

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 rescindía; 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

(1) Segun el Derecho de España, aunque la queja sea 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.*

de un mismo género (1): por tanto se pregunta en este título, 1º de cuántas maneras son los herederos; y 2º cómo adquieren ó repudian la herencia. En cuanto á la primera pregunta, los herederos se distinguen en *necesarios, suyos y necesarios, y voluntarios ó estraños*. *Necesarios* se dicen aquellos que están obligados á ser herederos, quieran ó no quieran; *suyos y necesarios* los que el testador está obligado á instituir herederos ó desheredarlos, y una vez nombrados, tienen que serlo: *voluntarios ó estraños* los que tienen libertad de aceptar ó no la herencia. La razon de esta diferencia se ha de traer de mas atras. Dijimos arriba que el testador está en el lugar de legislador, y que el

(1) 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 son por testamento y otros abintestato; aquellos son los que el testador llama, ya parientes ó no, para que le sucedan en sus acciones, derechos etc.; y los otros son los mas inmediatos parientes del difunto que murió sin la última disposicion, ó cuando esta fué nula. Estos se subdividen en universales y particulares; los primeros son los que suceden en toda la herencia, y los segundos en una cosa particular, como una casa, una huerta etc. Despues los herederos se dividen en *forzosos*, que son los hijos del testador, dichos así, no porque tengan obligacion de aceptar la herencia, sino solo porque sus padres están obligados á instituirlos herederos, *L. 21. tit. 3. Part. 6.*; y en *voluntarios*; lo que se verifica, siempre que el testador instituye heredero á quien le da la gana.

testamento es á modo de lei. Ahora bien, el legislador puede obligar con su lei á los súbditos, y no á los extraños; por tanto tambien el testador puede obligar con su testamento á los siervos é hijos constituídos dentro de su potestad, á que sean sus herederos, mas no á los extraños. Y de aquí es, que aquellos son herederos necesarios, ó suyos y necesarios, y estos voluntarios.

§. DLXXXVII. Los siervos propios instituidos (1), con libertad ó sin ella, son herederos *necesarios*. Pues aunque esté nombrado heredero sin libertad, no obstante se presume que se le ha dado esta en la misma institucion, porque el que quiere el efecto tambien parece que quiere la causa, §. 536. Así que, si uno hubiese nombrado heredero á un siervo propio, no estaria en su arbitrio el aceptar ó repudiar la herencia, sino que necesariamente tenia que aceptarla, ó por mejor decir, sin la aceptacion era heredero *ipso jure*. La razon de esta disposicion legal era, que muchas vezes los señores, oprimidos de deudas, instituían heredero á un siervo, para que se vendiesen los bienes bajo el nombre de él, y no del señor, y recayese de este modo la ignominia sobre el siervo. Véase el §. 4. *Inst. Qui et ex quibus caus. manum. non pos.*

(1) En España solo por el Derecho de las Partidas los siervos son herederos necesarios, cuando el testador los instituye por tales: y se llaman así, porque, una vez nombrados, están obligados á admitir la herencia de su señor, y á pagar no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios: los hijos nunca pueden entrar en esta clase.

§. DLXXXVIII. Herederos *suyos y necesarios* son los hijos constituídos á la muerte del testador (1) bajo su potestad, que no han de recaer en la de otro. Se llaman *suyos*, ya porque aún vivo el padre en cierto modo eran dueños de todas las cosas, y por tanto se sucedian á ellos mismos; ya por estar constituídos en la potestad y derecho quiritarario de los padres, como observó muy bien el ilustre Anton. Eschultingio *ad Caj. Inst. l. 2. tit. 3. §. 6. p. 406*. Se llaman los mismos *necesarios*, porque estaban obligados, como los siervos, á ser herederos contra su voluntad, §. 7. *Inst. h. t.* Con todo pareciendo duro que los hijos fuesen obligados á ser herederos, dejando muchas vezes el padre mas deudas que bienes, el pretor les concedió el beneficio de abstenerse, para que si quisiesen, pudieran repudiar la herencia. Pero distinguia el pretor entre los hijos púberes é impúberes. Á estos les quedaba salvo este beneficio, ya se mezclasen ó no en la herencia; pero á aquellos solo se concedia este beneficio, cuando no se hubiesen mezclado en ella, §. 2. *Inst. h. t.*

§. DLXXXIX y DXC. Aunque hoy dia son los hijos

(1) Los póstumos ó los que nacen despues de la muerte de su padre, se tienen por herederos forzosos; pero es preciso que su madre los dé á luz á los diez meses cuando mas de la muerte de su marido, y que viva en su compañía al tiempo de aquella; pues si naciesen un dia despues, se reputan por ilegítimos; pero si naciesen dentro de los siete ó nueve, que es lo comun, entonces serán legítimos, segun está dispuesto por la *L. 4. tit. 23. Part. 4.*

herederos voluntarios, todavía hai respecto de ellos algo de singular; pues 1º los hijos *no aceptan* la herencia como los estraños, sino que son herederos *ipso jure*. 2º De los estraños se dice que *obran como herederos*; de los hijos *que se mezclan en la herencia*. 3º Los estraños *repudian* la herencia, los hijos *se abstienen* de ella; cuyas palabras distinguen cuidadosamente nuestros jurisconsultos. 4º Los estraños no trasmiten á sus herederos la herencia que aún no han aceptado; mas los hijos, como son herederos *ipso jure*, al punto la trasmiten.

§. DXCI y DXCII. Hemos hablado de las dos primeras especies de herederos (1): siguen los *voluntarios*, que son todos los que no están en el dominio ni en la patria potestad del testador. Teniendo pues estos el arbitrio de ser ó no herederos, se pregunta, 1º cómo adquieren la herencia, y 2º cómo la repudian. Á la primera pregunta respondemos, que los estraños adquieren la herencia *ó de palabra, ó con hechos*. Si declaran de palabra que quieren ser herederos, se llama *aceptacion de la herencia*; si de hecho administran las cosas de la herencia, cultivando los campos, dando el dinero á interes, etc., se dice *gestion de heredero*. Pero aquí es menester caminar con tiento, porque si el heredero instituido hace lo que acostumbran hacer los herederos,

(1) Entre los herederos estraños y voluntarios no se cuentan los hijos emancipados, pues estos, segun lo dispuesto por la *L. 21. tit. 3. Part. 4.*, tanto respecto de sus padres como de las madres y demas parientes, son herederos forzosos.

añadiendo la protesta de que no lo hace con ánimo de ser heredero, se le reputará mas bien como *agente de negocios*, *L. 20. pr. ff. De adqu. vel. omitt. hered.* Estos son los dos modos de adquirir la herencia; ahora trataremos de cada uno de ellos esprofeso.

§. DXCIII — DXCVI. *La aceptacion* es un acto legítimo, por el cual el heredero instituido declara su voluntad de tomar la herencia, la cual adquiere por el mismo hecho. De esta definicion nacen tres axiomas: 1º la aceptacion es declaracion de la voluntad: 2º es acto legítimo: 3º la herencia se adquiere por la aceptacion. Del primer axioma se derivan las siguientes conclusiones: 1ª los furiosos, mentecatos y niños no pueden aceptar la herencia, porque ¿cómo han de declarar su voluntad los que no saben lo que se hacen? No obstante, para que no se priven de la herencia abandonándola de este modo, pueden aceptarla por ellos sus padres, tutores y curadores. 2ª Los pupilos que han salido de la infancia, pueden aceptar para sí la herencia, con tal que interponga su autoridad el tutor. La razon por que es necesaria la autoridad del tutor, no obstante que hacen mejor su condicion, ya la dimos en el §. 252, á saber, porque la aceptacion de la herencia era un acto solemne que no podia ejecutarse nunca sin intervenir la autoridad del tutor, *L. 49. ff. De auct. tut.* 3ª Los hijos de familia no pueden aceptar la herencia sin el mandato de sus padres; pues adquiriendo los hijos por Derecho antiguo la herencia para sus padres, nada era mas justo sino que tambien ellos

consintieran. Pero esto se mudó por Derecho nuevo, de manera que si el padre sin razon se opone, puede contra su voluntad, aceptarla el hijo, y entónçes tiene la herencia como peculio extraordinario (§. 481. 4.), *L. ult. C. De bon. quæ lib.* 4ª La aceptacion debe hacerse sin fuerza ni coaccion, puesto que es una declaracion de la voluntad, la cual debe ser espontánea, y no arrancada por fuerza ó miedo, pues nada hai mas contrario al consentimiento, *L. 416. pr. ff. De R. J.* 5ª Se ha de aceptar toda la herencia, y no parte de ella (1); pues de otro modo sucederia que moriria uno parte testado y parte intestado; lo que hemos advertido varias vezes que no puede ser. 6ª Adquirimos ciertamente la herencia aceptada en cuanto al dominio, y no respecto de la posesion, por ser esta de tal naturaleza, que no se adquiere solamente con el ánimo, sino con el ánimo y cuerpo juntamente. Luego tampoco basta que declare el heredero que quiere serlo, sino que ademas debe tomar posesion de los bienes hereditarios con algun acto corporal, *L. 23. pr. ff. De adqu. vel omitt. hered.* Estas conclusiones provienen del primer axioma. Sigue el *segundo*: la aceptacion de la herencia es un acto legitimo, *L. 77. ff. De R. J.* De lo cual se deduce, 7ª que

(1) Para aceptar la herencia, es necesario no estar incapaz para ello, ya al tiempo de otorgarse el testamento, ya en el de la muerte del testador, y ya cuando se acepta la herencia. Esto se entiende de los herederos necesarios, pues los forzosos basta que no tengan impedimento legal al tiempo de la muerte del testador. Son palabras espresas de la *L. 22. tit. 3. Part. 6.*

la aceptacion de la herencia no puede hacerse por procurador, ni condicionalmente, ni desde cierto dia, ni hasta tal dia; pues como manifestámos en el §. 70, los actos legitimos no admiten ninguna de estas cosas. Sigue el *tercer* axioma: la herencia se adquiere por la aceptacion. De él se infiere, 8ª que ántes de aceptarse la herencia, no se trasmite á los herederos; porque no pasa al heredero sino lo que tuvo el difunto: ántes de la aceptacion aún no tenia el heredero la herencia, sino la esperanza; y la esperanza, si bien se trasmite á los herederos en los contratos, no es lo mismo en las últimas voluntades, §. 549. 6. Pero hai que observar una escepcion respecto de los hijos suyos, los cuales, por tener el derecho de ser herederos aún sin aceptar, transmiten desde luego la herencia á sus herederos, §. 590. 4. 9ª Aceptada la herencia, sucede el heredero en todos los derechos y obligaciones del difunto, y por tanto está obligado á pagar todas las deudas, aunque no pueda cubrirlas la herencia. De aquí es que si hai muchos coherederos, cada uno paga las deudas á prorata, aunque lo hagan con gran detrimento. Siendo esto mui duro, se inventaron poco despues algunos beneficios, de que se tratará en los §§. siguientes. 10ª La aceptacion de la herencia es al mismo tiempo un cuasi contrato, §. 5. *Inst. De oblig. quæ quasi ex contract. nasc.* Del que acepta la herencia se presume que se obliga á los legatarios y fideicomisarios, y que quiere prestar y cumplir lo que contiene el testamento; por lo que tambien tienen estos contra el heredero la accion de testamen-

to, para que pague los legados y fideicomisos, §. 986.

§. DXCVII y DXCVIII. Siendo tan dura la condicion del heredero que estaba obligado á pagar todas deudas del difunto, se inventaron, como dijimos, ciertos beneficios de que pudiese usar, á saber, el *derecho de deliberar* y el *beneficio de inventario*. *Derecho de deliberar* es el tiempo concedido por la lei al heredero, para que indague si la herencia tiene mas bienes que deudas, y al mismo tiempo pueda determinar, si le conviene aceptar ó repudiar la herencia. Este término no es siempre de una misma duracion, pues ó los acreedores instan por el pago, ó no hai quien estreche. En el último caso tiene el heredero treinta años para deliberar, porque otro tanto tiempo dura la peticion de la herencia. En el primer caso, ó se concede el espacio de deliberar por el príncipe, ó por el magistrado. Si por el príncipe, es de un año (1); si por el magistrado, de nueve meses, *L. últ. §. 43. C. De jur. delib.* En el dia no es frecuente el uso de este beneficio, porque hai otro mucho mas ventajoso, por el cual se ha establecido que pueda cualquiera sin ningun peligro aceptar desde luego la herencia.

§. DXCIX. Es este *el beneficio de inventario*, escotigado por nuestro Justiniano, *L. últ. C. De jur. delib.* Aquí hemos de examinar el modo de hacer este in-

(1) Lo mismo sucede en España, y aún se puede acortar el tiempo á cien dias, si se conoce que en ménos se puede deliberar.

ventario (1), y cuál sea su efecto. El *modo* de hacer el inventario (ó el *repertorio*, como se llama en el Derecho) esta prescrito por Justiniano, que dispone, 1º que se empiece dentro de treinta dias desde el de la noticia, estando admitido en todas partes que al momento de morir el testador se selle todo por la autoridad pública, para que no pueda defraudarse nada en tanto que no se haga el inventario. 2º Que se termine dentro de sesenta dias, ó si la herencia es mui cuantiosa, dentro de un año, para que los acreedores no tengan que esperar

(1) El inventario se divide en solemne y simple. Este se formaliza haciendo una descripcion de los bienes, sin necesitarse de juez ni de su auto, aunque sí de escribano. El solemne, ademas de los requisitos que señala Heineccio, requiere, segun nuestras leyes, otras circunstancias, y son, 1ª si no la presencia del juez, al ménos su auto que lo encabeze todo, y hasta su presencia es necesaria en los tres casos que trae el Febrero en su *lib. 1. cap. De inventarios*. 2ª Que se concluya dentro de tres meses, siempre que los bienes estén todos en el lugar en donde ha muerto el testador; si no, se puede conceder un año á mas de los tres meses, segun la *L. 100. tit. 18. Part. 6*. 3ª Que el inventariante asegure que lo ha hecho fiel y legalmente; cuya cláusula suele ir acompañada de juramento, aunque no lo exigen las leyes. Los juezes deben cuidar, tan presto como saben la muerte del que fenece sin disposicion, de sellarlo todo, prescindiendo de consideraciones, que no sirven sino para dar lugar á extraer lo principal en perjuicio de los herederos; sobre lo que hai un sumo abandono en nuestro reino. Se hace desear una disposicion capaz de atajar los males inmensos que de aquí se siguen. — Es de advertir que segun la *L. 7. tit. 6. Part. 6*, no se puede mover pleito al heredero por los acreedores, miéntras se hace el inventario.

mas tiempo. 3º Que intervengan escribanos ó notarios que formen una nota de todos los bienes de la herencia. 4º Que sean citados todos los interesados, cuales son los legatarios y coherederos ausentes. 5º Que si no pueden estar presentes, concurren á lo ménos tres testigos fidedignos. 6º Que concluido el inventario, espese el heredero la suma, y lo firme; ó si no sabe, que lo mande hacer al escribano. Observados estos requisitos, son varios los *efectos* del inventario, como, 1º que el heredero no está obligado á pagar las deudas mas de lo que alcance la herencia: 2º que se impide la confusion de bienes; y por tanto, 3º tambien puede el heredero pagarse á sí mismo, si le debia algo el difunto: 4º que si no hai dinero en la herencia, pueda el heredero pagar á los acreedores con prados, casas y muebles, aunque ellos no quieran; todo lo que no pueden hacer los que no hayan formado inventario.

§. DC. Hasta aquí de la aceptacion de la herencia. Mas pudiendo el nombrado tambien repudiarla á su antojo, se hablará igualmente de la repudiacion. Se hace asimismo por *palabras* ó por *hechos*: por palabras, si declarase el instituido heredero que no quiere ser heredero; con hechos, si permite que se pase el tiempo de deliberar sin aceptar la herencia, ni obrar como heredero. Debe observarse que no hai aquí lugar al arrepentimiento; por lo cual el que una vez acepta la herencia, no puede despues repudiarla, á no ser menor, á quien, cuando se le ha perjudicado, concede el pretor el remedio de la restitucion *in integrum*,

L. 7. §. 40. ff. De minoribus. Ni el que una vez repudió la herencia, puede en seguida aceptarla, porque repudiada, al instante adquieren los herederos abintestato un derecho, que no se les puede quitar contra su voluntad.

TÍTULO XX.

DE LOS LEGADOS.

§. DCI y DCII. Justiniano se aparta aquí por un momento del orden que se habia propuesto, pues siendo los modos de adquirir, de que se está tratando, ó *universales* ó *singulares*, y habiéndose empezado á hablar ya de los universales, esto es, de la *herencia*, pedia ahora el orden que se esplicasen los demas modos universales de adquirir. Pero reservando estos para el principio del libro tercero, mezcla aquí la doctrina de los *legados*, sin embargo de ser un modo singular de adquirir. Nos acomodaremos pues al orden del emperador. Ante todas cosas se pregunta, qué es *legado*? Modestino en la *L. 36. ff. De legat. 2.* lo define diciendo, que es una donacion hecha en el testamento; y Justiniano, *pr. Inst. h. t.*, dice, que es cierta donacion dejada por el difunto, y que debe cumplir el heredero. Mas ni una ni otra definicion se ha de seguir, pues 1º la donacion es un pacto que no puede subsistir sin el consentimiento de uno y otro; y el legado es una