

potestad, esto es, los descendientes directos del *heres* varón que no ha podido heredar, adquiriendo desde el momento en que se confirma la apertura de la sucesión intestada la cualidad de herederos de derecho propio⁶³ y, además, la condición de *sui iuris*; en suma, dos requisitos: descendencia en línea masculina directa y la sujeción inmediata a la *potestas* del abuelo en el momento de su muerte⁶⁴. Como *heredes sui et necessarii*, están obligados a aceptar la herencia. Análogamente, la *nurus in manu* sucedía al suegro *paterfamilias* cuando el marido de aquélla había premuerto a éste (jurídicamente se encontraba *in loco neptis*)⁶⁵. Todo este sistema viene confirmado en las siguientes fuentes: Gai 3.2; 3.7; Nov. 118.1;

⁶³ Gai 2.156; Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.16.2.6: la muerte natural no es el momento de relieve jurídico en que se convierten en herederos de derecho propio, sino cuando se está seguro de que el causante ha muerto intestado. Véase, M. GARDINI, *Sviluppi giurisprudenziali intorno a XII Tab. 5.4*, en *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 314 ss.

⁶⁴ M. GARDINI, *Sviluppi*, cit., 312.

⁶⁵ Gai 2.159; 3.3; *Tit. Ulp.* 22.14. Véase R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*², Padova, 2002, 377; L. MONACO, 'Hereditas' e 'mulieres'. *Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, 17 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 635, nt. 98; M.G. ZOZ, voz *Rappresentazione*, cit., 628; A. GUARINO, *Diritto*, cit., 443; E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano, 2009, 115 y 116.

SUCCESSIO IN LOCUM.

EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN HEREDITARIA EN EL ANTIGUO IUS CIVILE

I. El modernamente denominado «derecho de representación sucesoria», «derecho de representación hereditaria» o, simplemente, «derecho de representación» (*successio in locum* o *successio per [in] stirpes* en la terminología romana), es una institución jurídica que tiene una larga trayectoria en la historia del Derecho, pues aunque suele señalarse como punto seguro de partida la romana *Lex Duodecim Tabularum* (451-450 a.C.)¹, lo

¹ Aunque las Tablas no la mencionan expresamente, no se duda de que la regla estaba vigente ya en esa época y probablemente mucho tiempo antes de dicha ley. Entre otros muchos: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 708; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. *Parte speciale*, I, Milano, 1956, 11 y 12; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 70 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. esp., Buenos Aires, 1986, 605-606; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 443; M.D. BOÇŞAN, *La représentation successorale- l'actualité d'une règle romaine*, en *RIDA*, L, 2003, 38; M. MAR-RONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, 635; V. MANNINO, *Introduzione alla storia del diritto privato dei Romani*, Torino, 2008, 481; A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, 121-122; A. TORRENT, *Manual de Derecho Privado Romano*, Madrid, 2008, 664; D. DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1996, 460-461; M.G. ZOZ, voz

cierto es que en algunos ordenamientos orientales anteriores a Roma, como Grecia, Egipto y la India, ya se pueden encontrar disposiciones que producían un efecto similar². En realidad, no se

Rappresentazione (dir. rom.), en *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 627; E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma, 1980, 792-793; C. LOPEZ RENDO RODRÍGUEZ, *La sucesión intestada en la Ley de las Doce Tablas*, en *Estudios R. Yanes*, I, Burgos, 2000, 553; U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937, 62; T. REINACH, *La représentation en matière de successions féminines dans les droits égyptien, grec et romain (à propos d'un Papyrus du Musée de Berlin)*, en *NRH*, 1893, 7; A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1991, 313; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 8ª ed. rev. par F. Senn, Paris, 1929, 895.

² Vestigios de esta institución en Egipto y en la India antigua pueden verse en J. D'AGUANNO, *La génesis y la evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*, Madrid, 1893, 480 ss. De algunas reglas hebreas también se desprende la existencia de la representación en determinados supuestos previstos en el ordenamiento de este pueblo: pueden verse en F. LUCREZI, *La successione intestata in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio'*, III, Torino, 2005, 8-9, 11. En el Derecho griego se admitió la representación sucesoria como lo prueban algunos textos: Demosth. 43.21-27; 43.51 (*Contra Marcátato, sobre la herencia de Hagnias*); 44.12 (*Contra Leócares, sobre la herencia de Arquíades*). Isae. 3.72-75 (*Sobre la herencia de Pirro*); 7.20 (*Sobre la herencia de Apolodoro*); 8.34 (*Sobre la herencia de Cirón*); 11.1 ss. (*Sobre la herencia de Hagnias*). Al respecto: H.E. SEEBOHM, *On The Structure of Greek Tribal Society. An Essay*, London-New York, 1895, 56 ss. J.W. JONES, *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Oxford, 1956, 191-193; W. WYSE, *The Speeches*

a aquellos que «en cierto modo son copropietarios en vida del padre»⁵⁹. Siendo como era una exigencia religiosa y social tan reconocida y antigua, quizá los decenviros no sintieron la necesidad de expresarlo con rotundidad⁶⁰ y les bastara esa mención indirecta, aunque los juristas clásicos posteriormente sí completaron la llamada con una mención expresa⁶¹. Estos herederos recibían partes iguales del caudal hereditario y no se discriminaba a las hermanas o a la madre con relación a sus hermanos de sexo masculino⁶²: las cuotas eran las mismas para todos los llamados.

El derecho de representación entra en juego cuando falta uno de esos *heredes* y tiene descendientes (con la excepción de las mujeres que analizamos a continuación). En este caso, la Ley llama a los nietos, nietas, bisnietos o bisnietas que pudiera tener el causante y que continúan bajo su

⁵⁹ Paul. 2 *ad Sab.* D. 28.2.11: *In suis heredibus evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.*

⁶⁰ En este sentido P. VOCI, *Diritto*, I², cit., 10.

⁶¹ Gai 3.2-3; Paul 2 *ad Sab.* D.28.2.11.

⁶² Vid. O. DILIBERTO, voz *Successione legittima*, en *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1301; C. LÁZARO-GUILLAMÓN, *La situación jurídica de las hijas de familia en el sistema sucesorio romano hasta el s. I a.C.*, en *Actas del Tercer y Cuarto Seminario de Estudios sobre la Mujer en la Antigüedad*, eds. C. Alfaró Giner, M. García Sánchez, M. Alamar Laparra, Valencia, 2002, 177 ss.

grupo de los *sui* estaba integrado, como ya hemos dicho, esencialmente por los hijos, tanto adoptivos como naturales, varones y mujeres, que se encontraran en el momento de la muerte bajo la potestad del *pater familias*⁵⁷, así como por la esposa del *pater* cuando se hubiera celebrado la *conventio in manum* (jurídicamente *in loco filiae*). Todos aquellos que estaban *in potestate* o *in manu* heredaban automáticamente (*heredes sui et necessarij*) a su *pater familias*, tanto si querían como si no (*sive uelint sive nolint*), con independencia de que se tratara de una *vocatio ab intestato* o *ex testamento*⁵⁸. Nótese, sin embargo, que el texto decenviral en las distintas versiones del mismo, no afirmaba literalmente que la primera línea sucesoria fuese la de los *heredes sui*, sino que estaba implícita en la llamada al segundo orden: los *adgnati* («si...no tiene heredero propio»). ¿A qué se debe, entonces, esta omisión? El hecho de que no sean nombrados no significa que no sean los llamados en primer lugar. En cierto modo lo que hacía la Ley de las XII Tablas era poner de relieve una evidencia: la herencia iba siempre en primer lugar, hubiera o no hubiera testamento, a los *heredes sui*,

⁵⁷Sólo el varón tenía *sui heredes*; la mujer no tiene la potestad sobre los hijos: Gai 10 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 38.16.13.

⁵⁸Tit. Ulp. 26.1-1a.157; Paul. 2 *ad Sab.* D.28.2.11; Gai 10 *ad leg. Iul. et Pap.* D.38.16.13; A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, Princeton, 1975, 68.

trata de una noticia que pueda suscitar una sorpresa excesiva, creo que más bien relativa, porque en muchas de las sociedades de la Antigüedad, salvando las instituciones peculiares de cada pueblo, se repitieron una serie de esquemas sociales y jurídicos bastante similares sobre todo en lo relativo al derecho de propiedad, las relaciones familiares y el Derecho de sucesiones. Dentro de este último campo, el derecho de representación se reconoció en el marco de la sucesión intestada, pues ésta, a pesar de que se trate de una cuestión muy debatida, probablemente fuera la primera y única sucesión conocida en el Derecho antiguo, por tanto también en el Derecho arcaico romano. Nuestro instituto es, entonces, una figura muy antigua que justificaba su razón de existir en unas razones muy concretas

of Isaeus with critical and explanatory notes, New York, 1979, 347 ss., 532 ss., 612 ss.; L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République Athénienne. Le droit de propriété*, III, Paris, 1897, 447 y 454 ss.; T. REINACH, *La représentation*, cit., 9 y 10. No hay rastro de un derecho de representación en el primitivo Derecho germánico. Aunque este sistema muestra una absoluta preferencia por la sucesión intestada en detrimento de la testamentaria, su tradición jurídica tardó en admitir este derecho, pues algunas particularidades de sus costumbres familiares y sucesorias no casaban bien con el reconocimiento de la representación. Vid. H. PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, 343 ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil, español, común y foral*, VI.2, Madrid, 2015, 661; J.M. PEREZ-PRENDES, *Breviario de Derecho Germánico*, Madrid, 1993, 74.

que irán siendo desveladas a continuación, y que en muy poco o nada difieren de las que hoy son esgrimidas para que conserve su vigencia en muchos códigos civiles. A través de la representación entran en la sucesión de un causante los descendientes de un heredero que no ha podido (premorienza o emancipación) o no ha querido heredarle (renuncia, pero solo en el Derecho moderno), ocupando aquéllos, por tanto, su lugar en la sucesión como si estuvieran representándolo. Supone, en suma, una excepción al principio que impera en la sucesión intestada de que el pariente más próximo del causante excluye al más remoto.

Prima facie, se hace necesario sentar unas pocas premisas que sirvan de referencia para lo que queremos desarrollar en las siguientes páginas. En primer lugar, que la *successio in locum* fue reconocida originariamente en el *ius civile vetus* y tiempo después por el *ius praetorium* y la legislación imperial, así como por Justiniano, pero siempre dentro de la normativa que regulaba la delación *ab intestato*. Así pues, dentro de la sucesión testamentaria no se contempló en ningún momento la entrada en juego del derecho de representación³. En esta última es el testador

³ No así el Derecho moderno, que ha propiciado su inclusión en la sucesión voluntaria, novedad todavía relativamente reciente que arranca del reconocimiento dado por el ‘Código civile italiano’ de 1942 y que provocó una

legítimos mediante la fórmula expresa y reiterada de la *successio per stirpes*, pero puede que en la praxis se produjeran situaciones como la comentada.

V. Desde el primer momento hemos dado por supuesta la existencia de unos herederos determinados sin haber aludido a ninguna disposición legal que así los reconozca. Aunque es bien sabido, hagámoslo ahora: la Ley de las XII Tablas establecía el siguiente orden de prelación en la apertura de la sucesión intestada en la Tab. 5.4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec scit, adgnatus proximus familiam habeto* («Si muere intestado quien no tiene heredero propio, herédele el agnado más próximo»), y en Tab. 5.5: *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)* («Si tampoco tuviere agnados, hereden los gentiles»).

El derecho romano, desde sus orígenes, señaló a un grupo de personas, los *sui heredes* («herederos suyos»)⁵⁵, como destinatarios y beneficiarios en primera línea de los bienes de la *familia*, fruto de la exigencia social del mantenimiento de la estructura familiar tras la muerte del *paterfamilias* y la transmisión de los *sacra*⁵⁶. El

⁵⁵ Sobre el grupo en general, A. CALZADA, *La aceptación de la herencia en el Derecho Romano. ‘Aditio nuda voluntate’*, Zaragoza, 1995, 19 ss.

⁵⁶ G. LA PIRA, *La successione*, cit., 3; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 452.

in stirpes, hereditatem dividi..., regla que había sido reproducida por juristas anteriores⁵³. De esta forma, se admite en la sucesión la entrada de sujetos de grado más lejano que los llamados en primer lugar (aunque pertenecientes al mismo orden en línea recta descendente), pero no se perjudican los derechos de estos al quedar garantizada su cuota original mediante la *successio per stirpes*⁵⁴. Así, cuando un *paterfamilias* dejaba, por ejemplo, tres herederos (A, B y C), cada uno tenía derecho a un tercio de la herencia. Si el heredero C moría antes de la delación de la herencia y tenía hijos, sus hermanos A y B seguían heredando el mismo tercio cada uno, repartiéndose el tercio restante que le habría correspondido a C entre sus descendientes (a la sazón, los nietos del causante). Sin embargo, no siempre que se sucede en el lugar de un ascendiente forzosamente ha de hacerse por stirpes: no tuvo que ser para nada inusual, sobre todo en los primeros tiempos, el caso de un *de cuius* con un único heredero legítimo premuerto o emancipado a quien le heredarían sus nietos al abrirse la sucesión en virtud de la *successio in locum*. En este supuesto, quien o quienes heredan al causante lo harían *per capita*, pues concurrían solos en la totalidad de la herencia. Se hacía necesario salvaguardar los derechos originarios de los restantes herederos

⁵³ Vid. *supra*, nt. 21 y los textos allí transcritos.

⁵⁴ M.G. ZOZ, voz *Rappresentazione*, cit., 627.

quien ordena su sucesión y lo puede hacer cuantas veces quiera en vida, lo que le permite estar al corriente de cualquier circunstancia adversa o imprevista que pueda afectar a la validez del testamento otorgado, y corregirla. Al testador compete llamar a quien crea conveniente, al menos desde que se permitió una amplia libertad de disposición por testamento, y contaba con el

tendencia expansiva de este derecho fundada en la voluntad presunta del testador, así como en razones de equidad y solidaridad familiar. En nuestro país, en el ámbito de los civilistas se inició un extenso y apasionado debate que el legislador intentó resolver en la trascendental reforma del Código civil de 1981 («con técnica deplorable», en palabras del especialista C. VATTIER FUENZALIDA, *El derecho de representación*, en *Derecho de sucesiones, presente y futuro. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Murcia, 2006, 544-546), y que dio como fruto el art. 814.3º, que dispone: «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos». Cfr. igualmente sobre el derecho de representación en el Código civil: arts. 921 y 924-929. Probablemente con su inclusión en la *vocatio ex testamento* se haya desvirtuado la naturaleza de la representación, transformándola en una sustitución vulgar predisuelta por la ley. Vid. R.M. ROCA SASTRE, *Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria*, en *Estudios sobre sucesiones*, I, Madrid, 1981, 400-401; J.J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones. Común y foral*^B, II.2, Madrid, 2004, 1179 ss. Con lit. y jurisprudencia, M. MADRIÑÁN VÁZQUEZ, *El derecho de representación en la sucesión testada*, Madrid, 2009, 131 ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho*, cit., 658 ss.

dinamismo de las sustituciones hereditarias para contrarestar el efecto adverso de que un heredero no pudiese o no quisiera sucederle⁴.

⁴ En efecto, la sustitución hereditaria cumplía la función de llamar a un segundo heredero para el caso de que el primer instituido no llegara a serlo (porque no quisiera o no pudiera heredar). Sin embargo, fuera de esta concordancia no existe más relación entre el derecho de representación y las sustituciones hereditarias. Estas últimas se introducen para salvaguardar la validez del testamento, y no por razones de justicia o protección de la familia como el derecho de representación. Hay, no obstante, ejemplos en las fuentes que ponen de manifiesto que los testadores a veces nombraban como sustitutos a los hijos del instituido en primer lugar, es decir, los nietos del causante: v. gr., Afric. 4 *quaest.* D.28.2.16; Iav. 1 *ex post. Lab.* D.28.6.39 pr.; Pap. 6 *resp.* D. 28.6.41.2. Véanse A. TORRENT, *Interpretación de la 'voluntas testatoris' en la jurisprudencia republicana: la 'causa Curiana'*, en *AHDE*, XXXIV, 1969, 202 ss.; B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*², Madrid, 1960, 251 ss.; S. CASTÁN PÉREZ GOMEZ, 'Conditio iuris' y 'tacita conditio'. *Las condiciones implícitas en el Derecho privado romano*, Madrid, 2006, 93 ss. Por un sector de la doctrina civilista se ha sostenido que la representación es una «sustitución *ex lege*» (cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *Comentario del Código Civil*, V, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000, 258 y 259), pero no creo que quepa una identificación absoluta entre ambas figuras. La sustitución es un nombramiento de heredero que nace voluntariamente condicionado desde el principio, mientras que los hoy denominados *representantes* constituyen un segundo grado dentro de la línea de los herederos legítimos (*heredes sui*) que entran en la sucesión cuando faltan los pertenecientes al primer grado. Sí parece, en cambio, más cercana a las

sucedan en virtud de la *successio in locum* (que también son *heredes sui*) se colocan en la posición jurídica de su ascendiente o causante y heredan necesariamente al causante, es decir, *sive uelint sive nolint (heredes sui et necessarii)*⁵².

Este derecho permitía a unos parientes de grado más lejano (nietos) concurrir a una herencia junto con los descendientes más próximos (los hijos, llamados en primer lugar), preservando el derecho que habrían tenido de ser copartícipes, en cierta medida, de la cuota hereditaria que le habría correspondido a su progenitor, pues lo que los padres heredan termina en buena medida siendo parte de la herencia de los hijos. No obstante, y con el objeto de no perjudicar los derechos de los restantes herederos que suceden al causante *per capita* (reparto de la herencia a partes iguales), quienes suceden al *de cuius* por representación lo hacen *per stirpes*, repartiéndose a partes iguales entre ellos (*per capita*) la cuota que le hubiera correspondido a su ascendiente. Así pues, no heredaban necesariamente en la misma proporción que los otros *heredes sui*. Justiniano recordaba la antigua regla (vigente aún en su época) por la cual era conveniente que nietos y bisnietos sucedieran a sus padres no por cabezas sino por estirpes: *Iust. inst.* 3.1.6: *...conueniens esse visum est, non in capita, sed*

⁵² Gai 2.157. G. LA PIRA, *La successione*, cit., 72.

muerte o emancipación de su padre⁵⁰. Un rescripto de Marco Aurelio aclaraba que una persona con nietos era una persona con herederos de propio derecho⁵¹. Formalmente el modo de operar es idéntico: tanto los *sui* como quienes

⁵⁰ Gai 2.133: ... *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 vivo moriatur aut qualibet alia ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur*; 3.2: ...*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*; Gai 2 *inst. D.* 28.3.13: ...*sed si filius meus me vivo moriatur aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius loco succedere et eo modo iura suorum heredum quasi adgnatione nanciscuntur*; Pomp. 4 *ad Sab. D.* 38.6.5.2: *Si filius emancipatus non petierit bonorum possessionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut quod filius habiturus esse petita bonorum possessione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis adcreseat.*

⁵¹ Call. 2 *quaest. D.* 50.16.220.2: *Divus quoque marcus rescripsit non videri sine liberis defunctum, qui nepotem suum heredem reliquit.* Existe una identificación entre ‘hijos’ y ‘nietos’ a efectos del Derecho sucesorio: en el término *liberi* (descendientes) están comprendidos ambos. Vid. Call. 2 *quaest. D.* 50.16.220 pr.-3 y Ulp. 3 <6> *ad Sab. D.* 26.2.6. Una completa relación de los textos en que aparecen ‘nietos’ y ‘abuelos’ en las fuentes, en R.P. RODRÍGUEZ MONTERO, *Nietos y abuelos en Derecho Romano. Argumentos para su estudio a través de los textos del Digesto y las Instituciones de Gayo*, en ‘*Filía*’. *Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2325 ss.

La segunda de las advertencias preliminares tiene que ver con el contenido de esta exposición, que he decidido limitarlo tan solo al régimen legal que tuvo este instituto en el antiguo *ius civile*, porque entiendo que los cambios producidos en esta materia por obra del *edictum* y la legislación imperial son tan numerosos y relevantes que me parecen merecedores de un tratamiento más sosegado, amplio y autónomo; de hecho, tales cambios responden a una serie de factores que propiciaron una transformación sociológica bien definida y tan notable que bastaría simplemente parangonar, en el ámbito familiar y sucesorio, los principios morales y jurídicos de la sociedad romana del s. V a.C. y los de época imperial, para cerciorarnos que entre ambos mediaba poco menos que un abismo⁵. En suma, estudiaremos la

sustituciones (*ex lege*) la extensión del derecho de representación en la sucesión testamentaria que se ha verificado en el Derecho moderno (en España, art. 814.3º CC.), porque en el fondo ahí sí se trata de una sustitución ordenada por la ley. Vid. *supra*, nt. 3.

⁵ Las novedades fueron ciertamente importantes, como lo fue en general toda la reforma de la sucesión intestada operada por el Derecho pretorio (*ius civile novum*) y más adelante por la legislación imperial. La introducción con firmeza del elemento de la *cognatio* en el ámbito *ab intestato*, que se reclamaba desde finales de la República (vid. Gai 3.18-25, que no duda en calificar de *iuris iniquitates* la rigidez de las normas sucesorias de la Ley de las XII Tablas), dio lugar a un novedoso llamamiento de herederos (*unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et*

uxor) y a fortalecer el papel de la mujer (y de la línea femenina en la sucesión), los emancipados, etc. En relación con el derecho de representación, se producen también novedades muy significativas, especialmente desde la constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio del a. 389 (CTh. 5.1.4=C.6.55.9, que debe ser puesta en relación con los *senatus consulta Tertullianum* y *Orphitianum de hereditate*), y sobre todo las novelas de Justiniano 118 (Nov. CXIV), del a. 543, y 127 (Nov. CXXI), del a. 547. Los hitos de este proceso evolutivo pueden verse en: G. LA PIRA, *La successione*, cit., 276 ss.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo Impero. I. Il IV secolo*, en *Iura*, XXIX, 1978, 17 ss.; ID., *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo Impero. II. V secolo*, en *SDHI*, XLVIII, 1982, 1 ss.; ID., *Diritto ereditario*, II, cit., 19 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1975, 695 ss., y II, München, 1975, 497 ss., 510 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, rist., Milano, 1987, 501 ss. R. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, *passim*.; F. BOWSKI, *Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte. Römische und orientalische Elemente*, en *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, 1939, 277 ss. y 292 ss.; M. MEINHART, *Die 'Senatusconsulta Tertullianum' und 'Orfitianum' in Ihrer bedeutung für das Klassische Römische Erbrecht*, Graz-Wien-Köln, 1967, *passim*.; G. MELILLO, *'Personae' e 'status' in Roma antica. Saggi*, Napoli, 2006, 67 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 710 ss.; A. MASI, *Rapporti familiari e successioni nel pensiero di Giorgio La Pira*, en *Index*, XXXIV, 2006, 159 ss.; P. FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, 446 ss.; A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, en *SDHI*, LV, 1989, 98 ss.; J. GAUDEMET, *La transmission des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares*, en *RIDA*, VII, 1960, 412 ss.; A.D. MANFREDINI, *La volontà*, cit., 131 ss.; D. DALLA-R.

bien expresa Paulo⁴⁸: *Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando...*; así, también era reconocido el derecho a la herencia a los descendientes de segundo grado, los nietos *ex filio*⁴⁹.

IV. La *successio in locum* del Derecho romano tiene como punto de partida la vocación legal sucesoria de unos sujetos en la misma primera línea de los descendientes (hijos e hijas), pero en segundo grado. Estas personas, que son también descendientes directos del causante (sus nietos y nietas), se colocan en la primera línea sucesoria cuando el heredero de primer grado no ha llegado a heredar, esto es, lo hacen *en (el) lugar de éste*, de forma que suceden directamente al causante y no mediante la transmisión de ningún derecho perteneciente al heredero originario. Esto significa que quienes suceden *in locum patris*, los nietos y nietas, lo hacen en virtud de un derecho propio, es decir, heredan por sí mismos directamente del causante. Son herederos por derecho propio y no unos meros sustitutos. Gayo y Pomponio ponen de manifiesto su cualidad de *heredes sui* de forma automática, *iure proprio*, tras la

⁴⁸ Paul. *de port.* D. 48.20.7pr.: «Como la razón natural, a modo de ley tácita, atribuye a los hijos la herencia de sus padres, llamándoles a una sucesión que les es debida...».

⁴⁹ Gai 3.2; Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.4

quitas), toda vez que estos postulados no estaban todavía asimilados ni adaptados en la época decenviral (y anterior) al pensamiento jurídico o filosófico romano⁴⁴, pues provienen de la filosofía griega⁴⁵, ni desde luego formaban parte del lenguaje jurídico del antiguo *ius civile*. En la Ley de las XII Tablas no se emplea el término *aequitas* o sus derivados en ninguna ocasión, aunque en la reconstrucción de XII Tab. 11.1, pero por boca de Cicerón⁴⁶, se contraponga el equilibrio y la prudencia – *aequitate prudentiaque* – de las diez primeras tablas con las dos últimas *tabulis iniquarum legum* que contenían la *inhumanissima* prohibición de matrimonio entre patricios y plebeyos. No es inusual que juristas del último período clásico y, sobre todo, Justiniano⁴⁷, por influencia del cristianismo, incorporen en sus textos los nuevos conceptos filosófico-morales a sus escritos (también *humanitas*, *charitas* o *pietas*), pero el derecho de representación en el antiguo *ius civile romanorum*, como en otros pueblos, obedecía principalmente a la *ratio naturalis*, como muy

⁴⁴ M. DUCOS, *Les romains*, cit., 321 ss.

⁴⁵ Vid. L. SOLIDORO MARUOTTI, ‘*Aequitas*’, cit., 228 ss.

⁴⁶ Cic. *de rep.* 2.36.61-37.63.

⁴⁷ Sobre el particular J. DAZA, ‘*Iusta rei publicae gubernatio*’. *La autocomprensión de Justiniano como legislador de las Novellae*, en *SCDR*, IX-X, 1997-1998, 258 ss.

normativa republicana sobre la sucesión intestada, atendiendo a los llamamientos que efectuaba la Ley de las XII Tablas, valorando el papel de varones y mujeres en esta *vocatio*, los casos en que procedía, la interpretación de la jurisprudencia y, por último, integrando el derecho de representación con la existencia del *consortium ercto non cito*, porque en la praxis de esta época el *consortium* constituía la resolución más habitual de una sucesión *mortis causa*.

Creo que el derecho de representación sucesoria tiene en la experiencia jurídica romana dos fases evolutivas y tiene sentido centrarse en esta ocasión en la primera de ellas, que por otro lado es la más compleja, ya que todo dependerá del valor y credibilidad que queramos otorgar a las pocas fuentes que se remontan al texto decenviral y que no son, en absoluto, definitivas ni unívocas.

II. Comenzamos nuestra exposición haciendo algo de historia sobre la denominación de este derecho. La actual expresión «derecho de representación sucesoria» que es comúnmente utilizada en diferentes ordenamientos jurídicos, no procede, sin embargo, del Derecho Romano, sino que es producto de una curiosa tendencia que se inicia en la Edad Media y concluye en el período

LAMBERTINI, *Istituzioni*, cit., 462 ss.; A. TORRENT, *Manual*, cit., 665-667.

codificador. Cuando pensamos en la «representación» a secas, en términos jurídicos pero sin ningún adjetivo que la acompañe, es probable que la sucesoria sea la última figura que nos venga a la imaginación. Por regla general, asociamos la representación a otras instituciones que nada tienen que ver con nuestro instituto: la representación procesal, la representación en los negocios y la representación legal⁶, no solo porque la función y la importancia de estas últimas han aumentado considerablemente en la época moderna, sino también porque en las citadas se percibe con mayor nitidez el ligamen semántico que el verbo ‘representar’ tiene en el

⁶ No olvidamos que hay «representación» también en el ámbito del Derecho público, especialmente en la Política (v. gr., «representación política», «representantes políticos», «democracia representativa», etc.): véase H.F. PITKIN, *El concepto de representación*, Madrid, 1985, *passim*. Tampoco que *repraesentatio* tiene un espacio en el campo de las artes y las imágenes: así, la representación de personas para su conmemoración (efigies, por ejemplo). Vid. J. KER, *Roman ‘Repraesentatio’*, en *AJPh.*, CXXVIII.3, 2007, 341 ss.; A. TORRENT recoge en su *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, 1064-1068, las siguientes voces: «representación (sustitución en la actividad negocial)»; «representación directa»; «representación indirecta»; «representación (derecho de): representación hereditaria»; «representación legal»; «representación orgánica»; «representación procesal»; «representación voluntaria». Véase también, M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, 2008.

aequitas ya constituía a finales de la República un principio importante en el Derecho pretorio para ponderar la excesiva rigidez del *ius civile*, y Cicerón la relacionaba con el *bonum et aequum*⁴¹. Pero ¿fue introducido el derecho de representación en la sucesión intestada sobre la base de planteamientos filosófico-jurídicos?, ¿fundado sobre la *aequitas*, en definitiva? Pienso que no⁴². Entiendo, como Biondi⁴³, que en toda época existen unas exigencias sociales, morales o religiosas que inspiran los principios por los que se rige una determinada sociedad, pero no todos ellos deben ser reducidos o conducidos a conceptos abstractos, en este caso la *aequitas* y la *justicia* (*ae-*

⁴¹ Cic. *de inv.* 2.53.160. El Arpinate recurre a la *aequitas* para definir el Derecho en *top.* 2.9, y explica el desarrollo y riqueza del *ius civile* sobre la base del proceso de transformación de la *aequitas* (*top.* 5.28). También en la anónima *Rhetorica ad Herennium* (2.13.20) existe la misma conexión entre el *ius* y el *bonum et aequum*. Vid. L. SOLIDORO MARUOTTI, ‘*Aequitas*’ e ‘*ius scriptum*’. *Profili storici*, en *Ann. Camerino*, I, 2012, 238 ss. y 249 ss.; M. DUCOS, *Les romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, 1984, 307; F. GALLO, *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del Diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 244 ss.

⁴² En este sentido, también G. LA PIRA, *La successione*, cit., 164.

⁴³ B. BIONDI, *Il diritto*, cit., 38.

muerte, bien por emancipación, de forma que los nietos ocupan su lugar para recibir lo que aquél hubiera recibido; si el *suus* siguiera bajo la potestad del *pater*, los nietos no tendrían derecho a la herencia. Como subraya Gayo, la muerte del padre convierte a sus descendientes en *heredes sui* del abuelo causante³⁸.

Justiniano ligó en su época el derecho de representación a la *aequitas*, justificando su entrada en vigor al socaire de criterios de justicia y equidad al tiempo que declaraba que *aequum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere* (*inst.* 3.1.6), como antes también lo hiciera Sabino a través de Ulpiano en D. 38.16.1.4: *Si filius suus heres esse desistit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt; quod naturali aequitate contingit* («...lo que tiene lugar por justicia natural») ³⁹. Dicha vinculación responde a una corriente jurídico-filosófica característica y muy arraigada en el Derecho posclásico y justinianeo, sin embargo esto no significa que antes de esta época no se pueda hablar de la *aequitas* o que haya que considerar posclásica cualquier referencia de tipo moral que encontremos en un texto jurídico⁴⁰. No puede soslayarse que la

³⁸ Gai 3.2; *ep.* 2.8 pr.; 2.8.2; Gai 2 *inst.* D. 28.3.13.

³⁹ Sobre la *aequitas naturalis*, B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, II, Milano, 1954, 33 y 34.

⁴⁰ B. BIONDI, *Il diritto*, cit., 28; F.M. D'IPPOLITO, *Del fare Diritto nel mondo romano*, Torino, 2000, 122.

lenguaje jurídico, esto es, indicando la entrada en funciones de un representante en nombre de un representado, haciendo las veces o sustituyendo en actos jurídicos a este último, un fenómeno que no se constata en el derecho de representación hereditaria. Sin embargo, no ha habido un debate lo suficientemente enérgico – al menos en el Derecho español – que haya propiciado un cambio de denominación de la representación sucesoria (lo cual no significa que el término guste a todos)⁷. Pero volviendo a Roma, la lengua latina conoce los términos *repraesentatio* y *repraesentatione*, y de hecho aparecen con profusión en fuentes jurídicas y literarias; ahora bien, no lo hacen nunca en el sentido de referirse ni a nuestro instituto ni a la representación procesal, negocial o legal⁸. Por este motivo no puede hablarse de un *ius repraesentationis*, que como tal nunca fue concebido ni teorizado por los juristas romanos.

⁷ Vid. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XIII.I, dir. por M. Albaladejo, Madrid, 1989, 140 y 141; X. VATTIER FUENTALIZA, *El derecho*, cit., 546. S. CASTÁN TOBENAS, *Derecho*, cit., VI.2, 660.

⁸ L. SCHNORR VON CAROLSFELD, '*Repraesentatio*' und '*Institutio*'. *Zwei Untersuchungen über den Gebrauch dieser Ausdrücke in der römischen Literatur*, en *Festschrift Koschaker*, cit., I, 104 ss.; A. WATSON, '*Repraesentatio*' in *Classical Latin*, en *Scholarly Works*, IX, 2006, 15 ss.; R. ORESTANO, voz *Rappresentanza*, en *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1968, 796; J. FACCIOLATI, AE. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, II, Londini, 1828, 408.

Para indicar la entrada de un tercero en la sucesión intestada de un causante, en el lugar de un heredero fallecido, las fuentes romanas hablaban principalmente de *successio in locum*. Encontramos una serie significativa de textos clásicos que denominan *successio in locum* lo que hoy llamamos «representación sucesoria». Empero, no es una nominación absolutamente unívoca, porque esta expresión aparece igualmente utilizada en las fuentes, lo mismo que otros términos y locuciones como *successio*, *succedere*, *successio in ius* o *succedere in ius et locum*, tanto para indicar la *sucesión hereditaria* propiamente dicha, como para indicar algún supuesto específico de *sucesión crediticia* singular o universal⁹. En este sentido, Impallomeni ya percibió que esta terminología no tuvo en el Derecho Romano un significado puramente técnico, sino que más bien describía una cierta

⁹ R. AMBROSINI, ‘*Successio in ius-Successio in locum-Successio*’, en *SDHI*, XI-XII, 1945, 65 ss.; C. GIOFFREDI, ‘*Successio in ius*’, en *SDHI*, XXIII, 1957, 1 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Introduzione. Parte generale*, I², Milano, 1967, 165 ss.; P. BONFANTE, *La ‘successio in universum ius’ e l’ ‘universitas’*, en *Scritti Giuridici varii*, I, Torino, 1916, 253 ss.; R. NICOLÒ, voz *Successione nei diritti*, en *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 606-607; B. REIMUNDO YANES, *Nociones básicas introductorias*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Vigo, 1998, 24 ss.

lógico resulta bien comprensible que las disposiciones sucesorias permitieran la entrada, en la sucesión de alguien, a las personas (nietos y nietas) a quienes llama el derecho de representación, pues toda la *vocatio ab intestato* del antiguo *ius civile* está inspirada en el principio fundamental de la solidaridad familiar³⁵.

Así pues, también la *successio in locum* tuvo desde los primeros momentos una razón de ser plenamente plausible y acorde con la conciencia religiosa y social del tiempo en que fue introducida: el mantenimiento y la cohesión de la familia³⁶. Las antiguas normas de la sucesión eran indisociables de la propia estructura familiar y el ordenamiento jurídico-religioso limitaba con determinación las pocas excepciones en que pudieran ser nombrados herederos personas ajenas al círculo familiar. Que los nietos y nietas sucedieran a su abuelo porque su padre no había podido heredarle formaba parte de la misma concepción ideológica por la que los hijos sucedían automáticamente a los padres, y ésta no era otra que el deseo de mantener y conservar la familia en su vertiente más reducida, la *proprio iure*³⁷. Desde el punto de vista jurídico-familiar se explica en el hecho de que el *suus* inicial, el hijo, ya no está bajo la potestad del *pater*, bien por

³⁵ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 17.

³⁶ G. LA PIRA, *La successione*, cit., 72.

³⁷ G. LA PIRA, *La successione*, cit., 165.

lación y una finalidad común, la de preservar la unidad y la continuidad del consorcio familiar³².

Tanto la existencia de las comunidades familiares como el reconocimiento del derecho de representación³³ estuvieron propiciados por el principio de sucesión hereditaria a favor de los miembros de la familia. Los destinatarios de los bienes, en consonancia con los postulados anteriormente señalados, que parecían proceder de leyes naturales, fueron las personas más allegadas al causante: los descendientes directos, en primer lugar los hijos y, en determinadas circunstancias, los nietos³⁴. Dentro de este entramado socio-

³² J. IGLESIAS, *La herencia en el derecho romano y en el derecho moderno*, en *Estudios*, Madrid, 1985, 254; J.M^a. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho romano. 'Querella inofficiosi testamenti': fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998, 98 ss.

³³ T. REINACH, *La représentation*, cit., 7, vincula directamente el reconocimiento del derecho de representación en el mundo antiguo con la existencia de las comunidades familiares.

³⁴ Pap. 29 *quaest.* D. 38.6.7.1: *Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas: parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae, simul et parentium commune votum.*; Paul. *de port.* D. 48.20.7 pr: *Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando...* Léase asimismo, Val. Max. 5.9.2: *...ne naturae ordinem confunderet, non nepotes, sed filium heredem reliquit moderate usus adfectibus suis...* («para no alterar el orden normal de la naturaleza, nombró heredero a su hijo y no a sus nietos»).

fenomenología general¹⁰. Con *successio* y *succedere* el lenguaje jurídico romano daba cabida a todas aquellas situaciones en las que un sujeto se colocaba en la posición jurídica de otro mediante el fundamento de un derecho propio, entre las que destaca especialmente la sucesión hereditaria, tanto universal como particular¹¹. Literalmente significa «sustituir», «seguir», «colocarse en la posición de otro», la simple sustitución de un sujeto por otro en una determinada posición; en sentido jurídico supone que un titular se sitúa en la posición jurídica de otro anterior en virtud de un derecho, produciéndose el traspaso de una situación jurídica inalterada de una persona a otra¹². Así se entiende que los juristas romanos, especialmente los bizantinos¹³, empleen con asiduidad las dicciones *successio in locum* (sucesión en el lugar) y *successio in ius* (sucesión en el derecho) en un sentido parecido a *sucesión hereditaria*, pero para mentar en numerosos textos una

¹⁰ G. IMPALLOMENI, voz *Successioni*, cit., 705.

¹¹ U. ROBBE, *La 'successio' e la distinzione fra 'successio in ius' e 'successio in locum'*, Milano, 1965, 105 ss.; A.D. MANFREDINI, *La volontà*, cit., 9 ss.; P. VOICI, *Diritto*, cit., 163 ss.; F. SCHULZ, *Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960, 200 y 201. R. AMBROSINO, '*Successio*', cit., 167 ss.

¹² B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di Lezioni)*, Milano, 1954, 11.

¹³ R. AMBROSINO, '*Successio*', cit., 69 ss.

larga y variada gama de relaciones jurídicas¹⁴. En esencia tenían un significado idéntico, porque,

¹⁴ *Inst.* 3.25 (26).7: *Publicatione quoque distrahi societatem...nann quum in eius locum alius succedit...* La rúbrica de D.20.4 tiene por título *Qui potiores in pignore, vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt*. Asimismo: Marcell. *resp.* D. 13.5.24: *...Quaero, an Lucius Titius in locum pupillarum hac cautione reus successerit?*; Paul 3 *ad ed.* D. 2.13.9.1...*quum in locum et in ius succedant argentarii*; Iav. 15 *ex Cass.* D. 5.1.34: *Si is, qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius...quia succedit in eius locum...*; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.1: *In hac action...si successor sum...in cuius locum successi...*; Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.36: *Et acti etiam culpam...in cuius locum successit*; Paul. 6 *resp.* D. 18.1.76.1: *Eum, qui in locum emptoris successit...*; Marc. *ad form. hypoth.* D.20.5.5 pr.: *Quum secundus creditor oblate priori pecunia in locum eius successerit...*; Paul. 5 *resp.* D.20.6.12 pr.: *...ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse...*; Pap. 11 *resp.* D.20.6.1.1 *qui successerat in locum venditoris...*; Pap. 11 *resp.* D.44.2.29.1: *...creditor in locum victim successisse non videbitur...*; Scaev. *quaest. publ. tract.* D. 44.3.14.1: *...qui in locum aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate...*; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.29: *...an de dolo exceptionem patiatur ex causa eius, in cuius locum successerit?*; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.31: *...patietur exceptionem doli ex persona eius, in cuius locum successit*; Ulp. 21 *ad ed.* D. 42.3.2: *In personalibus actionibus...in locum eorum succedunt*; Nerat. 5 *membr.* D. 41.10.5.1: *...cuius in locum hereditario iure successi...*; C. 8.19(18).1 (a. 209): *Non omnimodo succedunt in locum hypoybecarii creditoris...*; C. 4.55.1 pr. (a. 200): *Lege venditionis...qui successit in locum eius...* En el ámbito literario también la locución *successio in locum*, pero en distintos sentidos, así *v. gr.*, aludiendo metafóricamente a suceder en la amistad, Caes. *bell. gall.* 6.12.7: *reliquis rebus eorum gratia dignitateque amplificata Sequani principatum dimiserant. In eorum locum Remi successerant: quos quod adaequare apud*

decretaron que si el heredero renunciaba a la herencia, lo hacía para él y para sus descendientes.

III. Abundando en lo anterior, en las razones que explican el origen de nuestra institución, el estudio comparativo de las más representativas sociedades de la Antigüedad revela la extraordinaria importancia que costumbre y leyes otorgaron a la protección de la familia como unidad orgánica transmisible y a los miembros que la componían. La transmisión del patrimonio familiar (casa, huerto y otras propiedades mobiliarias), los elementos religiosos (el culto familiar y los *sacra*), la jefatura de la propia *familia* o la adquisición de derechos individuales de los hijos a la muerte del padre, fueron las principales cuestiones que hubieron de disponer de una adecuada respuesta por parte de los ordenamientos jurídicos antiguos en relación con esta área fundamental de la vida en sociedad. Nuestros antepasados arguyeron que la mejor forma de garantizar la subsistencia de todos los integrantes de un grupo como la familia era que los bienes pasaran de padres a hijos de una forma natural, coadyuvando la creación de comunidades familiares (de bienes) que garantizaran la continuidad de la familia. Así pues, los primeros trazos de los derechos de familia, de herencia y de propiedad estaban caracterizados por una estrecha interre-

artificio de la ley, es simplemente una vocación legal sucesoria basada en razones de justicia de tanta monta como las que sirven para determinar la preferencia de grado». Precisamente, este es uno de los argumentos fundamentales que se siguen en este trabajo, creo que desprendido con total claridad de las fuentes romanas: la de entender el orden sucesorio de la sucesión intestada y el mecanismo de la *successio in locum* como algo connatural a los principios sociales y religiosos de larga tradición que intensificaban la protección y la perpetuidad de la familia. De esta misma forma se puede entender el aforismo medieval, probablemente de procedencia germánica, de que *solus Deus potest facere heres, non homo*, que proclamaba la legitimidad natural de los herederos llamados por la sucesión intestada (los descendientes directos), plenamente acorde con la conciencia social, en detrimento de la libertad de instituir herederos que había propiciado el testamento romano. Y es un criterio que no ha perdido actualidad nunca, como lo confirma el que los códigos decimonónicos continentales sostuvieran que la representación debía extenderse también a los casos en que el heredero renunciaba a la herencia, ya que aparejaba un perjuicio injusto a sus propios herederos que no tenían por qué soportar. Este último supuesto no tuvo relevancia en la conciencia romana: interesados en destacar el individualismo en un momento histórico de su Derecho, los romanos

como escribía Bonfante, la tendencia ideológica era la misma¹⁵. Sin embargo, en el caso de *successio in locum* prevalece un sentido específico en ciertos textos, clásicos además, que son los que lo acercan al derecho de representación.

En efecto, *successio in locum*, en ocasiones, es una expresión usada por determinados juristas clásicos en un sentido más restringido. Como en su momento puso de manifiesto Ambrosino¹⁶, cuando dicha dicción aparece en una fuente prejustiniana lo hace con el significado de *suceder en vez de...*, *en (el) lugar de...*, señalando una trasposición o cambio material de sujetos: así, *v. gr.*, el nieto que *sucede* al abuelo *en vez (en lugar)* de su padre. Gayo utiliza la expresión *successio in locum* para referirse especialmente a un fenómeno concreto de la sucesión, la que se produce *en lugar*

Caesarem gratia intellegebatur. Sen. *ad Luc.* 1.12.5: *aut hoc ipsum succedit in locum voluptatum, nullis egere* (los cambios de apetencias); *de clem.* 1.8.7: *parentes enim liberique eorum, qui interfecti sunt, et propinqui et amici in locum singulorum succedunt*, también en el sentido de sucesión en la enemistad (en el puesto de otros). Mart. *epigr.* 8 pr. 3: *Minus itaque ingenio laborandum fuit, in cuius locum materia successerat* («Hube, por con-siguiente, de esforzarme menos en las agudezas, cuyo lugar había ocupado la materia»).

¹⁵ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. VI. *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1974, 59.

¹⁶ R. AMBROSINO, '*Successio*', cit., 94, 99 y 164; C. GIOFFREDI, '*Successio*', cit., 9 ss., 17 ss. La claridad de esta dicción, en U. ROBBE, *La 'successio'*, cit., 179 ss.

de otra persona (derecho de representación)¹⁷, y no es el único en hacerlo, porque *successio in locum* en este sentido de ‘representación hereditaria’ es empleado por varios juristas¹⁸. Puede considerarse, por tanto, la denominación más genuina y

¹⁷ Gai 2.133: ...*incipit nepos neptisse in eius locum succedere*; 2.134: ...*succedendo in locum eius nepos neptisue*...; 2.156: ...*tum enim nepos neptisue in locum sui patris succedunt*; 3.7: ...*aequum enim videbatur nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succedere*; 3.8: ...*item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere*...; Gai 2 *inst.* D. 28.3.13: ...*incipit nepos neptisue in eius loco succedere*....

¹⁸ Scaev. 6 *quaest.* D. 28.2.29.13: ...*mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum*...; Tryph. 20 *disp.* D. 28.2.28.1: ...*suo herede ulterior successit in proximum locum*...; Marcell. 10 *dig.* D. 29.1.8: ...*neposvi successerit in locum filii*; Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.5: ...*nepotes in eius locum succedent*; Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.6: ...*neptes quam nepotes succedent in locum parentium*; Cels. 10 *dig.* D. 37.6.7: *Si nepotes in locum filii successerunt*...; Paul. sent. 3.4b.10: *Nepos postumus, qui in locum patris succedere potest*...; Tit. Ulp. 23.3: ...*aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio*...; 26.2: ...*nepotes in patris sui locum succedere*...; Vat. Fragm. 198: ...*puto tamen eandem esse aequitatem in neptibus, qui in locum filiorum succedunt*...; Coll. 16.2.7: ...*aequum enim uidetur nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succedere*; 16.3.12: *quem filius emancipates suscepit uel adoptauit, sui heredis locum in aui successione sic ut ipse pater obtinere non potest*; 16.5.1: ...*filii filiae et deinceps qui in locum defuncti parentis, quia ex eodem nati sunt, succedunt*; 16.3.12: ...*sui heredis locum in aui successione sic ut ipse pater obtinere non potest*...; Iust. *inst.* 1.25 pr.: ...*item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris succedant*; 3.1.6: ...*nepotes neptesque in patris sui locum succedere*...; Nov. 118.1: ...*aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere*.

straron ningún rechazo en admitir figuraciones en el campo jurídico allí donde no hubiere norma o costumbre que reconociera una situación fáctica. Pero el reconocimiento del derecho a los descendientes de un heredero premuerto o emancipado a ocupar el lugar en la sucesión que éste habría tenido, no es ningún artificio de la ley. Se remonta, por razones de justicia natural, a pueblos anteriores a los romanos, no de una manera forzada o interpretativa, sino siempre en consonancia con la sensibilidad de unas sociedades que entendieron que si sus normas sucesorias tendían a la protección de la familia, este mismo criterio debía ser extendido en favor de quienes hubieran sufrido una pérdida humana trascendente (la del padre), para que no tuvieran a su vez que soportar las consecuencias económicas adversas de perder el derecho a heredar a su abuelo, y heredasen en la misma proporción que lo habría hecho su padre. Si tenemos en cuenta que cuanto más tenga un padre más recibirán los hijos tras su muerte, la entrada de estos en (el) lugar de aquél se intuía como algo razonablemente justo y no como una ficción de la ley. Entiendo, por tanto, con el notario español Sierra Bermejo³¹, que la representación «no es ningún beneficio ni privilegio creado por un

³¹ L. SIERRA BERMEJO, *El derecho de representación en la sucesión testada*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, Madrid, 1946, 449 ss.

manteniendo la misma denominación: *représentation* (*derecho de representación*)²⁷. Será un abogado español, Blas Robles de Salcedo, quien escriba el primer tratado sobre la materia: *Novvs et methodicvs Tractatvs de repräsentatione in tres libros divisvs* (Madrid, 1664-Romae, 1667).

Todo este proceso que entendía la *successio in locum* como una artificialidad, un expediente jurídico fundado sobre una ficción²⁸, culmina con el influyente ‘Code civil’ francés de 1804 al definir la representación en su art. 739 como una «fiction de la loi»²⁹, dando lugar a una corriente doctrinal posterior que no ha tenido inconveniente en aceptar dicha naturaleza jurídica³⁰. Sin embargo, tal conceptualización es absolutamente extraña al Derecho Romano. No se nos escapa que los juristas romanos consideraban ciertas instituciones como *fictiones de ley*, de modo que no mo-

²⁷M.D. BOCŞAN, *La représentation*, cit., 40 ss.; A. D’ORS, *Derecho Privado*, cit., 313, nt. 3; C. DE LA VILLE, *Ordre alphabetique ou Dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais*, Paris, 1692, 848 ss.

²⁸ Según C. STORTI STORCHI, voz *Rappresentazione*, cit., 642-643, considerar la representación como una *factio iuris* proviene de Baldo degli Ubaldi.

²⁹ Art. 739: «La représentation est une fiction de la loi, dont l’effet est de faire entrer le représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté», definición mantenida con posterioridad en el art. 751 del actual Código civil francés.

³⁰ Vid. en este sentido M.G. ZOZ, *Rappresentazione*, cit., 627.

clásica del derecho de representación¹⁹, y la que con mayor eficacia define la situación jurídica que se ha producido²⁰.

Sin embargo, en el Derecho justiniano se propone una nueva denominación del derecho de representación. Puesto que el régimen establecido desde la Ley de las XII Tablas para la entrada en la sucesión intestada de ciertos parientes *en lugar de* un ascendiente que no heredaba determinaba que estos, fueran cuantos fueran, heredaran solo la cuota que le habría correspondido al heredero original (siendo denominada esta adquisición *per stirpes* – la de los representantes –, frente a la que disfrutaban el resto de herederos, que sucedían

¹⁹ ¿Llegó a hablar Sabino de una *successio in partem*? Vid. al respecto, Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.4: *Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt*. Hay también otros textos en los que se reconoce el derecho de representación sin utilizar ninguna de las expresiones anteriores: vid., *v. gr.*, Afric. 4 *quaest.* D. 28.2.16: *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. quod si nemo filio substitutus sit et solus ipse institutus sit, tunc quia eo tempore, quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existet*; Tit. Ulp. 26.1: *Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt*.

²⁰ U. ROBBE, *La ‘successio’*, cit., 181 y 182.

per capita)²¹, Justiniano en su Const. CXIV (Nov. 118.1) declara que este tipo de sucesión (por representación) se llamaba en la antigüedad «sucesión por estirpes»: ...*quam successionem in stirpes vocabit antiquitas*. De esta forma la dicción *successio in (per) stirpes* ha terminado siendo sinónima, junto a *successio in locum*, de lo que hoy se llama «derecho de representación sucesoria».

Visto lo anterior, surge naturalmente la incógnita de cuándo comienza a utilizarse la expresión *derecho de representación*. Parece seguro que no fue hasta la Baja Edad Media (no antes de la segunda mitad del s. XIII)²² por obra de los Comentaristas y sus continuadores, en el por-

²¹ Vid. Gai 3.8: ...*conueniens esse uisum est non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi...*; *epit.* 2.8.2: ...*filii vel nepotes ex filio, defuncto patre vel awo...et non in capita, sed in stirpem dividatur hereditas*; Paul. sent. 4.8.9: *Quibus in patris sui partem uenientibus hereditas in stirpes, non in capita dividitur...*; Tit. Ulp. 26.2: ...*ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita diuidatur, sed in stirpes...*; Iust. *inst.* 3.1.6: ...*conueniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hereditatem diuidi...*; Coll. 16.3.9: ...*quibus in patris sui partem uenientibus hereditas in stirpes, non in capita diuiditur...* En Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.4, dice Ulpiano, en sus comentarios a Sabino, que los nietos y nietas suceden en la misma ‘porción’ que su padre premuerto o emancipado: texto *supra*, nt. 19.

²² C. STORTI STORCHI, voz *Rappresentazione* (*dir. intermedio*), en *Enc. dir.*, XXXVIII, cit., 632.

tentoso proceso de formación del *ius commune*²³, quienes rebautizaron la *successio per stirpes* en la actual «representación». En la obra de Dino del Mugello y Cino da Pistoia ya puede verse incorporado el término *repraesentatio* en el lenguaje jurídico, y lo hace en el sentido de explicar que los nietos representan la persona del padre en una sucesión a la que no ha podido concurrir: «...*succedunt ergo in stirpes, quia sicut succedendo cum patruis, repraesentant personam patrum suorum*»²⁴. Faber, en sus comentarios a las instituciones justinianas, argüía respecto del fragmento *inst.* 3.1.7.1 que: *filii representant personam patris*²⁵. Para explicar la sucesión de uno (el hijo) en lugar de otro (el padre heredero) se acude a una ficción: el primero está representándolo en una sucesión de la que el segundo no puede formar parte²⁶. Sobre esta base, las ‘Coutumes’ francesas (s. XVI) también comienzan a recoger en diferentes ordenanzas y cuerpos legales este derecho sucesorio

²³ A. TORRENT, *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-‘ius commune’-derecho europeo*, Madrid, 2007, 205 ss.

²⁴ Vid. cita completa y otros textos, en C. STORTI STORCHI, voz *Rappresentazione*, cit., 641 ss. Asimismo, R.M^a. ROCA SASTRE, *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, en *Estudios sobre sucesiones*, II, cit., 224 ss.; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios*, cit., XIII.1, 141.

²⁵ J. FABER, *Comentarius ad Instituta* 3.1.7.1.

²⁶ M.D. BOCŞAN, *La représentation*, cit., 39.

Tit. Ulp. 26.2; Iust. inst. 3.1.2. El régimen intestado de las XII Tablas revela también que en el segundo grado de sucesión, el de los *adgnati proximi*, no cabe la *successio in locum*: en ausencia de *sui*, la herencia viene deferida a los *adgnati* entrando en juego el principio de la proximidad de grado: Ulp. 13 *ad Sab. D. 38.16.2.2-4*; Gai 3.15. El hecho de que el agnado más próximo – los hermanos del causante, en primer lugar – excluya a los demás, no deja resquicio a pensar que en esta línea pudiese darse la representación sucesoria⁶⁶. Gayo explica esta sucesión precisamente recurriendo al ejemplo de un difunto que tiene como posibles herederos *ab intestato* un hermano y un hijo de otro hermano fallecido: *Si ei, qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intellegitur, frater prior est, quia gradu praecedit*⁶⁷. Por otro lado, si un agnado renunciaba a la herencia o moría sin haberla aceptado, se producía el acrecimiento de los demás (en el mismo grado) sobre la cuota⁶⁸. La Pira vio la exclusión de la *successio in locum* de los *adgnati* como una consecuencia del organismo agnaticio, de la *familia proprio iure*, en la que se puede intuir

⁶⁶ P. VOICI, *Diritto*, II, cit., 12 y 13; S. SOLAZZI, ‘*Adgnati?*’, en *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 264; E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., 793.

⁶⁷ Gai 3.15: el hermano vivo precede en grado al sobrino.

⁶⁸ Marc. 5 *inst. D. 38.16.9*; Tit. Ulp. 26.5; Paul. sent. 4.8.24; Ulp. 12 *ad Sab. D. 38.17.1.9*.

entre sus miembros el deseo de continuidad de unidad económica, religiosa y moral de la familia, al contrario que la *familia commune iure*, de la que forman parte los *adgnati* y aquellos que podrían haber sucedido en lugar de los agnados en virtud del derecho de representación (en este caso, los hijos del hermano del causante), en quienes no tiene por qué darse esa vocación de mantener la proyección integral de un organismo familiar del que propiamente no forman parte⁶⁹. Tampoco cabe, por último, la *successio in locum* en el tercer llamamiento, en el seno del indeterminado y problemático (a los efectos sucesorios) grupo de los *gentiles*.

En el grupo de los *heredes sui* se plantea el derecho que tienen los *postumi* a concurrir a la herencia *ab intestato* en este período, ya que la Ley de las XII Tablas no los mencionan. La cuestión presenta por ese motivo cierta complejidad, aunque del testimonio de determinados juristas que los incluyen en el grupo de los *heredes sui* también en la época antigua se piensa que eran igualmente convocados a suceder a su causante⁷⁰.

⁶⁹ G. LA PIRA, *La successione*, cit., 165.

⁷⁰ Gai 3.4; *epit.* 2.8.1. Ulp. 10 *ad Sab.* D.38.16.3.9; Ulp. 12 *ad Sab.* D.38.16.1.8; Paul. 17 *ad Plant.* D.5.4.3; Iul. 59 *dig.* D.38.16.6; Tit. Ulp. 22.15. Al respecto, F. LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996, 57 ss.; P. Voci, *Diritto*, II, cit., 16 y 17; E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 87 ss.; A. GUARINO, *Diritto*, cit., 443. Cfr. L. MONACO, 'Hereditas', cit., 50 y 51.

ABSTRACT

La *successio in locum* surge en el marco de la sucesión intestada como un mecanismo de protección de la familia, llamando a suceder a una serie de descendientes del *de cuius* inicialmente excluidos, los nietos y nietas, cuando el padre de estos no heredaba por premoriencia o emancipación. El trabajo se centra en el régimen jurídico de esta institución en el antiguo *ius civile* (Ley de las XII Tablas).

Successio in locum arises in the context of intestate succession as a family protection mechanism, where a series of descendants of the *de cuius* who had initially been excluded, grandchildren, whose father did not inherit due to his having predeceased or due to emancipation, are called upon to succeed by descent. This work focuses on the legal system governing this institution in the old *jus civile*.

SANTIAGO CASTÁN

Profesor Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos Madrid
E-mail:santiago.castan@urjc.es

reencontramos aquí con viejas y problemáticas preguntas que atañen a esta figura. ¿Qué sucedía a la muerte de un *consors*? ¿Se extinguía el *consortium*? ¿Sucedian sus herederos ocupando su lugar en la sociedad familiar? Desde luego cabía la extinción del *consortium* en este momento (el constitutivo o el de sucesión de un *consors* muerto dentro de una comunidad ya constituida) como en cualquier otro de su existencia, antes y después de las XII Tablas¹⁴⁴, y los hijos recibirían la parte proporcional de la *res familiaris* que le habría correspondido al padre tras la división de la comunidad. Si, no obstante, y como venimos defendiendo a lo largo de estas páginas, la *successio in locum* miraba a proteger a unos herederos concretos por razones de justicia natural y de conciencia social, en la medida de no agravar una situación ya suficientemente perjudicial para ellos, no parece descabellado pensar que se hubiesen tomado las medidas oportunas por parte de los *consortes* para garantizar al máximo la subsistencia de aquéllos, y la constitución y mantenimiento del *consortium*, da la sensación, cumpliría mejor con dicho propósito.

voluntad de dividir el patrimonio común es la misma en los dos casos.

¹⁴⁴ Las Tablas ya recogían una acción divisoria específica que era la *actio familiae eriscundae* (a través de una *actio per iudicis postulationem*). Vid. Gai 4.17a; Gai 7 *ad ed prov.* D. 10.2.1pr. Sobre la división del *consortium*, vid. por todos, A. CALZADA, ‘*Consortium*’, cit., 153, 160, *passim*.

Las Tablas (XII Tab. 4.4) consideraban legítimo al hijo nacido dentro de los diez meses posteriores a la muerte de su padre, de modo que su inclusión como heredero por el *ius civile* parece bastante probable siempre y cuando, claro está, llegara a nacer dentro del plazo señalado⁷¹. Puesto que su reconocimiento obedece a los mismos principios naturales y racionales por los que se defiende la herencia en primer lugar a quienes están en potestad del *pater familias*, tampoco los nietos o nietas póstumos deberían quedarse fuera de la misma si su progenitor no viviera, porque dicha exclusión era igualmente injusta y grave para sus intereses. De este modo también entraba en juego la posible sucesión (al abuelo) del nieto concebido pero no nacido de un padre premuerto⁷². Y como cualquier otro *heres suus*, heredaba automáticamente, de forma que no podía rechazar la herencia. Creo que puede bien percibirse cómo las razones esgrimidas para asegurar la sucesión de los *fili postumi* pueden ser extendidas a los *nepotes postumi* abriéndoles la *successio in locum*, con tanto o más sentido que el

⁷¹ Si el *postumus* no nace, no es heredero. Vid. E. BIANCHI, *Per un'indagine*, cit., 123; F. LUCREZI, *La successione*, cit., 30 y 37; F. CUENA, *Sucesión intestada y 'natura rerum': el caso del 'postumus suus'*, en *O Direito das sucessões: do Direito romano ao Direito actual*, Coimbra, 2006, 195 ss.

⁷² U. ROBBE, *I postumi*, cit., 62 y 63. M.G. ZOZ, voz *Rappresentazione*, cit., 628. Cfr. *Paul. sent.* 3.4b.10.

artificio jurídico que prolongaba el poder del *paterfamilias* difunto (y marido) sobre el vientre de la viuda encinta⁷³. En realidad, todos los sujetos anteriores formaban el grupo reducido que los juristas del Derecho clásico denominaban *familia proprio iure*⁷⁴, aquella en la que podía darse la *continuatio dominii* de la que hablaba Paulo⁷⁵.

VI. Otra de las cuestiones centrales de nuestro instituto es el derecho de la mujer a la representación, tanto desde un punto de vista de su condición de causante como, en segundo lugar, de su condición de hija heredera de un *pater* o un marido (*in loco filiae*). Como punto de partida general para el *ius civile* de este período – omitimos cualquier referencia a la sucesión testamentaria⁷⁶– hay que señalar la concurrencia de dos principios o requisitos: la *successio in locum* solo tiene lugar cuando el causante es un varón y solo se proyecta sobre la línea masculina de sus descendientes. Precisemos, sin embargo, un poco más. En relación con la primera de las cuestiones que planteábamos, esto es, si a una mujer podían

⁷³ Y. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, en *Storie delle donne in occidente. L'antichità*, a cura di G. Duby, M. Perrot, Roma-Bari, 1990, 113

⁷⁴ Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.2.

⁷⁵ Paul. 2 *ad Sab.*, D. 28.2.11. Véase G. LA PIRA, *La successione*, cit., 165; J.M^a. RIBAS ALBA, *La desheredación*, cit., 102.

⁷⁶ Al respecto, L. MONACO, '*Hereditas*', cit., 125 ss.

sonalmente su patrimonio. De hecho, en opinión de Gaudemet esto pudo ser bastante frecuente¹⁴², que el consorcio persistiera ocupando los *sui* el lugar del padre fallecido, manteniéndose la comunidad entre los tíos (*consortes*) y los sobrinos y/o la cuñada de aquéllos. Puesto que no hay datos al respecto, no podemos más que conjeturar tomando en consideración elementos sociales y tradicionales.

Por supuesto podía darse el caso contrario al expuesto, y aquí entroncamos el segundo de los interrogantes que planteábamos de inicio: abierta la sucesión y creado naturalmente el consorcio, podrían decidir los *consortes*, a la vista de la existencia de personas que entraban en virtud de la *successio in locum*, proceder a la división del patrimonio común en previsión de una compleja administración que rompería una de las características más distintivas de la sociedad familiar, la igualdad entre los *consortes*¹⁴³. En realidad, nos

¹⁴² J. GAUDEMET, *Les communautés*, cit., 73.

¹⁴³ Para M. KASER, *Das Römische Privatrecht*², München, 1971, 101 y M. TALAMANCA, voz *Società*, cit., 816, la muerte de un *consors* que deja *heredes sui* probablemente ocasionara la extinción del consorcio, debido a la problemática que aparejaría la entrada en la sociedad de un grupo de personas en el lugar del fallecido y la desigualdad en las cuotas entre estos y los *fratres consortes* supérstites. Por analogía, este mismo planteamiento pudiera ser extendido al caso que hemos planteado, pues la causa que originaba la

dando por válida esta hipótesis, hay que reconocer que en seguida podría surgir, en orden a la administración del consorcio, el problema de la desigualdad de derecho (proporción de su participación) entre los *fratres consortes* y los *sui* del *heres* fallecido¹³⁹. La continuidad del consorcio en estos supuestos es una incógnita: lo más acorde con los *mores antiqui*, las concepciones religiosas y la conciencia solidaria de los herederos del *de cuius*¹⁴⁰, habría sido permanecer en el estado de indivisión patrimonial para garantizar con seguridad la subsistencia de los sobrinos (los *representantes*), y probablemente se hiciera así, al menos mientras no plantease problemas importantes en el aspecto económico¹⁴¹ o en la administración de la *res familiaris*; o, tal vez, hasta que aquellos alcanzasen la pubertad y pudiesen administrar per-

¹³⁹ M. TALAMANCA, voz *Società (dir. rom.)*, en *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 815, nt. 13.

¹⁴⁰ En este sentido, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 200.

¹⁴¹ P. DE FRANCISCI, *'Primordia civitatis'*, Roma, 1959, 162, no consideraba un problema la cuestión económica: pensaba que hasta una familia muy numerosa podía, desde un punto de vista económico, mantener su unidad y su extensión en el *consortium*. La posibilidad de que el *consortium* se perpetuara durante varias generaciones ha sido admitida por varios romanistas: vid. con lit. A. CALZADA, *'Consortium'*, cit., 169 y E. RABEL, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung. Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den neuen Gaiusfragmenten*, en *Mnemosyna Pappulias*, Athen, 1934, 200 ss.

sucederle *ab intestato* por representación sus nietos (cuando faltaban uno o varios de sus *heredes sui*), la respuesta es bien sencilla: la *successio in locum* estaba restringida en el viejo *ius civile* únicamente al sexo o línea masculina, de forma que no había derecho de representación en la sucesión intestada de la mujer como causante, fundamentalmente por el *handicap* legal de que la mujer no poseía *heredes sui*. No tenía la potestad sobre sus hijos, ni sobre los naturales ni sobre los adoptivos⁷⁷, de forma que cuando se abría su sucesión intestada la ley llamaba en primer lugar a sus agnados⁷⁸, entre los que como ya se ha dicho no existía derecho de representación. En todo este período, en el que la *cognatio* no constituía un elemento que fuese considerado jurídicamente relevante a efectos de la sucesión, el carácter agnaticio de la familia no estaba en complicidad con la mujer, a la hora de que sus bienes fueran recibidos por las personas (probablemente) más allegadas a ella, sus hijos y, en su defecto, sus nietos. Hay que pensar, por otro lado, aunque no existan textos que refuercen estos plantea-

⁷⁷ Gai 1.104; Gai 10 *ad Leg. Iul. et Pap.* D. 38.16.13; Tit. Ulp. 26.6; C.8.48.5. Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 117 ss.

⁷⁸ Gai 3.14. Tit. Ulp. 26.7. L. MONACO, *'Hereditas'*, cit., 49 ss. G. MELILLO, *'Personae'*, cit., 70: el *ius agnationis*, privilegio potestativo del sexo masculino, era el fundamento de esta discriminación. En efecto, la mujer no tenía parentesco legal (agnaticio) sobre su descendencia, porque el parentesco se transmitía solo por vía del varón.

mientos, que quizá la sucesión intestada de la mujer tuviese poca importancia en esta época, sobre todo porque la *uxor in manu* del *paterfamilias* se encontraba integrada en una sociedad familiar y doméstica en la que no tenía la condición de *sui iuris*: en el plano jurídico se hallaba *in loco filiae*. Probablemente sus pocos bienes fuesen también de escasa entidad patrimonial, ya que lo que le pudiera llegar por atribución de su *paterfamilias* revertía automáticamente en el patrimonio de su marido, que al mismo tiempo era el de la familia en la época antigua (recuérdese el conocido comentario de Paulo de que a los hijos se les consideraba en cierto modo – *quodammodo* – propietarios del patrimonio familiar, que aunque no puede entenderse en sentido literal, sí reflejaba el principio de destino unitario de los bienes de la familia, servir al mantenimiento y necesidades de ésta)⁷⁹. De ahí que también se haya vinculado la aparición de la *mancipatio familiae* como tercer género testamentario en la época decenviral (junto al *testamentum calatis comitiis* y el *testamentum in procinctu*), no solo para el supuesto de peligro inminente de muerte que recordaba Gayo (2.102), sino también para permitir una forma de testar a las personas que no podían hacerlo del modo

⁷⁹ Paul. 2 *ad Sab.* D. 28.2.11; Ulp. 49 *ad ed.* D. 38.9.1.12; Gai 2.157; Paul. sent. 4.8.6; Iust. *inst.* 3.1.3.

familiar entrando los que hoy llamamos *representantes*, es decir los *sui* del heredero pre-muerto en su lugar¹³⁶, por supuesto también las mujeres¹³⁷, y en posesión de los poderes jurídicos que habría disfrutado el heredero en primer grado (recuérdese que, propiamente, no existe la cuota en el *consortium*, sino una suma de plenos e indiferenciados poderes); esto significa que se subrogarían en la posición jurídica que habría tenido su ascendiente. Pienso, además, que este supuesto pudo haberse producido con cierta frecuencia, ya que el índice de mortalidad entre varones jóvenes y adultos era bastante alto debido a las enfermedades comunes y también a sus obligaciones de índole militar. Es hasta probable que los *fratres sui* contemplaran como algo natural constituir el *consortium* con sus sobrinos¹³⁸. Sin embargo,

¹³⁶ F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma. I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, 57; M. SALAZAR REVUELTA, *La cohesión familiar a través del consortium inter fratres y su posible pervivencia histórica*, en *El derecho*, cit., 692.

¹³⁷ La mujer integraba con toda certeza el *consortium*, siempre y cuando continuara estando *in potestate* o *in manu* con respecto al *de cuius*. Al respecto, L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 150 y 151; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*², cit., 377; L. MONACO, 'Hereditas', cit., 53.

¹³⁸ Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 6. En torno a la *adgnatio*, *cognatio* y su relación con el *consortium erecto non cito*, véase F. BOSSOWSKI, *Die Nov. 118*, cit., 282 ss.

posible relación con la representación hereditaria. Si, como parece, el *consortium* constituía el resultado natural de la sucesión durante los primeros siglos de andadura romana, especialmente en el ámbito de la sucesión intestada, la premoriencia de uno de los *heres* o de los *consortes* plantea sobre todo dos cuestiones importantes: la primera relativa a la forma y el contenido en el que entran los descendientes del *heres* premuerto en la constitución del consorcio (propiamente, pues, la *successio in locum*); la segunda, que no es en absoluto un caso de representación pero entiendo que puede ser tratada aquí por una proximidad argumentativa, se centra en el modo de entrar los herederos de un *consors* muerto en la cotitularidad del *consortium* del que formaba parte el causante.

En realidad, ambas cuestiones pueden ser contestadas de forma conjunta, pues entroncan con uno de los aspectos más problemáticos del *consortium*, la igualdad entre los *consortes* y las causas de disolución de la comunidad familiar. Durante todo el período en el que nos hemos centrado, la sucesión intestada reconocía la *successio in locum* de los *sui* del heredero premuerto o emancipado. Juguemos con la hipótesis de que la representación no alterase en modo alguno el *consortium erecto non cito*: a la muerte del *paterfamilias* se constituiría automáticamente la comunidad

especialmente una completísima relación bibliográfica en *ivi*, 32, nt. 5.

ordinario, especialmente los plebeyos⁸⁰ (que no pertenecían a los *comitia curiata* donde se otorgaba el testamento *calatis comitiis*) y las mujeres⁸¹ (que tampoco participaban en dicha asamblea⁸² ni podían testar *in procinctu*, porque no formaban parte del ejército). Si la *mancipatio familiae*, que no era un verdadero testamento, porque no contenía institución de heredero y su naturaleza estaba más próxima a los negocios fiduciarios, servía sobre todo para ordenar legados, como creen muchos, parece plausible que pudiera haber prestado un ventajoso servicio a la mujer, en el sentido de que a través de este expediente podría hacer llegar a sus hijos y nietos de ambos sexos una serie de bienes que de otro modo irían a parar a sus colaterales (*adgnati*), en virtud de las normas decenvirales. En todo caso, reitérese que en el *ius civile vetus* no se aplicaba la *successio in locum* en el marco de la sucesión intestada de la mujer.

Y en segundo lugar, solo se podía representar a un *suius* varón. La razón es que la hija, una vez que se casaba, perdía la agnación con respecto a

⁸⁰ P. VOCI, *Diritto*, I², cit., 91. B. BIONDI, *Sucesión*, cit., 41 y 42; R. QUÉRENET, *Étude sur les différentes formes de testaments a Rome*, Paris, 1881, 22; P.F. GIRARD-F. SENN, *Manuel*, cit., 856. M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'.* *Problemi di origine*, Torino, 1996, 38 ss.

⁸¹M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 644. En especial, L. MONACO, *'Hereditas'*, cit., 149 ss. y 171 ss., en relación con la *coemptio fiduciae* de Gai 1.115-115a.

⁸² Gell. 5.19.10.

su padre, ya que pasaba a la familia del marido a través de la *conventio in manum*. Durante todo el período arcaico es opinión mayoritaria que el matrimonio romano conllevaba necesariamente la adquisición de la *manus* sobre la esposa. En realidad no podía ser de otra forma dada la estructura de la familia agnaticia antigua y los intereses comunes que unían a sus miembros, desde los económicos a los religiosos⁸³. Así como la esposa del *paterfamilias* pertenecía a la familia de su marido (jurídicamente *in loco filiae*), la hija al celebrar nupcias pasaba a la familia de su marido y sus descendientes entraban en la potestad de éste⁸⁴. Junto al hijo emancipado, la hija casada *in manu* (de su marido o del padre de éste) quedaba excluida por el *ius civile* de la sucesión intestada de su *paterfamilias*⁸⁵. Con respecto a su abuelo materno, estos descendientes (los nietos *ex filia* del causante) estaban ligados por consanguinidad, pero no por agnación, de forma que no tenían derecho a heredar de su abuelo en ningún caso (salvo por legado en la sucesión testamentaria).

⁸³ Ha de recordarse, empero, que la Ley de las XII Tablas ya preveía la posibilidad de que el matrimonio fuese celebrado sin acompañamiento de la *conventio in manum*, estableciendo el modo de adquirir la *manus* mediante el *usus*, así como interrumpirlo a través de la *usurpatio trinocitii* (XII Tab. 6.5). Gai. 1.111.

⁸⁴ Gell. 18.6.9.

⁸⁵ L. MONACO, ‘*Hereditas*’, cit., 18.

podamos saber cómo habría de ser esta sucesión colectiva. Problemas de interpretación aparte, lo que no se puede negar es que la normativa sobre la sucesión del liberto es muy antigua, e incluso sirvió de base para regular *ex edictum* y al socaire de los nuevos vientos en materia familiar y sucesoria alguna cuestión de relevancia, *verbi gratia* la reclamación por un padre de la herencia de su hijo emancipado, que Ulpiano afirma que se reglamentó *exemplo patroni*¹³⁴.

IX. No quisiera terminar sin hacer una mínima referencia al *consortium erecto non cito*¹³⁵ y su

O. DILIBERTO, voz *Successione*, cit., 1303; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, cit., 608, nt. 26.

¹³⁴ Ulp. 45 *ad ed. D.* 37.12.1 pr.

¹³⁵ Gai. 3.154a; Paul. 2 *ad Sab. D.* 28.2.11. Tema suficientemente abordado por la doctrina, de modo que remito al lector a unas cuantas obras representativas y otras más recientes con abundantes referencias bibliográficas: J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, 53 ss.; M. BRETONE, ‘*Consortium*’ e ‘*communio*’, en *Labeo*, VI, 1960, 163 ss.; A. TORRENT, ‘*Consortium erecto non cito*’, en *AHDE*, XXXIV, 1964, 479 ss.; F. WIEACKER, ‘*Societas*’. *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 126 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *AUPA*, XX, 1949, 133 ss.; A. CALZADA GONZÁLEZ, ‘*Consortium erecto non cito*’: ‘*consortes qui a communiione discedere velint*’, en *Iura*, LIX, 2011, 151 ss.; M. FUENTESECA, *Estructura del grupo familiar: ¿comunidad doméstica o jefatura única del paterfamilias?*, en *El derecho de familia*, cit., 209 ss.; L. MONACO, ‘*Hereditas*’, cit., 31 ss., y

más próximo de ambos¹²⁹. Del mismo modo, el hijo del patrono excluía a los nietos¹³⁰. La regla provocaba, por ejemplo, que si un liberto tenía dos patronos y uno había fallecido, sucedería exclusivamente el *patronus* supérstite, quedando excluidos los hijos del patrono premuerto por no existir la *successio in locum*¹³¹. En caso de heredar los *sui* del *patronus*, lo harían *per capita*, y si había más de un patrono premuerto, todos los descendientes de los *patroni* sucedían *per capita* y no *per stirpes*¹³². Por último, y en lo que continuaba siendo una reproducción del régimen general de la sucesión intestada, la ley llamaba en último lugar y a falta de *heredes sui* del *patronus*, a los *gentiles* (también de este último)¹³³, sin que tampoco

¹²⁹ Se puede deducir, como hace F. SAMPER, ‘*De bonis libertorum*’, cit., 151, de *Tit. Ulp.* 26.5, que tampoco había *successio in graduum*: si el patrono repudiaba la herencia no le era ofrecida a sus hijos.

¹³⁰ *Tit. Ulp.* 27.3.

¹³¹ *Iul. dig.* D. 38.2.23.1; Gai 3.60; *Tit. Ulp.* 27.2. *Ulp.* 38 *ad Sab.* D. 26.4.3.7; *Paul. sent.* 3.2.1. Vid. P. FUENTESECA, *Derecho*, cit., 455; F. SAMPER, ‘*De bonis libertorum*’, cit., 151; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, cit., 607, nt. 25.

¹³² *Tit. Ulp.* 27.4; *Paul. sent.* 3.2.3.

¹³³ *Cic. de orat.* 1.39.176: *Quid? Qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri iudicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se redisse dicerent, nonne in ea causa fuit oratoribus de toto stirpis et gentilitatis iure dicendum?*. Sobre este texto, C. MASI DORIA, ‘*Bona*’, cit., 31 ss. Cfr. *Ulp.* 46 *ad ed.* D. 50.-16.195.1, y en torno a este último y su posible referencia a las *gentes*, vid.

La mujer no sufría discriminación en su llamada a la herencia desde el momento en que era considerada, como sus hermanos varones, heredera por derecho propio: *Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit*⁸⁶, y como estos no tenía derecho a rechazar la herencia. Asimismo, la *neptis ex filio* concurría a una herencia en virtud de la *successio in locum* en igualdad de condiciones con sus hermanos de sexo masculino: *Non minus autem neptes quam nepotes succedent in locum parentium*⁸⁷. La nuera sucedía también por derecho de representación a su suegro siempre que al tiempo de abrirse la sucesión de éste, su marido hubiese muerto o salido de la *potestas* del pater. Lo haría en representación de su marido junto con sus hijos, esto es, los nietos del suegro *defunctus*⁸⁸. Sus

⁸⁶ *Paul. sent.* 4.8.20. Igualmente, Gai 3.2-3; 3.14. *Coll.* 16.2.14. F. SCHULZ, *Derecho*, cit., 210; Y. THOMAS, *La divisione*, cit., 112; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, cit., 607. Existen dudas acerca de la capacidad sucesoria de la mujer en la época antigua: vid. L. MONACO, ‘*Hereditas*’, cit., 19, 50 y 51, postura crítica con la inclusión de la mujer entre los *heredes sui* de las XII Tablas, (ivi, 201), pensando que el reconocimiento a la sucesión *ab intestato* es posterior a la ley de las XII Tablas, en torno a la primera mitad del s. III a.C. F. LUCREZI, *La successione*, cit., 59 y 60: la admisión de la mujer en la sucesión intestada sería obra de la jurisprudencia pontifical con posterioridad a las Tablas.

⁸⁷ *Ulp.* 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.6.

⁸⁸ Gai 3.3; *Coll.* 16.2.3; *Gell.* 18.6.9; R. ASTOLFI, *Il matrimonio*², cit., 377.

limitaciones en este terreno – las de la mujer en general – son las arriba expresadas: la *conventio in manum* la dejaba jurídicamente fuera de su familia original y los hijos e hijas que pudiera tener en su matrimonio (nietos *ex filia* del causante) perdían el derecho a representarla en la sucesión del *avus*⁸⁹.

VII. Materia ardua es precisar los casos en que procedía la llamada a los nietos para suceder *ab intestato* al *avus pater familias* en el lugar de su padre. En realidad, esta problemática se limita exclusivamente a la época de las XII Tablas (hasta fines de la República), porque el *edictum* y las diferentes reformas de la sucesión intestada de época imperial fijaron adecuadamente los casos en que se verificaba la *successio in locum*. Si tomamos como referencia las fuentes clásicas y posclásicas, también las justinianeas, observamos que los hijos ocupaban el lugar de su padre en la sucesión *ab intestato* del abuelo cuando se hubiera producido la premoriencia o una *capitis deminutio* de su progenitor, tanto si esta última según algunos textos era *maxima* (pérdida de libertad por cautiverio de guerra), *media* (deportación) o

⁸⁹ Gai 3.23; *Tit. Ulp.* 26.6. Véase R. LAMBERTINI, *Giustiniano e l'antica esclusione dall'hereditas legitima delle agnate oltre il grado dei consanguinei*, en *BIDR*, XXXIX, 1987, 467 ss.

*patrona*¹²⁶, en una clara muestra de respeto hacia el derecho de patronato¹²⁷ que subrayaba la vinculación que seguía existiendo entre ambos. En este sentido, el patrono ocupaba el lugar del *adgnatus proximus* y esta ubicación en el orden sucesorio afectaba al derecho que pudieran tener los hijos del *patronus* si éste había fallecido¹²⁸. En suma, ¿existía derecho de representación a favor de los hijos del patrono para colocarse en el puesto de éste? En realidad no; no solo porque, como se ha visto, en la llamada a los *adgnati* no se producía la *successio in locum*, sino también porque tenían reconocido su derecho a suceder al liberto por otra vía (llamamiento): la normativa preveía que en ausencia del patrono y de la patrona sucedieran al liberto los descendientes agnados más próximos del *patronus*, esto es, sus hijos. Así que el derecho de estos últimos a suceder al *libertus* dependía de que faltasen sus progenitores (entendiendo que son estos el patrono y patrona del liberto), porque de otra forma eran excluidos por el grado

¹²⁶ Sucesión análoga a la del *patronus*, con la salvedad de que la *patrona* no tenía *heredes sui*. Vid. F. SAMPER, '*De bonis libertorum*', cit., 197 y 198; V. ARANGIO-RUIZ, *Instituciones*, cit., 607, nt. 25.

¹²⁷ *Tryph.* 21 *disp.* D. 34.5.9(10).2; *Ulp.* 14 *ad Sab.* D. 26.-4.pr.-1

¹²⁸ C. MASI DORIA, '*Patronos*', cit., 7; M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 837.

mera llamada es idéntica a la establecida para los *ingenui*, es razonable pensar que entrase en juego la *successio in locum* cuando existiera un *filius* premuerto que contara con descendencia, pues los mismos móviles de justicia que amparaban la representación de los *ingenui* se reproducían en favor de los *libertini*. De este modo, nietos y nietas del liberto, así como la *nurus in manu* del *filius* fallecido podían concurrir a la herencia de su abuelo causante¹²⁴. La similitud¹²⁵ con la sucesión intestada de los ingenuos se interrumpe en este punto, pues la ley no busca en segundo lugar a los *agnati* del *libertus*, porque por su condición no los podía tener (el Derecho no les había reconocido ninguna relación familiar, una familia civil, durante la esclavitud), ni tampoco, en tercer lugar, a los *gentiles*, ya que los libertos no estaban encuadrados en una organización gentilicia. Entonces, a falta de *sui heredes* y de otro parentesco legal, el *ius civile* defería la herencia al *patronus* y la

en C. MASI DORIA, 'Bona', cit., 15 ss., *passim*; O. DILIBERTO, voz *Successione*, cit., 1302 y 1303; A. GUA-RINO, *Diritto*, cit., 444 y 445; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1956, 721; P. FUENTESECA, *Derecho*, cit., 454 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*², II, cit., 582 ss.

¹²⁴ Así, P. FUENTESECA, *Derecho*, cit., 455. En contra, O. DILIBERTO, voz *Successione*, cit., 1303: «...tale ultima disposizione è forse frutto dell'interpretatio post-decemvirale».

¹²⁵ F. SAMPER, 'De bonis libertorum', cit., 151.

minima (emancipación)⁹⁰. Sin embargo, es muy difícil sostener que la Ley de las XII Tablas, o la jurisprudencia pontifical de ese período, contemplaran y admitieran la totalidad de estos supuestos, sobre todo teniendo en cuenta que ciertas limitaciones de la capacidad que daban lugar a la *capitis deminutio* fueron teorizadas con bastante posterioridad a la época que nos ocupa⁹¹.

La premoriencia ha sido desde antiguo la primera y principal causa que justificaba el llamamiento a la herencia de unos herederos inicialmente excluidos⁹². Como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, que los nietos sucedieran a su abuelo en (el) lugar que debería haber ocupado su padre si viviera, se consideraba lo más justo y acorde con la conciencia religiosa y social que prescribía la protección de la familia agnaticia (*proprio iure*) como uno de sus grandes enunciados. En eso concuerdan las fuentes históricas anteriores a Roma⁹³, tanto como otros textos ro-

⁹⁰ Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.4; Pomp. 4 *ad Sab.* D. 38.16.4; Gai 1.159; Gai 4 *ad ed. prov.* D. 4.5.1; Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.5.2 pr. La *capitis deminutio* en relación con la *successio in locum*, en P. VOICI, *Diritto*, II, cit., 11 y 12. M.G. ZOZ, voz *Rap-presentazione*, cit., 627, nt. 9; M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 635, nt. 98.

⁹¹ *Capitis deminutio*, como expresión de contenido jurídico, aparece ya en los escritos de Cicerón: vid. *top.* 4.18; 6.29.

⁹² De ahí la máxima medieval, de influencia romana, *viventis nulla repraesentatio est*.

⁹³ *Supra*, nt. 2.

manos que ya han sido mencionados (*v. gr.*, D. 38.16.1.4), los cuales señalan oportunamente que se trata de una motivación basada en la *ratio naturalis*. Partiendo de este supuesto, la premo-riencia, la *successio in locum* fue extendida a otros casos en los cuales se pudiera intuir analógicamente una misma justificación y beneficio. Ahora bien, ¿cuándo y cuáles? Si nos detenemos en una de las fuentes más fiables para conocer el Derecho arcaico, las Instituciones de Gayo, comprobamos que este jurista alude a la emancipación como segundo supuesto de *successio in locum* (Gai 3.2), luego corroborado por Ulpiano y Pomponio en sus comentarios a Sabino (D. 38.16.1.4; D. 38.16.4)⁹⁴, de modo que debemos considerar que bien pronto hubo de convertirse en la segunda de las causas, equiparada a la muerte⁹⁵, por las que se permitía la subrogación de la *successio in locum*. La *emancipatio* estaba ya contemplada en la ley de las XII Tablas⁹⁶, aunque no desde luego en su

⁹⁴ Justiniano también incluye la emancipación entre los supuestos que dan lugar a la *successio in locum* en el antiguo *ius civile. inst.* 3.1.2.

⁹⁵ M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 635, nt. 98.

⁹⁶ Léase Dion. Hal. 2.27.1-3: el derecho a vender al hijo (*ius vendendi, emancipatio*) existía ya en época monárquica y fue otra de las costumbres vigentes que recopilaron los *decemviri*. Gell. 15.27.3, afirma que en época antigua las *emancipationes* tenían lugar en los *comitia calata*. Considera J.F. GARDNER, *Family and 'Familia' in Roman Law and Life*, Oxford, 1998, 16 y 17, que la emancipación de un *filius* no

puede deducirse que el liberto tenía una gran libertad de disposición sobre sus bienes, era libre de otorgar testamento (seguramente mediante *mancipatio familiae*)¹²⁰ y que no estaba obligado a dejar nada a su patrono¹²¹.

A falta de testamento, las XII Tablas ordenaban la transmisión de la herencia del liberto varón¹²² a sus herederos de derecho propio, sus descendientes (hijos, también naturales y adoptivos) y la *uxor in manu*¹²³. Puesto que esta pri-

¹²⁰ Como *civis* y al amparo de XII Tab. 5.3: *Uti legassit suae rei, ita ius esto*. Es improbable que el liberto pudiese haber podido testar bajo las formas solemnes de testamento. G. FABRE, '*Libertus*', cit., 303; C. MASI DORIA, '*Civitas*', cit., 88-90.

¹²¹ Gai 3.40: *Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire*. La libertad del *libertus* para instituir heredero seguía vigente a finales de la República, a tenor del caso relatado por Val. Max. 7.7.6.

¹²² La sucesión de la liberta era distinta: como mujer, no tenía *heredes sui*, y por su condición de liberta tampoco *agnati* ni *gentiles*. En consecuencia, la herencia *ab intestato* era adquirida por sus patronos (en su defecto, por sus *liberi*). Si testaba (en época posterior), necesariamente tenía que ser con la autorización del *patronus* que ejercía la tutela legítima, así que Gayo dice agudamente que si el *patronus* no era instituido heredero por la liberta solo podía imputársele este hecho a él mismo: Gai 3.43. C. MASI DORIA, '*Bona libertorum*'. *Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, 1996, 151 ss. M. MEINHART, *Die 'Senatusconsulta'*, cit., 71 ss.

¹²³ Gai 3.40; *Tit. Ulp.* 29.1; *Ulp.* 10 *ad Sab.* D. 38.16.3 pr. El régimen sucesorio *ab intestato* del *libertus* en el *vetus ius civile*,

se pudo comprobar que en las clases altas se habían incrustado numerosos libertos poseedores de un inmenso patrimonio¹¹⁸. El texto decenviral, a través de la oportuna reconstrucción por parte de los juristas, regulaba la sucesión de los *liberti* a semejanza de la de los *ingenui* y establecía que si el liberto moría intestado la herencia se defería en primer lugar a sus *heredes sui* y, a falta de estos, al *patronus*: XII Tab. 5.8: *Civis Romani liberti hereditatem lex XII tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. Cum de patrono et liberto loquitur lex: EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM*¹¹⁹. Indirectamente, del texto

¹¹⁸ Vid. C. MASI DORIA, *Patronos y libertos: perspectivas jurídicas y realidades sociales. Movilidad de la riqueza y derecho sucesorio. Conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Clásicos sobre la sociedad y la política “Lucio Anneo Seneca”, 2005* (<http://docubib.uc3m.es/WORKINGPAPERS/IECSPA/iescpA050808.pdf>), 3 y 6. Refiriéndose a la sucesión de los libertos, esta autora dice: «estamos ante una de las formas más importantes de transmisión de la riqueza de la sociedad preindustrial» (ivi, 3). Igualmente, J. ANDREAU, *El liberto*, en *El hombre romano*, ed. A. Giardina, Madrid, 1991, 210 y 211.

¹¹⁹ El texto de XII Tab. 5.8 se apoya fundamentalmente en *Tit. Ulp.* 29.1 y *Ulp.* 46 *ad ed.* D.50.16.195.1. Concordancias asimismo en: *Vat. Fragm.* 308; *Gai* 1.165, 3.40; *Tit. Ulp.* 27.1-4; *Tryph.* 21 *disp.* D. 34.5.9(10).2; *Ulp.* 1 *ad Sab.* D. 38.16.3 pr. Cfr. *Iust. inst.* 1.17. Véase la interesante conjetura de reconstrucción del texto decenviral realizada por C. MASI DORIA, *Patronos*, cit., 6: *Si intestato (libertus) moritur cui suus heres nec escit patronus familiam habeto.*

vertiente más humanista, porque en su primitiva configuración quedaba demasiado ligada a la oscura venta del *filius* que el padre tenía derecho a efectuar. Tal y como aparece en las Tablas⁹⁷, la emancipación, más que una liberación de la *patria potestas*, con las ventajas jurídico-económicas que pudiese reportar al *emancipatus*⁹⁸, más bien parecía un castigo o sanción al *filius* debido a ese truculento proceso de triple venta⁹⁹, salvo que se tratase de darlo en adopción, ya que el sistema que se utilizaba para la *adoptio* era el mismo que para

fue practicada aún en la época de los *decemviri*, fundamentalmente porque la primera emancipación de la que da noticias Livio se habría realizado en el a. 357 a.C.: *Liv. urb. cond.* 7.16.9. En un sentido parecido, A. D’ORS, *Derecho*, cit., 289.

⁹⁷ XII Tab. 5.1: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.* Asimismo, en *Gai* 1.132; *Tit. Ulp.* 10.1. Cfr. igualmente, *Plaut. pers.* 337 ss.; *Cic. de orat.* 1.40.181; *pro Caec.* 34.98.

⁹⁸ Básicamente por la adquisición de la condición de *sui iuris*, porque el acto de emancipación rompía todos los vínculos agnaticos del emancipado con su familia de origen, privándole de cualquier derecho a suceder *ab intestato* a su padre (el *edictum* restauraría su posición en la familia a efectos sucesorios, inspirándose en motivos de equidad, *aequitas*: vid. L. VACCA, *In tema di ‘bonorum possessio contra tabulas’*, en *BIDR*, XIX, 1977, 165 ss.), y probablemente dejándole en una delicada situación económica. Vid. J.F. GARDNER, *Family*, cit., 15 y 16. A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 100.

⁹⁹ J.F. GARDNER, *Family*, cit., 6 y 7.

la *emancipatio* (Gai 1.134). La emancipación rompía la agnación y en consecuencia el hijo emancipado perdía su condición de heredero de derecho propio¹⁰⁰. En todo caso, para que los *nepotes ex filio emancipatae* sucedieran al abuelo era imprescindible que estos continuaran *in potestate* del causante¹⁰¹.

Los otros dos supuestos de *capitis deminutio* de un *heres suus*, pérdida de la libertad o de la ciudadanía, son más dudosos a la hora de considerar que estuviesen ya contemplados en la ley de las XII Tablas a los efectos de *successio in locum*. La situación de cautiverio de guerra es la hipótesis tratada con mayor frecuencia por los juristas en el ámbito del derecho sucesorio¹⁰². Es bien sabido que la cautividad originaba en la antigüedad la pérdida de los derechos patrios del prisionero y la adquisición de la condición jurídica de esclavo. El *ius civile* tuvo en consideración la situación particular del ciudadano prisionero de guerra, jurídi-

¹⁰⁰ La *capitis deminutio* destruía la agnación: Gai 3.19; 3.21; 2.135-137.

¹⁰¹ Ulp. 12 *ad Sab.* D.38.16.1.4; Pomp. 4 *ad Sab.* D.38.6.5.2. El *pater* podía emancipar al *filius* y retener bajo su *potestas* al nieto o nietos: Gai 1.133; Mod. 2 *reg.* D.1.7.41; Gai 1 *inst.* D.1.7.28 (=Gai 1.127). A. D'ORS, *Derecho*, cit., 313; E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., 792.

¹⁰² En materia de representación también hay un texto que contempla la posesión de los bienes hereditarios por parte del condenado a minas y su heredero: Ulp. 39 *ad ed.* D.37.4.1.9.

Así pues, los dos supuestos en que con seguridad se aplicaba el derecho de representación en el *ius civile* antiguo fueron la premorencia y la emancipación.

VIII. La *lex duodecim Tabularum* también regulaba la sucesión del liberto¹¹⁶, y en ella encontramos un supuesto de *successio in locum*. Precisamente, esta es una de las áreas sucesorias en que se introdujo también una reforma sustancial desde finales de la República, primero a través del *edictum* y la *lex Papia Poppaea*, más tarde combinada con los *senatus consulta* Tertuliano y Orficiano, hasta la legislación justiniana, con el punto de mira inicial de beneficiar los derechos de adquisición de los *patroni*¹¹⁷, quizá porque en la época decenviral la fortuna de los libertos no debía ser muy significativa y, sin embargo, en el ocaso de la República y comienzos del Principado

¹¹⁶ Nos referimos al liberto manumitido de forma solemne (*ius civile*) que adquiriría la ciudadanía, no a las posteriores clases de libertos (*Latini Iuniani*, *Latini Aeliani*) cuyo régimen sucesorio era bien diferente: a su muerte los bienes revertían automáticamente a su patrón: Gai 3.56. Vid. G. FABRE, 'Libertus'. *Recerches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la République romaine*, Roma, 1981, 300 ss.

¹¹⁷ Gai 3.41-53; *Tit. Ulp.* 29.1-7. C. MASI DORIA, 'Civitas Operae Obsequium'. *Tre studi sulla condidizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, 91 y 92. Ampliamente, en F. SAMPER, *De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos de los libertos*, en *AHDE*, XLI, 1971, 149 ss.

forma se permitiera heredar en su lugar a sus sucesores, sus hijos, adquiriendo la propiedad de los bienes por usucapión?¹¹² Es una posibilidad; en todo caso, difícil de asegurar. La extensión de la *successio in locum* a otros supuestos de incapacidad del heredero, como es el caso de la deportación¹¹³ que cita algún jurista como Ulpiano, obedece ya a la tendencia interpretativa o corriente jurisprudencial que contemplaba otras situaciones modificativas de la personalidad también como supuestos de representación, esto es, a favor de los descendientes del sujeto *capitis* disminuido. Ulpiano afirma que los descendientes de un deportado tenían derecho (por representación) a suceder a su abuelo en el lugar de su padre, debido a que la deportación (*capitis deminutio media*, que conllevaba la pérdida de la ciudadanía y otros derechos en el ámbito personal) era equivalente a la muerte, al menos desde una perspectiva metafórica¹¹⁴, aunque no parece probable que ésta proceda de una *interpretatio* de las normas decenvirales o del *ius civile vetus* (a pesar de la antigüedad del *exilium*)¹¹⁵.

¹¹² Así, RATTI, *Studi*, cit., 172-174.

¹¹³ La deportación está equiparada al exilio, e implicaba la confiscación de los bienes y la pérdida de la ciudadanía: Ulp. 45 *ad ed.* D. 38.2.14.3. Vid. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, 957 ss.

¹¹⁴ Ulp. 48 *ad ed.* D. 48.19.2 pr.; Ulp. 39 *ad ed.* D. 37.4.1.8.

¹¹⁵ G. CRIFÒ, *Ricerche sull' 'exilium', l'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, Milano 1960, 6 ss.

camente en poder del enemigo (*servus hostium*), y habilitó una *fictio iuris* mediante la cual se consideraba que en cuanto obtuviese la libertad y penetrase en territorio romano recuperaba todas sus relaciones jurídicas con excepción de la posesión y el matrimonio (*ius postliminii*)¹⁰³, y si moría durante su cautiverio, a efectos de salvaguardar su *testamenti factio*, se estableció la presunción de que había sido muerto cuando era todavía hombre libre (*fictio legis Corneliae*)¹⁰⁴. En síntesis, el *postliminium* paliaba los efectos adversos de la *capitis deminutio*, y en origen fue un privilegio concedido por el *ius civile* y no por obra del pretor¹⁰⁵. En nuestra materia, la cuestión radica en saber si el hijo del *captivus* tenía derecho a

¹⁰³ El origen del *postliminium* puede ser bastante antiguo y no necesariamente romano, pues hay rastros que muestran que se trataba de una institución común entre los pueblos antiguos: Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19 pr., introducido en Roma por «justicia natural». El concepto de postliminio, en Pomp. 37 *ad Quinct. Muc.* D.49.15.5.1. Véase B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: 'absentia' y 'postliminium'*, Granada, 2008, 43 ss., 143 ss. P. FUENTESECA, *Origen y perfiles clásicos del 'postliminium'*, en *AHDE*, XXI–XXII, 1951-1952, 343. Los textos más antiguos en materia de *captivitas* y *postliminium*, en L. AMIRANTE, *Prigionia di guerra, riscatto e 'postliminium'*. *Lezioni*, I, Napoli, 1969, 11 ss.; L. D'AMATI, 'Civis ab hostibus captus'. *Profili del regime classico*, Milano, 2004, 1-24, *passim*.

¹⁰⁴ Por obra de la *lex Cornelia de captivis*, del a. 81 80 a.C.: Ulp. 35 *ad Sab.* D.49.15.18; Paul. 9 *quaest.* D.29.1.39.

¹⁰⁵ P. FUENTESECA, *Origen*, cit., 305 y 343.

suceder al abuelo *paterfamilias* en el lugar de su padre privado de libertad¹⁰⁶. En época clásica parece seguro que esto no fue así, porque la adquisición por parte del nieto, en virtud del posliminio, se encontraba en suspenso (*in pendenti*)¹⁰⁷ hasta que el padre (*heres suus* de primer grado) regresara o se confirmara su deceso; no cabía, por tanto, la *successio in locum*¹⁰⁸. Si no

¹⁰⁶ En realidad, para saber si el nieto puede suceder al abuelo en el lugar de su padre cautivo, previamente habría que plantearse qué derecho tenía el *captivus* a suceder *ex testamento* o *ab intestato* a su *pater familias*. En principio, como se deduce de distintas fuentes, el hijo prisionero no era *suus heres* del *pater familias* que permanecía *in civitate*. En otras fuentes se equipara la situación jurídica del *captivus* a la del heredero bajo condición suspensiva, también en el caso de la sucesión intestada: Ven. 7 *de stip.* D.10.2.7; Mod. 3 *pand.* D.38.7.5.1; Ulp. 13 *ad Sab.* D. 38.16.2pr.; Ulp. 13 *ad Sab.* D.38.17.2.7; V. RATTI, *Studi sulla 'captivitas' e alcune repliche in tema di postliminio* (con una Nota di lettura di L. AMIRANTE), Napoli, 1980, 181.

¹⁰⁷ L. AMIRANTE, *Prigionia*, cit., 149 ss.; A. MONTAÑANA CASANI, *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, Valencia, 1996, 73 ss.; R. DE CASTRO-CAMERO, '*Pater captivus-filius-impubes-mortuus*': cuatro supuestos en las '*Quaestiones*' de Papiniano, en *El derecho de familia. De Roma al derecho actual*, eds. R. López-Rosa-F. del Pino Toscano, Huelva, 2004, 72 ss.

¹⁰⁸ En especial, Ulp. 12 *ad Sab.* D.38.16.1.4; Gai 1.129; Iul. 62 *dig.* D.49.15.22.2; Ulp. 41 *ad ed.* D.37.9.1.8; Ulp. 12 *ad Sab.* D.38.17.1.1; Ulp. 13 *ad Sab.* D.38.17.2.7; Ulp. 46 *ad ed.* D.38.7.2.3; Tit. Ulp. 26.3. Vid. M. MARRONE, *Istituzioni*², cit., 635, nt. 98. B. PERIÑAN-GÓMEZ, *Un estudio*, cit., 26, nt. 11.

conseguía regresar, se le tenía por muerto a todos los efectos (Ulp. 35 *ad Sab.* D.49.15.18). Ahora bien, el *ius postliminii* no aparece regulado en la ley de las XII Tablas y solo puede darse como segura la ficción anterior desde la *lex Cornelia de captivis* (81/80 a.C.), que aunque se refería expresamente a la sucesión testamentaria fue extendida analógicamente a la legítima por Sabino, Juliano y otros juristas posteriores¹⁰⁹. ¿Puede ser que antes de esta ley, y con el objeto de no perjudicar los derechos de otros miembros de la familia, sobre todo asentada la premisa jurídica de que la esclavitud extinguía la *potestas* sobre el cautivo y que un esclavo no podía tener herederos¹¹⁰, se equiparase la situación del *captivus* a la del ausente¹¹¹ y de esta

¹⁰⁹ Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1pr.; Iul. 42 *dig.* D. 28.1.12; Iul. 62 *dig.* D. 49.15.22 pr.; Iav. 4 *epist.* D. 28.3.15; Paul. 42 *ad ed.* D. 38.2.4.1; Paul. *ad leg. Falc.* D. 35.2.1.1; Iul. 62 *dig.* D. 28.6.28. Vid. H.J. WOLFF, *The 'Lex Cornelia de captivis' and the Roman Law of Succession*, en TR, XVII, 1936, 153 ss. A. MONTAÑANA CASANI, *La situación*, cit., 149 ss.

¹¹⁰ Scaev. 6 *quaest.* D. 28.2.29.10; Ulp. 12 *ad Sab.* D. 38.16.1.5; Paul. 2 *ad Sab.* D. 28.2.31; Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.4; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.6.1.1. Si moría durante el cautiverio, técnicamente moría como esclavo y sin la posibilidad de dejar herencia: así lo expresa Ulp. 2 *ad ed.* D. 50.16.3.1, de modo que el *postliminium* era una suerte de *ius singulare* puesto en beneficio del *captivus*. V. RATTI, *Studi*, cit., 171 ss.

¹¹¹ Paul. 35 *ad ed.* D. 23.2.10: *Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit et an sit...*, esto es, cuando «se ignora su existencia y paradero». Vd. B. PERIÑAN GÓMEZ, *Un estudio*, cit., 16 ss.