

D 346.07] VT
H 468 R] 5/VI/79
v.2

KB145
H4
v.2
1888



FRM
6430

CONTINUACION
DEL
LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

§. DLI. Sigue ya la materia de las *sustituciones*, que en Roma eran frequentísimas, tanto que no solo instituían segundo heredero para el caso de faltar el primero, sino tambien un tercero, un cuarto y mas. Así se ve en Suetonio, *Vit. August. c. 101.*, que Augusto instituyó herederos en primer lugar á Tiberio y Livia, en segundo á Druso Germánico y sus hijos, y en tercer grado á muchos parientes y amigos. El designio de los testadores era, que si los primeros herederos dejaban la herencia, fuesen herederos los segundos; si los segundos no la querian admitir, la tomasen los terceros; y á esto llamaban *sus:ituir*. Dos eran las razones de esta sustitucion: *primera*, que por el temor de las deudas los herederos instituídos repudiaban frecuentemente la herencia; lo cual tenian por ignominioso los antiguos: *segunda*, que los que dejaban hijos impúberes, temian que muriendo dentro de la pubertad, quedasen intestados; por lo que se sustituía pupilarmente al que querian heredase.

§. DLII, DLIII, DLIV y DLV. Con esto fácilmente se entenderán la definicion y divisiones de la sustitucion. En nuestras leyes se define la *sustitucion*, diciendo, que es la

institucion de segundo heredero para el caso de faltar el primero; por ejemplo: sea mi heredero Juan; si no lo fuese, séalo Pedro. No obstante puede añadirse á la definicion, que tambien puede nombrarse un tercero, un cuarto y mas herederos para el caso de que falten los que preceden, como ya lo hemos demostrado con el ejemplo del testamento de Augusto. La sustitucion es directa ó fideicomisaria: la directa se hace con palabras directas é imperativas, y la fideicomisaria con palabras de súplica ú oblicuas; por ejemplo: sea mi heredero Juan, y le encargo que si muere sin hijos, deje la herencia á Pedro. Mas la sustitucion fideicomisaria propiamente no es sustitucion; no vulgar, porque aquella se hace para el caso de que no haya heredero: no pupilar, porque en aquella puede tambien sustituirse á los adultos. Sin embargo está admitida entre los doctores la sustitucion fideicomisaria. De mayor utilidad es la otra division en vulgar y pupilar. Vulgar es cuando un testador sustituye á un heredero para el caso de que no admita la herencia; la pupilar, al contrario, es cuando el padre sustituye al hijo impúber, para el caso de que sea heredero y muera ántes de salir de la pubertad. Tres son las diferencias entre estas sustituciones, pue 1º vulgarmente pueden sustituir todos los testadores; pero pupilarmente solo los padres: 2º vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los impúberes: 3º sustituimos vulgarmente para el caso negativo de que no haya heredero, y pupilarmente en el caso afirmativo de que haya heredero y muera dentro de la pubertad. Últimamente se divide la sustitucion en expresa y tácita; la primera es la que se expresa con palabras; la segunda, cuando bajo la una se comprende la otra, pues siempre bajo la sustitucion pupilar se entiende tácitamente la vulgar, y la vulgar tambien abraza la pupilar, si muere impúber el sustituido vulgarmente, L. 4. ff. h. t.

§. DLVI. Estas son las divisiones de la sustitucion; ahora se trata en este titulo de la vulgar. Y verificándose esta en el caso de que uno no sea heredero, se pregunta: ¿se entiende esto, cuando uno no quiere ser heredero, ó cuando no puede? Se responde que deben observarse aquí dos reglas: 1ª las palabras, si no es heredero, pertenecen á ambos casos que los doctores llaman caso de *noluntad* y de *impotencia*: 2ª si uno de los dos casos está expreso, bajo él se entiende tambien comprendido el otro. Por tanto si, por ejemplo, el testador dijere: sea mi heredero Juan, y si no puede, séalo Pedro; es lo mismo que si dijese, si no quisiere; lo que segun su costumbre suelen espresar los doctores diciendo, que *el caso de noluntad abraza tambien el caso de impotencia, y viceversa.*

§. DLVII. Llegamos ya á las conclusiones que nacen de la misma definicion. Dijimos que la sustitucion vulgar es la institucion de segundo heredero, etc.; de donde de se sigue 1º que *pueden ser sustituidos herederos los mismos que pueden ser instituidos.* Por tanto los que son incapazes de heredar, tampoco pueden ser sustituidos; por ejemplo: vimos en el titulo anterior, que los colegios ilícitos no pueden ser instituidos herederos; luego si uno dijese: sea mi heredero Juan, y en su defecto sea sustituto el colegio de música; esta sustitucion no tiene ningun valor. 2º *Que pueden ser instituidos muchos en lugar de uno, y uno en lugar de otro y en lugar de muchos;* lo que es por sí solo tan claro, que no necesita ejemplos 3º *Que los mismos herederos pueden sustituirse reciprocamente;* lo cual se hace con esta fórmula: *sean herederos el primero, el segundo y el tercero, y si alguno falta, sean sustituidos los restantes.* Esta sustitucion de los coherederos se llama *reciproca* ó *mutua*, y por los doctores *compendiosa*; pero acreciendo comunmente á los coherederos la porcion del que falta, aunque no haya sustitucion, se ve muy clara-

mente que aquella sustitucion es superflua las mas de las veces (1).

§. DLVIII. Inferimos tambien de la misma definicion, 4º que *en caso de duda se entiende que el sustituto es llamado á la misma parte en que estaba nombrado el instituido*, porque sucede en su lugar : por tanto, si el primero está instituido en el sestante, el segundo, el tercero y cuarto en el cuadrante, el quinto en el sestante, y el sexto es sustituto del primero, el sétimo del segundo, y así en seguida; faltando el primero recibirá el sexto el sestante; faltando el segundo, tomará el sétimo el cuadrante, y así los demas. 5º La sustitucion vulgar concluye en dos casos : 1º si el sustituto muere ántes que el testador, y 2º si el instituido admite la herencia : así suelen esplicarse los doctores. Pero Pagenstechero observó el primero, *Aphor. h. t.*, que ocurren todavía otros dos casos en nuestras leyes; á saber; 3º si el heredero fuese contumaz en la admission de la herencia, *Nov. 4. c. 4.* : 4º si el menor admite la herencia y despues consigue la restitucion *in integrum*, pues entónces indudablemente se acaba la sustitucion, como nos enseña la *L. 7. §. ff. De minoribus*.

§. DLVIII. (*duplicado*). Resta la VIª conclusion, que esplican así los juriconsultos : *el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido*, §. 3. *Inst. h. t.* El caso es este : sea heredero el primero; en su defecto séalo el segundo, y á falta de este el tercero. Muerto el testador, muere tambien el segundo instituido; el primero repudia la herencia, y por tanto se pregunta : es admitido el tercero? La razon de dudar es, que el tercero, no es sustituto del primero, sino del segundo; y no obstante se le admite,

(1) « Ca si muriese aquel que fuese establecido primeramente, ántes que hubiese tomado la heredad, ó se haya otorgado por heredero, será heredero el segundo. Eso mismo seria si fuese vivo, é non quisiese recibir la herencia ó la desechase. » *L. 2. tit. 5. Part. 6.*

porque el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido, pues como advertimos en el §. 550, era ignominioso entre los romanos el que no hubiese heredero por testamento; y por tanto se admitian tódos los sustitutos, para que no quedasen destituidos los testamentos.

TÍTULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

§ DLIX. Hasta aquí de la sustitucion vulgar, acerca de la cual ya vimos en el título antecedente, en qué se diferencia de la pupilar. Ahora veremos la definicion de esta. Sustitucion pupilar es, *cuando el padre sustituye á sus hijos constituidos en su potestad, y que no han de entrar en la de otro, para el caso de que mueran ántes de llegar á la pubertad*. Si descamos averiguar el origen de esta sustitucion, Vinio, Eschultingio y otros doctos varones niegan que provenga de la lei de las XII Tablas, no obstante que de allí suelen derivar la vulgar. Mas no es dudoso que se equivocaron aquellos esclarecidos varones, pues la lei de las XII Tablas dice : *téngase por lei lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes, ó de la tutela de sus cosas*. Ahora bien, ya hemos advertido varias veces, que los hijos respecto de sus padres no son personas, sino cosas (§. 435); luego cuando el padre nombra heredero á su hijo, ó le sustituye, claro está que lega ó dispone de sus cosas, y por tanto no puede dudarse que la sustitucion pupilar se deriva de las mismas XII Tablas.

§. DLX. Hemos visto la definicion y el origen de esta sustitucion; llegamos ya á los axiomas que nos sumi-

nistra la definicion, que son tres : 1º *el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad*. Este axioma es claro desde que la lei de las XII Tablas permitió solamente al padre, y no al extraño, disponer de sus cosas. IIº *La causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad*; pues no pudiendo testar los impúberes (§. 546. 7.), creían justo los romanos que testasen en su lugar los padres : esta razon cesaba desde que el hijo llegaba á la pubertad. IIIº *La sustitucion pupilar es un doble testamento*, § 2. *Inst. h. t.* Mas esto debè entenderse bien, pues no es doble por razon de la forma ó de las solemnidades, no requiriendo ciertamente mas que siete testigos ; sino por razon de la materia ó de la institucion de herederos ; porque en primer lugar hace el padre testamento y nombra al hijo por heredero ; y en segundo testa tambien por su hijo, y le señala heredero para el caso de que muera ántes de entrar en la pubertad.

§. DLXI. De cada uno de los axiomas antedichos nacen algunas conclusiones ; pues siendo el fundamento de esta sustitucion la patria potestad (§. 560. 4.), es consiguiente
 * 1º *que la madre no puede sustituir de este modo*, porque nunca tiene á los hijos bajo su potestad ; y si bien nadie niega á la madre el poder sustituir vulgarmente, nunca puede hacerlo pupilarmente. 2º *Tampoco puede el padre sustituir á los hijos emancipados* ; porque habiendo salido ya de la patria potestad, y siendo ella el fundamento de esta sustitucion, §. 560. 4, es evidente que semejante
 * sustitucion no vale, *pr. Inst. h. t.* 3º *Ni el abuelo puede sustituir pupilarmente á los nietos que han de recaer en la potestad de su padre* ; pues estos muerto su abuelo, no son *sui juris*, y por tanto no puede sucederles otro heredero que el padre. No obstante por la lei veleya se estableció, que si el abuelo instituía, ó desheredaba á su nieto, tambien le pudiese sustituir pupilarmente ; esta sustitucion

se dice que se hace por la fórmula de la lei veleya, *L. 2. pr. ff. h. t.* 4º *El padre puede sustituir tambien al hijo desheredado*, *L. 4. §. 2. ff. h. t. (1)*, pues el fundamento, como muchas veces se ha dicho, es la patria potestad, la cual no se acaba con la desheredacion. Podria alguno oponer, que el desheredado no tiene bienes que puedan ir al sustituto ; mas aunque no los tenga paternos, puede ser rico con los maternos ; y la sustitucion pupilar se estiende á todos los bienes del hijo. 5º *Se concluye la sustitucion, si el hijo viviendo el padre es emancipado, ó despues de la muerte de aquel es arrogado* ; pues así como en el primer caso espira la patria potestad, así en el segundo ya no es *sui juris*, y por tanto no puede tener otro sucesor y heredero que su padre.

§. DLXII. Estas conclusiones nacen del primer axioma. Sigue el otro, á saber, que la causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad, §. 559. 2. De este axioma pues inferimos, 6º *que no puede sustituir al hijo, sino hasta que llegue á la pubertad*, aunque sí por mas breve tiempo. En la *L. 21. ff. h. t.* se halla este ejemplo de sustitucion : si mi hijo muere ántes de diez años, sea heredero Seyo. La razon es, porque llegando á la pubertad, el mismo hijo puede hacer testamento, y no es necesario que su padre lo haga por él. Y ¿ qué sucede, si el padre no obstante sustituye al hijo aún para despues de la pubertad ? Es entónces de ningun valor esta sustitucion ? Entónces vale como fideicomiso, y por tanto es igual á si el padre encargase al hijo que deje la herencia á Seyo, *L. 2. C. De legat.* 7º *La sustitucion da fin, luego que el hijo llega á la pubertad* ; pues nada hai tan natural, como el que cesando la causa, cese tambien el efecto.

(1) Así lo dispone tambien la *L. 6. tit. 5. Part. 6.*, donde dice : « É aún puede esto facer, magüer desheredase de lo suyo por alguna derecha razon. »

§. DLXIII. Resta el tercer axioma : la sustitucion pupilar es un doble testamento, §. 560. 3. De él colegimos, 8° *que no puede el padre sustituir al hijo, ó testar por él, si él mismo no ha hecho ántes su testamento, L. 2. §. 4. ff. h. t.* porque ¿cómo podría entenderse sustitucion, sin preceder institucion? 9° *El sustituto percibe todos los bienes del impúber, yá sean paternos ó maternos;* pues ya advertimos ántes, que la sustitucion se estiende á todos los bienes del hijo. Por tanto, si todavía vive la madre, no recibe ni aún la legítima, ni puede entablar la queja de testamento inoficioso, porque no ha sido esclusida por el hijo, sino por el padre, el cual no está obligado á dar legítima á la mujer, L. 8. §. 45. ff. *De inoff. test.* La mayor parte de los doctores encuentran algo injusta esta disposicion; lo que ha sido causa de que en los tribunales, no obstante el Derecho romano, se adjudique en este caso la legítima á la madre. Véase Zoesio, *Comment. ad ff. h. t.* §. 50. 40° *Destruído el testamento del padre, tambien se invalida la sustitucion pupilar;* pues la sustitucion es consecuencia del testamento paterno, y como una cosa accesoria de este; y lo accesorio sigue á su principal.

§. DLXIV, DLXV y DLXVI. En el Digesto solamente se conocieron estas dos especies de sustitucion vulgar y pupilar; mas despues se añadió otra nueva inventada por Justiniano en la L. 9. C. *De impuber. et aliis subst.*; por lo cual se llama *justiniana*, y tambien *ejemplar* y *cuasi pupilar*. Se diferencia esta de la pupilar en lo siguiente : 1° *la pupilar se hace con los impúberes;* la *cuasi pupilar con los furiosos, mentecatos, pródigos y sordomudos,* aunque sean púberes : 2° la pupilar se hace solo por el padre; esta por todos los ascendientes : 3° pupilarmente se sustituye tambien á las desheredados; cuasi pupilarmente solo á los instituidos herederos : 4° pupilarmente podemos nombrar sustituto á cualquiera, aunque sea extraño; cuasi

pupilarmente, en primer lugar á los hijos de los furiosos, ó en su defecto á los hermanos, y si no los hai, á cualquiera : 5° la sustitucion pupilar espira por entrar en la pubertad; la cuasi pupilar cesando el furor ó el vicio del cuerpo.

§. DLXVII. Últimamente viene la sustitucion *militar*, á la que tambien llaman los doctores *privilegiada*, pues segun manifestámos arriba en el §. 502, los militares estaban dispensados de todas las solemnidades internas y esternas para hacer testamento, y por consiguiente podian sustituir á su antojo. De suerte que podian dar sustitutos á sus hijos, aún para despues de pasada la pubertad; darlo tambien á los extraños, para el caso en que acepten la herencia; cosas que de ningun modo eran permitidas á los paisanos, segun ántes hemos dicho.

TÍTULO XVII.

DE QUÉ MODOS SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

§. DLXVIII. Despues de sentada una doctrina, siempre sigue Justiniano en las Instituciones el buen orden de presentar luego la que le es opuesta. Por tanto, habiéndose tratado hasta aquí de los modos de hacer testamento, corresponde ahora ver cómo se invalida. Sobre este punto tienen los jurisconsultos el mayor cuidado en distinguir los vocablos, pues unos testamentos se dicen *nulos*, otros *injustos*, otros *rotos*, otros *irritos*, otros *destituídos*, y otros por último *rescindidos* : los cuales no deben confundirse entre sí, segun se verá por lo que diremos de cada uno de ellos.

§. DLXIX. En primer lugar unos testamentos son en sí mismos *nulos*; lo cual sucede por dos causas : 1ª *si ha*

faltado algo en la institucion de heredero; por ejemplo, si no se ha instituido heredero, ó se han omitido los hijos, etc. 2º Si el que hace testamento es *incapaz*, y no puede hacerlo por las leyes; por ejemplo, si es impúber ó hijo de familias, *L. 1. ff. h. t.* Luego toda nulidad proviene ó de la persona del testador, ó de vicio acerca de la solemnidad interna, esto es, de la institucion de heredero (1).

§. DLXX y DLXXI. Se llama *injusto* el testamento que no se ha hecho legalmente, esto es, en que se han omitido las solemnidades internas, ó como se llaman en la *L. 1. ff. h. t.*, las solemnidades del Derecho; v. gr. si no se han reunido sino cuatro testigos, ó no se ha hecho el testamento en un solo acto, ó se ha omitido otra cosa semejante. Estos testamentos son nulos é injustos, y de tal modo se invalidan, que no solamente no tiene efecto la institucion de heredero, sino que tambien se tienen por no puestos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, donaciones por causa de muerte, y es lo mismo que si el testador hubiese muerto intestado. Sin embargo á veces sucede que los testamentos injustos se sostienen por la cláusula codicilar: *si mi testamento no vale como testamento, valga como codicilo, ó de cualquier otro modo que pueda valer*; pues por esta fórmula se hace del testamento un codicilo, y de la institucion de heredero un fideicomiso, con tal que hayan suscrito cinco testigos. Sobre esto hablaremos mas á la larga en el §. 686 y sigg.

§. DLXXII, DLXXIII y DLXXIV. En tercer lugar se rompe á veces el testamento; lo que se hace de dos mo-

(1) Por las leyes de España; aunque no haya institucion de heredero, ó el que se exija, sea incapaz de serlo, no por eso es nulo el testamento en todas sus partes; valen las mandas, legados y donaciones, *L. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*

dos: 1º por el nacimiento del póstumo (1), y 2º por un testamento perfecto posterior. *El nacimiento del póstumo* es de dos maneras, ó *natural* ó *civil*. *Natural*, cuando despues de hecho el testamento nace un hijo ó hija al testador, bien viva este ó haya muerto, pues si no se ha hecho mencion de él en el testamento, con su nacimiento se rompe al punto aquel. El *civil*, cuando el testador arroga ó legitima á alguno despues de hecho el testamento, pues tambien los que entran en la potestad del testador y son preteridos en el testamento, al momento lo rompen. Por el *testamento posterior* se rompe igualmente el primero, con tal que aquel sea perfecto en todo. Lo cual es tan verdadero, que aunque el primero tuviese la cláusula derogatoria: *si despues hiciese otro testamento quiero que no tenga fuerza y que valga este siempre*, no obstante se rompe el primero por el último, *L. 27. C. De test.*, sin que deje de observarse esta regla, aunque en el primer testamento jurase el testador que nunca lo mudará, Por mas que cometa perjurio, sin embargo no subsiste el primer testamento, si se hace otro posterior, porque es general la regla de que, *ninguno puede imponerse á sí mismo una lei, de que no pueda apartarse. L. 22. ff. De legat. 2.*; ó como de otro modo dicen los juriscultos, la voluntad del hom-

(1) El testamento válido en un principio, y que se rompe por el nacimiento del póstumo, ó por adoptar el testador bajo las fórmulas legales á cualquiera, solo se rompe en cuanto á la institucion de heredero; pero vale en cuanto á las mandas, legados y donaciones que no esceden el quinto, que es de lo que pueden disponer los padres, segun las leyes de España, sin perjuicio de sus hijos; y aunque segun el Derecho romano tambien se rompía el testamento cuando, despues de la muerte del padre que ya tenia hijos, nacia otro, no sucede esto segun el de España, pues es firme el testamento, entrando el póstumo á heredar con los demas, por manera que uno que sabiendo tenia hijos, no los dejase por herederos, valdria el testamento en cuanto á las mandas, legados, etc.: tanto huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin una urgente necesidad.

bre es mudable hasta la muerte, *L. 4. ff. De adim. vel transfer. legatis*. La razon es, porque la testamentacion es un acto unilateral, el cual, no produciendo derecho á favor de nadie, nada impide tampoco el que se mude, al contrario de lo que sucede en los contratos. Pero se pregunta, si el testador no hizo nuevo testamento, sino que solamente declaró á presencia de algunos que queria que no valiese el primero, ¿ se rompe entónces el testamento? Se responde que esta declaracion sola no rompe el primer testamento, á no ser que estén presentes tres testigos, y pasen diez años desde esta revocacion, *L. 27. C. De test.*; pues no siendo nada tan natural, como que una cosa se desate del mismo modo que se unió, *L. 35. De. R. J.*, era inconsequente revocar sin solemnidades un testamento solemne. Otra cosa se diria si el testador cortase, rompiese, borrarse ó arrancase los signos del testamento que hubiese hecho, pues entónces sin ninguna solemnidad se invalida, y en un sentido mui propio se rompe. Por lo demas en todos estos casos se destruye todo el testamento y todos sus capítulos. No obstante en tres casos puede sostenerse aquel: 1º si el testador declarase en el último testamento querer que valiese tambien el primero. Entónces vale el primero como fideicomiso, equivaliendo á encargar al heredero instituído en el último testamento, que restituya la herencia á los herederos nombrados en el primero, §. 3. *Inst. h. t. (1)*. Si el póstumo que rompió el testa-

(1) Hai otro caso en que el testamento posterior no rompe el primero, y es cuando no ha muerto el que habia sido instituído heredero en el primer testamento, pues habiendo su muerte motivado que el testador hiciese segundo testamento, debe ser heredero el designado por tal en el primero, y del segundo solo valdrán las mandas, legados etc., *L. 21. tit. 4. Part. 6*. Tampoco se deroga segun la *L. 22. tit. 1. Part. 6.*, cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias, generales ó especiales, y en el que hace despues, no se mencionan; á no

mento, muere viviendo el testador; pues en tal caso, removido el impedimento, da el pretor la posesion de los bienes segun el testamento, *L. 12. ff. h. t. 3º*. Si el testador hace pedazos el segundo testamento y deja el primero. Pues aunque en tal caso esté *ipso jure* roto el testamento, sin embargo, el pretor tambien da la posesion de los bienes segun el testamento, *L. 11. §. 2. ff. De bonor. poss. sec. tab.*

§. DLXXV y DLXXVI. En cuarto lugar, se llama *irrito* el testamento, cuando se muda el estado del testador, esto es, cuando sufre la *capitis-diminucion* máxima, média ó mínima, §. 4. *Inst. h. t. (1)*; pues en todos estos casos vuelve el negocio á un estado, de donde no puede empezar. Porque por la *capitis-diminucion* máxima se hace el testador siervo, por la média extranjero, y por la mínima hijo de familia; y ni el siervo, ni el extranjero, ni el hijo de familias pueden hacer testamento. Sin embargo, aunque el testamento irrito se destruye manifi-

ser que por conjeturas ó inducciones se venga en conocimiento de la voluntad del testador, aunque en el segundo no haya las cláusulas derogatorias, segun Gregorio López á la *L. 22.* del referido título, y Gómez comentando la tercera lei de Toro. Aunque el segundo testamento no contenga institucion de heredero, como que esta no es esencial en nuestro Derecho, anulará tambien el primero conteniendo las cláusulas derogatorias, segun el sentir de Covarrúbias. Y Gregorio López, discurrendo sobre la lei 24, dice, que si el testador rompiese ó rasgase el primer testamento por sus propias manos, quedando íntegro el protocolo del escribano, no valdria el segundo testamento.

(1) En España segun la *L. 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, pueden los hijos testar: de donde resulta que la mínima *capitis-diminucion* no hace irrito el testamento; ni la média ni la máxima, por cuanto los espatriados pueden disponer de sus bienes, á no ser que se les hayan confiscado, lo mismo que los condenados á muerte, en la parte que les quede, cubiertos los gastos, multas, etc. *L. 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Pueden testar tambien los extranjeros, *L. 2. tit. 30. lib. 1. de la Nov. Recop.*

tamente, no obstante admite el pretor á los instituidos herederos, con tal que el testador sea hábil segunda vez al tiempo de su muerte. Supongamos que Ciceron ántes del destierro hubiese hecho testamento; este se hacia sin du la algún írrito por el destierro. No obstante, siendo poco despues restituido *in integrum*, y muriendo como ciudadano romano, el pretor podia en virtud de su testamento írrito dar la posesion de los bienes segun el testamento, §. 6. *Inst. h. t.*

§. DLXXVII. En quinto lugar, ciertos testamentos se llaman *destituidos*, siempre que el heredero instituido ó no quiere, ó no puede aceptar la herencia (1), y por tanto no existe ningun heredero por testamento. Entónces es claro, que el asunto viene á parar al caso de intestado, y por tanto que se destruye todo el testamento, §. 6. *Inst. de hered. qui ab intest.* Lo primero, á saber, cuando repudiaba el heredero el testamento, sucedia muchas veces por temor de las deudas; mas hoy dia acontece rara vez despues que se estableció el *beneficio de inventario*, pues al presente nadie está obligado mas que hasta donde alcanza la herencia, con tal que haga inventario, del cual hablaremos despues en el §. 599.

§. DLXXVIII. Últimamente en sexto lugar, se dice que algunos testamentos se rescinden; lo cual se hace por la *queja de inoficioso testamento*, de la que trataremos espresamente en el título siguiente.

(1) Substitirá el testamento aunque el instituido heredero renuncie la herencia, ó no quiera aceptarla, por no ser necesaria esta circunstancia en España para que valgan las mandas, legados, fideicomisos, sucediendo en lo demas de la herencia aquel que hubiera de serlo, si el testador muriese intestado.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

§. DLXXIX. Habiendo dicho que el testamento se rescinde por la *queja de inoficioso testamento*, se tratará ahora de ella con alguna detencion. Al momento ocurre una interesante cuestion acerca del origen de dicha queja; sobre lo cual no están de acuerdo varios ilustres autores. Francisco Duareno, *Prælect.* á este lugar, *cap.* 2, juzga que se deriva de las constituciones de los principes. Pero claramente se engaña, no solo por hacer Ciceron varias veces mencion de esta queja en tiempo de la república libre, sino tambien por referir Valer. Max. *l. 7. c. 7. §. 5.* que esta accion fué establecida el año 682 de la fundacion de Roma, por el pretor Calpurnio. Ni se equivoca ménos Pedro Piteo en sus notas *ad Collationem leg. mosaic. et romanar. tit. 40. §. 3.* pues cree que fué introducida esta queja por el pretor. Lo contradice la *L. 6. pr. ff. De bonor. posses. contr. tab.*, donde espresamente se dice, *que el pretor no auxiliaba á los desheredados*. Es singular la conjetura de Jacobo Cujacio, que opina que esta queja fué introducida por la lei glicia. Mas tambien la hemos destruido en nuestras *Ant. rom. h. t. §. 5.* estando bien averiguado que los autores de esta queja fueron los jurisconsultos, quienes viendo que muchas veces desheredaban los padres á sus hijos sin justa causa, y sabiendo que los furiosos y mentecatos no podian hacer testamento, fingieron que semejante testador no estaba en su sano juicio, probándolo con el hecho de que desheredaba ú omitia á los hijos que no merecian semejante castigo. Por eso leemos en las *Inst. h. t.*, que esta queja se funda en la

causal, de no estar en su sano juicio, cuando hizo el testamento, Bynkersh. *Observ. lib. II. c. 12.*

§. DLXXX. Aquella accion pues por la cual los hijos injustamente desheredados rescindian el testamento de los padres, tiene el nombre particular de *queja de inoficioso testamento*; de cuya denominacion igualmente se ha de dar razon. Es de saber, que así como se decia que los estraños *entablaban acciones entre sí*, así los parientes solamente *se quejaban*. Por tanto no compitiendo este remedio sino á los parientes contra los testamentos de sus parientes, no se llamaba esto *accion*, sino *queja*, como ya observó Voss. *Inst. orat. l. 1. c. 6. §. 2.* Se dice *inoficioso* de la palabra *oficio*, pues ya observó Séneca, *l. 3. De benef. c. 18.*, que los romanos distinguian con cuidado las voces *oficio*, *beneficio* y *servicio*: el *beneficio* se presta por los estraños, el *servicio* por los que están en nuestra potestad, y últimamente el *oficio* por los parientes. Por tanto de aquí colégian los jurisconsultos, que pertenecia al oficio de los parientes el instituirse herederos recíprocamente al morir: de consiguiente, si alguno no lo hacia, se decia que habia obrado contra el oficio, y que su testamento era por esta causa inoficioso.

§. DLXXXI. Esto supuesto, fácilmente se entenderá la definicion de esta queja, la cual no es otra cosa que una especie de peticion de la herencia, por la que los injustamente desheredados, y á vezes tambien los omitidos, obran contra los herederos instituidos en el testamento, para rescindirlo y ser admitidos á la herencia abintestato. Y se pregunta, quiénes pueden interponer esta queja? Antiguamente se estendia tanto este remedio, que hasta los amigos rescindian los testamentos de los amigos, como lo demuestran los ejemplos que se hallan en Valerio Máximo, *l. 7. c. 7.* Pero hoi dia la cosa es mui distinta, y atinadamente aconseja Ulpiano, *L. 1. ff. h. t.*, que los

parientes mas remotos que los hermanos harán mejor en no arruinarse con gastos infructuosos, no teniendo ninguna esperanza de conseguir su intento. Por tanto al presente se observa esta regla: todos aquellos á quienes se debe la porcion legítima, pueden tambien quejarse del testamento inoficioso. Ahora bien, habiendo demostrado arriba en el §. 527, que la porcion legítima se debe á los hijos, padres y hermanos de parte de madre y padre; si se prefiere á estos alguna persona torpe, es consiguiente que solamente ellos puedan entablar la queja de testamento inoficioso.

§. DLXXXII. Sin embargo, no siendo necesaria siempre esta queja, sino que por el contrario bastan á vezes otros remedios, se pregunta, en qué casos hace falta? Aquí observamos, 1º que no es necesario este remedio, cuando son omitidos los hijos, ó desheredados injustamente. Ya dijimos que semejante testamento era nulo *ipso jure*; y lo que es nulo, no puede rescindirse. Por tanto mejor establecen los hijos en este caso la queja de nulidad, por la cual se destruye todo el testamento. 2º Tampoco necesitan de aquella queja los que han sido instituidos herederos en una pequeña parte. Pues (a) de estos no puede decirse que han sido omitidos ni desheredados. (b) Como hemos visto en el §. 543., los que han sido instituidos en una pequeña parte (1), tienen la accion *in factum expletoria*, para completar la legítima, *L. 3. C. h. t.* 3º Luego ahora hai tres casos en que puede interponerse esta queja: (a) si la desheredacion niega que sea verdadera; en cuyo caso corresponde la prueba al heredero instituido. Por ejemplo, el padre deshereda al hijo, porque este le azotó, y el hijo niega haberlo hecho; ciertamente que si entónces

(1) Tampoco hai lugar á esta queja, cuando el testador, aunque tenga herederos forzosos, dispone de la quinta parte en favor de estraños, y de la tercera en favor de cualquier hijo, La razon de esto se halla en la nota á los §§. 545 y 546.

el instituido heredero no puede probar el hecho, se rescinde el testamento como inoficioso. (b) Si los padres son omitidos por los hijos, ó los hijos y nietos por la madre ó abuelo materno, ó si tambien á los hermanos y hermanas es preferida una persona torpe; pues todos estos, no pudiendo usar de ningun otro remedio, rescinden con esta queja el testamento. (c) Si la causa de la desheredacion fuese á la verdad justa, pero no estuviese espresa en el testamento. Por ejemplo, si el padre dijese: desheredo á mi hijo por cierta causa; entónces bien puede el hijo rescindir el testamento por esta queja.

§. DLXXXIII y DLXXXIV. Faltan dos cuestiones: *primera*, cuándo cesa esta queja; *segunda*, qué efecto tiene. En cuanto á lo primero, ha de saberse que esta accion es mui odiosa, porque muchos creían que el hijo faltaba al respeto debido á sus padres, si alegaba que no estaban en su sano juicio. De aquí es que cesaba, 1º siempre que habia á la mano otro remedio. 2º Si el desheredado moria ántes de entablar la accion. Pues no competia á los herederos, á no ser que ya estuviese preparada, esto es, presentada en el tribunal. 3º Pasados cinco años (1), pues no duraba mas esta accion tan odiosa. 4º Si el desheredado aprueba el testamento del difunto de cualquier modo, ya espresa, ya tácitamente, ó con su nombre, ó con el ajeno, con tal que no lo haga por necesidad. Así, por ejemplo, si el hijo desheredado se presentase en juicio como procurador del legatario y reconociese el legado dejado á su cliente, no podria despues quejarse del testamento como inoficioso. Mas si lo hiciese como tutor á nombre del pupilo, puede con razon entablar esta queja,

(1) Aunque se hayan pasado cinco años sin entablar la accion, no parece esta, siempre que sea menor aquel que debe interponerla, por cuanto contra este no corre el tiempo hasta la mayor edad, en virtud del beneficio de la restitution *in integrum*.

porque aquello lo hacia por necesidad en virtud de su oficio. Por último, respecto del efecto de esta queja, antiguamente se destruía todo el testamento y todos sus capítulos si se rescindia; pero alteró esto Justiniano por la *Nov. CXV. c. 3.*, y estableció que rescindido el testamento, solo se invalidase la institucion de heredero, y quedasen en su vigor todos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, etc. Una escepcion se ha de tener presente, y es si el hermano ó hermana dicen, que el testamento es inoficioso por habérseles preferido persona torpe (1), pues entónces, si triunfan, se destruye todo el testamento por la *Nov. XXII. c. 47.*, donde en nada se mudó el Derecho antiguo acerca de la queja de los hermanos y hermanas.

TÍTULO XIX.

DE LA CUALIDAD Y DIFERENCIA DE LOS HEREDEROS.

§. DLXXXV y DLXXXVI. Vimos arriba que los testadores tienen amplia facultad de instituir los herederos que quisieren. Sin embargo no todos los herederos son de un mismo género (2): por tanto se pregunta en este

(1) Segun el Derecho de España, aunque la queja sen introducida por hermanos del testador, habiéndoles preferido persona torpe, se revoca solo el testamento, en cuanto á la institucion de heredero, pues en lo demas es válido, como mandas, legados, fideicomisos. Así lo dispone la *L. 7. tit. 8. Partida 6.*

(2) Heineccio, sin dar siquiera una idea de lo que es heredero, y dejando de manifestar las clases superiores, pasa de repente á tratar de los necesarios ó forzosos, y de los voluntarios. El heredero es un sucesor universal de los derechos y obligaciones del testador. La primera division que hallamos en nuestras leyes, es en que los unos lo