

res esse desierit, liberi ejus..... in locum suorum sui heredes succedunt» (1).

Exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Es decir, dice Teófilo, los descendientes varones nominalmente y las mujeres *inter ceteros*, con tal que se les deje algun legado, como sucede respecto de los póstumos. Algunos de los comentadores interpretan estas palabras *exheredationis modus*, en el sentido de que la ley JUNIA VELEYA indicaba la manera de hacer esta desheredacion, *condicionalmente*, como Aquilo Galo lo habia indicado respecto de los póstumos.

Se han designado con el nombre de *cuasi póstumos veleyanos* los hijos á quienes se referia la ley Veleya. La agnacion de un heredero suyo despues de la formacion del testamento podia sobrevenir de otras muchas maneras, ademas del nacimiento; por ejemplo, si segun el antiguo derecho una mujer, *uxor*, caia despues del testamento en mano del testador (*in manu*); si su hijo, que habia dado en mancipacion, llegaba á ser manumitido por primera ó segunda vez, y volvía de esta manera bajo su patria potestad, ó bien, si el hijo cautivo que se hallaba en poder del enemigo, volvía; si por muerte del abuelo, quedando el hijo como jefe de familia, los hijos de éste se hacian herederos suyos; ó en fin, si el testador adoptaba alguno con posterioridad al testamento. En estos diversos casos, la posterior agnacion rompía el testamento, á ménos de haberse hecho ántes institucion ó desheredacion. Sin embargo, en muchos de estos casos la desheredacion anticipada no hubiera podido tener lugar, áun despues de la ley Junia Veleya: tales eran los dos primeros, y el de la adopcion en tiempo de Justiniano todavía, como veremos en adelante.

III. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, *quia non sunt sui heredes*. Sed prætor omnes tan feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredare jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros. Quod si neque heredes instituti fuerint, ne-

3. En cuanto á los hijos emancipados, el derecho civil no impone ninguna necesidad, ni de instituirlos ni de desheredarlos, porque no son *herederos suyos*. Pero el pretor ordena que todos, sin distincion de sexo, si no son instituidos, sean desheredados; los varones nominalmente, y las hembras *inter ceteros*; y si no han sido ni instituidos ni

que ita, ut diximus, exheredati, permittit eis prætor *contra tabulas testamenti bonorum possessionem*.

desheredados, como acabamos de decir, el pretor les concede la *posesion de los bienes contra tabulas*.

Quia non sunt sui heredes. En efecto, estando la cualidad de heredero suyo esencialmente unida á la existencia en la familia bajo la potestad del jefe, el hijo que habia salido de ella por emancipacion, ó de cualquier otro modo, no era heredero suyo, ni tampoco podia, segun el principio que hemos establecido, haber lugar para él á la desheredacion. Pero veremos en el título de las sucesiones *ab intestato* que el pretor, teniendo sólo en consideracion el vínculo natural, y no el vínculo de familia, restableció en la clase de los herederos suyos, é hizo concurrir con estos herederos á todos los hijos ó descendientes colocados en la primera línea del difunto, aunque hubiesen dejado de estar en la familia, dándoles, no la herencia civil, sino un derecho hereditario pretoriano, una posesion de bienes, la que se llamaba *unde liberi*, y por la cual los hijos eran llamados á la primera categoría de los herederos *ab intestato*.

Desde entónces nació para el padre que hacía su testamento la necesidad de instituir á sus hijos ó desheredarlos, es decir, de separarlos de la especie de herencia pretoriana á que eran llamados.

Contra tabulas testamenti bonorum possessionem. Si los hijos son omitidos, su omision no constituye, segun el derecho civil, ninguna nulidad en el testamento, pues segun el mismo derecho civil, no son herederos. Así, el testamento en principio es válido, y el pretor reconoce su existencia. Pero para hacer respetar el derecho de posesion de los bienes *ab intestato* que habia atribuido á los hijos, les concede, contra las tablas de este testamento, una nueva posesion de bienes (*contra tabulas testamenti bonorum possessionem*), por la cual harán considerar este acto como no sucedido, llegarán á la herencia como si aquél no existiese. Esta posesion, desde el momento que hubiese habido algun hijo omitido, podia ser solicitada, áun por aquellos que hubiesen sido instituidos.

En esta total rescision del testamento por la posesion de los bienes *contra tabulas* no habia establecido el pretor ninguna diferencia entre los hijos omitidos del sexo masculino y los del sexo femenino. Por manera que en este caso, y por esta posesion de bienes, las mujeres omitidas tenian más ventaja de las que tenian, segun el derecho civil, las que eran realmente *sui heredes*; pues por la

(1) D. 28. 2. 29. §§ 13 y 14. frag. de Scæv.

posesion de los bienes *contra tabulas* echaban á un lado todo el testamento, miéntras que por el derecho civil sólo tenían el derecho de acrecer en una parte determinada. « Por esto muy recientemente, nos dice Gayo, significó el emperador Antonino en su rescripto, que las mujeres no obtendrian por la posesion de los bienes nada más de lo que hubiesen obtenido por el derecho de acrecer » (1). Esto mismo es lo que nos decia ya Teófilo.

IV. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque herede, instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero a patre adoptivo, neque jure civili neque quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit ut, ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit. Cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt in ea causa esse in qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent.

Podemos deducir de lo que dejamos dicho acerca de la adopción, que segun el derecho civil el hijo dado en adopción no era heredero suyo de su padre natural, pues habia salido de su poder; por lo tanto, no habia de parte de éste ni obligación ni aun posibilidad de desheredarle. Pero habiendo vuelto á ser hijo de familia, y por consiguiente el heredero suyo del padre adoptivo, éste era quien debia instituirlo ó desheredarlo, como á otro cualquier hijo sometido á su potestad.

La adopción se destruía, y el hijo se separaba de la familia adoptiva por la emancipación; entonces este hijo, segun el derecho civil, no tenía ya derechos en ninguna familia; ni en la familia natural, pues habia salido de ella por efecto de la adopción, ni en la

(1) Gay. 2. §§ 125 y 126.

familia adoptiva, pues se habia separado de ella por la emancipación. Pero el pretor habia venido en su auxilio. Con relacion al derecho natural, éste le habia dado la posesion de los bienes *unde liberi*, en el número de los hijos, no en la sucesion del padre adoptivo, del cual ya no dependia por ningun vínculo, sino en la de su padre natural, si alguna vez vivia aún este último en el momento de la emancipación; de lo que resultaba para éste, cuando hacía testamento, la obligación de instituir ó de desheredar á este hijo; porque en caso de omision el pretor habria dado la posesion de bienes *contra tabulas*, respecto de él lo mismo que respecto de los simples emancipados.

V. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio nihil inter masculos et feminas in hoc jure interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturæ officio fungitur, et lege antiqua Duodecim Tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et prætores postea secuti esse videntur; ideo simplex ac similis jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentiis per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam postumis, introduxit: ut omnes, sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituatur, vel nominatim exheredentur et *eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda* et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios *certam induximus divisionem* quæ in nostra constitutione quam super adoptivis tulimus, continetur.

5. Tal era la antigua legislación. Pero por lo que á nos toca, considerando que no hay que hacer, en cuanto á este derecho, ninguna distinción de sexo, pues que el hombre y la mujer concurren igualmente, segun su naturaleza, á la procreación de la especie humana, y que por otra parte, la antigua ley de las Doce Tablas los llamaba igualmente á la sucesion. *ab intestato*, cosa que los pretores han hecho despues del mismo modo, hemos por nuestra constitucion introducido una legislación sencilla y uniforme, tanto para los hijos cuanto para las hijas y demas descendientes de varon, ya nacidos, ya póstumos, ordenando que todos, tanto suyos cuanto emancipados, sean instituidos herederos ó desheredados naturalmente, y que á falta de esto su omision en cuanto á la invalidación del testamento y á la revocación de la herencia produzca el mismo efecto que la de los hijos herederos suyos emancipados, ora se trate de hijos ya nacidos, ora de hijos solamente concebidos y que nazcan despues. En cuanto á los hijos adoptivos, hemos establecido entre ellos *una division*, que se expone en nuestra precedente constitucion acerca de las adopciones.

Eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda. Sin embargo, con la diferencia que existe en la naturaleza misma de las cosas, que en el caso de omision de los hijos existentes, y teniendo derecho de herencia en el momento mismo

de la formacion del testamento, es nulo desde el principio; mientras que en el caso de omision de los póstumos, ó de los que están en el caso de éstos, el testamento, válido al principio, se rompe únicamente por su agnacion ó cuasi-agnacion. Así en ambos casos el efecto es el mismo, en el sentido de que la invalidacion del testamento es total, cualquiera que sea el hijo omitido; pero en el primero hay nulidad desde el principio, y en el segundo, el subsecuente rompimiento.

Certam induvimus divisionem. Se trata de la distincion entre los dos casos de adopcion: 1.º, aquel en que un hijo se da en adopcion á un extraño (*extraneo*); se entiende por extraño cualquiera que no es ascendiente; 2.º, aquel en que se da á un ascendiente. Sabemos que en el primer caso el adoptado queda siempre bajo la potestad, y por lo tanto, heredero suyo de su padre natural; éste, pues, está obligado á instituir ó á desheredar.

En cuanto al padre adoptivo, sabemos que el hijo no adquiere nada sobre su herencia, sino derechos *ab intestato* en el caso en que no haya testamento; pero si hay uno, puede haber sido omitido impunemente. El padre adoptivo no está obligado ni á instituirlo ni á desheredarlo. El Derecho antiguo está, pues, confundido.

Pero en el segundo caso, esto es, cuando se trata de la adopcion por un ascendiente, el derecho se mantiene como estaba, y es preciso entónces aplicar lo que se ha dicho de los hijos adoptivos en el párrafo precedente.

En resúmen, segun el nuevo derecho de Justiniano, las diferencias que existian entre el hijo por una parte, y las hijas y nietas por otra, y respecto de los póstumos, entre los del sexo masculino y los del sexo femenino, fueron suprimidas, tanto relativamente al modo, como relativamente á los efectos de la desheredacion.

Relativamente al modo: la desheredacion debe hacerse nominalmente, ora se trate de un hijo, ora de una hija, ora de un nieto, de un póstumo del sexo masculino ó del femenino. Teniendo en cuenta que es preciso entender la desheredacion nominal de los póstumos en el sentido que hemos explicado.

Relativamente á los efectos, la omision supone siempre la entera nulidad del testamento: la de las hijas ó nietas, lo mismo que la del hijo; la de los póstumos del sexo femenino, lo mismo que la de los póstumos masculinos. Y téngase entendido con esta diferen-

cia, que en el último caso el testamento no es nulo desde el principio, sino que sólo se rompe por el nacimiento del póstumo.

El derecho pretoriano, en lo tocante á los hijos emancipados, se halla confirmado. Justiniano, en los derechos de herencia de los hijos, por consiguiente, en la necesidad de su desheredacion, sólo atiende al vínculo natural, y no al vínculo de potestad.

En cuanto á los hijos adoptivos, Justiniano introdujo un nuevo derecho, que hemos expuesto en el título de la adopcion.

VI. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, et liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed præterierit, non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere constitutionibus principum cautum est.

6. Si en un testamento hecho en una expedicion, un militar no ha desheredado nominalmente á sus hijos, ya nacidos ó ya póstumos, sino que los ha pasado en silencio, no ignorando que tiene hijos, su silencio, segun los términos de las constituciones imperiales, equivaldrá á una desheredacion nominal.

El testamento militar no está, propiamente hablando, dispensado de las reglas relativas á la desheredacion de los hijos, sino solamente de las formas de esta desheredacion. Así, el militar no está obligado á declarar su intencion, nominal ni aún expresamente, hasta que resulte el acto, ya se trate de los hijos nacidos, ó ya de los póstumos. «*Et si ignoraverit prægnantem uxorem..... hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nasceretur exheredem esse.*» Puede tambien resultar de sólo su silencio, si está probado que sabía con certeza la existencia de los hijos ó la del embarazo de su mujer. Esto es, pues, como en todo lo que se refiere á los testamentos militares, un asunto de intencion (1).

VII. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare; sed possunt eos omittre. Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascendentium, tantum facit quantum exheredatio patris. Nec enim matri filium filianave, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare

7. La madre y el abuelo materno no están obligados á instituir ó á desheredar á sus hijos, pero pueden pasarlos en silencio; porque el silencio de la madre ó del abuelo y de otros ascendientes maternos produce el mismo efecto que la desheredacion del padre. En efecto, ya se aplique el derecho civil, ó bien el edicto por el cual el pretor concede á los hijos omitidos la posesion de los bienes *contra tabulas*, no resulta de esto ninguna necesidad respecto

(1) D. 29. 1. 7. f. Ulp.—33. § 2. f. Tertul.—36. § 2. f. Paul.

necesse est; sive de jure civili quæramus, sive de edicto prætoris quo præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem permittit: *sed aliis eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

de la madre, de desheredar á su hijo ó á su hija, ni respecto del abuelo materno á su nieto ó á su nieta que no han querido instituir. Pero se ha proporcionado á estos hijos otro recurso, que expondremos en breve.

El mismo origen del derecho de desheredacion, fundado en la existencia de una copropiedad de familia y en la cualidad de heredero suyo, debió hacer este derecho del todo extraño á cuanto se referia á las sucesiones de la madre y de los ascendientes maternos, en las que los hijos no tenían ninguna copropiedad de familia; y no se extendió á estas sucesiones, ni por la interpretacion, ni por el derecho pretoriano, ni por el derecho imperial, aunque los hijos hubiesen obtenido gradualmente diferentes derechos de herencia *ab intestato*.

Aliud adminiculum. Este recurso es el que se halla expuesto más adelante, en el título XVIII, y que se da á los hijos contra los testamentos en los que han sido desheredados injustamente por los ascendientes paternos, ó injustamente omitidos por la madre ó por los ascendientes maternos.

TITULUS XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

TÍTULO XIV.

DE LA INSTITUCION DE HEREDEROS.

Después de haber hablado de las formas del testamento, del testador y de las personas desheredadas, llegamos á lo relativo á los herederos, y primero á su institucion.

Tenemos que examinar en esta materia: 1.º, qué cosa es la institucion, y cómo debe hacerse; 2.º, quiénes son los que pueden ser instituidos; 3.º, cómo puede dividirse la herencia entre ellos; 4.º, cuáles son los modos y las condiciones que el testador puede ó no imponer á la institucion. Tal es el orden de los párrafos de este título.

1.º *Qué cosa es la institucion, y cómo debe hacerse.*

La institucion es la designacion de aquel ó de aquellos que el testador quiere aceptar como herederos. Esto era lo que la ley de las Doce Tablas y el lenguaje del derecho primitivo entendian bajo la expresion general *legare*, esto es, *legem testamenti dicere*; pero

en lo sucesivo la palabra *legare* tomó un significado más limitado, y sólo las palabras *heredem instituere*, *heredem scribere*, ú otras parecidas, designaron la eleccion del heredero. La institucion de heredero es como la cabeza y el fundamento de todo el testamento (*veluti caput atque fundamentum totius testamenti*); sólo de ella saca el testamento su existencia y su fuerza (*testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*). En efecto, es preciso que haya un continuador de la persona jurídica ántes que sea posible ordenarle alguna cosa. La institucion distingue el testamento de todos los demas actos de la última voluntad: desde que hay dicha institucion el acto es testamento, y debe hallarse revestido de todas las formas que se requieren. Si no hay institucion, el acto no es testamento. Todas las demas disposiciones de la última voluntad son cosas accesorias á la institucion de heredero, porque son leyes á éste impuestas. Y si dicha institucion deja de existir, de tal modo que, ya por negarse á aceptarla, ya por cualquiera otra causa, no haya ningun heredero en virtud del testamento, todas las demas disposiciones en éste contenidas dejan igualmente de existir.

Así, segun el Derecho romano, la institucion de heredero debia colocarse á la cabeza del testamento (*caput testamenti*); las demas disposiciones, como legados, manumisiones ú otras, colocadas ántes de la institucion de heredero, se consideraban como no puestas. No se habia admitido excepcion sino en el caso de desheredacion, que naturalmente podia preceder á la institucion de heredero, á fin, si puede decirse así, de abrirle el paso (1), y por una benigna interpretacion de las tutelas. Esta necesidad, resultado inevitable de la naturaleza misma de las cosas en el testamento primitivo, hecho en los comicios ó por la mancipacion, no parece más que una sutileza que Justiniano derogó: con tal que la institucion de heredero se halle en el testamento, poco importa por lo demas el lugar que ocupe (2).

La institucion de heredero no podia hacerse en otro tiempo sino en términos solemnes, en términos imperativos, concebidos en el estilo de la ley (*legis modo*; *legare*, segun las Doce Tablas): «*Ante omnia requirendum est, dice Gayo, an institutio heredis solemniter facta sit*»; y añade que la institucion solemne es la siguien-

(1) D. 28. 5. 1. pr. f. Ulp.

(2) Gay. 2. 229.—Inst. 2. 20. 34.