

endientes; hermanos ó hermanas en su clase de herencia *ab intestato*.

No podemos determinar positivamente en qué época y por qué grados se introdujo esta teoría; pero véase cuál fué la generacion probable de este derecho. Si los hijos, ascendientes, hermanos ó hermanas, herederos futuros *ab intestato* del difunto, hubiesen sido instituidos por él en su testamento en una porcion cualquiera, por pequeña que fuese, no habia ya respecto de ellos omision ni desheredacion: en esta situacion, ¿debía ó no el testamento ser anulado como inoficioso? Ó bien si el difunto, sin instituir por herederos á estas personas, les hubiese, sin embargo, dejado una parte de sus bienes por legado, donacion ó de otro modo, ¿debía el testamento ser tambien considerado como inoficioso? ¿No podia suceder que en interes de su hijo, como, por ejemplo, para evitar los cargos y responsabilidad que lleva consigo la calidad de heredero, le hubiese el padre dejado una porcion de sus bienes á título de legado ó donacion más bien que á título de institucion? Siendo esto así, ¿qué porcion de bienes sería preciso que el testador hubiese dejado, ya por institucion, ya por legado ó por otro modo á sus hijos, ascendientes ó hermanos y hermanas, futuros herederos *ab intestato*, para que el testamento pudiese no ser considerado como inoficioso? Sobre todas estas cuestiones es preciso observar que al principio no debía haber en esto ninguna regla formal. La accion por causa de inoficiosa no era una accion de derecho estricto por un vicio absoluto y caracterizado. El testamento sólo era anulado como contrario á los deberes del parentesco y por denotar en sus disposiciones una voluntad irreflexiva y contraria á la razon. A los centumvros tocaba apreciarla bajo este aspecto y segun las circunstancias: á ellos tocaba tambien juzgar si la liberalidad del testador, respecto de los que se consideraban agraviados, no era suficiente para llenar los deberes del parentesco y satisfacer al afecto que éste inspira; no habia, pues, ninguna parte terminantemente fija, pero en los últimos años de la república, en 714, fué expedido, bajo el nombre de ley Falcidia (LEX FALCIDIA), un plebiscito, del que en breve trataremos (véase título XXII), y segun el cual se dispuso que ningun heredero instituido por testamento pudiese nunca ser gravado con legados ni fideicomisos en más de los tres cuartos de su parte hereditaria; de tal modo, que siempre le quedase libre un cuarto por lo ménos. Ya que la

ley Falcidia contuviese expresamente, respecto de la herencia *ab intestato*, una disposicion análoga en favor de los herederos por consanguinidad, á quienes se hallaba expedita la accion de inoficiosa, ya que en este punto sólo hubiese una extension dada á la ley Falcidia, el hecho es que se atribuyó á estos herederos por consanguinidad el mismo derecho que á los herederos instituidos; y que bajo pena de hacer anular el testamento por inoficioso, debieron tener siempre en los bienes del difunto, á ménos de haber justas causas de desheredacion ó de completa omision, el cuarto de la parte hereditaria que les hubiese tocado *ab intestato*. Tal es el origen de esta parte, que una constitucion de Teodosio y de Valentiniano, inserta en el Código Teodosiano, llama la Falcidia (*solum eis Falcidiam debita successionis relinquunt*) (1); que una novela de Majoriano llama tambien á la cantidad de la ley Falcidia (*sola Falcidia quantitas*) (2); y que otros textos llaman tambien porcion debida por la ley (*portio legibus debita*); porcion legítima (*portio legitima*) (3); de donde los comentadores han tomado la denominacion pura y simple de la *legítima* (4).

*Id quod eis deest usque ad quartam legitima partis repletur, licet non fuerit adjectum.* Al principio era indispensable que el testador diese él mismo el cuarto completo, ó que al ménos hubiese expresamente añadido á sus disposiciones que en caso de insuficiencia se completase dicho cuarto. En otro caso se daba la accion por causa de inoficiosa. Tal era el derecho en tiempo de Constantino, segun una constitucion suya, inserta en el Código Teodosiano (5); Justiniano fué el primero que estableció que aún en el caso de que el testador no hubiese añadido esta disposicion (*licet non fuerit adjectum*), el derecho del heredero por consanguinidad se limitaria á hacer completar el cuarto; así, por poco que el tes-

(1) Cod. Teodos. 16. 7. 28. — Este nombre de Falcidia se le da igualmente en una constitucion de Arcadio y Honorio, inserta en el Código de Justiniano: 9. 8. 5. § 3.

(2) *D. Majoriani A. legum novellarum*, tit. 8. *De sunctimonialibus et viduis et de successione earum*. 1. § 3.

(3) C. 3. 28. 28. 30 y 31.

(4) Cujacio habia sido conducido por el título probablemente alterado de una ley del Digesto (5. 2. 4. f. Gay.) á atribuir el origen de la porcion legítima á una cierta ley Glicia enteramente desconocida. Pero lo que acabamos de exponer, el nombre de Falcidia que se le da en las constituciones de los emperadores, y que encontramos en la *ley romana de los borgoñones*, 31 (30), y aún en los francos, como lo demuestra M. Savigny en su *Historia del Derecho romano en la Edad Media* (tit. 2. c. 9. § 41. vol. 1.º), y otras muchas autoridades; todo, en fin, nos prueba que la porcion legítima de los herederos por consanguinidad se deriva, si no textualmente, al ménos por extension, de la ley Falcidia.

(5) Cod. Teodos. 2. 19. 4.

tador hubiese dejado al heredero por consanguinidad, esto basta para que fuese excluida la accion de inoficiosidad y para que no quedase más que la accion por suplemento.

IV. Si tutor nomine pupilli cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

*Nomine suo.* La aceptacion que ha hecho de un legado dejado á su pupilo, no puede oponérsele como si fuese una ratificacion del testamento, porque en dicha aceptacion ha obrado, no en nombre suyo, sino sólo en su cualidad obligatoria de tutor, cumpliendo en esto, no un acto voluntario, sino un deber forzado. Nada le impedirá, pues, atacar en su propio nombre (*nomine suo*) al testamento como inoficioso. Otra cosa sucederia si el acto de aprobacion, áun indirecto, hubiese sido enteramente libre y voluntario por su parte, como, por ejemplo, si como abogado ó procurador se hubiese presentado á solicitar la entrega de un legado á nombre de un legatario (1).

V. Sed si, e contrario, pupilli nomine cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit et superatus est, tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

*Et superatus est.* Aquí el caso es contrario, pero el motivo de la decision es el mismo. Es preciso saber, para inteligencia de esta decision, que todo heredero que equivocadamente hubiese acusado al testamento de inoficioso, y que hubiese sido vencido en su demanda, perdía como indigno los legados ú otras disposiciones que en su favor contuviese el testamento; el fisco se aprovechaba de ellas (2). Pero no habiendo aquí obrado el tutor voluntariamente y en su propio nombre, no ha incurrido en la nota de indignidad.

(1) D. 5. 2. 32. f. Paul.

(2) D. 5. 28. § 14 f. Ulp.

4. Si un tutor ha aceptado, en nombre de un pupilo de quien administraba la tutela, un legado procedente del testamento de su propio padre, que nada absolutamente ha dejado á él mismo, no estará por eso ménos obligado, en su propio nombre, á acusar el testamento.

5. Y si, por el contrario, el tutor intenta, en nombre del pupilo á quien nada se ha dejado, la accion de inoficiosidad, y es vencido, no pierde el legado que le ha sido hecho en el mismo testamento.

VI. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario sive jure legati aut fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio; vel aliis modis qui constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est ut, sive unus fuerit sive plures quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, id est pro virili portione quarta.

6. Para que la accion del testamento inoficioso no pueda ejercitarse, es preciso que se tenga la cuarta, ya por derecho hereditario, por legado, fideicomiso ó donacion por causa de muerte, ya por donacion entre vivos, en los casos mencionados en nuestra constitucion, ó por todos los demas medios enumerados en las constituciones. Lo que hemos dicho de la cuarta debe entenderse de manera que, aunque haya una ó muchas personas con derecho contra el testamento inoficioso, se puede darles una sola cuarta para distribuirla entre sí proporcionalmente, es decir, para cada uno el cuarto de su porcion viril.

Este párrafo da lugar á examinar dos cuestiones, que por lo demas son esencialmente correlativas: 1.<sup>a</sup> ¿Cómo debe verificarse el cálculo para determinar la porcion legítima? 2.<sup>a</sup> ¿Con qué título, es decir, por qué especie de liberalidad debe dejarse esta porcion á los herederos por consanguinidad?

Para determinar la porcion legítima es preciso considerar el patrimonio del difunto tal como se hallaba en el momento de su muerte (1), haciendo deduccion de los gastos funerales, de las deudas y manumisiones (2); por lo demas, todas las cosas que forman el objeto de los legados y otras liberalidades testamentarias quedan en ella comprendidas, porque están todavía en el patrimonio en el momento de la muerte. Bajo este título se comprenden aún las donaciones por causa de muerte (3). Tomando el cuarto de la masa así formada, se determinará el valor de la porcion legítima.

Las donaciones entre vivos que el difunto ha podido hacer en vida no entran en la masa de su patrimonio para formar el cálculo de la porcion legítima, porque no se hallaban ya en el patrimonio del difunto en el momento de su muerte; á ménos que no fuesen tambien ellas impugnadas por causa de inoficiosidad, por haber menoscabado sin término los bienes del difunto con el objeto de eludir la querrela de inoficiosidad testamentaria; pues sabemos por

(1) Cod. 3. 28. 6.

(2) Paul. Sent. 3. 5. 6.—Dig. 5. 2. 8. § 9.

(3) C. 8. 57. 2.—Véase sobre todo esto los pormenores que darémos en el título 22, § 3, para el cálculo de la Falcidia: las reglas generales son las mismas, pues es una especie de Falcidia.

un título especial del Código y por los fragmentos del Vaticano recientemente descubiertos, que existía dicha acción contra las donaciones (1).

Pero si el heredero por consanguinidad hubiese recibido del testador ciertas muestras de liberalidad, ¿se las debía hacer entrar en la masa de su patrimonio para calcular la porción legítima, ó imputárselas como recibidas á cuenta de dicha porción? No había duda respecto de los legados, fideicomisos ó donaciones por causa de muerte: que estas dádivas se hubiesen hecho al heredero por consanguinidad ó á cualquiera otra persona, poco importaba; la regla general era que se consideraban en la masa del caudal para el cálculo de la porción legítima, pues formaban todavía parte del patrimonio en el momento de la muerte; y todo lo que se había dejado bajo este concepto al heredero por consanguinidad, se contaba para imputárselo á cuenta de la parte que debía corresponderle.

En cuanto á las donaciones entre vivos recibidas por el heredero por consanguinidad en vida del testador, había que hacer distinciones. Siendo la regla general que las donaciones entre vivos no entraban en la masa del caudal, esta regla debió tener lugar en las donaciones al heredero por consanguinidad, lo mismo que en las hechas á cualquiera otra persona. Únicamente por excepción había sido sometido al heredero por consanguinidad á hacerlas entrar en la masa del causal, y á que se contasen en su porción legítima, en ciertos casos que el texto se limita á indicar sumariamente.

*In iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio.* Á saber, en el caso en que la donación entre vivos le hubiese sido hecha bajo la expresa condición de que sería tomada en su legítima, la aceptación de semejante condición no podía privar al heredero de su derecho de reclamar; pero le obligaba á contar la donación como parte de su cuarta, y por consiguiente, á no reclamar más que el cumplimiento de ella (2); ó bien en el caso en que se tratase de lo que había sido donado entre vivos para la compra de un oficial ó de un grado militar (*ad militiam emendam*) (3).

(1) Vatican. Jur. Frag. §§ 270, 271, 280, 281, 282.—C. 3. 29.

(2) D. 5. 2. 25. pr. f. Ulp.—C. 3. 28. 35. § 2. const. de Justin.

(3) C. ib. 30. § 2. constit. de Justin.—Se ve por esta constitución que ciertos cargos militares se habían hecho ya venales por aquel tiempo.

*Vel aliis modis qui constitutionibus continentur.* Algunas ediciones ponen en el texto equivocadamente *nostris constitutionibus*, cuando no se trata ya aquí de la constitución de Justiniano, sino de las constituciones en general, como puede verse en la paráfrasis de Teófilo. Estos casos son los de la dote y de la donación por causa de nupcias, que entran en la masa del caudal para el cálculo de la porción legítima, y que se imputan por cuenta de dicha legítima (1).

Justiniano en sus novelas introdujo en estos diversos puntos importantes modificaciones. Aumentó la parte cuota de la porción legítima, que debía ser, no ya del cuarto solamente, sino de la mitad de la sucesión si los legitimarios eran más de cuatro, y en otro caso de la tercera parte. Este aumento tenía lugar tanto para los hijos cuanto para los ascendientes, hermanos ó hermanas, en beneficio de los cuales había sido introducida al principio la acción de inoficiosidad (2).

No era ya permitido omitir ni desheredar á los hijos ó descendientes, áun cuando se les hubiese dejado la porción legítima á título de donación, legado ó fideicomiso. Era preciso darles la cualidad de herederos, aunque no fuese más que para un objeto particular, salvo el completar lo que faltase á la porción legítima (3).

Segun el derecho civil, y áun segun el de las instituciones, el testamento anulado como inoficioso lo era en el todo, y todas sus disposiciones caían por tierra. Segun la misma novela de Justiniano, no se anulaba sino en lo que concernía á la institución de heredero; los legados, los fideicomisos, las manumisiones y los nombramientos de tutor subsistían y se llevaban á efecto (4).

La acción contra el testamento por causa de inoficiosidad se extingue en diferentes casos: 1.º, si el que se queja ha transigido con los herederos, porque el empeño de no impugnar el testamento como inoficioso hecho en vida del testador sería nulo; pero después de su muerte puede haber transacción (5); 2.º, si ha desistido de su acción (6); 3.º, si ha reconocido como bueno y válido el tes-

(1) C. 3. 38. 29. const. de Zenon; 30. § 2.—C. 6. 20. 20. pr.

(2) Novel. 18, cap. 1.º

(3) Novel. 115, cap. 3 y 4.

(4) Ib. *in fin.*

(5) D. 5. 2. 27.—Cod. 3. 28. 35. § 2.—Paul. Sent. 4. 5. 8.

(6) D. 5. 2. 8. § 1.

tamento (*agnovit iudicium testatoris*), ya directa, ya indirectamente; por ejemplo, recibiendo un legado, pidiendo la ejecución de una de sus disposiciones (1); 4.º, si ha dejado transcurrir el plazo que antiguamente se fijaba sólo en dos años (2), pero que andando el tiempo se extendió hasta cinco (3); al cabo de este tiempo, que no debe principiar á correr hasta el día de la adición (4), la acción del testamento inoficioso está prescrita, porque se juzga que por su silencio ha aprobado el testamento; 5.º, si muere sin haber intentado ni preparado la acción; pero si la había preparado, es decir, si había manifestado intención de proceder judicialmente y dado principio á sus disposiciones, el derecho de intentarla pasaria á sus herederos (5).

No sucede lo mismo con la acción que tiene por objeto el complemento de la porción legítima; no se extingue aquélla ni por el reconocimiento del testador, ni por la prescripción de dos ó de cinco años, ni por la muerte del legitimario (6).

## TITULUS XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei.

La diferencia entre estas tres clases de herederos consiste esencialmente en la manera de adquirir ó de poder repudiar la heren-

(1) Ib. 23. § 1; 31. §§ 2, 3 y 4.

(2) Cartas de Plinio, 5. 1.

(3) Hallamos la enunciación de este plazo en una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, inserta en el Código Teodosiano, 2. 19. 5; en una constitución anterior (año 259) de los emperadores Valeriano y Galieno, que se halla en el Código de Justiniano, 3. 28. 16; y en fin, dos fragmentos que hay en el Digesto, pueden hacer creer que el plazo, en tiempo de Ulpiano y Modestino, había ya llegado á cinco años, D. 5. 2. 8. § 17. f. Ulp.—9. f. Modest.

(4) C. 3. 28. 36. § 2. const. de Just. En esta constitución confirma Justiniano la opinión de Ulpiano y rechaza la de Modestino, que quería hacer correr el plazo desde el día de la muerte; Justiniano impone al mismo tiempo al heredero instituido la obligación de pronunciarse en este caso, acerca de la adición, en el plazo de seis meses ó un año, según que habite la misma provincia ú otra.

(5) D. 5. 2. 6 § 2.—Ib. 7.—C. 3. 28. 5.— En el caso particular de que acabamos de hablar en la nota anterior, si el legitimario moría antes de espirar el plazo impuesto al instituido para pronunciarse, transmitiría la acción á sus hijos, áun cuando no la hubiese todavía preparado; pero esta gracia no tenía lugar para otros herederos, sino para los hijos.

(6) C. 3. 28. 35. § 2.—Ib. 34. *in fin.*— Con equivocación se pretendería deducir de esta constitución, que la acción por suplemento podía también prescribir á los cinco años.

cia. Así el título actual trata de la adquisición y omisión de las herencias.

I. *Necessarius heres est servus heres institutus*: ideo sic appellatus quia, *sive velit sive nolit*, omnimodo *post mortem testatoris* protinus liber et *necessarius heres fit*. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent *servum suum primo vel secundo vel etiam ulteriore gradu heredem instituere*, ut si, *creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur*, vel *distrahantur vel inter eos dividantur*. Pro hoc tamen *incommodo illud ei commodum praestatur*, ut ea quæ *post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur*. Et *quamvis non sufficient bona defuncti creditoribus, tamen ex alia causa quas sibi res adquisivit, non veneunt*.

1. El heredero necesario es el *esclavo instituido heredero*: se le llama así porque, *quiera ó no*, de cualquier manera, *después de la muerte del testador*, se hace al punto libre y necesariamente heredero; por eso aquellos cuya solvencia es sospechosa, acostumbran instituir á su esclavo por heredero, en primero, en segundo y áun en último grado, á fin de que si no satisface á los acreedores, *sea bajo el nombre de este heredero y no bajo el del testador*, bajo el que tenga lugar la posesión, venta ó distribución de los bienes por los acreedores. En compensación de este perjuicio, *se le concede la ventaja* de que le sean reservados los bienes que adquiera con posterioridad á la muerte de su patrono, y á pesar de la insuficiencia de los bienes del difunto, no podrán vender los acreedores lo que haya adquirido por cualquiera otra causa.

*Servus heres institutus*. Bien entendido, cuando instituido por su propio señor deba quedar libre en virtud del testamento, y ser al mismo tiempo heredero: *si in eadem conditione manserit*, como hemos explicado ántes.

*Sive velit, sive nolit*. Por consiguiente, que este esclavo sea púbero, impúbero ó áun *infans*, en estado de razón ó imbecil, adquiere igualmente la herencia, pues la adquiere de pleno derecho y sin ningun acto de su voluntad.

*Post mortem testatoris*. La época en que se hace á un mismo tiempo libre y heredero necesario, es la de la muerte de su señor, si la herencia y la libertad se le han dado ambas pura y simplemente: y sólo la del cumplimiento de la condición, si ambas ó una de ellas, ora la libertad, ora la herencia, le han sido atribuidas únicamente bajo condición; porque la condición impuesta á una cualquiera de las dos, suspende igualmente á la otra (1).

*Potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris a creditoribus possideantur*: «Es decir, añade Gayo, á fin de que la ignominia

(1) D. 28. 5. 3 § 1. f. Ulp.—21. § 1. f. Pomp.—28. f. Jul.