

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta
Gabriela Marta
Alonsopérez
Mirta Beatriz Álvarez
María Elena Bazán
Daniel Bonjour
Emiliano J. Buis
Andrea Costa
Sebastián Cuenca
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Yamila Fuentes Francis
Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco
Norma Alicia Juárez
Favio Leonetti
Luis Aníbal Maggio
Gastón L. Medina
Elvira Méndez Chang
Laura Lilliana Micieli
Marilina Andrea Miceli
Patricia Silvina Mora
Noelia Morchio
Gabriela Victoria Morel
Grecia Sofía Munive
García

Alfonso Murillo Villar
Leticia Núñez
Soledad Andrea
Peralta
Norberto Darío Rinaldi
Julieta Salomé
Rodríguez
Luis Rodríguez Ennes
Mariana Verónica
Sconda
Giselle Trupia Verón
Francisco Valenzuela
Aránguiz
Adrián Gustavo Vedia

UFLO
UNIVERSIDAD

Sucesión *ab intestato* en la ley decenviral

Por María Cristina Filippi⁴⁸⁵

I. Sucesión por causa de muerte en Roma

En Roma, la sucesión *mortis causa* a título universal podía ser *ab intestato*, también llamada legítima porque era diferida por la ley, o testamentaria.

Según la opinión de algunos autores, sobre todo Fustel de Coulanges,⁴⁸⁶ el derecho de testar, esto es de disponer de los bienes y –más aún– de nombrar heredero, estableciendo así la continuidad de la autoridad que regirá los destinos de la familia para después de la muerte del actual titular, se contraponía totalmente con lo que consagraban las primitivas creencias religiosas. Que fueron, en la primera época de Roma, el fundamento de la propiedad y del derecho sucesorio.

⁴⁸⁵ Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho Romano en Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora

⁴⁸⁶ COULANGES, F. D. (1942). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Albatros.

Para entender lo que se acaba de exponer, debemos remontarnos a los comienzos de la ciudad, momento histórico en el cual la familia agnaticia cumplía un rol fundamental, al punto de erigirse en el verdadero pilar sobre el cual se apoyó la organización del Estado.

Dos cosas están íntimamente ligadas, el culto de una familia y el derecho de propiedad, el dominio *ex iure quiritium*, de la cual la misma es titular. Por esa razón no se pudo admitir la propiedad sin el culto, ni el culto sin la propiedad. Citando textualmente a Cicerón,⁴⁸⁷ “la religión prescribe que el culto y los bienes de cada familia sean inseparables, y que el cuidado de los sacrificios recaiga siempre en el que recibe la herencia”. Gayo,⁴⁸⁸ por su parte, acota: “Los antiguos hicieron que las herencias fueran aceptadas rápidamente, a fin de que fuera continuado el culto doméstico, que en esos tiempos era sumamente observado, y que los acreedores tuvieran a alguien a quien dirigirse para recobrar sus créditos”.

De allí deducimos la importancia del culto familiar unido a la propiedad en materia sucesoria. Quien debía suceder, el *heres*, era el que se encontraba bajo la potestad del *pater*, el hijo varón, que había contribuido a mantener, e incluso acrecentar, el patrimonio paterno. Hay simplemente una continuación, una institución, la familia, que se prolonga en el tiempo y de la cual los hombres que la encabezan son simplemente representantes. La fortuna, en especial las cosas *mancipi* y los *bona paterna avitaque* (bienes recibidos del padre o del abuelo paterno), es inmóvil como lo es también el hogar, y la tumba a la que aquel se encuentra asociado.

Por esta misma razón, podemos afirmar que quien debía suceder naturalmente a un *pater* fallecido era el llamado heredero suyo, o mejor aún, el heredero “de lo suyo”, el *sui herede*.

⁴⁸⁷ CICERÓN. *De Legibus*, 2. 19 y 201.

⁴⁸⁸ GAYO. *Institutas*, 2. 55.

Este era el continuador del difunto a la cabeza del culto familiar, que residía no en los templos sino en las casas, y cada casa tenía sus dioses. Propios, particulares y distintos de los demás, si no se entiende esto no podrá comprenderse cabalmente la *confarreatio*, ni la adrogación, ni la agnación, o el porqué de la institución de la prodigalidad, tal y como fuera originariamente concebida.

Eran ellos el *hogar*, donde ardía el fuego sagrado, los *manes*, espíritus de los antepasados, los *lares*, custodios de campos y caminos, y los *penates*, protectores de las riquezas y los graneros de la familia. Encabeza el culto familiar el *genius*, espíritu del *pater*, a quien lo acompaña el *iuno*, ánima de la señora de la casa.

La religión doméstica no tenía reglas universales, cada grupo familiar seguía las propias. Su sacerdote era el jefe de la familia, rango que luego de la muerte se transmitía a los hijos, siempre por línea masculina, o sea por parentesco agnaticio. Por esta razón, si alguno muere intestado, su herencia será conforme las XII Tablas, repartida solamente entre sus agnados, o sea entre quienes comparten el mismo culto.

Con lo que llevamos expuesto, es fácil advertir que la herencia en la Roma primitiva distaba de ser una cuestión meramente económica. Por ello, la facultad de testar no era reconocida de modo absolutamente libre al ciudadano romano, ni podía admitirse que cualquiera dirigiese la sociedad familiar, o que cultos extraños penetrasen en la misma, mancillando su pureza.

La Ley de las XII Tablas habla, es cierto, de los testamentos, señal que los mismos eran reconocidos y permitidos en el siglo V a. C. Algunas centurias después, es Aulo Gelio⁴⁸⁹ quien nos recuerda en sus *Noches Áticas* el testamento de Acca Laurentia, la loba que amamantó a Rómulo y Remo, así como el de la vestal Caya Terracia.

Pero salvo algunos ejemplos como los citados, la mención que nos ha llegado proveniente de las fuentes es muy breve e incompleta, siendo

⁴⁸⁹ AULO GELIO. *Noches Áticas*, 6. 7.

escasas las noticias de que disponemos al respecto. Mucho es, entonces, opinable, y se ha opinado en abundancia y en sentidos distintos.

El de testar era, según lo poco que sabemos, un acto complejo, para el que se requerían serias y solemnes formalidades. Debía realizarse en público, ante el pueblo reunido en comicio, el que debía dar su aprobación cuando de desheredar a los descendientes varones y cambiar la normal secuencia sucesoria se trataba. Si nos ponemos a pensar, el requisito de esta aprobación era bastante lógico, dado que se trataba no solamente de ceder bienes, sino de transmitir la dirección de un culto y el gobierno de una familia. Cosa muy delicada, cuando el que iba a recibir –por disposición del testador– el patrimonio, y por sobre todo la jefatura de la religión doméstica y la conducción del grupo familiar, no había participado antes de éstos, ni contribuido a conservar y acrecentar aquel.

De todo lo expuesto, mi opinión personal es que existía en la Roma primitiva en materia de herencias una práctica general y normal, establecida por la ley y antes de la existencia de las primeras leyes escritas por la costumbre y la tradición, que rigurosamente regulaban el orden sucesorio. Y una práctica excepcional, que fue el testamento.

II. Límites en la sucesión testamentaria

Pero, y es importante señalarlo, había una restricción para disponer libremente de los bienes en un testamento, ya que se debía respetar una porción que correspondía a los parientes por línea masculina más próximos que son quienes hubieran sido llamados a heredar *ab intestato*. Esta porción recibió el nombre de legítima, habiendo sido introducida por el tribunal de los centunviros que probablemente se inspiraron en la Ley Falcidia del año 40 a. C. ¿Y quiénes eran esos herederos? Se los llamaba *sui heredes* o herederos de lo suyo con una expresión muy gráfica, ya que recibían por herencia lo que ya decían suyo en vida del

causante. “Te invito a mi casa”, podía decir un hijo de familia aunque en realidad la casa no fuese suya sino del padre.

Concretamente se trataba, en el régimen del derecho civil quirritario, de todas las personas sometidas a la potestad del difunto, fuera esta *patria potestas* o *manus*, así como los hijos póstumos, llamados así porque habían sido concebidos aunque aún no nacidos al momento de la muerte del padre. Todos ellos recibían la herencia aunque no hubieran realizado una aceptación expresa, por el solo hecho de seguir usando los bienes que la integraban luego del fallecimiento del *pater*. No integraban este orden los hijos emancipados ni tampoco la esposa casada sin someterse a la *manus* del marido.

El pretor corrigió esta injusticia dando la *bonorum possessio unde liberi* con la cual introdujo dentro del orden de los *sui heredes* a los hijos emancipados y a todos los descendientes de sus hijos por derecho de representación en caso de fallecimiento previo de éstos, siempre y cuando por casamiento o adopción no hubieran ingresado a otra familia en la cual serían llamados a heredar. Finalmente, según las *Novelas* 118 del año 544 d. C. y 127 del 548 d. C., ambas debidas al emperador Justiniano, son herederos llamados en primer lugar los descendientes en primer grado del difunto, o en caso de haber premuerto alguno de ellos a sus descendientes por derecho de representación, sin que importara el sexo o que estuvieran, o no, sometidos a la potestad del causante. Igualmente los ascendientes, hermanos y medios hermanos siempre en el orden en que habrían sido llamados *ab intestato*. De haber recibido alguno de ellos en vida del difunto una liberalidad, debía colacionarla, deduciéndola de la porción legítima que le habría correspondido.

Esta porción legítima era originalmente de un cuarto del valor de la herencia, quedando el causante con la facultad de disponer libremente de los tres cuartos restantes. Posteriormente, Justiniano introdujo una modificación (Constitución 118, Capítulo 1), aumentándola en proporción al número de descendientes que existiese para repartir entre ellos. Así, siguió siendo de un cuarto si había hasta tres, un tercio si eran cuatro y la mitad si eran cinco o más.

Ahora bien, los *sui heredes* tenían derecho a la legítima y no podían ser preteridos en un testamento, pero era perfectamente válido que el causante los desheredase. Los requisitos de esta desheredación fueron cambiando con el paso del tiempo. Así, en la época del derecho civil quiritarario los hijos varones debían ser desheredados específica y nominativamente, mientras que las hijas mujeres y los nietos en su caso podían serlo en bloque, cosa que los pretores mantuvieron variando sin embargo las consecuencias que acarrea la preterición como expondré más adelante. Por su parte, Justiniano (Novela 115 y concordantemente Ulpiano en D. 28. 2. 1.) fijó causas expresas y determinadas de desheredación, como por ejemplo atentado a la vida, injurias graves o acusaciones criminales.

La consecuencia de la preterición de algún heredero forzoso sin haberlo desheredado expresamente era la nulidad del testamento que el omitido podía intentar contra el heredero instituido por la vía de la querrela de inoficiosidad y prescribía a los cinco años. De prosperar esta medida, el testamento se declaraba nulo y la herencia se repartía como si el causante hubiese fallecido *ab intestato*. Por su parte, el pretor concedió la *bonorum possessio* al heredero preterido, y más adelante, por una constitución de Juliano y Constancio del año 361 d. C. (Constitución 115), se creó la acción de complemento de la legítima que no perseguía ya la nulidad del testamento, sino que se integrara la legítima que no había sido respetada. Con Justiniano se decidió finalmente que la querrela de inoficiosidad solo podía ser ejercida por el heredero forzoso que no hubiera sido instituido o desheredado expresamente, pero a consecuencia de ella no se anulaba completamente todo el testamento, aunque caía la institución de heredero si no hubiese respetado la legítima, pero se mantenían los legados. Por su parte, si únicamente se hubiese dejado de respetar íntegramente la porción legítima, solamente el o los herederos afectados tenían derecho a la acción de complemento de esta, pero no podían pedir la nulidad del testamento.

Existe un extremo que debemos dejar bien en claro: el propósito de la legítima no era velar por la situación económica de los descendientes,

como sí lo sería hoy en día. Eso a los romanos primitivos les tenía sin cuidado, lo que se procuraba era velar por que la familia mantuviese intacto su patrimonio, o se lo disminuyese lo menos posible; la familia y el apellido que la identifica son entonces los destinatarios del beneficio. Esto es fácil de explicar si nos colocamos en aquellos tiempos en los cuales en las asambleas populares, los comicios, a partir del rey Servio Tulio, los ciudadanos votaban divididos en clases que se estructuraban de acuerdo al patrimonio familiar. Permitir que éste disminuyese por disposiciones testamentarias sin límites era tanto como dejar que un testador alterara la estructura del Estado.

III. Sucesión *ab intestato*

Según las *Institutas*,⁴⁹⁰ “muere intestado aquel que de ningún modo ha hecho testamento, o que habiéndolo hecho, éste ha resultado *ruptum* o *irritum*, o no ha producido ningún heredero”. Dicho de otra manera, la herencia intestada se puede abrir no solamente cuando el causante no ha dejado testamento, sino también cuando luego éste se ha vuelto inválido, desierto o ineficaz. En todos estos casos se dice que el difunto es *intestatus*. Por cierto que éste ha de ser jurídicamente capaz, es decir, debe tratarse de un ciudadano romano *sui iuris*.

La sucesión *ab intestato* no se abre en el momento de la muerte del *de cuius*, sino solamente cuando resulta cierto que no existe testamento.⁴⁹¹ Por ello, la existencia y capacidad de los herederos serán elementos a valorar en el momento de apertura de esta herencia.

En este tipo de sucesión es el *ius* el que establece el orden sucesorio,

⁴⁹⁰ *Institutas*, 3. 1. pr.

⁴⁹¹ *Institutas*, 3. 1. 7.

pues no existe voluntad expresada por el causante. Y el *ius* seguirá las reglas que mejor convienen a la constitución de la familia romana.

IV. Las XII Tablas

En la Tabla V del código decenviral, se establecía: “si muere intestato y sin parientes suyos (acotemos, los sometidos a potestad), que el agnado más próximo tenga la familia. Si no hay agnados, recojan la familia los gentiles”.⁴⁹²

Si analizamos el precepto, lo primero que advertiremos es que las XII Tablas emplean el vocablo “*familia*”, en lugar de “*hereditas*”, lo cual revelaría que este último término probablemente constituye expresión de una concepción todavía muy abstracta para los tiempos de la vieja ley decenviral.

El orden establecido en esta tabla señala la primera etapa de la evolución histórica que sufrió la sucesión intestada romana, en la cual se da prevalencia al parentesco agnaticio frente al vínculo cognaticio.

La herencia de los intestados, según la ley, corresponde en primer lugar a los *sui heredes*. Estos son los descendientes que se encontraban bajo la potestad del *pater* al momento de la muerte de éste (Gayo, 3. 1. 2 y 4; Ulpiano, en D. 28. 26. 1).⁴⁹³ Entre ellos se cuenta también a la *uxor* sometida a la *manus* del marido, la que jurídicamente es considerada una hija más de éste (*in filiae loco*). Asimismo, la nuera casada *cum manu* con el hijo se encuentra considerada como nieta, pero solo será heredera si el marido no estaba sometido a la potestad del *pater* al momento del deceso del mismo (Gayo, 3. 3).⁴⁹⁴

⁴⁹² ULPIANO. *Reglas*, 24. 1, y el mismo en D. 50. 16.

⁴⁹³ GAYO. *Institutas*, 3. 1. 2 y 4; ULPIANO, en D. 28. 26. 1.

⁴⁹⁴ GAYO. *Institutas*, 3. 3.

Cabe mencionar, asimismo, que los nietos y las nietas habidos del hijo, así como el bisnieto y la bisnieta habidos del nieto, son considerados también *sui heredes*, pero solamente en el caso de que las personas que los preceden en grado de parentesco hayan premuerto, o dejado de estar bajo potestad (Gayo, 3. 2).⁴⁹⁵

Observando con cuidado la disposición decenviral, advertimos que la hija no hereda si se casa y se somete a la potestad de su marido. Esta es una consecuencia lógica en el derecho antiguo, puesto que la hija mujer no es apta para proseguir con el culto familiar, pues al contraer matrimonio renuncia a su familia agnaticia de origen (culto incluido), para pasar a integrar la de su esposo.

En cuanto a la hija soltera, el principio es que no se la priva de la herencia. Ello no debe inducirnos al error de pensar que la misma es plenamente capaz para gozar y disponer de los bienes que la integraban. Bien es sabido que la mujer estuvo durante muchos siglos sometida a tutela perpetua, y generalmente el tutor era el agnado más próximo, que normalmente era el hermano varón, en caso de que lo tuviese. La razón era justamente el interés de conservar incólume el patrimonio de la familia agnaticia, que era lo verdaderamente importante, según se ha dicho, que se suponía el tutor –a fuer de agnado y potencial sucesor– estaba personalmente interesado en cuidar. Por consiguiente, si bien la mujer soltera heredaba, en la práctica la administración de los bienes que conformaban su porción de la herencia era ejercida por su tutor.

Si el más próximo de los *sui heredes* rechazaba la herencia, se entendía que lo hacía en nombre de todos, no pasando en consecuencia la misma a los parientes más lejanos dentro de este orden. En tal supuesto, lo mismo que si no hubiese habido herederos suyos, la sucesión en diferida al orden siguiente, el de los agnados.

Son agnados aquellos parientes cuyo vínculo se transmite por vía de las personas de sexo masculino dentro del seno de la familia. Solamente

⁴⁹⁵ GAYO. *Institutas*, 3. 2.

entre hombres se puede transmitir el lazo religioso, que permitía al uno continuar con el culto privado del otro. Este parentesco poco tenía que ver con la circunstancia de haberse formado dos personas en el mismo seno materno, o de llevar la misma sangre.

Pero hay que destacar que la Ley de las XII Tablas no difiere la herencia en general a todos los agnados, sino solo a aquellos que se encuentran en el grado más próximo. Y si estos la rechazan, se entiende que la han rechazado para todo el orden.

Si había varias personas en el mismo grado, el reparto se hacía entre éstas por cabezas (*in capita*), y si coincidían parientes de distinto grado, el más próximo excluía al más lejano

Se consideran en este orden los parientes hasta el sexto grado, o el séptimo si se trata del hijo de un primo segundo (*sobrinus*).

Si no existen agnados, la ley decenviral llama a los gentiles. Cicerón⁴⁹⁶ es quien nos da una definición de este particular orden de parentesco que recibe la denominación de gentilidad: “Son aquellos que tienen un mismo nombre, que desde su origen son ingenuos, que no han servido nunca en esclavitud, que no sufren *capitis deminutio*”. Y, en realidad, esta definición nos marca las características de la gentilidad, si bien podría acotarse que Marco Tulio, que no poseía un rancio linaje, no era la persona más indicada para hacerla, cosa para la que hubieran estado mejor calificados un Cayo Julio César o un Lucio Sergio Catilina, por ejemplo.

A los gentiles se los identifica por el nombre, el *nomen gentilicium*. Por ejemplo, “*Marcus Tullius Cicero*”, en donde el *nomen* que identifica la *gens* es el segundo. Aunque, para ser precisos, el apelativo completo de Cicerón fue “*Marcus Tullius, Marci filius, Cornelia tribu, Cicero*”. En donde *Marcus* fue el *praenomen*; *Tullius*, el *nomen gentilicium*; *Marci filius* indicaba la filiación; *Cornelia tribu*, era la indicación local; y finalmente, *Cicero*, el *cognomen* o apodo.

La *gens* está indicada por el *nomen*, a cuyo respecto y sin pretensión de

⁴⁹⁶ CICERÓN. *Tópicos*, 6.

abundar en ejemplos, que son numerosísimos, podríamos decir que la terminación “*acus*” indica procedencia gala, mientras que “*na*” o “*nas*”, etrusca. Los ejemplos podrían ser incontables.

Las *gens* o “*gentes*” se encontraban entonces constituidas por familias que usaban el mismo nombre y descendían de un antepasado común que había fundado la stirpe. En definitiva no son muchas familias individuales yuxtapuestas o aglutinadas, es una sola que se ha ramificado.

Los gentiles tenían derechos comunes, podían heredarse entre sí a falta de agnados, y aspiraban a ejercitar la tutela del menor impúber o la curatela del demente de su misma *gens* que no tuviese agnados próximos. Eran una especie de agnados calificados, compartiendo todos la raíz del mismo culto, y aún las sepulturas.

Todos estos derechos de los gentiles, tan arraigados en la sociedad romana primitiva, van desapareciendo lentamente a medida que Roma va consiguiendo protagonismo. Los cambios políticos, que a partir de entonces se suceden vertiginosamente, van a ir cercenando los poderes del *pater*, con lo que se va a sentar la simiente del Estado políticamente organizado.

Y poco a poco, con la labor del pretor, que va a ir supliendo, ayudando o corrigiendo el derecho civil, se irán incorporando modificaciones a las costumbres primitivas, variaciones éstas o modernizaciones, si así quiere llamárselas, que no pueden dejar de alcanzar al derecho sucesorio. En este ámbito, la más relevante por lejos es la incorporación de los cognados dentro del régimen sucesorio. Bien sabemos que el pretor no instituye –no puede hacerlo– herederos, sino simplemente confiere la posesión de la herencia, la *bonorum possessio*, a quienes considera más aptos para recibirla. Estos, por su parte, solamente por la vía de la usucapión, la *usucapio pro herede* que se verificaba en el transcurso de un año, pueden convertirse en *heres*, asumiendo a partir de entonces la calidad de herederos del derecho civil.

Posteriormente, ya adentrándonos en el Imperio, veremos cómo la sociedad crece, evoluciona y, a medida que experimenta otras necesidades,

va a ir cambiando su derecho, en lo cual la materia sucesoria no pudo ser una excepción.

El derecho sucesorio cambió para adecuarse a las nuevas circunstancias, cosa que advertimos si seguimos la labor legislativa de los emperadores, que se manifiesta a través de senadoconsultos y constituciones imperiales. Así, van a ir incorporándose, dentro del orden de la sucesión *ab intestato*, parientes consanguíneos ignorados con anterioridad. Hasta llegar al *Corpus Iuris*, más concretamente a las *Novelas*, que establecen de modo definitivo un orden sucesorio basado en la sangre, en el parentesco cognaticio, que deja definitivamente de lado la vinculación agnaticia, que había sido el sustento del derecho civil en la antigua sociedad romana.

De ese régimen hasta el actual, conforme lo legisla el Código Civil hay distancia. Mucha, es cierto, pero inferior a la que se debió recorrer entre los decenviros del año 451 a. J. y el emperador Justiniano.

Bibliografía

- ARIAS, J. (1941). *Manual de derecho romano*. Buenos Aires: Kraft.
- AULO GELIO (1959). *Noches áticas*. Buenos Aires: E.J.E.A.
- CAYO DOMICIO ULPIANO (1970). *Reglas*. Traducción de Nina Ponsa de la Vega de Miguens. Buenos Aires: Lerner.
- *Corpus Iuris Civilis*. Traducción de Ildelfonso García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1889.
- COULANGES, F. D. (1942). *La ciudad antigua*. Buenos Aires: Albatros.

- DI PIETRO, A. (1996). *Derecho privado romano*. Buenos Aires: Depalma.
- DI PIETRO, A. (h) (2014). *La Ley de las XII Tablas*. Buenos Aires: Sociedad Romanística Argentina.
- GAYO (1975). *Instituciones*. Traducción de Alfredo Di Pietro. La Plata: E.L.J.
- GHIRARDI, J. C. (1996). *Roma y la laicización del derecho*. Córdoba: Explanatio.
- GHIRARDI, J. C. (1997). *Manual de Derecho Romano I*. 3ª edición. Córdoba: Eudecor.
- MARCO TULIO CICERON (1951). *Obras escogidas*. Buenos Aires: Ateneo.
- MAYNZ, C. (1892). *Curso de derecho romano*. Barcelona: Jaime Molinas.