

134/1088
5687
1847
12

Es propiedad del Editor.



BIBLIOTECA PÚBLICA
DEL AYUNTAMIENTO DE LEÓN

MADRID, 1877.—Imprenta, estereotipia y galvanoplastia de Aribau y C.^{as}
(sucesores de Rivadeneyra), Duque de Osuna, 3.

1088

EXPLICACION HISTÓRICA

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

LIBRO TERCERO.

TITULUS I.

DE HEREDITATIBUS QUÆ AB INTESTATO
DEFERUNTUR.

TÍTULO I.

DE LAS HERENCIAS DEFERIDAS ABIN-
TESTATO.

Sabemos por principio general que en el derecho romano no podía nunca haber á un mismo tiempo herencia testamentaria y herencia regular por la ley. Esta última no podía existir sino á falta de otra; por consiguiente, cuando el difunto hubiese muerto absolutamente intestado.

¿En qué casos se moria *intestado*?

¿En qué tiempo se abría la sucesion *abintestato*?

¿En qué tiempo debían considerarse la capacidad, la cualidad y el grado de los herederos *abintestato*?

Estas son tres cuestiones preliminares que se aplican á todas las clases de herencias *abintestato*, y acerca de las cuales es preciso ante todo dar las reglas del derecho romano.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

Muere *intestado* aquel que no ha hecho absolutamente ningún testamento, ó ninguno válido, ó cuyo testamento ha sido roto, inútil, ó no ha producido ningún heredero.

La circunstancia de que alguno muera intestado puede ocurrir,

dice Teófilo, ó de hecho ó de derecho : de hecho, si ha muerto sin haber dejado ningun testamento; de derecho, si ha dejado uno que no ha sido admitido por el derecho, ya porque habiendo sido hecho de un modo irregular, desde el principio ha parecido como nulo este testamento, ya porque posteriormente ha sido roto por la agnacion ó por la cuasi-agnacion de un heredero suyo, anulado como inoficioso, hecho inútil por la variacion de estado del testador, extinguido por efecto de incapacidad, ó abandonado por consecuencia de la negativa de todos los herederos instituidos.

La segunda regla que debe observarse es que la herencia *abintestato* no se abre desde la muerte del difunto, sino sólo desde el momento que hay certeza de no haber herencia testamentaria : «*Eo tempore querendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse*» (1); si, pues, el difunto no ha hecho ningun testamento, ó si su testamento era nulo desde el principio, ó si ha sido roto, inútil ó invalidado de un modo cualquiera ántes de su fallecimiento, en todos estos casos se abrirá la herencia *abintestato* en el momento mismo del fallecimiento, porque desde este momento hay certidumbre de que no habrá herencia testamentaria. Mas si el testamento válido todavía el dia del fallecimiento, con posterioridad ha parecido nulo, extinguido ó abandonado, como, por ejemplo, por causa de inoficiosidad, de posterior incapacidad de los herederos ó de repudiacion, en todos estos casos la herencia *abintestato* sólo se abrirá ó principiará desde el dia en que hayan tenido lugar estos sucesos, y en que haya llegado á ser cosa cierta de que no habria ningun heredero en virtud del testamento (*quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem extitutum*) (2).

La tercera regla, que es consecuencia de la anterior, consiste en que para terminar cuáles son los herederos llamados *abintestato*, es preciso considerar su existencia, su capacidad, su cualidad y su grado, no ya en el dia de la muerte del difunto, sino en el dia de la apertura de su sucesion *abintestato*, cuya apertura puede tener lugar, como acabamos de ver, mucho tiempo despues del fallecimiento; de donde se deduce que puede suceder que personas que sean los pretendientes más próximos *abintestato* en el dia del fallecimiento, no sean herederos en el dia de la apertura, si en el intervalo indicado

(1) Véase en adelante § 7.

(2) Véase en adelante tit. 2. § 6.

han muerto ó se han hecho incapaces; y, por el contrario, que los herederos *abintestato* en el dia de la apertura sean parientes que no eran llamados por su clase en el dia del fallecimiento (1).

Pero si no es necesario en este caso que los herederos *abintestato* sean los más próximos en grado en el dia de la muerte del difunto, siempre es indispensable que ya hayan nacido ó sido al ménos concebidos en este tiempo. Porque si han sido concebidos despues de la muerte del difunto, nunca se han hallado con él en esta vida, ni nunca han podido considerarse como ligados con él en la tierra por ningun vínculo, pues el uno ya no existia cuando el otro principió á vivir: no pueden tener ningun derecho á su sucesion *abintestato*, áun cuando se hallase en primer lugar en el momento de abrirse dicha sucesion (2).

Establecidas estas reglas preliminares, llegamos al orden de los herederos *abintestato*. Acerca de esto tenemos que examinar con el texto cuatro sistemas sucesivos, que se modifican sucesivamente: la legislacion de las Doce Tablas, el derecho pretoriano, las constituciones imperiales anteriores á las de Justiniano, y en fin, las de este último.

I. Intestatorum autem hereditates ex lege Duodecim-Tabularum primum ad suos heredem pertinent.

1. La herencia de los intestados, segun la ley de las Doce Tablas, pertenece primero á los herederos suyos.

La ley de las Doce Tablas establecia dos órdenes de herederos: 1.º, los herederos suyos; 2.º, los agnados. No se pasaba al segundo orden sino en defecto del primero. En ciertos casos y para ciertas personas habia, despues de los agnados, un tercer orden, el de los *gentiles*: «*Intestatorum hereditas*, dice Paulo en sus Sentencias, »*lege Duodecim-Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur*» (3). En nuestra *Historia de la legislacion romana* hemos copiado acerca de esta materia el texto de las Doce Tablas, tal como ha llegado á nosotros, segun el testimonio de Ulpiano (p. 86).

Examinaremos sucesivamente cada uno de dichos órdenes, principiando por los herederos suyos.

(1) Véase más adelante tit. 2. § 6.

(2) Veremos la aplicacion de este principio en el § 8.

(3) Paul. Sent. 4. 8. 5.

Respecto de ellos tendríamos que ver qué personas eran llamadas en este orden: 1.º, según la ley de las Doce Tablas; 2.º, según el derecho pretoriano; 3.º, según las constituciones imperiales anteriores á Justiniano; y 4.º, según las de este último.

Herederos suyos según la ley de las Doce Tablas:

II. Sui autem heredes existimantur, ut supra diximus, qui in potestate morientis fuerint: veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum quæ super his positæ sunt tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Necnon eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, ex ea liberos sustulerit; postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit et filios vel filias habuerit, non solum eos liberos qui post dotem editi sunt, justos et in potestate patris esse, sed etiam anteriores qui et eis qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse; sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus quo

2. Son herederos suyos, como ya hemos dicho, aquellos que, á la muerte del difunto, se hallaban bajo su potestad, como el hijo, la hija, el nieto ó la nieta habidos de un hijo; el biznieto ó la biznieta habidos de un nieto, que él mismo habia sido de un hijo: poco importa que los descendientes sean naturales ó adoptivos. Entre ellos deben tambien contarse los que no proceden de justas nupcias, pero que por su dacion á las curias de las ciudades, según el tenor de las constituciones imperiales, adquieren los derechos de herederos suyos, como tambien aquellos á quienes se refieren las constituciones por las cuales hemos ordenado que si alguno, habiendo vivido con alguna mujer, sin intencion al principio de casarse con ella, pero que sin embargo fuese tal, que pudiese aquél tomarla por mujer, y si habiendo tenido hijo, ocurriéndosele despues la intencion de casarse; extiende con la misma las actas nupciales, y tenga hijos ó hijas, no sólo tendrá como hijos legitimos bajo su poder paterno á los nacidos despues de la constitucion de la dote, sino tambien á los anteriores, que han proporcionado á los segundos ó posteriores la ocasion de su legitimidad. Lo que debe tener lugar aún cuando no hubiese nacido ningun hijo despues de la formacion del acta dotal, ó que los nacidos despues hu-

quis moreretur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

biesen todos fallecido ántes. Sin embargo, los nietos ó nietas, biznietos ó biznietas, sólo se hallan en el número de los herederos en el caso de que la persona que los preceda haya dejado de estar bajo la potestad del ascendiente, ya por haber muerto, ya por cualquiera otra causa, como, por ejemplo, por emancipacion. Porque si á la muerte de un ciudadano se halla todavía su hijo bajo su potestad, el nieto habido de este hijo no puede ser herederó suyo, y así sucesivamente respecto de los demas descendientes. Los póstumos que hubiesen nacido en vida del ascendiente, habrian nacido bajo su potestad, y son igualmente herederos suyos.

La inteligencia de este párrafo debe ser clara para nosotros, según lo que hemos dicho ántes acerca de la patria potestad (t. I, página 95), acerca de los herederos suyos (t. I, p. 618) y acerca de los póstumos (t. I, p. 169 y 542). Así, pues, que el poder paterno provenga de justas nupcias, de adopción ó de legitimación, por oblación á la curia ó por subsecuente matrimonio, poco importa; los hijos sometidos á dicho poder en el momento del fallecimiento y los primeros en el orden, son herederos suyos del difunto.

III. Sui autem etiam heredes ignorantes fiunt, et licet furiosi sint heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis adquiritur, ex his causis et furiosis adquiri potest, et statim a morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure.

3. Los herederos suyos se hacen herederos aún sin saberlo, y aunque sean locos, porque todas las causas que nos hacen adquirir sin saberlo, hacen tambien adquirir á los locos, y porque, muerto el padre, hay en algun modo inmediata continuacion del dominio. De donde se deduce que no son necesarios ni á los pupilos la autorizacion del tutor, ni al loco el consentimiento del curador para la adquisicion de la herencia, que se verifica sin saberlo y de pleno derecho.

Ya nos es conocida esta regla (t. I, p. 618 y siguiente). Es preciso aplicar aquí todo lo que ya hemos dicho acerca de la inmixtion y abstencion de los herederos suyos.

IV. Interdum autem, licet in potestate mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris. Jus enim postliminii hoc facit.

Sabemos que los derechos del cautivo se hallaban simplemente en suspenso, pero no rotos, y que por efecto del *postliminium*, terminándose la suspensión, quedaban los derechos restablecidos en su integridad (t. 1, p. 154).

V. Per contrarium autem evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit *perduellionis reus*, ac per hoc *memoria ejus damnata fuerit*. Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit; sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere.

Perduellionis reus. Aquí se trata del crimen de alta traición contra el Estado ó el príncipe (1).

Memoria ejus damnata fuerit. La acusación de alta traición, dice Teófilo bajo este párrafo, se diferencia de los demás procedimientos criminales en que todos se extinguen por la muerte del criminal, mientras que la acusación de alta traición se ejerce hasta contra los muertos. Esta reflexión nos suministra la ilustración de nuestro párrafo. En efecto, cuando un ciudadano era condenado á la deportación ó á la esclavitud de la pena y sufría de esta manera la media ó la grande disminución de cabeza, este hecho no abría su sucesión en beneficio de sus herederos, sino que todos sus bienes eran confiscados y trasladados al fisco (2). En cualquier otro crimen que no fuese el de alta traición podía suceder una de dos cosas: ó el acusado moría ántes de la condenación, y entónces los procedimientos

(1) Dig. 48. 4. 11. f. Ulp.

(2) Cod. 9. 49. 2. 4 y 6.

4. A veces el hijo, aunque no se hallase bajo la potestad del padre en el momento de su muerte, se hace, sin embargo, heredero suyo; como, por ejemplo, el que vuelve de poder del enemigo después de la muerte del padre, porque tal es el efecto del postliminio.

5. Por el contrario, puede acontecer que un hijo, aunque estuviese en la familia á la muerte del padre, no llegue á ser, sin embargo, heredero suyo; por ejemplo, si el padre, después de su muerte, ha sido juzgado culpable de delito de alta traición y su memoria condenada por este crimen. En efecto, no puede haber heredero suyo, pues el fisco le ha sucedido. Sin embargo, puede decirse que de derecho hay un heredero suyo, pero que deja de serlo.

quedaban sin efecto, moría en la integridad de sus derechos (1), su sucesión se abría y sus herederos la recogían; ó la sentencia era pronunciada en vida suya, y entónces ántes de su muerte, por efecto de dicha sentencia, quedaba disuelta su familia y se extinguían su patria potestad y todos sus demás derechos; no había ya, respecto de él, sucesión, sino confiscación de sus bienes. Si, por el contrario, se trataba del crimen de alta traición, podía suceder que el culpable muriese ántes de ningún procedimiento. En este caso, en el momento de su muerte se hallaban todavía en el ejercicio de todos sus derechos; sus hijos se hallaban en aquel momento bajo su poder, en su familia, *in familia defuncti mortis tempore*, como dice el texto; su sucesión se abría, sus herederos suyos ú otros eran llamados, y sin embargo, ocurriendo después la acusación de alta traición y siendo condenada su memoria, la sentencia producía un efecto retroactivo, llevando consigo la confiscación de sus bienes, sucediendo que sus hijos, aunque estuviesen todavía bajo su potestad y en su familia en el momento de su muerte, no eran sus herederos suyos; ó mejor dicho, lo habían sido según el derecho; pero dejaban de serlo por consecuencia de la sentencia pronunciada contra la memoria del difunto (*ipso jure suum heredem esse, sed desinere*).

VI. Cum filius filii, et ex altero filio nepos neptisve extant, pariter ad hereditatem avi vocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione, et si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesque, item pronepotes et proneptes in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi: ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item, si ex duobus filiis nepotes neptesve extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres

6. Cuando existe un hijo ó una hija, con un nieto ó una nieta habidos de otro hijo, son llamados juntamente á la herencia del abuelo, y el más próximo en grado no excluye al más distante. La equidad aconseja, en efecto, que los nietos y las nietas sucedan en el lugar de su padre. Por la misma razón, si existen un nieto ó una nieta habidos de un hijo, con un biznieto ó una biznieta habidos de un nieto, son llamados conjuntamente. Una vez admitido que los nietos, nietas, biznietos y biznietas sucedan en lugar de su padre, ha parecido consiguiente que la herencia se divida no por cabezas, sino por estirpes; así el hijo tendrá la mitad de la herencia, y los descendientes de otro hijo, sean dos

(1) Dig. 48. 4. 11.

aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia.

ó más, tendrán la otra mitad. De la misma manera si no quedan más que nietos ó nietas habidos de dos hijos, como, por ejemplo, uno ó dos por una parte y tres ó cuatro por otra, aquéllos, sean uno ó dos, tendrán la mitad; y éstos, sean tres ó cuatro, la otra mitad.

Non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi. La distincion es entre la particion por cabezās, y la particion por estirpes ó troncos. La primera tiene lugar si no hay más que herederos suyos en primer grado, hijos ó hijas sin distincion, con tal que todos se hallen bajo la potestad del difunto. Se hacen tantas partes iguales como cabezas, es decir, herederos; y cada cabeza, es decir, cada heredero, tomaba la suya.

La particion por troncos ó estirpes tiene lugar si entre los hijos que corresponden al primer grado hay algunos que hayan muerto ántes de abrirse la sucesion *ab intestato*, dejando hijos en la familia. En este caso tomarán estos hijos para todos ellos, y partirán entre sí, la parte que su padre habria tomado si hubiese vivido. Aquí no se hacen, pues, tantas partes iguales como cabezas hay de herederos, sino que cada hijo en primer grado es considerado en la familia como un tronco de donde proceden nuevas ramas: se hacen tantas partes iguales como troncos, y cada parte se adjudica en cada tronco ó estirpe, ya al jefe si todavía existe, ya á las ramas que ha dejado, si ha muerto ántes de abrirse la sucesion.

La particion por estirpe tiene igualmente lugar, ya queden á un tiempo hijos ó hijas en primer grado y descendientes de otros hijos muertos ántes, ya que los hijos y las hijas en primer grado hayan todos muerto, y no queden más que los descendientes de los hijos. Desde el momento que se llega en la sucesion á estos descendientes, es decir, á las ramas de uno ó muchos troncos, es absolutamente necesario que la particion su haga por troncos ó estirpes.

Observemos que el texto, siempre que habla aquí de los nietos ó nietas, biznietos ó biznietas, etc., llamados como herederos suyos á la particion por estirpe, expresa siempre que descenden de varon: *ex altero filio; ex nepote; ex duobus filiis*. En efecto, sabemos que las mujeres que se hallan en la familia son en ella herederos suyos, pero no sus hijos, que no entran en la familia materna.

VII. Cum autem quæritur an qui suus heres existere possit, eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituito testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit et extraneus heres institutus; et filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias, solus invenitur nepos: et hoc certum est.

7. La época que debe considerarse para saber si alguno puede ser heredero suyo es aquella en que ha llegado á ser cierto que el difunto ha muerto sin testamento; lo que comprende el caso de que su testamento haya sido abandonado. Así, habiendo un abuelo dejado á su hijo desheredado y á un extraño instituido, y habiendo muerto el hijo, si con posterioridad de esta muerte llega á ser cosa cierta que, ya por no admision, ya por imposibilidad, deja el instituido de ser heredero en virtud del testamento, será el nieto heredero del abuelo, porque al tiempo en que se hace cierto que el jefe de familia habia muerto intestado, sólo existe el nieto, y esto no admite ninguna duda.

Hemos establecido la aplicacion de este principio general poco há (p. 2), relativamente á la época en que deben considerarse la capacidad y el grado de los herederos *abintestato*. En el ejemplo citado en el texto no era el nieto el heredero más próximo en el día del fallecimiento, porque en este tiempo era precedido por su padre; pero como la sucesion *abintestato* no se ha abierto sino con posterioridad, cuando el testamento que existia se ha hecho inútil por la falta del instituido, y como en esta segunda época el nieto, habiendo perdido á su padre, ha quedado el primero en grado, es el heredero suyo.

VIII. Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo deserteque postea avi testamento, suus heres avo non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit. Sic nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sint quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum

8. Y aunque haya nacido despues de la muerte del abuelo, con tal que haya sido concebido en vida suya, el nieto, por la muerte de su padre, y por el abandono posterior del testamento del abuelo, se hace heredero suyo. Bien entendido que, si no ha sido concebido hasta despues de la muerte del abuelo, el fallecimiento de su padre y el abandono posterior del testamento no lo hacen heredero suyo; porque no ha estado ligado con ningun vínculo de parentesco con

possessionem petere possunt quasi proximi cognati.

Hæc de suis heredibus.

el padre de su padre. Así es que tampoco se cuenta entre los hijos del abuelo á aquel á quien un hijo hubiese adoptado despues de haber sido emancipado. No siendo contados estos descendientes como hijos en cuanto á la herencia, no pueden tampoco solicitar la posesion de los bienes como cognados más próximos.

Esto en cuanto á los herederos suyos.

Segun el principio enunciado más arriba (p. 2), es preciso, para tener derechos á una herencia, haber sido por lo ménos concebido ántes de la muerte del difunto.

Sic nec ille est inter liberos avi. Esto viene á ser aquí una especie de comparacion. Es evidente que la adopcion que hace despues de su emancipacion el hijo emancipado, no forma ningun vínculo de filiacion con el padre emancipador; habiendo salido de la familia de su padre el hijo emancipado, los hijos que con posterioridad adopta son extraños al padre, tanto natural cuanto civilmente.

Neque bonorum possessionem. Así los individuos de la familia que no habian todavia nacido ni sido concebidos en el dia de la muerte del difunto, no tenian á su sucesion *abintestato* ninguna especie de derecho, ni civil ni pretoriano.

Hæc de suis heredibus. Aquí se suspende la enumeracion de los herederos suyos y de las reglas á ellos relativas, segun la ley de las Doce Tablas. En este sistema no se tiene ninguna consideracion con el vínculo natural de la sangre, sino sólo con el vínculo civil que resulta de la patria potestad. Los hijos descendientes del difunto, que no se hallasen bajo su potestad en el dia de su muerte, no tienen ningun derecho á su sucesion *abintestato*. Esto comprende tres clases de hijos: 1.º, los emancipados; 2.º, los hijos dados en adopcion; 3.º, los descendientes por las hijas. En estas tres clases de hijos han recaido las modificaciones sucesivamente introducidas en el rigor del derecho civil; por manera que progresivamente todos estos hijos, aunque colocados fuera de la familia y de la patria potestad, aparecen llamados, en su categoría de filiacion, á la sucesion *abintestato* de su ascendiente, en concurso con los verdaderos herederos suyos, sin ser ellos herederos suyos.

El derecho pretoriano fué el primero que principiò esta re-

forma para los hijos emancipados y para los dados en adopcion.

Hijos llamados en clase de herederos suyos por el derecho pretoriano.

IX. *Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent: neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem Duodecim Tabularum vocantur. Sed prætor, naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem UNDE LIBERI, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque, duobus liberis extantibus, emancipato et qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est, solus suus heres. Sed, cum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit at suus heres pro parte heres fiat.*

9. Los hijos emancipados, segun el derecho civil, no tienen ningun derecho: no son, en efecto, ni herederos suyos, pues han salido de la patria potestad, ni llamados con ningun otro título por la ley de las Doce Tablas. Mas el pretor, movido de equidad natural, les da la posesion de los bienes UNDE LIBERI, como si hubiesen estado bajo la potestad del ascendiente al tiempo de su muerte, y esto, ya sean solos, ó ya concurren con herederos suyos. Así, si existen dos hijos, el uno emancipado, y el otro sometido al difunto en el dia de su muerte, este último ciertamente es el solo heredero por el derecho civil, es decir, solo heredero suyo. Mas como el emancipado es admitido por el beneficio del pretor á tomar parte, resulta de aquí que el heredero suyo no es ya heredero sino en parte.

Ya hemos explicado (t. 1, p. 549) cómo el pretor, teniendo en consideracion el vínculo natural, llamó á la herencia *abintestato*, en concurso con los herederos suyos, los hijos emancipados; de donde nacia para el padre emancipador que hacía un testamento, la obligacion de desheredarlos. Sólo nos resta ya dar aquí algunos por menores.

Emancipati autem liberi. Lo que se aplica no sólo á los hijos que han sido personalmente emancipados, sino tambien á su posteridad. Así los hijos que el hijo emancipado ha tenido despues de su emancipacion, son, en caso de muerte anterior á su padre, llamados en su lugar por el pretor á la sucesion del abuelo emancipador en la clase de los herederos suyos (1). Del mismo modo, los hijos del hijo emancipado que hubiesen ya nacido ántes de la emancipacion, y que,

(1) Dig. 37. 4. 3. pr. f. Ulp.