenga derecho a solicitar a su nacimiento la *bonorum possessio* de los bienes del abuelo, al ser nieto consanguíneo de éste; ello lleva consigo que también se pueda acordar la *missio in possessionem* de los bienes hereditarios en su favor. Se produce así, como se expondrá más adelante, la ampliación a éste póstumo de los derechos hereditarios *ab intestato* que con el *ius civile* no ostentaba ya que no se encontraba unido a la familia natural del padre al haberse roto los lazos agnaticios y ser considerado *postumus alienus o extraneus*, según GAYO II, 241.

⁴⁰⁶ Conviene recordar que existen fragmentos que, refiriéndose a los nietos, establecen claramente que aquél que *post mortem avi sui concipitur*, no tendrá derecho ni a la herencia legítima como *heres suus* ni a obtener la *bonorum possessio ut nepotem aut cognatum*: D. 28, 3, 6, pr.- (*Ulpianus libro X ad Sabinum*).- ...*ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem, vel ad bonorum possessionem posse admitti*. D. 38, 16, 6.- (*Iulianus libro LIX Digestorum*).- ...*qui post mortem avi sui concipitur... neque bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest...* De hecho, en D. 38, 16, 8, pr. se afirma que la costumbre de que se llamen cognados del difunto a los nietos que se concibieron después de la muerte de aquéllos no se hace con propiedad sino *per abusum*: D. 38, 16, 8, pr.- (*Iulianus libro LIX Digestorum*).- ...*Nam*

D. 37, 11, 3.- (PAULUS libro XLI ad Edictum).-
...*Verum est postumum, qui moriente testatore in utero fuit, si natus sit, bonorum possesseionem petere posset.*

D. 38, 8, 1, 8.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic, qui in utero esse dicitur, vivo eo, de cuius bonorum possessione agitur, fuit conceptus; nam si post mortem, neque obstabit alii, neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit.*

D. 5, 2, 6, pr.- (ULPIANUS libro XIV ad Edictum).-
...*si in utero fuerit mortis eorum tempore...*

D. 29, 2, 30, 1.- (ULPIANUS libro VIII ad Sabinum).- *...Et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est...*

D. 37, 9, 10.- (PAULUS libro VII. Quaestionum).-
Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus iam erit, potest agnoscere bonorum possessionem...

- No es suficiente que la concepción exista con anterioridad a la muerte del causante: se requiere, además, que la mujer se encuentre embarazada en el momento en que *quo mitti in possessionem petit*:

D. 37, 9, 1, 1.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).-
Praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnantem sufficit; quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuit et mortis tempore, et eo, quo mitti in possessionem petit.

Esta segunda exigencia resulta obvia ya que de no existir *conceptus*, no se podría acordar la posesión de los bienes *in nomine ventris*; sin

quos in consuetudine nepotes coganti appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non propie, sed per abusionem, vel potius αναφορικως accidir.

embargo, lo cierto es que la mujer podía mentir acerca de su embarazo para entrar en posesión de los bienes y el hecho de que este requisito conste explícitamente en las fuentes pone de manifiesto la frecuencia de los fraudes que seguramente existirían en la práctica para obtener la posesión de la herencia⁴⁰⁷. En efecto, si la mujer no se encontraba embarazada cuando solicitaba la *missio in possessionem* y, a sabiendas de ello, entraba en posesión de los bienes hereditarios y disponía de ellos o transfería la posesión a un tercero, sería acusada de calumnia por el pretor y tachada de infamia; además, las personas interesadas en la herencia tenían acción para reclamar todo lo gastado por la mujer mientras estuvo en posesión de los bienes dolosamente⁴⁰⁸. La importancia que tenía la realidad del embarazo de la mujer porque, en caso contrario, se debería volver al estado de cosas anterior a que se acordara la *missio in possessionem*.

- Otra de las exigencias que se cita en D. 37, 9, 1, 2 es que el *conceptus* al nacer perteneciera al grupo de los *heredes sui* del causante. Resulta evidente que si se cumplían todas las condiciones anteriores, esto es, haber sido engendrado en justas nupcias y con anterioridad al fallecimiento del causante, el concebido sin duda nacería *heres suus* del *de cuius* teniendo derecho a la *bonorum possessio* de la herencia y, por tanto, también a la *missio in possessionem ventris nomine* y que en cualquier otro caso dicha medida se denegaría.

No obstante, la afirmación anterior debe ser tomada con cautela porque la *missio in possessionem* también se concedía aún en el supuesto de que pudieran existir dudas respecto de la obtención al nacimiento de la cualidad de *heres suus*. Las fuentes contemplan a este respecto el caso de un nieto concebido de un *filiusfamilias* en cautividad; la prisión no produce en el nieto la adquisición automática de la cualidad de *heres suus* del causante, ya que el cautivo puede recuperar sus derechos en virtud del *ius postlimi-*

⁴⁰⁷ En efecto, como se expondrá más adelante, la mención expresa del requisito de la concepción al tiempo de solicitar la *missio in possessionem*, a nuestro juicio, se debía a la frecuencia con la que se producían en la práctica fraudes en este sentido: mujeres que realmente no se encontraban embarazadas con una simple manifestación o un juramento aseverando su estado, entraban en posesión de los bienes mermando e incluso anulando los derechos de los terceros interesados en la herencia, como sucesores, legatarios o acreedores a quienes les interesaba la adición de la misma. Seguramente de la proliferación de situaciones fraudulentas surgiera la necesidad de establecer medidas cautelares adicionales y que ofrecieran más garantías que el juramento de la mujer; la regulación de estas medidas cautelares vendría de la mano del edicto *de inspiciendo venter custodiendoque partu* contenido en D. 25, 4, 1, 10. De ahí que, como figura en D. 37, 9, 1, 1, a partir de entonces no resultara relevante ni prueba suficiente que la mujer *dicere se praegnantem*.

⁴⁰⁸ Vid. D. 25, 5, 1 y 2; D. 25, 6, 1; D. 39, 6, 12 y D. 3, 2, 5, 15 a 19.

nium; por ello, si al tiempo del fallecimiento del *paterfamilias*, el hijo se encuentra en prisión, existirá la duda acerca de si el nieto concebido nacerá *heres suus* del causante; sin embargo, puesto que existe alguna posibilidad de que ese hijo *apud hostes decedat*, el *conceptus* debe ser puesto en posesión de los bienes del abuelo:

D. 37, 9, 1, 8.- (*ULPIANUS* libro *XLI ad Edictum*).-
Si filius ab hostibus captus sit, uxor eius praegnans in possessionem soceri bonorum mittenda est; nam aliquo casu spes est, id, quod nascitur, inter suos heredes futurum, utputa si pater eius apud hostes decedat.

La concesión de la *missio in possessionem* tiene su base en el fundamento que preside la misma; se debe recordar que la medida se acordaba a fin de asegurar las condiciones que permitieran el nacimiento del futuro *bonorum possessor* de la herencia; por ello, en caso de que no se pueda saber si éste nacerá *heres suus* o no se debe acordar la *missio in possessionem* porque *aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est*⁴⁰⁹.

IV. SUPUESTOS HABITUALES EN LOS QUE SE PUEDE ACORDAR LA *MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE*.-

Como ya se ha expuesto con anterioridad, la *missio in possessionem* concedida en favor del *venter* constituye una medida garantizadora de los derechos hereditarios que le corresponderán a su nacimiento, por lo que se podía acordar tanto si se trataba de una sucesión *ab intestato* como si se trataba de una sucesión testamentaria. Sin embargo, en nuestra opinión, existen indicios que permiten afirmar que probablemente esta medida surgiría en el marco de una sucesión testamentaria en la que el testador hubiera instituido heredero a cualquier persona, pero hubiera preterido al descendiente póstumo con derecho a obtener la *bonorum possessio*. En efecto, este caso de total confrontación de derechos entre el instituido heredero y el *conceptus* —el instituido heredero tendría derecho a solicitar la *bonorum possessio secundum tabulas* y el póstumo podía ob-

⁴⁰⁹ D. 37, 9, 1, 2.- (*ULPIANUS* libro *XLI ad Edictum*).- ...*Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur, suus futurus sit, ventrem mittemus; aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.*

tener la *bonorum possessio contra tabulas*— sería el marco en el que el pretor se hubiera visto obligado a adjudicar la posesión de los bienes provisionalmente durante el tiempo de incertidumbre, esto es, hasta que se produjera el nacimiento del concebido.

La atribución de la posesión resultaba en esos supuestos delicada: si se concedía la *bonorum possessio* al heredero testamentario y el concebido nacía, éste podía ver frustrados sus derechos hereditarios, pero si se entregaba la posesión al *conceptus* y finalmente no nacía, el que podía ver frustrados sus derechos sería el heredero instituido en testamento. Resulta evidente que el pretor debía intentar salvaguardar los derechos de los dos posibles sucesores, pero quizás el más necesitado de protección en este caso sería el *conceptus* cuyo nacimiento se debía garantizar; por ello, el pretor reguló la *missio in possessionem ventris nomine* a través del edicto *de ventre in possessionem mittendo*, que permitía la puesta en posesión de la herencia al *conceptus*, pero con facultades de disposición de los bienes restringidas, únicamente en tanto servían para asegurar las condiciones idóneas para que se produjera el nacimiento del futuro *bonorum possessor*.

Resulta lógico pensar que el pretor también acordara la *missio in possessionem ventris nomine* en los casos en otros supuestos conflictivos: si se planteaba alguna *quaestio status* respecto al concebido o a la madre; si se acusaba de calumnia a la mujer, esto es, de no estar embarazada realmente; si surgían dudas acerca de la desheredación del póstumo porque el testador hubiera establecido un periodo de tiempo en el que debía nacer fuera del cual quedaría excluido de la herencia o se hubiera establecido el sexo del póstumo desheredado; si existían dudas acerca de su condición de *heres suus* al nacer, por encontrarse el padre en cautividad; etc... Todos estos casos resultan igualmente controvertidos porque el choque entre las expectativas hereditarias del *conceptus* y del resto de herederos es integral y en tanto existe la incertidumbre de si el concebido llegará a nacer o no, la situación es especialmente delicada; prueba de ello es la extensión que las fuentes dedican a estos supuestos: a ellos se dedica un título completo del Digesto, además de varios fragmentos referidos a la *missio in possessionem calumniae causa* y otros que contienen las medidas cautelares que se pueden acordar para evitar la simulación de embarazo y la suposición de parto. Sin embargo, los casos de *bonorum possessio sine tabulas* o *secundum tabulas* son dejados prácticamente de lado y tratados en unos cuantos fragmentos dispersos porque, en principio, se encuentran exentos de problemas. A este respecto, se debe tener en cuenta que en la sucesión intestada, si el póstumo tenía la cualidad de *liberi*, *legitimi* o *cognati*, obtendría con seguridad la *bonorum possessio sine tabulas* junto al resto de sucesores; por lo tanto, si se le concedía la *missio in possessionem* el riesgo era mínimo. En el caso de la sucesión testamentaria en la que el póstumo hubiera sido instituido heredero, ob-

tendría a su nacimiento la *bonorum possessio secundum tabulas*, por lo que no existía problema alguno en concederle la *missio in possessionem* al que sería futuro dueño de los bienes hereditarios; por el contrario, si había sido desheredado tampoco existía ningún problema puesto que el póstumo era excluido de la herencia.

No obstante lo anterior, aunque la *missio in possessionem ventris nomine* fue una medida que surgió en el seno de la *bonorum possessio contra tabulas*, su aplicación debió generalizarse al resto de supuestos sucesorios contemplados en el edicto del pretor, esto es, cuando en una sucesión existiera un concebido que, a su nacimiento, pudiera obtener la *bonorum possessio* de la herencia, ya fuera *sine tabulas*, ya fuera *secundum* o *contra tabulas*. Teniendo presente esta evolución, la exposición de cada uno de los apartados correspondientes a los supuestos habituales en que se el pretor podía acordar la *missio in possessionem ventris nomine*, se efectuará en orden inverso, esto es, comenzando por los casos menos conflictivos de sucesión *sine tabulas* y concluyendo con la sucesión *contra tabulas*.

1. SUCESIÓN INTESTADA O *SINE TABULIS*:

Si el *postumus* era objeto de *vocatio ab intestato* por ley de las XII Tablas al ser considerado *heres suus* del causante desde su concepción, resulta lógico que pudiera solicitar la *bonorum possessio sine tabulis*, ya que al nacer quedaba integrado *ipso iure* en el grupo de los *heredes sui*. Teniendo en cuenta que el pretor concedía la *missio in possessionem* al *venter* que al nacer cumpliera las condiciones exigidas en el edicto para solicitar la *bonorum possessio*⁴¹⁰, el *conceptus* podría obtener la *missio in possessionem* tanto por la parte *unde liberi* como por la *unde legitimi*⁴¹¹, sólo o con el resto de descendientes del causante⁴¹²:

⁴¹⁰ Vid. D. 37, 9, 7, pr. y D. 37, 9, 10. Por ello, en D. 5, 2, 6, pr., se establece que el póstumo puede atacar como inoficioso el testamento *quibus suus heres, vel legitimus, sed et cognaturum*, porque puede recibir la *bonorum possessio ab intestato* de la herencia de ellos: D. 5, 2, 6, pr.- (ULPIANUS libro XIV ad Edictum).- *Postums inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres, vel legitimus potuisset fieri... sed et cognaturum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere...*

⁴¹¹ El póstumo tendría, pues, dos ocasiones para solicitar la *bonorum possessio*: en el plazo concedido a los *legitimi* y en que se concedía a los *liberi*, puesto que ambas categorías agrupaban a aquellos parientes del causante que eran objeto de *vocatio ab intestato* por ley de las XII Tablas. En efecto, cuando un heredero pertenecía a diversas categorías sucesorias, podía solicitar varias veces la *bonorum possessio* de los bienes, adquiriendo por el segundo llamamiento aunque no lo hubiere efectuado por el primero: D. 38, 9, 1, 11.- (ULPIANUS libro XLIX ad Edictum).- *Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque qui exclusus est, admittatur; utputa filius est in potestate, delata est ei bonorum possessio ex prima parte, unde libers defertur; exclusus est tempore aut repudiatione; ceteris defertur; sed ipsi sibi succedat*

D. 37, 9, 7, pr.- (ULPIANUS libro XLVII ad Edictum).- *Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur, scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset, ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is qui in utero est.*

No obstante lo anterior, en la categoría de los *liberi* existen novedades respecto al *ius civile*, ya que la *bonorum possessio unde liberi* no sólo se concedía a los *heredes sui* del *ius civile*, sino también a los hijos emancipados y descendientes de esos hijos emancipados⁴¹³; dentro de la categoría de los *liberi* se

ex hac successoria parte? Et magis est, ut succedat, ut Unde legitimi possit petere; et post hos suo ordine ex illa parte, unde proximi cognati vocantur; et hoc iure utimur, ut admittatur; poterit igitur ex sequenti parti succedere ipsi sibi. Item hoc dici poterit et in secundum tabulas bonorum possessione, ut, si secundum tabulas non petierit bonorum possessionem is, qui potuit et ab intestato succedere, ipse sibi succedat. En el texto se relata el caso en el que un hijo *in potestate* deja transcurrir el plazo correspondiente a la primera categoría sucesoria, pasando a deferir la *bonorum possessio* a los siguientes grados; a este respecto, se afirma que ese hijo también concurrirá al siguiente llamamiento puesto que puede pedir la posesión de los bienes *unde legitimi*. La misma solución se establece para el caso de que no haya solicitado la *bonorum possessio secundum tabulas* y tenga derecho a suceder *ab intestato*, ya que podrá pedirla en el plazo correspondiente a esa sucesión. No obstante, en el supuesto de que exista un *conceptus nondum natus* con derecho a suceder a su nacimiento, todos los plazos se difieren hasta ese tiempo; por tanto, comose afirma en D. 38, 7, 5, 1, la sucesión de los posteriores en grado no puede tener lugar: D. 38, 7, 5, 1.- (MODESTINUS libro III. Pandectarum).- *Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est, puta si defuncti uxor praegnans sit...* Esta es la regla general que existía, como consta en D. 37, 1, 9, donde se afirma que si existen varios grados de sucesores, en tanto sea incierto que el anterior haya solicitado la *bonorum possessio*, no correrá el tiempo que se le concede al posterior: D. 37, 1, 9.- (POMPONIIUS libro III ad Sabinum).- *Si plures gradus sint possessionis admittendae, quamdiu incertum sit, petierit, necne, posteriori diem non procedere constat.*

⁴¹² Si bien las palabras del edicto afirman que será admitido con el resto de los hijos a la posesión de los bienes, por interpretación de éste se afirma que también será admitido sólo: D. 37, 9, 7, 2.- (ULPIANUS libro XLVII ad Edictum).- *Quamvis autem Praetor ventrem in possessionem mittat cum his, quibus possessionem dederit, attamen etiam solus venter admittetur ad bonorum possessionem*; D. 40, 4, 13, 3.- (ULPIANUS libro V. Disputationum).- *...Conditionem autem non facere, argumento est et Edictum Praetoris, quo ita cavetur: VENTREM CUM LIBERIS IN POSSESSIONEM ESSE IUBEBO; placet enim, etsi nulli liberi sint, ventrem tamen ex Edicto in possessionem mittendum*; D. 30, 121.- [124 V. 118 H.]- (MARCIANUS libro III. Regularum).- *...nam et quum dicit Praetor: VENTREM CUM LIBERIS IN POSSESSIONEM ESSE IUBEBO, etsi non sint liberi, venter in possessionem mittetur.*

⁴¹³ Los emancipados suceden en virtud del edicto pretorio *proinde ac si in potestate parentismortis tempore fuissent*: GAYO III, 26.- *Nam liberos omnes qui legitimo iure deficiuntur, uocat ad hereditatem, prinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent, siue soli sint siue etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.* Los nietos procreados por hijos emancipados pueden solicitar igualmente la *bonorum possessio* de los bienes del abuelo: D. 37, 4, 6, pr.- (PAULUS libro XLI ad Edictum).- *Si emancipatus filius*

incluirían, pues, *etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur*⁴¹⁴. Por lo tanto, el *conceptus* nieto del difunto procreado por un hijo emancipado también podía obtener la *missio in possessionem* de la herencia del abuelo, aunque dentro de esta categoría debía darse cumplimiento a un requisito adicional: la concepción del nieto tenía que existir con anterioridad a la emancipación del hijo⁴¹⁵:

D. 37, 9, 1, 11.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur. Unde apud Iulianum libro vicesimo septimo Digestorum quaeritur, si emancipatus quis sit, uxore iam praegnante, deinde decessisset, et pater eius mortuus sit, an venter in possessionem emancipati patris mitti possit. Et rectissime scripsit, rationem non esse, cur venter, quem Edictum admittit, repelli debeat...*

D. 37, 9, 1, 13.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Si pater nuru praegnante filium emancipaverit, non in totum repelli uterus debet; namque natus solet patri ex nono Edicto iungi...*

Ambos textos plantean supuestos idénticos: un hijo es emancipado estando embarazada su mujer, muriendo posteriormente tanto éste como el *paterfamilias* que le había emancipado; la cuestión planteada es si el nieto podrá obtener la *missio in possessionem* de la herencia del abuelo. En ambos fragmentos la respuesta afirmativa: el concebido *non in totum repelli uterus debet* porque *Edictum admittit*; ahora bien, de los dos textos se desprende claramente

nepotem procreaverit, et ita decesserit, deinde avus eius, nepos ad avi bonorum possessionem venire potest. Según la doctrina mayoritaria (entre otros, DERNBURG, *Pandette*, op. cit., p. 492, n. 3; GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XXXVII-XXXVIII, p. 451; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 858; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, op. cit., p. 586; VACCARO-DELOGU, *L'accrescimento nel diritto ereditario romano*, op. cit., p. 35; GUARINO, *Salvius Iulianus*, op. cit., p. 74; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 540), el edicto de *coniungendis cum emancipato liberis eius* es de origen reciente. En contra de esta opinión, COSENTINI, “Breve nota sull’origine dell’edictum “de coniungendis cum emancipato liberis eius”, op. cit., pp. 219 y ss.

⁴¹⁴ ULPIANO X, 11.- *Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur.* Los *sui heredes* tenían derecho a la *collatio emancipati* por los bienes que éstos habían percibido en vida del *paterfamilias*. A este respecto, vid., entre otros, BURILLO, “Sobre la *collatio emancipati*”, en *SDHI*, XXXI, 1965, pp. 199 y ss. y CABALLE MARTORELL, “El rescripto de los *divi fratres* y el derecho de los *sui heredes* a la *collatio emancipati*”, en *Le monde antique et les droits de l’homme*, Bruxelles, 1998, pp. 455 y ss.

⁴¹⁵ Vid. COSENTINI, “Breve nota sull’origine dell’ “edictum de coniungendis cum emancipatio liberis eius”, op. cit., pp. 219 y ss.

que el nieto debía estar concebido con anterioridad a que se produjera la emancipación del padre por parte del abuelo, porque tanto en D. 37, 9, 1, 11 como en D. 37, 9, 1, 13 se hace referencia a la emancipación del hijo cuando la *uxore* o *nurus iam praegnante*. No basta, pues, que la concepción exista en el momento de la muerte del causante para que el *nasciturus* obtenga la *missio in possessionem* de la herencia; se exigía además la gestación con anterioridad al acto de la emancipación. Ello concuerda, además, con la regla de la fijación del *status* del concebido legítimo: si el abuelo emancipa al hijo cuando el nieto todavía no está concebido, éste —que fija su *status* en la concepción— no tendría ningún vínculo familiar que le uniera al abuelo y, por tanto, no podría acceder a su herencia⁴¹⁶; sin embargo, si antes de que el padre sea emancipado, el nieto está concebido, fijará su *status familiae* respecto al abuelo estableciendo los lazos cognaticios necesarios para poder obtener la posesión de los bienes de éste si el padre le premuere.

Posteriormente se debió admitir que el nieto procreado tras la emancipación del padre tuviera derecho a la *bonorum possessio* del abuelo si el padre le premoría, como se pone de manifiesto en D. 38, 6, 5 (4), 1:

D. 38, 6, 5 (4), 1.- (POMPONIUS libro IV ad Sabinum).- *Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipaverit, filius solus veniet ad bonorum possessionem, quamvis capitis deminutio per Edictum nulli obstet. Quin etiam ii quoque, qui in potestate nunquam fuerunt, nec sui heredis locum obtinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentum; nam si filius emancipatus reliquerit in potestate avi nepotem, dabitur ei, qui in potestate relictus sit, patris emancipati bonorum possessio; et si post emancipationem procreaverit, ita nato dabitur avi bonorum possessio, scilicet non obstante ei patre suo.*

⁴¹⁶ La emancipación habría originado la salida de la familia del *filiusfamilias*, convirtiéndole en *sui iuris* y perdiendo el derecho a suceder; un hijo de ese *filiusfamilias* concebido tras el acto emancipatorio tampoco mantendría vínculos familiares con la familia anterior. Vid. a este respecto D. 38, 16, 11 donde se establece que la *capitis deminutio* hace que se pierda el derecho a las herencias legítimas que provienen de la ley de las XII Tablas; D. 38, 16, 11.- (POMPONIUS libro X ad Quintum Mucium).- *Capitis minutione pereunt legitimae hereditates, quae ex lege duodecim tabularum veniunt, sive vivo aliquo, sive, antequam adeatur hereditas eius, capitis minutio intercessit, quoniam desinit suus heres vel agnatus recte dici; quae autem ex Legibus novis, aut ex Senatusconsultis, non utique.* El fragmento también hace referencia a que esta norma se modificó posteriormente por leyes o senadoconsultos que establecían que el emancipado no perdía su derecho sucesorio respecto de su familia originaria, si la herencia era deferida conforme a *Legibus novis*, aut *ex Senatusconsultis*.

En el *principium* del fragmento se hace referencia a un hijo emancipado que deja *in potestate avi* al nieto que ya había nacido y establece que a éste se le concederá la *bonorum possessio* de la herencia del abuelo; ello es lógico puesto que si el abuelo retiene bajo su potestad al nieto y el padre ha salido de la familia en el momento del fallecimiento de aquél, el nieto será el único *heres suus* y tendrá derecho a la *bonorum possessio sine tabulis*; sin embargo, a continuación, D. 38, 6, 5 (4), 1 afirma que aunque el nieto que *post emancipatioe-nem procreaverit* también tendrá derecho a la posesión de los bienes del abuelo, si el padre le premuere. Resulta evidente que ese nieto no tendría ningún vínculo cognaticio con el abuelo y, por tanto, para el derecho clásico no podría tener derecho a la *bonorum possessio* puesto que no habría consolidado el *status familiae* que le haría tener derecho a suceder al abuelo⁴¹⁷.

Por lo que se refiere a la categoría de los *cognati*, puesto que en éste grupo están comprendidos todos los descendientes, ascendientes y colaterales por cognación, resulta lógico que el *postumus cognatus* también estuviera integrado en el mismo, teniendo derecho a la *bonorum possessio unde cognati*. Ello se desprende claramente de D. 38, 8, 1, 8 en el que se afirma de forma genérica que si existe un cognado de grado más próximo al causante que todavía no haya nacido, obstará a los siguientes, impidiendo que entren en la herencia y debiéndose esperar hasta que se verifique el nacimiento:

D. 38, 8, 1, 8.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- *Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea conditione est, ut dici debeat, ob stare eum sequentibus...*

En coherencia con la regla general citada, D. 38, 8, 10, plantea un supuesto en el que una mujer fallece intestada y deja como parientes próximos a su madre embarazada y a una hermana: se concluye que, en el caso de que la madre repudie la herencia, la hermana póstuma puede reclamar la posesión de la herencia de la causante.

D. 38, 8, 10.- (*SCAEVOLA libro II. Responsorum*).- *Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam, et praegnantem matrem ex alio marito; quaero, si mater hereditatem repudiaverit, dum ad-*

⁴¹⁷ Vid. también D. 38, 16, 1, 4 en el que se establece claramente que si el hijo dejó de ser *heres suus*, suceden en su parte los nietos nacidos de él, siempre y cuando permanezcan bajo la potestad del abuelo: D. 38, 16, 1, 4.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt, quod naturali aequitate contingit. Filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna, vel minore exiit de potestate...*

huc praegnans est, posteaque enixa tuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit. Respondit, si mater hereditate exclusa est, eam, quae, ut proponitur, postea nata est, accipere posse.

Si, como se refleja en las fuentes, el *postumus cognatus* podía solicitar la posesión de los bienes, también tendría derecho a solicitar la *missio in possessionem ventris nomine* mientras estuviera en estado de concepción, ya que, según D. 37, 9, 7, pr. y 10, el *venter* era admitido a la *missio in possessionem ex omnibus Edicti partibus*, siempre y cuando a su nacimiento *bonorum possessionem petere posset*.

2. SUCESIÓN TESTADA.-

De las distintas situaciones que podían darse en la sucesión pretoria testada, la más problemática, como ya se ha tenido ocasión de mencionar, es aquella en la que el testador había preterido a un póstumo que tenía derecho a la *bonorum possessio* según el edicto del pretor. El resto no ocasionaba casi ningún problema: si el póstumo había sido desheredado, no tendría derecho a la *bonorum possessio* ni, por tanto, a la *missio in possessionem*; por el contrario, si había sido instituido heredero, podría solicitar la *bonorum possessio secundum tabulas* y, mientras estaba concebido, la *missio in possessionem*. Respecto a este último supuesto, si existe una novedad importante respecto al sistema civil, ya que existía la posibilidad de conceder la *missio in possessionem secundum tabulas* al *postumus extraneus* o *alienus*⁴¹⁸. En este aspecto el pretor transforma profundamente la regulación del *ius civile*, ya que, como se recordará, el derecho civil no otorgaba validez a la institución hereditaria de un *postumus extraneus* por ser considerado persona incierta; el pretor, sin embargo, no sólo concede validez a esa cláusula testamentaria al permitir que ese *postumus* pueda acceder a la *bonorum possessio*, sino que, autoriza además la *missio in possessionem ventris nomine*⁴¹⁹, si bien para supuestos muy concretos y en condicio-

⁴¹⁸ *Postumus extraneus* o *alienus* serán ahora únicamente el *conceptus illegitimus* y el *vulgo conceptus*, puesto que el concebido de un emancipado ya no es considerado como tal en el edicto pretorio al estar equiparado al *suus* por considerarse como si hubiera estado sometido a la patria potestad del *paterfamilias* en el momento de la muerte.

⁴¹⁹ De ahí que en D. 37, 11, 3 se afirme de forma genérica que todo póstumo que estuviere en el vientre al morir el testador podría pedir la posesión de los bienes, *si natus sit*: D. 37, 11, 3.- (PAULUS libro XLI ad Edictum).- *Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse*. A este respecto, ALBERTARIO entiende que el fragmento se encuentra interpolado puesto que el *ius honorarium* se mueve sobre la misma base que el *ius civile*: aunque amplie el círculo de los póstumos que pueden reclamar la *bonorum possessio* comparados con los que tienen derecho a la *hereditas*, ello

nes especiales. Pero a pesar de las restricciones impuestas para acordar la medida, a nuestro juicio, constituye una de las innovaciones más importantes en la sucesión pretoria.

A. Que el póstumo hubiera sido instituido heredero en el testamento.-

Aplicando la regla general contenida en D. 37, 9, 7, pr. y 10 a este supuesto, el concebido obtendría la *missio in possessionem ventris nomine* porque a su nacimiento podría solicitar la *bonorum possessio secundum tabulas* como heredero testamentario. Si el instituido heredero era un *postumus suus* no debía resultar complicado que éste obtuviera la *missio in possessionem*; el problema se plantearía cuando se trataba de un *postumus extraneus o alienus*. Como es sabido, la institución hereditaria de un póstumo ajeno no era válida para el *ius civile* porque éste era considerado persona incierta⁴²⁰; de ahí que, en estos casos, esa cláusula —y con ella el testamento en su integridad— se anularía, procediéndose a la apertura de la sucesión intestada. El pretor no debió corregir esta situación cuando existían otros descendientes del *de cuius* que tuvieran mejor derecho que el *postumus extraneus* instituido heredero; sin embargo, seguramente entendería injusta la consecuencia que se producía cuando el testador no hubiera dejado esos otros descendientes. Se debe tener en cuenta que el *postumus extraneus* podía ser un hijo ilegítimo del causante o un nieto de un *filiusfamilias* que hubiera salido de la familia por emancipación⁴²¹ o adopción, por lo que el hecho de que heredaran parientes colaterales en lugar de un descendiente directo que, además, contaba con el respaldo de la voluntad del difunto manifestada en el testamento, debió ser considerado una iniquidad por parte del pretor. Por ello, a pesar de que *iure civili adiere non poterat*, se le concedía la *bonorum possessio secundum tabulas*⁴²², siempre, como se ha

depende únicamente del hecho de que la familia pretoria está constituida por más miembros que los *sui* del derecho civil; según el autor, PAULO "no poteva in linea così generale e assoluta affermare che qualunque postumo può chiedere la bonorum possessio", por lo que propone la reconstrucción de la siguiente manera: "Verum est <etiam ex emancipato postumum>, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit bonorum possessionem petere posse". Vid. ALBERTARIO, "Conceptus pro iam nato habetur", *op. cit.*, pp. 41 y 42.

⁴²⁰ Vid. GAYO II, 241 y 242.

⁴²¹ Se debe advertir que el caso más injusto sería el del concebido ilegítimo ya que, aunque la institución hereditaria de un nieto póstumo, hijo de un emancipado, también sería nula al ser considerado persona incierta, sin embargo éste podía solicitar la *bonorum possessio unde liberi* al abrirse la sucesión intestada, petición que no tenía reconocida el *vulgo conceptus*; si se anulaba el testamento, el concebido ilegítimo perdía toda posibilidad de concurrir a la sucesión, a pesar de ser descendiente directo del testador.

⁴²² I. 3, 9, pr.- (DE BONORUM POSSESSIONIBUS).- ...Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a praetore adiuvabatur...

mentado, a falta de otros descendientes que tuvieran mejor derecho que él⁴²³.

El reconocimiento del *postumus extraneus* a la *bonorum possessio* constituye la base para que el pretor *venter in possessionem mittitur* conforme a la regla general de D. 37, 9, 7, pr. y 10; ahora bien, tal afirmación no puede realizarse en términos generales como en los casos anteriores. Según consta en las fuentes, lo habitual en este supuesto era que el pretor no acordara la *missio in possessionem*, esperando a la verificación del nacimiento para entregar la posesión de los bienes; sólo en el supuesto de que la madre no tuviera otros recursos para asegurar el sustento propio y del concebido se concedía la *missio in possessionem* a fin de permitir el nacimiento del futuro *bonorum possessor*⁴²⁴:

D. 37, 9, 6.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Extraneo postumo herede instituto non aliter venter in possessionem mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit, ne forte ei, qui natus bonorum possessor futurus est, denegasse alimenta videamur.*

Todo lo que se ha expuesto hasta ahora viene reflejado en D. 37, 9, 1, 12 a propósito de la sucesión de un nieto concebido de un *filiusfamilias* dado en adopción:

D. 37, 9, 1, 12.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Si filius in adoptionem datus decesserit praegnante uxore, tunc deinde adoptator defunctus fuerit, mittetur venter in possessionem avi adoptivi. Sed an etiam in eius, qui in adoptionem dederat filium mittetur, videamus. Et si hic nepos postumus heres ab avo naturali institutus sit, mittetur in possessionem, qua et nato ei, si nemo ex liberis sit alius, bonorum possessio secundum tabulas dari potest,*

⁴²³ Vid. D. 37, 9, 1, 12.

⁴²⁴ En este supuesto se puede observar más claramente el fundamento de la *missio in possessionem ventris nomine*: proteger el nacimiento del concebido en cuanto futuro dueño de la herencia. En efecto, una institución hereditaria que no es válida para el *ius civile*, el pretor si le concede validez y como sucesor testamentario que es y futuro *bonorum possessor* le concede la *missio in possessionem* en tanto dura la concepción. La protección del *postumus extraneus* es, obviamente, más restringida que en caso de que el *conceptus* fuera un futuro *heres suus* o *legitimus*, pero tiene suma importancia porque se percibe ese cambio de ideas y la defensa del concebido como una *spes hominis* al que, por encima de cualquier otra prioridad, se le debe garantizar su nacimiento.

aut si sint liberi praeteriti, etiam contra tabulas cum ipsis potest accipere.

El *principium* del fragmento no ofrece dificultad alguna: se afirma que el concebido de un hijo adoptado tiene derecho a la posesión de los bienes del abuelo adoptivo si le premuere su padre, esto es, el *filiusfamilias* adoptado; la solución es clara ya que el hijo, desde su adopción, pasa a formar parte de la familia adoptiva junto con el resto de descendientes del *paterfamilias*; por ello, el concebido de ese hijo adoptivo, si éste premuere al abuelo, nacerá *heres suus* y tendrá derecho a la *bonorum possessio* de la herencia del abuelo cuando éste fallezca.

La segunda parte del texto si plantea una cuestión más interesante, ya que se plantea la cuestión acerca de si ese nieto podría obtener la posesión de los bienes hereditarios, pero no del abuelo adoptivo, sino del abuelo natural, con el que ya no tiene ningún vínculo familiar. A este respecto, D. 37, 9, 1, 12 resuelve la cuestión en sentido afirmativo, pero establece dos condiciones *sine qua non* para que el nieto obtenga la posesión de la herencia: por un lado, que el abuelo lo hubiera instituido heredero en testamento y, por otro, que no existieran otros descendientes, ya que tendrían mejor derecho que él. Queda claro que el nieto concebido de un hijo adoptado es un *postumus extraneus* puesto que el padre ya salió de la familia natural y se integró en la adoptiva; sin embargo, puesto que el edicto pretorio admite a la *bonorum possessio secundum tabulas* al *postumus extraneus*, resulta lógico que se admita que el nieto concebido también sea puesto en posesión de los bienes, siempre que no existan otros descendientes y que no pueda alimentarse con otros recursos.

Si bien hasta el momento todas las soluciones ofrecidas en D. 37, 9, 1, 12 se muestran coherentes con las reglas del sistema pretorio, la parte *in fine*, sin embargo, resulta más dudosa; en ella se plantea un supuesto en que el testador había instituido heredero al nieto concebido de un adoptado, preteriendo a descendientes que ostentaban la cualidad de *heredes sui*: la solución ofrecida en el fragmento consiste en que el *postumus* concorra a la sucesión junto con el resto de herederos que habían sido preteridos. Esta respuesta, en nuestra opinión, corresponde a una época más avanzada, ya que, en derecho clásico, la preterición de los *sui* llevaba aparejada la invalidez del testamento⁴²⁵ y, por tanto, la apertura de la sucesión intestada, en la que no concurriría el *postumus extraneus* instituido heredero. Es posteriormente cuando la preterición de un *suus* no ocasiona la nulidad del testamento, sino tan sólo que los preteridos concurren

⁴²⁵ En un primer momento, se anulaba el testamento de forma íntegra y, posteriormente, sólo se anulaba el grado hereditario en el que había sido deferida la herencia, pero, en cualquier caso, durante toda la época clásica, el testamento quedaba invalidado, ya fuera total o parcialmente.

ran a la sucesión con el resto de herederos instituidos; en esa época también habría desaparecido cualquier distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, al tomarse en consideración únicamente los vínculos cognaticios y, no existiendo diferencias entre hijo legítimo e ilegítimo, tampoco la habría entre *postumus suus* y *alienus* o *extraneus*, concurriendo, por tanto, todos a la sucesión del *paterfamilias* con igual derecho.

En cualquier caso, la admisión del *postumus extraneus* a la *bonorum possessio secundum tabulas* y a la *missio in possessionem* durante su gestación, aunque sea de manera restringida para casos en que no existan otros descendientes y que no cuente con otros recursos para alimentarse, constituye uno de los avances más importantes del derecho pretorio, suponiendo la quiebra de algunas reglas del *ius civile*, como se ha tenido ocasión de observar⁴²⁶.

B. Que el póstumo hubiera sido desheredado.-

Como se ha mencionado en el apartado de las exigencias necesarias para obtener la *missio in possessionem*, en este caso no se ponía al concebido en posesión de los bienes:

D. 37, 9, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).-
Toties autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus...

En caso de que existieran varios grados de herederos testamentarios, el *postumus* debería estar desheredado en todos ellos, porque si en alguno se le había preterido, el pretor podía acordar la *missio in possessionem* en su favor. En efecto, el pretor debía atender al grado al que presumiblemente se fuera a deferir la herencia: si en ese grado el *postumus* se encontraba preterido, se decretaría en su favor la posesión de los bienes; si estaba desheredado, no se acordaría la citada medida. Lo anterior se desprende de dos textos:

D. 39, 9, 1, 6.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).-
Si venter ab institutis exheredatus sit, a substitutis

⁴²⁶ Tengase en cuenta que ello supone un reconocimiento del *postumus ilegítimo* a la herencia del *paterfamilias* con preferencia a cualquier otro pariente colateral que sí hubiera tenido derecho a la *bonorum possessio ab intestato* de haberse producido la nulidad del testamento por invalidez de la cláusula de institución de heredero; sin embargo, el derecho pretorio prefiere, por un lado, respetar la voluntad del *de cuius*, manteniendo la institución hereditaria de un *postumus* considerado persona incierta y, por otro lado, dar prioridad a un hijo de éste frente a cualquier otro pariente colateral. No cabe duda, en nuestra opinión, que todo ello irá creando un ambiente favorable para que, finalmente, en derecho justinianeo se reconozca a cualquier hijo el derecho a la sucesión de un *paterfamilias*.

praeteritus, Marcellus negat, in possessionem eum mitti posse viventibus institutis, quia exheredatus est; quod verum est.

D. 37, 9, 1, 7.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Per contrarium autem si ab institutis praeteritus sit venter, a substitutis exheredatus, vivis institutis mittendus est in possessionem; quodsi non vivant, negat mittendum, quia ad eum gradum devoluta hereditas est, a quo exheredatus est.*

D. 39, 9, 1, 6 refleja un supuesto en el que el testador deshereda a un póstumo en el primer grado y lo preteriere en el segundo; como se expuso en el capítulo anterior, si la herencia se defiere en el grado en el que el póstumo no fue preterido, el testamento conservará su validez, por lo que el texto concluye que el concebido no podrá obtener la *missio in possessionem viventibus institutis*, ya que aquél se encuentra desheredado en ese grado; sin embargo, si el concebido hubiera sido preterido en el primer grado de herederos y desheredado entre los sustitutos, si obtendrá la posesión de los bienes. En idéntico supuesto que el anterior, D. 37, 9, 1, 7, *in fine* concluye que si los instituidos en el primer grado hubieran fallecido *negat mittendum*⁴²⁷, y ello porque en el segundo grado hereditario, esto es, el de los sustitutos, el *postumus* si había sido desheredado en forma.

Podía ocurrir, no obstante, que el testador hubiera impuesto alguna condición para la desheredación o hubiera fijado el sexo del desheredado o establecido un tiempo para el nacimiento del *postumus* fuera del cual éste sería desheredado; todo ello llevaría aparejado la existencia de una cierta incertidumbre respecto de la desheredación del póstumo durante un lapso de tiempo—hasta el cumplimiento de la condición o hasta el momento del nacimiento, en se sabría si había nacido dentro del plazo concedido por el testador y se conocería el sexo del descendiente—. En casos como éstos, donde la desheredación

⁴²⁷ Se observa en este texto que el momento relevante para considerar válido o nulo el grado hereditario es el de la *delatio*; igualmente, la *missio in possessionem* se concede o deniega dependiendo de que el *conceptus* se encuentre preterido o desheredado en el grado hereditario al que se defiere la herencia. Se debe recordar que la interpretación más avanzada la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* consideraba que el momento relevante para la aplicación de dicha regla era el de la *delatio hereditatis*; pues bien, idéntica interpretación se ofrece en el sistema pretorio: si en el momento en que se abre el plazo para solicitar la *bonorum possessio*, el grado testamentario en el que el concebido ha sido desheredado es válido, no tendrá derecho a la *missio in possessionem*; por el contrario, si la *bonorum possessio* se defiere en el grado en el que ha sido preterido, el pretor deberá acordar a favor del *conceptus* la posesión de los bienes.

resultaba dudosa, las fuentes reflejan que el pretor acordaba a favor del *venter* la *missio in possessionem*:

D. 37, 9, 1, 3.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Quare et si ita exheredatio facta sit: si mihi filius unus nascetur, exheres esto”, quia filia nasci potest, vel plures filii, vel filius et filia, venter in possessionem mittetur; satius est enim sub incerto eius, qui edetur, ali etiam eum, qui exheredatus sit, quam eum, qui non sit exheredatus, fame necari; ratumque esse debet, quod deminutum est, quamvis is nascatur, qui repellitur.*

D. 37, 9, 1, 9.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Se et si quis ventrem exheredasset: “qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto”, vel: “qui post tres menses”, venter in possessionem utique mittetur, quia aliquo casu suus heres futurus est; et sane benignorem esse Praetorem in hac parte oportebit, ne, qui speratur, ante vitam necetur.*

D. 37, 9, 1, 5.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- *Sed et si sub conditione postumus sit exheredatus, pendente conditione Pedii sententiam admitimus existimantis, posse ventrem in possessionem mitti, qua sub incerto utilis est, ventrem ali.*

Los fragmentos citados establecen claramente que en casos en los que el testador hubiere desheredado a un hijo póstumo varón; o mediante la fórmula “*qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto*” o “*qui post tres menses*”; o si la desheredación del póstumo se hubiera formulado bajo condición, siempre se debía conceder la *missio in possessionem ventris nomine*, porque *filia nasci potest, vel plures filii, vel filius et filia*; porque podía nacer en un tiempo distinto al que fue desheredado; y, porque la condición podía cumplirse o no.

C. Que el póstumo hubiera sido preterido en el testamento.-

Si el *postumus* no hubiera sido instituido heredero ni desheredado en el testamento del *paterfamilias*, su nacimiento provocaba la ruptura del mismo al ostentar la cualidad de *heres suus* en ese momento; se procedería entonces a la apertura de la sucesión intestada, en la que el *postumus* tendría derecho a la

bonorum possessio sine tabulas y, por tanto, mientras estaba concebido, el pretor debía concederle siempre la *missio possessio ventris nomine*⁴²⁸.

Se ha tenido ocasión de desarrollar con examen de las fuentes y suficiente amplitud este supuesto con anterioridad, por lo que se debe realizar una remisión a dicha exposición. Baste ahora recordar que este supuesto ocasionaba un enfrentamiento total entre los intereses del heredero que había sido instituido en testamento y el póstumo preterido; la herencia se encontraba en situación de incertidumbre, ya que todo dependía del nacimiento del concebido: si nacía sería puesto en posesión de los bienes por el pretor *contra tabulas*⁴²⁹; si no nacía el heredero instituido sería el *bonorum possessor secundum tabulas*. Por ello, en estos casos había que adoptar medidas que garantizaran los derechos tanto del *conceptus* como del heredero instituido. Probablemente este supuesto debió ser el primero en el que se acordaría la *missio in possessionem ventris nomine*: el pretor debía entregar la posesión de los bienes a uno de las partes confrontadas en tanto se mantuviera el estado de incertidumbre que pesaba sobre el nacimiento del concebido y, puesto que el *conceptus* era la parte más digna de protección —se debía favorecer su nacimiento— se haría necesario crear una medida para que el *venter* pudiera disponer de la herencia que a la vez garantizara los derechos o expectativas de terceros interesados en ella. La *missio in possessionem ventris nomine* permitía asegurar las condiciones para que el concebido naciera, puesto que permitía que el *venter* entrara en posesión de la herencia, pero las facultades de disposición sobre los bienes se encontraban restringidas, porque sólo se podía disponer de los mismo para ese fin concreto, esto es, para alimento, vestido, habitación, etc...⁴³⁰.

V. SUPUESTOS ESPECIALES EN LOS QUE SE ACORDABA LA *MISSIO IN POSSESSIONEM VENTRIS NOMINE*.-

Tanto si la sucesión era testada como si era intestada podía ocurrir que personas interesadas en la herencia —acreedores del difunto, sucesores posterior-

⁴²⁸ Vid. D. 37, 9, 1, 7.

⁴²⁹ Vid. en general sobre el tema de la *bonorum possessio contra tabulas*, VACCA, "In tema di *"bonorum possessio contra tabulas"*", en *BIDR.*, LXXX, 1977, pp. 159 y ss.

⁴³⁰ Con independencia de ello, el heredero, además, podía adoptar una serie de medidas para que sus derechos, en caso de que el concebido no llegara a nacer, no quedaran en una mera ilusión; sobre todo el nombramiento de un *curator bonorum y ventris*, para que controlara el gasto que se realizaba y cuidara de que los bienes componentes del patrimonio hereditario no fueran usucapidos, las deudas no se dejaran de cobrar y las cosas que necesitaban un mantenimiento no se perdieran.

res en grado o el instituido heredero en el testamento— promovieran alguna controversia, poniendo en duda el embarazo de la mujer o planteando alguna *quaestio status* contra ella o contra el *conceptus*. A este respecto, METRO⁴³¹ ha afirmado que un rescripto de ADRIANO facultó al pretor para interponer un decreto *ad expemplum praesumptionis Carboniani Edicti* a fin de que, tras una *cognitio* sumaria del asunto, se concediera o denegara la posesión de los bienes *ventris* nomine. El autor basa su conclusión en dos textos, D. 37, 9, 1, 14 y D. 43, 3, 4, 3, que, según él, “*dicono sostanzialmente la stessa cosa*”⁴³²: ambos dan noticia de un rescripto de ADRIANO⁴³³, “*anche se il secondo (D. 37, 9, 1, 14) è più particolareggiato, e precisamente ci illustrano un provvedimento dell'imperatore Adriano*”⁴³⁴. Seguramente la teoría que sostiene METRO se muestre acorde con las fuentes, porque sin duda existió un procedimiento *ad expemplum Carboniani Edicti* establecido en un rescripto de ADRIANO para los casos en que se dudaba de la veracidad del embarazo o se discutía el *status* del *venter* o de la mujer; sin embargo, el examen de las fuentes puede llevar a una revisión de este planteamiento para ofrecer una perspectiva distinta del trámite que se estableció por extensión del edicto *Carboniano* al edicto de *ventre in possessionem mittendo*. El punto de partida de esta nueva hipótesis se sitúa en los dos textos que METRO ponía en relación –D. 37, 9, 1, 14 y D. 43, 3, 4, 3⁴³⁵— y que, según él, “*dicono sostanzialmente la stessa cosa*”⁴³⁶, porque el análisis de esos fragmentos demuestra que no son tan similares:

D. 37, 9, 1, 14.- (ULPIANUS libro XLI ad Edictum).- Si ea, quae in possessionem vult ire, uxor ne-

⁴³¹ METRO, “La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”, *op. cit.*, p. 948. Sigue esta tesis TORRENT, al afirmar que mediante el rescripto de ADRIANO se amplía autoritariamente el ámbito de la *bonorum possessio ex Carboniano edicto* al *nasciturus*, realizando una interpretación analógica del *edicto Carboniano* en favor de éste. Vid. TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano. (En tema de *bonorum possessio Carboniana*)”, en AHDE, LIV, 1984, p. 167.

⁴³² METRO “La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”, *op. cit.*, p. 948.

⁴³³ Según METRO la epístola que consta en D. 43, 4, 3, 3 es el mismo rescripto que se menciona en D. 37, 9, 14, 1, ya que en algunos casos éstos términos son equivalentes. (METRO, “La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”, *op. cit.*, p. 948, n. 28.

⁴³⁴ METRO, “La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”, *op. cit.*, p. 948.

⁴³⁵ Sobre D. 37, 9, 1, 14 y D. 43, 4, 3, 3, entre otros, vid. DIETER, “Summatim cognoscere”, en ZSS, XCVI, 1966, pp. 142 y ss. y 176 y ss.; TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...”, *op. cit.*, pp. 169 a 172; D’ORS, “Rescriptos y cognición extraordinaria”, en AHDE, XLVII, 1977, pp. 5 y ss.; y QUADRATO, “Missio in possessionem ex edicto Carboniano” e “bonorum possessio Carboniana”, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

⁴³⁶ METRO “La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”, *op. cit.*, p. 948.

getur, vel nurus, vel esse, vel fuisse, vel ex eo praegnans non esse contendatur, decretum interponit Praetor (ad) exemplum Carboniani Edicti. Et ita Divus Hadrianus Claudio Proculo Praetori rescripsit; ut summatim de re cognosceret, et, si manifesta calumnia videbitur eius, quae ventris nomine in possessionem mitti desiderat, nihil novi decerneret; si dubitari de re poterit, operam daret, ne praeiudicium fiat ei, quod in utero est; sed ventrem in possessionem mitti oportet. Apparet itaque, nisi manifesta sit calumniatrix mulier, debere eam decretum eligere, et ubi omnino iuste dubitari poterit, an ex eo praegnans sit, decreto tuenda est, ne praeiudicium partui fiat. Idemque est, et si status mulieri controversia fiat.

D. 43, 4, 3, 3.- (ULPIANUS libro LXVIII ad Edictum).- *Si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse, quod non sit praegnans, vel non ex eo praegnans, vel si de statu mulieris, aliquid dicatur, ex Epistola Divi Hadriani, ad exemplum praesumptionis Carboniani Edicti, ventri Praetor pollicetur possessionem.*

Los textos, en efecto, difieren en un aspecto sustancial: en el primero de ellos, D. 37, 9, 1, 14, la duda acerca del embarazo de la mujer se plantea cuando ésta todavía no ha entrado en posesión de los bienes *ventris nomine*; sin embargo, D. 43, 4, 3, 3 parte de un supuesto en el que ésta ya ha entrado en posesión de los bienes cuando se cuestiona la realidad del embarazo⁴³⁷. Ese diferente punto de partida podría explicar el distinto desarrollo por el que discurren los textos: en efecto, D. 37, 9, 1, 14 hace referencia a una *cognitio* previa, que lógicamente debe efectuar el pretor para comprobar la solvencia de la acusación y, conforme al resultado de la misma, conceder o denegar la posesión de los bienes hereditarios a la mujer; sin embargo, D. 43, 4, 3, 3 no hace mención alguna a esa *cognitio*, resultando lógico también porque la mujer ya se encontraría en posesión de los bienes, por lo que la realización de esa *cognitio* carecería de sentido.

⁴³⁷ No en vano, el *principium* de D. 37, 9, 1, 14 afirma “*si ea, quae in possessionem vult ire...*” mientras que D. 43, 4, 3, 3 comienza mencionando “*si mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse...*”.

La distinción entre los textos que METRO ponía en relación es, pues, más que evidente, pero a ello se debe añadir otro dato que también resulta significativo: se trata de la presencia en las fuentes de un texto, D. 37, 9, 7, 1, que, al igual que D. 37, 9, 1, 14, hace referencia a controversias sobre el *status* del *venter*, aunque de forma bastante más confusa que éste último: mientras que en D. 37, 9, 1, 14 se desarrolla un procedimiento coherente, en D. 37, 9, 7, 1 aparece incluso una contradicción entre el *principium*, donde se afirma que el pretor puede conceder la *missio in possessionem* al *conceptus* tras una *cognitio* sumaria, y la parte *in fine*, que da a entender que no se concede la *missio in possessionem* porque *enim aequum est, in tempus pubertatis ventrem vesci de alieno*:

D. 37, 9, 7, 1.- (ULPIANUS libro XLVII ad Edictum).- *Interdum non passim, sed cum causae cognitione mitti venter in possessionem debet, si quis sit, qui controversiam referat. Sed hoc tantum ad eum ventrem erit referendum, qui cum liberis admittitur; ceterum si mittatur Unde legitimi, vel qua alia ex parte, dicendum est, non esse causae cognitionem necessariam; nec enim aequum est, in tempus pubertatis ventrem vesci de alieno, in tempus pubertatis dilata controversia. Sed enim placet, omnes controversias, quae quasi status controversiam continent, in tempus pubertatis differri, sed non ut in possessione sit, status controversia dilata, sed sine possessione.*

Cabe preguntarse que motivo fundamenta la existencia de dos fragmentos, D. 37, 9, 1, 14 y D. 37, 9, 7, 1, insertados en el mismo título, referidos ambos a controversias sobre el *status* y con un procedimiento parecido, pero con notables diferencias entre ellos: por un lado, en cuanto a los sujetos, D. 37, 9, 14, 1 tiene como sujeto a la madre, sobre la que recae la duda de no ser *uxor* o *nurus* o no estar embarazada del causante, mientras que D. 37, 9, 7, 1 tiene como sujeto al *venter*; por otro lado, éste último texto hace referencia a la dilatación de la controversia a la pubertad mientras que D. 37, 9, 14, 1 no menciona nada al respecto; por último, D. 37, 9, 14, 1 hace mención directa de la existencia del procedimiento *ad exemplum Carboniani Edicti* debido a un Rescripto de ADRIANO, mientras que D. 37, 9, 7, 1 no hace referencia alguna al rescripto del emperador ni al procedimiento *ad exemplum Carboniani Edicti*; no obstante, se debe advertir que el trámite que consta en D. 37, 9, 7, 1 para el caso en que se promovieran controversias resulta idéntico al establecido en el edicto *Carboniano*: *cognitio* sumaria y traslado de la discusión al tiempo de la pubertad.

Las dos apreciaciones que se han puesto de manifiesto, esto es, la falta de conexión existente entre D. 37, 9, 1, 14 y D. 43, 4, 3, 3 y la duplicidad en la regulación del trámite a seguir en caso de controversia constituyen la base para que proponer una nueva visión sobre este tema, distinta de la ofrecida por METRO. No obstante, la premisa inicial que formula METRO constituirá también nuestro punto de partida, porque resulta bastante probable que los casos de *quaestio status* no se encontraran regulados en el edicto *de ventre in possessionem mittendo*, debiéndose crear un procedimiento específico tomando como modelo el vigente para el caso más similar: el del edicto *Carboniano*⁴³⁸. En efecto, el edicto *Carboniano* regulaba el procedimiento a seguir en supuestos de discusión del *status* de un hijo impúbero que tenía derecho a la *bonorum possessio* de la herencia del *paterfamilias*: se debía efectuar una *causa cognitio* sumaria para indagar sobre de la apariencia de veracidad que tenía la *quaestio status*, esto es, si la ilegitimidad del hijo parecía manifiesta o podían existir dudas al respecto: en el primer caso, se denegaba la posesión de los bienes; en el segundo, se debía conceder y, en ambos supuestos, la controversia acerca de su *status* se difería hasta su pubertad, tiempo en el que se consideraba que podía defenderse con todas las garantías⁴³⁹.

Resulta lógico, pues, que el edicto *Carboniano* que ordenaba el procedimiento a seguir en caso de discusión del *status* de un hijo impúbero fuera el modelo escogido para regular el trámite en caso de que se formulara una *quaestio status* contra el *conceptus*. Además, los fragmentos dedicados a esta materia —si bien resultan confusos por su ubicación dispersa con la que aparecen en las fuentes⁴⁴⁰ y por su contenido—, tienen todos una nota en común: la

⁴³⁸ Sobre el *edictum Carbonianum*, vid. LÖEHR, “*Die bonorum possessio ex Edicto Carboniano ist eine missio in possessionem*”, en *Magazin Philos. Gesch. Rechts Gesetzgebung*, II, 1807; IDEM, “*Ordinaria und extraordinaria bonorum possessio*”, en *Magazin für Rechtswiss und Gesetzgebung*, IV, 1844, p. 439 y ss.; HELLMAN, “*Ueber Missio in possessionem im römischen und heutigen Rechte*”, en *Festgabe Plank, Strasbourg*, 1887, pp. 241 y ss.; ALIBRANDI, “*De bonorum possessionibus. Commentarius*”, en *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1.896, pp. 71 y ss.; NIEDERMEYER, “*Studien zum “Edictum Carbonianum”*”, en *ZSS*, L, 1930, pp. 78 y ss.; METRO, “*La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, *op. cit.*, pp. 945 y ss.; LA ROSA, “*Appunti sull’editto Carboniano*”, en *Annali Catania*, VI-VII, 1951-53, pp. 152 y ss. (= *IURA*, XXVI, 1975, pp. 109 y ss.); STIEGLER, *Statusstreit und Dindeserbrecht*, Graz, 1972; IDEM, *Statusstreit und kindererbrecht. Probleme des edictum Carbonianum*, Graz, 1972; QUADRATO, “*Missio in possessionem ex edicto Carboniano*” e “*bonorum possessio Carboniana*”, *op. cit.*, pp. 61 y ss.

⁴³⁹ D. 37, 10, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Si cui controversia fiet, an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.*

⁴⁴⁰ Algunos fragmentos se encuentran en el título dedicado al edicto *de ventre in possessionem mittendo*; otros textos en el título bajo la rúbrica “*si mulier ventris nomine in possessione*” o en

similitud con el edicto *Carboniano*, dejando algunos constancia expresa de ello⁴⁴¹ y desprendiéndose en otros su analogía de forma implícita al establecer presupuestos y efectos idénticos a los del citado edicto⁴⁴². En definitiva, cabe afirmar como lo hace METRO que el procedimiento establecido en el edicto *Carboniano* fue extendido al edicto *de ventre in possessionem mittendo* y también resulta indudable que fue ADRIANO quién, mediante rescripto, estableció un procedimiento *ad exemplum Carboniano edicti*. Ahora bien, la pregunta que surge de inmediato es si cabe la posibilidad de que con anterioridad a ADRIANO existiera algún tipo de regulación para los supuestos en que se plantearan controversias sobre el *status* del *venter* o se dirigieran acusaciones de calumnia contra la madre. Como se comprobará a continuación, el examen de las fuentes permite ofrecer una respuesta afirmativa a esta cuestión, pero teniendo en cuenta que esa regulación no sería uniforme, sino dispersa, no existiendo un único procedimiento para las cuestiones dirigidas contra el *conceptus* o contra la mujer; ADRIANO, con su rescripto, habría ordenado esta regulación, estableciendo un procedimiento único —el que se desarrolla en D. 37, 9, 1, 14— que habría generalizado a cualquier *quaestio status* o acusación que pudieran plantear los interesados en la herencia.

Esta nueva perspectiva del tema tiene su base en la dualidad de textos que se refieren a discusiones de *status* que se ha puesto de manifiesto con anterioridad. En efecto, la existencia de D. 37, 9, 7, 1 y D. 37, 9, 1, 14 podría significar que el procedimiento establecido para las controversias planteadas contra el *venter* fuera diferente del que existía en caso de que se dirigiera una acusación de calumnia, esto es, de no estar embarazada, contra la madre. Se debe tener en cuenta que el edicto *Carboniano* también diferenciaba el trámite a seguir según que la controversia versara sobre el *status* del hijo impúbero o se dirigiera una acusación de suposición de parto contra la madre⁴⁴³; según parece

el de las acciones que se le concedían al poseedor de los bienes contra el que ejercitara violencia y otros en el título dedicado al edicto *Carboniano*.

⁴⁴¹ D. 37, 9, 1, 14 y 15; D. 43, 4, 3, 3 y D. 37, 10, 10.

⁴⁴² D. 37, 9, 7, 1 y D. 37, 9, 8.

⁴⁴³ Que el edicto *Carboniano* contenía disposiciones sobre la acusación por parto supuesto se evidencia en algunos textos que hacen referencia a esta cuestión: D. 37, 10, 3, 6.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Si mater impuberis subiecti partus rea postulata causam obtinuerit, poterit adhuc superesse status questio, utputa si dicatur, aut non esse ex ipso defuncto conceptus, aut ex ipso quidem, sed non ex matrimonio editus*. Si se demostraba que la mujer era culpable de parto supuesto, con lo que el hijo no sería hijo del difunto, se le denegaba la protección al impúbero y era considerado como si no hubiera sido instituido heredero: D. 37, 10, 1, 11.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...et post eventum cognitionis, si suppositum partum apparuerit, actiones hereditariae puero denegandae sunt, omniaque perinde habenda, atque si heres scriptus non fuissent*. Vid. a este respecto, TORRENT, "Suppositio partus-crimen falsi", en AHDE, LII, 1982, pp. 223 y ss., en el que afirma que la suposición del parto era un problema bastante antiguo que surgió no en la esfera penal sino en la civil, sobre todo en relación con la *bonorum possessio ex Carboniano Edicto*. Según el autor, ni siquiera en la

desprenderse de D. 37, 10, 1, 11, si el procedimiento se dirigía contra el hijo, la controversia se dilataba hasta la pubertad pero si se dirigía contra la madre la cuestión debía dilucidarse en el momento en que se planteaba la acusación, ya que ésta podía defenderse con todas las garantías:

D. 37, 10, 1, 11.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Si mater subiecti partus arguatur, an differenda sit quaestio propter statum pueri, quaeritur. Et si quidem pupilli status in dubium devocatur, differri quaestio in tempus pubertatis debet, quum metus potest esse, ne minus idonee defendatur. Quum vero mater rea postulatur, utique integra fide et maiore constantia causam defensura recenti tempore, dubium non est, cognitionem fieri oportere...*

Probablemente, pues, la *quaestio status* planteada contra el *venter* supondría no entregar la *missio in possessionem* a éste y diferir dicha acusación a la pubertad⁴⁴⁴, momento en que el hijo podría solicitar la *bonorum possessio* de la herencia; de ahí que la parte *in fine* de D. 37, 9, 7, 1 afirme que *status controversia dilata* y en ese ínterin el *conceptus* estaría *sine possessione*, porque *nec enim aequum* que se alimente de lo ajeno. Seguramente, ésta situación daría lugar a injusticias en la práctica, por lo que es probable que se creara un procedimiento semejante al del edicto *Carboniano*, en el que, tras una causa sumaria, se concediera o denegara la posesión de los bienes, tal y como se refleja en el *principium* de D. 37, 9, 7, 1⁴⁴⁵. Pero, como ya se ha mencionado,

época de la redacción del edicto perpetuo, la suposición del parto traspasa la esfera civil para entrar en la penal; como máximo, según TORRENT, se permitiría "*hipotizar una visión privada del delito*" teniendo en cuenta "*los escasos textos que hacen alguna vaga referencia a posibles aspectos penales como los relativos a calumniae causa (D. 43, 4, 3, 3 Ulp. 68 Ed.) o manifiesta calumnia (D. 37, 9, 1, 14 Ulp. 41 Ed.)*". En definitiva, TORRENT, siguiendo la tesis de ARCHI ("*Problemi in tema di falso nel diritto romano*", en *Studi giuridici della Società della Facoltà Giuridica di Pavia*, XXVI, 1941, pp. 114), sostiene que la visión penal de la *suppositio partu* no aparece hasta la época de SEPTIMIO SEVERO, siendo una de las primeras extensiones de la *lex Cornelia (de falsis)*. En contra de esta tesis, D'ORS, "*Contribuciones a la historia del crimen falsi*", en *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, p. 551, n. 86.

⁴⁴⁴ Estaba determinado que todas las controversias sobre el *status* se difirieran a la pubertad: D. 37, 10, 3, 9.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Parvi refert, utrum petitor sit impubes, an possessor, qui status controversiam patitur, nam sive possideat, sive petat, in tempus pubertatis differetur.*

⁴⁴⁵ Vid. también D. 37, 9, 1, 15, en el que se pone de manifiesto que el pretor debe auxiliar al *venter*, a fin de favorecer las condiciones necesarias para que su nacimiento llegue a buen fin: D. 37, 9, 1, 15.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...ex iisdem causis ventri quoque subvenire Praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus, quam pueri; partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur; partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum*

también cabía que se planteara una acusación de calumnia contra la mujer, esto es, de que no estar realmente embarazada; en este caso, las fuentes muestran la posibilidad de que el heredero solicitara juramento a la mujer sobre la realidad del embarazo. Se debe advertir a este respecto, que las fuentes conceptúan la calumnia en este caso sólo en referencia a los supuestos en los que se negaba el embarazo; de ahí que la definición que ofrecen las fuentes de posesión de los bienes *ventris nomine calumniae causa*, sólo haga referencia a que la mujer, a sabiendas de que no se encuentra embarazada, hubiera entrado en posesión de los bienes⁴⁴⁶:

D. 25, 6, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Per calumniam autem in possessione fuisse videtur, quae sciens prudensque se praegnantem non esse, voluit in possessionem venire.*

Se observará que el fragmento de ULPIANO no se refiere a los supuestos en que la mujer mentía sobre su *status*, esto es, cuando siendo cierto que estaba embarazada, el hijo no era del marido o, siendo del marido, no hubiera estado casada en justas nupcias; la calumnia, pues, parece hacer referencia al engaño acerca del embarazo y no al del *status*. Lo anterior también se desprende de otros tres textos de ULPIANO y PAULO dedicados a la tacha de infamia:

D. 3, 2, 5, 15.- (*ULPIANUS libro VIII ad Edictum*).- *Notatur, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est, dum se asseverat praegnantem,*

etiam Republicae nascitur. Lo mismo se establecía en relación con el edicto *Carboniano*, en el que el pretor también podía ordenar la posesión de los bienes a favor del hijo, ya que se consideraba más digno que *ne fame pereat filius* que disminuyera la masa hereditaria y, por ende, la cuota del heredero que cuestiona la legitimidad del hijo si al final *apparuit filium non esse*: D. 37, 10, 5, 3.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...Nec mirum debet videri, hereditatem propter alimenta minui eius, quem fortasse iudicabitur filium non esse, quum omnium edictis venter in possessionem mittatur, et alimenta mulieri praestentur propter eum, qui potest non nasci, maiorque cura debeat adhiberi, ne fame pereat filius, quam ne minor hereditas ad petitem perveniat, si apparuit filium non esse.* Vid. BETANCOURT, “La defensa pretoria del “*missus in possessionem*”, *op. cit.*, pp. 374 y 381; TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “*ordinatum*” por Juliano”, *op. cit.*, pp. 165 y 176; DIETER, “*Summatim cognoscere*”, *op. cit.*, p. 173; BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, *op. cit.*, p. 354 y QUADRATO, “*Missio in possessionem ex edicto Carboniano e bonorum possessio carboniana*”, *op. cit.*, pp. 85 y ss.

⁴⁴⁶ Vid. CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título XI del Edicto perpetuo*. “*De calumniatoribus*”, Santiago de Compostela, 1994 y BLANCH NOUGUES, *El edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana* (“*pars edicti*”- “*clausula*”- “*edictum*”). *Un estudio del Derecho romano*, Madrid, 1998, pp. 285 y ss.

D. 3, 2, 5, 16.- (*PAULUS libro VIII ad Edictum*).-
quum non praegnans esset, vel ex alio concepisset;

D. 3, 2, 5, 17.- (*ULPIANUS libro VIII ad Edictum*).-
debuisset enim coërceri, quae Praetorem decepit....

La inserción de un fragmento de PAULO entre dos de ULPIANO —comentarios ambos al título VIII del Edicto— sólo tiene explicación si se piensa que éste último jurista no contemplaba en su discurso la hipótesis citada por PAULO, esto es, que se planteara la duda de que el concebido no fuera hijo del marido. ULPIANO comienza en D. 3, 2, 5, 15 afirmando que recae tacha de infamia sobre la mujer que obtuvo la *missio in possessionem ventris nomine* aseverando que se encontraba embarazada; ello pone de manifiesto que ULPIANO entiende que el engaño de la mujer consiste en que ésta *non praegnans esset* y, para entrar en posesión de los bienes hereditarios, afirma que lo está; por ello, ULPIANO afirma que la mujer entra *per calumniam* en posesión. La frase de PAULO añadiendo al caso anterior citado por ULPIANO, aquél en que el engaño consiste en que la mujer *ex alio concepisset* resultaría necesario para los compiladores a fin de completar el discurso de ULPIANO que, como se ha mencionado, debía entender por calumnia únicamente el engaño de la mujer respecto de su embarazo, excluyendo el caso en que ésta estuviera embarazada y mintiera acerca de la paternidad del hijo. Teniendo en cuenta lo anterior, se examinará a continuación el procedimiento establecido para el caso de que se acusara a la mujer de calumnia —entendiendo por calumnia el engaño acerca de su embarazo y no las *quaestio status*—.

El trámite en estos casos podría ser el que aparece reflejado en dos textos que, básicamente, posibilitan que el heredero defiera juramento a la mujer acerca de su estado:

D. 25, 6, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Si de possessione ventris nomine quaeratur, et deferente herede mulier iuraverit, praegnantem se esse, servandum est iusiurandum, nec tenebitur mulier, quasi calumniae causa fuerit in possessionem missa, nec vis ei facienda esset post iusiurandum; si tamen peperit, quaeratur veritas, an ex eo praegnans fuerit; ateri enim nec prodest, nec nocet iusiurandum inter alios factum, nec partui igitur nocebit.*

D. 12, 2, 3, 3.- (*ULPIANUS libro XXII ad Edictum*).- *Unde Marcellus scribit, etiam de eo iurari posse, an*

praegnans sit mulier, vel non sit, et iuriurando standum. Denique, ait, si de possessione erat quaestio, servari oportere, si forte quasi praegnans ire in possessionem volebat, et, quum ei contradiceretur, vel ipsa iravit se praegnantem, vel contra eam iuratum est; nam si ipsa, ibit in possessionem sine metu, si contra eam, non ibit, quamvis vere praegnans fuerit; proderitque, inquit Marcellus, mulieri iuranti iusiurandum, ne conveniatur, quasi caluminae causa ventris nomine fuerit in possessionem, neve vim patiatur in possessione. Sed an iusiurandum eo usque prosit, ut post editum partum non quaeratur, ex eo editus, an non sit, cuius esse dicitur, Marcellus tractat; et ait, veritatem esse quaerendam, quia iusiurandum alteri neque prodest, neque nocet; matris igitur iusiurandum partui non proficiet, nec nocebit, si mater detulerit, et iuretur ex eo praegnans non esse.

Ambos fragmentos plantean la misma hipótesis: se parte de un supuesto de posesión de los bienes *ventris nomine* en el que el heredero plantea la duda acerca del embarazo de la mujer, permitiendo los dos textos que el heredero defiera juramento a la mujer acerca de la realidad del embarazo⁴⁴⁷: tanto si la mujer jura encontrarse embarazada como si lo niega, se debe estar al juramento. Ello significa que si la mujer juraba estar embarazada obtenía protección en el sentido de que no podría ser demandada por el heredero y, además, nadie podría violentar la posesión de los bienes⁴⁴⁸; ahora bien, la protección no se

⁴⁴⁷ El *principium* de D. 12, 2, 3, 3 justifica la posibilidad de jurar acerca del estado de la mujer basándose en la opinión de MARCELO. Probablemente ante la imposibilidad de comprobar el embarazo por otros medios que no violentaran su intimidad, si se planteaba alguna duda acerca del embarazo de una mujer, el pretor estaba facultado para exigirle que prestara juramento sobre su estado. ULPIANO ya afirma la posibilidad de exigir juramento sobre el estado de las personas: D. 12, 2, 3, 2.- (ULPIANUS libro XXII ad Edictum).- *Sed et si de conditione personae fuerit iuratum, Praetor iusiurandum tuebitur; utputa detuli iusiurandum, et iurasti, in potestate mea te non esse, tuendum erit iusiurandum*; este texto constituye el fundamento para que se considere lícito deferir juramento decisorio sobre el embarazo de una mujer: D. 12, 2, 3, 3.- (ULPIANUS libro XXII ad Edictum).- *Unde Marcellus scribit, etiam de eo iurari posse, an praegnans sit mulier, vel non sit, et iuriurando standum*. Vid. También C. 4, 1, 6, que alude a un caso de juramento deferido sobre el estado de libertad o parentesco de una persona. (BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma, 1.886, pár. 27, p. 104).

⁴⁴⁸ Las fuentes mencionan como medios de defensa de la *missio in possessionem ventris nomine*, un *interdictum* y una *actio in factum*: D. 43, 4, 1, pr.- (ULPIANUS libro LXXII ad Edictum).- *Ait Praetor: SI QUIS DOLO MALO FECERIT, QUO MINUS QUIS PERMISSU MEI, EIUSVE, CUIUS EA IURISDICTIONE FUIT, IN POSSESSIONE BONORUM SIT, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM, QUANTI EA RES FUIT, OB QUAM IN POSSESSIONEM MISSUS*

extendía a la presunción de paternidad del hijo, esto es, en el momento del nacimiento se podía averiguar si el hijo era del difunto o no. Entraríamos ahora en el campo de la *bonorum possessio ex edicto Carboniano*, donde se le podría conceder o no la posesión de los bienes al hijo impúbero. En caso de que la mujer no emitiera juramento, no obtendría la *missio in possessionem*, aunque al nacimiento el nacido podría solicitarla porque no puede perjudicarle el juramento de la madre. Un texto de MARCELO podría confirmar lo anterior:

D. 37, 10, 10.- (MARCELLUS libro VII. Digestorum).- *Quum mulier deferente herede iuraverit, se praegnantem esse, bonorum possessio ex Edicto Carboniano dari debet, vel denegari, si illa heredi detulit iusiurandum, quum causa cognita detur possessio, ne aut heredi bonorum possessio data faciat praeiudicium, aut denegata ius ordinariaum eripiat pupillo.*

La estrecha relación entre D. 26, 6, 1, pr. y D. 12, 2, 3, 3 y este texto de MARCELO resulta evidente; de hecho, D. 12, 2, 3, 3 comienza afirmando "*Unde Marcellus scribit...*". El texto de MARCELO se encuentra en el título dedicado al edicto *Carboniano* y en él se afirma textualmente que la mujer que hubiera jurado estar embarazada, *bonorum possessio ex Edicto Carboniano dari debet* mientras que si no realizó el juramento *ne aut heredi bonorum possessio data faciat praeiudicium*; a continuación se afirma que la *bonorum possessio causa cognita detur*, a fin de no perjudicar al heredero ni al pupilo⁴⁴⁹. Esta última parte del texto puede chocar con lo expuesto, puesto que se menciona que la posesión se entregaba tras una *cognitio* del pretor y no con base al juramento; esta discrepancia, a nuestro juicio, puede despejarse fácilmente.

Se observará que la única diferencia que existe entre los tres fragmentos dedicados al juramento de la mujer —D. 26, 6, 1, pr.; D. 12, 2, 3, 3 y D. 37, 10, 10— está en que los dos primeros se refieren a la *missio in possessionem ven-*

ERIT, DABO; D. 43, 4, 3, 2.- (ULPIANUS libro LXVIII ad Edictum).- *Praetor ventrem in possessionem mittit; et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti, ad exemplum creditorum magis, quam interdicto posseeam experiri, sciendum est.* Estos recursos que no son excluyentes entre sí y que pueden ser utilizados para sancionar al que ha impedido la entrada del *missus* en la posesión de los bienes. A este respecto, D'ORS (*Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 125) entiende que si se ha impedido la posesión mediante *vis*, procedería el interdicto y si se ha efectuado mediante *dolus* la *actio in factum*. Vid. también BETANCOURT, "La defensa pretoria del "missus in possessionem", op. cit., p. 379 y ss. y RESINA, "La legitimación de la mujer en el proceso criminal romano", Madrid, 1996.

⁴⁴⁹ vid. DIETER, "Summatim cognoscere", op. cit., pp. 180 y ss. y STIEGLER, "Marcell. D. 37, 10, 10 und die drittwirkung des eides", en ZSS, XCVIII, 1968, pp. 394 y ss.

tris nomine y el de MARCELO, sin embargo, hace referencia a la *bonorum possessio ex Edicto Carboniano*. Pero parece evidente que MARCELO nunca podría haber afirmado que la mujer embarazada podría obtener la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* puesto que ésta únicamente se concedía a los ya nacidos⁴⁵⁰; pero, a este respecto, se recordará que tanto D. 26, 6, 1, pr. como D. 12, 2, 3, 3 afirmaban que el juramento de la mujer le servía para obtener la *missio in possessionem* pero en caso de que finalmente diera a luz, el juramento no evitaba la indagación posterior acerca de la paternidad del hijo nacido⁴⁵¹. Este supuesto de *quaestio status* es precisamente del que se ocupaba el edicto *Carboniano* y, según este edicto, se debía entonces celebrar una *causa cognita* tras la cual debía concederse o denegarse la *bonorum possessio* de los bienes. Esta indagación acerca de la paternidad del hijo ya nacido, pues, es la *cognitio* que consta en D. 37, 10, 10 que debe efectuar el pretor antes de conceder la *bonorum possessio* en virtud del *Edicto Carboniano*⁴⁵² y en D. 26, 6, 1, pr. y D. 12, 2, 3, 3. En definitiva, la interpretación del texto de MARCELO parece sencilla: si la mujer había jurado que estaba embarazada —y, por tanto, había obtenido la *missio in possessionem ventris nomine*—, con base en ese mismo juramento, se le concedía al hijo ya nacido la posesión de los bienes *ex edicto Carboniano*, denegándosela en caso de que hubiera rechazado el juramento. Por lo tanto, gracias al juramento, la mujer conseguiría mantener la *missio in possessionem ventris nomine* y el hijo nacido la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* si se ponía en duda su paternidad.

Lo expuesto hasta el momento se podría relacionar con D. 43, 4, 3, 3, texto en el que se afirma que si la mujer *calumniae causa in possessionem venisse*, el pretor *ad exemplum praesumptionis Carboniani Edicti ventri Praetor pollicetur possessionem*⁴⁵³; como se ha tenido ocasión de comprobar al inicio

⁴⁵⁰ La *bonorum possessio ex Edicto Carboniano* sólo podía concederse al hijo que ya había nacido y, por ello, en el texto no puede hacer referencia al *conceptus* sino al nacido. Esto se corrobora con la parte *in fine* de D. 37, 10, 10 donde se habla de *pupillo* y no de *venter* o *conceptus*.

⁴⁵¹ Resulta evidente que si la mujer daba a luz se demostraría que ella no había mentado acerca de su embarazo pero podía dudarse ahora acerca de la paternidad del hijo. Esto mismo se establecía en el edicto *Carboniano* para los supuestos en que la mujer saliera victoriosa de la acusación de parto supuesto, ya que se podría dudar todavía acerca de la paternidad del hijo o del *status* de la mujer: D. 37, 10, 3, 6.- (ULPIANUS libro *XLI ad Edictum*).- *Si mater impuberis subiecti partus rea postulata causam obtinuerit, poterit adhuc superesse status quaestio, utputa si dicatur, aut non esse ex ipso defuncto conceptus, aut ex ipso quidem, sed non ex matrimonio editus*.

⁴⁵² Así se expone en D. 25, 6, 1, pr., pero sobre todo en D. 12, 2, 3, 3, *in fine*, que hace referencia a la opinión de MARCELO —"*inquit Marcellus*"— acerca del valor del juramento *ut post editum partum*.

⁴⁵³ A nuestro juicio, el texto se encuentra interpolado, porque como ya se ha mencionado, *calumniae causae* sólo comprendía la acusación consistente en que la mujer *non sit praegnans* y no los casos en que *non ex eo praegnans* o *de statu mulieris aliquid dicatur*.

de este apartado, D. 43, 4, 3, 3 no tiene relación con D. 37, 9, 1, 14 —como sostiene METRO— pero el texto si puede tener conexión con el de MARCELO: D. 43, 4, 3, 3 parte de una acusación contra la mujer de haber entrado en posesión de la herencia *calumniae causa* y establece a este respecto que el pretor promete la posesión de los bienes al *venter ex epistula divi Hadriani ad exemplum praesumptionis Carboniani edicti*; se puede comprobar que carece de sentido que el pretor prometa la posesión de los bienes al *venter* cuando realmente la mujer ya está en posesión de los bienes. Por lo tanto, la posesión de los bienes que promete el pretor en caso de que *mulier dicatur calumniae causa in possessionem venisse* no debía ser la *missio in possessionem venter nomine* —que ya tenía concedida— sino otra distinta; y a este respecto, es sabido que la única posesión que se podía conceder cuando existía alguna controversia sobre el *status* era la *bonorum possessio ex Edicto Carboniano*. Poniendo en conexión todo lo anterior, el fragmento originario, a nuestro entender, debería afirmar que cuando la mujer que obtuvo la posesión de los bienes *ventris nomine* fuera acusada de calumnia, el pretor prometería al hijo nacido la posesión de los bienes *ex Edicto Carboniano*; en definitiva, precisamente lo que MARCELO afirmaba en D. 37, 10, 10.

¿A que hace referencia, pues, la epístola de ADRIANO que consta en D. 43, 4, 3, 3?. En nuestra opinión, a los supuestos de *quaestio status*. Como se puede observar, el fragmento hace referencia a la acusación de calumnia no sólo en el sentido de dudar acerca de la realidad del embarazo —como era entendida originariamente en las fuentes— sino también cuando, sin negar el embarazo, se cuestionaba la paternidad del concebido o, en general, *si de statu mulieris aliquid dicatur*. Todas estas cuestiones a las que se hace referencia son las que se deben poner en relación con la *Epistola Divi Hadriani* citada en el texto; y ello permite afirmar que lo que llevó a cabo ADRIANO fue una reestructuración de la fragmentada y dispersa regulación que existía hasta entonces, estableciendo un único procedimiento y generalizando la concesión de la posesión de los bienes a los supuestos en que se discutiera cualquier cuestión acerca del *status* de la madre. Establecería, pues, un procedimiento que agrupara todas las cuestiones que se podrían discutir, esto es, tanto si se negara el embarazo de la mujer como si se planteaba alguna *quaestio status*. Ese procedimiento por decreto *ad exemplum edicto Carboniano* es el que consta en D. 37, 9, 1, 14⁴⁵⁴,

⁴⁵⁴ BESELER (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, *op. cit.*, pp. 61 y ss.), BIONDI (“*Summatim cognoscere*”, en *BIDR*, XXX, 1921, pp. 239 y ss.) y MARTINI (*Il problema della causae cognitio pretoria*, *op. cit.*, pp. 151 y ss.), entre otros, han considerado interpolado D. 37, 9, 1, 14, negando la clasicidad desde *ut sumatim* hasta el final del fragmento. En contra TORRENT (“*Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...*”, *op. cit.*, pp. 169 a 172) que, aún poniendo de manifiesto que el texto podría haber sido reelaborado por ULPIANO o algún jurista posterior, dado el razonamiento prolijo que

procedimiento prácticamente idéntico al establecido para conceder la posesión de los bienes *ex edicto Carboniano*⁴⁵⁵: se basa en una cognición sumaria y previa⁴⁵⁶ a la concesión de la *missio in possessionem ventris nomine*, al objeto de determinar la solvencia de la acusación⁴⁵⁷; en caso de que resultara manifiesto que el concebido no fuera *filiusfamilias* del difunto o de que la mujer no estuviera embarazada realmente, el pretor debía denegar la *missio in possessionem*, concediéndola en cualquier otro caso en el que existieran dudas al respecto⁴⁵⁸.

En conclusión, la nueva visión que se puede ofrecer tras el examen de las fuentes que se ha realizado consiste en sostener que, con anterioridad al rescripto de ADRIANO, existía una regulación dispersa para los casos en que

consta en la parte final del mismo, defiende la clasicidad de la *summaria cognitio* que fue, según él, impuesta por ADRIANO.

⁴⁵⁵ Cuando se planteara alguna *quaestio status* sobre el hijo impúbere que tenía derecho a la posesión de los bienes, el pretor debía entrar a conocer sobre el asunto mediante una *causae cognitio* que versará acerca del fundamento de la acusación; si se probaba que el impúbere no era hijo de una forma concluyente se le negaría la posesión de los bienes, pero si existía alguna duda al respecto, el pretor debía conceder la posesión: D. 37, 10, 3, 4.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Causae cognitio in eo vertitur, ut, si manifesta calumnia appareret eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio. Summatim ergo, aum petitur ex Carboniano bonorum possessio, debet Praetor cognoscere. Et si quidem absolutam causam invenerit, evidenterque probatur, filium non esse, negare debet ei bonorum possessionem Carbonianam; si vero ambigam causam, hoc est, vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem*. Vid. también D. 37, 10, 13.- (*PAULUS libro XI. Responsorum*).- *Titia post mortem mariti sui postumam enixa est, eidem Titiae crimen adulterii Sempronius apud Praeide[m] provinciae obiecit; quaero, an in tempus pubertatis quaestio adulterii differri debeat, ne praeiudicium postumae fiat. Paulus respondit, si ei pupillae, de qua quaeritur, bonorum paternorum quaestio non moveatur, sine causa tutores desiderare, adulterii quoque quaestionem in tempus pubertatis pupillae differri*.

⁴⁵⁶ Vid. SOLAZZI, “Note esegetico-critiche di diritto romano”, en *Arch. Giur.*, C, 1928, pp. 17 y ss. (= en *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, pp. 239 y ss.) y TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...”, *op. cit.*, p. 167. En contra, KRÜGER, “Das summatim cognoscere und das Klassische Recht”, en *ZSS*, XLV, 1925, pp. 55 y ss.

⁴⁵⁷ Según TORRENT (“Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...”, *op. cit.*, p. 168), la *causa cognitio* se requería siempre, aunque fuera sólo para examinar los presupuestos de legitimidad de la parte peticionaria; además, también se debía examinar la posible situación penal de la madre o sus relaciones de parentela con el difunto.

⁴⁵⁸ ADRIANO también dispuso mediante rescripto que la acusación de adulterio de la mujer que se encontraba en posesión de los bienes *ventris nomine* se difiriera hasta la pubertad del hijo: D. 37, 9, 8.- (*PAULUS libro I de Adulteris*).- *Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, Divus Hadrianus Calpurnio Flacco, differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato*. Probablemente, posteriormente se generalizaría este procedimiento, concediendo la posesión de los bienes para favorecer al *venter* a fin de que pudiera ser alimentado a costa de los bienes hereditarios. Vid. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1996.

se plantearan controversias sobre el *status* del *venter* o se acusara de calumnia a la madre, calumnia que se entendía únicamente en el sentido de dudar acerca de la realidad del embarazo. El rescripto de ADRIANO vendría a establecer un procedimiento general —el que consta D. 37, 9, 1, 14— para todos los casos que tuvieran por objeto la acusación de calumnia, la discusión del *status* del *conceptus* o de la mujer, cohesionando la dispersa regulación existente hasta el momento.

VI. MEDIDAS CAUTELARES QUE PODIAN ADOPTARSE PARA PREVENIR FRAUDES Y GARANTIZAR LOS DERECHOS Y EXPECTATIVAS DE TERCERAS PERSONAS INTERESADAS EN LA HERENCIA.-

El anticipo de los derechos hereditarios y la protección de la *spes hominis* que otorgaba el sistema pretorio mediante la *missio in possessionem ventris nomine* tenía un riesgo evidente de lesión de los derechos del resto de interesados en la herencia: sucesores, legatarios, acreedores, etc. En efecto, la incertidumbre que existía durante el periodo de gestación hacía que el pretor tuviera que salvaguardar tanto las expectativas hereditarias del *conceptus* como los intereses del resto de personas, porque éstos podían ver sus derechos retardados o disminuídos por la presencia del concebido⁴⁵⁹. Por ello, se hizo necesario adoptar una serie de medidas cautelares con diversas finalidades que pudieran ofrecer las garantías suficientes para que, a la vez que se protegían los futuros derechos del *nasciturus* con la *missio in possessionem*, se tutelaran igualmente los intereses del resto de personas implicadas en la herencia.

Estas medidas cautelares se pueden agrupar en dos grandes categorías: una, las medidas que se adoptan para proteger al *conceptus* y a la *uxor praeg-nans*, que, aparte de la *missio in possessionem* que obviamente es la medida más importante, comprendería el nombramiento de un *curator ventris*; y otra, las medidas que se adoptan para proteger al patrimonio hereditario y los derechos de los interesados en la herencia, que comprenderían el nombramiento de un *curator bonorum*, la inspección del vientre y la custodia del parto.

⁴⁵⁹ Según BARTOSEK (“*La spes en droit romain*”, *op. cit.*, p. 29) se puede decir, en general, que mientras exista la eventualidad del nacimiento de un ser, se pueden retardar los derechos sucesorios o se adoptan una medidas especiales; “*le but de ces différentes interventions était d’une part de saisir aussitôt que possible les intérêts juridiques d’une personne pas encore née et de continuer à les protéger incessamment, d’autre part d’influencer directement et alors de limiter les droits des tierces personnes dont l’exercice non troublé altérerait les intérêts (maintenant déjà protégés) du nasciturus*”.

1. NOMBRAMIENTO DE *CURATOR VENTRIS* Y DE *CURATOR BONORUM*.-

Si el pretor acordaba la *missio in possessionem ventris nomine*, podía solicitarse una medida cautelar que se encontraba prevista en el edicto pretorio: el nombramiento de un *curator ventris*:

D. 26, 5, 20, pr.- (*MODESTINUS libro VII. Differentiarum*).- *Ventri tutor a magistrativus populi Romani dari non potest, curator potest, nam de curatore constituendo Edicto comprehensum.*

El fragmento deja constancia de que al *venter* no se le podía nombrar un tutor, sino un curador, figura contemplada en el edicto. El texto transcrito ha llevado a SOLAZZI⁴⁶⁰ a sostener que el edicto pretorio únicamente regulaba la figura del *curator ventris*; sin embargo, es fácil observar que de D. 26, 5, 20, pr. no se desprende que el edicto dejara de lado la figura del *curator bonorum*: el texto, como se ha mencionado, únicamente establece que no se le podía nombrar tutor al *venter* —lo que resulta evidente puesto que todavía no había nacido— añadiendo que lo que si se podía nombrar era un curador, figura contemplada en el edicto; pero que el edicto contemplara la figura del *curator venter* no implica que no regulara la del *curator bonorum*: lejos de ser figuras excluyentes entre sí, se puede afirmar que se complementan; prueba de ello es que la compilación presenta una regulación unificada de ambas figuras⁴⁶¹ y que lo habitual era que el *curator ventris* asumiera también las funciones de *curator bonorum*⁴⁶², siendo éste responsable tanto de asegurar la subsistencia de la mujer y del *conceptus* como de la salvaguarda del patrimonio hereditario⁴⁶³:

D. 37, 9, 1, 18.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis, et ventri detur...*

⁴⁶⁰ SOLAZZI, "Tutele e curatele. V. "Curator ventris", en *Scritti di Diritto Romano*, II, 1913-1924, Napoli, 1957, pp. 67 a 69.

⁴⁶¹ Aunque a pesar de la unificación se puede diferenciar bastante fácilmente los fragmentos dedicados al *curator ventris* y los que se ocupan del *curator bonorum*: D. 37, 9, 19 y 20 están dedicados al *curator ventris* mientras que el 21 y el 22 del mismo título se dedican al *curator bonorum*.

⁴⁶² Aparte de D. 37, 9, 1, 17 y 18, ya transcritos, vid. D. 23, 2, 67, 4; D. 26, 10, 3, 3 y D. 26, 10, 3, 11.

⁴⁶³ Resulta lógico que los dos cargos se ocuparan por una sola persona, ya que dentro de la función de salvaguardar los intereses del *conceptus*, se enmarcaba la salvaguarda de sus derechos hereditarios: si iba a ser el futuro heredero, a él le interesaba mantener el patrimonio hereditario en óptimas condiciones.

D. 37, 9, 1, 17.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Quoties autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis... si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, quum periculum ad curatorem pertineat...*

La elección del *curator* se encuentra recogida de forma genérica en D. 37, 9, 1, 23, fragmento en el que no se efectúa distinción alguna entre las personas que podían asumir el cargo de *curator ventris* y las que podían ser designadas como *curator bonorum*; no obstante, se desprende claramente del texto quiénes eran idóneas para desempeñar uno y otro cargo⁴⁶⁴:

D. 37, 9, 1, 23.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Eligitur autem curator aut ex his, qui tutores dati sunt postumo, aut ex necessariis affinibusque, aut ex substitutis, aut ex amicis defuncti, aut ex creditoribus, sed utique is, qui idoneus videbitur; aut si de personis eorum quaestio moveatur, vir bonus eligitur.*

Por lo que se refiere al *curator ventris*, parece bastante lógico que éste fuera elegido entre aquellas personas designadas en el testamento para ejercer la tutela del póstumo o entre los parientes afines e, incluso a falta de éstos, entre los sustitutos o *ex amicis defuncti*; la referencia que hace el fragmento a los acreedores no debe referirse al *curator ventris* sino al *bonorum*, ya que, seguramente, éstos no tendrían excesivo interés en si se proporcionaban alimentos

⁴⁶⁴ Ya se ha expuesto que la misma persona podía desempeñar los cargos de *curator ventris* y del *curator bonorum*, pero como el nombramiento de cada uno obedecía a finalidades distintas, podía ocurrir que se nombrara *curator ventris* pero no *curator bonorum* y, puesto que en ocasiones podían defender intereses contrapuestos, uno y otro cargo podía ser desempeñado por personas distintas si se solicitaba el nombramiento por parte de los acreedores o de los otros sucesores: D. 37, 9, 1, 18.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...Hoc autem iure utimur, ut idem curator et bonis, et ventri detur. Sed si creditores instant, vel qui sperat, se successurum, diligentius atque circumspectius id fieri debet, et plures, si desideranteur, dandi sunt.* Si sólo se nombrara *curator ventris*, debía permitirse a los acreedores que custodiaran los bienes: D. 37, 9, 1, 17.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum, in custodia bonorum esse...* Lo anterior resulta lógico si se tiene en cuenta que el *curator ventris* tenía como misión fundamental proporcionar a la mujer y al *conceptus* todo lo necesario para asegurar la subsistencia de ambos y el nacimiento del futuro ser mientras que el *curator bonorum* era nombrado para salvaguardar que el patrimonio hereditario de riesgos y pérdidas económicas mientras duraba la *missio in possessionem*.

al concebido o si la madre contaba con los medios suficientes para dar a luz, estando más preocupados en la conservación del patrimonio para el posterior cobro de sus deudas⁴⁶⁵.

Durante el periodo de tiempo en que se encontraba pendiente el nombramiento de *curator*, el heredero instituido en primer grado o el sustituto tenía la obligación de ocuparse del recuento de los bienes para, posteriormente, asignarlos a la mujer. El heredero debía asumir esta función pero *obsignare non debere*⁴⁶⁶; además, si lo consideraba necesario, debía nombrar un guarda para aquellos bienes que no pudieran permanecer sin custodia y un árbitro que tenía como función primordial fijar la cantidad que se debía emplear en el mantenimiento del patrimonio hereditario, cargos que cesarían en cuanto el *curator* estuviera designado⁴⁶⁷:

D. 37, 9, 1, 24.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Quodsi nondum sit cuartor constitutus, quia plerumque aut non petitur, aut tardius petitur aut serius datur, Servius aiebat, res hereditarias heredem institutum vel substitutum obsignare non debere, sed tantum pernumerare et mulieri assignare.*

D. 37, 9, 1, 25.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Idem ait, ad custodienda ea, quae sine custodia salva esse non possunt, custodem ab herede ponendum, utputa pecoris; et si nondum messis vinde-*

⁴⁶⁵ Por ello, los acreedores y los sucesores son los que deben proporcionar la información necesaria a fin de que se pueda encontrar a la persona idónea para desempeñar el cargo de *curator bonorum*: D. 37, 9, 1, 17.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...Idcirco curatorem bonis ex inquisitione dandum, idoneum scilicet oportet creditores curare, vel si quis alius est, qui non edito partu successionem speret.*

⁴⁶⁶ Este procedimiento se utilizaba también en el caso de que no se solicitara el nombramiento de *curator ventris*. A este respecto se debe advertir que, aunque D. 37, 9, 1, 17 afirma que la viuda solía pedir el curador cuando se otorgaba la *missio in possessionem ventris nomine* (D. 37, 9, 1, 17.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Quoties autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis...*) lo cierto es que D. 37, 9, 1, 24 pone de manifiesto que la mayoría de las veces el curador o no se solicitaba o se solicitaba tarde.

⁴⁶⁷ Debían cesar el guarda y el árbitro y también la custodia de los bienes por parte de los acreedores porque estas funciones son asumidas por el curador, recayendo sobre él la responsabilidad íntegra por su actuación: D. 37, 9, 1, 17, *in fine*.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *...sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, quum periculum ad curatorem pertineat...*; D. 37, 9, 1, 26.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Curatore autem constituto haec omnia cessare puto; conscribere tamen curatori debent et vendenti, et inventarium rerum facienti.*

miave facta sit, et si fuerit controversia, quantum deminui oporteat, arbitrum dandum.

En cuanto a la función primordial atribuida al curador, como es lógico, consistía en el cuidado del *venter* y para ello debía proporcionar a la madre todo lo necesario para que el parto del futuro heredero llegara a buen fin⁴⁶⁸; si, además, era designado también *curator bonorum*, tendría la función genérica de la custodia los bienes:

D. 26, 7, 48 [47 H. 49 V].- (*HERMOGENIANUS libro I iuris Epitomarum*).- *Inter bonorum ventrisque curatorem, et inter curatorem furiosi, itemque prodigi pupillive magna est differentia, quippe quum illis quidem plane rerum administratio, dubus autem superioribus sola custodia, et rerum, quae deteriores futurae sunt, venditio committitur.*

Con independencia de la custodia de los bienes, el *curator* debía además ejercer una labor de vigilancia y cuidado del patrimonio hereditario, evitando que se perdieran cosas susceptibles de ser adquiridas por usucapión o que se dejaran de cobrar créditos, liberándose los deudores⁴⁶⁹; igualmente, debía evitar el deterioro del patrimonio, pagando las deudas que existieran y, en especial, *quod sub poena, aut pignoribus pretiosis debetur* que supusieran una carga para los bienes hereditarios⁴⁷⁰. Todas estas funciones se debía cumplir *hoc*

⁴⁶⁸ El curador debe proveer de alimento a la mujer y al concebido y no importa que la mujer tenga dote, porque realmente los alimentos se prestan al *conceptus*: D. 37, 9, 5, pr.- (*GAIUS libro XIV ad Edictum provinciale*).- *Curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit quia videntur, quae ita prestantur, ipsi praestari, qui in utero est.* También se le debe prestar habitación y vestido e, incluso, se deberán poner esclavos para su servicio: D. 37, 9, 1, 19.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Mulier autem in possessionem missa ea sola, sine quibus foetus sustineri et ad partum usque produci non possit, sumere ex bonis debet; et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum, potum, vestitum, et ceterum mulieri praestet pro facultatibus defuncti, et pro dignitate eius atque mulieris*; D. 37, 9, 4, pr.- (*PAULUS libro XLI ad Edictum*).- *Habitatio quoque, si domum defunctus non habuit, conducenda erit mulieri. 1.- Servis quoque mulieris, qui necessarii sunt ad ministerium eius, secundum dignitatem cibaria praestanda sunt.* Como se afirma en estos textos, todos los gastos irán en función de la dignidad y patrimonio del difunto y de la mujer.

⁴⁶⁹ D. 37, 9, 1, 21.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Item si periculum est, ne interim res usucapiantur, ne debitores tempore liberentur, idem curare debet.*

⁴⁷⁰ D. 37, 9, 5, 1.- (*GAIUS libro XIV ad Edictum provinciale*).- *Curator ventri datus solvendi debiti rationem habere debet, utique eius, quod sub poena, aut pignoribus pretiosis debetur.*

*quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum*⁴⁷¹, pudiendo ser acusado de *suspecti crimen*⁴⁷².

Para llevar a cabo las funciones que el cargo le imponía, el curador tenía facultades de disposición sobre la herencia, pudiendo vender aquellos bienes que fueran necesarios para afrontar los gastos surgieran en el cumplimiento de sus funciones, si bien existía un orden de prelación sobre los bienes: en primer lugar, debía disponer del dinero metálico y, en caso de que no hubiera liquidez, podía proceder a la enajenación de los bienes, vendiendo primero aquellos bienes cuyo mantenimiento resultara más costoso para la herencia⁴⁷³.

2. INSPECCIÓN DEL VIENTRE Y CUSTODIA DEL PARTO.-

La *inspectio ventris* y la custodia del parto son medidas cautelares que se encuentran reguladas en el edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*⁴⁷⁴, que podían adoptarse por el pretor a instancia de las terceras personas

⁴⁷¹ D. 37, 9, 1, 22.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum*.

⁴⁷² D. 26, 10, 3, 3.- (*ULPIANUS libro XXXV ad Edictum*).- *Se et si quis curam ventris bonorumve administrat, non carebit huius criminis metu*. Si el *curator venter* hubiera procedido con fraude y luego hubiera sido nombrado tutor, se puede dudar si puede ser acusado por el fraude cometido en la curatela: D. 26, 10, 3, 11.- (*ULPIANUS libro XXXV ad Edictum*).- *Si curator ventri bonisque datus fraudulenter versatus sit, deinde tutor datus, an postulari suspectus propter fraudes in cura admissas possit, dubitari potest...* Y ello porque se puede ejercitar la acción de tutela habiendo dejado un cargo y habiendo tomado otro como afirma D. 26, 10, 3, 6.- (*ULPIANUS libro XXXV ad Edictum*).- *Et quum possit tutelae a concuratoribus conveniri, consequens erit dicere, cessare suspecti accutionem, quia tutelae agi possit deposito officio et alio sumto*. A este respecto, se debe añadir que tanto el *curator ventris* como el *bonorum* se consideran cargos personales al estar exentos de prestar fianza: D. 27, 10, 8.- (*ULPIANUS libro VI de officio Proconsulis*).- *Bonorum ventris nomine curatorem dari oportet; eumque rem salvam fore viri boni arbitrato satisdare Proconsul iubet; sed hoc, si non ex inquisitione detur, nam si ex inquisitione, cessat satisdatio*. Vid. también D. 50, 4, 1, 4.- (*HERMOGENIANUS libro I. Epitomarum*).- *Aeque personale munus est tutela, cura adulti furiosive, item prodigi, muti, etiam ventris, etiam ad exhibendum cibum, potum, tectum, et similia; sed et in bonis, cuius officio usucapiones interpellantur, ac ne debitores liberentur, providetur...*

⁴⁷³ D. 37, 9, 1, 20.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Deminutio autem ad hos sumtus fieri debet, primum ex pecunia numerata; si ea non fuerit, ex his rebus, quae patrimonia onerare magis impendio, quam augere fructibus consueverunt*.

⁴⁷⁴ Según LANFRANCHI (*Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo, op. cit.*, pp. 62 y ss.), uno de los dos capítulos del senadoconsulto Planciano contenía normas acerca de la suposición de parto, si bien no se conoce el contenido de esta norma porque ULPIANO no lo desarrolla en su obra. Siguiendo esta hipótesis, METRO (*"La datazione dell' "editto de inspiciendo ventre custodiendoque partu"*, op. cit., p. 953) va más allá y entiende que el capítulo regulaba medidas para evitar la suposición de parto, como la *custodia ventris*, que fueron sustituidas por el edicto *de inspiciendo ventre*; le sigue TORRENT (*"Suppositio partus-crimen falsi"*, op. cit., p. 227)

interesadas en una herencia y que se encontraban encaminadas a evitar la simulación del embarazo y la suposición del parto; el contenido del edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu* se examinará a continuación, pero previamente se debe hacer referencia a una de las cuestiones que ha suscitado discusión doctrinal; se trata de la disposición derogatoria citada en D. 25, 4, 2, pr. referida a alguna norma anterior al edicto *de inspiciendo ventre* que había sido creada *ad exemplum Carboniani*:

D. 25, 4, 2, pr.- (*IULIANUS libro XXIV. Digestorum*).- *Edictum de custodiendo partu derogatorium est eius, quod ad Carboniani Decreti exemplum comparatum est.*

GLUCK⁴⁷⁵ entiende que la norma *ad exemplum Carboniani* a la que hace referencia JULIANO en el fragmento es el edicto *de ventre in possessionem mittendo*; según el autor, por tanto, la norma que derogó el edicto *de inspiciendo ventre* fue el edicto *de ventre in possessionem mittendo* que, en su opinión, se había creado tomando como base el edicto Carboniano. Basa su conclusión en algunos fragmentos del título correspondiente al edicto *de inspiciendo ventre*⁴⁷⁶ en los que se faculta al pretor para acordar la *bonorum possessio* a favor del hijo en el caso de que la mujer no haya cumplido alguno de los trámites establecidos en el citado edicto: GLUCK sostiene que esa *bonorum possessio* es la *bonorum possessio ventris nomine*⁴⁷⁷ y que, por lo tanto, el edicto

que considera admisible dicha hipótesis. Acerca del senadoconsulto Planciano, vid., entre otros, D'ORS, *Derecho Privado Romano*, op. cit., p. 289; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, op. cit., p. 670; PACCHIONI, *Corso di diritto...*, op. cit., p. 658; COSTA, *Storia del diritto romanodalle origini alle compilación giustinianee*, op. cit., p. 72; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, op. cit., p. 416, n. 1; TAUBENSCHLAG, "Der Einfluss der Provinzialrechte auf das Privatrecht", en *Opera minora*, I, 1959, p. 425); KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, op. cit., p. 291; SCHILLER, "Senatus consulta in the Principate", en *Tulane Law Rev.*, XXXIII, 1959, p. 502. ULPIANO en D. 25, 3, 3, 1 defiende que el senadoconsulto Planciano es de fecha anterior a la muerte del emperador ADRIANO, ya que *aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur*. En este sentido, LANFRANCHI, "Ius exponendi" e *obbligo di alimentare nel diritto romano clasico*", en *SDHI*, IV, 1940, p. 6, n. 5.

⁴⁷⁵ GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., p. 338.

⁴⁷⁶ D. 25, 4, 1, 2.- (*IULIANUS libro XXIV. Digestorum*).- *Sed hoc aliquando remittere Praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur, aut partus custodiretur*; también D. 25, 4, 1, 15.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- *Quod autem Praetor ait, causa cognita, se possessionem non daturum, vel actiones denegaturum, eo pertinet; ut, si per rusticitatem aliquid fuerit omissum ex his, quae Praetor servari voluit, non obsit partui. Quale est enim, si quid ex his, quae leviter observanda Praetor edixit, non si factum, partui denegari bonorum possesseionum? Sed mos regionis inspiciendus est, et secundum cum et observari ventrem, et partum, et infantem oportet.*

⁴⁷⁷ Según terminología de GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, op. cit., p. 338. Como se ha tenido ocasión de mencionar resulta más correcto *missio in possessionem ventris nomine*.

que cita JULIANO no podía ser otro que el *de ventre in possessionem mittendo*⁴⁷⁸.

A esta tesis se opuso METRO⁴⁷⁹ al entender que el edicto *de ventre in possessionem mittendo* y el edicto *Carboniano* no tenían nada en común y, por tanto, JULIANO no podría haber relacionado nunca ambos edictos y menos aún aseverar que el primero fue modelado *ad exemplum Carboniani*. En opinión de METRO, la derogación del edicto *de inspiciendo ventre* se refiere a una norma introducida por Adriano y que regulaba, *ad exemplum Carboniani*, el procedimiento a seguir en los casos de discusión acerca del *status* del concebido o de la mujer. El autor extrae su conclusión sobre la base de dos fragmentos, D. 43, 4, 3, 3 y D. 37, 9, 1, 14, que, según él básicamente afirman lo mismo⁴⁸⁰: ambos hacen referencia a un rescripto de Adriano que creó un procedimiento especial por decreto *ad exemplum Carboniani edicti* para los supuestos en que se discutiera el *status* de la mujer o del concebido⁴⁸¹. Sobre esta hipótesis, METRO concluye que D. 25, 4, 2, pr. sólo se puede interpretar en un sentido: el edicto *de inspiciendo ventre* modificó parcialmente⁴⁸² el procedimiento *per decretum* introducido por ADRIANO *ad exemplum Carboniani*, “*in quanto imponeva alla donna l’onere di attenersi a determinate norme se voleva beneficiare della b.p. ventris nomine*”⁴⁸³, aunque al pretor le quedaba la fa-

⁴⁷⁸ Sigue a GLÜCK, LANFRANCHI (*Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, L’agere ex Senatusconsulto de partu agnoscendo*, op. cit., pp. 62 y ss.), que poniendo en relación D. 25, 4, 2, pr. con D. 43, 4, 3, 3 y un texto de PLINIO (*Epistulae*, X, 72-73) llega a conclusiones parecidas.

⁴⁷⁹ METRO, “*La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, op. cit., p. 947.

⁴⁸⁰ Mostramos nuestra disconformidad con la opinión de METRO acerca de que los textos contemplen supuestos idénticos; a nuestro juicio, los textos difieren entre sí porque D. 37, 9, 1, 14 se refiere a un caso en el que la controversia acerca del *status* de la mujer se plantea con anterioridad a que ésta haya entrado en posesión de los bienes, mientras que en D. 43, 4, 3, 3 contempla un supuesto en el que la mujer tiene concedida la *missio in possessionem ventris nomine* y lo que promete el pretor es la *bonorum possessio* al nacido. Vid. lo que se ha expuesto en el apartado dedicado a los supuestos especiales en los que se concedía la *missio in possessionem ventris nomine* respecto a nuestra posición.

⁴⁸¹ Según el autor, “*Adriano no fece dunque altro che estendere alla b.p. ventris nomine, in caso di controversia sullo status della donna, il decretum previsto dall’editto Carboniano*”. (METRO, “*La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, op. cit., pp. 948 y 949).

⁴⁸² Según METRO, éste es el significado técnico de “*derogare*” que aparece empleado en el texto, poniendo de manifiesto el autor su extrañeza por el empleo de este término, ignorado por el correcto lenguaje latino y que, entre todas las fuentes jurídicas, solo figura en este fragmento. Vid. METRO, “*La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, op. cit., p. 945, n. 8 y 949, n. 31 y bibliografía allí citada en relación con estas cuestiones.

⁴⁸³ METRO, “*La datazione dell’editto “de inspiciendo ventre custodiendoque partu”*”, op. cit., p. 949.

cultad de disponer la misma en caso de que no se hubieran cumplido las prescripciones del edicto por ignorancia de la mujer. Sobre estas premisas y basándose también en un papiro de Ginebra publicado en 1.894 METRO llega a la conclusión de que el edicto *de inspiciendo ventre* es posterior al procedimiento por *decretum* introducido por ADRIANO *ad exemplum Carboniani edicti* y se dictó *ex novo* para regular las suposiciones de parto⁴⁸⁴.

TORRENT⁴⁸⁵ se opuso a la interpretación ofrecida por METRO, aunque comparte su punto de vista respecto a que el edicto *de inspiciendo ventre* fue dictado para regular el *partus suppositus*; según el autor, el edicto *de inspiciendo ventre* no se debió a ninguna innovación imperial sino a la actividad del propio pretor, no siendo otra cosa que una aplicación de senadoconsulto Planciano; puesto que se sabe que de los dos capítulos que contenía el senadoconsulto Planciano, uno de ellos se refería a la suposición de parto⁴⁸⁶, TORRENT

⁴⁸⁴ METRO, “La datazione dell’editto “*de inspiciendo ventre custodiendoque partu*”, *op. cit.*, p. 957.

⁴⁸⁵ TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “*ordinatum*” por Juliano...”, *op. cit.*, p. 167 y ss.

⁴⁸⁶ El otro capítulo del senadoconsulto Planciano introduce la *actio de partu agnoscendo*, para los casos de reconocimiento de hijos que, con posterioridad al divorcio, todavía no habían nacido, estableciéndose un procedimiento bastante complejo para su reconocimiento: según este senadoconsulto, la mujer divorciada que creía estar embarazada debía notificar su estado al marido, dentro del plazo de treinta días naturales, contados a partir de la disolución del matrimonio y en el supuesto de que la mujer omitiera la notificación prescrita en el senadoconsulto, el marido tenía libertad para no reconocer al hijo, sin perjuicio de que, posteriormente ese hijo podía actuar por sí mismo para que se le reconociera como hijo legítimo, ya que como afirma JULIANO en D. 25, 3, 1, 8, *nihil hoc nocere ei, quod editur*. La finalidad de esta denuncia era que el futuro padre pudiera tomar las precauciones precisas para la verificación del embarazo, en orden al reconocimiento de la paternidad legítima por nacimiento *iustae nuptiae*; a tal efecto, el marido podía adoptar varias posturas: a) nombrar *custodes* del vientre, que podía ser voluntario por parte del marido pero también podía ser ordenado por el juez (D. 25, 3, 1, 6.- (ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum).- *...custodes autem arbitrio iudicis...*) y no prejuzgaba la situación, puesto que se le permitía no reconocer al hijo cuando naciera (D. 25, 3, 1, 11.- (ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum).- *Quemadmodum per contrarium si maritus uxore denuntiante custodes miserit, nullum praeiudicium sibi faciet; licebit igitur ei partum editum ex se negare, nec ei nocebit, quod ventrem custodierit. Et ita Marcellus libro septimo Digestorum scripsit; ait enim, sive quis neget uxorem, sive ex se praegnantem, sine praeiudicio recte mittet custodes, maxime si missurus id ipsum protestetur*; b) afirmar, siempre delante de testigos, que la mujer no estaba embarazada de él: en este caso también se admite la representación. Si niega su paternidad, el marido no tiene obligación de reconocer al hijo por el momento, aunque después podrá demostrarse que el hijo es suyo y entonces si se le impondrá la obligación de reconocerle (D. 25, 3, 1, 4); c) e, incluso, negar que hubiera sido su mujer, como establece D. 25, 3, 1, 11. Si mantenía una actitud de absoluta pasividad, es decir, si no enviaba *custodes* ni negaba que el embarazo fuera suyo, el Senadoconsulto preveía la imposición de un castigo consistente en obligarle a reconocer al hijo y facilitarle alimentos, aunque esta obligación no era definitiva puesto que el marido podía demostrar con otras pruebas que no era su progenitor y así no reconocerle como hijo

admite que en él se regulara la *custodia ventris*. Por lo tanto, el edicto de *inspiciendo ventre* resulta una incorporación del senadoconsulto Planciano a través de la actividad pretoria, tan frecuente en el Principado, resultando plausible que explicara las formalidades procesales del citado senadoconsulto y que lo modificara parcialmente⁴⁸⁷. Teniendo en cuenta lo anterior, TORRENT difiere de la conclusión a la que llega METRO en cuanto a la época del edicto de *inspiciendo ventre*⁴⁸⁸, ya que niega que éste fuera posterior a ADRIANO o que fuera *derogatorium* del procedimiento *ad exemplum Carboniani edicti* establecido por el citado emperador⁴⁸⁹.

Una vez que se han examinado las posiciones doctrinales que se han ofrecido en torno a la disposición derogatoria recogida en D. 25, 4, 2, pr., teniendo en cuenta que efectivamente el edicto de *ventre in possessionem mittendo* no tiene ninguna similitud con el *edicto Carboniano* —el primero regula todos los aspectos que tienen que ver con la concesión de la *missio in possessionem ventris nomine* y el nombramiento del *curator ventris* mientras que el segundo se refiere a la *bonorum possessio* de la herencia que se concedía al hijo impúbero sobre el que pesaba una controversia acerca su *status* y que se difería hasta la pubertad en que se entendía que éste podría defenderse con todas las garantías—, la derogación mencionada en D. 25, 4, 2, pr. probablemente no se refiera al edicto de *ventre in possessionem mittendo*.

No obstante, lo anterior no significa que se deba negar toda conexión entre el edicto de *ventre in possessionem mittendo* y el edicto de *inspiciendo ventre*, como efectúa METRO, ya que, como se ha tenido ocasión de exponer, se reguló en relación con el edicto de *ventre in possessionem mittendo* un procedimiento *ad exemplum Carboniani edicti* para los casos en que se formulara acusación de calumnia contra la mujer. El procedimiento que existía con anterioridad a ADRIANO para el caso en que se formulara acusación de calumnia contra la madre no debía resultar convincente: resultaría bastante fácil el fraude porque sólo se preveía el juramento de la mujer para acreditar que ésta se en-

⁴⁸⁷ TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...”, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁸⁸ También difiere de la opinión que sostenía METRO respecto a que el edicto de *inspiciendo ventre* no tenía conexión con el de *ventre in possessionem mittendo*; a este respecto, TORRENT entiende que tanto el rescripto Adriano como el edicto de *inspiciendo ventre* giran a la *bonorum possessio ventris nomine*, por lo que en este punto la explicación ofrecida por GLÜCK resulta para el autor más satisfactoria que el razonamiento de METRO. En efecto, TORRENT entiende que la tesis de METRO choca frontalmente con D. 25, 4, 2, 1 y D. 37, 9, 1, 15, textos que ponen en relación ambos edictos. Vid. TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...”, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁸⁹ TORRENT, “Intervenciones de Adriano en el edicto “ordinatum” por Juliano...”, *op. cit.*, p. 177.

contraba *missa in possessionem calumniae causa*⁴⁹⁰; por tanto, se daba un elevado riesgo de pérdida de bienes en caso de engaño por parte de la mujer⁴⁹¹. A pesar de las duras penas impuestas para castigar el delito de *partus suppositus*⁴⁹², la imprescriptibilidad establecida por la *lex Cornelia de Falsis*⁴⁹³, la tacha de infamia⁴⁹⁴ que se preveía como castigo adicional; la protección pretoria concedida al heredero para que pudiera repetir lo gastado por la mujer mientras había estado en posesión *calumniae causae*⁴⁹⁵ o para reclamar en caso de que

⁴⁹⁰ Posteriormente, si la mujer daba a luz podía plantearse alguna cuestión acerca de la paternidad del hijo que se había dado a luz. Vid. a este respecto D. 25, 6, 1, pr.; D. 12, 2, 3, 3; D. 25, 6, 1, 2; D. 37, 10, 3, 6 y D. 37, 10, 10.

⁴⁹¹ Vid. CENTOLA, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli, 1999. Los efectos que produciría el falso juramento, en el caso de que la viuda hubiera entrado en posesión de los bienes hereditarios *in ventris nomine*, son distintos en caso de que hubiera actuado de buena fé o de mala fé: si actuó con la firme creencia de encontrarse embarazada y sin ánimo de perjudicar a los herederos, no se le podrán reclamar los gastos que ésta haya ocasionado: D. 37, 9, 3.- (*NERATIUS libro I. Membranarum*).- ...*Sumtus autem ab ea facti bona fide non repeduntur*; sin embargo, si la mujer actúa dolosamente, habiendo tomando bienes de la herencia para su propio beneficio, en virtud de D. 37, 9, 1, 28 debe responder por los bienes que ha consumido: D. 37, 9, 1, 28.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Et si sciens prudenque, se praegnantem non esse, consumserit, de suo eam id consumsisse Labeo ait.*

⁴⁹² Vid. a este respecto, *Pauli Sententiae* II, 24, 9; D. 48, 10, 19, 1 y C. 9, 22, 1 y 10.

⁴⁹³ D. 48, 10, 30 y C. 9, 22, 1. Vid. a este respecto, TORRENT, "*Suppositio partus-crimen falsi*", *op. cit.*, pp. 227 y ss.

⁴⁹⁴ D. 3, 2, 15 a 17, ya citados. La mujer tiene que actuar de forma dolosa para que sea tachada de infamia y no por error: D. 3, 2, 18.- (*GAIUS libro III ad Edictum provinciale*).- *Ea, quae falsa existimatione decepta est, non potest videri per calumniam in possessione fuisse*; y D. 3, 2, 19.- (*ULPIANUS libro VIII ad Edictum*).- *Non alia autem notatur, quam ea, de qua pronuntiatum est, calumniae causa eam fuisse in possessionem missam. Idque et in patre erit servandum, qui calumniae causa passus est filiam, aum in potestate habebat, in possessionem ventris nomine mitti.* Vid. CAMACHO DE LOS RIOS, *La infamia en Derecho Romano*, Alicante, 1997.

⁴⁹⁵ Igual que el pretor debía proteger a la mujer para que pudiera dar a luz, también debía proteger al heredero si hubiera mediado calumnia: D. 25, 6, 1, 1.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Et hoc Edictum ex eadem causa proficiscitur, qua superius; debet enim Praetor, quemadmodum facilis est circa bonorum possessionem dadam mulieri ventris nomine, ita calumniam eius impunitam non relinquere.* La acción se concedía al heredero, testamentario o ab intestato, y al sustituto, pero también a los legatarios: D. 25, 6, 1, 6.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Competit autem haec actio ei, cuius interfuit in possessionem missam non esse, utputa vel coheredi speranti partum, vel ei, qui substitutus fuit, vel qui ab intestato, si partus non fuisset, succedere potuit*; y D. 25, 6, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- ...*Et mihi videtur posse dici, legatarios potius cum muliere usuros hac actione, quia et ipsorum interfuit, adiri hereditatem.* La acción se puede ejercitar contra la mujer y contra su ascendiente pero debe mediar dolo: D. 25, 6, 1, 12.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Si dolus filiae familias intervenerit, et particeps doli fuerit pater, suo nomine tenebitur*; y D. 25, 6, 1, 25.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *In parentem etiam Praetor actionem pollicetur, si modo per eum factum sit, ut in possessionem per calumniam veniret.* El plazo para ejercitar la acción es de un año, a contar a partir de que se descubra que la mujer no estuvo embarazada nunca: D. 25, 6, 1, 3.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Hanc autem actionem Praetor intra annum utilem pollicetur, ultra non, videlicet quasi poenalem.* Se puede reclamar todo lo

ésta hubiere transferido la posesión a un tercero⁴⁹⁶, lo cierto es que los fraudes —de la mujer sólo o de ésta en connivencia con terceros— debieron producirse con bastante frecuencia; por ello, se debió poner solución a estas situaciones estableciendo medidas cautelares para evitar la simulación de embarazo y la suposición del parto de la mujer mediante el edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*.

El edicto *de inspiciendo venter custodiendoque partu*, pues, modificó el procedimiento establecido anteriormente para los casos en que se acusara a la mujer de calumnia, no siendo suficiente que la mujer jurara estar embarazada⁴⁹⁷, sino que, además, debía adoptar una serie de medidas ordenadas, por un lado, a comprobar el estado de embarazo de la mujer, evitando así la suposición de parto y, por otro, a verificar que el nacimiento se produce realmente y que la criatura reúne todas las condiciones para poder ser considerada persona a efectos jurídicos.

Entrando ya en el contenido del edicto *de inspiciendo ventre custodiendoque partu*, éste regula un procedimiento exhaustivo que se encuentra en D. 25, 4, 1, 10⁴⁹⁸, comenzando por imponer a la mujer la obligación de manifestar

que se gastó: D. 25, 6, 1, 4.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Simili autem modo et hic, quanti agentis interfuit, Praetor actionem pollicetur*; D. 25, 6, 1, 7.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Interesse autem videtur primum de alimentis, quae in ventrem sunt erogata; nec enim alias haec repetuntur, nisi per calumniam in possessionem venit...*

⁴⁹⁶ Esta acción se concede por el pretor para obligar a abandonar la posesión a la persona a la que la mujer ha transferido dolosamente la posesión de los bienes hereditarios: D. 25, 5, 1, 1.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Idcirco constituit actionem in mulierem, quae in alium hac possessionem dolo malo transtulit. Non solum mulierem Praetor coërcet, verum eum quoque, in cuius potestate ea fuerit, scilicet si dolo ipsorum alius in possessionem fuerit admissus, actionemque in tantum pollicetur in eos, quanti interfuerit eius, qui experitur*; D. 25, 5, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XXXIV ad Edictum*).- *Necessario Praetor adiecit, ut, qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere...*

⁴⁹⁷ De ahí que se afirme que la manifestación de la mujer no resulta suficiente y se deben acordar además otras medidas aparte de esa manifestación: D. 37, 11, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XLI ad Edictum*).- *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis. 1.- Praegnantem esse mulierem oportet omnimodo, nec dicere se praegnantem sufficit; quare nec tenet datio bonorum possessionis, nisi vere praegnans fuit et mortis tempore, et eo quo mitti in possessionis petit*. En efecto, dada la relevancia del estado de la viuda, ya que ello será lo que le posibilite entrar en posesión de los bienes hereditarios *in ventris nomine*, *nec dicere se praegnantem sufficit*, siendo necesario corroborar sus afirmaciones y resultando indispensable comprobar que *vere praegnans fuit*.

⁴⁹⁸ D. 25, 4, 1 contiene también el juramento de la mujer divorciada que *dissimularet se praegnaterm vel etiam negaret*; en este caso *senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse*: D. 25, 4, 1, 1, pr.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- *Ex hoc Rescripto evidenter apparet, Senatusconsulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimula-*

su estado de embarazo en el momento en que falleciera el causante⁴⁹⁹. Esta manifestación debía realizarse a todas aquellas personas que tuvieran un interés inmediato en la herencia del causante, *vel totam habituris hereditatem, vel partem eius*, es decir, los herederos *quos proxima spes successionis contingit*, tanto testamentarios como *ab intestato*⁵⁰⁰:

D. 25, 4, 1, 12.- (ULPIANUS libro XXIV ad Edictum).- *Denuntiate igitur mulierem oportet his scilicet, quorum interest, partum non edi, vel totam habituris hereditatem, vel partem eius, sive ab intestato, sive ex testamento.*

D. 25, 4, 1, 14.- (ULPIANUS libro XXIV ad Edictum).- *...utputa primo gradu heredi instituto, non etiam substituto, et si intestatus paterfamilias sit, his qui primum locum ab intestato tenet, si vero plures sint simul succesuri, omnibus denuntiandum est*

La manifestación de la mujer tenía una doble finalidad: por un lado, servía para que el futuro heredero se tuviera en cuenta en la herencia y, por otro, de advertencia a aquellas personas que podían ver disminuido o incluso anulado su derecho hereditario con el nacimiento del futuro sucesor a fin de que pudieran solicitar la adopción de las medidas precautorias contenidas en el edicto del pretor para verificar el embarazo y el posterior parto. Pero esta manifestación no tenía el valor del juramento existente en el procedimiento anterior ya que no creaba presunción de veracidad respecto al embarazo.

ret se praegnantem, vel etiam negarem... Vid. a este respecto, VALENTI, “La disolución del matrimonio romano: efectos jurídicos respecto a la identidad del nasciturus”, en Estudios en homenaje al Prof. Hernández Tejero, II, 1994, pp. 529 y ss.

⁴⁹⁹ En el caso de la mujer divorciada es muy diferente puesto que su juramento se configura como una imposición coactiva del pretor. El sujeto que solicita protección es el marido que está viendo frustrado su derecho como futuro *paterfamilias*; éste no podía solicitar las medidas precautorias establecidas en el senadoconsulto Planciano porque en éste la iniciativa procesal correspondía en exclusiva a la mujer y tampoco podía interponer los interdictos de *liberis exhibendis et ducendis* porque el hijo todavía no había nacido. El rescripto de D. 25, 4, 1, pr. viene a solventar la indefensión en la que se encuentra el marido, facultándole para solicitar que la mujer jure acerca de su estado, previendo la imposición de penas y sanciones en caso de que se negara a ello. El caso de la viuda es diferente, puesto que el juramento viene establecido con un carácter voluntario y ello porque es interés de ésta que se tenga en cuenta al *conceptus* en la herencia del marido.

⁵⁰⁰ La manifestación deberá repetirla como mínimo dos veces al mes durante el periodo de gestación: D. 25, 4, 1, 10.- (ULPIANUS, libro XXIV ad Edictum).- *De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic Praetor ait: si mulier mortuo marito praegnantem se esse dicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint quae ventrem inspicient...*

Realizada la manifestación de la mujer acerca de su estado, los afectados podían solicitar que se realizara la *inspectio ventris* designando a tal efecto cinco mujeres libres para que llevaran a cabo la inspección en casa de una *honestissimae feminae pariat* que previamente habría elegido el pretor. La *inspectio* se practicaba por las cinco mujeres al mismo tiempo, estando prohibido que tocaran a la embarazada contra de su voluntad⁵⁰¹:

D. 25, 4, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XXIV ad edictum*).- ...*Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque, haeque simul omnes inspiciant, dum ne quae earum, dum inspicit, invita muliere ventrem tangat.*

Cuando el embarazo estaba llegando a su fin, concretamente treinta días antes antes del parto, según el criterio de la mujer, ésta lo debía poner en conocimiento de los interesados para que procedieran a designar guardas que custodiaran a la mujer hasta el día en que diera a luz:

D. 25, 4, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XXIV ad edictum*).- *Mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ab quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Cuotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod, sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant, et eos, qui introierint, excutiant; custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt omnes, qui conclave aut domum introierint, excutiant...*

La regulación del edicto *de inspiciendo ventre* respecto a la forma en que debía llevarse a cabo la custodia del vientre hasta el momento del parto resulta exagerada: la habitación en la que la mujer esperaría el parto debía contar sólo con una entrada y, en caso de que hubiere más, se tenían que obstruir clavando tablas en las entradas por ambos lados; la habitación debía estar

⁵⁰¹ Puesto que la mujer debía repetir la manifestación a los interesados al menos dos veces al mes, a nuestro juicio, éstos últimos también podrían solicitar *inspectio ventris* correlativas a fin de comprobar el desarrollo normal del embarazo o que no se había producido un aborto.

vigilada por tres hombres y tres mujeres libres con dos acompañantes que se tenían que situar en la puerta de la habitación donde estaba la mujer y debían registrar a todas las personas que entraran en la casa y en la habitación de la mujer; por último, la mujer debía ser registrada también cada vez que ésta salía o entraba de tal dependencia. La minuciosidad en la descripción de la medida cautelar, a nuestro juicio, pone de manifiesto lo que se había mencionado anteriormente respecto de la frecuencia con la que se debían producir fraudes por simulación de embarazo y suposición de parto⁵⁰²; de otra forma, no se entiende que un mes antes de dar a luz y hasta que se producía el parto, se encerrara a la mujer en una habitación sometida a una vigilancia constante y a exhaustivos registros en caso de que fuera a cualquier otra estancia de la casa.

Una vez que la mujer comenzaba a dar a luz, se debía informar a los interesados que podían enviar a cinco mujeres libres más para que presenciaran el parto y que dieran fé que el nacido era hijo de la mujer, no habiéndose producido, por tanto, simulación del parto; de ahí que las mujeres designadas fueran registradas antes de su entrada en la habitación para comprobar que ninguna de ellas estuviera embarazada:

D. 25, 4, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XXIV ad edictum*).- ...*Mulier, cum parturire incipiat his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibuspariat, mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem, ancillae, quam sex. Hae, quae intus futuras erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnans sit. Tria lumina ne minus, ibi sint, scilicet qua tenebrae ad subiiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspicere volent, ostendatur...*

La descripción de la custodia del parto es igual de exhaustiva que la del *venter*, porque debía garantizarse a los interesados no sólo que el hijo había nacido sino que contaba con los requisitos exigidos jurídicamente para ser persona⁵⁰³; por ello, una vez que la mujer había dado a luz, el recién nacido tam-

⁵⁰² Vid. a este respecto JUVENAL, *Satirae*, VI, 600 y ss. y IX, 85 a 90, donde relata la grave costumbre que existió de recoger a niños en estercoleros con el fin de engañar al marido y conseguir las *praemia patrum*.

⁵⁰³ No sólo se debía mostrar al hijo en el momento en que hubiera nacido, sino cada cierto tiempo hasta que pudiera hablar; además, debían adoptarse medidas adicionales respecto a la persona con la que debía criarse: D. 25, 4, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).-

bién podía ser examinado por los afectados, si así se solicitaba. Los detalles llegaban hasta prescribir el número de luces que debían encenderse en la habitación: su número no podía ser inferior de tres, puesto que se entendía que la oscuridad favoreciera la suposición del parto.

La negativa de la mujer de someterse a cualquiera de estas medidas precautorias ocasionaba la no concesión de la *missio in possessionem* y la denegación al nacido de la *bonorum possessio*:

D. 25, 4, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XXIV ad Edictum*).- ...*Si cui ventrem inspicere, custodiri, adesse partui licitum non erit, factumve quid erit, quo minus ea ita fiant, uti supra comprehensum est, ei, quod natum erit, possessionem causa cognita non dabo. Sive quod natum erit, ut supra cautum est, inspicere non licuerit, quas utique actiones me daturum polliceor his, quibus ex Edicto meo bonorum possessio data sit, eas, si mihi iusta causa videbitur esse, ei non dabo.*

Se debe advertir para la denegación de la posesión de los bienes la mujer debía haber actuado dolosamente, porque si no cumplió algún trámite por ignorancia o desconocimiento, el pretor podía concederle esa posesión para no perjudicar al *conceptus*⁵⁰⁴. Lo que si que quedaba claro era que si la mujer permitía la práctica de las diligencias previstas, el pretor podía otorgarle la *bonorum possessio* al nacido incluso en contra de lo dispuesto en testamento.

...*Apud eum educatur, apud quem parens iusserit. Si autem nihil parens iusserit, aut is, apud quem voluerit educari, curam non recipiet, apud quem educetur, causa cognita constituam. Is, apud quem educabitur, quod natum erit, quoad trium mensum sit, bis in mense, ex eo tempore, quoad ex mensum sit semel in mense, a sex mensibus, quoad anniculus fiat, alternis mensibus, ab anniculo, quoad fari possit, semel in sex mensibus, ubi volet, ostendat...*

⁵⁰⁴ D. 25, 4, 2, 1.- (*IULIANUS libro XXIV Digestorum*).- *Sed hoc aliquando remittere praetor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, ne venter inspiceretur aut partus custodiretur.*

SEGUNDA PARTE

SITUACION JURIDICA DEL *CONCEPTUS NONDUM NATUS* EN EL DERECHO JUSTINIANEO

CAPITULO V

SITUACION JURIDICA DEL *CONCEPTUS NON-DUM NATUS* EN EL DERECHO JUSTINIANO

- I. Derechos hereditarios del *postumus* en la sucesión *ab intestato*.-
 - 1. Sucesión paterna.-
 - 2. Sucesión de otros ascendientes abierta en el momento del fallecimiento.
 - 3. Sucesión de otros ascendientes abierta en un momento posterior al fallecimiento.
- II. Derechos hereditarios del *postumus* en la sucesión testamentaria.-

I. DERECHOS HEREDITARIOS DEL *POSTUMUS* EN LA SUCESION *AB INTESTATO*.-

La nueva regla para la fijación del *status* del *conceptus* es uno de los cambios que sin duda afecta a la regulación sucesoria que existía en relación con el *postumus*. Se debe tener en cuenta que hasta este momento, el *conceptus ex iustis nuptis* se encontraba en una posición muy fuerte frente al *vulgo conceptus*, para quien la concepción no tenía relevancia alguna para la fijación de su *status*. Cabe reiterar una vez más que el *status* del concebido en matrimonio legítimo y su inalterabilidad hasta su nacimiento originaba que éste fijara su condición de heres suus en la concepción, posibilitando su vocación intestada así como su institución hereditaria en testamento.

En época justiniana, como consecuencia de algunas disposiciones que se producen sobre todo a partir de ADRIANO y que tienden a buscar el *favor nasciturus*⁵⁰⁵, se va abriendo camino para que en época postclásica y justiniana se generalice éste criterio de beneficio del concebido⁵⁰⁶, estableciendo una nueva regla para fijar el *status* del concebido, sin que se le discrimine por su origen. Así, a partir de ahora, se tomará como referencia para la consolidación del *status* el nacimiento, salvo que la concepción fuera más favorable al concebido, y ello sin hacer distinción entre el origen legítimo o ilegítimo de éste⁵⁰⁷.

La unificación de la regla para la fijación del *status* del concebido no es el único cambio que acontece en ésta época; junto a ella influyen notablemente el abandono del modelo agnaticio de familia, el establecimiento del orden sucesorio sobre la base de los vínculos de sangre y la búsqueda del *favor nasciturus* a través de la generalización que se opera en relación con la máxima *conceptus pro iam nato habetur*. Todo ello unido a la falta de vigencia, en la sucesión testada, del principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* y la posibilidad de institución hereditaria de las *personae incertae* ocasionan una profunda transformación de los sistemas sucesorios que coexistían hasta época justiniana.

⁵⁰⁵ Vid. GAYO I, 64 a 75, 80 y 87.

⁵⁰⁶ Vid. C. 9, 47, 4; D. 40, 7, 6, pr. y D. 1, 5, 22.

⁵⁰⁷ La nueva regla se encuentra contenida en la parte *in fine* de C. 5, 27, 11.- (*Idem A. IULIANO P.P.*)- ...*Et generaliter definimus, et quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat.*

El sistema sucesorio intestado impuesto por JUSTINIANO, como es sabido, se encuentra regulado de forma genérica en la *Novella* 118⁵⁰⁸:

Novella 118.- (*Imp. IUSTINIANὸς Περὶ τῶ ἐνδοξοτάτῳ ἐπαρχῶ τῶν ἱερῶν τῆς ἐὼ πραιτωρίων - a. 543*).- [1] *Εἴ τις τοίνυν τῶν κατιόντων ὑπείη τῷ ἀδιανετωτελεντησαντι οἰασθηποτε φύσεως ἡ βᾶνμου, εἴτε ἐξ ἀρρενογονίας εἴτε ἐχ νη λ υγονίας καταγόμενος, καί εἴτε αἰτεξοῖσις εἴτε ὑπεξοῖσις εἴη, παντῶν τῶν ἀνιόντων καί τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν προτιμασθῶ...*⁵⁰⁹.

La legislación justiniana establece que el orden de sucesión en una herencia *ab intestato* será el siguiente: en primer lugar, los descendientes del causante, sin tener en cuenta la sumisión a la *potestas* del *paterfamilias* ni el sexo del heredero; en segundo lugar, para el caso de que no existan descendientes, heredan los ascendientes; y, en tercer lugar, a falta de ascendientes, son llamados los hermanos, sobrinos y colaterales.

⁵⁰⁸ Vid. PIÉDELIÈVRE, *Des successions ab intestat d'après les Nouvelles de Justinien*, Paris, 1888 y LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, pp. 43 y ss.; IMPALLOMENI, "Recensione a Lambertini, (I caratteri della Novella 118 di Giustiniano)", en *BIDR*, LXXXII, 1979, pp. 221 y ss.

⁵⁰⁹ CONST. CXIV.- (*De hereditibus ab intestato venientibus et agnatorum iure sublato*.- *Imp. IUSTINIANUS Aug. PETRO, gloriosissimo Praefecto sacrorum Praetoriorum Orientis*).- *Cap. I.- Si quis igitur descendantium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsi parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit, qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus, sic tamen, ut, si quem horum descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios, aut filias, aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suae potestatis inveniuntur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quancunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successione in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminae sint, et seu ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis, sive sub potestate sint constituti. Et haec quidem de successione descendantium disposuimus. Consequens autem esse perspeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendantium successionem vocentur.*

La falta de límite alguno en el grado de parentesco del llamamiento correspondiente al último grupo de herederos ha llevado a FADDA⁵¹⁰ a sostener la eliminación del requisito de la coexistencia entre heredero y *de cuius*, exigido durante todo el derecho clásico. FADDA entiende que las reformas aportadas por JUSTINIANO a la sucesión legítima tienen su base en la transformación del tradicional concepto de la *cognatio* que se efectúa en la *Novella* 118⁵¹¹; el emperador habría regulado en general la sucesión de los parientes, eliminando cualquier diferenciación entre agnados y cognados y, con ello, la confusión de sistemas que existía con anterioridad.

FADDA entiende la *Novella* no emplea el antiguo concepto de *cognatio*: la συγγενεία a la que se refiere el emperador es un concepto más amplio que el de *cognatio* y ese cambio de terminología responde sin duda, según el autor, a un cambio conceptual⁵¹². Para avalar su postura, el autor resalta que el edicto pretorio admitía a la *bonorum possessio unde cognati* solamente hasta el grado de los *sobrini*, límite que encontraba su justificación en las antiquísimas costumbres que restringían a una cerca pequeña el sentimiento del vínculo parental. En definitiva, la sucesión pretoria de los cognados se base en una noción de *cognatio* ligada al antiguo y rígido sistema romano e inspirada en los prejuicios de otras épocas: el edicto *unde cognati* no admite sucesión después del séptimo grado porque más allá de ese grado no podían coexistir dos personas⁵¹³. Justiniano, sin embargo, no establece ese límite en el llamamiento, lo que demuestra, en opinión de FADDA, que puede ser llamado a la herencia cualquier descendiente del *de cuius*, incluso si no hubiere coexistido con éste⁵¹⁴. En la *Novella* se llama a los descendientes *cuiuslibet naturae aut gradus*, disponiendo que siempre que el descendiente *omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur y se repite que in hoc ordine gradum quaeri non volumus*. Para el autor, no es difícil suponer que Justiniano pensara hacer *tabula rasa* de antiguas leyes e instituciones para dar campo libre a la nueva construcción⁵¹⁵.

Para explicar en que casos es necesaria la coexistencia entre heredero y causante, FADDA distingue dos supuestos que pueden darse en la sucesión

⁵¹⁰ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 145 y ss.

⁵¹¹ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 145 y ss. En contra, WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, trad. Italiana por Fadda y Bensa, I, Torino, 1925, p. 571) que entiende que el concepto de *cognatio* permanece inalterado en la obra de JUSTINIANO.

⁵¹² FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 144.

⁵¹³ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 147.

⁵¹⁴ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, pp. 147 y 148.

⁵¹⁵ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 147.

intestada del derecho justiniano: si la sucesión se abre *tempore mortis*, serán llamados aquellos que existan al menos como concebidos; por tanto, efectuada la delación, la sobreveniencia de otro pariente más próximo no podrá destruir la misma; ahora bien, si la apertura de la sucesión intestada tiene lugar después de la muerte del *de cuius*, basta que en ese momento decisivo el heredero sea persona y sujeto de derecho, aunque no lo fuera con anterioridad; así pues, en este caso, no se exigirá la concepción del heredero al tiempo del fallecimiento del causante. En definitiva, FADDA entiende un ser que no hubiera estado concebido en el momento de la muerte del abuelo podría ser llamado a la herencia de éste si cuando se produce la delación ya está concebido. En opinión del autor, su tesis resulta avalada también por motivos lógicos: si la *Novella* 118 prefiere siempre a los descendientes frente a otros órdenes, en virtud de dicha inspiración sería injusto que los bienes de la herencia quedaran en manos de parientes más lejanos, cuando existiera un descendiente concebido en el momento de la apertura de la sucesión⁵¹⁶.

A esta posición se han opuesto, entre otros, BONFANTE⁵¹⁷ que sostiene que la *Novella* 118 introduce una transformación radical pero no tanto para que en derecho justiniano pueda mantenerse que la llamada a la sucesión de alguien se efectuara independientemente de la existencia en el momento de la muerte del *de cuius*. A su entender, que JUSTINIANO no mantenga el límite de la *cognatio* pretoria es una diferencia de poco relieve para sostener una innovación así de radical que no cuenta con testimonios explícitos. En cuanto al hecho de que en la *Novella* se haga referencia a los *cognati* para referirse al derecho antiguo, según BONFANTE se realiza para oponer la *cognatio* a la *agnatio* y no para introducir una noción más amplia. Por último, BONFANTE entiende que aludir a "motivos sentimentales" para explicar las innovaciones jurídicas resulta demasiado peligroso, máxime cuando un argumento en ese sentido se contradice por motivos prácticos y jurídicos: la máxima de que, una vez aceptada la herencia, se retrotraen sus efectos al momento de la muerte del difunto, entendiéndolo que el heredero lo ha sido desde el citado momento, ocasiona que no sea posible una distancia en el tiempo entre difunto y heredero, haciendo la coexistencia indispensable⁵¹⁸.

Con independencia de esta discusión doctrinal, lo que parece indudable, como han señalado diversos autores⁵¹⁹, es que JUSTINIANO pretende fundir

⁵¹⁶ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 150.

⁵¹⁷ BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successione, op. cit.*, pp. 369 y ss.

⁵¹⁸ BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successione, op. cit.*, p. 371.

⁵¹⁹ VOCI, *Diritto ereditario romano, II, op. cit.*, pp. 212 y ss.; GOUTELLE, *De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-Consulte Tertullien, Paris, 1933*; BOSSOWSKI, "Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte", en *Festschrift für P. Koschaker, II, Weimar, 1939*, pp. 279 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *Osservazioni sul sistema della*

en la *Novella* 118 el sistema civil y pretorio para dejar atrás el modelo de familia agnaticia y regular el orden sucesorio conforme al modelo cognaticio; no en vano el encabezamiento de su constitución es “*De heredibus ab intestato venientibus et agnatorum iure sublato*”, estableciendo claramente la intención legislativa del emperador. Teniendo en cuenta lo anterior, no parece que se pueda admitir la posición de FADDA respecto a la introducción de una nueva noción de *cognatio*, que eliminaría la exigencia de coexistencia entre heredero y causante, porque lo que se produce es la ampliación de la *cognatio* como consecuencia de la unificación de los sistemas civil y pretorio que existían hasta entonces y no la transformación de ese concepto; la extensión de la *cognatio* supondrá la entrada en el orden sucesorio de la línea de descendencia femenina, pudiendo heredar de esa forma no sólo los descendientes varones, sino también las mujeres a quienes estaba vetada dicha posibilidad en derecho arcaico⁵²⁰. Por ello, la llamada a la sucesión *ab intestato* se efectuará respecto de cualquier descendiente del causante, sin hacer distinción de sexos y sin atender a la sujeción del descendiente a la patria potestad del causante.

Por lo tanto, JUSTINIANO pretende únicamente dar entrada al modelo cognaticio familiar y no transformar ese concepto, como se puede observar también en un fragmento de las Instituciones; fragmento en el que se alude a la introducción de un derecho uniforme *et in filiis et in filiabus, non solum natis sed etiam postumis*⁵²¹:

I. 2, 13, 5.- (*DE EXHEREDATIONE LIBERORUM*).- *Sed haec vetustas introducebat. nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile ius et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis non solum natis sed etiam postumis introduxit, ut omnes, sive sui sive emancipati sunt, aut heredes instituantur aut nominatim exheredentur, et eundem*

successione legittima nel diritto dei papiri, en Scritti di diritto romano, I, Napoli, 1974, pp. 486 y ss.; LAMBERTINI, I caratteri della Novella 118 di Giustiniano, op. cit., pp. 43 y ss.

⁵²⁰ SCHERILLO, “*Cognatio*”, en *NNDI*, III, 1959, pp. 301 y ss.; PEZZANA, voz “*Cognitione*”, en *Enciclopedia del Diritto*, VII, 1960, pp. 301 y ss.; PEROZZI, “*Circa il limite della cognazione in Roma*”, en *Studi in onore di Brugi*, pp. 269 y ss.

⁵²¹ Vid. GROSSO, “*Giustiniano e i classici (HEINZ SCHINDLER, Justinians Haltung zur klassic. Versucheiner Darste)*”, en *INDEX*, I, 1970, pp. 207 y ss.

habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmenda et hereditatem auferendam quem filii sui vel emancipati habent, sive iam nati sunt sive adhuc in utero constituti postea nati sunt. circa adoptivos autem certam induximus divisionem, quae constitutione nostra, quam super adoptivis tulimus, continetur.

La reforma que lleva a cabo JUSTINIANO a través de la *Novella* 118 trata, pues, de uniformar el derecho para que exista un único sistema, sin pretender, en nuestra opinión, alterar la exigencia del derecho clásico respecto a la coexistencia entre heredero y causante. Se debe tener en cuenta que la desaparición de este requisito habría supuesto, como manifiesta BONFANTE, una transformación demasiado radical que chocaría con las ideas que todavía se encontraban arraigadas en la sociedad, como son el principio de retroactividad de los efectos de la aceptación de la herencia o la continuidad de las relaciones del difunto por parte del heredero. Ello con independencia de que una reforma tan importante como la que mantiene FADDA sin duda se habría hecho constar expresamente en alguna Constitución del emperador. Por todo ello, en nuestra opinión, la regla general de coexistencia entre causante y heredero se mantiene en derecho justiniano por lo que continúa siendo necesario que éste estuviera al menos concebido al tiempo de la muerte del causante.

No obstante, a pesar de que la citada regla general se mantiene, entendemos que se puede compartir la conclusión a la que llega FADDA respecto a que, en el caso de que la apertura de la sucesión intestada se dilatará en el tiempo, un ser que no hubiera estado concebido en el momento de la muerte del causante podía ser objeto de *vocatio ab intestato*; sin embargo, se debe advertir que, a pesar de compartir esta conclusión con el citado autor, las razones que justifican esa posición no son las mismas. En efecto, FADDA llega a la conclusión de la llamada del no concebido a la herencia porque entiende que en derecho justiniano decae el requisito de la coexistencia entre heredero y causante y, por ello, un ser que no existía en el momento del fallecimiento podía ser llamado a la herencia de éste. Pero el razonamiento de FADDA no puede ser admitido porque, como se ha mencionado, la coexistencia entre heredero y causante continua siendo una exigencia en derecho justiniano, lo que implica que continúe siendo necesario que éste último estuviera al menos concebido al tiempo de la muerte del causante.

No obstante, como se comprobará a continuación, debido a que en esta época se admite la transmisión del *ius delationis*, existe un caso excepcional en el que un *nondum conceptus* podía ser objeto de *vocatio ab intestato*: es el supuesto en que una sucesión de un ascendiente distinto del padre se difiriera en

el tiempo, podría ocurrir que un nieto que no hubiera estado concebido cuando el abuelo falleció si lo estuviera en la apertura de la sucesión y que, en ese ínterin, hubiera muerto su padre. En este caso, heredero y *de cuius* no habrían coexistido, pero, pese a ello, el *nondum conceptus* heredaría, no porque se elimine la exigencia de coexistencia, sino porque la constitución de JUSTINIANO recogida en C. 6, 30, 19 dispone que cuando alguien fallece sin haber aceptado ni renunciado la herencia transmite el *ius delationis* a sus descendientes.

Por lo tanto, el caso de la apertura diferida de la herencia constituye una excepción a la regla general por la admisión de la transmisión del *ius delationis* en derecho justiniano, como se comprobará a continuación con el análisis de los distintos supuestos sucesorios que pueden darse:

1. Sucesión paterna.-

No cabe duda de que, en este caso, la concepción del hijo en el momento de la muerte del causante viene exigida por motivos lógicos: si es concebido tras la muerte del padre resulta evidente que no sería hijo suyo y, por tanto, no tendría la condición de heredero. Aunque la apertura de la sucesión se dilate en el tiempo, la exigencia de la concepción del hijo antes de la muerte del padre resulta indispensable y, por tanto, la coexistencia entre heredero y causante se encuentra vigente en este supuesto: conforme a la presunción de paternidad, si el hijo naciera tras diez meses posteriores al fallecimiento del padre quedaría excluido de la herencia al entender que no fue concebido por el causante y, por tanto, no es hijo suyo.

2. Sucesión de otros ascendientes abierta en el momento del fallecimiento.-

También resulta evidente en este caso que el nieto o ulterior descendiente debe estar concebido puesto que la *delatio ab intestato* se efectúa respecto de los descendientes existentes al tiempo del fallecimiento: un no concebido, esto es, un ser inexistente no podría ser llamado jamás a la herencia.

3. Sucesión de otros ascendientes abierta en un momento posterior al fallecimiento.-

Este supuesto es el excepcional porque al no coincidir la apertura de la sucesión *ab intestato* con el momento del fallecimiento del causante, podría ocurrir que un nieto que no estuviera concebido cuando el abuelo murió si lo estuviera en la apertura de la sucesión; si, en ese ínterin, muriera el hijo del causante —y padre del nieto concebido— cabría preguntarse si sería objeto de *vocatio* o, por el contrario, sería rechazado de la sucesión por no haber estado

concebido en vida del *de cuius*, conforme a la exigencia de la coexistencia de heredero y causante.

Previamente a analizar esta cuestión, conviene recordar que derecho clásico, el momento en que se exigía al *conceptus* la fijación de la condición de *heres suus* —único fundamento de que el *postumus* fuera objeto de *vocatio ab intestato*— fue variando y evolucionado hasta llegar a ser la *delatio ab intestato* el tiempo relevante para la fijación de dicha posición y no el momento del fallecimiento del causante exigido en un principio. Este traslado progresivo, consecuencia de la prioridad otorgada a la sucesión testamentaria sobre la intestada, origina que la cualidad de *heres suus* sólo se exigiera cuando se abría la sucesión intestada y no en el momento del fallecimiento; ahora bien, una vez que se producía la *delatio* y adquisición de la herencia, los efectos se retrotraían al momento del fallecimiento del causante, por lo que era imposible que un ser que no hubiera estado concebido en el momento de la muerte pudiera ser llamado a la sucesión del abuelo, porque la retroacción de los efectos no podría producirse en ningún caso.

Con independencia de lo anterior, hay que tener en cuenta la prohibición que regía en derecho clásico respecto a la transmisión a los descendientes del *ius delationis*⁵²²; es en derecho postclásico cuando comienzan a aparecer supuestos que pueden considerarse auténticas excepciones a la intransmisibilidad *mortis causa* del *ius delationis*, como la *transmissio Theodosiana*⁵²³, si bien era requisito *sine qua non* que el heredero a quién se transmitía el derecho poseyera capacidad para suceder no sólo respecto del heredero fallecido sino

⁵²² Tan sólo en algunos fragmentos que hacen referencia a la *bonorum possessio* consta la posibilidad de transmisión de ésta, puesto que puede ser solicitada por los herederos del fallecido antes de que se hubiere efectuado la *aditio*; sin embargo, como es sabido, en la *bonorum possessio* no existe propiamente un llamamiento o *ius delationis*, sino más bien la apertura y concesión de un plazo para la aceptación de los bienes a favor de las personas que constan en el edicto pretorio, por lo que, a nuestro entender, la transmisión de la *bonorum possessio* no puede ser entendida propiamente como transmisión del *ius delationis*. Vid. a este respecto D. 29, 2, 84; D. 37, 4, 4, 3; D. 38, 17, 1, 1 y D. 37, 10, 12. En opinión de ALEMAN MONTERREAL, en estos casos no existe transmisión del *ius delationis*, ya que la *bonorum possessio* "se obtiene indirectamente como consecuencia de la transmisión de la misma *bonorum possessio*". Vid. ALEMAN MONTERREAL, "La capacidad sucesoria del transmisario en el *ius delationis*", en Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, Vigo, 1998, pp. 119 y ss.

⁵²³ La *transmissio Theodosiana* o *ex iure sanguinis* viene recogida en una constitución en C. 6, 52, 1 según la cual si el descendiente instituido heredero por un ascendiente muere antes de la apertura del testamento, se verifica la transmisión a favor de sus descendientes y el instituido transmite a sus descendientes la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia, esto es, el *ius delationis*. Vid. ALEMAN MONTERREAL, "La capacidad sucesoria del transmisario en el *ius delationis*", *op. cit.*, p. 125.

también respecto del primer causante⁵²⁴; de ahí que un ser que no estuviera concebido en el momento del fallecimiento del primer causante nunca podría heredar el *ius delationis* porque no tendría la doble capacidad sucesoria exigida para que pudiera tener lugar la transmisión. En definitiva, ya sea por la vigencia del principio de retroactividad ya por la intransmisibilidad del *ius delationis*, un no concebido en el momento del fallecimiento del causante no podía heredar de éste en derecho clásico ni tampoco en el derecho postclásico, ya que, aunque si se admitía la transmisión del *ius delationis* a los descendientes, el no concebido en el momento de la muerte del primer causante carecía de capacidad sucesoria respecto de éste.

En derecho justiniano, sin embargo, la *transmissio* del *ius delationis* se autoriza por una constitución de JUSTINIANO recogida en C. 6, 30, 19⁵²⁵ que

⁵²⁴ C. 6, 52, 1.- (Imp. THEODOSIUS et VALENTINIANUS AA. HORMISDAE P.P.).- *Per hac iubemus sanctionem, in posterum filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulis defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint, in liberos suos, cuiusque sint sexus vel gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas, si tamen hereditatem non recusant, nulla huiusmodi praescriptione obstante, sibi tanquam debitam vindicare; quod scilicet etiam superlegatis seu fideicommissis a patre vel a matre, avo vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet; siquidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casus humanus nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium vel institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.* La transmisión se reserva únicamente para los descendientes del instituido y la justificación que se ofrece para la misma, impedir que por accidentes o causas fortuuitas los nietos y biznietos sean privados de la sucesión de los abuelos y bisabuelos, evidencia que el favorecido por la transmisión tenga que cumplir con una doble capacidad sucesoria. Vid. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 512; BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successione, op. cit.*, p. 385; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 552; VOCI, *Diritto ereditario romano, I, op. cit.*, p. 512; BIONDI, *Diritto ereditario romano, op. cit.*, p. 185.

⁵²⁵ C. 6, 30, 19.- (Imp. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI P.P.).- *Quum antiquioribus legibus, et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis quibusdam adiectis, quae in huiusmodi personis praecipua sunt; eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis vel ex testamento vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatiis eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is, qui sciens hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuat, vel ab intestato vel ex testamento vel aliter ei cognitum sit heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore*

dispone que cuando alguien fallece sin haber aceptado ni renunciado la herencia transmite el *ius delationis* a sus descendientes. Por tanto, si el hijo muere en el intervalo de tiempo que va desde la muerte del causante hasta la apertura de la sucesión y en ese mismo tiempo concibe a un hijo, según la Constitución de Justiniano, transmitiría su derecho al hijo concebido, aunque no lo hubiera estado al tiempo de la muerte del abuelo. Volviendo al supuesto planteado al inicio, en caso de sucesión de ascendientes distintos del padre, si la apertura de la sucesión intestada se difería en el tiempo, un descendiente no concebido en el momento de la muerte del causante que si lo estuviera en la apertura de la sucesión y al que le hubiera premuerto su ascendiente si podría heredar porque en derecho justiniano se admitía la *transmissio* del *ius delationis*. Por ello, si el padre del concebido moría sin haber aceptado ni repudiado la herencia del abuelo, transmitiría su *ius delationis* a ese descendiente concebido que heredaría directamente del abuelo, aunque no hubiera existido al tiempo de su fallecimiento.

La admisión de este supuesto, como se ha podido observar, constituye una excepción a la regla general que exigía la coexistencia entre heredero y casuante. Se trata de un supuesto específico que no viene admitido por la eliminación de ese requisito en derecho justiniano, como mantiene FADDA, sino por la admisión de otras figuras jurídicas, como la *transmissio* del *ius delationis* que se encontraba vetado en derecho clásico.

II. DERECHOS HEREDITARIOS DEL *POSTUMUS* EN LA SUCESION TESTADA.-

Se debe advertir previamente que no existen textos que se refieran de forma expresa a las modificaciones introducidas en la regulación de la sucesión del *postumus*; sólo la constitución *de incertis personis*, contenida en C. 6, 48, afecta a esta materia al permitir la institución hereditaria de las personas inciertas que se encontraba vetada en derecho clásico. No obstante, se pueden extraer las innovaciones del derecho justiniano si se tienen en cuenta el abandono de algunos principios que regían en época clásica así como la vigencia de nuevos principios introducidos en época postclásica y justiniana.

Se ha tenido ocasión de exponer que la vigencia del principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* fue la causa principal de que el *postumus suus* no pudiera ser preterido en el testamento de su ascendiente⁵²⁶; en

decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

⁵²⁶ D. 28, 2, 30; I. 2, 13, *pr*; ULPiano XXII, 14; GAYO II, 123; CICERON, *De oratore*, I, 38, 175 y 57, 241.

efecto, la regla de fijación de su *status* en la concepción hacía que consolidaran su posición de *heres suus* desde ese momento y que, por tanto, les fuera de aplicación el principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*. A partir del reconocimiento de la institución hereditaria del *postumus suus*, se produjo una evolución en la materia por leyes y soluciones jurisprudenciales encaminadas a evitar la ruptura del testamento originada por descendientes —nacidos y póstumos— que fijaban su cualidad de *sui* en un momento posterior a la redacción del testamento: la fórmula Aquiliana⁵²⁷, la *lex Iunia Vellaea*⁵²⁸, así como las interpretaciones posteriores de una y otra aisladamente o por combinación de ambas⁵²⁹, configuran la citada evolución, dando lugar al desplazamiento temporal de la exigencia de la condición de *sui*: desde el momento de la redacción del testamento hasta la *delatio*. En derecho justiniano, ninguno de los principios que se acaban de mencionar se encuentra vigente; el principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* carece de virtualidad jurídica; la regla de fijación del *status* no establece distinción entre *postumus suus* y *alienus*, estableciendo que todo póstumo adquiriera el *status* en el momento del nacimiento o de la concepción, si éste le resulta más favorable; la sucesión intestada tiene su base en vínculos cognaticios y no conforme al modelo agnaticio de familia y desaparece la importancia que se daba en derecho sucesorio a la posición de *sui* respecto del causante.

A todo lo anterior hay que sumar la huella del *ius honorarium* que influye en la transformación del sistema sucesorio, por un lado, al reconocer al *conceptus* la posibilidad de obtener la *missio in possessionem ventris nomine*⁵³⁰, que supone un anticipo de sus derechos hereditarios; por otro lado, al conceptualizar al concebido no sólo como heredero del causante sino como *spes hominis*, al que debe cuidarse, alimentarse y, en definitiva, favorecer las condiciones idóneas para que su nacimiento acontezca; por último, el reconocimiento de la *bonorum possessio secundum tabulas* y, por tanto, la *missio in possessionem ventris nomine* al *postumus alienus* que hubiera sido instituido heredero en el testamento paterno⁵³¹, supone un avance importante en la evolución de la sucesión del *postumus*. Todo lo anterior provoca que la regulación de

⁵²⁷ D. 28, 2, 29, pr; D. 28, 5, 37; D. 28, 6, 33 (31), 1; D. 28, 2, 29, 1 a 4.

⁵²⁸ D. 28, 2, 29, 13 y 14; GAYO II, 134; D. 28, 2, 3, 2; D. 28, 2, 7 y 8; GAYO II, 123; D. 28, 3, 3, 1; D. 28, 2, 29, 11; D. 28, 2, 10; ULPiano XXII, 19; D. 28, 2, 29, 12; D. 28, 3, 19, pr.

⁵²⁹ D. 28, 2, 29, 15; D. 28, 2, 29, 13; D. 28, 2, 29, 5; D. 28, 2, 29, 16; D. 28, 2, 29, 14; D. 28, 2, 29, 6; D. 28, 2, 29, 7; D. 28, 2, 9, 2; D. 28, 2, 14, 1; D. 28, 3, 3, 6; D. 28, 3, 6, 3; D. 28, 2, 29, 13; D. 28, 2, 8; D. 28, 2, 9, 2; D. 37, 9, 1, 6 y 7; D. 28, 2, 14, pr; D. 28, 3, 5; D. 37, 9, 1, pr; D. 38, 17, 1, 5; D. 37, 9, 10.

⁵³⁰ D. 5, 2, 6, pr.; D. 37, 9, 1, 12; D. 38, 15, 2, 4; D. 38, 17, 2, 11; D. 37, 9, 1, 11; D. 37, 11, 3; D. 37, 9, 7, pr; D. 38, 17, 1, 5; D. 37, 9, 1 pr, 2, 5, 6, 9, 11 a 14, 17, 27; D. 37, 9, 6; D. 37, 9, 7, 1 y 2; D. 37, 9, 9; D. 28, 5, 23, 3; D. 36, 4, 7; D. 10, 3, 7, 8; D. 38, 15, 2, 4; D. 40, 4, 13, 3; D. 42, 4, 7, 10; D. 43, 4, 3, 2; D. 37, 9, 1, 2, *in fine*; D. 37, 9, 1, 11; D. 37, 9, 7 y 10; D. 37, 9, 1, 2.

⁵³¹ D. 37, 9, 6; D. 37, 9, 1, 12 e I. 3, 9, pr.

la sucesión testamentaria en derecho justiniano responde a un modelo distinto del que hasta entonces existía y que se examinará a continuación:

A. El cambio que resulta más relevante viene dado por la nueva regla para la fijación del *status* que ahora es común para todos los concebidos, sin que se distinga entre los de origen legítimo o ilegítimo: todos ellos fijan su *status* en el momento del nacimiento, salvo que sea más beneficioso el que poseían al tiempo de la concepción. La consecuencia de esta nueva regulación es que el *postumus suus*, que había sido persona cierta para el derecho clásico porque fijaba sus tres *status* desde que estaba concebido, ahora es integrado en la categoría de las *personae incertae*:

C. 6, 48, 1.- (DE INCERTIS PERSONIS).- *Didicisti..., quod recte quis libertatem relinquit etiam postumo suo.*

Incluso en el caso de que el *status* que el *conceptus* tenía al tiempo de la concepción resultara más favorable, también se debería esperar al nacimiento para comprobar que efectivamente era más beneficioso para él. Conforme a esa regla, el *status* del *postumus suus* no se consolidará hasta el momento de su nacimiento y, por ello, no podrá ser conceptuado dentro del grupo de las *personae certae*, como ocurría en derecho clásico.

ROBBE⁵³² ofrece otra explicación para justificar la inclusión del *postumus suus* en la categoría de las personas inciertas; según él, la nueva conceptualización obedece a la eliminación del requisito de la concepción en el momento de la redacción del testamento que, según el autor, era indispensable en derecho clásico. En derecho postclásico y justiniano, sin embargo, se produce un abandono del principio *conceptus pro iam nato habetur* y, como consecuencia de ello, la transformación del concepto de *postumus*: ya no será el concebido en el momento de la redacción del testamento sino el concebido a la muerte del testador⁵³³; no estando el instituido heredero concebido en el momento de testar, se transforma el concepto de *postumus* para pasar a ser persona incierta, según la definición ofrecida por GAYO: el póstumo indica ahora una persona futura, que no sólo no ha nacido, sino que tampoco está concebido en el momento en que el *paterfamilias* le instituye heredero⁵³⁴. No obstante, a pe-

⁵³² ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 140 y ss.

⁵³³ ROBBE sostiene que el testador podía “*prevedendo la sua morte non troppo lontana, volendo provvedere con testamento alla propria successione, dispone di istituire erede anche quel figlio, che egli imagina sia allora già concepito, ma che in realtà viene ad essere veramente concepito soltanto uno o due mesi dopo o più tardi ancora*”. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., pp. 140 y 142.

⁵³⁴ ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, op. cit., p. 143.

sar compartir la eliminación del requisito de la concepción del heredero en el momento de la redacción del testamento, consideramos que ello no es el motivo de la inclusión del *postumus suus* en la categoría de las personas inciertas, sino, como se ha expuesto con anterioridad, consecuencia inevitable de la nueva regla de fijación del *status* en el momento del nacimiento. No existiría, pues, como mantiene ROBBE, un cambio conceptual en la noción de *postumus* respecto al derecho clásico: el hecho de que en éste se exigiera la concepción en el momento de redactar el testamento era un requisito para que el testamento fuera válido y no un elemento definitorio del *postumus*⁵³⁵.

Por otro lado, respecto a la máxima *conceptus pro iam nato habetur*, no podemos admitir la posición de ROBBE respecto a que ese principio sufre un abandono en derecho justiniano. Ya se ha tenido ocasión de exponer que, en nuestra opinión, la regla que equiparaba el concebido con el nacido tenía su origen en derecho clásico, al ser los juristas clásicos⁵³⁶ los que utilizaban ese recurso comparativo para explicar los beneficios concedidos al concebido; ahora bien, es el derecho justiniano el que eleva la máxima *conceptus pro iam nato habetur* a la categoría de principio de orden general⁵³⁷, como lo demuestra la situación de los fragmentos de PAULO y JULIANO que expresan que *qui in utero sunt perinde ac si in rebus humanis esset o in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse*⁵³⁸ en el título primero del Digesto “*De statu hominum*”; y la generalización en la aplicación de la máxima supone que se considerará que el *conceptus* ha nacido en todos aquellos supuestos que puedan reportarle algún beneficio o ventaja. Por lo tanto, no podemos compartir la posición de ROBBE referida al abandono de la máxima porque precisamente en derecho justiniano es cuando se produce una aplicación general de la misma, pudiendo observar dicha aplicación sobre todo en derecho sucesorio.

⁵³⁵ El *postumus suus*, en efecto, debía estar concebido en el momento de la redacción del testamento, pero ello constituía una exigencia externa y no un elemento integrante de la noción de *postumus*. La concepción del heredero en el momento del testar venía requerida por la prohibición que existía en derecho clásico de instituir heredero a personas inciertas; de ahí que sólo se permitiera la institución del *postumus suus*, porque era el único que fijaba sus *status* en la concepción y, por tanto, era considerado persona cierta. Al decaer en derecho justiniano la exigencia de que el instituido heredero fuera una persona cierta, decae inmediatamente el requisito de la concepción en la redacción del testamento. En definitiva, la eliminación de ese requisito no supone un cambio en el concepto del póstumo, sino simplemente una consecuencia de los nuevos principios reguladores de la sucesión testamentaria en época justiniana.

⁵³⁶ GAYO, PAULO, JULIANO o CELSO en GAYO I, 147; D. 1, 5, 7; D. 50, 16, 231; D. 1, 5, 26 y D. 38, 16, 7, respectivamente.

⁵³⁷ GANDOLFI, voz “*Nascituro (storia)*”, en *Enciclopedia del Diritto*, op. cit., p. 534 y 535.

⁵³⁸ D. 1, 5, 7 y D. 1, 5, 26. Vid. ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur*”, op. cit., p. 20 a 24; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, op. cit., p. 139; STELLA MARANCA, “*Intorno al fr. 7, Dig. 1, 5. De statu hominum*”, en *BIDR*, XLII, 1934, pp. 339 y ss.

La conceptualización del *postumus suus* como *personae incertae* no lleva aparejado que el *postumus* no pueda ser instituido heredero en el testamento del ascendiente puesto que en virtud de la constitución *de incertis personis* recogida en C. 6, 48, en derecho justiniano las personas inciertas pueden ser instituidas herederas, recibir legados y fideicomisos, y, en general, ser objeto de disposiciones testamentarias en su favor.

B. La consecuencia inmediata de la inclusión del *postumus suus* dentro de la categoría de las *personae incertae* y la posibilidad de la institución hereditaria de las personas inciertas, es la eliminación de las diferencias que existían entre *postumus suus* y *alienus*: ambos son personas inciertas, pero, como se ha mencionado, ambos pueden ser objeto de disposiciones testamentarias en su favor, porque la institución hereditaria de las personas inciertas no se encuentra vetada como ocurría en derecho clásico. Lo anterior no resulta novedoso para el *postumus suus* porque ya *ab antiquo* podía ser instituido heredero, recibir legados, se le podía nombrar tutor, sustituto, etc... pero si es innovador respecto al *postumus alienus*. Como se recordará, la institución hereditaria del *postumus alienus* se encontraba expresamente prohibida en derecho clásico por la exigencia de que el instituido heredero en el testamento debía ser una persona cierta⁵³⁹; no obstante, en derecho pretorio se admitió la validez de la institución del *postumus alienus* al reconocerle la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio secundum tabulas* y, mientras estaba concebido, la *missio in possessionem ventris nomine*⁵⁴⁰. El derecho justiniano, pues, eleva el reconocimiento existente en derecho pretorio a categoría legal en la Constitución *de incertis personis*:

⁵³⁹ Se admitió la posibilidad de establecimiento a favor del *postumus alienus* de un fideicomiso: D. 34, 5, 5 (6), 1.- (*GAIUS libro I. Fideicommissorum*).- *Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit...*; GAYO II, 287.- *Item olim incertae personae uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei possit...*; D. 31, 32, 6.- (*MODESTINUS libro IX. Regularum*).- *In fideicommissis, quod familiae relinquatur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex is primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ultiores voluntatem suam extenderit*. Vid. JOHNSTON, "Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law", en ZSS, CXV, 1985, pp. 245 y ss.

⁵⁴⁰ Vid. D. 37, 11, 3.- (*PAULUS libro XLI ad Edictum*).- *Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse*; e I. 3, 9, pr.- (*DE BONORUM POSSESSIONIBUS*).- *Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adiuuabatur: sed hic e nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus*.

C. 6, 48, 1.- (*DE INCERTIS PERSONIS*).- *Si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a praetore adiuvabatur; sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus*⁵⁴¹.

C. La inserción como persona incierta del *postumus suus* y supresión de la distinción entre *postumus suus* y *postumus alienus*, junto al abandono de la familia agnaticia y la falta de vigencia del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, ocasiona la caída del resto de requisitos que se exigían en derecho clásico para que el *postumus* pudiera ser instituido heredero:

- No se requiere que los progenitores se encuentren unidos en justas nupcias en el momento de redactar el testamento, porque ello ya no lleva consigo que el *conceptus* sea persona cierta —ya que fija su *status* en el nacimiento—; y, aunque las *iustae nuptiae* hicieran que el *conceptus* fuera persona cierta, ello no tendría relevancia jurídica alguna porque se permite la institución hereditaria de personas inciertas. Ello se puede observar en diversos textos que consideran lícita la institución hereditaria de un póstumo efectuada por el *paterfamilias* cuando todavía no está casado:

D. 28, 2, 4.- (*ULPIANUS libro III, ad Sabinum*).- *Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, sive iam maritus sit sive nondum uxorem duxerit: nam et maritus repudiare uxorem potest et qui non duxit uxorem, postea maritus effici.*

D. 28, 2, 9, 4.- (*PAULUS libro I ad Sabinum*).- *Sed si per adoptionem sororem factam habeam, potero postumum ex ea heredem instituere, quia adoptione soluta possum eam ducere uxorem.*

En los textos citados se permite la institución hereditaria de un póstumo aunque *nondum uxorem duxerit* y ello porque en un futuro puede contraer ma-

⁵⁴¹ Vid. I. 2, 20, 27.- (*DE LEGATIS*).- *Sed nec huiusmodi species penitus est sine iusta emendatione derelicta, cum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere. 28.- Postumus autem alienus heres institui et antea poterat et nunc potest, nisi in utero eius sit quae iure nostra uxor esse non potest.*

trimonio; resulta significativo el segundo de los textos en el que se posibilita la institución de un póstumo nacido de una hermana adoptiva del testador, y se fundamenta tal posibilidad en que *adoptioe soluta possum eam ducere uxorem*; en efecto, GAYO I, 59 prohíbe que se contraiga matrimonio entre los parientes que tienen una relación de ascendencia o descendencia, ya sean naturales o adoptivos; aunque se disuelva el vínculo de la adopción, existe el impedimento matrimonial entre ellos⁵⁴². No ocurre lo mismo, sin embargo, con los hermanos adoptivos, ya que, según GAYO I, 61, el impedimento matrimonial se encontraría vigente en tanto la adopción se mantuviera, pero una vez disuelto el vínculo adoptivo, los hermanos podrán contraer matrimonio⁵⁴³. D. 28, 2, 9, 4, en coherencia con lo mencionado en las Instituciones de GAYO y puesto que no se requieren justas nupcias en el momento de redactar el testamento, permite instituir heredero a un hijo póstumo nacido de una hermana adoptiva, porque, a pesar de que exista un impedimento matrimonial actual, en el futuro puede desaparecer con la disolución del vínculo adoptivo y acceder al matrimonio legítimo.

En los supuestos en que se instituye heredero a un póstumo cuando todavía no se ha contraído matrimonio se considera que ha sido instituido el hijo nacido del último matrimonio que contrajo el testador:

D. 28, 2, 4.- (*ULPIANUS libro III, ad Sabinum*).-
*...nam et cum maritus postumum heredem scribit,
 non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex
 ea quam habet uxorem ei natus est, vel is qui tunc in
 utero est, verum is quoque, qui ex quacumque uxore
 nascatur.*

⁵⁴² GAYO I, 58.- *Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus.* 59.- *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumue locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, uelut inter patrem et filiam uel inter matrem et filium uel inter auum et neptem, et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamuis per adoptionem parentum liberorumue loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam quae mihi per adoptionem filia <e aut> neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamuis eam emancipauerim.* Vid. GIOFFREDI, “Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel Diritto Romano”, op. cit., pp. 230 y ss. y VOLTERRA, “La nozione dell’adoptio e dell’arrogatio secondo i giuristi romani del 2 e del 3 secolo D.C.”, op. cit., pp. 141 y ss.

⁵⁴³ GAYO I, 60.- *Inter eas quoque personas, quae ex tranverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta.* 61.- *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, siue eodem patre eademque matre nati fuerint, siue alterutro eorum. Sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum uero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere...* Vid. MINIERI, “L’adozione del genero”, en LABEO, XXVIII, 1982, pp. 279 y ss.

D. 28, 2, 5.- (*IAVOLENUS libro I ex Cassio*).- *Ideo-que qui postumum heredem instituit si post testamentum factum mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est.*

D. 28, 2, 27.- (*PAULUS libro III ad Neratium*).- *Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest.*

- No es necesario que el heredero estuviera concebido al redactar el testamento; al estar permitida la institución de personas inciertas, no se requiere la determinación de la persona que va a heredar en el momento de testar. No obstante, se exige que el testador tenga aptitud del testador para engendrar hijos, pues de lo contrario la institución del póstumo será nula:

D. 28, 2, 6, pr.- (*ULPIANUS libro III ad Sabinum*).- *Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit cassius et iavolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest: spadonem quoque posse postumum heredem scribere et labeo et cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. 1.- Sed si castratus sit, iulianus proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituere, quo iure utimur. 2.- Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevallebunt, postumum heredem instituere poterit.*

En D. 28, 2, 6 se efectúa una distinción que resulta bastante ilustrativa: se permite la institución hereditaria de un póstumo a aquél testador que por dificultad o por edad no puede engendrar hijos⁵⁴⁴, porque *nec aetas, sterilitas ei rei impedimento est*; también se admite que el *hermaphroditus* en el que *virilia praevallebunt* instituya heredero a un póstumo; sin embargo, dicha posibilidad está vetada para el *castratus*, porque éste no podrá tener hijos nunca. Por tanto, se puede instituir heredero a un *nondum conceptus*, siempre y cuando el testador tuviera aptitud para procrear a ese hijo en el futuro.

Otro texto que viene a avalar esta opinión es D. 28, 2, 9, pr., en el que se afirma que, para otorgar validez a una institución hereditaria, se debe aten-

⁵⁴⁴ Vid. BENOEHR, “*Recen. a Dalla (“L’incapacità sessuale in Diritto Romano”)*”, en ZSS, CXII, 1982, pp. 426 y ss.

der a la *natura magis in homine generandi et consuetudo sepectanda*, más que a un *temporale vitium aut valetudo*:

D. 28, 2, 9, pr.- (*PAULUS libro I ad Sabinum*).- *Si quis postumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit, superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est quam temporale vitium aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate.*

Resta examinar la cuestión acerca de si el heredero debía estar concebido o no en el momento del fallecimiento del testador; la doctrina mayoritaria⁵⁴⁵ entiende que ello resulta necesario⁵⁴⁶ y esta exigencia se mantiene, no sólo por razones lógicas —en la apertura de la sucesión testada coincide con el momento del fallecimiento del causante, resultando obvio la exigencia de la concepción en ese momento, ya que, de otro modo no existiría heredero—, o porque así lo expresen las fuentes⁵⁴⁷, sino también porque el derecho justinianeo lo que admite es la institución del *postumus alienus* al abrir esa posibilidad a las *personae incertae*, pero no a los *nondum conceptus*. El hecho de que GAYO cite expresamente al postumo ajeno en la categoría de las personas inciertas, no haciendo referencia alguna a un ser no concebido puede llevar a pensar que éste no era considerado una persona incierta y ni siquiera era considerado per-

⁵⁴⁵ FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 145 a 150; BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successione, op. cit.*, p. 385; ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana, op. cit.*, pp. 140 y ss. En contra, DERNBURG, *Pandette*, III, *op. cit.*, p. 108. El autor, basándose en D. 28, 5, 9, 17, entiende que en época justiniana el requisito de la coexistencia entre heredero y testador decae. En efecto, el fragmento de ULPIANO citado se refiere a un supuesto en el que el patrón de un esclavo, *Stico*, lo manumite en su testamento instituyéndolo heredero... Según DERNBURG, puesto que en la época en la que muere el testador *Stico* no es persona, esto es, no es sujeto de derecho puesto que no era libre.

⁵⁴⁶ Incluso FADDA, que en la sucesión intestada sostenía la eliminación del requisito de la coexistencia entre causante y heredero, entiende que existe la limitación referida a que sólo el postumo que ha sido concebido al tiempo de la muerte del testador tiene capacidad para suceder: los no concebidos, pues, se encuentran absolutamente excluidos de la sucesión testada. Vid. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima, op. cit.*, p. 145 a 150.

⁵⁴⁷ D. 37, 9, 1, 10.- (*ULPIANUS libro XLI ad edictum*).- *Rectissime autem praetor nusquam uxoris fecit mentionem, quia fieri potest, ut mortis tempore uxor non fuerit, quae se ex eo praegnatem dicit.* Si al morir el testador está en el utero de la que no puede ser nuestra mujer, no es válida la institución. Si no es válida en ese caso, con mayor motivo será inválida la institución de un no concebido. Vid. a este respecto D. 37, 11, 3.- (*PAULUS libro XLI ad edictum*).- *Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.*

sona puesto que era un ser inexistente. El problema de la persona inexistente no es su indeterminación, como ocurría con el *postumus alienus*, sino su inexistencia⁵⁴⁸; un ser concebido, que fisiológicamente existe, no es sujeto de derecho, tanto menos lo será uno del que ni siquiera se puede predicar su existencia física.

Como conclusión final, se puede afirmar que el desarrollo de la regulación sucesoria de los *postumi* muestra con nitidez la transformación producida en la sociedad y el derecho romano; ésta evolución aparece con una mayor claridad en la sucesión testamentaria, donde existe una constante búsqueda de soluciones para solventar las rupturas testamentarias provocadas por la rigurosa aplicación de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi*. Se intenta, pues, poner fin a los injustos efectos que ocasionaba la vigencia de una regla basada en las vetustas estructuras familiares y en un derecho arcaico en el que las formalidades primaban sobre el aspecto sustancial.

No obstante, más que el proceso evolutivo, resulta interesante la forma en que se supera el derecho arcaico: éste va perdiendo vigencia de forma progresiva, sutil, sin que se produzca una violenta ruptura de las ideas subyacentes: se van ofreciendo interpretaciones más flexibles que irán concediendo prioridad al aspecto sustancial sobre el formal; en definitiva, se suaviza la aplicación de los principios arcaicos, ofreciendo nuevas perspectivas que sentarán las bases para la reforma justiniana, donde se producirá el abandono definitivo de las vetustas reglas vigentes hasta entonces, se dará respaldo legal a la familia basada en lazos cognaticios y se acogerán las ideas cristianas que impregnarán la vida del imperio romano.

⁵⁴⁸ ALEMAN MONTERREAL, “Ante un debate actual. El concepturus en la sucesión testada”, *op. cit.*, p. 131.

CONCLUSIONES

I. La regla vigente en derecho clásico para la fijación del *status* del concebido era distinta según se tratara de un *conceptus ex iustis nuptiis* o de un *vulgo* o *illegitime conceptus*: el primero *ex conceptionis tempore statum sumunt* mientras que el segundo *statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur*.

II. La consolidación del *status* del *postumus suus* en la concepción, y, sobre todo, la inmutabilidad de su condición jurídica hasta el nacimiento, llevó consigo dos importantes consecuencias: por un lado, que el vínculo agnaticio entre *paterfamilias* y *postumus suus* se fijara desde que éste se encontraba concebido, permitiendo que pudiera ser objeto de *vocatio ab intestato* junto al resto de los *heredes sui* del causante; por otro lado, que fuera conceptuado como persona cierta, pudiendo ser instituido heredero y desheredado de forma eficaz o estableciendo otras disposiciones testamentarias en su favor.

IUS CIVILE

A. SUCESION AB INTESTATO.-

III. La ley de las XII Tablas llamaba a la herencia del *de cuius* a todos aquellos descendientes que estuvieran sometidos a la potestad directa del causante en el momento en que éste fallecía. La presencia de un *conceptus ex iustis nuptiis* al tiempo de la muerte aseguraba la futura existencia de un *heres suus*, ya que consolidaba su *status familiae* en la concepción, estableciendo así los vínculos agnaticios necesarios con el *paterfamilias*.

IV. El único fundamento, pues, de la *vocatio ab intestato* del *postumus suus* fue la certeza de la futura existencia de un *heres suus*; de ahí que la fijación de esa condición en el momento del fallecimiento del causante constituyera condición *sine qua non* para que el póstumo fuera llamado a la herencia cuando se verificara su nacimiento:

- Si se trataba de un *filiusfamilias postumus*, no había problema alguno: la consolidación de la cualidad de *heres suus* en el momento del fallecimiento estaba asegurada porque nunca le precedería nadie en sus derechos hereditarios.
- Si se trataba de descendientes póstumos de grado ulterior —*nepotes* o *pronepotes*—, para cumplir la exigencia citada, el ascendiente que les precedía debía haber premuerto al *paterfamilias*; de otra forma, cuando éste muriera, el descendiente póstumo no habría consolidado su cualidad de *sui* y no podría ser objeto de *vocatio ab intestato*.

V. En los supuestos en que la sucesión *ab intestato* coincidía con el fallecimiento del *paterfamilias* no había problema alguno: serían llamados los descendientes, nacidos o póstumos, que existían en ese momento, en quienes concurría la cualidad de *heredes sui*. No obstante, la prioridad de la sucesión testamentaria sobre la intestada provocó que las situaciones de apertura diferida de herencias *ab intestato* proliferaran, planteando situaciones injustas en la *vocatio* de los *postumi* que no habían fijado la cualidad de *heredes sui* en el momento del fallecimiento del causante sino en un tiempo posterior, por haber muerto el ascendiente que les precedía.

Para solventar estos problemas, se ha observado que la exigencia temporal de la consolidación de la cualidad de *heres suus* sufrió un desplazamiento, siendo la *delatio ab intestato* el tiempo relevante para la fijación de esa posición; se exige, pues, que la condición de *heres suus* concorra cuando se abre la sucesión, sin que tenga relevancia a estos efectos el momento del fallecimiento del causante.

B. SUCESION TESTAMENTARIA.-

VI. Con anterioridad al reconocimiento de la *vocatio ab intestato* del *postumus suus*, éste tampoco era considerado *heres suus* del testador hasta su nacimiento y, por tanto, mientras estaba concebido, no le era de aplicación la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* que sólo regía respecto de los descendientes que estuvieran sometidos directamente a la patria potestad del testador cuando éste redactaba el testamento y no respecto de personas que pudieran adquirir la cualidad de *sui* en un futuro.

Por tanto, al testador le resultaba imposible evitar la ruptura de su testamento cuando el *postumus* nacía, ya que, por un lado, existía una imposibili-

dad de mencionarle de manera eficaz cuando estaba concebido, pero, por otro lado, el nacimiento suponía la adquisición de la cualidad de *suus*, comenzando a regir respecto de él la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, que prescribía la ruptura del testamento si en éste se encontraba preterido algún *heres suus*.

VII. El reconocimiento del *postumus* como *heres suus* del causante en la sucesión *ab intestato*, posibilitó la institución o desheredación eficaz de éste, evitando así la regla *adgnatione postumi rumpitur testamentum* y, también, que se establecieran otras disposiciones testamentarias en su favor, como sustituciones, legados, nombramiento de tutor, etc. Con este reconocimiento se evitaron los supuestos de ruptura testamentaria por el nacimiento de un hijo póstumo, pero quedaron pendientes de solución otros casos, derivados de la aplicación de la regla *sui heredis aut instituendi sunt aut exhereandi* a los descendientes póstumos que fijaban su posición de *sui* con posterioridad a que se otorgara el testamento. Estos problemas de ruptura testamentaria se solventaron progresivamente a través de la jurisprudencia y las leyes, que provocarán sucesivos traslados del tiempo en que se exigía al póstumo la consolidación de la posición de *heres suus*, conformando una importante evolución en esta materia:

- a) La fórmula Aquiliana soluciona los problemas de ruptura testamentaria en los casos en que un descendiente póstumo consolidaba su posición de *suus* con posterioridad a otorgar el testamento, pero antes del fallecimiento del causante; hasta entonces, una disposición testamentaria que instituyera heredero a algún descendiente póstumo a quien el padre le precedía en sus derechos, no surtía ningún efecto: si el padre premoría, el nieto al nacer rompía el testamento; mediante la fórmula Aquiliana se permitió que esa institución hereditaria fuera eficaz.

La innovación de la fórmula no estriba en la posibilidad de institución de un *nondum conceptus*, porque el requisito de la concepción del *postumus* en el momento de otorgar el testamento continúa siendo una exigencia ineludible, ni en admitir que los nietos y ulteriores descendientes pudieran ser instituidos herederos, ya que esto se realizaba con anterioridad. La novedad consiste en permitir que el testador pudiera instituir herederos a descendientes póstumos que todavía no tenían consolidada su posición de *sui*, porque el padre les precedía en sus derechos en el momento de la redacción del testamento.

La fórmula Aquiliana, pues, soluciona numerosos problemas de ruptura de testamentos, pero lo más importante es que se realizó sin necesidad de vulnerar o derogar las reglas vigentes en la sucesión testamentaria: se utilizó la sustitución hereditaria, figura que permitía instituir heredero en pri-

mer lugar al *filius* y nombrar sustituto al nieto póstumo nacido de él, para el caso de que aquél premuriera al testador.

El efecto más relevante que provoca la fórmula Aquiliana es el desplazamiento del tiempo en el que se exigía al descendiente póstumo la consolidación de la cualidad de *suus*: únicamente se requiere que éste haya fijado su posición en el momento del fallecimiento del causante, sin importar si la había fijado o no cuando se redactaba el testamento.

- b) Tras el avance que supuso la fórmula Aquiliana para prevenir las rupturas testamentarias por la *successio in locum* de los nietos póstumos, la *lex Iunia Vellaea* introduce dos innovaciones adicionales:
 - En relación con los *quasi postumi* –situaciones asimiladas en las fuentes al nacimiento de un póstumo— se permite la institución o desheredación eficaz de todos aquellos descendientes que pertenecían a la familia al tiempo de otorgar testamento y que podían adquirir la cualidad de *sui* con posterioridad a ese momento. Se admitía, pues, la institución de un nieto, bisnieto o ulterior descendiente, aunque, para que la disposición testamentaria fuera eficaz se requería, en primer lugar, que el testador no hubiera preterido ningún grado de descendientes que pudiera en un futuro ostentar la condición de *heres suus*, y, en segundo lugar, que con anterioridad al fallecimiento, no se hubiera alterado el orden sucesorio, esto es, que muriera siempre primero el hijo y después el nieto y nunca al revés.
 - En relación con los *postumi*, tres son las novedades introducidas por la *lex*: por un lado, se produce un cambio en la noción de *postumus*: ya no será únicamente *qui post mortem parentis nascantur*, sino también el nacido en vida del testador con posterioridad a la redacción del testamento; este cambio se produce como consecuencia de la prohibición de ruptura testamentaria que la ley establece para los casos en que el testador hubiera instituido heredero a un póstumo que, al final, hubiera nacido con anterioridad a su fallecimiento; por otro lado, ya no será necesario acudir a la fórmula Aquiliana para instituir o desheredar a descendientes póstumos que no fueran *sui* al testar, ya que podrá realizarse de forma directa; por último, la evolución conceptual provoca un nuevo desplazamiento del tiempo en el que se exigía al *postumus* la consolidación de la posición de *suus*: únicamente será necesario que ostente la citada cualidad en el momento de su nacimiento.
- c) La interpretación jurisprudencial de la fórmula Aquiliana y de la *lex Iunia Vellaea* solucionan el resto de los supuestos de ruptura testamentaria que quedaban pendientes de resolver:
 - La interpretación extensiva de la *lex* realizada por JULIANO evita la ruptura testamentaria en caso de que el nacimiento del descendiente póstumo acaeciera, no sólo en vida del testador, sino de su ascendiente: admite, pues, la validez de la institución hereditaria de descendientes póstumos que

no ostentaran la cualidad de *sui* ni en el momento de la redacción del testamento ni a su nacimiento, como exigía la *lex Iunia Vellaea*. La consecuencia inmediata de esta interpretación es un nuevo desplazamiento del tiempo en el que se requiere al póstumo la consolidación de la cualidad de *suus* al momento del fallecimiento del testador.

- Una nueva interpretación extendió por analogía la *lex* y la fórmula Aquiliana a los casos de *successio in locum* provocados por la salida de la familia del ascendiente *aut qualibet ratione exeat de potestate, sive per captivitatem, sive per mortem vel poenam*.
- d) Estas interpretaciones de la *lex* y de la fórmula Aquiliana no eliminaron la exigencia de institución o desheredación de todos los de descendientes que pudieran ser *sui* futuros porque, de preterir algún grado, el testamento se anulaba *ab initio*. Para solventar estos problemas, se produce un nuevo desarrollo interpretativo que consistirá en considerar la *delatio* como el tiempo relevante para exigir la posición de *heres suus*: la persona instituida heredera en el testamento deberá ostentar dicha posición cuando la herencia se le defiera, sin importar a estos efectos ni el momento del nacimiento, ni el del fallecimiento ni el de la redacción del testamento.

VIII. Los medios para garantizar los derechos que corresponderían al *postumus* cuando naciera eran, por un lado, la suspensión de la *vocatio ab intestato* y, por otro, la reserva de su cuota hereditaria. Por lo tanto, la *vocatio* del *postumus* dentro del grupo de los *heredes sui* no supuso un avance en el goce de los derechos hereditarios, que sólo adquiriría con el nacimiento.

IUS HONORARIUM

IX. El Pretor concedía al *venter* una *missio in possessionem* siempre y cuando, al nacer, pudiera obtener la *bonorum possessio* definitiva. Se ha podido comprobar que la *missio in possessionem ventris nomine* aparece configurada en las fuentes como una figura autónoma: no se puede conceptuar como *bonorum possessio* porque se encuentra reservada únicamente a *qui natus o in rebus humanis esset* y, aunque es una figura cercana a las *missiones in possessionem*, las facultades de disposición de los bienes con las que cuenta el *missus* impiden su integración en esta categoría.

X. La *missio in possessionem ventris nomine* debió surgir en el seno de la *bonorum possessio contra tabulas*, ya que la resolución de la sucesión *sine tabulas* o *secundum tabulas* en las que existía un *conceptus* no debía ofrecer dificultades:

- Si la sucesión era intestada y el concebido era el único heredero, se paralizaba el plazo para solicitar la *bonorum possessio*: si nacía, adquiría la *bonorum possessio*; si no, sucedían los posteriores en grado. Si el *conceptus* concurría con otros herederos, se concedería la posesión, reservando la parte correspondiente a éste.
- Si la sucesión era testamentaria —que seguramente sería el supuesto habitual— lo normal era que se diera cumplimiento a la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*: si era instituido heredero, podría obtener a su nacimiento la *bonorum possessio secundum tabulas*; si era desheredado, se encontraría excluido de la sucesión.

En la *bonorum possessio contra tabulas*, sin embargo, se daba una confrontación total de derechos, ya que el póstumo preterido, si nacía, rompería el testamento, entrando en la sucesión *ab intestato* como heredero, pero, si no nacía, el testamento permanecía válido, adquiriendo la herencia el instituido en el mismo. Ante ese conflicto, el pretor debería adoptar una decisión respecto de los bienes, concediendo una *missio in possessionem* al interés más necesitado de protección. Posteriormente, la aplicación de la medida se debió generalizar al resto de supuestos sucesorios contemplados en el edicto del pretor en los que ese conflicto no existía.

XI. Se acordó igualmente la *missio in possessionem ventris nomine* en caso de que algún interesado en la herencia promoviera una *quaestio status* contra el *venter* o una acusación de calumnia contra la madre, creándose diversos trámites que fueron unificados por ADRIANO en un procedimiento *ad exemplum Carboniani Edicti*.

XII. Las medidas cautelares que podía ordenar el pretor para proteger los derechos hereditarios de los interesados en la herencia se pueden dividir en dos grupos: las que se adoptaban para proteger al *conceptus* y a la *uxor praegnans*, esto es, la *missio in possessionem ventris nomine* y el nombramiento de un *curator ventris*; y las que trataban de proteger al patrimonio hereditario y los derechos de los interesados en la herencia, que comprenderían el nombramiento de un *curator bonorum*, la *inspectio ventris* y la custodia del parto, éstas últimas previstas en el edicto *de inspiciendo venter custodiendoque partu*.

DERECHO JUSTINIANO

XIII. La nueva regla para la fijación del *status* del *conceptus* en el momento del nacimiento y no en el de la concepción, unido al abandono del modelo agnaticio de familia, el establecimiento del orden sucesorio sobre la base de los vínculos de sangre y la búsqueda del *favor nasciturus* a través de la generaliza-

ción que se opera en relación con la máxima *conceptus pro iam nato habetur*, así como la falta de vigencia, en la sucesión testada, del principio *sui heredis aut instituendi sunt aut exheredandi* y la posibilidad de institución hereditaria de las *personae incertae* traerán consigo la reforma de los sistemas sucesorios existentes hasta época justiniana.

A. SUCESION AB INTESTATO.-

XIV. La reforma de la sucesión *ab intestato* que se regula en la *Novella* 118 fusiona los sistemas precedentes creando un derecho uniforme. No altera, sin embargo, la exigencia de coexistencia entre causante y heredero, por lo que continúa siendo necesario que éste estuviera al menos concebido al tiempo del fallecimiento. Se puede comprobar que existe una excepción en caso de que la apertura de una sucesión de ascendientes distintos del padre se difiriera en el tiempo; en este supuesto, podría heredar un no concebido al tiempo del fallecimiento que si lo estuviera cuando se abría la sucesión, siempre que hubiera premuerto su ascendiente. No obstante, se ha constatado que esta excepción no se debe a la eliminación de la exigencia de coexistencia entre causante y heredero, sino a la admisión de la *transmissio* del *ius delationis* que se encontraba vetado en derecho clásico. La admisión de esta transmisión ocasiona que si el padre del concebido moría sin haber aceptado ni repudiado la herencia del abuelo, transmitiría su *ius delationis*, heredando el concebido directamente del abuelo, aunque no hubiera existido al tiempo del fallecimiento.

B. SUCESION TESTAMENTARIA.-

XV. El cambio más relevante viene dado por la nueva regla para la fijación del *status* que ahora es común para todos los concebidos: puesto que todos ellos fijan su *status* en el momento del nacimiento, el *postumus suus*, que había sido persona cierta para el derecho clásico porque fijaba sus tres *status* desde que estaba concebido, ahora es integrado en la categoría de las *personae incertae*.

XVI. La posibilidad de institución hereditaria de las *personae incertae* y la inclusión de los *postumi sui* en esta categoría, ocasiona que se eliminen las diferencias que existían en derecho clásico entre *postumus suus* y *alienus*.

XVII. Lo anterior, unido al abandono de la familia agnaticia y la falta de vigencia del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, ocasiona la caída del resto de requisitos que se exigían en derecho clásico para que el *postumus* pudiera ser instituido heredero: ahora no se requiere que los progenitores se encuentren unidos en justas nupcias ni que el heredero estuviera con-

cebido al redactar el testamento y sólo se exigía que el *postumus* estuviera concebido en el momento de la muerte del testador.

La presente investigación permite mostrar que el derecho es un fiel reflejo de las transformaciones que previamente acontecen en la sociedad; quizás la regulación sucesoria de los *postumi* sea una de las materias en las que más claramente se vislumbra esa interacción entre sociedad y derecho, donde la primera exige soluciones al segundo, que permiten evolucionar hacia estructuras más dinámicas, dejando atrás rigurosas reglas que primaban lo formal sobre el aspecto sustancial. La grandeza de este proceso evolutivo reside en que la superación del derecho arcaico no se efectúa de forma violenta, sino con sutileza a través de interpretaciones que progresivamente van suavizando las vetustas normas, que permanecen formalmente vigentes, pero vacías por completo de contenido.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE, “*La successione ereditaria in diritto romano antico*”, en *Annali Palermo*, XX, 1949, pp. 273 y ss.

- *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)*”, en *Studi di diritto romano: persone e famiglia*, Milano, 1932, pp. 3 y ss. (versiones anteriores en *BIDR*, XXXIII, 1923, pp. 1 y ss. y en *Arch. Giur.*, IC, 1928, pp. 151 y ss. y Postilla, en *Arch. Giur.*, XCIX, 1928, pp. 151 y ss.).

- “*In tema di adozione romana*”, en *Studi di Diritto romano*, I, *Persone e famiglia*, Milano, 1933, pp. 179 y ss.

- “*Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*”, en *Studi di diritto romano*, V, *Storia, metodología, esegesi*, Milano, 1937, pp. 452 y ss.

ALEMAN MONTERREAL, “*Ante un debate actual. El concepturus en la sucesión testada*”, en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1999, pp. 127 y ss.

AMBROSINO, “*Successio in ius. Successio in locum. Successio*”, en *SDHI*, XI, 1945, pp. 65 y ss.

AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950.

- “*Ancora sulla captivitas ed il postliminio*”, en *Studi de Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 519 y ss.

- “*Gai 1. 135: appunti per la storia del dogma della pendenza*”, en *BIDR*, LXIV, 1961, pp. 109 y ss.

- “*Sulle 12 Tavole. Un’ipotesi di lavoro: le “sequenze” e l’ordine delle norme decemvirali*”, en *INDEX*, XX, 1992, pp. 205 y ss.

ARANGIO RUIZ, “*Recensione (Albertario. Studi di diritto romano. I: Persone e famiglia)*”, en *Ach. Giur.*, XXIX, 1935, pp. 71 y ss.

- *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1949.

ARCHI, L’ “*Epitome Gai*”, *Studio sul tardo Diritto Romano in Occidente*, Milano, 1937.

- voz "*Concepimento (Diritto Romano)*", en *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, 1961, pp. 354 y ss.

BALESTRI FUMIGALLI, "*Spes vitae*", en *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 344 y ss.

BARTOSEK, "*La spes en droit romain*", en *RIDA*, II, 1949, pp. 19 y ss. (= en *Mèlanges de Visscher*, I, Bruxelles, 1949, pp. 20 y ss.).

- "*Captivus*", en *BIDR*, LVII, 1953, pp. 98 y ss.

BASANOFF, *Partus ancillae*, Paris, 1929.

BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III-IV, Tübingen, 1913.

- "*Postliminium und Cornelia*", en *ZSS*, XLV, 1925, pp. 192 y ss.

BETANCOURT, "*La defensa pretoria del "missus in possessionem"*", en *AH-DE*, LII, 1982, pp. 479 y ss.

- *Derecho romano clásico*, Sevilla, 1995.

BIONDI, *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milano, 1954.

- *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955.
- *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1965.

BLANCH NOUGUES, *El edicto de los magistrados en el lenguaje de la jurisprudencia romana ("pars edicti"- "clausula"- "edictum")*. Un estudio del Derecho romano, Madrid, 1998.

BONFANTE, "*L'origine dell'hereditas e dei legata*", en *Scritti giuridici varii, I, Famiglia e successione*, Torino, 1926, pp. 101 y ss.

- "*Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*", en *Scritti giuridici varii, I, Famiglia e successione*, Torino., 1926, pp. 469 y ss.
- *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1934.
- *Corso di diritto romano, I. Diritto di Famiglia*, Milano, 1963.
- *Corso di Diritto Romano, VI. Le successione parte generale*, Milano, 1974.
- *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1997.

BOSSOWSKI, "*Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte*", en *Festschrift für P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, pp. 279 y ss.

BRANCA, "*Un caso interesante di institutio sine parte*", en *Rivista di diritto civile*, III, 1934, pp. 275 y ss.

- "*Missiones in possessionem" e possesso*", en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 483 y ss. (= en *SDHI*, IX, 1943, pp. 127 y ss.).

BRETONE, “*Il giureconsulto interprete della legge*”, en *LABEO*, XV, 1969, pp. 307 y ss.

- “*Cicerone e i giuristi del suo tempo*”, en *Ciceroniana*, III, 1978, pp. 28 y ss.

BRINI, “*Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano*”, en *Memoriae delle Reale Academia di Bologna*, 1920-1923, pp. 195 y ss.

BUND, “*Il "sapere" di Salvio Giuliano*”, en *LABEO*, XXXV, 1989, pp. 109 y ss.

CABALLE MARTORELL, “*El rescripto de los divi fratres y el derecho de los sui heredes a la collatio emancipati*”, en *Le monde antique et les droits de l’homme*, Bruxelles, 1998, pp. 445 y ss.

CAMACHO DE LOS RIOS, “*Exheredatio. Aproximación a un proceso de recepción*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 189 y ss.

CAMACHO EVANGELISTA, “*Famiglia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d.C)*”, en *TEMIS*, XXI, 1967, pp. 157 y ss.

- *Derecho privado y procesal romano*, Granada, 1999.

CAMACHO EVANGELISTA y ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Juristas romanos y práctica jurisprudencial*, Granada, 1986.

CATALANO, “*Los concebidos entre el Derecho romano y el Derecho latinoamericano (a propósito del art. 1 del Código Civil peruano de 1984)*”, Lima, 1986, pp. 229 y ss.

- *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990.

COLI, *Capitis deminutio*, Firenze, 1922.

- “*Il testamento nella Legge delle XII Tavole*”, en *IURA*, VII, 1956, pp. 34 y ss.

COSENTINI, “*Breve nota sull’origine dell’ “edictum de coniungendis cum emancipatio liberis eius”*”, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948 pp. 219 y ss.

COSTA, *Storia el diritto romano dalle origini alle compilación giustinianee*, Torino, 1925.

CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, París, 1928.

DAZA, “*Nuptiae et matrimonium*”, en Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Álvarez Suárez, Madrid, 1978, pp. 57 y ss.

DECLAREUIL, “*Paternité et filiation légitimes. Contribution à l’histoire de la famille légale à Rome*”, en *Mélanges Girard*, I, 1912, pp. 315 y ss.

DERNBURG, *Pandette*, trad. italiano por Cicala, I, Torino, 1906.

DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972.

DILIBERTO, voz “*Successione legittima (diritto romano)*”, en *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, pp. 1.396 y ss.

- “*Considerazioni intorno al commento di Gaio alle 12 tavole*”, en *INDEX*, XVIII, 1990, pp. 425 y ss.

DOMINGO (dir.) y otros autores, *Textos de Derecho Romano*, Pamplona, 1998.

- *Estudios sobre el primer capítulo del edicto pretorio. II. El edicto de competencia jurisdiccional*, Santiago de Compostela, 1993.

D’ORS, “*Contribuciones a la historia del crimen falsi*”, en *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, pp. 551 y ss.

- “*Sobre 12 Tab. 5.7^a: “Si furiosus escit...”*”, en *AHDE*, L, 1980, pp. 801 y ss.

- *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1997.

ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, Paris, 1959.

ESMEIN, “*La manus, la paternité et le divorce dans l’ancien droit romain*”, en *Mélanges d’histoire du Droit et de critique*, Aalen, 1970, pp. 19 y ss.

FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano, parte prima-parte seconda*, Napoli, 1900.

- *Diritto delle persone e delle famiglia*, Napoli, 1910.

FAGGELLA, “*Presunzioni che accompagnono il sorgere e lo sparire del subbietto dritto naturale nel Codice Civile Germanico comparato*”, en *Arch. Giur.*, XI, 1902, pp. 473 y ss.

FALCHI, “Interpretazione “tipica” nella “causa Curiana”, en *SDHI*, XLVI, 1980, pp. 383 y ss.

FINANZI, “*Heredem esse*” ed “*in tutelam suam venire*”. *Riflessioni sulla struttura della sostituzione pupillare*”, en *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, pp. 117 y ss.

FOLIGNO, voz “*Nascita*”, en *Nuovo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1939, pp. 857 y ss.

FRANCIOSI, “*L’ “heres extraneus” e le dodici tavole*”, en *LABEO*, X, 1964, pp. 354 y ss.

FRANCKE, *Das Recht des Notherben*, Göttingen, 1831.

FUENTESECA, P., “*Orígenes y perfiles clásicos del postliminio*”, en *ADHE*, XXIX, 1951, pp. 1 y ss.

- *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978.

FUENTESECA, M., “*La problemática de la noción de hereditas*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 275 y ss.

GANDOLFI, voz “*Nascituro*”, en *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, pp. 530 y ss.

GARCIA CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título XI del Edicto perpetuo. “De calumniatoribus”*, Santiago de Compostela, 1994.

GARCIA GARRIDO, “*Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*”, en *AHDE*, XXVII-XXVIII, 1957-1958, pp. 338 y ss.

- *Derecho privado romano (Casos, Acciones, Instituciones)*, Madrid, 1977, pp. 234 y ss

GARCIA GARRIDO-REINOSO, *Digestorum similitudines*, Madrid, 1994.

GARCIA SANCHEZ, “*Algunas consideraciones sobre el “tempus lugendi”*”, en *RIDA*, XXIII, 1976, pp. 141 y ss.

GAUDEMET, “*Iustum matrimonium*”, en *RIDA*, III, 1950, pp. 309 y ss.

- “*Recen. a Robleda (“El matrimonio en Derecho romano”)*”, en *Reviu Historique du Droit Francaise*, XLIX, 1971, pp. 118 y ss.

GIOFFREDI, "Pendenza e sospensione dalla fonti romane alla dommatica moderna", en *SDHI*, XXII, 1956, pp. 113 y ss.

GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1929.

- *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, pp. 35 y ss.

GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, traducción italiana por Ferrini, I, Milano, 1886-89.

GOMEZ-IGLESIAS CASAL, "Nasciturus. El status jurídico del concebido", en Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid, IX-X, pp. 287 y ss.

GUARINO, "Sui e "adgnati" nelle XII Tabulae", en *Annali Catania*, III, 1949, pp. 132 y ss.

- *Diritto privato romano*, Napoli, 1981.

- *Storia del diritto romano*, Napoli, 1996.

HALKIN, "Le problème des "decem menses" de la IV Eglogue de Virgile", en *Les Études Classiques*, XVI, 1948, pp. 263 y ss.

HERESCU, "Au dossier des "decem menses" (Virgile, Egl. IV, 61)", en *Revue de Philologie*, 72, 1946, pp. 12 y ss.

HERRERA CAMPOS-MARTOS CALABRUS, *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998.

IGLESIAS, *La herencia en Derecho Romano y en Derecho moderno*, Madrid, 1986

- *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1999.

IMPALLOMENI, "Recensione a Lambertini, (I caratteri della Novella 118 di Giustiniano)", en *BIDR*, LXXXII, 1979, pp. 221 y ss.

KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, Leipzig, 1901.

KASER, "Der inhalt der "patria potestas", en *ZSS*, LVIII, 1938, pp. 62 y ss.

- "Recen. a Lanfranchi ("Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano, II. La c.d. presunzione di paternità")", en *ZSS*, XCV, 1965, pp. 381 y ss.

- *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1965.

- *Das römische Zivilprozess*, Munich, 1966.

- "Ruhende und verdrängende Hausgewalt", en *ZSS*, LIX, 1939, pp. 33 y ss.

- "Zur altrömischen Hausgewalt", en *ZSS*, LXVII, 1950, pp. 485 y ss.

KIRK, “*Suus heres*”, en ZSS, LVIII, 1938, pp. 161 y ss.

KOCH, “*Der nasciturus als Rechtsgut. Historische Lehren und Begründungen*”, en *Cupido Legum*, Frankfurt am Main, 1985, pp. 87 y ss.

- “*Pater semper incertus*”, en *Rechtshistorische Journal*, IX, 1990, pp. 107 y ss.

KRÜGER, “*Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechts*”, en ZSS, XIX, 1898, pp. 24 y ss.

- “*Das summatim cognoscere und das Klassische Recht*”, en ZSS, XLV, 1925, pp. 55 y ss.

KUNKEL, “*Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische “Consortium”*”, en *Annali della Facoltà di Droit Istanbul*, IV-V, 1955, pp. 56 y ss.

- *Historia del Derecho Romano*, trad. por Miquel, Barcelona, 1982.

LA PIRA, “*La sostituzione pupillare*”, en *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, pp. 271 y ss.

- *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930.

LA ROSA, “*Appunti sull’editto Carboniano*”, en *Annali Catania*, VI-VII, 1.951-53, pp. 152 y ss. (= en *IURA*, XXVI, 1.975, pp. 109 y ss.).

LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, Napoli, 1996.

LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977.

LANFRANCHI, “*Ius exponendi*” e obbligo di alimentare nel diritto romano clasico”, en *SDHI*, IV, 1.940, pp. 5 y ss.

- *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. La c.d. presunzione di paternità*, Bologna, 1.964.
- *Voz “Nascituri (Diritto Romano)”*, en *NNDI*, XI, Torino, 1.968, pp. 14 y ss.

LATORRE SEGURA, “*Uxor praegnas relictā*”, en *LABEO*, I, 1955, pp. 195 y ss.

LEFEBVRE, “*Pater is est quem nuptiae demostrant*”: Jalons pour una historie de la *presumptiam de paternité*”, en *Revue Historique de Droit Français et etranger*, LXIX, 1991, pp. 331 y ss.

LENEL, “Zur geschichte der heredis institutio”, en *Essays in legal history*, Oxford, 1913, pp. 120 y ss.

- *Paligenesia iuris civilis*, I y II, Leipzig, 1889 (reimp. Graz, 1960).

LEPRI, “Ancora qualche parola a proposito di “sui” e di “adgnati”, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, pp. 299 y ss.

- *Note sulla natura giuridica delle missiones in possessionem*, Firenze, 1939.
- *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, I, *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942.

LEVY-BRUHL, “Heres”, en *RIDA*, III, 1949, pp. 150 y ss. (= en *Melanges de Visscher*, II, 1949, pp. 137 y ss.).

- “Observations sur le régime successoral des XII Tables”, en *Reviù Historique du Droit Français et Etranger*, XLVIII, 1964, pp. 142 y ss. (= en *Nouvelles Études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, pp. 40 y ss.).
- “Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto”, en *Nouvelles Etudes*, Paris, 1947, pp. 80 y ss.

LONGO, “Per l’interpretazione del Fr. 24, D. 1, 5”, en *IURA*, XVIII, 1967, pp. 20 y ss.

LOPEZ-RENDO, *Fundamento de la regla “sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi” en el Ius civile*, Oviedo, 1991.

LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e gustinianee*, Milano, 1990.

LURASCHI, “Sulla data e sui destinatari della “Lex Minicia de Liberis”, en *SDHI*, XLII, 1976, pp. 431 y ss.

MASCHI, “La solennità della heredis institutio”, en *Aegyptus*, XII, 1937, pp. 197 y ss.

- “Ancora sulla solennità della “heredis institutio”, en *Scritti Giuffrè*, I, pp. 643 y ss.

MAYNZ, *Curso de Derecho Romano* (trad. por Pou y Ordinas), Barcelona, 1892.

MEINHART, “D. 50, 16, 231. Ein Beitrag zur Lehre vom Intestaterbrech des ungeborenen Kindes”, en *ZSS*, LXXXII, 1965, pp. 188 y ss.

METRO, “*La datazione de inscipendo ventre custodiendoque parto*”, en *Syn-teleia Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1964, pp. 946 y ss.

MIQUEL, “*Preterición y argumento histórico*” (comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de PERALTA ESCUER, *Derecho y argumentación Histórica*, Lérida, 1999).

MONTAÑANA, *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, Valencia, 1996.

NARDI, “*Tempo di formazione del feto secondo gli antichi*”, en *Atti Accademia di Bologna, Classe di scienci morali*, 79, 1988-89, pp. 49 y ss.

NIEDERMEYER, “*Studien zum “Edictum Carbonianum”*”, en *ZSS*, L, 1930, pp. 78 y ss.

ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999.

PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910, pp. 773 y ss.

PANERO, *La experiencia jurídica de Roma. Su proyección en el umbral del s. XXI*, Valencia, 1998.

PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimp. Aalen, 1963).

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I y II, Roma, 1928.

PESCANI, “*Il piano del Digesto e la sua attuazione*”, en *BIDR*, LXXVII, 1974, pp. 337 y ss.

PUGLIATTI, voz “*Finzione*”, en *Enciclopedia del Diritto*, XVII, pp. 658 y ss.

PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990.

- “*Il ciclo della vita individuale nell'esperienza giuridica romana. Il diritto e la vita materiale*”, en *Atti dei Convegni Lincei*, LXI, Roma, 1964, pp. 63 y ss.

QUADRATO, “*Missio in possessionem ex edito Carboniano e bonorum possessio Carboniana*”, en *BIDR*, LXXVII, 1974, pp. 61 y ss.

RASCON GARCIA, *Manual de Derecho Romano*, Madrid, 1996.

RASCON-GARCIA GONZALEZ, *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1996.

RATTI, "*Studi sulla captivitas (II) Patria potestà-tutela-matrimonio*", en *BI-DR*, XXXV, 1927, pp. 165 y ss.

- *Studi sulla captivitas*, Napoli, 1980.

RESINA, *La legitimación de la mujer en el proceso criminal romana*, Madrid, 1996.

RIBAS-ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho Romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1999.

ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Roma, 1937.

- *Il diritto d'accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953.

- Voz "Postumi", en *NNDI*, XIII, Torino, 1966, pp. 435 y ss.

ROBERTI, "*Il nasciturus e l'età nelle fonti patristiche*", en *Arch. Giur.*, XCI, 1924, pp. 71 y ss.

- "*Nasciturus pro iam nato habetur nelle fonti cristiane primitive*", en *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, pp. 67 y ss.

ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970.

RODRIGUEZ ENNES, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, 1978, pp. 31 y ss.

RODRIGUEZ ENNES-DAZA, *Instituciones de derecho privado romano*, Alicante, 1993.

ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912.

SALAZAR REVUELTA, "*Algunas consideraciones sobre la Doctrina del nasciturus en la tradición romanística y en la codificación*", en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1999, pp. 289 y ss.

SANTALUCIA, *Diritto ereditario romano. Le fonti*, Bologna, 1999.

SANTORO, "*Un'osservazione su Dionisio d'Alicarnasso VI. 1. 2 e D. 1. 5. 24*", en *IURA*, IX, 1958, pp. 113 y ss.

SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual*, trad. castellano por Mesía y Poley, Madrid, 1.876.

SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. Italiana por Arangio-Ruiz, Firenze, 1946.

- *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Tejeiro, Barcelona, 1960.
- *Storia della giurisprudenza romana* (trad. italiana por Nocera de la versión inglesa *History of the Legal Roman Science*, Oxford, 1.953), Firenze, 1968.

SCIALOJA, *Diritto ereditario romano, Concetti fondamentali*, Roma, 1934.

SENN, "La notion d' "heres suus", en *Reviu Historique de Droit Français et Etranger*, XXXVI, 1958, pp. 59 y ss.

SERTORIO, *La prigiona di guerra e il diritto di postliminio*, Roma, 1971.

SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrech*, Berlín, 1928.

SÖHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionem des Römischen Rechts*, München, 1923.

SOLAZZI, "Dote e nascituro nella "missio in possessionem", en *RIL*, XLIX, 1916, pp. 132 y ss.

- "Condictio emancipationis", en *Arch. Giur.*, LXXXVI, 1921, pp. 68 y ss.
- "Manumissio ex mancipatione", en *Atheneum*, V, 1927, pp. 101 y ss.
- "Gaio e la legge Iunia Vellaea", en *Atheneum*, VIII, 1930, pp. 56 y ss.
- "Glosse a Gaio", en *SDHI*, VI, 1940, pp. 320 y ss. (= en *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, pp. 73 y ss. y en *Vol. per il centenario delle Pandette*, Pavia, 1942, pp. 295 y ss.).
- "Unum testamentum duarum hereditatum", en *LABEO*, I, 1955, pp. 190 y ss.
- "Tutele e curatele. V. "Curator ventris", en *Scritti di Diritto Romano*, II, 1913-1924, Napoli, 1957, pp. 67 y ss.
- "Vulgaris substitutio", en *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, pp. 253 y ss. (= en *SDHI*, XVI, 1950, pp. 1 y ss.).
- *La pendenza dei diritto nelle fonti romane*, en *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1972, pp. 430 y ss.

STEINWENTER, "Recensione a Roberti (Cristianesimo e Diritto Romano)", en *ZSS*, LVI, 1936, pp. 378 y ss.

STELLA MARANCA, "*Intorno al fr. 7, Dig. 1, 5. De statu hominum*", en *BIDR*, XLII, 1934, pp. 238 y ss.

STOLFI, "*I nascituri non concepiti*", en *Annali Macerata*, VI, 1930, pp. 109 y ss.

- "*La successione dei non concepiti*", en *Rivista di Diritto Civile.*, XVI, 1924, pp. 417 y ss.

TALAMANCA, "*Recensione a Voci*", en *IURA*, XII, 1961, pp. 352 y ss.

TELLEGEN, "*Oratores iurisprudentes and the "causa Curiana"*", en *RIDA*, XXX, 1983, pp. 293 y ss.

THOMAS, *Le "ventre" corps maternal, droit paternal in le genre humain*, en *Revue de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales*, XIV, 1986, pp. 215 y ss.

TORRENT, "*Miscelanea, I, Consortium ercto non cito*", en *ADHE*, XXXIV, 1964, pp. 479 y ss.

- "*Venditio hereditatis*". *La venta de la herencia en Derecho Romano*, Salamanca, 1966.
- "*La "adrogatio" en el sistema de las sucesiones universales "inter vivos"*", en *RIDA*, XIV, 1967, pp. 447 y ss.
- "*Interpretación de la "voluntas testatoris en la jurisprudencia republicana: la "causa Curiana"*", en *AHDE*, XXXIX, 1969, pp. 173 y ss.
- "*De conservando iure civile*": los antagonismos forenses en la "*causa Curiana*", en *SDHI*, XLVI, 1980, pp. 383 y ss.
- "*Suppositio partus-crimen falsi*", en *AHDE*, LII, 1982, pp. 223 y ss.
- "*Intervenciones de Adriano en el edicto "ordinatum" por Juliano. (En tema de bonorum possessio Carboniana)*", en *AHDE*, LIV, 1984, pp. 169 y ss.
- "*Sucesión testamentaria*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 49 y ss.

TURIEL, *De causa Curiana*, Salamanca, 1976.

- "*La sucesión intestada en Derecho Romano*", en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 63 y ss.

VACARO-DELOGU, *L'accrescimento nel diritto romano*, Milano, 1941.

VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976.

- *"In tema di "bonorum possessio contra tabulas"*, en *BIDR.*, LXXX, 1977, pp. 159 y ss.

VALENTI, *"La disolución del matrimonio romano: efectos jurídicos respecto a la identidad del "nasciturus"*, en *Estudios en homenaje al Prof. Hernández Tejero*, II, 1994, pp. 529 y ss.

VANZY, *"La sostituzione pupillare nella giurisprudenza classica"*, en *BIDR.*, XLVI, 1939, pp. 68 y ss.

- *"Note critiche ed esegetiche alla sostituzione pupillare"*, en *BIDR.*, XLVII-XLVIII, 1940, pp. 31 y ss.

VARELA, *"La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica"*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Álvarez Suárez*, Madrid, 1978.

VOCI, *"La sostutuzione pupillare nel diritto romano"*, en *Arch.Giur.*, CXLIX, 1955, pp. 23 y ss.

- *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale, successione ab intestato-successione testamentaria*, Milano, 1963.
- *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1996.
- *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967.
- *"Linee storiche del diritto ereditario romano, I. Dalle origini ai Severi"*, en *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, pp. 4 y ss.

VOLTERRA, *"Osservazioni sull'obbligo del lutto nell'editto pretorio"*, en *RISG*, LXX, 1933, pp. 171 y ss.

- *"L'efficacia delle costituzione imperiali emanate per le provincie e l'istituto dell'expositio"*, en *Studi Besta*, I, 1938.
- *"Ancora sul problema della famiglia romana"*, en *RISG*, VI, 1952-53, pp. 402 y ss.
- *"Sulla D. I, 5, 24"*, en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, Varsaviae-Vratislaviae*, 1956, pp. 541 y ss.
- *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961.
- *"La nozione dell'adoptio e dell'arrogatio secondo i giuristi romani del II e del III secolo d.C."*, en *BIDR.*, LXIX, 1966, pp. 109 y ss.
- *"L'acquisto della patria potestas alla morte del paterfamilias"*, en *LABEO*, XXI, 1.975, pp. 172 y ss.

WATSON, *The law of persons in the later roman Republic*, Oxford, 1967.

- *Rome of the XII Tables. Persons an Property*, Princenton-London, 1975.

WIEACKER, *"The "causa Curiana" and the Contemporary Jurisprudence"*, en *The Irish Jurist*, II, 1967, pp. 151 y ss.

- “La “*causa Curiana*” e gli orientamenti della giurisprudenza coeva”, en *Antología Romanística et Antiquaria*, I, Milano, 1968, pp. 111 y ss.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. italiano por Fadda y Bensa, I, Torino, 1925.

WOLFF, “*Die Pupilarsubstitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des “Heres”-Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*”, en *Studi Riccobono*, III, Palermo, 1936, pp. 467 y ss.

- “*The lex Cornelia de Captivis and The roman law of succession*”, en *BIDR*, XLVI, 1939, pp. 344 y ss.

INDICE DE FUENTES

XII TABLAS:

V, 4 22;31;36.

CORPUS IURIS CIVILIS:

INSTITUCIONES:

1, 12, 5	157,317.
1, 13, 4	111,216.
1, 15, 2	49,91.
1, 17	31,33.
2, 13, pr.	67,115.
2, 13, 2	131,268.
2, 13, 5	258.
2, 19, 4	97,194.
2, 20, 25	85,157; 88,167.
2, 20, 26	112,220.
2, 20, 27	267,541.
2, 20, 28	119,244.
3, 1, 2	27,24; 52,96; 53,97.
3, 1, 4	54,101.
3, 1, 7	54,102.
3, 1, 8	58,110.
3, 9, pr.	183,355; 218,422; 264,531; 267,540.
3, 9, 1	183,355.

DIGESTO:

1, 5, 7	47,26; 266,536; 266,538.
1, 5, 14	43, 69.
1, 5, 22	254, 506.
1, 5, 26	47,25; 266,536;266,538.
1, 21, 4, 1	200,290.
2, 12, 2	195; 209,408; 230.
3, 2, 5, 16	230.
3, 2, 5, 17	230.
3, 2, 15	201,391; 246,494.
3, 2, 18	246,494.
5, 1, 28, 5	172; 178; 180.
5, 4, 3	29; 172; 173; 174; 176,343; 177.
5, 4, 4	176; 179; 180..
7, 7, 1	37, 52.
11, 8, 2	47, 27.
12, 2, 3, 2	232,447..
12, 2, 3, 3	231; 232,447; 233; 234; 234,452; 245,490.
25, 3, 1, 6	244,486.
25, 3, 1, 11	244,486.
25, 4, 1, 1	21,8; 37,52; 43,68; 200,389; 247,398.
25, 4, 1, 2	242,476.
25, 4, 1, 10	247; 249; 250; 208,407; 248,500; 250,503.
25, 4, 1, 12	248.
25, 4, 1, 14	248.
25, 4, 1, 15	248,476.
25, 4, 2, pr.	242; 243; 243, 478; 245.
25, 4, 2, 1	245,488; 251,504.
25, 5, 1, 2	247,496.
25, 6, 1, pr.	201,391; 231; 234,452; 245,490.
25, 6, 1, 1	246,495.
25, 6, 1, 2	230; 245,490.
25, 6, 1, 4	246,495.
25, 6, 1, 6	201,391; 246,495.
25, 6, 1, 7	246,495.
25, 6, 1, 8	201,391.
25, 6, 1, 12	246,495.
26, 2, 5	21; 111; 218.
26, 2, 10, 2	139,284; 144.
26, 2, 16, 5	145.

26, 2, 19, 2	111,219.
26, 6, 1, pr.	233; 234.
26, 6, 2, pr.	106,208.
26, 7, 48	240.
26, 10, 3, 3	238,462; 241,472.
26, 10, 3, 11	238,462; 241,472.
28, 1, 12	81,146.
28, 2, 3, 2	132; 139,285; 142,292; 162,323; 263,528.
28, 2, 4	94,185; 268; 269;.
28, 2, 5	94,185; 269.
28, 2, 6, pr.	269.
28, 2, 7	132; 139,285; 142,292; 162,323; 263,528.
28, 2, 8	84,154; 132; 142,292; 162,323; 162,324; 164; 165;
165,330; 263,529.	
28, 2, 9, pr.	270.
28, 2, 9, 2	56; 81,145; 161; 165; 263,529.
28, 2, 9, 4	268.
28, 2, 10	137; 140; 140,288; 263,528.
28, 2, 11	24,18; 25,22.
28, 2, 12, pr.	43,68.
28, 2, 12, 1	43,69.
28, 2, 13, pr.	99; 100; 100,196; 101.
28, 2, 14, pr.	84,154; 167.
28, 2, 24	102; 103.
28, 2, 25, 1	97, 193; 119,244; 136, 276.
28, 2, 27	269; 94, 185.
28, 2, 29, pr.	114; 114,228; 115; 115,231; 116; 117; 119,245; 135,275.
28, 2, 29, 1	124; 149; 151,305; 263,527.
28, 2, 29, 2	125,126.
28, 2, 29, 3	97,193; 117; 126.
28, 2, 29, 4	126; 134,273; 164,328.
28, 2, 29, 5	150; 151; 151,305; 152; 263,529.
28, 2, 29, 6	157; 158; 263,529.
28, 2, 29, 7	97,193; 159,318; 159; 161; 263,529.
28, 2, 29, 10	72,122; 155,313.
28, 2, 29, 11	137; 139,282; 147,297; 263,528.
28, 2, 29, 12	138; 138,281; 139,283; 141; 142; 142,291; 143; 147;
	147,297; 263,528.
28, 2, 29, 13	129; 130; 150; 163; 164; 263,528; 263,529.
28, 2, 29, 14	130; 154; 156; 157; 158; 167; 263,529.
28, 2, 29, 15	147; 147,297; 263,529.
28, 2, 29, 16	153; 263,529.
28, 2, 30	67,115; 72,122; 263,526.

28, 2, 31	72,122; 81; 155,313.
28, 3, 1	72,122; 72,123; 84,154; .
28, 3, 3, 1	20; 135,274; 136; 139,282; 139,284; 263,528.
28, 3, 3, 6	163; 263,529.
28, 3, 4	133,271.
28, 3, 5	168,333; 169; 263,529.
28, 3, 6, pr.	46,80; 60; 92,177; 207,406.
28, 3, 6, 1	82,147; 155,315.
28, 3, 6, 3	163; 263,529.
28, 3, 8	77.
28, 3, 12	166,332.
28, 3, 13	127,261; 131,268; 150,303; 166,332.
28, 3, 15	97,193.
28, 3, 19, pr.	84,154.
28, 5, 37, pr.	121; 123; 135,275.
28, 5, 49, 1	97,94.
28, 6, 2, pr.	104,204; 105; 139,284.
28, 6, 2, 4	106; 106,208.
28, 6, 10, 1	107.
28, 6, 17 (15)	107.
28, 6, 26 (24)	107.
28, 6, 33 (31), 1	121; 122; 263,527.
28, 6, 43, pr.	106,207.
29, 2, 3	123,254.
29, 2, 30, 1	48; 61,113; 194; 195; 208.
29, 2, 30, 6	172,179.
29, 2, 39	49,92.
29, 2, 84 (83)	97,193.
29, 3, 9	200,390.
30, 15, 1	112,220.
30, 16, 2	112,220.
30, 17, 1	112,220.
30, 24, pr.	37,52.
30, 62	21,8.
30, 121	21,8; 212,412.
30, 126, 1	109,110.
31, 32, 6	199,195.
34, 5, 7 (8)	175,341; 179,346.
35, 2, 9, 1	37,52; 43,68.
36, 4, 5, pr.	198,386.
36, 4, 6	49,91.
37, 1, 9	212,411.
37, 4, 1, pr.	193,374.

37, 4, 1, 4	192,193.
37, 4, 1, 5	192; 203,396.
37, 4, 6, pr.	413.
37, 9, 1, pr.	37,52; 47,87; 188,370; 190; 192; 203,395.
37, 9, 1, 1	21,8; 208; 208,407.
37, 9, 1, 3	222.
37, 9, 1, 5	202; 222.
37, 9, 1, 6	166; 263,529.
37, 9, 1, 7	166; 221; 223,428.
37, 9, 1, 8	209; 203,396
37, 9, 1, 9	203,396; 203,397; 222.
37, 9, 1, 10	21,8; 271,547.
37, 9, 1, 11	189,372; 202; 213; 214; 264,530.
37, 9, 1, 12	188; 218; 218,423; 219; 264,530; 264,531.
37, 9, 1, 13	55,103; 214.
37, 9, 1, 14	224; 224,435; 225; 225,437; 226; 227,441; 228; 228,443; 234; 235; 235,454; 236; 243; 243,480.
37, 9, 1, 15	202; 204,399; 229,444; 229,445; 245,488.
37, 9, 1, 17	238; 238,462; 239,465; 239,466; 239,467.
37, 9, 1, 18	238; 238,464.
37, 9, 1, 19	240,468.
37, 9, 1, 20	241,473.
37, 9, 1, 21	240,469.
37, 9, 1, 22	241,471.
37, 9, 1, 23	238.
37, 9, 1, 24	239; 239,466.
37, 9, 1, 25	240.
37, 9, 1, 26	239,467.
37, 9, 1, 28	246,491.
37, 9, 3	245,491.
37, 9, 4	240,468.
37, 9, 5, pr.	240,468.
37, 9, 5, 1	240,470.
37, 9, 6	201,392; 218; 264,530; 264,531.
37, 9, 7, pr.	189,372; 205; 212,410; 213; 216; 217; 218.
37, 9, 7, 1	201,392; 225; 226; 227,442; 228; 229; 264,530.
37, 9, 7, 2	212,412.
37, 10, 1, pr.	227,439.
37, 10, 1, 11	228; 228,443.
37, 10, 3, 4	235,455.
37, 10, 3, 6	228,443; 233,451; 245,490.
37, 10, 5, 3	204,400; 229,445.
37, 10, 10	227,441; 232; 233; 233,450; 234; 245,490.

37, 11, 3	189,372; 207; 217,419; 264,530; 267,540; 271,547.
38, 1, 5	21,9.
38, 8, 1, 8	43,70; 46,80; 92,177; 203,396; 207; 215; 216.
38, 8, 1, 9	43,68.
38, 8, 1, 10	183,354.
38, 15, 2, 4	188; 189; 201,392; 264,530.
38, 16, 1, pr.	49,91.
38, 16, 1, 4	27,24; 52,96; 53,97; 81,146; 215,417.
38, 16, 1, 8	37,52; 55; 58; 58,109; 60.
38, 16, 2, 6	54; 60,112.
38, 16, 3, 9	29; 30,31; 38,55; 43,67; 46,80; 172; 174; 176.
38, 16, 3, 10	175; 176,343; 180,351.
38, 16, 3, 11	35; 35,47; 44,72.
38, 16, 6	29; 29,28; 46,80; 59; 92,177; 207,406.
38, 16, 7	29,28; 47,85; 59,111; 266,536.
38, 16, 11	214,416.
38, 17, 1, 5	43,67; 189,372; 191; 263,529; 264,530.
38, 17, 2, 7	203,396.
38, 17, 2, 11	89; 189,371; 201,392; 264,530.
39, 6, 12	201,391; 209,408.
40, 4, 13	21,8; 183,353; 201,392; 212,412; 264,530.
40, 7, 6	254,506.
41, 2, 3, 23	196; 197,380; 198,386.
42, 4, 12	197; 197,380; 198,386.
42, 5, 24, pr.	21,8.
43, 3, 1, 9	198,386.
43, 4, 1, pr.	232,448.
43, 4, 1, 2	196.
43, 4, 3, 2	201,392; 232,448; 264,530.
43, 4, 3, 3	224,433; 224,435; 225; 225,437; 226; 227,441; 228,443; 234; 243; 243,478; 243,480.
44, 2, 7, 3	37,52.
46, 3, 36	178,180.
49, 15, 12, 1	157,317.
49, 15, 19, pr.	155,314.
49, 15, 22, 2	157,317
50, 4, 1, 4	21,8; 241,472.
50, 16, 6, 1	30,331.
50, 16, 129	43,70.
50, 16, 164	21; 111,218.
50, 16, 195, 2	25,21; 26,23.
50, 16, 231	203,396; 266,536.
50, 17, 73, 1	110.

50, 17, 187 (147)	51,94.
50, 17, 201	97,194.

CODIGO:

4, 1, 6	232,447.
5, 27, 11	254,507.
6, 29, 2	43,70; 71,120.
6, 29, 3	43,68; 71,121; 79,139.
6, 30, 19	259; 262; 262,525.
6, 48, 1	90; 95,189; 264; 267.
6, 55, 3	30.
6, 55, 4	29.
9, 47, 4	254,506.

NOVELLAS:

118	254; 255; 256; 257; 258; 279; 287.

CONSTITUCIONES:

CXIV	255.

TEXTOS JURIDICOS NO JUSTINIANEOS:

GAYO, INSTITUTIONES:

I, 55	82,148.
I, 64	254,505.
I, 65	82,149.
I, 67	82, 150.
I, 80	83,151.
I, 89	27, 26; 37,54.
I, 97	76,131.
I, 129	156,317.
I, 132	80,141.
I, 135	41; 42,66.
I, 147	40, 60; 90,173; 91,176; 111; 111,217; 112,221; 266,536.
II, 141	42, 65; 79.
II, 143	83, 151; 127,262.

II, 144	72,124; 103,201.
II, 151	72,124.
II, 156	53; 27,2; 40,60.
II, 157	24, 18; 25, 22.
II, 203	37,52.
II, 238	85,157; 88; 89,170; 89,171.
II, 240	85,157.
II, 241	40; 40,59; 90; 112,220; 206,405; 217,420.
II, 287	89; 172; 266,538.
III, 1	25,19; 28.
III, 2	26; 27,24; 26; 28,27; 48,89.
III, 3	28,27.
III, 4	28,27; 37; 40,60.
III, 25	54,100; 183,355.
III, 26	54,101; 213,413.
III, 27	55,103.

ULPIANO, REGULAE, Tituli ex corpore Ulpiani:

X, 4	157,317.
XXII, 4	85,157; 89,169.
XXII, 14	.

PAULI SENTENTIAE:

II, 24	246,492.
III, 4 b, 9	135.
IV, 9, 3	43,69.
IV, 9, 4	43,69.
IV, 9, 6	43,70.

BASILICA:

XXXV, 8, 21	102,199.

COLLATIO LEGUM MOSAICORUM ET ROMANORUM:

XVI, 4, 1	22,11.
XVI, 4, 2	22,11.

FUENTES LITERARIAS:

AULO GELIO:

<i>Noctes Atticae</i> , II, 16, 2	19,3.
<i>Noctes Atticae</i> , III, 16, 12	32.
<i>Noctes Atticae</i> , III, 16, 13	91; 118,243; 135,274.
<i>Noctes Atticae</i> , III, 16, 23	35,47; 118,242.

CICERON:

<i>Brutus</i> , LII, 195	122,252.
<i>Brutus</i> , XXXIX, 144-145	122,252.
<i>De inventione</i> , II, 42, 122	108; 122, 252.
<i>De inventione</i> , II, 50, 148	22,11.
<i>De oratore</i> , I, 38, 175	67,115; 263,526.
<i>De oratore</i> , I, 39, 180	105,206; 122,252.
<i>De oratore</i> , I, 56, 238	122,252.
<i>De oratore</i> , I, 57, 241	67,115.
<i>De oratore</i> , I, 57, 242	84,154.
<i>De oratore</i> , II, 6, 24	122,252.
<i>De oratore</i> , II, 32, 141	105,206.
<i>De oratore</i> , II, 54, 220	108,211; 122,252.
<i>De oratore</i> , II, 55, 222	108,211; 122,252.
<i>In Verrem</i> II, 45, 177	183,353.
<i>Pro Caecina</i> , XIV, 67-69	122,252.
<i>Pro Caecina</i> , XVIII, 53	108,211; 122,252.
<i>Pro Cluentio</i> , XI, 12	112,252.
<i>Pro Cluentio</i> , XII, 33	109; 110.
<i>Topica</i> , X, 44	122,252.

FESTO:

<i>De verborum significatu</i> , 274	20,4; 20,5.
<i>De verborum significatu</i> , 448	20, 4; 135; 274.

ISIDORO DE SEVILLA:

<i>E libri originum s. etymologiarum</i> , IX, 55, 22	19,2; 235,274.

JUVENAL:

<i>Satirae</i> , VI, 600	249,502.
<i>Satirae</i> , IX, 85-90	249,502.

PLAUTO:

<i>Aulularia</i> , II, 1, 40	20,5.
<i>Bacch.</i> , I, 196	26,23.

PLINIO, el Viejo:*Naturalis Historia*, VII, 5, 38

44,71.

Naturalis Historia, VII, 40

35,47; 118,242.

QUINTILIANO:*De Institutione Oratoria*, I, 4, 25

20,4.

De Institutione Oratoria, VII, 5, 2

108,211; 122,252.

SERVIO:*In Vergilium, In Aeneidem*, VI, 763

19,3; 135,274.

In Vergilium. In Aeneidem, VI, 760-766

20,5.

VARRON:*E libri de lingua latina*, I, 9, 38, 61

19,4; 135,274.

(Nota: El primer número indica la página en la que se encuentra citada la fuente; el número que se encuentra detrás de la coma, indica la nota a pie de página).

