

«TUS SUCCESSIONIS»

HUGO HANISCH E.
Universidad de Chile

1. Se lee en las Instituciones de Justiniano 3.12, un texto que trata de la derogación de las sucesiones que se originaban por la *bonorum venditio* y por el senadoconsulto Claudiano. En su primer párrafo se hace referencia a esta forma de sucesión, que existió en otro tiempo junto con otras a título universal.

Llama la atención un tan extenso y descriptivo texto derogatorio y aún más los términos que en él se emplean para referirse a otras sucesiones universales que se dan como existentes en una época anterior:

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM
VENDITIONEM ET EX SENATUS CONSULTO CLAUDIANO

Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt et tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere et prout eis utile visum fuerit ea disponere, quod ex latioribus digestorum libris perfectius apparebit. Erat et ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatus consultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus.

Estas expresiones despiertan el interés por alcanzar una explicación del sentido que entrañan.

Se justifica la primera derogación con la referencia que se hace al Digesto, donde se explica ampliamente y la segunda proviene de una expresa eliminación por orden del emperador.

La exposición es clara en estos dos asuntos determinados y concretos, pero de lo expuesto en el preámbulo parece que se trata de los últimos vestigios de instituciones antiguas que abarcaron en otra época varias situaciones ya desaparecidas que, sin embargo, al parecer de los compiladores merecen una referencia por lo menos de carácter general.

El presente trabajo pretende buscar una explicación de este problema ¹.

2. El término sucesión es una expresión de carácter general que se aplica a alguien que ocupa el lugar de un antecesor, como acontece en los cargos de los magistrados, de los sacerdotes o de otras personas, al igual que en relación con las cosas, sean universales o singulares, lo que se da con mayor frecuencia en materias de derecho hereditario ².

Consideradas las expresiones del texto citado de las Instituciones, no se trata, en el caso, de este sentido general, sino de ciertas especies de sucesiones universales ya desaparecidas, lo cual lleva a la necesidad de determinar cuáles fueron, en qué época tuvieron vigencia, cual era su configuración jurídica y las causas por las cuales se engendraban ³.

Analizando las obras de los jurisconsultos se halla una expresión de uso limitado que se reitera en textos aislados: es el *Ius suc-*

¹ G. PUGLIESE, *Res corporales e incorporales en Studi Arancio Ruiz* 3 (Napoli s/a.), p. 248 y 253; en lugar del *ius successionis* mismo como derecho de ser o llegar a ser heredero, se conocía solamente la propiedad de los bienes hereditarios y entre éstos se enumeraban sólo cosas corporales: SANTI DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano 1954) p. 22. Es evidente que en esta época más antigua es inútil hablar del *ius successionis* porque aún no se conocía, a no ser, que se tratara de la titularidad encuadrada en el concepto del *mancipium* de los bienes que formaban parte del patrimonio del difunto. Ambos autores prescinden totalmente de las expresiones señaladas respecto de 3.12.

² G. BORTOLUCCI, *La hereditas como universitas e successione nella personalità giuridica del difunto*, en *BIRD*. 42 (1934), p. 151.

³ P. BONFANTE, *Corso de Diritto Romano, VI: Le successioni* (Milano 1974), p. 577; E. ALBERTARIO, *Actio de universitate e actio specialis in rem*, en *Studi IV* (Milano 1946), p. 65. Ambos autores sustentan que el concepto de *universitas* en relación con los bienes de la herencia es un concepto oriental que se debió a la influencia de las escuelas filosóficas y que nunca sería una idea originaria de los juristas clásicos.

cessionis, que por su enunciación difiere de las socorridas palabras *successio* y *succedere* de aplicación usual y general.

Los fragmentos en que se usa esta expresión son: Africano: D.50.16.208 (4 *quaest.*); Gayo: D.1.8.1.1. (*Inst.* 2), Gai. 2.14; Papiniano: D.31.77.29 (8 *resp.*), D.38.16.16. (12 *resp.*); Triphonino: D. 5.2.22.3. (17 *disp.*); Paulo: D.48.20.7. pr. (1. *sing.*); Ulpiano: D.9. 1.1.17. (18 *ed.*), D.28.5.3.3. (3 *Sab.*), D.41.2.33.4. (72 *ed.*); y Marciano: D.20.6.8.8. (1. *sing.*).

La corta enumeración que nos precisa los lugares en que el Digesto y los Comentarios de Gayo consignan el *ius successionis* revelan que es una expresión de uso poco frecuente, en relación al extendido empleo de *successio* y *succedere*.

3. La exégesis del texto Inst. 3.12 presenta una particular redacción de carácter general, pues habla en su epígrafe *de successio-nibus sublatis*, es decir, de las sucesiones derogadas, en que además de las que se señalan en el texto, se refiere a las que existieron en otro tiempo (olim) que califica de otras sucesiones universales. Esto revela un proceso histórico jurídico en que estuvieron vigentes otras sucesiones universales que ya han desaparecido, fuera de las que se derogan de un modo expreso en el citado cuerpo legislativo que se comenta. Al efecto se señala que una de ellas era la *bonorum venditio*, al emplear el término *qualis*, que indica que una de ellas era la que se enuncia. Es necesario determinar las que fueron en otro tiempo sucesiones *per universitatem* cuyos últimos vestigios se extinguen de acuerdo a las citadas disposiciones de Justiniano. Respecto de la *bonorum venditio* se señala que estaba en uso en la época del procedimiento ordinario y su aplicación desapareció con la introducción del procedimiento extraordinario.

En Inst. 3.12.1 se deroga otra forma de adquisición de bienes por universalidad que es la que proviene del senadoconsulto Claudio (52 p.C.) que sancionaba a la mujer que, enceguecida por el amor a un esclavo, perdía su libertad y consecuencialmente su patrimonio. Pero el texto indica un detalle digno de importancia y es que el senadoconsulto daba lugar a una adquisición y no como en el caso anterior a una *successio*. Esta terminología nos revela que se trata de dos casos jurídicamente distintos, pues mientras el *bonorum emptor* es *successor* del deudor cuyo patrimonio adquiere, en cambio el amo del esclavo adquiere los bienes de la mujer, pero no es sucesor. La diferencia proviene de que mientras el *bonorum emptor* ocupa la misma posición jurídica del deudor, cuyo patrimonio hace suyo, el amo del esclavo, por vía de pena contra

la mujer, adquiere los bienes de ésta, o bien la adquisición es el efecto de la potestad dominical que recae sobre la mujer, por la que se absorbe en provecho del amo el patrimonio de la esclava.

De lo expuesto se puede deducir que el único caso de los antiguos modos de suceder *per universitatem*, a que se refiere Justiniano es el de la *bonorum venditio*.

4. C. Ferrini⁴ en sus estudios sobre las Instituciones de Justiniano, refiriéndose a Inst. 3.12. expresa que este párrafo es obra de los compiladores. El texto no presenta dificultad, pues se trata de una referencia a las antiguas derogaciones y de las dos especiales que ahí se indican. En el preámbulo se hace una indicación a la derogación de la *bonorum venditio* que desapareció con la extinción de la aplicación del procedimiento ordinario y en el número primero y único se trata de una derogación emanada de las propias disposiciones del emperador. Sin embargo, del contexto del preámbulo resulta una referencia genérica a un sistema fenecido, cuyos aspectos ya ni siquiera menciona con una enumeración expresa, sino que los señala de una manera general, agregando que eran de otro tiempo.

El mismo Ferrini, comentando la llamada Paráfrasis griega de las Instituciones, atribuida a Teófilo, indica que en 3.12 pr. se dan varias noticias tomadas de Gayo acerca de la *bonorum venditio* que corresponden a los *Commentarii* 3.78.79 y 81⁵.

El motivo por el cual se redactó el título 3.12 debe haber sido para eliminar todo vestigio de sobrevivencia de los modos de suceder *per universitatem*. Con las disposiciones que reiteran la derogación de la *bonorum venditio* y del senadoconsulto Claudiano, en forma especial, y con la referencia derogatoria general de las sucesiones antiguas se borró todo el régimen pasado desarrollado en las instituciones antiguas y en los comentarios de Gayo.

5. Hay en las Instituciones de Justiniano otro antecedente, cuya consideración no puede omitirse, pues aparece como corolario de la derogación de las *successiones per universitatem* que manifiesta que el pensamiento de la nueva legislación era eliminarlas manteniéndolas sólo en relación con la sucesión por causa de muerte.

En efecto Inst. 2.2. es una copia de Gai. 2.12-14, con pocas variaciones como lo indica Ferrini⁶.

⁴ C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *Opere II* (Milán 1929), p. 385.

⁵ C. FERRINI, *I commentarii di Gaio e l'indice greco delle Istituzioni*, en *Opere I* (Milano 1929), p. 99.

⁶ C. FERRINI (nº 4), p. 291, 424 y esp. 360.

Hay sin embargo, una modificación que incide en nuestro tema. Gayo menciona en 2.14: *nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est*. Este texto fue modificado por los compiladores y reemplazado el *ius successionis* por *ius hereditatis* y al efecto en Inst. 2.2. se lee el mismo texto de Gayo con la alteración introducida manteniendo el mismo tenor general: *nam ipsum ius hereditatis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est*. O sea, si en el texto de Inst. 3.12 se dieron por eliminadas las *successiones per universitatem*, a excepción de las por causa de muerte, la alteración de 2.14 sólo viene a confirmar esta concepción de las constituciones de Justiniano. La modificación efectuada por los compiladores nos revela la relación que existía entre las *successiones per universitatem* y el *ius successionis* por lo que aparece consecuente la eliminación de todas ellas, y la reducción de este último a *ius hereditatis* 7.

6. En Inst. 3.10 aparece otro vestigio de la sucesión universal que se refiere a la adrogación, que expresamente trata de las sucesiones antiguas y señala que existen tres fuentes de *successio per universitatem* que son las Doce Tablas, el edicto del Pretor y la recepción por consenso cuyo origen textual consiste en una transcripción de Gayo 3.82. Las Instituciones de Justiniano tratando de la adrogación la consideran otro género de sucesión universal, agregando que los derechos emanados de ésta han sido coartados por la voluntad imperial, reconociéndole sólo los otorgados a la paternidad natural, conservando los hijos el patrimonio y correspondiendo al padre sólo el usufructo.

7. Otro caso de sucesión universal cuyo origen es el derecho imperial, aparece en Inst. 3.11 que se refiere a una constitución de Marco Aurelio sobre la adición de los bienes de una herencia que no ha sido aceptada por el heredero, lo que perjudica a los esclavos manumitidos por el testamento del causante y que indica que deben ser oídos si invocan derecho a pedir se les otorgue la *addictio* de los bienes por la causa de conservar la libertad. Este sistema fue modificado por una completa constitución de Justiniano contenida en CI.7.2.15.

8. Tal es el estado de la materia a la luz de las Instituciones de Justiniano, de las que aparece que el sistema de varios géneros de sucesiones universales existió en una época antigua cuyas fuentes

7 S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* (Napoli 1932), p. 8, nº 3. Sostiene este autor que la objeción de B. Biondi que la equivalencia entre *hereditas* y *ius successionis* no resulta de las fuentes es incomprensible.

fueron las Doce Tablas, el edicto del Pretor y la admisión por consenso a las que hay que agregar dos casos especiales de la época imperial, uno proveniente del senadoconsulto Claudiano y otro de una constitución de Marco Aurelio. Como se puede apreciar la sucesión universal, a través de la exposición de las Instituciones de Justiniano es un hecho innegable, aunque presente una vaguedad en cuanto a la forma como estaba concebida, pues las referencias son muy incompletas y adolecen de falta de precisión. Sin embargo, es un hecho que fuera de la sucesión hereditaria, única que subsiste en la legislación justiniana, existieron otras sucesiones universales, cuyas fuentes están precisadas por las referencias a Gayo, cuyo texto se transcribe, a las que hay que agregar los dos casos de sucesiones universales provenientes de las constituciones imperiales⁸.

⁸ Muchos autores modernos de Derecho Romano, precinden de los conceptos expuestos y sólo consideran el *ius successionis* como equivalente del *ius hereditatis* al modo introducido por los compiladores bizantinos, haciendo caso omiso de las expresiones indicadas en nuestra exposición de los textos de las Instituciones de Justiniano. P. Bonfanti sostiene que la equivalencia de *hereditas* con *ius successionis* no se deduce de las fuentes y Africano no podía en consecuencia definir la *bonorum possessio* como *ius successionis* (*Studi in onore V. Scialoja* p. 555) Fadda aplica conceptos modernos al problema y al efecto dice: El *ius successionis* o *succedendi* quiere decir que precede a la adquisición y que le sirve de título y considera la herencia como *universum ius defuncti*, como posición jurídica del difunto; la condición jurídica de heredero no es sino el efecto del *ius successionis*. (C. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* (Milano 1949) 1 p. 19 ss.) P. Voci afirma que el *ius successionis* no significa otra cosa que la titularidad de la herencia. No duda este autor en considerar el *ius successionis* como derecho subjetivo único del cual es titular el heredero (P. VOCI, *Diritto ereditario romano*² (Milano 1967) 1, p. 146 y 155). Albanese sostiene que en las fuentes se pueden encontrar muchos casos de aplicación del término *hereditas* con un valor propiamente sistemático, equivalente, como Gayo especifica, al significado del *ius successionis* para indicar la categoría jurídica de la sucesión hereditaria. (B. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 20 (1949), p. 354). G. Bortolucci dice que cuando Gayo habla del *ius successionis* no usa *ius* para significar la relación o las varias relaciones en que se sucede, sino simplemente como un modo diferente de expresar aquella cosa *quae iure consistit* que es la herencia como modo especial de referencia al traspaso de las cosas, derechos y relaciones (*successio*) (G. BORTOLUCCI, *La hereditas come universitas e successione nella personalità giuridica del defunto*, en *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano* 42 (1934), p. 154) R. Monier expone que en la época clásica se explicaba que los derechos y obligaciones del heredero, por la idea de que él sucedía al difunto, cuya situación jurídica él ocupaba, se veía en la herencia el *ius successionis*, el derecho de suceder al de *cujus*, tanto en lo que se refiere a las cosas de que era propietario, cuanto en respecto a sus acreedores y sus herederos. En el Bajo Imperio se explica la situación del heredero por el hecho de que él ha recibido una *universitas* que corresponde al conjunto de derechos y obligaciones del difunto. Es así como en lugar de insistir sobre el *ius successionis* del que hablaba Gayo (2.14, en los fragmentos de Autun del siglo V (61 62) se extienden en la noción de *universitas* (R. MONIER, *Manual elementaire de droit romain* (Paris 1944), 2, p. 451).

9. La derogación de las antiguas sucesiones universales presenta un panorama diferente en el Digesto, en que se siguió otro criterio que se puede apreciar ostensiblemente al no encontrarse referencias a ellas. El Digesto intenta adecuarse a su época; en cambio, las Instituciones, al mismo tiempo que exponen un desarrollo histórico para referirse al derecho vigente, suelen remitirse al Digesto y al Código como lo hacen en Inst. 3.12.

El Digesto no eliminó la expresión *ius successionis* que, aunque aparece en contados casos, está vinculado con la idea de la sucesión universal. Los compiladores del Digesto mantuvieron en los fragmentos jurisprudenciales el uso del citado giro, y no lo sustituyeron como en las Instituciones, pero su aplicación no resulta homogénea, sino que a veces se refiere a la sucesión *per universitatem* y en otras se usa para indicar el derecho hereditario. Su empleo poco frecuente se encuentra a veces en textos que han sido cercenados o interpolados para colocarlos en el nivel de las ideas que presiden las obras de Justiniano.

La búsqueda de la expresión *ius successionis* hay que hacerla, en consecuencia, en razón del uso verbal de ella y no como una referencia institucional a la sucesión universal.

Si se estudian los fragmentos en que se usa esta expresión en el Digesto se puede apreciar en ellos que revisten sentidos dife-

B. Biondi dice que la *universitas* no es una suma de cosas singulares, ya que en relación a la herencia se concibe como un *ius successionis*, tomado aquí *ius* en sentido objetivo, porque se entiende que la *hereditas* concebida como *universitas* no es otra cosa que *ius*, como se lo define perfectamente en los textos antes referidos como *ius* o *nomen iuris* (B. Biondi, *Universitas e successio*, en *Scritti giuridici* (Milano 1965), 3, p. 472). A. TORRENT estudiando la *Venditio Hereditatis* sostiene un alcance variado del *ius successionis* y así dice que el heredero legítimo tenía el citado *ius* dado por la ley y lo tenía sin más, incluso contra su voluntad y por ello podía cederlo antes de adir la herencia. Por el contrario, el *heres scriptus* antes de adir la herencia no tenía el *ius successionis* que le venía dado por la adición. Distingue entre *ius successionis* titularidad y ejercicio del *ius successionis*, la venta de la herencia era venta del ejercicio del *ius successionis*. Rechaza la idea de la venta del *ius successionis* que en el fondo nunca se dio en derecho romano. Niega que en la sucesión antigua existiera este *ius*, pues la sucesión recaía sobre bienes concretos que se objetivaban en los términos familia y pecunia, pero el heredero no era titular del *ius successionis*. (A. Torrente, *Venditio hereditatis* (Salamanca 1966), p. 76 s., 235 s.) Kaser dice que el objeto de la sucesión es la herencia y no se refiere de un modo puntual al *ius successionis* que sólo señala en nota. (M. Kaser, *RPR.I.*², p. 673). De las citas expuestas se aprecia que la tendencia se orienta en el sentido de considerar el *ius successionis* como derecho de herencia y aún como título del derecho de herencia, lo que es una manifestación del concepto bizantino incorporado en las instituciones de Justiniano en 1.2.2., prescindiendo de las expresiones que se contienen en Inst. 3. 10 y 3.12, que especifican las antiguas fuentes del *ius successionis* y las derogaciones de las antiguas sucesiones.

rentes, refiriéndose unos a la *successio per universitatem* y otros al derecho objetivo de herencia, es decir, al régimen legal que regula los sistemas hereditarios, lo cual nos lleva a separar en dos grupos los textos citados. El primero lo integran los de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Marciano y el segundo los de Africano, Gayo y Triphonino.

10. Analicemos los textos del primer grupo. El de Papiniano D.31.77.29 (8 *resp.*) se refiere a la *bonorum possessio*, pues manifiesta que por derecho de sucesión (*iure successionis*) pueden heredar dos personas en el mismo grado, lo que corresponde al sistema hereditario del pretor y señala que, en el caso de que se trata, se pueden aplicar la equidad y el edicto perpetuo; en cambio, el mismo autor en D.38.16.16 (12 *resp.*) señala que las disposiciones de las personas privadas no pueden alterar las leyes de la herencia que denomina *ius successionis*.

Paulo en D. 48.20.7. pr. (1. *sing.*) al referirse a las penas que privan a los padres de sus bienes, sostiene que ellas no puede llegar a despojar de todo recurso a los hijos dejándolos en la miseria, pues por una razón natural la ley los llama a la sucesión en los bienes de sus progenitores, de la que no pueden ser privados sino por actos imputables a los propios hijos, por lo que en caso de castigo a los padres, considera que deben concederse a los hijos algunos bienes de los que habrían recibido por derecho de sucesión (*iure successionis*) según pareciera, de acuerdo con la equidad, al emperador. Tal expresión involucra indudablemente el derecho de herencia a que por una razón natural están llamados en principio los hijos.

Ulpiano en D.9.11.17 (18 *ed.*), texto que está interpolado, se refiere a la acción *de pauperie*. La interpolación que abarca desde *item* hasta *sint*, envuelve la expresión *iure successionis* que se refiere al derecho hereditario objetivo, o sea el que rige según las leyes de la herencia.

El mismo autor en D.28.5.3.3 (3 *sab.*) trata de la alternativa en que se encuentra un esclavo cuya libertad se le otorga condicionalmente, de manera que cumplida la condición debe estimársele como heredero necesario, pero pendiente la condición, considerársele heredero voluntario, lo que da lugar a un cambio en el *ius successionis*, lo que no es otra cosa que el régimen hereditario a que está sometido en cada caso, pues en uno recibe la herencia como heredero necesario y en el otro como heredero voluntario.

Finalmente Marciano en D.20.6.8.8. (1. *sing.*) señala que si una persona adquiere un objeto, primero por compra y después por

herencia, debe entenderse que lo ha hecho suyo por el primer modo y no por derecho de herencia (*successionis iure*) y la expresión empleada dice relación con el derecho objetivo que regula el sistema de la sucesión hereditaria.

En consecuencia, en todos los casos analizados estamos en presencia de situaciones en que la expresión *ius successionis* representa la herencia, considerada como una norma objetiva, por lo que debe entenderse que es un término equivalente a derecho de herencia o a *ius hereditatis*.

En cambio los textos del segundo grupo correspondientes a Africano, Gayo y Triphonino representan una posición jurídica diferente, pues se refieren a situaciones relacionadas con las ideas jurisprudenciales ajustadas a la *successio per universitatem* de un alcance mucho más amplio que aparecen derogadas en las Instituciones de Justiniano y por las constituciones del Código del mismo emperador. Deben, por tanto, ser objeto de una análisis más detallado, siendo necesario reconstituir en ellos el verdadero pensamiento de sus autores, pues constituyen los vestigios del derecho anterior en que existía una variedad, ya desaparecida en la época de las compilaciones justinianas, de formas variadas de la *successio per universitatem*.

Para poder comprender y analizar exegéticamente estos fragmentos es necesario tomar en consideración las exposiciones del Gayo veronense, pues su texto se encuentra transcrito, a pesar de las alteraciones de los compiladores, en muchas partes del libro de las Instituciones y constituyen vestigios indubitables del sistema de las sucesiones universales antiguas eliminadas en las obras legislativas de Justiniano, labor que cumplieron en forma muy acuciosa los compiladores.

Sólo el estudio cuidadoso de los comentarios de Gayo es capaz de arrojar luz sobre las razones que tuvieron los compiladores Triboniano, Teófilo y Doroteo que se vieron sometidos a la necesidad de dejar constancia expresa de las derogaciones de las adquisiciones *per universitatem* por encontrarse ellas expuestas de un modo completo en la obra de los Comentarios de Gayo ampliamente difundida en el imperio, en la que se refería al *ius successionis* y a las variadas formas de adquisición *per universitatem*. De no ser tan conocido Gayo en el ambiente jurídico del imperio habrían sido superfluas las minuciosas referencias de los compiladores. Ellos quisieron dejar constancia de que las explicaciones de Gayo ya no estaban en uso, ni tenían validez, lo que sólo podía patentizarse a través de una clara y desarrollada exposición de su eliminación, uti-

lizando para ello la transcripción casi literal de sus textos en los que aparecía de manifiesto, empleando las interpolaciones para expresar las transformaciones experimentadas en la forma y el espíritu de sus explicaciones.

La gran relación que existe entre ambas Instituciones, las de Justiniano y las de Gayo, de lo que deja constancia el emperador, señala el camino para esclarecer y describir el contenido y la cauística de la *successio per universitatem* y el sentido original de la expresión *Ius successionis*.

11. La regla general de la existencia en el derecho romano de la *successio per universitatem* está contenida en Inst. 3.10. pr.

est et alterius generis per universitatem successio quae neque lege duodecim tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure, quod consensu receptum, est, introducta est.

En efecto, los términos del párrafo transcrito nos señalan que hay tres fuentes de introducción de esta forma de *successio* que son las Doce Tablas, el Edicto del Pretor y el consenso. La forma negativa en que son indicadas las dos primeras fuentes no constituyen una exclusión, pues la palabra *et* significa "también", con lo que la frase completa señala que la fuente del consenso actúa paralelamente a las dos anteriores que se expresan.

Este párrafo no es original de los compiladores, sino que es una transcripción de Gai. 3.82. El único cambio que se advierte es que las Instituciones desarrollan la redacción en singular, pues se refiere a la adrogación exclusivamente, mientras que Gayo de un modo más amplio usa el plural (*Sunt autem etiam alterius generis successionis*) siendo el resto igual en ambos textos. La razón de la diferencia es obvia, pues mientras Instituciones trata exclusivamente de la adrogación, Gayo se refiere a esta institución y a la *conventio in manum* por la *coemptio*.

La pluralidad de los casos de la *successio per universitatem* está confirmada en Inst. 3.12 en que se lee:

Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones.

agregando a continuación que una de ellas (*qualis*) era la *bonorum venditio*

Una tan clara referencia a los Comentarios de Gayo no puede ser desatendida y obliga a entrar en el análisis del citado autor.

Gayo señala de un modo explícito que las cosas pueden ser adquiridas por modos singulares, sea por actos entre vivos o a través de los legados y también por modos universales, que llama *per universitatem* y al efecto dice en 2.97:

Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res novis adquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.

En seguida Gayo enumera todos los casos en que actúa esta forma de adquisición: por la herencia, por la *bonorum possessio*, por la *bonorum emptio*, por la adrogación y por la *conventio in manum*.

Si relacionamos estos casos en los textos Inst. 3.10 con Gai 3. 82 podemos determinar cómo se ajustan con las fuentes allí señaladas. La herencia viene de las Doce Tablas; la *bonorum possessio* y la *bonorum emptio* del Edicto del Pretor y la adrogación y la *conventio in manum* del consenso.

Esta última fuente son los *mores maiorum* como se desprende al compararla con la expresión de Juliano D.1.3.32.1. que usa para referirse a la costumbre las palabras *tacito consensu*. El mismo giro se usa en Inst. 1.2.9: *Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*.

La fuerza inobjetable que plantea el razonamiento de Gayo hizo que los compiladores se vieran en la necesidad de establecer normas claras de derogación respecto de las reglas contenidas en Gayo, pues de omitirse una declaración de esta especie podría haberse las considerado vigentes, constituyendo un elemento de incertidumbre que podría dar lugar a dificultades de aplicación en los usos introducidos por las tendencias imperantes y un debilitamiento en la aplicación de las constituciones del emperador que habían modificado el sistema, derogando todas las formas de *successio per universitatem*, a excepción de las que se referían al sistema hereditario.

12. Determinados los casos en que se producía una adquisición de bienes en forma universal, es necesario establecer si los juriconsultos usaron un término complectivo de todas estas instituciones de manera que fueran reconocidas bajo una sola denominación. La situación de obedecer todos estos casos señalados o una forma universal de adquisición lleva a reconocer que el adquirente ocupaba

el lugar del antecesor, o sea *locum alterius capere*, que es la esencia de la sucesión, lo que no es otra cosa que la posición de sucesor que asumía el adquirente universal, de manera que pasaba a ocupar jurídicamente el lugar del antecesor. Esta situación obedecía a una posición de derecho que no es otra cosa que el *Ius successionis*. De esta concepción nace la idea de Gayo 2.97 de distinguir entre adquisiciones que se hacen de un modo singular de las que se hacen *per universitatem*, según el término que el mismo emplea.

Cuando Gayo trata en 2.14 de las cosas incorporales incluye dos especies de derechos universales, la *hereditas* y el *ius successionis*. Si se observa el desarrollo de la exposición de los modos de adquirir *per universitatem* desde Gai. 2.97 hasta 3.84 se advierte que se explican las materias en el mismo orden señalado en 2.95. En efecto la *hereditas* se extiende de 2.99 a 3.24, desde donde se inicia la *bonorum possessio* que alcanza hasta 3.77 en que se trata de la *bonorum venditio* para terminar en 3.82ss. con la *adrogatio* y la *conventio in manum*. De manera que el desarrollo de los temas se hace de un modo completo y siguiendo un programa al que se ciñe estrictamente. Cada uno de los géneros de sucesión *per universitatem* aparece según un orden presupuestado y con el detalle adecuado en cada una de las instituciones. Es de advertir el énfasis de Gayo en repetir en cada caso que se trata de una sucesión y que cada uno es un género de sucesión, siendo una consecuencia de ello que los bienes se adquieran por vía universal. Para Gayo el derecho es la *successio* y el modo de adquirir es *per universitatem*. Esto se confirma con la observación de Gai. 2.14. Las cosas incorporales consisten en derechos (*iure consistunt*) y más adelante agrega *nam ipsum ius successionis*, es incorporal. Distingue el *ius* mismo de las cosas o bienes materiales que se envuelven en él, lo que no obsta a su naturaleza incorpórea independiente. El *ius* se refiere a la *successio* de orden inmaterial, la adquisición de los bienes materiales es *per universitatem*, aunque en diversas formas según sean los géneros de sucesión. Esta exposición no ofrece ninguna dificultad en la explicación del Gayo veronense. Presenta el planteamiento, sin embargo, una ambigüedad dentro de la lógica del esquema. Cuando en 2.14 trata el tema en general, parece contraponer *hereditas* y *ius successionis*, pues los separa en dos ubicaciones distintas; mientras que al desarrollar los modos de adquirir *per universitatem*, insistiendo siempre que se trata de géneros de sucesión, incluye la herencia en el mismo plano que los demás casos. La duda, en consecuencia, surge al pretender determi-

nar dentro del concepto de Gayo si contrapone *hereditas* a *ius successionis* o si la *hereditas* es uno de los géneros del *ius successionis*. En la exposición de 2.14 están separados y como contrapuestos, mientras que en la enumeración de los modos de adquirir *per universitatem* en 2.98 se encuentran colocados todos los casos en un mismo plano y sin contraposición. No aparecen antecedentes precisos en la obra de Gayo para dar una explicación precisa a este problema.

13. Contemporáneo al texto de Gayo debe ser el fragmento que se conserva de Sexto Cecilio Africano que aparece en D.50.16.208 (4 *quaest.*) que dice:

Bonorum appellatio, sicut hereditates, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat.

Este trozo incluye elementos semejantes a los que de un modo extenso explica Gayo, pues señala unidas la sucesión y la universalidad de los bienes y también emplea de un modo paralelo la *hereditas* y el *ius successionis*. Es verdad que hay una diferencia entre ambos autores, pues Gayo usa la expresión *res* mientras Africano se refiere a *bona*. Pero esto no es una discrepancia pues Gayo usa en D. 1.8.1. pr. un giro que tiene el mismo sentido que indica que las *res* se encuentran *in bonis*, es decir en el patrimonio de alguien, lo que es igual a la expresión *bona*, que es el término romano para señalar el patrimonio⁹. Africano es claro al manifestar que cuando existe un *ius successionis* éste recae sobre una universalidad que él denomina *bona*. Al igual que Gayo, equipara el *ius successionis* y la *hereditas*, pero agrega un elemento de semejanza que expresa con la palabra *sicut*.

El fragmento de Africano ha sido objeto de comentarios entre los autores modernos.

Lenel¹⁰ afirma en su *Palingenesia* que *bonorum* es una expresión apocopada de *bonorum possessio* con lo que el texto se referiría a una comparación entre los efectos de la *bonorum possessio* y los de la *hereditas* en razón de que en ambas se presentaría la oposición de una universalidad en relación con las cosas

⁹ M. Kaser, *RPR*, n. 1^o, p. 319.

¹⁰ O. Lenel, *Palingenesia: Sextus Caelius Africanus*, 38 n. 1. En nota expresa en relación a *bonorum appellatio: ad bonorum possessionem videtur pertinere haec definitio*. Las expresiones de Africano no constituyen una definición, lo que por lo demás no se compadecería con la tradición clásica que no gustaba de las definiciones, pues las consideraba peligrosas. La opinión de Lenel no tendría cabida con la práctica de los jurisconsultos.

singulares que la integran. Esta concepción es justiniana y por lo tanto difiere de un modo total con el concepto existente en el siglo segundo en que escribieron Africano y Gayo, se aparta totalmente de las exposiciones derogatorias de las instituciones que se han expuesto, y se contrapone con la extensa explicación de los diferentes géneros de sucesión universal que explica de un modo tan minucioso aquel último autor.

La suposición de Lenel se contradice con la forma de redacción de D. 50.16 en general, ya que en este título aparece constantemente el sustantivo *apellatio* con genitivo para indicar el sentido de una expresión o vocablo¹¹. En tal circunstancia el término *bonorum* no es un resabio de *bonorum possessio*, sino que es el genitivo plural de *bona* regido por *apellatio* y usado para indicar el sentido que debe darse a esta expresión, que no es otro que una universalidad, es decir el patrimonio, del mismo modo que lo emplea Gayo cuando en 2.9 dice que las cosas se pueden encontrar *in bonis* o sea en el patrimonio de alguien. El mismo sentido le da Ulpiano en D. 37.1.3 (39 *ed.*) describiendo las cosas singulares que pueden encontrarse en los llamados bienes (*bona*) idea que reitera en D. 50.16.49 (59 *ed.*).

R. Monier¹² señala que las palabras *universitatem quandam ac*, estarían interpoladas y para ello se apoya en la creencia de que el uso del término *universitas*, en relación con la herencia, se remontaría al siglo tercero, en que Vopisius habría precisado el lazo estrecho que existe entre todos los elementos que integran la herencia.

Se oponen a esta opinión Micolier¹³ y Bortolucci¹⁴.

¹¹ La opinión de Lenel de que *bonorum appellatio* se estaría refiriendo a *bonorum possessio* no está concorde con la forma de la redacción y al sentido con que se reitera en D. 50.16 que emplea esta construcción de un modo permanente para indicar el sentido de las palabras, para lo que basta enumerar alguno casos: *Urbiſ appellatio* 50.16.2; *nominiſ appellatio* 50.16.4; *rei appellatio* 50.16.5; *nominiſ et rei appellatio* 50.16.6; *mulieriſ appellatio* 50.16.13; *rei appellatio* 50.16.23; *armorum, appellatio* 50.16.41; *bonorum appellatio* 50.16.4; *nuruſ appellatio* 50.16.50; *apellatio parentiſ* 50.16.51; *satiſdationiſ appellatio* 50.16.61; *herediſ appellatio* 50.16.65; *merciſ appellatio* 50.16.66; *Filiſ appellatio* 50.16.84; *meorum et tuorum appellatio* 50.16.91; *moventium item mobiliuſ appellatio* 50.16.93; *hereditatiſ appellatio* 50.16.119; etc. Esta forma de redacción está utilizada para designar la palabra cuyo sentido se trata de explicar y por tanto *bonorum appellatio* significa que bajo la denominación de bienes se entiende una universalidad semejante a la herencia y no las cosas singulares que la integran.

¹² R. MONIER, *Manuel Elementaire de Droit Romain* (Paris 1944) 2, p. 451.

¹³ MICOLIER, *Pécule et capacité patrimonial* (Paris 1932), p. 88 s.

¹⁴ G. BORTOLUCCI, *Atti del Congresso di Roma* (1933) 1, p. 431. *Bulletino di diritto romano* 43 (1935), p. 128-138.

La idea de Monier de retrasar tanto la universalidad del derecho hereditario se contradice con las opiniones contenidas en el Digesto, de autores indiscutidos, como Juliano D. 50.17.62 (6 *dig.*) y Gayo D. 50.16.24 (6 *ad ed. prov.*) quienes en el siglo segundo ya consideraban la herencia como una sucesión universal. Las citas invocadas por Monier usan términos mucho menos precisos que los de los autores señalados pues en ellas se lee: *nominis et bonorum totius iuris*¹⁵ y *aeris alieni quod ex hereditaria causa venit... totius iuris successoris unus est*¹⁶.

Si bien Monier¹⁷ señala que la adquisición de los bienes, según los romanos, era por modos singulares, como de una manera explícita lo señala Gayo, sin embargo, olvida considerar la extensa exposición que hace este autor sobre los modos de adquirir per universitatem entre los que ubica la herencia, con lo que omite considerar este grave y decisivo argumento.

Considerando que no son concluyentes las indicaciones que hacen respecto del texto de Africano los autores modernos citados, debemos deducir que se refiere al *ius successionis* como expresión de una posición justa¹⁸ que consiste en el derecho a suceder en relación a una universalidad, de una manera semejante a lo que se produce en la herencia, todo lo cual coincide con la exposición más extensa que hace Gayo respecto de esta misma situación.

14. Otro texto que hace referencia al *ius successionis* en el Digesto es el de Triphonino D. 5.2.22.3 (17 *disp.*) que se refiere al caso de una persona que adroga a otra que había iniciado un juicio de *inofficioso testamento* contra la disposición de última voluntad que instituyó un legado en favor del adrogante, que, en calidad de sucesor, se vio en la necesidad de proseguir el juicio a nombre del adrogado, pleito que desgraciadamente se pierde. Con ello se plantea el problema de determinar si debe ser privado el adrogante del derecho al legado por indignidad en favor del fisco de acuerdo con D. 34.9.5 que prohíbe impugnar el testamento como inoficioso por quien recibió un legado, prescribiendo la sanción señalada. La respuesta del jurisconsulto es que no lo pierde,

¹⁵ R. MONIER (n. 12), p. 451 n. 1.

¹⁶ R. MONIER (n. 12), p. 451 n. 1.

¹⁷ R. MONIER (n. 12), p. 451.

¹⁸ A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*, en *Studi in memoria de E. Albertario* (Milano 1953) 2, p. 279 ss. DPR. (Pamplona 1973), p. 21. n. 1. A. GUZMÁN BRITO, *Para el estudio del derecho subjetivo*, en *Anuario de Derecho Administrativo* 1 (1975-1976), p. 61, nota 20, extenso estudio con bibliografía, M. KASER, *Das Altrömische ius* (Göttingen 1949).

en razón de que no actuó por sí mismo, sino como sucesor del adrogado (*sed iure cuiusdam successionis egi*).

La explicación jurídica de Triphonino presenta características que son dignas de analizar. El sucesor por la adrogación ocupa el lugar jurídico del adrogado, ya que sobre él adquiere la patria potestad, que es por sí misma absorbente y por lo tanto, se confunden los bienes del adrogado con los del adrogante con lo que se forma una sola unidad. Como consecuencia el patrimonio del adrogante se fusiona con el del adrogado dentro del cual se encuentran las acciones como expresamente se indica en D. 50.16.49 y 50.16.143. Como no existe en este caso ningún beneficio como los instituidos en favor de los herederos necesarios, la adrogación produjo de pleno derecho la unión de ambos patrimonios, con lo que se constituyó una unidad inseparable, pues la capacidad jurídica del adrogado se extinguió al entrar bajo la patria potestad del adrogante que absorbió su patrimonio. Sin embargo, Triphonino mantiene una separación entre ambos para los efectos de establecer la aplicabilidad de la pena de indignidad. La razón debe encontrarse en la circunstancia de que la acción había sido iniciada con anterioridad a la adrogación por lo que no procede aplicar la sanción por la infracción de la constitución del divino Pío, pues ésta sólo corresponde contra el legatario que inicia la acción *de inoficioso testamento*, lo que no sucedió en el caso del adrogante que sólo prosiguió una acción que se encontraba en trámite en el patrimonio del adrogado.

En relación con la materia de nuestro estudio Triphonino reconoce que el adrogante es sucesor del adrogado con las palabras *sed iure cuiusdam successionis egi*, o sea que ciñéndonos estrictamente al caso, se prosiguió la acción en razón de la sucesión que tenía de otro. Esto quiere decir que en la época del autor citado la adrogación era considerada como una *successio per universitatem* y que el adrogante ocupaba el lugar jurídico del adrogado.

15. Establecida la existencia en el derecho anterior a Justiniano de un *ius successionis* que abarcaba una variedad de instituciones que excedían del solo caso de la herencia, es necesario determinar la situación jurídica de él y los caracteres comunes que aparecen en todos los casos que configuran una situación unitaria de derecho, al extremo de recibir una denominación general en el lenguaje de los jurisconsultos.

La estructuración del *ius successionis* nos lleva al estudio de la forma en que lo concibieron los jurisconsultos, pues no es el producto de una sistemática, sino de una problemática que se presen-

taba en relación con el traspaso de los bienes de personas que por fallecimiento, o por una pérdida de la capacidad jurídica sobreviviente en el sujeto, hacía que se extinguiera su calidad de titular de su propio patrimonio, en un solo instante, lo que, consecuentemente, producía la necesidad de la designación de un sucesor que pasaba a ocupar la calidad de nuevo titular. Las cuestiones que debemos resolver son las de establecer qué situación de derecho se producía cuando alguien, por muerte o término de la capacidad jurídica, dejaba de ser titular de su *bona* o patrimonio; qué acaecía con los bienes que le pertenecían, cómo se determinaba el sucesor, si los bienes del antecesor los adquiría singularmente uno a uno o si entraba en la totalidad de ellos por adquisición universal.

La solución lleva a un juego de diversas nociones que no se conjugaban entre sí dentro de una sistemática general en razón de un solo principio, sino que por la concurrencia de varias nociones casuísticas, no tangibles, sino inmateriales percibidas por la inteligencia.

Cuando cesa el titular en un solo instante en su aptitud como sujeto de derecho, cualquiera que sea la causa, alguien debe entrar a ocupar su lugar, adquiriendo una posición justa como sucesor, naciendo un *ius* del que es titular, en razón del cual entra a ocupar el lugar del antecesor, con lo que adquiere en un instante en forma universal todo el patrimonio del antecesor. En razón de esta justa posición tiene un *ius incorporal* (Gai. 2.14) que es el *ius successionis* diferente de los derechos que sobre los bienes singulares que forman el patrimonio tenía el titular anterior.

La configuración y solución que se dan en cada uno de los casos en que se plantean son diferentes, pues el sucesor no adquiere una posición justa igual en cada una de las varias situaciones, sino que la solución se subordina a la forma de cada uno de los casos de extinción de la titularidad y a la condición, determinada según las fuentes jurídicas, que se atribuye al sucesor.

El jurisconsulto no puede, en consecuencia, adoptar una sistemática, un régimen de deducciones, sino parangonar situaciones circunstancialmente parecidas aunque intrínsecamente diferentes. De aquí que el *ius successionis* signifique una adquisición *per universitatem*, aunque el contenido sea diferente en cada caso, lo que hace que las soluciones jurídicas sean casuísticas y no la consecuencia de un principio general informante, o una relación de género a especie, sino sólo a ordenaciones provenientes de cierta seme-

janza de las nociones que se presentan en los diversos casos que son entre sí diferenciados y con alcances jurídicos varios.

El *ius successionis* no es subjetivo sino objetivo y depende de los elementos que las fuentes de este *ius* determinan, según su configuración jurídica para cada caso. De aquí que se tome un modelo típicamente conformado como la *hereditas* que las fuentes jurídicas definen y reglamentan de un modo detallado y completo. En cambio el *ius successionis* nunca es definido por los autores, sino que envuelve nociones que percibe la inteligencia a través de los elementos semejantes que aparecen configurados en los varios casos que, por lo demás, no son susceptibles de una generalización o de una sistematización.

El *ius successionis* aparece como una creación jurisprudencial, lo que lo diferencia de la *hereditas* que tiene su origen en las Doce Tablas. Mientras la *hereditas* forma una unidad conceptual y reglamentaria jurídicamente organizada, el *ius successionis* envuelve casos disímiles como la *bonorum possessio* y la *bonorum venditio* originadas en el edicto, no constituyendo derechos específicos sino situaciones amparadas por los poderes de los pretores y la posición de los sucesores no lo es por derecho quiritarario, sino sólo por una inclusión de los bienes en el patrimonio del sucesor que se designa por decreto del pretor; constituyen una situación posesoria amparada en espera de una transformación a *ius* por la vía de la usucapión. Los casos de la *adrogatio* y de la *conventio in manum* presentan un elemento común diferente de los casos anteriores pues en ambos termina la titularidad por la *capitis deminutio* y el nacimiento legal de una *potestas* que en el primer caso es la *patria potestas* y en segundo la *manus* y la sucesión se produce por el poder absorbente de estas potestades jurídicas, según ordenaciones que les son propias. La defensa de las posiciones jurídicas, en todos estos casos, no proviene de acciones específicas sino que su amparo se configura a través de acciones ficticias emanadas de la jurisdicción del pretor.

Los elementos unitarios de la *adrogatio* y de la *conventio in manum* no provienen ni de la ley ni de la jurisdicción del pretor sino del consenso de los *mores maiorum* como lo afirma Gayo 3.82.

En resumen los elementos que configuran estos casos son dispares, pero presentan semejanzas de ciertos factores como son la cesación de la titularidad por causas diferentes, la adquisición *per universitatem*, o la configuración de *quandam universitatem*, la existencia de un *successor* designado por fuentes jurídicas disímiles que generan una posición justa, pero con estructura y efectos jurídicos.

dicos variables. Estas nociones comunes llevan a la jurisprudencia a la configuración de un *ius successionis* de carácter incorporal *quae iure consistit*, o sea que nace en razón del derecho y que se asemeja a la estructura de la hereditas (*sicut hereditatem*).

La *hereditas* y el *ius successionis* en la época clásica no tienen relación de género y especie, sino sólo una función de analogía entre ellas. Ello produce que el *ius successionis*, como lo dice Africano es *sicut hereditas*, o sea presenta semejanza con la herencia, por lo que no hay una contraposición entre ambas, sino una cierta relación de paralelismo que las sitúa en un mismo plano como lo destaca Gayo en 2.14 y después en la enumeración de los modos de adquirir *per universitatem* en 2.98.

La conformación del *ius successionis* resulta de una deducción dialéctica según la forma que la concebía Cicerón en sus Topica 1.1.2: *disciplina inveniendorum argumentorum* por el que, estudiando las situaciones externas, se extraen efectos o consecuencias que hacen semejantes diversos casos o situaciones jurídicas. Es una aplicación de lo que explica Viehweg¹⁹: "El rango preeminente del problema produce la consecuencia de que los conceptos y las proposiciones que se van desarrollando no pueden ser sometidos a una sistematización".

Esto estaría de acuerdo con las observaciones de La Pira²⁰ de que el sistema de las instituciones gyanas se acomoda al sistema que Cicerón había descrito en varios lugares de sus obras.

Todos los casos jurídicos que se consideran ligados al *ius successionis* se asemejan a la *hereditas* en que dan lugar a una sucesión, que son modos de adquirir universales, que configuran un derecho incorporal, sin que importen las cosas singulares que puedan existir en el haber del antecesor. Este *ius* no es igual a la *hereditas*, aunque sus efectos se le parezcan, pues sus causas son distintas y casuísticamente configuradas y por lo tanto no reducibles al sistema hereditario.

De lo expuesto se puede concluir que en la época clásica el *ius successionis* se diferenciaba de la *hereditas* a la que se le comparaba por semejanza. El referido *ius* era una noción que abarcaba varias instituciones ligadas entre sí, no de un modo intrínseco o por relación de género a especie, sino por similitudes casuísticas externas o consecuenciales, no sistematizables, pero que presenta-

¹⁹ Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (Trad. Luis Díez-Picazo, Madrid 1964), p. 74.

²⁰ C. LA PIRA, *La genesi del sistema nella Giurisprudenza romana. L'arte sistematrice*, en *BIDR* 42 (1942), p. 336 ss.

ban ciertos rasgos comunes que permitieron incluirlas en una noción común.

16. Conviene fijar ciertas precisiones entre los términos que usan Africano en su texto aislado y Gayo veronense en diversos lugares de los comentarios.

Ambos coinciden en expresar un paralelo entre *hereditas* y *ius successionis* aunque usando redacciones diferentes. Africano usa la palabra *Bona*, la que también emplea Gayo aunque en un sentido diferente, pues se refiere a que las cosas se encuentran *in bonis* (Gai. 2.9). Para el primero la palabra *bonis* significa el conjunto de bienes, o sea el patrimonio, mientras que el segundo indica las cosas que están entre los bienes, es decir, dentro del patrimonio. Ambos coinciden en que no se considera el hecho de que el patrimonio contenga cosas singulares, *et non singulas res demonstrat* dice Africano, mientras Gayo afirma *nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur*. Para Africano existe cierta universalidad, *universitatem quandam*; en cambio Gayo expresa la misma noción fijándose en los modos de adquirir, *quibus modis per universitatem res nobis adquirantur*, por lo que en ambos el factor de una universalidad aparece claro e indiscutible. Finalmente ambos tratan de la *successio*, Africano en forma de *ius successionis*, en tanto que Gayo usa el mismo término en una ocasión 2.14 y más adelante en 3.82 se refiere a *alterius generis successionis* y en 3.77 en modo muy breve señala *de ea successione*. Como consideración general ambos destacan en forma paralela la *hereditas* y el *ius successionis*; Africano en una redacción breve: *sicut hereditates, universitatem quandam ac ius successionis*; Gayo en cambio en dos párrafos paralelos usa las mismas palabras encabezando uno con la voz *hereditas* y el otro con *ius successionis*. Hay, sin embargo, una diferencia de importancia, ya que mientras Gayo en 2.14 señala que tanto la *hereditas* y el *ius successionis* son incorpóreas explicando el origen de esta calificación en la creación puramente jurídica de ambas (*quae iure consistunt*), Africano no trata este punto en el fragmento.

Se puede decir, en suma, que Gayo es más explicativo, pero no hay lugar a dudas de la semejanza con que los dos abordan la materia y los términos similares que emplean, de manera que no puede eludirse el reconocer que ambos tratan de un mismo tema y sus expresiones reflejan un mismo enfoque y una solución semejante del asunto.

No presentan una definición o concepto general de lo que es el *ius successionis*; sin embargo, Gayo enumera los casos cuidadosa-

mente en 2.98 y en 3.82 señala las fuentes de donde emanan los casos de los diferentes géneros de sucesiones. Esto, sin embargo, no le impide que cuando trata la herencia en D.50.17.24 (6 ed. prov.) incluya una definición de esta institución con gran exactitud.

Resulta en definitiva establecido que ambos autores se limitan a consignar nociones que señalan semejanza o analogía entre ambas instituciones.

17. Las causas de esta analogía o semejanza deben ser determinadas en el campo jurídico, para lo cual hay que precisar cuándo se origina el *ius successionis*, lo que presenta un especial interés, pues se debe considerar como una creación jurisprudencial de elementos conceptuales, ya que no hay una norma única general que lo establezca y Gayo es muy explícito en señalar que todos los casos constituyen géneros diversos de sucesión de lo que nacen formas diversas de adquirir *per universitatem*. Si sus causas son dispares como las Doce Tablas, el Edicto del Pretor o el consenso emanado de los *mores maiorum*, es necesario determinar el factor que da origen al *ius incorporale*, sea que se considere la herencia, o los demás casos indicados en la enumeración de Gayo.

La circunstancia que produce el *ius hereditatis* es la muerte del causante. En el instante del fallecimiento nace un *ius incorporale* por creación del derecho que se establece para mantener la unidad del patrimonio en ausencia del titular desaparecido, como lo señala Ulpiano en D. 41.1.34 (4 de cens.). Este *ius* regula de inmediato la sucesión, señala las normas que determinan al sucesor y dispone que los bienes o el patrimonio del difunto se adquieren universalmente. Este derecho, que puede ser objeto de cesiones (Gai. 2.34-37 y 3. 85-87), es incorporal y proviene de una creación jurídica (Gai. 2.14).

Los demás casos de sucesiones (*ius successionis*) nacen por analogía con la herencia (*sicut hereditates*) y las circunstancias son variadas. Ello significa que en la concepción jurisprudencial los demás casos de sucesión universal se configuran por semejanza, pues no se presenta una situación única del origen del *ius* y sus efectos varían en relación a la fuente de donde emanan, a las consecuencias relacionadas con la designación del sucesor y a las características que su posición jurídica inviste.

En la *bonorum possessio* el origen es la petición hecha al pretor (*sive cuius bonorum possessionem petierimus* Gai. 2.98) para que otorgue la universalidad de los bienes del difunto y el llamado del pretor a la herencia (*quos autem praetor vocat ad hereditatem*. Gai 3.32) y la ubicación en calidad de heredero (*loco heredum*

constituuntur Gai. 3.32). Su posición es limitada, pues requiere que el pretor le otorgue acciones ficticias para que pueda actuar en juicio.

La circunstancia que determina el nacimiento del *ius* es la muerte del causante seguida de la petición y el llamamiento del pretor que determina al sucesor. Hay una evidente analogía con la *hereditas*, pero el llamamiento del pretor no crea un heredero, sino que sólo señala un sucesor como si fuera heredero, y por la vía de la ficción le otorga acciones en esta calidad.

La circunstancia que determina el *ius* en la *bonorum venditio* es el decreto del pretor que ordena proscribir los bienes y el sucesor nace por la *addictio* del patrimonio en favor de quien hace la mejor oferta que se transforma *iure praetorio* en sucesor del deudor fallido. El *bonorum emptor* no se hace sucesor de pleno derecho, sino que entra en los bienes y es un adquirente sólo bonitario, al cual el pretor también concede acciones ficticias para que pueda accionar como si fuera el propio fallido. El acto de la *bonorum venditio* incapacita al deudor para actuar en su patrimonio y habilita en su lugar al sucesor que adquiere dicho patrimonio *per universitatem*. Hay una manifiesta analogía con la *hereditas*, por cuanto el titular fallido cesa en sus derechos sobre su patrimonio y se procede a la designación de un sucesor que lo adquiere universalmente y ocupa jurídicamente su lugar.

En la *adrogatio* y en la *conventio in manum* se produce una incapacidad sobreviniente por la *capitis deminutio* que sufren el adrogado y la mujer que contrae justa nupcia por efecto de la patria potestad que adquiere el adrogante y el poder de la *manus* del marido sobre la mujer. Estas potestades nacen en virtud de los actos jurídicos *adrogatio* y *conventio in manum*. Como consecuencia, son incapaces de ser titulares de sus patrimonios en los que entran en calidad de sucesores el adrogante y el marido, con la sola excepción de aquellos derechos que se extinguen por la *capitis deminutio*. Hay también analogía con el caso de la *hereditas*, pues desaparece la titularidad proveniente de la capacidad jurídica extinguida y la adquisición de la patria potestad y de la *manus* determinan al sucesor en el derecho al patrimonio que lo adquieren *per universitatem*.

De los análisis de las situaciones señaladas aparece que por vía de analogía se puede considerar la situación proveniente de la incapacidad sobreviniente como una extinción de la personalidad a semejanza del caso del que fallece, y la situación de asignarse el patrimonio a un sucesor, es análogo al llamamiento que hace

la ley o el testamento a la persona del heredero, produciéndose en éste y en los demás casos la adquisición *per universitatem*.

Con razón los juristas consideraron equiparables la *hereditas* y el *ius successionis* por las semejanzas existentes entre la muerte y la extinción de la capacidad jurídica respecto a la titularidad del patrimonio, por la existencia de un sistema predefinido para la designación del sucesor y por la adquisición de toda la masa patrimonial por universalidad.

18. El texto de las Instituciones 3.12 pr. señala que los casos del *ius successionis* que incluían las *successiones per universitatem* eran instituciones que se aplicaban en otro tiempo pasado, por lo que es de interés establecer la épocas y formas de su fenecimiento, excepción hecha de la *hereditas* y la *bonorum possessio* que subsistieron en el régimen establecido en las Instituciones y en el Digesto dictados por Justiniano.

La primera figura que desaparece es la *conventio in manum*, según lo atestigua el propio Gayo, quien deja constancia que ya en su tiempo la *coemptio*, aun la fiduciaria, ya no tenía aplicación. En Gai. 1.110 se dice expresamente que en otro tiempo se efectuaba la *conventio in manum* por tres modos, por el uso, la *confarreatio* y la *coemptio*, destacando que en su época sólo tenía aplicación limitada la *confarreatio*, en relación con los cargos sacerdotales, Gai. 1.112. El uso había desaparecido, parte por disposición de las leyes y parte por la absolescencia, Gai. 1.111; la *coemptio matrimonii causa* pierde su vigencia por la costumbre de los matrimonios *sine manu*; la *coemptio fiduciae causa* servía para cambiar los tutores cuando la mujer deseaba la designación de otro diferente al que estaba en ejercicio, y la *coemptio fiduciaria testamenti faciendi gratia* fue derogada por un senadoconsulto de Adriano Gai. 1.115-115 a. Todos estos sistemas desaparecieron por los cambios de las costumbres en el transcurso del alto imperio.

La extinción de la sucesión universal de la *bonorum venditio* desapareció según lo indican Instituciones junto con el uso de los juicios ordinarios y con la generalización del procedimiento extraordinario. Esta afirmación tan general está rectificadas en el propio texto de las Instituciones cuando se agrega que la explicación aparece más extensa en el libro del Digesto. En efecto, en él se encuentra una expresa disposición de Antonino Pío que cambió el sistema de liquidación de los bienes de los deudores en que se dan instrucciones a los jueces y presidentes de provincias de la manera como deberán liquidarse los bienes de los deudores para pagar a

los acreedores, según lo recuerda el texto de Ulpiano D. 42.1.15 (3 of. cons.).

Justiniano derogó la *deminutio capitis* que afectaba a los adrogados y la calidad de sucesores que correspondía a los padres adrogantes, disponiendo que los hijos conservaran íntegramente su patrimonio otorgando a los adrogantes sólo el usufructo de la misma manera que lo tenía los padres naturales. Inst. 3.10.1., 2.; CI. 3. 33. 16. CI. 6.61.6. Con las nuevas disposiciones del emperador bizantino se extinguió la sucesión universal proveniente de la adrogación.

Estas fueron las circunstancias como se extinguieron las formas de sucesión universal que nacían por la *conventio in manum*, la *bonorum venditio* y la *adrogatio*. Las formas nacidas del senadoconsulto Claudiano y de la constitución de Marco Aurelio también fueron modificadas. La primera desapareció por considerarla el emperador Justiniano indigna de su tiempo como lo indica en Inst. 3.12.1 y en C.I. 7.42.1. y la segunda fue íntegramente reglamentada por la constitución C.I. 7.2.15, a la que se hace referencia en Inst. 3.11.7. que estableció las diferentes relaciones entre las manumisiones de los esclavos y la herencia que no era adida para evitar el perjuicio que se producía respecto de la libertad otorgada por testamento. Pero, en sí, ésta no es una sucesión universal específica como las anteriores sino una reglamentación del derecho hereditario.

Los compiladores de las Instituciones actuaron razonablemente al reconocer que las diversas formas del *ius successionis* antiguo habían desaparecido; y con exactitud adaptaron el texto de los comentarios de Gayo eliminando la indicada expresión y sustituyéndola por la de *ius hereditatis*, en que se comprendían las formas referentes a la sucesión hereditaria legal y pretoriana, únicas que quedaban vigentes a la época de la codificación justiniana.

19. De este estudio se desprende que los compiladores de las Instituciones de Justiniano, según lo expone la constitución *Imperatorem Maiestatem*, utilizaron las antiguas instituciones de los jurisconsultos clásicos, especialmente las de Gayo. Ellos estimaron necesario especificar las derogaciones del *ius successionis*, expresión que involucra las formas de adquisición patrimonial de un modo universal, para eliminar todo vestigio de ellas, dadas las innovaciones introducidas desde la época del imperio y en especial en la legislación de Justiniano, a fin de evitar que pudieran ser revividas o invocadas en base a las antiguas fuentes.

Esta medida permitió la conservación de los vestigios de estas instituciones cuya explicación es posible gracias al descubrimiento de los Comentarios de Gayo en el palimpsesto de Verovia.

El *ius successionis* fue concebido en la época clásica por vía analógica al derecho de herencia y se configuró en relación a los casos de la *bonorum possessio*, la *bonorum venditio*, la *adrogatio* y la *conventio in manum*, en base a la conservación de la unidad patrimonial en las situaciones de incapacidad sobreviniente al titular de una masa de bienes, lo que permitía considerarlo como un universalidad que era adquirida por un sucesor determinado en diversas formas preestablecidas para cada caso.

El *ius successionis* fue una noción pretoriana y jurisprudencial, basada en una analogía con la *hereditas* y de una concepción propia que consistía en una creación de derecho (*res incorporales, quae iure consistunt*) en que se incluían instituciones disímiles, pero analógicamente semejantes, relacionadas entre sí por ciertos elementos comunes que permitían crear una unidad de derecho incorporal, sin que ello se viera afectado por las cosas singulares que constituían el patrimonio, para el cual era designado un sucesor.

El *ius successionis* era una noción de derecho no definible ni sistematizable que se desintegró al desaparecer en el campo del derecho las instituciones que sirvieron de base a su elaboración en el pensamiento de los jurisconsultos y por el trato derogatorio expreso de los compiladores bizantinos.