

## **PRECISIONES TERMINOLÓGICAS SOBRE LA HERENCIA YACENTE: *RES NULLIUS IN BONIS* Y “*HEREDITAS IACET*”**

por Alfonso CASTRO SÁENZ

(*Universidad Hispalense, Sevilla*)

Sumario <sup>1</sup>: 1. *Hereditas iacens* y “*hereditas iacet*”. 2. *Res nullius in bonis*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Este breve artículo fue expuesto en forma de comunicación oral bajo el título de “*Res nullius*” y “*hereditas iacens*”, en la XLIX Sesión de la SIHDA (Nueva Orleans, septiembre de 1995), organizada por Bernard Keith Vetter, profesor de la Loyola University y ve la luz ahora y no entonces por diversas razones sin importancia y una que sí la tenía, al menos para mí: mi deseo de que viese la luz en el vehículo idóneo para albergar las exposiciones orales de la SIHDA, que lógicamente es esta revista, y a causa de la publicación anterior en ella de otros trabajos míos más extensos preparados para sesiones posteriores de la Société, que creí debían aparecer primero por no venir dedicados al primer ámbito al que consagré atención específica en otras sedes o citas académicas, que fue el de la yacencia. Lo hace, en cualquier caso (ver ahora la luz), con el solo complemento de algún aporte bibliográfico reciente a pie de página, casi exactamente en la forma en que fue escrita y expuesta entonces. Dado lo mucho que he escrito sobre yacencia hereditaria después, se circunscriben sus páginas al aspecto terminológico de la misma –tema al que se dedicaron cuando fueron escritas– y no a otros, aunque pueda –porque es inevitable– aludirse a ellos de pasada, y lo doy a la luz con este limitado alcance porque creo además que puede ser de algún interés replantear el tema ahora que públicamente viene a seguir siendo relativamente soslayado, incluso desde voces que considero muy autorizadas, en virtud de lo que me parece un inteligente eclecticismo: cfr. al respecto la reseña de mi libro *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica* (Sevilla, 1998) en el último volumen de *SDHI* –por otro lado muy elogiosa para conmigo, lo que no puedo sino agradecer– a cargo de Teresa DUPLÁ, gran especialista en el tema, en que puede leerse lo siguiente: “*hereditas iacens*, término no romano, pero cómodo a la hora de determinar la figura en estudio”, que me parece exactísima a la hora de describir la perspectiva mayoritaria, por lo general tácitamente asumida, sobre esta cuestión. En otros trabajos, algunos muy extensos, me he ocupado con pormenor de la institución en su conjunto y de otros aspectos concretos de la misma y a ellos se remite a lo largo del presente artículo, por lo que pido disculpas de antemano al lector, puntilloso o no respecto de estas cuestiones puramente cuantitativas, por

1. No hay verdad mayor que la de que el tiempo todo lo fortalece; de ahí la indismutable verdad esencial de la usucapión, que como pocas instituciones jurídicas hunde sus raíces en la más nutriente savia de las profundidades del ser humano, precisamente en cuanto ser. Todo lo fortalece el tiempo, todo lo instaura el hábito, porque no hay fuerza mayor que la repetición: la posesión, el matrimonio, los errores. Entre el cúmulo de lugares comunes fortalecidos, como la señoría de alguien sobre algo, por el transcurso del tiempo y la repetición constante, destaca muy especialmente, en el ámbito de las sucesiones, el de calificar al patrimonio hereditario en el lapso que media entre delación y aceptación como *hereditas iacens*<sup>3</sup>. Lo primero que hay que advertir es la incongruencia que deriva del hecho de llamar en latín herencia yacente<sup>4</sup> a dicho fenómeno como si se tratase de una

---

la abundancia de obras propias citadas: no hay otro modo de expresar mi posición sobre todos los otros asuntos que aparecen aquí marginalmente desarrollados que remitiendo en parte a los trabajos donde hallan análisis específico.

<sup>2</sup> Sobre estos dos temas terminológicos puede partirse, si se desea, de CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, pp. 61 y ss. y 99 y ss., 137 y ss., respectivamente, a las que las páginas que siguen sirven, en más de un sentido, de complemento.

<sup>3</sup> Entre otros nombres ilustres, lo han hecho FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* (Napoli, 1900-1902), 2, p. 3 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successione, parte generale* (1930, Milano, 1972), p. 256 y ss.; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* (Napoli, 1932-1933); SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma, 1934); BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano, 1954), p. 299 y ss.; FUENTESECA, *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto a la "hereditas iacens"*, *AHDE*, 26 (1956), p. 243 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione, Parte generale* (Milano, 1967), 2ª ed.; WATSON, *The law of successions in the later roman Republic* (Oxford, 1971); KASER, *Das römisches Privatrecht, I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht* (München, 1971), 2ª ed., pp. 91 y ss., 668 y ss. y *II. Die nachklassischen Entwicklungen* (München, 1975), 2ª ed., p. 463 y ss.; SANTALUCÍA, *Diritto ereditario romano. Le fonti* (Bologna, 1987); pero vid. también ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali, I. Introduzione: La diversa efficienza causale della morte dell'uomo* (Napoli, 1965).

<sup>4</sup> Bibliografía mínima al respecto: IHERING, *Die lehre von der "hereditas iacens"*, *Abhandlungen aus dem römisches Recht* (Lipsia, 1844); DUSI, *L'eredità giacente nel diritto romano e moderno* (Torino, 1891); FADDA, *Concetti fondamentali*, 2, *cit.*, p. 3 y ss.; DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente*, *Studi Scialoja*, II (Milano, 1905), p. 51 y ss.; SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, *Annali Palermo*, VII (1921), p. 3 y ss.; BONFANTE, *Corso*, VI, *cit.*, p. 253 y ss.; BIONDI, *Corso di diritto romano* (Milano, 1934), p. 141 y ss.; D'AMIA, *L'eredità giacente. Note di diritto romano, comune e odierno* (Milano, 1937); RADAELLI, *La eredità giacente* (Milano, 1950);

figura distinta a la propia herencia, cuando no es más la herencia ella misma que cuando está por entero sola en el mundo<sup>5</sup>, sin más aditamento que su sola realidad entre física e intangible: materialidad la suya hecha espíritu por la referencia insoslayable a las personalidades de difunto<sup>6</sup> y heredero<sup>7</sup> que, fantasmalmente, palpitan en todo momento sobre la herencia<sup>8</sup>, intangibilidad canalizada por la actividad del *servus hereditarius*<sup>9</sup> (por el curador<sup>10</sup> o gestor de negocios<sup>11</sup>, en su caso) que conectan lo etéreo espiritual de la *hereditas* con las prosaicas realidades del mundo<sup>12</sup>.

---

FUENTESECA, *Puntos de vista de la jurisprudencia romana respecto de la "hereditas iacens"*, *AHDE*, 26 (1956), p. 243 y ss.; GIOFFREDI, *Osservazioni sulla dottrina romana della eredità giacente*, *Studi Zanobini*, V (Milano, 1965), p. 287 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 516 y ss.; VON LÜBTOW, *Betrachtungen zur "hereditas iacens"*, *Studi Grosso*, 2 (Torino, 1968), p. 583 y ss.; ROBBE, *La "hereditas iacet" e il significato della "hereditas"* (Milano, 1975), *passim*; ORESTANO, *"Hereditas nondum adita"*, *IVRA*, 33 (1982), p. 1 y ss.

<sup>5</sup> Lo he destacado en CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 61 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. sobre todo I. J. 2, 14, 2; D. 28, 5, 31, 1; D. 41, 1, 33, 2; D. 41, 1, 34. Vid. sobre esta visión jurisprudencial de la yacencia por todos VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 516 y ss.; por mi parte remito a CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 159 y ss. y más sintéticamente a *Aproximación posesoria al concepto y estructura de la "hereditas"*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 91 (1998-1999), pp. 111 y ss., en concreto 126 y ss.; ahora en *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano* (Sevilla, 2002).

<sup>7</sup> Cfr. sobre todo D. 29, 2, 54; D. 45, 3, 28, 4; D. 46, 2, 24; D. 47, 2, 65; D. 50, 17, 193; pero también D. 22, 2, 9; D. 28, 7, 20, 1; D. 43, 24, 13, 5; D. 47, 4, 1, 1; D. 49, 15, 29. Vid. sobre esta visión jurisprudencial de la yacencia por todos VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 516 y ss.; por mi parte remito a CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 183 y ss. y más sintéticamente a *Aproximación posesoria*, cit., p. 124 y ss.

<sup>8</sup> Y que no son incompatibles, pues solucionan problemas distintos y se entrelazan armónicamente (pese a algunas disfunciones del sistema sólo aparentes: cfr. Lab. 2 *post.*, D. 28, 7, 20, 1 y Maec. 3 *fideic.*, D. 40, 4, 58 y sobre ellos CASTRO, *La herencia yacente*, cit., pp. 205-206): sobre la compatibilidad del sistema vid. si se desea *op. ult. cit.*, pp. 179 y ss., 245 y ss.

<sup>9</sup> Sobre el tema está a punto de ver la luz una minuciosa monografía de DUPLÁ, *El servus hereditarius y la Teoría de la Herencia Yacente*, actualmente en prensa.

<sup>10</sup> Pomp. 1 *Sab.*, D. 28, 5, 23, 2; Ulp. 31 *Sab.*, D. 27, 10, 3; Ulp. 60 *ed.*, D. 42, 4, 8; Hermog. 1 *ep.*, D. 50, 4, 1, 4.

<sup>11</sup> Paul. 9 *ed.*, D. 3, 5, 20, 1; Ulp. 10 *ed.*, D. 3, 5, 11, 2; Ulp. 10 *ed.*, D. 11, 7, 1.

<sup>12</sup> Y que han perdurado hasta nuestros días, pues ambos expedientes siguen siendo utilizados en los modernos ordenamientos. La teoría de la personalidad del causante es utilizada por el ABGB austríaco de 1811 y la de la retroactividad de la aceptación por el Código civil español y el Code de Luisiana (sobre esto vid. CASTRO, *Responsabilidad en la "hereditas iacet" y su solución en el Código de Luisiana*, en *Actas del II Congreso Iberoamericano*, Murcia, febrero de 1996

En efecto, para ser lo más preciso posible, y aun a riesgo de pasar por descubridor de obviedades, herencia yacente y herencia son la misma cosa, y lo son no de cualquier modo, sino emblemáticamente. No es más la herencia ella misma que cuando se halla equidistante del causante y el heredero y tal equidistancia, alejándola de ellos, la aproxima más a sí misma<sup>13</sup>. No es de extrañar que este fenómeno – mucho más que jurídico, como suele ocurrir con lo que es jurídico en su máxima potencia<sup>14</sup> - haya introducido en la reflexión jurídica romana la noción de personalidad colectiva<sup>15</sup>, tan repugnante por naturaleza para el antropocéntrico sentido de la vida y el Derecho del romano, propiciando, contra lo sostenido en multitud de acercamientos clásicos al tema<sup>16</sup>, su personificación, que no su personalidad<sup>17</sup>, *hacia* que no halla su *desde* final: su *hasta*. Pero si resulta redundante, en puridad, hablar

---

[Murcia-Oviedo, 1998], p. 481 y ss.): vid. el resumen del articulado pertinente en *idem*, *La herencia yacente*, cit., p. 14 y ss.

<sup>13</sup> *Idem*, *La herencia yacente*, cit., p. 13.

<sup>14</sup> Resulta un ejemplo paradigmático de ello el entierro del causante, como refleja un Ulpiano con frecuencia preocupado por cuestiones que abren lo jurídico a implicaciones filosóficas, en este caso *25 ad edictum* (D. 11, 7, 12, 6).

<sup>15</sup> Fundamentalmente la teoría juliana de la *hereditas persona* (sobre tal paternidad cfr. el testimonio ulpiano recogido en D. 41, 1, 33, 2) es, desde luego, la que propicia en la época clásica tardía y desde luego en la recepción justiniana esa personificación *extrema* que no termina de configurar a la herencia como persona jurídica en sentido estricto. Textos básicos de esta personificación en los que incluso se obvian las referencias personales (aunque hay que entenderlas implícitas) son D. 3, 5, 21 (22); D. 9, 2, 13, 2; D. 11, 1, 15 pr.; D. 28, 5, 31, 1; D. 30, 91, 6; D. 30, 116, 3; D. 31, 55, 1; D. 41, 1, 61 pr.; D. 41, 3, 15; D. 43, 24, 13, 5 pr.; D. 45, 3, 28, 4; D. 45, 3, 35; D. 46, 1, 22; D. 47, 4, 1, 1; D. 47, 10, 1, 6.

<sup>16</sup> Se han manifestado en apoyo de la tesis de la personalidad jurídica de la herencia una muchedumbre de autores, aunque es tesis que en la actualidad puede considerarse superada: puede hallarse la bibliografía y su crítica en ROBBE, *L'“hereditas iacet”*, cit., pp. 7 y ss., 52 y ss. y en CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 217 y ss. Entre otros, vid. como defensores de tal tesis WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III (Torino, 1925, trad. Fadda y Bensa), p. 109 y ss.; pero también ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* (Bologna, 1875); DUSI, *op. cit.*; MAYNZ, *Cours de droit romains*, III (Bruxelles-Paris, 1891); MÜHLENBRUCH, en GLUCK, *Commentario alle Pandette*, 29, 1 (Milano, 1905-1907, trad. Bonfante), p. 365 y ss.; D'AMIA, *op. cit.*

<sup>17</sup> Agudamente rechazó esta posibilidad IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones* (Barcelona, 1993), 11ª ed. (última con notas bibliográficas a pie de página), p. 540, argumentando que si la herencia fuese una persona jurídica ésta sucedería al causante y el heredero a ella y no al difunto, cosa que, desde luego, no ocurre.

de herencia yacente como quien se refiere a una realidad en verdad desgajable de la de la herencia, los calificativos de rechazo difícilmente se encuentran - por excesivamente numerosos - cuando de lo que se trata es de definir el dinamismo con referencias estáticas.

En el principio fue el verbo<sup>18</sup>, realidad que es mucho más antigua en el hombre que su más conocida visión hebraica, o que su entronización cristiana: un verbo que se dice, entonces, poéticamente<sup>19</sup>, desde un primitivismo que atiende, más que a la razón, a los sentidos<sup>20</sup>. Nombre y cosa son lo mismo<sup>21</sup> y es bien sabido que los antiguos llamaban a los elementos de la realidad circundante con términos que, en concreto, eran ellos: el nombre proclama la naturaleza misma de las cosas, no es una adherencia externa al objeto que designa; es “la cosa misma traducida vocalmente o por escrito”<sup>22</sup>. No un epifenómeno; una identidad entre ser y decir, substancia y nombre. De ahí, en el seno de ese mundo antiguo, como manifestación última y paradigmática del mismo, la profusión de acercamientos eruditos al vocabulario romano, línea científica en la que se inscriben algunas de las trayectorias más características de las letras latinas: la ingente masa de erudición, de la que quedan algunos restos particularmente emblemáticos, de esa obra enciclopédica que consagró a la *lingua*

---

<sup>18</sup> Jn., Ev., 1, 1.

<sup>19</sup> La oralidad de las culturas primitivas es evidente (una oralidad poética, en verdad, como supo ver muy bien VICO, *Scienza nuova*, en *Opere* [Firenze, 1971-1974, ed. Sansoni], p. 476: sobre ese punto puede cfr., si se desea, CASTRO, “*Emptio venditio*” y “*consensus*”. *Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, en *Studi Talamanca* (Napoli, 2001), p. 11 y ss.

<sup>20</sup> Al respecto vid. la lectura de NEGRE RIGOL, *Poiesis y verdad en Giambattista Vico* (Sevilla, 1985), p. 45.

<sup>21</sup> Un vistazo a nuestros clásicos se hace aquí pertinente; vid., por ejemplo, en la tradición literaria española, fray Luis de León en el “*De los nombres en general*” en *De los nombres de Cristo*: “el nombre es como imagen de la cosa de quien se dice, o la misma cosa disfraçada en otra manera, que sustituye por ella y se toma por ella”, y más adelante: “esto es dezir que a cada una les venía como nascido aquel nombre, y que era assí suyo, por alguna razón particular y secreta, que si se pusiera a otra cosa no le viniera ni quadrara tan bien”; o Gonzalo Correas en su *Vocabulario de refranes y frases proverbiales*: “el nombre sigue al onbre”.

<sup>22</sup> BOTTERO, *El Dios de la Biblia*, en BOTTERO, OUAKNIN-MOINGT, *La historia más bella de Dios* (Barcelona, 1998, trad. Molina), p. 16, obra conjunta publicada originalmente en francés (Paris, 1997).

*latina* aquel gigante que fue Varrón<sup>23</sup>; los intereses filológicos de aquel hombre total en más de un sentido que fue Cicerón y que pueblan por doquier sus tratados y piezas más diversas<sup>24</sup>; o esa querencia, en nada insignificativa, por la etimología y en general las cuestiones lingüísticas que muestran algunos juristas, particularmente caracterizados por su cultura plural y diversa (y pienso, por circunscribirme a los contemporáneos de los anteriores, en Trebacio<sup>25</sup> o el joven Labeón<sup>26</sup>).

Los juristas romanos jamás se refirieron a la realidad –correctamente– llamada en español “herencia yacente”<sup>27</sup> con el nombre latino de “*hereditas iacens*”, por la sencilla razón de que esto no era aquello: porque esto no es nada. La herencia en latín no es yacente, sino que está yaciendo: forma verbal, no adjetival de designarse en latín, sólo cabe decir, por tanto, que la “*hereditas*

<sup>23</sup> Sobre su obra –para nosotros restos venerables de un inmenso naufragio– y alcance en el ámbito de la erudición romana vid., entre otros, BICKEL, *Historia de la literatura romana* (Madrid, 1982, trad. Díaz-Regañón López), pp. 420-421, 464 y ss.

<sup>24</sup> Sus tratados jurídicos (y jurídico-políticos) *De legibus* y *De republica*, como otros suyos pero quizás paradigmáticamente, son una fuente insustituible de información al respecto: entre otras muchas cosas sabemos por él (y es información, como toda la realmente interesante desde perspectiva filológica, de alcance mucho mayor) que, desde el punto de vista romano, las XII Tablas eran un poema (*carmen*): cfr. Ciceró, *De leg.*, 2, 23, 59 (*ibíd.*, 2, 4, 9 también). El propio BICKEL, *op. cit.*, pp. 446 y ss., en concreto 448, calificó oportunamente esta última obra ciceroniana como un “precioso depósito de maduras reflexiones”, hasta el punto de que “en ella, el perfecto carácter de lengua arcaizante aumenta la impresión de realidad romana antigua”. Toda una declaración de principios.

<sup>25</sup> Ahí están sus intereses acerca de la reflexión tópica, puntualmente reseñados por su amigo y maestro Cicerón, que le introdujo en ella y le dedicó la suya propia: cfr. Ciceró, *Top.*, 1-3; *Fam.*, VII, 19.

<sup>26</sup> Cabe apreciar ese interés lingüístico refinado y plural en Ulp. 11 *ed.*, D. 50, 16, 19, que contiene la célebre definición labeoniana de contrato y su comparación con el sinalagma griego.

<sup>27</sup> Tres monografías recientes en la civilística española se han consagrado al tema, incorporando en sus tratamientos, aunque de forma desigual, referencias al precedente romano: vid. HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA, *La herencia yacente* (Barcelona, 1995); SANCHEZ HERNANDEZ, *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)* (Valencia, 1997); MONJE BALMASEDA, *La herencia yacente* (Madrid, 2001); sobre las dos primeras vid., si se desea, CASTRO, *Un acercamiento civilístico a la herencia yacente y Nueva aproximación a la herencia yacente desde perspectiva civil*, ambas en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4 (2000), pp. 617 y ss. y 623 y ss., respectivamente; de la tercera están en curso de publicación otras páginas de lectura y comentario.

*iacet*<sup>28</sup>. Realidad sometida a un consubstancial dinamismo la herencia no es yacente, sino que yace, yacer que es yaciendo, movimiento, proceso, fenómeno que se está dando, porque cuando se da y se fija – con la *aditio* - deja de existir y es, puramente, patrimonio de quien la acepta. En aras de una exactitud que es necesaria cuando se pretende –con mayor o menor fortuna- hacer ciencia, no cabe solución más adecuada que referirse en latín como “*hereditas iacet*” a lo que sí significa en español con el nombre de herencia yacente, entrecomillando la expresión, que, al no substantivarse en un imposible *iacens*, literalmente significa “la herencia yace”. No hay otra solución, si se quiere respetar la exigencia de precisión (salvo que se opte por una de compromiso, fruto de la comodidad: de la inercia<sup>29</sup>), que ésta que argumento y que no ha podido imponerse en la doctrina hasta la fecha<sup>30</sup>, y no caer en el ridículo de bautizar en un latín que jamás existió una realidad que necesariamente no se llamó así, conjugando un verbo en un ámbito del modo en el que los romanos jamás lo conjugaron allí. El término en latín de “*hereditas iacens*” probablemente jamás fue pronunciado por un romano y, desde luego, hasta donde sabemos – y sabemos suficiente - nunca fue escrito. La *hereditas iacens* nada significa, porque ni siquiera existe.

2. Las palabras son signos de las ideas y las ideas de las cosas, escribió genuinamente Giambattista Vico<sup>31</sup>. Decir y ser, en la vida humana, son una cosa. Quede claro, pues, que quien dice lo que no fue dicho dice para pero no desde: para los que somos y los que serán, pero no desde los que fueron; no, al menos, desde la terminología jurisprudencial romana. Es, se reconozca o no, una concesión al dogmatismo, quizás inconsciente en muchos casos, pero no el resultado del análisis directo de y para la fuente: un abandono, en definitiva, si se medita al respecto, del perfil

<sup>28</sup> Esto ha sido especialmente destacado por ROBBE, *La “hereditas iacet”, cit.*, p. 369 y ss.

<sup>29</sup> Vid. *supra* n. 1.

<sup>30</sup> Cfr., como paradigma de la resistencia a aceptar esta expresión –la usada por los juristas romanos- y desterrar la de “*hereditas iacens*” –que jamás se usó-, nada menos que VOCI, “*Hereditas iacet*”, *LABEO*, 22 (1976), pp. 96-97, donde se contiene la recensión de la obra mayor de ROBBE, *La “hereditas iacet”...*, *cit.*

<sup>31</sup> G. VICO, *De antiquissima italorum sapientia ex lingua latinae originibus eruenda*, en *Opere*, *cit.*, p. 62.

histórico-crítico<sup>32</sup>, hoy, y desde hace tiempo, el hegemónico en nuestra ciencia. Un dogma, pues, éste al que aludo reflejado en el término no romano (y desde luego no jurisprudencial) de la *hereditas iacens*; un dogma así enunciado, además, quizás no tanto romano como moderno (pues término y concepto han de ir de la mano), contrariamente a lo propugnado según la oportuna distinción dibujada por Sáinz Ezquerro<sup>33</sup> al analizar eso que suele denominarse método dogmático y que quizás sea, ciertamente, una actitud más que un método<sup>34</sup>, un punto de vista, en definitiva, anterior a toda investigación jurídica<sup>35</sup>. Una actitud, como tal, irrenunciable, aunque sea en una porción que pueda reducirse, pero nunca eliminarse: nuestro público no está hecho, precisamente, de juristas romanos, sino de romanistas, encardinados, además, en una coyuntura histórica tan precisa y definitoria como ésta del paso del milenio.

Asunto distinto es el de la calificación de la herencia yacente en la época jurisprudencial más lejana de *res nullius* o cosa de nadie, generalmente sostenida por la doctrina, en sus acercamientos generales o manualísticos<sup>36</sup> al tema, pero también en los específicos<sup>37</sup> y monográficos<sup>38</sup>. Aquí nos hallamos, no ante un error de calificación<sup>39</sup>, sino todo lo más frente a una imprecisión de juicio,

<sup>32</sup> Una traición al texto, en definitiva, ajena, no sólo al complejo ritual filológico del *Textstufenforschung* en busca de la *Textsgeschichte* propugnado por WIEACKER (cfr. naturalmente su *Textstufen klassischer Juristen* [Göttingen, 1960]), sino a las manifestaciones más divulgativas del método. D'ORS, *Papeles del oficio universitario* (Madrid, 1961), p. 210, escribe: "deben estudiarse las nociones abstractas en relación con instituciones concretas". No hay, me temo, concreción en la *hereditas iacens*, así llamada, todo lo más en supuestos sucesorios particulares en los que la "*hereditas iacet*".

<sup>33</sup> SAINZ EZQUERRA, *Apuntes actuales sobre metodología romanística clásica*, en *Anales de Derecho de la Universidad de La Laguna*, XI (1981-1982), pp. 29 y ss., en concreto 38, en efecto aborda el tema del dogmatismo resaltando la necesidad, en todo caso, de configurar, desde la romanística, una dogmática romana y no moderna.

<sup>34</sup> SAINZ EZQUERRA, *op. cit.*, pp. 30, 36.

<sup>35</sup> WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien, 1953), p. 2.

<sup>36</sup> Entre otros vid. IGLESIAS, *op. cit.*, p. 539, apoyándose en Ulpiano (D. 43, 24, 13, 5).

<sup>37</sup> Vid. BIONDI, *Diritto ereditario*, *cit.*, p. 299 y ss.

<sup>38</sup> Vid., por ejemplo, DI MARZO, *op. cit.*, p. 53 y ss.; ORESTANO, *op. cit.*, p. 1 y ss.

<sup>39</sup> Como es negar, por consideraciones jurídicas modernas, por entero ajenas al método jurisprudencial romano de solución apegada al caso concretísimo, que los



por otra parte heredada de la variadísima nomenclatura empleada en este punto por la Jurisprudencia romana<sup>40</sup>. La expresión no es la idónea, porque no refiere en toda su entera realidad los matices que tal concepción de la herencia arroja, pero al menos es romana y por tanto utilizable (con las precauciones debidas sobre su alcance). Debe preferirse, no obstante, como hicieron los propios juristas romanos, la de *res nullius in bonis*<sup>41</sup>, que expresa mucho mejor la realidad de un conjunto patrimonial que no tiene a nadie en los bienes, y que, precisamente por eso, está naturalmente destinado a tenerlo<sup>42</sup>.

Es esta calificación de *res nullius in bonis* la que posibilita paradigmáticamente la *usucapio pro herede*<sup>43</sup>, a la que Gayo

---

jurisconsultos de Roma jamás concibieron la herencia como cosa de nadie en su lapso de yacencia; vid., por todos, D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1987), 7ª ed., p. 299 y en cierta medida también Fernández BARREIRO - PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano* (Madrid, 2000), 4ª ed., p. 253. Por supuesto, sin embargo, que tal consideraron, en función de la realidad estática de la herencia; ocurre, simplemente, que el dinamismo de la herencia provocó nueva reflexión jurídica y la elaboración de las teorías de la retroactividad y la personalidad, perfectamente compatibles todas ellas entre sí; me permito remitir a CASTRO, *Los elementos personales y materiales en la herencia yacente según los textos de Paulo*, en *Règle et pratique du droit dans la réalité juridique de l'antiquité* (Reggio Calabria, 1999), p. 273 y ss., e *idem*, *La herencia yacente*, cit., p. 99 y ss. (y 179 y ss., 245 y ss.).

<sup>40</sup> Entre otras, *res nullius* (D. 43, 24, 13, 5); *sine domino* (D. 15, 1, 3 pr.); *nullius in bonis* (D. 1, 8, 1 pr.).

<sup>41</sup> Sobre el diverso significado de ambos términos y la preferencia que ha de tenerse por el segundo de ellos (ya manifestada por BONFANTE, *Corso*, VI, cit., pp. 274-275) vid. por supuesto ROBBE, *La differenza sostanziale fra "res nullius" e "res nullius in bonis" e la distinzione delle "res" pseudo-marciana* (Milano, 1979), especialmente pp. 1-35.

<sup>42</sup> Vid. *supra* n. 2, con la referencia al tratamiento de la *hereditas* como *res nullius in bonis*.

<sup>43</sup> Cfr., entre otros pero fundamentalmente, sobre ella BONFANTE, *Corso*, VI, cit., p. 276 y ss.; FONCILLAS, *La "usucapio pro herede"*, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario* (1931-1932), en cinco números consecutivos; KRUGER, *Die "usucapio pro herede"*, *ZSS*, 54 (1934), p. 80 y ss.; COLLINET, *Les variations de l'usucapion "pro herede" avant Hadrien*, *Studi Riccobono*, 4 (Palermo, 1936), p. 131 y ss.; GANDOLFI, *Sull origine della "usucapio pro herede"*, *BIDR*, 61 (1958), p. 271 y ss.; FRANCIOSI, *"Usucapio pro herede". Contributo allo studio dell' antica "hereditas"* (Napoli, 1968); THOMAS, *"Rei hereditariae furtum non fit"*, *TI*, 36 (1968), p. 489 y ss.; TOMULESCU, *Gaius 2, 55 e l'"usucapio pro herede"*, *Studi Grosso*, 4 (Torino, 1971), p. 471 y ss.; MACCORMACK, *"Usucapio pro herede", "res hereditariae" and "furtum"*, *RIDA*, 25 (1978), p. 293 y ss.; GNOLI, *Sulla sottrazione di "res hereditariae" nelle Istituzioni di Gaio*, *Studi Biscardi*, 3

consagra un interés pormenorizado<sup>44</sup>, dibujada para propiciar la basculación familiar, por un principio casi natural de contrapeso<sup>45</sup>, y que, contrariamente a lo que se suele argumentar, sí es causal<sup>46</sup> y sólo posteriormente se percibe como desprovista de justa causa en la visión, en más de un sentido unificadora, de Adriano<sup>47</sup> y sus colaboradores (y cabe ver, entre ellos, antes que a nadie, a Juliano, máxima autoridad jurisprudencial en el campo de la herencia yacente<sup>48</sup>, como inventor jurídico<sup>49</sup> y como recreador<sup>50</sup>, como supo destacar muy bien ya Pasquale Voci<sup>51</sup>).

---

(Milano, 1982), p. 205 y ss.; GÓMEZ ROYO, *Bona fides und usucapio pro herede*, en AA.VV., *Questions de responsabilité* (Miskolc, 1993), correspondiente a las Actas de la XLV Sesión de la SIHDA (Miskolc-Eger, septiembre de 1991), p. 127 y ss.; CASTRO, *Aproximación a la "usucapio pro herede"*, RIDA, 45 (1998), p. 143 y ss.

<sup>44</sup> Cfr., entre otros, pero básicamente Gai. 2, 52-58.

<sup>45</sup> Si se me apura más *natural* que *contrapeso*: la realidad de este tipo de usucapión, que en los tiempos magmáticos primitivos no suponía una excepción a la llamada usucapión ordinaria, es desde luego compleja, sobre todo en sus muy oscuras primeras manifestaciones, donde no veo claro que usucapión hereditaria y yacencia se necesiten irremediamente, como ocurrirá luego (cfr. Gai. 2, 55). Vid., si se desea, sobre esto CASTRO, *Aproximación a la "usucapio pro herede" (2). Una hipótesis*, RIDA, 46 (1999), pp. 165 y ss., especialmente 176 y ss., 182 y ss., 211 y ss., 214 y ss.

<sup>46</sup> Y basta cfr. por analogía y aun por continuidad lógica Gai. 2, 59, referida a la *usureceptio ex fiducia*, cuyo tratamiento sigue al de la *usucapio pro herede*, para advertir que, en efecto (si no *iusta*: de *ius*), *causa* había: *adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit*. Y entiéndase *iusta* en los términos oportunos en que reflexionó al respecto LABRUNA, "Tradere". *Evolución social y cambios jurídicos en la circulación de los bienes desde la edad arcaica al final de la República*, en *Seminarios Complutenses*, 9-10 (1997-1998), pp. 321 y ss., en concreto 335 (en versión italiana consagrado a *Studi F. Gallo* [Napoli, 1997]). La causa era, desde luego, la *derelictio* máxima que supone la muerte del causante y que faculta la ocupación y posterior usucapión de los bienes abandonados: cfr. Gai. 3, 201 (*resus ex diuerso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, uelut res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse*) y *Aproximación a la "usucapio pro herede" (2)*, cit., especialmente p. 197 y ss.

<sup>47</sup> En sentido negativo cfr. al respecto Gai. 2, 57.

<sup>48</sup> CASTRO, *La herencia yacente*, cit., p. 69 y ss., 159 y ss., pero sobre todo 175 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. sobre todo Ulp. 4 *disput.*, D. 41, 1, 33, 2; Iul. 13 *dig.*, D. 44, 7, 16; implícitamente también D. 12, 1, 41, en que su fiel discípulo Africano (8 *quaest*) alude sin duda, una vez más, a una opinión de su maestro. En todos ellos hay cumplida muestra del tejido juliano de la *hereditas persona*.

Pero sobre todo es la que posibilita la posterior elaboración de las teorías jurisprudenciales que, fundamentadas en una ficción jurídica<sup>52</sup>, vienen a imponer una presencia personal a un patrimonio que, en efecto, naturalmente la espera; es, desde esta consideración de cosa sin nadie en los bienes – y no simplemente de la de cosa de nadie- desde la que, con el precedente de Labeón<sup>53</sup>, los juristas sabinianos llegan a elaborar la teoría de la retroactividad<sup>54</sup>, en virtud de la cual se retrotraen los efectos de la aceptación de aquél a quien la herencia se destina – el heredero - hasta el momento de la delación; el paso siguiente, será la creación juliana de una *hereditas persona*, con las características conocidas y fundada desde la referencia suministrada por la personalidad del causante<sup>55</sup>, y es muy posible que el fenómeno jurídico que propició la elaboración de Juliano fuese aquél en el que las dos referencias personales se funden: la *iniuria*<sup>56</sup>. La herencia, de este modo, en su corporeidad transpersonal y en medio de una situación “de hibernación de la titularidad física”<sup>57</sup>, sirve de vínculo, en lo jurídico y en lo posesorio, entre *de cuius* y *heres* y nos muestra

<sup>50</sup> No sólo utiliza Juliano la teoría por él ideada sobre la yacencia que pulsa la potencia del pasado y centra el punto de referencia en la personalidad *congelada* (de la herencia) del causante; cfr., sin más, Ulp. 56 ed., 47, 10, 1, 6 para constatar su interpretación (y aplicación) de la teoría de la retroactividad aplicada durante decenios por su escuela.

<sup>51</sup> *Diritto ereditario, cit.*, p. 516 y ss.

<sup>52</sup> Sobre la existencia en derecho romano de las controvertidas ficciones jurisprudenciales me he pronunciado por extenso, con posterioridad a la redacción de estas páginas, en CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, p. 143 y ss., e *idem*, *Sulla “fictio iuris”*, & 3, en *LABEO*, 45 (1999), p. 486 y ss., recensión a la obra de BIANCHI, “*Fictio iuris*”. *Ricerche sulla finzione in diritto romano dal período arcaico all’epoca augustea* (Padova, 1997), donde intento desmontar las argumentaciones que, desde algunos sectores doctrinales, se han realizado en orden a negar la existencia de ficciones jurídicas debidas a la actividad jurisprudencial.

<sup>53</sup> Cfr. D. 22, 2, 9; D. 28, 7, 20, 1; D. 43, 24, 13, 5; D. 47, 4, 1, 1; D. 49, 15, 29.

<sup>54</sup> El más significativo resultó Casio – contradiciendo precisamente a Próculo-, para lo que cfr. Gai. 3 *de verb. obl.*, D. 45, 3, 28, 4.

<sup>55</sup> Vid. sobre todo, si se desea, CASTRO, *La herencia yacente, cit.*, especialmente p. 159 y ss.

<sup>56</sup> Vid. *idem*, *Cuestiones delictivas en torno a la “hereditas persona”*: “*furtum*” e “*iniuria*” en la génesis de la teoría juliana de la personalidad, *REHJ*, 22 (2000), p. 31 y ss., publicada como complemento de *Aspectos procesales de la yacencia hereditaria*, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, febrero de 1997* (León, 1998), p. 79 y ss.

<sup>57</sup> *Idem*, *La herencia yacente, cit.*, p. 251.

como, desde su misma y más honda substancia, no es una simple cosa de nadie, sino una cosa sin nadie y, por tanto, algo destinado a alguien.

No cosa sin nadie sin más: cosa sin nadie ahora; no ser sin nadie: estar sin nadie. Estar que cuando llegué a ser, será ya otra cosa para siempre.