

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

estratto

33

2005

Index

Quaderni camerti di studi romanistici
International Survey of Roman Law

Direttore Luigi Labruna

Sotto gli auspici
della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino
e del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert
per lo studio della civiltà giurídica europea e per la storia dei suoi ordinamenti».

Organo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano».
Presidente Pierangelo Catalano.

Comitato direttivo: Ignazio Buti, Luigi Capogrossi Colognesi, Pierangelo Catalano, Giovanni Lobrano, Sandro Schipani.

Comitato di redazione: Cosimo Cascione, coordinatore; Carla Masi Doria; Felice Mercogliano; Francesca Reduzzi Merola; Francesco Salerno; Cristina Vano.

Scritti di:

	Valeria Di Nisio-	Felice Mercogliano
	Loredana Di Pinto	Juan Miquel
	Nunzia Donadio	Cosima Möller
Francesco Amarelli	Saïd El Bouzidi	Fara Nasti
Raffaele Basile	Robert Étienne	Ludovica Piro
Etienne Bernard	Mauro Ferri	Anna Plisecka
Lucio Bove	Maria Rosaria Fiocca	Federico Procchi
Maria V. Bramante-	Robert M. Frakes	Natale Rampazzo
L. Capogrossi Colognesi	Antonio Guarino	F. Reduzzi Merola
Cosimo Cascione	Laurent Hecketsweiler	José María Ribas Alba
Pierangelo Catalano	Luigi Labruna	Osvaldo Sacchi
Mariateresa Cellurale	Irina V. Lušnikova	Paola Santini
Michele Colagiovanni	Francesca Macino	Mathias Schmöckel
Francisco Cuenca Boy	Alessandro Manni	Fabiana Tuccillo
Alessandra D'Antonio	Luca Marocco	Giuseppe Valdítara
Giovanni de Bonfils	Antonio Masi	Alejandro Valiño
Mauro De Nardis	Carla Masi Doria	Camilla Vitali
Pasquale de' Rossi	Aglaia McClintock	Witold Wołodkiewicz

In redazione:

Valeria Di Nisio; Aglaia McClintock; Carlo Nitsch;

Natale Rampazzo; Paola Santini.

Segretaria: Daniela Piccione.

en los Fueros de Valencia

Alejandro Valiño

1. *Problemas que derivan del estudio propuesto.* — El sistema hereditario romano es aquella parte del derecho privado que más se aleja de la concepción plasmada en la legislación resultante de la Recepción e, incluso, de la regulación de las instituciones hereditarias en los códigos y compilaciones del derecho moderno. Ello es así porque sobre la herencia gravita siempre la peculiar estructura que tiene la familia romana, que gira en torno a la figura del *pater familias*, concepción que queda circunscrita históricamente al mundo romano y difícilmente puede proyectarse sobre civilizaciones más modernas¹.

Dentro de esta concepción se encuentra la distinción que hace el derecho romano clásico entre aquellos que no tienen la facultad de repudiar la herencia (los llamados herederos necesarios, *sive velint, sive nolint*)² y quienes pueden optar entre aceptarla o repudiarla (los llamados herederos voluntarios). También, la interacción continua entre el derecho civil y el derecho pretorio adquiere relevancia especial en materia hereditaria desde el momento en que se reconoce la existencia de una herencia civil (*hereditas*) y de una herencia pretoria (*bonorum possessio*), que, aunque guardan paralelismo en muchos de sus principios rectores, se dan también acusadas diferencias (la oposición *heres-bonorum possessor*), por lo que realmente vienen a ser dos sistemas jurídicos distintos que, no obstante, interactúan constantemente, operando el derecho pretorio, como vertiente del derecho honorario³, en ocasiones una función complementaria e integradora, en otras supletoria o correctora, sobre el derecho civil⁴.

Precisamente, estos dos puntos que acabamos de destacar como propios y exclusivos del genio jurídico romano y, en definitiva, de su peculiar sistema de fuentes, merecen una atención especial cuando se pretende abordar el estudio de la aceptación y repudiación de la herencia, máxime cuando se trata de comparar los principios jurídicos del derecho romano con aquellos que inspiran el sistema hereditario de elaboraciones posteriores.

En efecto, el objeto de este trabajo es poner de relieve la influencia que el derecho romano ha proyectado sobre la aceptación de la herencia en los Fueros de Valencia. La literatura en torno a dichos Fueros no ha profundizado en demasía en el estudio concreto de las instituciones, de modo que penetramos en la regulación histórica valenciana de la aceptación de la herencia prácticamente desprovistos de otras influencias doctrinales anteriores⁵.

2. *Particularidades de la adquisición de la cualidad de heredero en los Fueros de Valencia.* — Originariamente, parece haberse establecido en los Fueros de Valencia un sistema de adquisición automática de la herencia,

al modo germánico⁶, que se produce por el solo hecho de la muerte del testador en la medida en que la sucesión se concebía como algo propio del ámbito familiar que venía a atribuir a los hijos, como consecuencia única, una administración exclusiva sobre el patrimonio del que eran cotitulares junto con el padre⁷. No había, por consiguiente, lapso de tiempo entre la muerte del causante y la adquisición de la cualidad de heredero, que se produce *ipso iure*⁸.

No obstante, el propio Jaime I, con posterioridad, reformó este régimen⁹, como bien puede observarse en el contenido de este fuero, dentro de la rúbrica LXXXIX (*de iure deliberandi*) de los *Fori Antiqui Valentiae*¹⁰:

Fori 86.35. Heredes defuncti statim post mortem ipsius adeant hereditatem paternam vel maternam et teneant testamentum originale et dent transcriptum testamentum manumissoribus, si habere voluerint, ut melius et indubitanter voluntatem defuncti ultimam exequantur, ... Novissime addidit dominus rex quod salvum sit heredibus ius deliberandi utrum sint heredes vel non, secundum foros contentos infra «De iure deliberandi».

En efecto, el inciso final supone la introducción del *ius deliberandi* en favor del instituido heredero, concebido en derecho romano clásico como un beneficio pretorio en favor de los herederos voluntarios, que suponía la atribución de un plazo, no inferior a cien días¹¹, transcurrido el cual el llamado debía inclinarse por la repudiación o por la aceptación, verificada sea a través de la *cretio* impuesta por el testador por la que el instituido adquiere la condición de heredero (*adeo cernoque*)¹², sea a falta de tal disposición, por un acto material de toma de contacto con el patrimonio hereditario, al que Segrè llama *aditio*¹³, pero que no es otra cosa que el *pro herede gerere*, reputándose el silencio del llamado, en su caso, como expresivo de la voluntad de no adir la herencia¹⁴. Expresión de lo señalado son los siguientes pasajes:

Gai 2.162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.

Gai 2.167. ... sed solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

Tras la aceptación, se opera con todas las consecuencias la confusión de patrimonios del causante y del heredero, quien ya no podrá acogerse a otros beneficios pretorios dirigidos a mantener incólume su patrimonio personal, aunque los impúberes, a pesar de haber verificado la *immixtio*, siempre pueden acogerse al *ius abstinendi*¹⁵, mientras que a los menores de veinticinco años, recuerda Justiniano, siempre les será posible el recurso a la *restitutio in integrum* a fin de poder actuarse la rescisión de la

adición cumplida, tal como Gayo mostraba coherentemente en obras distintas¹⁶:

I. 2.19.5. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit annis viginti quinque: nam huius aetatis hominibus sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit.

El texto gayano (Gai 2.163), del que trae su causa el pasaje de la *Instituta* de Justiniano, recoge asimismo un rescripto de Adriano, en virtud del cual se concede también una *restitutio in integrum* a favor del mayor de veinticinco años que, tras la aceptación, se apercibe de la presencia de una deuda relevante e ignota en el caudal hereditario:

Gai 2.163. Scio quidem divum Hadrianum etiam maiori xxv annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.

En tiempos de Adriano, por consiguiente, la *restitutio in integrum* pretoria sigue desplegando todas sus consecuencias correctoras de la rigidez del derecho civil que emana de la aceptación de la herencia y de la adquisición de la cualidad, permitiendo la rescisión de la adición *iure praetorio*, conservando el aceptante, no obstante, la cualidad de heredero civil. Y sigue mostrando la vieja idea de su concesión a la vista del caso concreto, lo que le confiere la cualidad de beneficio pretorio, que se concede con carácter extraordinario a todo solicitante menor de veinticinco años¹⁷, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula general del edicto de concesión de la rescisión *propter aetatem*. Pero además el propio Adriano concede de nuevo cuño una *restitutio in integrum* del todo punto excepcional¹⁸, cuyo presupuesto no es subsumible dentro de las cláusulas del edicto pretorio, puesto que el solicitante, víctima de un error excusable de extremada relevancia, como es el desconocer la existencia de gravosas deudas en el caudal relicto¹⁹, es mayor de veinticinco años. También aquí se articula una rescisión de la aceptación que no priva al aceptante de la cualidad de heredero²⁰.

En los Fueros de Valencia, la facultad del heredero de aceptar o repudiar viene desarrollada normativamente por el siguiente fuero:

Fori 89.4. Facimus forum novum quod si aliquis erit institutus heres vel legatarius per aliquem testatorem, quod ille heres vel legatarius habeat spacium trium mensium, si presentes erunt in regno Valentie, infra quos possint deliberare si voluerint adire hereditatem vel accipere legatum vel non. Ita quod, si infra dictos tres menses voluerit habere illam heredita-

C. 6.30.17 (a. 407). Cretionum scrupulosam sollemnitatem hac lege penitus amputari decernimus.

Poco verosímil es la admisión de la *aditio hereditatis nuda voluntate* en derecho clásico como una forma de aceptación distinta de la *pro herede gestio*. Un pequeño esbozo parece observarse en el progresivo fortalecimiento del elemento volitivo como esencial en la adquisición de la condición de heredero, por encima del cumplimiento de formalidades o el cumplimiento de actos materiales denotadores de tal cualidad. Así, puede observarse en D. 29.2.62 pr. (lav 1 *ex post. Lab.*), que refleja el diferente criterio de Labeón frente a su discípulo Próculo y frente a Javoleno en torno al carácter material o espiritual del *pro herede gerere*³⁴. Igualmente, el relieve que adquiere el *animus* resulta de D. 29.2.88 (Paul. 1 *quaest.*) y, especialmente, de

Gai 2.167. At is, qui sine cretione heres institutus sit aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri ...

del que deriva la apuntada singular idea de la eventual existencia de un *tertius genus*, la *aditio hereditatis nuda voluntate*, distinto del *cernere hereditatem* y del *pro herede gerere*, que ha dado lugar a una extensa literatura³⁵ que alcanza incluso a la cuestión del valor y fiabilidad que debe conferirse a la obra gayana³⁶. Desde quienes han concebido la *aditio hereditatis nuda voluntate* como propia del derecho provincial³⁷ hasta los que la admiten como una forma separada y distinta de la *cretio* y la *pro herede gestio*³⁸, pasando por quienes no ven en ella más que una forma de *pro herede gestio* o incluso una degeneración de la *cretio*, al perder gran parte de la formalidad originaria³⁹. Incluso los hay que niegan tal modo de adquisición basado en una simple declaración del heredero, ni siquiera admitiéndola como modalidad de *pro herede gerere*⁴⁰. En todo caso, presupuesto para la dificultad de la cuestión y para la extensa especulación doctrinal es, sin duda, la confusa terminología de Gayo y Justiniano en sus respectivas Instituciones⁴¹.

La hipótesis que me resulta más atractiva es la de considerar en todo tiempo la existencia de dos formas de verificar la *aditio*. Para el derecho clásico, la alternativa se daría entre la *cretio*, para el caso de que haya sido impuesta por el testador, y el *pro herede gerere*, consistente inicialmente en cumplir actos materiales sobre el as hereditario de los que poder deducir el *animus heredis*. Los postclásicos, en su afán de terminar con el formalismo y dar relevancia al *animus*, introducirían la mera manifestación de querer ser heredero con la voluntad de sustituir lentamente una *cretio* caída en desuso⁴². Entre tanto, la ausencia de formalidad de tal manifestación de voluntad sólo podría tener cabida dentro del *numerus apertus* de comportamientos constitutivos de un *pro herede gerere*. Incluso, tal declaración, en la medida en que servía para

adquirir la cualidad de heredero, fue designada en ocasiones como *aditio*, concebida así en su más estricto sentido como exteriorizadora de una voluntad no solemne, por lo que no debe extrañar que no falten las fuentes en las que se opone a *cretio*⁴³, que desaparece paulatinamente hasta que es el propio Justiniano el que certifica su defunción. La terminología, como hemos apuntado, es en todo caso vacilante, de modo que los términos *aditio*, *cretio* y *pro herede gestio* se emplean en el derecho tardío sin una semántica bien definida y el curso del acontecer histórico permite una prolongada coexistencia de *cretio* y *aditio nuda voluntate* en orden a la adquisición de la cualidad de heredero, integrada, por consiguiente, en espera de su propia individualidad como forma de aceptación, dentro de la categoría de la *pro herede gestio*⁴⁴. Con ello se articula un sistema lógico de configurar la aceptación como expresa y tácita en toda época, con el respeto hacia la singularidad clásica en relación con el frecuente empleo de formas solemnes de carácter constitutivo para los actos de mayor trascendencia social, como es, sin duda, el que entraña el fenómeno sucesorio. El *vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis* de Gai 2.167, constitutivo de una glosa⁴⁵, reflejaría un momento del tránsito de la *cretio* a la *aditio nuda voluntate* como categoría autónoma, puesto que, como Solazzi ha puesto de relieve, en el derecho clásico los modos de aceptación de la herencia serían exclusivamente la *cretio* y la *pro herede gestio*⁴⁶. A pesar del escaso valor que el maestro italiano concede a la obra, prueba de ello se obtiene en la paráfrasis del maestro de Autún, que habla sólo de dos modos de verificarse la aceptación de la herencia:

FA. 2.44-45. Quid est pro herede gerere? Animum habere capiendae hereditatis. Ergo si aut rem teneat aut praesentibus amicis dicat velle se heredem esse, satisfacit additioni hereditatis. 45. Nam duobus modis ab extraneis heredibus aditur hereditas, aut cretione aut pro herede gerendo. Cretione, ut verba dicantur; pro herede, ut ostendat se animum habere capiendae hereditatis. Sed heres is, qui cum cretione scriptus est heres, nisi verba cretionis dixerit, heres esse non poterit; qui autem sine cretione scriptus est, vel cernendo vel pro herede gerendo potest acquirere hereditatem.

Ciertamente, la no mención de la *aditio nuda voluntate* como forma autónoma de aceptación ensalza el valor de la paráfrasis para el estudio del derecho clásico. En cambio, se hace presente ya la concepción evolucionada de un *pro herede gerere*, de la que nos ocupamos a continuación, que atiende esencialmente al *animus* por encima de los *facta concludentia* denotadores de por sí de una voluntad exteriorizadora del deseo de adir una herencia, que se hallaría en las bases iniciales de la categoría⁴⁷. Dentro de esta concepción, nada obsta para que la declaración no formal sea concebida también como un *pro herede gerere*, no tanto porque venga a reflejar un *animus heredis*, que no es necesario buscar sin caer en el absurdo en una declaración expresa, aunque no

formal, de querer adir una herencia, sino precisamente por tratarse de una categoría que viene a reunir los actos no formales de adición en oposición a la formalidad que en sí misma encierra la *cretio*⁴⁸.

3. Breve apunte sobre la evolución de la «*pro herede gestio*» en Derecho romano: de la materialidad de la gestión hacia su espiritualización. — La doctrina ha sintetizado satisfactoriamente la evolución que experimenta la categoría de la *pro herede gestio*. Así, originariamente, se observa una concepción restringida, definiendo los actos que consisten en un *pro herede gerere* como aquellos que sólo puede haber cumplido válidamente el titular del patrimonio hereditario y de los que se desprende la voluntad de ser heredero⁴⁹. Este concepto se va graduando y espiritualizando, adquiriendo mayor importancia la intención que la propia materialidad del acto, como así se refleja en la disparidad de criterios mantenida por los juristas. Así puede observarse en Gayo, quien define el *pro herede gerere* como el usar las cosas de la herencia como si se fuese heredero:

Gai 2.166. ... si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur.

Se trata de un concepto enormemente restringido que implica un apoderarse de bienes hereditarios o un inmiscuirse de algún modo en el caudal relicto, pero, como ya fue puesto de relieve, resulta inadmisibles que, a modo de ejemplo, los juristas considerasen la simple posesión de un objeto de la herencia como exteriorización de la aceptación, como un supuesto de *pro herede gestio*⁵⁰, sino que ellos contemplaban ya la exigencia, como elemento esencial, de la voluntad de ser heredero, pero tal voluntad se infería de la práctica de ciertos actos. Se trata, como ha puesto de relieve De Martino, de un sabio equilibrio entre voluntad y manifestación, de modo que aquella se infiere de ésta, absteniéndose así de complicadas indagaciones de la voluntad y atendiendo exclusivamente al acto exteriorizador como manifestación de la voluntad⁵¹. La idea del *uti*, por tanto, quedaba entonces circunscrita a una dimensión esencialmente material⁵², pero esta concepción, que puede observarse ya en Labeón, da paso a nuevas orientaciones encaminadas a dotar de mayor flexibilidad el *pro herede gerere*, incluso de la mano de alguno de sus discípulos⁵³:

D. 29.2.62 pr. (Iav. 1 *ex post. Lab.*). Antistius Labeo ait, si ita institutus sit 'si iuraverit heres esto', quamvis iuraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando, voluntatem magis suam declarasse videatur. Ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit. Proculus idem, eoque iure utimur.

Así, Labeón se muestra partidario de una noción más restringida de la *pro herede gestio*, anclada en una concepción material de la misma⁵⁴, mientras que Próculo y Javoleno superan esta concepción sobre la base práctica de que no siempre resulta posible al llamado cumplir

materialmente un acto de gestión, de modo que el *animus heredis* pasa a convertirse en el elemento fundamental de la *pro herede gestio*. En concreto, Labeón, ante la cuestión de si tal juramento puede constituir en sí un *pro herede gerere*, responde negativamente, pues quien jura manifiesta su voluntad de ser heredero, pero tal manifestación no basta, sino que ha de llevar a cabo algún acto material de gestión y jurar no supone disponer de cosas o derechos pertenecientes a la herencia⁵⁵. Y, efectivamente, el juramento, en este pasaje, no puede entenderse sino como una condición potestativa de cuya observancia depende la eficacia de la institución, por lo que, una vez cumplida, nace propiamente la delación, siendo necesario a continuación que el llamado acepte, expresa o tácitamente, en este caso mediante el cumplimiento de algún acto jurídico propio de quien pueda reputarse como tal heredero⁵⁶. Así resulta claramente del dictamen de Juliano:

D. 28.7.13 (Iul. 30 *dig.*). Ei qui ita hereditatem vel legatum accepit 'si decem dederit' neque hereditas neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam condicionem id egerit scriptus heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri solet.

En cambio, Próculo y Javoleno confieren al cumplimiento de la condición potestativa no sólo la virtualidad de hacer eficaz la institución, sino incluso de constituir expresión de la voluntad de adir la herencia en calidad de acto de *pro herede gestio*, puesto que los propios juristas excluyen el identificar el juramento con el mecanismo formal de aceptación en que consiste la *cretio*. De este modo, el juramento al propio tiempo vale como instrumento para operar la delación y como expresión de la voluntad de ser heredero, como acto de *pro herede gestio*⁵⁷.

La relevancia del *animus* como elemento esencial para estimar el cumplimiento de un acto jurídico como de *pro herede gestio* viene fijada por la autoridad de Juliano⁵⁸. Así puede verse en el siguiente pasaje:

D. 29.2.20 pr. (Ulp. 61 *ad ed.*). Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit; pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse⁵⁹.

El jurista adrianeo perfila, integradoramente, la esencia del *pro herede gerere*. Se requiere ciertamente el *animus heredis*, pero por sí solo no basta, sino que tal propósito volitivo debe servir de base al cumplimiento de un determinado acto jurídico⁶⁰. Así pues, el elemento espiritual y el material se entrelazan para poder calificar un acto como de *pro herede gestio*. En el texto se habla de un *aliquid quasi heres facere*, puesto que el *pro herede gerere* sólo por *facta* puede integrarse, los cuales, en definitiva, van a

constituir el objeto de la interpretación en orden a reconocer en el gestor el *animus heredis*⁶¹. El elemento cualificante de tales *facta* como subsimibles en sede de aceptación de la herencia es, por consiguiente, el *animus heredis*, exigido lapidariamente, *nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres*, lo que implica reconocer que tal *animus* no se infiere necesariamente de la práctica del acto, pues como el propio pasaje indica, puede haber sido acometido *pietatis vel custodiae causa*. ¿Podría ser constitutivo de un *factum* de tal naturaleza una aceptación expresa no solemne de la herencia? Que la aceptación expresa fuera con el transcurrir del tiempo perdiendo su solemnidad originaria (*cernere hereditatem*), a nadie debe extrañar hasta el punto de constituir su observancia probablemente en la práctica una mera cláusula de estilo incorporada al acto de aceptación, del mismo modo que aconteció con la *mancipatio familiae* a propósito del testamento *per aes et libram*⁶². Pero, en cambio, no creo admisible que los juristas contemplaran la posibilidad de convalidar una *cretio* defectuosa, esto es, desprovista de la solemnidad usual, en forma de *pro herede gestio*, puesto que de ello encontraríamos testimonio⁶³. La constitución aureliana sólo constituye expresión de la tendencia dirigida a prescindir de las formalidades que imponía en ciertos negocios una jurisprudencia conservadora y atender, en mayor medida, a la voluntad del testador⁶⁴:

Epit. Ulp. 22.34. Si sub imperfecta cretione heres institutus sit, id est non adiectis his verbis: 'si non creveris. exheres esto', sed si ita: 'si non creveris, tunc Mevius heres esto', cernendo quidem superior inferiorem excludit; non cernendo autem, sed pro herede gerendo in partem admittit substitutum: sed postea divus Marcus constituit, ut et pro herede gerendo ex asse fiat heres. Quodsi neque creverit, neque pro herede gesserit, ipse excluditur, et substitutus ex asse fit heres.

Más bien, el sistema de la aceptación habría discurrido hasta el final del período clásico por los senderos o de la declaración solemne o de la práctica de ciertos actos materiales exteriorizadores de un *pro herede gerere*, pero no encuadrable entre los mismos una mera declaración de voluntad. Ésta surgiría más bien en sustitución de la *cretio*, con la que conviviría parcialmente en el tiempo encuadrada entre tanto en la categoría de la *pro herede gestio*, como refleja dudosamente el pasaje gayano (Gai 2.167) y más claramente el de la paráfrasis del maestro de Autún, en el que la mera manifestación de voluntad se complementa con la observancia, si no de formalidades, sí al menos de ciertos requisitos que hacen más pausado el tránsito hacia la definitiva liberación formal:

FA. 2.44. Quid est pro herede gerere? Animum habere capienadae hereditatis. Ergo si aut rem teneat aut praesentibus amicis dicat velle se heredem esse, satisfacit additioni hereditatis.

Con todo, la relevancia del *animus heredis* como factor esencial para la adquisición de la cualidad de heredero puede constatar en Juliano y

aun antes, pero también es clara la exigencia de un *facere* como configurador del *pro herede gerere*. Así puede verse en:

D. 29.2.21 (Ulp. 7 *ad Sab.*). Interdum autem animus solus eum obstringet hereditati, ut puta si re non hereditaria quasi heres usus sit.

Otras formas de aceptación expresa, como la referida por Gai 2.167 (*suspicio hereditatis nuda voluntate*), no son nunca una forma autónoma de adición de la herencia, sino una vulgarización de la primitiva *cretio*, que quizá se articulaba en provincias⁶⁵. Su propia estructura interna, desprovista de forma, pero exteriorizadora de una expresa voluntad de aceptar, hizo fácil su equiparación a los tradicionalmente materiales actos de *pro herede gestio*, especialmente desde el momento en que los juristas clásicos infieren de una amplia gama casuística que el elemento común a todos ellos, por su relevancia, ha de ser el *animus heredis*. A mayor abundamiento, puede citarse también el siguiente pasaje de Paulo:

D. 29.2.88 (Paul. 1 *quaest.*). Gerit pro herede, qui animo adgnoscat successionem, licet nihil attingat hereditarium. Unde et si domum pignori datam sicut hereditariam retinuit, cuius possessio qualisqualis fuit in hereditate, pro herede gerere videtur: idemque est et si alienam rem ut hereditariam possedisset.

Ambos textos pueden ser, aparentemente, una confirmación de la idea gayana a propósito de la aceptación *nuda voluntate*: *interdum autem animus solus eum obstringet hereditati* o *gerit pro herede, qui animo adgnoscat successionem, licet nihil attingat hereditarium*. Sin embargo, a continuación vienen descritos una serie de actos cumplidos por el llamado, que son evidentemente de carácter material, por lo que son estimados como actos de *pro herede gestio*: el usar de objetos que figuraban en el caudal relicto, el retener la posesión de objetos que se hallaban en la herencia, del mismo modo en que lo hacía precedentemente el *de cuius*. A estos actos materiales, indudablemente debe sumarse, para que puedan ser calificados de *pro herede gestio*, el *animus heredis* de quien los acomete. Es irrelevante que los objetos poseídos pertenezcan a un tercero, puesto que lo esencial es que se verifique el acto material de continuar la posesión del causante como signo incuestionable del deseo del poseedor de subentrar en todas las relaciones jurídicas de que era titular el causante con el propósito de continuarlas desde idéntica posición⁶⁶. Por tanto, la corrupción del período *licet-hereditarium* me parece fundada.

Coincidentemente señala Beduschi, a propósito del último texto comentado, que no se puede considerar que exista una falta de actos de gestión por parte del heredero y que la referencia al *animus* debe articularse en términos de suplir la falta del carácter objetivamente hereditario de los actos por él practicados, puesto que recaían sobre bienes ajenos a la propia herencia⁶⁷. No creo que sea necesario a este respecto apriorizar tanto. La posesión, entendida como acto material de

tenencia de objetos corporales, constituye en el fragmento pauliano un supuesto de *pro herede gerere*, puesto que, como hemos señalado, no se requiere que los actos jurídicos se cumplan necesariamente sobre objetos o derechos que pertenecen al causante, sino que basta con que se hallen en el caudal relicto. Por ello, la genuinidad del inciso *unde-possedisset* no me parece cuestionable, puesto que la retención de la posesión de una cosa ajena no dificulta la atribución del título de heredero, quien, no obstante, en cuanto tal, no dispondrá de causa alguna para retenerla si en su momento es exigida la restitución de la misma por su propietario. Y tal creencia puede también apoyarse en la confrontación con el *si re non hereditaria quasi heres usus sit* de D. 29.2.21.1 (Ulp. 7 *ad Sab.*), que vuelve a referir un hecho material de gestión. En todo caso, la alteración del pensamiento de Paulo bien puede enlazar con la concepción dirigida a desproveer de importancia la originaria materialidad requerida para el *pro herede gerere*⁶⁸.

3. Estructura de la «*pro herede gestio*». (a. - El «*animus heredis*»). — Con todo, la jurisprudencia clásica parece haber concebido el *pro herede gerere* circunscrito a una serie de conductas típicas, lo suficientemente cualificantes como para ser cumplidas exclusivamente con el nombre y la cualidad de heredero. Así resulta del *responsum* de Papiniano, a cuya autoridad se suma Ulpiano:

D. 29.2.20.4 (Ulp. 61 *ad ed.*). ... Itaque tunc pro herede geri dicendum esse ait, quotiens accipit quod citra nomen heredis accipere non poterat.

Tales actos no pueden ser otros que aquellos que implican un subentrar en las relaciones jurídicas no personalísimas del causante, restringido al ámbito patrimonial⁶⁹. ¿Se podría pensar en algo similar respecto al pago de una deuda del causante? ¿Son concebibles deudas hereditarias que únicamente puedan satisfacerse por quien ostente la cualidad de heredero? Es evidente que no, máxime cuando la sociología romana ha dado amplio valor al cumplimiento de deberes morales subsumibles en el *officium*. Es por ello que al acto material debe sumarse el *animus heredis* de quien lo cumple, de modo que se requiere que el pago sea efectuado con la intención de obtener la cualidad de heredero (... *Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres*). Así, debe entenderse el concepto del *pro herede gerere* como el cumplimiento de actos jurídicos que no podrían verificarse sino con el nombre y la cualidad de heredero, quien se comporta respecto de la herencia del mismo modo que lo haría, de vivir todavía, el causante de la misma, con lo que no se dan, por consiguiente, actos que impliquen objetivamente la voluntad de aceptar. Por ello, si no concurre el *animus heredis*, no hay dificultad alguna en calificar a quien satisface la deuda como gestor en asunto ajeno (*ceterum si quid pietatis*

causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse)⁷⁰, puesto que sin ella, el cumplimiento de la obligación bien podría estimarse como una gestión de negocio ajeno en aras de preservar la dignidad y memoria del causante⁷¹. En este orden de cosas, es obvio que resulta plenamente admitida la extinción de una obligación mediante el pago efectuado por un tercero, quien puede intervenir en calidad de mandatario o de gestor. El reembolso podría obtenerse a través del ejercicio de la *actio mandati contraria* en el primer caso o de la *actio negotiorum gestorum contraria* en el segundo.

A esta concepción, que permite contemplar, a propósito del pago de una deuda del *de cuius*, la *negotiorum gestio* cuando no está presente el *animus heredis*, también se refiere Voci, quien, no obstante, sostiene que la ejecución de determinados actos conducen automáticamente a la adquisición de la herencia en favor de quien los lleva a cabo, entre ellos, el supuesto que nos ocupa⁷². En otros casos, Voci exige el *animus heredis* para poder reputar tales actos como cualificantes del título de heredero en quien los cumple; así, además de los funerales dados por el hijo al padre, podemos apuntar la necesidad de tal elemento subjetivo en los actos de conservación de los bienes hereditarios. Por ello, conforme a lo referido, no considera actos de *pro herede gestio* aquellos en los que no se reconoce ese *animus heredis*, tales como la sustracción de bienes hereditarios⁷³ o el incurrir en un error esencial⁷⁴. Por tanto, aunque en el plano teórico la concurrencia de este elemento no ofrece dificultades, en la práctica se impone el examen individualizado de cada caso, hasta el punto de que, en ocasiones, los propios juristas, para prevenir que el acto pudiera ser interpretado como una *pro herede gestio*, aconsejaban declarar, a modo de *praescriptio*, que el acto se verificaba sin pretensión alguna de adquisición de la cualidad de heredero⁷⁵.

(b. - El ofrecimiento de la herencia). — Al igual que sucedía con la categoría de la posesión civil, en la que el *animus* del poseedor se fundaba en una justa causa lo suficiente cualificada como para sugerir la creencia de ser dueño del objeto poseído, el *animus heredis*, devenido elemento esencial para la adquisición tácita de la cualidad de heredero a través del cumplimiento de un determinado acto jurídico sobre la herencia, sólo puede fundarse en la circunstancia esencial del llamamiento previo a la misma. Por ello, para que se dé el *animus heredis*, debe haber ofrecimiento de la herencia⁷⁶, puesto que tanto la aceptación, en cualquiera de sus formas, como la repudiación presuponen que ha habido delación⁷⁷. Sin ella, el cumplimiento de cualquier acto jurídico en razón de una herencia se reputará nulo por ser propiamente un acto de disposición sobre una herencia futura⁷⁸. De ahí, la sensatez y coherencia del ya comentado *responsum* de Labeón en D. 29.2.62 pr. (Iav 1 *ex post. Lab.*), al no contemplar la prestación del juramento como acto de *pro herede gestio*, sino como cumplimiento de una condición potestativa impuesta al heredero para articularse la eficacia de la institución⁷⁹. Frente a Labeón, la

tesis de Próculo y Javoleno de configurar el cumplimiento de la condición como una *pro herede gestio* tropieza con la dificultad de confundir el momento de la delación, que surge propiamente con el cumplirse la condición por parte del llamado, con el de la adición, que debe tener lugar, tratándose de un heredero voluntario, en un momento posterior⁸⁰.

4. La «*pro herede gestio*» y el «*spatium deliberandi*». — Si los actos de conservación o administración se llevan a cabo dentro del *spatium deliberandi*⁸¹ concedido a instancia del llamado para poder decidirse finalmente por la aceptación o no, se excluye naturalmente el *animus heredis*, puesto que la actuación del llamado se revela como preparatoria de una eventual aceptación⁸², cualquiera que sea la forma que se adopte para exteriorizarla. De este modo, a los beneficios pretorios en favor de los *sui et necessarii heredes et creditores hereditatis*, que constituyen una derogación parcial del fenómeno de la sucesión, también se suma en el plano del derecho pretorio la concesión de un plazo en favor del heredero voluntario, transcurrido el cual sin manifestación alguna del mismo, se entiende repudiada la herencia a él ofrecida⁸³. Este período de tiempo se concede a fin de que pueda, mediante las operaciones de examen y revisión oportunas, orientarse sobre la conveniencia o no de la aceptación⁸⁴ o simplemente con la finalidad de proteger los bienes hereditarios que pueden deteriorarse con la espera, instrumentando para ello las enajenaciones oportunas; o de proveer a la venta de lo que, por su costoso mantenimiento, contribuya a la minoración del caudal relicto⁸⁵.

5. De la aceptación de la herencia en los Fueros de Valencia. (a. - A propósito de un caso de «*pro herede gestio*» en los Fueros de Valencia). — Examinada la evolución en derecho romano, observemos ahora su presencia en los Fueros de Valencia, en los que la casuística a propósito del *pro herede gerere* queda reducida al supuesto de pago de una deuda de la herencia por quien resultó designado en un testamento como heredero. Así puede observarse en Fori 89.1, que reproducimos junto con C. 6.30.2 (a. 223), del que sin duda procede⁸⁶:

Fori 89.1. Cum debitum paternum te exsolvisse allegas pro portione hereditatis, agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur.

C. 6.30.2 (a. 223). Quum debitum paternum te exsolvisse allegas pro portione hereditaria, agnovisse te hereditatem defuncti non ambigitur.

La pobreza casuística del código valenciano en lo que a los supuestos de *pro herede gerere* se refiere sólo puede explicarse por la mayor predilección que muestran sus autores por recurrir superficialmente a los textos del *Codex* de Justiniano, probablemente a través de versiones epitomadas, antes que por la tradición jurisprudencial encarnada en los *Digesta* o el libro elemental de la *Instituta*⁸⁷.

Tras las consideraciones ya efectuadas en torno a la calificación como acto de *pro herede gestio* del pago de una deuda del causante y la admisión, en ciertos casos, de la asunción espontánea de una deuda ajena fundada en los deberes morales que impone el *officium*, sin embargo no parece, en el caso presente, que haya dudas respecto a la consideración del acto extintivo de la deuda como constitutivo de un *pro herede gerere*. Así, quien paga la deuda es hijo del causante (*debitum paternum*) y si es el ámbito familiar aquél para el que la idea de la sucesión parece haber nacido, todavía resulta más evidente calificar el pago de una deuda paterna como constatación del inmiscuirse en el patrimonio hereditario con el título irrevocable de heredero. De acuerdo con la obligación de reservar una cuota hereditaria en favor de los parientes más próximos, no puede estimarse para el hijo la cancelación de la deuda como un negocio ajeno, sino más bien como un negocio propio dada su condición de continuador en la personalidad jurídica del causante-deudor⁸⁸, pues se hace *suus* con su muerte, muy especialmente si el pago no excede de la cuota finalmente percibida. Por tanto, falta uno de los elementos esenciales que caracterizan la gestión de negocios, que es la ajenidad del negocio para el gestor. Ésta no se aprecia en el supuesto de hecho reseñado en el fuero, pues es claro que el eventual gestor tiene interés en el asunto, pues su cuota hereditaria vendría a quedar mermada por la circunstancia de haber atendido la obligación dejada por el finado. A ello se le suma la circunstancia de que el pago se efectúa con cargo a una cuota de la herencia (*pro portione hereditatis*), mientras que hablar de gestión de negocio ajeno bien podría implicar la cancelación espontánea por parte del gestor con cargo a su propio patrimonio, con la facultad de obtener postrero reembolso a través de la *actio negotiorum gestorum contraria*. Este criterio ya puede observarse en Fadda, quien señala cómo el hecho de pagar una deuda hereditaria, en la medida en que puede ser hecho por cualquiera, no implica necesariamente la voluntad de aceptar la herencia. Pero en la medida en que el pago lo efectúa un llamado y lo verifica asimismo agotando la cuota hereditaria a él deferida⁸⁹, tales circunstancias adicionales permiten adivinar el *animus heredis* del que cancela la obligación relicta, como también puede observarse en el siguiente pasaje:

C. 3.28.8.1 (a. 223). Qui autem agnovit iudicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit, vel alio legitimo modo, etiamsi minus, quam ei debebatur, relictum est, si is maior viginti quinque annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris, quam probavit, non potest.

Por estas razones, el cumplimiento de esta obligación del causante tan solo puede realizarlo aquel que se tiene por heredero⁹⁰. Cualquier otro planteamiento (pago verificado por un tercero), señala Tondo⁹¹, aunque posible desde una perspectiva abstracta, debe ser rechazado, pues se acepta comunmente que el pago de las deudas dentro de los límites de la vocación hereditaria es signo exterior que acredita la voluntad de aceptar.

Aun así, la ausencia del adjetivo posesivo referido a la *portione hereditatis* permite todavía dudar si el pago de esta deuda atribuye al actuante la condición de heredero. De haberse incorporado al texto, ello supondría inevitablemente el que el pagador ya es heredero, ya ha recibido su cuota hereditaria, siendo la cancelación de la deuda un mero acto de administración de los que se llevan a cabo una vez adjudicada la cuota y en favor de los acreedores de la misma. En cambio, la ausencia de este adjetivo nos revela una herencia pendiente de aceptación, obviamente no dividida, de modo que el empleo del caudal relicto por parte del hijo implica tácitamente su voluntad de aceptar la herencia sin limitación alguna⁹².

De acuerdo con ello, si entendemos que el pago de una deuda hereditaria constituye un supuesto de *pro herede gerere*, tal aceptación ha de ser necesariamente *ultra vires hereditatis*. No cabe, en nuestra opinión, deducir del acto de pagar una deuda hereditaria la voluntad de aceptar la herencia previo ejercicio del *ius deliberandi* o, incluso, en época justinianea, a beneficio de inventario⁹³.

La versión romance del citado fuero resuelve alguna de las dudas planteadas con una redacción mucho más amplia, configurando el acto llevado a cabo como de aquellos que forman parte del *pro herede gerere*:

Furs 6.7.1⁹⁴. Si alcú serà feyt hereu el testament de son pare en tot o en partida e aquel no pres d'altra manera la heretat del pare, mas que pagà los deutes del pare per aquella part on era feyt hereu, aytant val com si havia presa la heretat.

Se aprecia en este fuero una técnica presente en el manejo de las fuentes valencianas: la versión romance suele ir acompañada de elementos explicativos ausentes en la edición latina, lo que lo convierte en una ayuda esencial cuando se trata de complementar la interpretación de los fueros contenidos en la edición de Dualde. Puede, incluso, en este caso concreto, llegar a dudarse si en realidad se trata de dos fueros distintos, puesto que, en modo alguno, la versión romance puede ser considerada como una traducción de Fori 89.1. Prueba de ello es que incorpora dos aspectos no contenidos en la versión latina del fuero. Por un lado, la existencia de un testamento al que es llamado un hijo en todo o en parte, frente a la versión latina, que no contiene referencia alguna al testamento o a una eventual delación testamentaria de la herencia. Por otro lado y consecuencia de esta delación testamentaria, la equiparación de la adjudicación de la cuota con el pago de una deuda hereditaria con cargo a la misma. Si decimos consecuencia de la delación testamentaria es porque del contenido de la redacción romance resulta que la cuota ya ha quedado previamente determinada en el testamento, pero su adjudicación directa al heredero queda sustituida por la cancelación que éste hace de una deuda del causante con cargo a la misma, que produce su agotamiento. Ello es una consecuencia del principio de que lo primero, antes de percibir la cuota, es satisfacer las obligaciones que el causante haya podido dejar pendientes de cumplimiento⁹⁵, satisfacción a la que deberán hacer frente los

herederos en proporción a sus respectivas cuotas e, incluso, en ocasiones, los legatarios⁹⁶.

Fori 86.13. Valeat testamentum vel quelibet alia ultima voluntas, licet testator nullum sibi heredem instituerit, ita tamen, quod legatarii sive illi, qui singulares res ex testamento habueri[n]t, solvant debita hereditaria secundum quod de eisdem bonis habuerint, nisi forte testator uni vel pluribus imposuerit honus sua exsolvendi⁹⁷.

Tanto la versión latina como la romance, que aquí sí coinciden en su contenido, establecen la necesidad de atender las obligaciones contraídas por el causante, incluso por los legatarios, cuando el testamento no contenga institución de heredero. No podemos establecer relación alguna entre este fuero y lo contenido en las fuentes romanas, pues *iste forus venit contra legem*⁹⁸.

Sin embargo, en principio y de acuerdo con la tradición romanística, los legatarios, en cuanto son adquirentes a título particular y no ocupan la misma posición jurídica del causante, no responden de las deudas contraídas por éste en vida, aun cuando tales disposiciones ordenadas en su favor quedan sujetas al orden de prelación que se establece para el pago de las deudas hereditarias:

Fori 89.3. Heres defuncti obligatur omnibus creditoribus defuncti ad universa debbita exsolvenda. Legatarius vero, qui fundum vel aliquam rem singularem defuncti ex testamento habuit, non obligatur ad defuncti debita exsolvenda; sed, si h[er]editas non sufficeret an debita exsolvenda, creditores defuncti possunt agere contra legatarios donec eis fuerit satisfactum, quia in bonis, que defuncti fuerunt, pocior est conditio creditorum qui certant de dampno vitando, quam legatariorum, qui certant de lucro sive legato habendo⁹⁹.

(b. - *Examen sumario de la la aceptación expresa*). — Junto a la aceptación que consiste en un *pro herede gerere*, que bien puede identificarse con lo que modernamente se ha llamado aceptación tácita, también se observa la presencia en los Fueros de Valencia de la aceptación expresa, esto es, una declaración de voluntad efectuada por el instituido heredero, cuyo contenido es precisamente su intención de obtener dicha cualidad. A diferencia de lo que sucede con la aceptación tácita, el heredero tiene la facultad de limitar el alcance de su aceptación de modo que quede a salvo de las deudas hereditarias su propio patrimonio personal. Es el caso de la llamada, en época justinianea, aceptación a beneficio de inventario, conforme a la que la responsabilidad del heredero aceptante quedará limitada exclusivamente a la cuantía del caudal hereditario y cuya versión clásica se materializaba, para el heredero necesario, a través del remedio pretorio del *ius abstinendi*¹⁰⁰. En relación con esta forma de aceptación es especialmente interesante el siguiente

fuerio ubicado en la rúbrica XC (*de repudian[da] hereditate*) de los *Fori Antiqui Valentiae*:

Fori 90.5. Licet heres hereditatem defuncti semel acceperit, non tenetur eam invitus retinere, immo potest eam repudiare et dimittere quando voluerit, et maxime, si debita hereditaria sive defuncti improvisa tot et tanta emergerint, quod defuncti substantia non possit ad ea ex solvendia sufficere.) Addidit dominus rex quod, ex quo quis adiverit semel hereditatem, non possit postmodum eam repudiare, cum ab initio debuit deliberare [an] expediret sibi nec ne hereditas, salvo tamen heredi beneficio inventarii, si tamen rationabiliter eum fecit.

Este fuero expresa una contradicción¹⁰¹, que el propio Jaime I corrige y resuelve. La posibilidad que tiene el heredero, una vez tomada posesión de la herencia, de repudiarla desaparece con la adición incorporada posteriormente por el monarca al propio texto. La redacción originaria podría justificarse si no existiera un beneficio para el aceptante que desconocía el balance del patrimonio relicto, cuyo contenido fuera el de salvaguardar sus propios bienes¹⁰², puesto que:

C. 6.30.16 (a. 395). Nec emere, nec donatum assequi, nec damnosam quisque hereditatem adire compellitur.

Sin embargo, la declaración del llamado en el sentido de aceptar a beneficio de inventario limita su eventual responsabilidad exclusivamente a los bienes relictos. Ello puede ponerse en relación con otro texto contenido en la rúbrica *de repudian[da] hereditate*:

Fori 90.3. Conventus coram curia pro debitis patris sui vel cuiuscumque alterius sit heres, non teneatur querelantibus respondere, si est paratus sine fraude et malicia toti hereditate habet, salva omnino relinquere; de consumptis vero in sustentatione sui corporis, nullatenus teneatur.

Es, pues, compatible la detentación temporal de los bienes de la herencia con el tiempo que el llamado tiene para decidir si acepta o no la herencia y en qué calidad, pues precisamente éste es el fin al que se dirige la solicitud del *spatium deliberandi* por parte del llamado. El hecho de que en los días siguientes al fallecimiento del causante el llamado goce de los bienes hereditarios no le atribuye automáticamente la cualidad de sucesor universal del causante, sino que bien puede estar llevando a cabo las operaciones pertinentes en orden a tomar una decisión sobre la conveniencia de aceptar o repudiar la herencia a él deferida¹⁰³:

D. 28.8.5 pr. (Ulp. 70 *ad ed.*). Aristo scribit non solum creditoribus, sed et heredi instituto praetorem subvenire debere hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediet nec ne agnoscere hereditatem.

Su voluntad puede exteriorizarse expresamente, mediante la emisión de una declaración en la que el llamado acepta o repudia la herencia que le ha sido ofrecida; pero también puede revelarse mediante actos que, indubitadamente, equivalen a tal declaración; así, el abandono de los bienes hereditarios bien podría interpretarse como una repudiación de la herencia; en otro sentido, el pago de una deuda o el ejercicio de acciones personales del causante, pueden servir para deducir una aceptación de la herencia por el accionante.

València.

ALEJANDRO VALIÑO

1. Albanese, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en AUPA. 20 (1949) 5. 2. Gai 2.152 y 2.153; e I. 2.19 pr., con la salvedad de la institución condicional en el testamento «*si volet, heres est*», como rezan D. 28.5.87 (Maec. 7 *fideic.*) y D. 28.7.12 (Hermog. 3 *iur. epitom.*). V. Bonfante, *Corso di diritto romano VI. Le successioni. Parte generale* (Roma 1930, reimp. Milano 1974) 230; Solazzi, *Diritto ereditario romano II* (Napoli 1933) 15; Kaser, *Das römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München 1955) 595; Voci, *Diritto ereditario romano I Introduzione. Parte generale*² (Milano 1967) 578. Sobre la eventual posibilidad de solicitar, tras la aceptación, el *beneficium abstinendi*, v. Beduschi, *Hereditatis aditio I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica* (Milano 1976) 62. 3. Guarino, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, en *Labeo* 1 (1955) 297. 4. D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *def.*). *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*. V. Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 512; Berger, *From «Ius Civile» to «Civil Law». Reflections on terminologie*, en *Festschrift Guido Kisch. Rechtshistorische Forschungen* (Stuttgart 1955) 134; Wacke, *Sul concetto di «dolus» nell'«actio de dolo»*, en *Iura* 28 (1977) 13, como ejemplo de tripartición de notorios efectos prácticos atestados en las fuentes; y Watson, *Equity in the Time of Cicero*, en «*Aequitas*» and *Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions* (Jerusalem 1997) 3 s. 5. En materia de derecho hereditario, podemos destacar el amplísimo trabajo de Marzal, *El derecho de sucesiones en la Valencia Foral y su tránsito a la Nueva Planta* (Valencia 1998). 6. V. García-Colón, *Furs de València V* (Barcelona 1990) 174. 7. Schirmer, *Das Familien-Vermögen und die Entwicklung des Notherbrechts bei den Römern*, en *ZSS*. 2 (1881) 168; Pernice, *Parerga. Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, en *ZSS*. 3 (1882) 66 ss.; Manigk, s.v. «*Hereditarium ius*», en *PWRE*. VIII/1 (Stuttgart 1912) 631; Rabel, *Elterliche Teilung*, en *Festschrift zur 49. Versammlung deutscher Philologen und Schulmänner* (Basel 1907) 522 s. y *Erbengemeinschaft und Gewährleistung. Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den neuen Gaiusfragmenten*, en *Μνημοῦνη Παππούλια* (Athen 1934) 188 y 191 ss.; Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 231 y, con él, Solazzi, *Diritto*

ereditario romano I (Napoli 1932) 10 ss.; Monier, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius* (P.S.I. n. 1182) et leur importance pour la connaissance du droit romain (Paris 1933) 26; De Zulueta, *Supplements to the Institutes of Gaius* (Oxford 1935) 7 y *The new fragments of Gaius*, en *JRS.* 25 (1935) 20 y 26; Beseler, *Lucubrationes Balticae*, en *SDHI.* 3 (1937) 386; Daube, «*Consortium*» in roman and hebrew law, en *The Juridical Review* 62/1 (1950) 85; Von Lübtow, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen der römischen Ebrechts*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci* I (Milano 1956) 412 s. y 416, que habla de un «*Mitrecht an der familia*» entre el *pater familias* y los *sui heredes*; Kaser, *Das römische Privatrecht* I cit. 594 y *Das römische Privatrecht* II. *Die nachklassischen Entwicklungen* (München 1959) 371; Marky, *Societade «ercto non cito»*, en *Romanitas* I (1958) 44 s. y 50; Bianchini, *Studi sulla «societas»* (Milano 1967) 6 ss.; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 32 ss.; Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 3; Franciosi, *Ancora sul «consortium»*, en *Labeo* 37 (1991) 271; y Tondo, *Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica*, en *SDHI.* 60 (1994) 602 ss. Ciertamente, pese a la repugnancia de Bonfante por la comparación de la comunidad hereditaria romana con el sistema germánico, un régimen similar parece haberse dado en la Roma antigua, en la que la sucesión se verificaba en el ámbito familiar por no tener un contenido exclusivamente patrimonial, surgiendo, desde el mismo momento del fallecimiento del *pater familias*, un *consortium* entre los *sui heredes* sin necesidad de acto de aceptación alguno por su parte. V. esquemáticamente el paralelismo en Biondi, *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano 1954) 231 s. En este sentido, del examen conjunto de D. 28.2.11 (Paul. 2 *ad Sab.*) y Gai 2.157, se hacen más valiosas las palabras de Rabel, *Erbengemeinschaft* cit. 191 y 200: «die Gütergemeinschaft bestand *vivo patre* und wird *mortuo patre* forgesetzt». V. asimismo Wieacker, «*Societas*». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts* I (Weimar 1936) 129 ss. y *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments* (Leipzig 1940) 13 ss., para quien «die aktuelle Berechtigung der *sui mortuo patre* ist dann weder Persönlichkeits- noch Vermögensnachfolge, noch insbesondere Nachfolge in die väterliche Gewalt. Sie ist vielmehr bloße Folgerung aus dem Wegfall der zentralen Leitungsgewalt». También Marky, *Societade* cit. 45 señala que «nesse caso, então, conforme a acepção antiga, cujos vestígios sobreviveram nos textos mais recentes, não se tratava tanto de sucessão e sim de una continuação do domínio». Por el contrario, en oposición a los maestros alemanes, sagazmente advierte Albanese, *La successione ereditaria* cit. 6 y 71 ss. cómo tal posición tropezaría con el obstáculo de circunscribir exclusivamente al ámbito familiar el fenómeno sucesorio y, no compartiendo tal criterio, rechaza tal concepción germánica. Ni que decir tiene también que base de la estructura familiar romana sería el parentesco agnaticio y la preeminencia del *pater familias* sobre los que a él se someten y no, en cambio, el cognaticio, que es propio de la comunidad germánica. De este modo, se hace patente, a nuestro juicio, como, actuándose en ambas formas de condominio un idéntico régimen de administración y

disposición, la única diferencia radica propiamente en la estructura de la institución familiar. Es natural, por consiguiente, que la peculiaridad del régimen romano de la patria potestad haya cedido en las codificaciones del derecho intermedio ante el primado de la consanguinidad propio del derecho germánico. 8. No obstante, señala Lenel, *Zur Geschichte der «heredis institutio»*, en *Gesammelte Schriften* III (Napoli 1991) 464 que ello no excluye que se dieran al tiempo de la Ley de las XII Tablas *extranei heredes*. También aisladamente Collinet, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius* (PSI. 1182), en *RHD.* 13 (1934) 11 sostiene que el nacimiento del *consortium* requeriría necesariamente del cumplimiento de un gesto acompañado del pronunciamiento de palabras solemnes, entre ellas, en el final de la evolución, la expresión *erctum non citum*. 9. Parece haberlo hecho doblemente, como apuntan García-Colón, *Furs* cit. 174 nt. 8. 10. Hemos manejado la edición latina de Dualde Serrano, *Fori Antiqui Valentiae* (Madrid 1950-1967), que reproduce los fueros de Jaime I. Nos hemos servido también de su versión romance a través de la edición de Palmart, *Furs e ordinations fetes per los gloriosos reys de Aragó als regnicols del Regne de València*, facsímil de la edición príncipe de 1482 (Valencia 1976), donde los fueros vienen ordenados cronológicamente, según el monarca que los dictó. Asimismo, especialmente útil ha sido el manejo de la edición de García-Colón, *Furs* cit., pues reproduce el texto romance de los *Fori Regni Valentiae* contenidos en la edición de Pastor, junto con el texto latino presente en la edición de Dualde, y acompañado de un interesante aparato crítico. También ha sido orientadora la edición de García y traducción de Guirau sobre *Els Furs* (Valencia 1979). 11. D. 28.8.1.2 (Ulp. 60 *ad ed.*). *Cum dicit tempus nec adicit diem, sine dubio ostendit esse in ius dicentis potestate, quem diem praestituat*, D. 28.8.2 (Paul. 57 *ad ed.*). *Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi*. Por consiguiente, la determinación concreta del *spatium deliberandi* está presidida por la flexibilidad bajo el control pretorio. 12. Gai 2.166; Epit. Ulp. 22.28; y FA. 2.38 y 2.42. La *cretio* no es más que el pronunciamiento de las palabras solemnes (*verba dicere*), que siguen a la toma de posesión de los bienes hereditarios. V. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 232; Dulckeit, *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft. Beiträge zum Willensproblem im klassischen römischen Erbrecht* (Weimar 1934) 119 s.; Biondi, *Obbietto dell'antica «hereditas»*, en *Iura* 1 (1950) 177 y *Diritto ereditario romano* cit. 239 s.; Kaser, *Das römische Privatrecht* I cit. 597; Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Napoli 1960) 553 s.; Gioffredi, *Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente*, en *Studi in onore di Guido Zanobini* V (Milano 1962) 289; y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 588. Por la atenuación del rigor formalista de la *cretio* se han significado Buckland, *Cretio and connected topics*, en *TR.* 3 (1922) 241 ss.; Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 24 ss.; y Coppola, *Studi sulla «pro herede gestio»* I. *La struttura originaria del «gerere pro herede»* (Milano 1987) 18 ss., que niegan, por consiguiente, la consideración de la *cretio* como acto solemne al estilo de las diversas aplicaciones del negocio mancipatorio. Los argumentos, relativos a la no exigencia de pronunciamiento de las palabras

in iure, el dudoso apoderamiento que seguía a tal acto formal y el carácter no constitutivo para la validez del acto de la presencia de testigos, son, sin duda, argumentos convincentes. En esta concepción puede situarse también la contribución de Biondi, *Degenerazione della «cretio» ed accettazione espressa non formale (Contributo alla storia della decadenza delle forme civili solenni)*, en *Studi in onore di Siro Solazzi* (Napoli 1948) 80 s., quien ve en la institución *cum cretione* más que la imposición de un acto formal la fijación al llamado de un plazo para aceptar, puesto que insuficientemente formal se revela el testimonio de Gayo a propósito de la *cretio* frente a las solemnidades conocidas respecto a otros actos de incluso inferior trascendencia patrimonial. En este mismo sentido, v. Samper, *El significado de «cernere» en las fuentes postclásicas*, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro II* (Valencia 1974) 365 s. y 388.

13. Segrè, *Ricerche di diritto ereditario romano* (Roma 1930) 93 nt. 2 señala que sólo en época posterior la *aditio* fue sustituida por una declaración de *adire*, lo que pone de relieve la consideración de la *aditio* reconducida exclusivamente al cumplimiento de actos materiales que tienen por objeto la herencia. También esta idea en Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 236, para quien *adire hereditatem* «vuol dire andare verso di essa ... allo scopo di impossessarsene» y en Beduschi, «*Hereditatis aditio*» cit. 5, pues *adire hereditatem* «significa entrare nell'eredità». V. también el reflejo del decaimiento de la *cretio* en Sanfilippo, *Evoluzione storica della «hereditas»*. *Corso di diritto romano* (Napoli 1946) 38. Sin embargo, el término, así expresado, es desafortunado. La *aditio*, considerada en sentido amplio como asunción de la cualidad de heredero, comprende tanto la *cretio* como la *pro herede gestio*, pero en sentido más restringido puede contraponerse a *cretio*, como forma no solemne de exteriorizar, oralmente, una declaración de voluntad que implique la aceptación de la herencia y, por ello, en ocasiones, como tal es concebida la *cretio* en las fuentes postclásicas. V. Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 235 ss. y Voci, *Diritto ereditario romano I* cit. 644 ss.

14. Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 278; Scherillo s.v. «*Inventario, Beneficio di (diritto romano)*», en *NNDI. IX* (Torino 1963) 9; y Voci, s.v. «*Erede e eredità (diritto romano)*», en *ED. XV* (Milano 1966) 80; y *Diritto ereditario romano I* cit. 502.

15. D. 29.2.57 pr. (Gai. 23 ad ed. prov.). *Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.*

16. Gai. 2.163. *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is cui de aedeunda deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum xxv: nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit ...* y D. 29.2.57.1 (Gai. 23 ad ed. prov.). *Sed tamen et puberibus minoribus viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem parentis appetierint, ex generali edicto quod est de minoribus viginti quinque annis succurrit, cum et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte edicti in integrum eos restituit.*

17. Tanto sea *suus* como *extraneus* como bien apunta Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia* (Granada 1998)

165 ss. 18. FA. 2.29 y 2.30; y I. 2.19.6. Cfr. Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 484; el amplio análisis de Reggi, *Ricerche intorno al «beneficium inventarii»* (Milano 1967) 14 ss. y también, a propósito del régimen clásico del *spatium deliberandi*, 111 ss.; Voci, *Diritto ereditario romano I* cit. 679; y Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia* cit. 174.

19. Solazzi, *Diritto ereditario romano II* cit. 276; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 274; Voci, *Diritto ereditario romano I* cit. 679; y Reggi, *Ricerche* cit. 15.

20. Reggi, *Ricerche* cit. 16 s.

21. En torno a la extensión del contenido de la *Scimus* a todo tipo de herederos, cfr. Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 352; Scherillo, s.v. «*Beneficio di inventario*» cit. 11; y Reggi, *Ricerche* cit. 61 s. y 71. Respecto del plazo, tiene carácter cautelar para el llamado, pues los tres meses son suficientes para inclinar su voluntad por la aceptación pura y simple o por la repudiación total de la herencia. Pero cabe también que dentro del plazo de treinta días desde que conoce su derecho a aceptar la herencia, comience la formación de inventario de la misma, que podrá prolongarse por espacio de otros sesenta días, transcurridos los cuales ha de optar por la repudiación o por la aceptación, en cuyo caso responderá de las deudas hereditarias sólo hasta el límite de los bienes hereditarios. Como señala Reggi, *Ricerche* cit. 72 «non è necessario che l'erede espressamente chieda tale beneficio ...» a diferencia de lo que sucede con el *spatium deliberandi*, mantenido en la constitución *Scimus* como un recuerdo de las antiguas disposiciones. En efecto, como pone de relieve Scherillo, s.v. «*Beneficio di inventario*» cit. 10 s. el *beneficium inventarii* se revela como una innovación justiniana ausente en el Digesto, que viene a superar los distintos remedios pretorios que favorecían al heredero en el período clásico en un período en el que ya no se da más el dualismo entre el derecho civil y el derecho honorario. Creemos que, sin duda, las amplias divergencias que ofrece frente al régimen clásico hicieron desistir a los compiladores de introducir referencia alguna al mismo en el Digesto, puesto que se habría requerido un número extensísimo de interpolaciones que hubiera privado de la más mínima inteligibilidad al discurso.

22. C. 6.30.22.13a (a. 531). ... *ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores.*

23. Gai. 2.170. *Omnis autem cretio certo tempore constringitur. In quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum. Potest tamen nihilo minus iure civili aut longius aut brevius tempus dari; longius tamen interdum praetor coartat.* V. Leonhard, s.v. «*Cretio*» en *PWRE. IV/2* (Stuttgart 1901) 1708; Knip, *Gai Institutionum commentarius Secundus* (Jena 1913) 297; Buckland, *Cretio and connected topics* cit. 251 ss.; Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 232; Solazzi, *Diritto ereditario romano* cit. 54; Biondi, *Degenerazione* cit. 68 y *Diritto ereditario romano* cit. 242; Voci, *Diritto ereditario romano I* cit. 589; Samper, *El significado de «cernere»* cit. 366 s.; y Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia* cit. 198 s.

24. C. 6.30.22 (a. 531). *Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit nec ne defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota ei fuerit apertura tabularum vel delatam*

sibi ab intestato hereditatem cognoverit numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat, C. 6.30.22.3 (a. 531). Sin autem locis, in quibus res hereditariae vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum damus ad huiusmodi inventarii consummationem: sufficit enim praefatum tempus, etsi longissimo spatio distant, tamen dare eis facultatem inventarii conscribendi vel per se vel per instructos procuratores in locis ubi res positae sunt mittendos. Cfr. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 487 ss.; *Istituzioni di diritto romano* II (Roma 1928) 638 nt. 4; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 287; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 351; Capogrossi Colognesi, s.v. «Inventario (diritto romano)», en NNDI. IX (Torino 1963) 2; Reggi, *Ricerche* cit. 71 ss.; y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 685; y s.v. «Inventario (diritto romano)», en ED. XXII (Milano 1972) 630. 25. Los detalles pueden verse en la C. 6.30.22.14 (a. 531). Cfr. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 488 ss.; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 178 s.; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 280; Kaser, *Das römische Privatrecht* II cit. 374; Reggi, *Ricerche* cit. 108 ss.; y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 503 y s.v. «Inventario (diritto romano)», en ED. XXII 631. 26. C. 6.30.22 pr. (a. 531). *Scimus iam duas esse promulgatas a nostra clementia constitutiones, unam quidem de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverunt, aliam autem de improvisis debitis et incertu exitu per diversas species eis imposito. Sed etiam veterem constitutionem non ignoramus, quam divus Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hereditatem adierint, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur: cuius sensus ad unam praefatarum constitutionum a nobis redactus est. Arma etenim magis quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit.* Cfr. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 487; Segrè, *Ricerche di diritto* cit. 100; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 283; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 350; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 679; s.v. «Erede e eredità» cit. 180 s.; y «Inventario» cit. 630; y Reggi, *Ricerche* cit. 26 ss. y 39 ss. 27. Scherillo, s.v. «Beneficio di inventario» cit. 11 ss.; y Reggi, *Ricerche* cit. 29. 28. Cfr. Marzal, *El derecho* cit. 43. 29. Entre otros podemos señalar el caso del *suus* que pierde la posibilidad de solicitar el *beneficium abstinendi* después de haberse comportado como heredero con su conducta. Así puede verse en D. 29.2.71.4 (Ulp. 61 *ad ed.*). *Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit.* V. Impallomeni, s.v. «Successioni (diritto romano)», en NNDI. XVIII (Torino 1971) 715. 30. Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* II (Napoli 1902) 51; Sanfilippo, *La valutazione dell'«animus» nella «pro herede gestio»*, en *Annali Catania* 2 (1948) 170; Tondo, *Osservazioni intorno alla «pro herede gestio»*, en *Archivio Giuridico* 153 (1957) 47 y 79 s.; Voci, s.v. «Erede e eredità» cit. 180; y Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 4 y 195 ss. 31. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* II (Leipzig 1901) 896 ss.; Leonhard, s.v. «Cretio» cit. 1709; Kniep, *Gai Institutionum* cit. 153 ss.; Bonfante, *Corso di diritto romano* VI

cit. 232; Buckland, *Cretio and connected topics* cit. 239 s.; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 16 y 35 ss.; Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 119 s.; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 239; Kaser, *Das römische Privatrecht* I cit. 597; Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale* I. *Le forme classiche di testamento* (Firenze 1966) 128; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 588 nt. 3; y Watson, *The law of succession in the later roman republic* (Oxford 1971) 188 s. Contra la consideración de la *cretio* como institución del derecho arcaico, v. Beduschi, «*Hereditatis aditio*» cit. 27 y Coppola, *Studi sulla «pro herede gestio»* cit. 26. 32. Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 767 ss. Para Biondi 76 s., la *cretio* de la que habla Gayo no sería la propia de tiempos más antiguos, pues resulta difícilmente entendible tan escasa solemnidad por él referida como modo de devenir heredero civil en oposición a otros actos de gran trascendencia patrimonial. En efecto, Leonhard, s.v. «*Cretio*» cit. 1710; Buckland, *Cretio and connected topics* cit. 253 ss.; y el propio Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 69 s. señalan que la no observancia de la formalidad de la *cretio* no hacía entrar en juego en toda su extensión la sustitución prevista por el testador si el llamado había manifestado de otra forma su voluntad de adir la herencia, sino que la herencia se reparte entre el heredero y su sustituto. 33. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 234; Buckland, *Cretio and connected topics* cit. 250 y 268 ss.; Solazzi, *I modi di accettazione dell'eredità nel diritto romano*, en *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali* 5 (1920) 5 s. y *Diritto ereditario romano* II cit. 61 s.; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 626; Biondi, *Degenerazione de la «cretio»* cit. 67 ss.; Kaser, *Das römische Privatrecht* II cit. 373; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 608; e Impallomeni, s.v. «*Successioni*» cit. 715 s., quien pone de relieve la innecesariedad de la abrogación de la *cretio*, pues de su desuso, siguiendo a La Rosa, *Accettazione ed acquisto dell'eredità materna attraverso il Teodosiano*, en *Annali Catania* 4 (1950) 378, se hacía ya eco CTh. 8.18.8 (a. 407). También en este sentido Samper, *El significado de «cernere»* cit. 365 y 382. También, por la temprana abrogación de la *cretio*, v. Galgano, *Acquisto ereditario e «transmissio delationis» in alcune costituzioni di Teodosio II e Valentiniano III*, en *SDHI.* 64 (1998) 299 y Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia* cit. 181. 34. A propósito del texto señala Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 208: «mentre Labeone decideva il caso in forma del tutto aprioristica, gli ultimi due finivano per consentire ad una ricerca caso per caso dell'intento perseguito ...». V. también a propósito Wubbe, *Iavolenus contra Labeonem*, en *Satura Roberto Feenstra Oblata* (Fribourg-Suisse 1985) 107 s. 35. Puede verse una síntesis, para la doctrina más antigua, en Dupont, *Les successions dans les constitutions de Constantin*, en *Iura* 15 (1964) 92 ss.; Amelotti, *Il testamento romano* cit. 129 s. nt. 5; Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 195 ss.; y Calzada, «*Aditio nuda voluntate*». *La aceptación de la herencia en el Derecho Romano* (Zaragoza 1995) 124 s. 36. V. d'Ors, *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* (Salamanca 1943) 99 ss.; Kaser, *Gaius und die Klassiker*, en *ZSS.* 70 (1953) 127 ss., y Reggi, *Ricerche* cit. 8 s. nt. 19. 37. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* cit. 555. 38. Manigk, s.v. «*Hereditarium ius*» cit. 642 s. se

limita a seguir fielmente el discurso gayano. La posición de Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 232 y 235 ss. es del todo punto confusa. La utilización del «sembra», «parrebbe» o el «non è da escludere» da buena muestra de las dificultades que presenta la resolución de la cuestión para el Maestro sobre la base de una terminología ciertamente compleja. Así, la *aditio* puede entenderse como opuesta a *pro herede gestio*, identificándose con lo que modernamente se conoce como aceptación expresa. Pero también puede contraponerse a *cretio*, como aceptación no solemne de la herencia. Con todo, no excluye que, en derecho clásico, se hayan ya apuntado los perfiles de la admisión de una declaración de aceptación sin forma distinta de la *cretio* y de la *pro herede gestio*, que claramente se revela en el derecho justinianeo. 39. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 627 s. nt. 1, apunta una sagaz interpretación de Gai 2.167, según la cual la *aditio nuda voluntate* sería ante todo una peculiar forma de aceptación que se comprendería en el *pro herede gerere*, desprovisto de otros perfiles más tradicionales. De Martino, «*Vel etiam*» nelle fonti giuridiche romane, en *Estratto degli Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche della Società reale di Napoli* 58 (Napoli 1938) 53 [dell'estr.], señala que «se la *pro herede gestio* consiste nella volontà di accettare, quale differenza vi sarebbe tra essa e l'*aditio nuda voluntate*». V. también Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 262 s., quien no excluye que la *aditio nuda voluntate* pueda ser incluso una *cretio* desprovista de formalidades. También Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 599, pone de relieve cómo la *nuda voluntas* puede oponerse tanto a la *cretio* en calidad de declaración de aceptación no formal como a la *pro herede gestio* en el sentido de que tal declaración es en sí misma una actividad susceptible de constituir un caso de gestión. Por último, Paricio, ¿*Tres modos de aceptación de la herencia?*, en *Labeo* 45 (1999) 249 ss., recientemente ha señalado la no consideración de la *aditio nuda voluntate* como un modo autónomo de aceptación de la herencia, sino como una licencia explicativa usada por Gayo para poner de relieve la amplitud con la que debe concebirse la categoría del *pro herede gerere*. Sería, en mi opinión, éste el estado de la cuestión en el momento transitorio que precede a la definitiva abrogación de la *cretio* como forma de aceptación de la herencia. 40. Kniep, *Gai Institutionum* cit. 309; Solazzi, *I modi di accettazione* cit. 3 ss.; *Diritto ereditario romano* II cit. 16 ss.; y *Glosse a Gaio. Terza puntata*, en *SDHI* 6 (1940) 323 s.; y Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* cit. 555, que ponen de relieve el origen constantiniano de la *aditio nuda voluntate*. 41. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 237; Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 72 ss.; Dupont, *Les successions* cit. 93; y Voci, *Diritto ereditario romano* cit. 599 ss., y s.v. «*Erede e eredità*» cit. 180. 42. Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 74 s. 43. CTh. 2.16.2 (a. 319). ... *cum vero maior successionem fuerit adeptus minoris, si quidem civili iure ab intestato vel testamente successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas* y CTh. 5.1.1 (a. 319). ... *ut aditione simplici arrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta plenum dominium delatae sibi portiones consequantur*, que acredita la vigencia en este tiempo de una aceptación expresa no formal. V. Solazzi, *I modi di accettazione* cit. 11; Biondi,

Degenerazione della «cretio» cit. 84; Dupont, *Les successions* cit. 94; y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 608 nt. 3, donde la referencia a la *cretio* viene a ser un recuerdo de su vigencia; y Samper, *El significado de «cernere»* cit. 369 ss. 44. Incluso el término *cretio*, especialmente vinculado con el antiguo formalismo, es entendido en algún texto como sinónimo de aceptación. V. a propósito de CTh. 8.18.4 (a. 329) Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 72 s.; La Rosa, *Accettazione ed acquisto* cit. 380 ss.; y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 59, mientras que Dupont, *Les successions* cit. 96 ss. contempla aquí un supuesto especial de pervivencia de la *cretio* cuando se trata de hijos *in potestate*, conservando todos los rasgos característicos que ella tenía en el derecho clásico. En otros (Gai 2.187-189), en cambio, aparece el verbo *adire* como sinónimo de *cernere*. V. al respecto Solazzi, *I modi di accettazione* cit. 8 y 13 s. En todo caso, como bien ha puesto de relieve Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 41 la reconducción de la *cretio* y de la *pro herede gestio* como formas de *aditio* responde más a una tendencia dogmática deseosa de contraponerlas que a una verdadera distinción entre la *pro herede gestio* y la *aditio*, con la que acaba identificándose. 45. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 627 nt. 1, y Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 20 ss. 46. Solazzi, *Diritto ereditario romano* cit. 17 ss. 47. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano* (Milano 1966) 214 ss. 48. V. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 627 nt. 1; Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 77 s.; y Paricio, ¿*Tres modos de aceptación* cit. 252. En este sentido, errónea me parece la interpretación de Rodríguez Martín, *Fragmenta Augustodunensia* cit. 189, al identificar las palabras del maestro de Autún *aut praesentibus amicis dicat velle se heredem esse* con la *cretio* sencillamente por requerirse también en la *aditio nuda voluntate* la presencia de testigos, cosa bien natural, pues ambas no son más que modalidades de aceptación expresa, cuya verificación debe resultar probada testimonialmente. Por otra parte, no deben observarse las palabras iniciales de FA. 2.44 *quid est pro herede gerere?* Parecería un grave error del maestro de Autún incluir a continuación no sólo la versión tradicional de la *pro herede gestio*, sino también la formalista *cretio*, que dejaría sin sentido los esfuerzos dedicados a su análisis en los párrafos precedentes de la paráfrasis. Por eso, la referencia no puede entenderse más que referida a la aceptación no formal. 49. V. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 237; Steinwenter, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* II (Milano 1930) 425 nt. 20; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 33 s. y 62 ss.; Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 129; Tondo, *Osservazioni* cit. 6; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 251 ss.; Kaser, *Das römische Privatrecht* I cit. 597 s.; Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* cit. 554; Gandolfi, *Studi sull'interpretazione* cit. 211 ss.; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 594 s.; Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 190 ss.; y Coppola, *Studi sulla «pro herede gestio»* cit. 162 s., para quien la expresión *pro herede gestio* no es conocida, ante la ausencia de mención, ni por Quinto Mucio Escévola ni por Cicerón, sino que es consecuencia de un lenguaje técnico más evolucionado y creciente, que comprende no sólo el

uso de las cosas hereditarias, sino cualquier comportamiento relevante conducente a la aceptación de la herencia. V. también esta misma idea en Buckland, *Cretio and connected topics* cit. 249 nt. 5. En contra, por el origen anterior de la *pro herede gestio* se ha significado Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 624. 50. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 625 nt. 1; Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 130; Sanfilippo, *La valutazione* cit. 168; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 251 s.; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 603 ss. Sobre la relevancia del *animus*, v. Beduschi, «*Hereditatis aditio*» cit. 44 ss. Por una, a mi juicio, exagerada tendencia a desvincular el *animus heredis* de la jurisprudencia clásica, v. Steinwenter, *Zur Lehre* cit. 425 nt. 20; y Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 33 s. 51. De Martino, «*Vel etiam*» cit. 53 s. nt. 192. 52. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 237; Gioffredi, *Osservazioni sulla dottrina romana* cit. 289; y Impallomeni, s.v. «*Successioni*» cit. 716. 53. Schiller, *Jurist's law*, en *Columbia Law Review* 58 (1958) 1233 [*An american experience in roman law. Writings from publications in the United States* (Göttingen 1971) 155]. 54. Sobre el significado de *gerere como facere* en Labeón, v. Albanese, «*Agere*», «*gerere*» e «*contrahere*» in *D. 50,16,19: congetture su una definizione di Labeone*, en *SDHI*. 38 (1972) 243. 55. Es en este sentido en el que debe entenderse la afirmación de Kniep, *Gai Institutionum* cit. 309 «*daß Labeo noch keinen Erwerb der Erbschaft durch bloße Willenstundgebung kannte*». 56. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 237 s.; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 65; Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 78 s., y *Diritto ereditario romano* cit. 251 ss.; Impallomeni, s.v. «*Successioni*» cit. 715 s.; Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 41 ss. 57. Biondi, *Degenerazione della «cretio»* cit. 79. A propósito del estudio de la *condicio iurisiurandi*, v. Calore, *La rimozione del giuramento: «condicio iurisiurandi» e «condicio turpis» nel testamento romano* (Milano 1988) 184 ss. El autor analiza con profundidad el pasaje, considerándolo como «*il primo documento in cui ci viene attestato il processo di astrazione che interessò la figura della pro herede gestio*». 58. Paricio, *Tres modos de aceptación* cit. 246 s. 59. A la vista de este texto, puede traerse a colación la distinción que hace Tondo, *Osservazioni* cit. 7 s., entre la *pro herede gestio*, que califica como instituto propio del derecho civil y la *immixtio*, propia del derecho honorario, la cual parece proyectar sus naturales efectos especialmente en el orden patrimonial, frente a la vertiente personal que caracteriza al *pro herede gerere*. Para Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 598 y 603, la *immixtio* es sustancialmente análoga a la *pro herede gestio*. Cfr. Scherillo, s.v. «*Beneficio di inventario*» cit. 11; y Reggi, *Ricerche* cit. 62 y 117, que invoca un texto de las Instituciones de Teófilo (I. 2.19.5), que diferencia la *aditio* como forma de aceptación del heredero voluntario y la *immixtio*, como forma de aceptación del heredero necesario. Finalmente, Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 48 s., quien, reconociendo el carácter de institución pretoria del *miscere*, propone un estudio crítico de las fuentes para encontrar su verdadero significado. Con todo, no puede excluirse que el pasaje haya sido objeto de alteración por los compiladores, como ponen de relieve Pringsheim, *Animus donandi*, en *ZSS*. 42 (1921) 317 ss.; Beseler,

Romanistische Studien, en *TR*. 10 (1930) 185; y Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 72, en cuanto a que es obvio que contiene reduplicaciones de un mismo principio formulado ya al inicio del fragmento, a mi juicio genuinamente por Juliano, a fin de reforzar la relevancia del *animus*, por lo que no cambia sustancialmente el texto. V. también Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 237 nt. 3; y Sanfilippo, *La valutazione* cit. 168 y 183. 60. Sanfilippo, *La valutazione* cit. 169 s. 61. Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 119. 62. Amelotti, *Il testamento romano* cit. 76 ss. y 128 ss. 63. Como, por el contrario, admite Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 598. 64. Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 34 s. También, Samper, *El significado de «cernere»* cit. 367 s., considera que la constitución aureliana tiende a dejar desprovista de forma la tradicional *cretio*, limitándose por tanto a establecer un *tempus ad deliberationem*. 65. Kaser, *Das römische Privatrecht* I cit. 598 y Amelotti, *Il testamento romano* cit. 128 s. 66. Para la doctrina, que negaba antaño la sucesión del heredero en la personalidad jurídica del causante, v. Manigk, s.v. «*Hereditarium ius*» cit. 625. La superación puede constatarse en Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 6 ss.; Solazzi, *Diritto ereditario romano* I cit. 4 ss.; Sanfilippo, *Evoluzione storica* cit. 21; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 6 y 11 ss.; Scherillo, s.v. «*Beneficio di inventario*» cit. 8; Impallomeni, s.v. «*Successioni*» cit. 705. 67. V. Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 193. 68. Por la alteración bizantina se inclinan Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 63 nt. 2; y Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 130 s. 69. V. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit. 125 s.; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* II cit. 444 ss.; Biondi, *Obbietto dell'antica «hereditas»* cit. 152 ss. y 182 s., limita la subentrada al dominio, puesto que la *hereditas* sólo se compone originariamente de cosas corporales. También, v. Wieacker, *Hausgenossenschaft* cit. 16 y Voci, s.v. «*Erede e eredità*» cit. 176. 70. *D. 29.2.20 pr.* (Ulp. 61 *ad ed.*). Se exige asimismo el *animus heredis* para gozar de la condición de sucesor universal en *D. 29.2.78* (Pomp. 35 *ad Q. Muc.*). *Respondit, nisi eo consilio usus esset, quod vellet se heredem esse, non adstringi*. En este pasaje se plantea si el hermano supérstite que no quiere heredar la cuota del causante se convierte igualmente en heredero al usar los bienes comunes. En la medida en que el uso que practica no puede circunscribirse a la idea de cuota por ser las relaciones de uso indivisibles, se justifica exclusivamente por la condición de *dominus pro cuota*. Cfr. Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 64; Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 132; Bretonne, «*Consortium*» e «*communio*», en *Labeo* 6 (1960) 204 s.; Beduschi, «*Hereditatis aditio*» cit. 207; y Coppola, *Studi sulla «pro herede gestio»* cit. 154 s. Sobre la indivisibilidad del uso, cfr. entre otros Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁸ I (Frankfurt 1900) 772; Segrè, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano* 3, en *RISG*. 8 (1889) 360 y *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali. Corso di diritto romano* (Torino 1931) 19 y 25 ss.; Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, en *Scritti giuridici* I (Milano 1948) 525; d'Ors-Bonet Correa, *El problema de la división del usufructo (estudio romano-civilístico)*, en *Anuario de derecho civil* 5 (1952) 70; Grosso, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*² (Torino 1958) 488; y Murillo, *Disposición jurídica de la cuota*

También, la exigencia del *animus heredis* se hace patente en D. 29.21.87 pr. (Pap. 10 resp.). *Eum bonis patris se miscere conventit, qui remoto familiae vinculo pro herede gerere videtur. Et ideo filius, qui tamquam ex bonis matris, cuius hereditatem suscepit, agrum ad hereditatem patris pertinentem ut maternum ignorans possedit, abstinendi consilium, quod in bonis patris tenuit, amisisse non videtur*; C. 6.31.1 (a. 214). *Si paterna hereditate te abstinuisset constiterit, et non ut heredem in domo, sed ut inquilinum vel custodem vel ex alia iusta ratione habitasse liquido fuerit probatum, ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit*; C. 6.30.4 (a. 250). *Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solemnitati iuris satisfactum videri, saepe rescriptum est*, con lo que se exige, como señala Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 156 nt. 4, el consentimiento del hijo para que pueda calificarse la gestión paterna como hereditaria; y C. 6.30.5 (a. 257). *Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria*. Respecto a la redacción clásica de algunos de estos rescriptos, v. la que propone Solazzi, *Costituzioni glossate o interpolate nel «Codex Iustinianus»*, en *SDHI*. 24 (1958) 54 ss. 71. Igualmente D. 29.2.20.1 (Ulp. 61 ad ed.). *Et ideo solent testari liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa auto pro suo ...* La casuística no presenta el sepelio dado al padre necesariamente como un acto de *pro herede gestio*, puesto que serán otras circunstancias las que no lleven a inclinarlos por su calificación como tal o más bien como un acto realizado en virtud del *officium pietatis*. Bien pueden citarse otros pasajes que confirman tal extremo como D. 10.2.49 (Ulp. 2 disp.); D. 11.7.4 (Ulp. 25 ad ed.) y D. 11.7.14.8 (Ulp. 25 ad ed.), tenidos por interpolados por Taubenschlag, *Miszellen aus dem römischen Grabrecht*, en *ZSS*. 38 (1917) 255 ss., y por Valiño, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 262 s., aunque no hay inconveniente en que llevar a cabo estos actos pueda ser el medio externo elegido por el llamado para exteriorizar su tácita aceptación, como apunta Coppola, *Studi sulla «pro herede gestio»* cit. 162. En este sentido, v. Fadda, *Concetti* cit. 62 y Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 66 nt. 7, quien señala que no es clásica la distinción que se hace en el pasaje entre los funerales hechos en virtud del *animus heredis* o *pietatis causa*, como en la n. s. excluye que la venta de ganado o el alquiler de los fundos o casas puedan entenderse efectuados *custodiae causa*, conforme a la mentalidad de los clásicos. No creo que tan rígidamente pueda conceptuarse la dirección del derecho clásico; y también Sanfilippo, *La valutazione* cit. 175 ss. admite que tales actos no siempre constituyen un *pro herede gerere*. Cfr. Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 741; y Beduschi, «*Hereditatis aditio*» cit. 190, quien precisa la dificultad de calificar de gestión hereditaria con carácter objetivo ciertos comportamientos como es el dar alimento al esclavo. Asimismo, en p. 73 nos dice, en relación con el hecho de dar sepultura al difunto, que las fuentes no lo consideran por sí acto de gestión hereditaria, salvo que haya sido hecho con *animus heredis*. También, Cenderelli, *Gestione d'affari ereditari, ed edito «de sumptibus funerum»*: punti di contatto ed elementi di

differenziazione, en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* I (Milano 1982) 269 y 281 s., excluye que el *funerare* pueda ser considerado como manifestación del *pro herede gerere*. 72. Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 601 entiende que gestiona como heredero quien exige o paga deudas hereditarias; quien administra la herencia, procurando el cuidado de los fundos y el alimento de esclavos y animales; quien enajena cosas o manumite esclavos pertenecientes a la herencia, salvo que lo haga, como el propio Voci señala (p. 502), con arreglo a la actividad excludora de la conveniencia o no de la aceptación dentro del *spatium deliberandi* y debitamente provisto de autorización pretoria. En cambio, s.v. «*Erede e eredità*» cit. 180, contempla la posibilidad de que el pago de una deuda pueda constituir simplemente un acto de gestión en favor del futuro heredero. No me parece que el esfuerzo de Juliano por destacar el influjo de la intención con la que se cumple un acto jurídico que concierne al caudal hereditario, si bien reforzado innecesariamente por los compiladores, deba tenerse por una interpolación, sino más bien el elemento esencial para poder seguir concibiendo el *pro herede gerere* como una categoría integrada por supuestos típicos. 73. D. 29.2.21 pr. (Ulp. 7 ad Sab.). *Si quis extraneus rem hereditariam quasi subripiens vel expilans tenet, non pro herede gerit: nam admissum contrariam voluntatem declarat*. En el mismo sentido, v. Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 130; Sanfilippo, *La valutazione* cit. 180 ss.; Betti, «*Declarare voluntatem*» nella dogmatica bizantina, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* II (Milano 1953) 448; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 604; y Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 160 s., para quien la noción tan amplia de hurto existente en época clásica hasta la introducción del *crimen expilatae hereditatis* en época de Marco Aurelio permite incluir dentro de tal calificación cualquier acto doloso del heredero, aunque la herencia se encuentre yacente. En consecuencia, tal acto no puede ser considerado como una *pro herede gestio*. En cuanto a las observaciones de Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 67 s., según el cual quien preconstituye la prueba, afirmando que su intención es sólo de expoliar la herencia y no de aceptarla, en realidad cumple un acto de *pro herede gestio*. Como ha puesto de relieve acertadamente Sanfilippo, *La valutazione* cit. 181 s., las características del apoderamiento, a ocultas, con nocturnidad, impiden estimar el acto como denotador del deseo de adquirir la cualidad de heredero. 74. Éste puede recaer sobre la cosa, como cuando uno dispone de una cosa hereditaria, creyendo que era propia; o sobre la persona, como cuando uno es, en realidad, heredero de aquel que considera su esclavo y entra en posesión de los bienes pensando que lo hace en concepto de dueño del peculio de su propio esclavo, supuesto al que se refiere D. 29.2.22 (Paul. 2 ad Sab.). Cfr. Dulckeit, *Erblasserwille* cit. 140; Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 604; y Beduschi, «*Hereditatis aditio*» cit. 214 ss. 75. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* cit. 555 y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 605 nt. 69. 76. D. 29.2.21.2 (Ulp. 7 ad Sab.). *Sed ita demum pro herede gerendo acquirere hereditatem, si iam sit et delata...* Por razones obvias, D. 29.2.27 (Pomp. 3 ad Sab.). *Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait*. 77. Bonfante, *Corso di diritto romano* VI cit.

Privatrecht I cit. 596; y Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 55. 78. V. Tondo, *Osservazioni* cit. 35. Frente a esta rotunda opinión puede verse la de Valiño, *Los precedentes clásicos de la prohibición de negocios sobre la herencia de un vivo en Derecho romano*, en *Estudios en homenaje al prof. Santa Cruz Teijeiro II* (Valencia 1974) 475 ss. 79. Tondo, *Osservazioni* cit. 35, pone de relieve cómo, para Labeón, la prestación del juramento tiene el carácter de acto preparatorio de una futura aceptación, mientras que en p. 39 apunta otros textos que señalan cómo los juristas clásicos fueron propensos a admitir en ocasiones una anticipación lógica de la delación. Así, D. 28.7.20.1 (Lab. 2 post. Iav. epit.) recoge la convalidación de la manumisión de un esclavo hereditario antes de la adición. El contraste del *responsum* de Labeón con el dado en D. 29.2.62 pr. obedece, a nuestro juicio, al fomento justiniano del *favor libertatis*. V. en este sentido Beseler, *Miscellanea critica*, en ZSS. 43 (1922) 420 y *Romanistische Studien*, en ZSS. 47 (1927) 62 s. 80. De ahí, la glosa puesta de relieve por Schulz, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, en ZSS. 43 (1922) 179 nt. 2; Beseler, *Miszellen*, en ZSS. 45 (1925) 446; y *Et ideo-Declarare-Hic*, en ZSS. 51 (1931) 61; Steinwenter, *Zur Lehre* cit. 425 nt. 20; Solazzi, *Diritto ereditario romano II* cit. 69 nt. 1; y Dulkeit, *Erblasserwille* cit. 128 nt. 1. En contra, Sanfilippo, *La valutazione* cit. 179. Una discrepancia tan relevante entre Labeón y Javoleno sobre un concepto tan esencial, como es el surgimiento de la delación hereditaria, no puede responder sino a un intento legislativo desmesurado por destacar el papel de *animus* en orden a la adquisición de la cualidad de heredero. Así, Buckland, *Cretio and connected topics* cit. 250, afirma la intervención de Triboniano, mientras que, en torno a la discrepancia de *responsa*, contempla el carácter continuador de la jurisprudencia Biondi, *Obbietto dell'antica «hereditas»* cit. 152. 81. Conviene tener presente en todo caso que en derecho bizantino no es necesario solicitar del Pretor el *spatium deliberandi*, sino que en la constitución *Scimus* la adición de la herencia por el llamado y, por tanto, el hecho de inmiscuirse entre los bienes hereditarios, supone la concesión generalizada del beneficio de inventario, una vez verificados todos los requisitos que el propio Justiniano establece en la constitución. De este modo, el no acometer el inventario de los bienes relictos trae consigo la responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis*. En este sentido, cfr. Hanisch, *Notas sobre el «beneficium inventarii»*, en REHJ. 7 (1982) 32 s. 82. Solazzi, *In tema di «bonorum venditio»*, en *Iura* 6 (1955) 97. 83. En torno al otorgamiento del *spatium deliberandi* a los herederos necesarios después de haberse inclinado por el *beneficium abstinendi* y antes de que el *miscere* tenga lugar, v. D. 28.8.8 (Ulp. 61 ad ed.). *Si quis suus heres, posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat: magisque est, ut ex causa debeat impetrare, cum nondum bona venierint*. Es evidente que el beneficio pretorio pretende, al igual que el derecho de abstención para los herederos necesarios, suavizar, con la concesión de un plazo, las duras consecuencias a las que conduce la aplicación del derecho civil. 84. D. 28.8.5 pr. (Ulp. 70 ad ed.). *Aristo scribit*

non solum creditoribus, sed et heredi instituto praetorem suobente debere hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediet nec ne agnoscere hereditatem. 85. D. 28.8.5.1 (Ulp. 70 ad ed.). *Si maior sit hereditas et deliberat heres et res sunt in hereditate, quae ex tractu temporis deteriores fiunt, adito praetore potest is qui deliberat sine praeiudicio eas iustis pretiis vendere: qui possit etiam ea, quae nimium sumptuosa sint, veluti iumenta aut venalicia, item ea quae mora deteriora fiant, vendere, quique praeterea curaturus sit, ut aes alienum quod sub poena vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur*. D. 29.2.20.1 (Ulp. 61 ad ed.). ... *aut si non ut heres, sed ut custodiat, aut putavit sua, aut dum deliberat quid fecit, consulens ut salvae sint res hereditariae, si forte ei non placuerit pro herede gerere, apparet non videri pro herede gessisse*. Que ha de ser el llamado quien pida el *spatium deliberandi* se refleja en D. 29.2.28 (Ulp. 8 ad Sab.). *Aristo existimat praetorem aditum facultatem facere debere hereditationes defuncti ab eo petere, penes quem depositae sunt, deliberanti de adeunda hereditate*, aunque también pueden solicitarlo los acreedores de la herencia, en la medida en que es interés suyo la pronta concreción del continuador de la personalidad jurídica del causante; cfr. Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 249; Solazzi, «*Spatium deliberandi*», en *Scritti di diritto romano I* (Napoli 1955) 361 s.; Kaser, *Das römische Privatrecht I* cit. 598; y Voci, *Diritto ereditario romano I* cit. 501. 86. El estudio comparativo de las rúbricas de los Fueros de Valencia y las fuentes romanas fue llevado a cabo por Barrero, *El Derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I*, en *AHDE*. 41 (1971) 639 ss., dentro de lo que constituye un extenso estudio en el que también se pone en relación el *codex* valenciano con otras fuentes del derecho histórico español. 87. No obstante, Marzal, *El derecho* cit. 43, con su profundo conocimiento de la práctica de la época, apunta una serie de actos que, tradicionalmente, permiten presumir *iuris tantum* la voluntad de aceptación de la herencia, omitidos todos ellos en las fuentes valencianas, consagrándose así un mecanismo alternativo de aplicación del derecho alejado de la fuerza normativa del derecho legislado. Las fuentes romanas, en cambio, son, sin duda, mucho más generosas. Así, puede observarse D. 29.2.20.1 (Ulp. 61 ad ed.). ... *ut puta patrem sepelivit vel iusta ei fecit ... servos hereditarios pavit iumenta aut pavit aut distraxit ... proinde et si fundos aut aedes locavit vel fulsit vel si quid aliud fecit ...*; C. 6.30.12 (a. 294). *Puberem agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuit hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur*; e I. 2.19.7. ... *pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tamquam heres utatur vel vendendo res hereditarias aut praedia colendo locando et quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate ... pro herede enim gerere est pro domino gerere: veteres enim heredes pro dominis appellabant*. Este pasaje, que resume de modo escolástico toda la casuística del *pro herede gerere*, no olvida la singularidad gayana de la *aditio nuda voluntate*. Además, la *pro herede gestio* se presenta como la auténtica alternativa a la solemnidad extrema de la *cretio*, puesto que el *pro herede gerere* no se limita al cumplimiento de actos materiales (*uti, vendere, locare, colere res hereditarias*), sino que como tal puede concebirse en esto período

el mero expresar la voluntad de adir la herencia (*quoquo modo si voluntatem suam declaret de adeunda hereditate*). En todo caso, como pone de relieve Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 240, constituye el fin de la tipicidad de supuestos constitutivos del *pro herede gerere*, todo ello ordenado al reconocimiento de un primado absoluto por la búsqueda de la intención del que asume un cierto comportamiento en relación al caudal relicto. 88. D. 29.2.54 (Flor. 8 *inst.*). *Heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur*; D. 29.2.8 pr. (Ulp. 7 *ad Sab.*). ... *hereditas autem qui obliget nos aeri alieno, etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est*; y D. 29.2.37 (Pomp. 5 *ad Sab.*). *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant*. 89. Cfr. Fadda, *Concetti* cit. 62; Solazzi, *Diritto ereditario romano* II cit. 65 nt. 1; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 252 s.; y Voci, *Diritto ereditario romano* I cit. 601. 90. En este orden de cosas, puede destacarse lo que es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 21 de mayo de 1910, que entendió como acto de aceptación tácita de la herencia el reconocimiento de una deuda de la misma, exteriorizado a través del pago y cancelación de la hipoteca que lo aseguraba. Igualmente, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de junio de 1961 calificó de acto de aceptación tácita el pago con bienes relictos de una deuda de la herencia. Un resumen de la doctrina del alto tribunal puede verse en su sentencia de 15 de junio de 1982, para la cual constituyen actos de aceptación tácita «aquellos que por sí mismos o mero actuar, indiquen la intención de querer ser o manifestarse como heredero ... o, en otro sentido, que el acto revele sin duda alguna que el agente quería aceptar la herencia o la de ser su ejecución facultad del heredero». V. o'Callaghan, *Comentario del Código Civil* I ed. Ministerio de Justicia (Madrid 1991) 2367. 91. V. Tondo, *Osservazioni* cit. 10: «si tiene fermo al comune apprezzamento dell'ambiente sociale, per cui il pagamento dei debiti ereditari nei limiti della quota della vocazione ereditaria è indice tipico della volontà di accettare: non avrebbe senso almanaccare sulla intenzione con cui il pagamento è fatto». 92. Nuevamente, insistiendo en la idea de la evolución conceptual de la *pro herede gestio* v. Fadda, *Concetti* cit. 58, en relación con la progresiva espiritualización de los actos que se comprenden dentro del *pro herede gerere*: «Il concetto si va sempre piú allontanando dalla primitiva materialità, finché l'ingegno acuto di Giuliano lo formula definitivamente, affermando che non si deve guardare al fatto in se stesso, ma all'intenzione che da esso traspare ...». De igual modo, cfr. Tondo, *Osservazioni* cit. 8 s., quien, no obstante, pone de relieve cómo, para los clásicos, el *pro herede gerere* designa aquellos actos que exteriormente se reputan como propios de un heredero y, en particular, los que implican uso y disposición de los bienes hereditarios, citando, como expresión de este criterio objetivo, los siguientes pasajes: Gai 2.166; Epit. Ulp. 22.26. *Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tamquam dominus utitur, velut qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat*; y PS. 4.8.23. *Pro herede gerere est destinatione futuri domini aliquid ex hereditariis rebus usurpare*. Cfr., a propósito de estos textos, Solazzi, Ulp.

22.26, en *Scritti di diritto romano* VI (Napoli 1972) 499 ss.; Beduschi, *Hereditatis aditio* cit. 188 ss.; y Coppola, *Studi sulla «pro herede gestio»* cit. 161 s., aunque la evolución del concepto, ya suficientemente apuntada, me parece incuestionable. 93. De ello se desprende la indudable dificultad que tienen las mujeres, hijos de familia y esclavos para aceptar la herencia por *facta concludentia*, pues la adquisición de la herencia por este medio sería de difícil compatibilidad con el requisito de la *auctoritatis interpositio* o el *iussum* complementario de su falta de capacidad. En este sentido, v. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum* I. *Profili funzionali* (Torino 1976) 110 ss. 94. Designamos así, abreviadamente, la edición de García-Colón, *Furs* cit. Por contra, la edición latina de Dualde, *Fori Antiqui Valentiae* se viene citando sintéticamente como *Fori*. 95. *Fori* 86.24. *Cum nihil sit quod magis hominibus debeat quam ut supreme voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber, sit stilus, et licitum quod iterum non redit arbitrium, ideoque pater et mater, deductis primo debitis et iniuriis restitutis ...*, que presenta idéntico contenido que la versión romance en *Furs* 6.4.46. También recoge este deber de satisfacer primeramente los créditos de la herencia *Fori* 86.32. *Qui absque prole legitima decesserit superviventibus patre et matre, solutis debitis et iniuriis plenarie restitutis ...* y su equivalente en lengua romance ubicado en *Furs* 6.4.48. Otro tanto se observa en *Fori* 89.4. ... *et, si infra dictos tres menses noluerit dictam hereditatem vel legatum accipere, quod ex tunc in antea amitit et ad proximiores testatoris revertantur et eorum sint, salvo tamen quod de dicta hereditate vel etiam legato solvantur debita vel alie res quas preceperat solvi testator*. Difícil resulta la armonización de los textos anteriores con *Fori* 86.35, que atribuye a los herederos los bienes de la herencia tras la muerte del causante, a no ser que éste haya establecido en el testamento la voluntad de que primeramente sean satisfechas las deudas de la herencia y los perjuicios ..., *nisi testator dixerit quod heredes non adhirent hereditatem usque debitis suis vel iniuriis ...* Quizá esta regla general de atribución inmediata de los bienes de la herencia desde el momento mismo de la muerte del causante deba entenderse limitada a aquellos que comprenden la cuota legitimaria y sin perjuicio del derecho que tienen a repudiar la herencia. 96. Con la limitación contenida en *Fori* 86.19. *Non possit testator gravare legatarium in plus quam sibi dimiserit in suo testamento*. Señalan García-Colón, *Furs* cit. 167 como precedente normativo I. 2.24.1. ... *hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur ...* 97. Reproducimos la versión romance en *Furs* 6.4.26. *Lo testament o qualque altra darrera volentat que el testador farà haja valor, jasia ço que el testador no haja establít ne feít a ssi negun hereu en aquel testament. En axí, emperò, que els legataris, o aquels qui hauran per rahó d'aquell testament coses certes e singulars, paguen los deutes que el testador devia segons que cascú dels béns d'aquel haurà, si doncs lo testador no mana en son testament a un d'aquells qui havia feites lexes o a més que pagassen los seus deutes*. 98. Cfr. García-Colón, *Furs* cit. 164. La oposición se concreta en el carácter esencial para la validez del testamento romano que tiene la institución de heredero, al menos en derecho clásico, y

que se concreta en diversos pasajes: Gai 2.103. ... *nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*; 2.116. *Sed ante omnis requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiae testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus*; 2.229. ... *scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*; y D. 28.6.1.3 (Mod. 2 pand.). ... *nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*. En época justiniana, el requisito de colocar en cabeza la *heredis institutio* pierde su carácter esencial para la validez del testamento, como se plasma en I. 2.20.34. *Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutores legatum relinquere et multo magis libertatem, cuius usus favorabilior est*. Este pasaje trae su causa de C. 6.23.24 (a. 528) y para el examen conjunto de los mismos cfr. Archi, *Contributo alla critica del «Corpus Iuris»*, Cl. 6,23,24 e I. 2,20,34 in *tema di heredis institutio*, en *Iura* 5 (1954) 171 ss., al que se remite también el propio autor en *Le classicisme de Justinien*, en *RHD*. 46 (1968) 587, quien pone de relieve, no obstante su común origen justiniano, la diversidad de contenido y extensión de ambos fragmentos. 99. Contenido similar presenta C. 6.30.22.5 (a. 531), que atribuye a los acreedores de la herencia todavía no satisfechos las acciones hipotecarias o la condición de lo indebido. *Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt; licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, et vel hypothecis vel indebiti conditione uti, et haec, quae acceperint, recuperare, quum satis absurdum est, creditoribus quidem ius suum, persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare*. Respecto a los supuestos de aplicación de una y otra acción, v. Reggi, *Ricerche* cit. 92. 100. D. 30.89 (Iul. 36 dig.). ... *praetor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna manifestum facit ius se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adevunde hereditatis habuissent*, de modo que el *beneficium abstinendi* que se concede a los *sui* produce el efecto pretorio de ser considerados herederos voluntarios, como señala La Pira, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze 1930) 50. Los herederos voluntarios, aunque acreditada la gravosidad de la herencia, pueden optar por el repudio de la misma, disponen, sin embargo, de algunos instrumentos para atenuar su eventual responsabilidad si, definitivamente,

optan por la aceptación, aunque dependen del eventual acuerdo alcanzado con los acreedores: la *aditio mandatu creditorum* y el *pactum ut minus solvatur*; cfr. Bonfante, *Corso di diritto romano VI* cit. 484 s.; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano II* cit. 622; Solazzi, *Diritto ereditario romano II* cit. 277 ss.; Biondi, *Diritto ereditario romano* cit 348 s.; Scherillo, s.v. «Beneficio di inventario» cit. 9 s.; Reggi, *Ricerche* cit. 3 ss.; y Voci, *Diritto ereditario romano I* cit. 683 s.; y recientemente Silveira, *Do «pactum ut minus solvatur». Precedente romano da concordata moderna* (São Paulo 1995). En contra de la consideración del *beneficium abstinendi* como precedente del beneficio de inventario, v. Reggi, *Ricerche* cit. 49 s., e igual planteamiento sostiene para el *beneficium separationis* del heredero necesario, frente a Fadda *Concetti* cit. 40; Solazzi, *Diritto ereditario romano II* cit. 284; y Biondi, *Diritto ereditario romano* cit. 228 y 350. 101. Así resulta del contraste de este pasaje con Fori 90.2, que atribuye carácter definitivo a la aceptación y a la repudiación de la herencia. 102. V. Hanisch, *Notas* cit. 26. Tal era en derecho clásico el *spatium deliberandi* que se concede al heredero voluntario, puesto que una vez transcurrido, tiene la facultad de adir la herencia o de repudiarla. A este respecto, señala I. 2.19.5 que la facultad de repudiar la herencia una vez adida contraviniendo así el principio *semel heres semper heres*, tan sólo se concedía a los menores de veinticinco años y se instrumentaba a través de la *restitutio in integrum ob aetatem*, puesto que *nam huius aetatis hominibus sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit*. Así se recoge también en D. 29.2.57.1 (Gai. 23 *ad ed. prov.*). *Sed tamen et puberibus minoribus viginti quinque annis, si temere damnosam hereditatem parentis appetierint ex generali edicto quod est de minoribus viginti quinque annis succurrit, cum et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte edicti in integrum eos restituit*. El emperador Adriano creó un expediente similar para los mayores de veinticinco años si, después de la adición, hubiesen conocido la existencia en la herencia de grandes deudas. Luego, este remedio imperial fue extendido a los soldados por el emperador Gordiano y finalmente a todos los súbditos, lo que supuso la introducción del beneficio de inventario como regla general, limitando la responsabilidad del llamado exclusivamente a los bienes hereditarios. Dicho régimen se encuentra amplia y exclusivamente recogido en C. 6.30.22 (a. 531) y a él se refiere también I. 2.19.6. 103. V. Fernández Barreiro, *La previa información del adversario en el proceso privado romano* (Pamplona 1969) 378.

[A. V.]

che dell'Università di Camerino, del «Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti» e del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Index ha frequenza annuale. L'abbonamento costa € 90,00 per l'Italia e € 110,00 per l'estero (annata arretrata € 110,00); va sottoscritto presso la *Casa Editrice Jovene*, 109 via Mezzocannone, 80134 Napoli, tel. 081/5521019 - 5521274 - 5523471; telefax 081/5520687 (c/c postale n. 14015804) - e-mail: info@jovene.it - www.jovene.it

Tutti gli ordini relativi alle *annate arretrate* vanno indirizzati alla *Casa Editrice Jovene* che ha in distribuzione anche i volumi di *Index* pubblicati dal 1970 al 1985 da altro Editore.

Ogni collaboratore riceverà 50 estratti gratuiti. Eventuali estratti oltre i 50, ordinati al «si stampi» dato alle bozze del volume, saranno forniti dall'Editore al prezzo di € 0,08 a pagina e € 0,26 per copertina. Estratti anticipati: rimborso al costo delle spese extra.

Index segnala *tutte* le pubblicazioni ricevute dalla Redazione. I libri di cui si desidera la recensione critica vanno inviati in duplice copia.

I libri per recensione o segnalazione, i manoscritti ed ogni altra comunicazione di carattere redazionale vanno inviati al professor Luigi Labruna, 149/a via Chiaja, 80121 Napoli, tel. e telefax 081/425885; fax 081/2534327.

E-mail: index@unina.it - labruna@unina.it

L'indirizzo del «Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano» è il seguente: professor Pierangelo Catalano, 07100 Sassari, Nuovo Grattacielo, Casella postale 81.

Copyright 2005 by Jovene Editore Spa. - Napoli.
Registr. Trib. Camerino nr. 1 del 14.3.1970 - L. Labruna dir. resp.
Printed in Italy - Litografia Libero - Napoli