

indivision, por largo tiempo que haya durado ; pero respecto de los que han poseído separadamente ciertas partes hereditarias, como por una particion de hecho, la accion *familiae eriscunda* para hacer que se verifique una particion de derecho, está prescrita por treinta años (1).

A estas acciones generales para todas las herencias, tanto legítimas como testamentarias, es preciso añadir las acciones especiales para el caso de herencia testamentaria, á saber : la accion contra el testamento inoficioso (*querela inofficiosi testamenti*), que es una especie particular de peticion de herencia *ab intestato* contra los que han sido inoficiosamente instituidos ; la accion en complemento de la legítima y la accion contra las donaciones inoficiosas (*querela inofficiosae donationis*), de las que hemos hablado suficientemente más arriba.

(1) D. 10. 2.—Cod. 3. 36 y 38.

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.

(DESDE EL TÍTULO X AL XIX.)

SUCESIONES POR UNIVERSALIDAD.—HERENCIAS TESTAMENTARIAS.

Las sucesiones por universalidad se verificaban, no sólo por los que morían, sino también en muchos casos por los que vivían. Estas últimas se suprimen en la legislación de las Institutas, y no quedan más que las primeras, esto es, las *herencias*.

La palabra *herencia* tiene dos sentidos : significa ó la sucesion á la universalidad de los bienes y derechos de una persona difunta, ó esta misma universalidad, el conjunto del patrimonio, llamado antiguamente *familia*.

Mientras que todavía no se ha adquirido la herencia, sostiene y continúa en sí misma la persona del difunto.

La herencia se defiere por testamento ó por la ley ; ésta sólo tiene lugar á falta de la otra ; se excluyen absolutamente de tal modo, que, por regla general, nadie puede quedar en parte testado y en parte intestado.

Forma de los testamentos.

Los antiguos romanos tuvieron dos formas de testamentos :— uno hecho en la paz y en el descanso, en el seno de los comicios especiales, llamados *calata comitia*, de lo que procedió para los testamentos el nombre de *testamentum calatis comitiis*; el otro, hecho en el momento de partir al combate, delante del ejército,

equipado y sobre las armas (*in procinctu*); á estas dos formas primitivas de testar se agregó otra tercera, el testamento *per aes et libram*, por medio del cual el patrimonio considerado como *res mancipi*, se vendía en masa por el testador, con las formalidades de la mancipación, á un comprador (*familiae emptor*), que al principio era el mismo futuro heredero, y que posteriormente fué un tercero, que intervenía por pura formalidad, *propter veteris juris imitationem*. Desde entonces el testamento *per aes et libram* se compuso de dos formalidades distintas: la mancipación de la herencia (*familiae mancipatio*) y la nuncupación del testamento (*nuncupatio testamenti*), ó declaración formal que hacía el testador de sus voluntades.

El derecho pretoriano suprimió la necesidad de la mancipación, pero exigió la imposición exterior de los sellos de siete testigos. Los emperadores añadieron á esta formalidad la de la *suscripción*, es decir, de la firma interior del testador y de los testigos. Y entonces, de la fusión del derecho civil con el derecho pretoriano y el derecho imperial nació la forma interior del testamento usada en tiempo de Justiniano, llamada por los comentadores *testamentum tripartitum*, porque deriva de un tercer origen; testamento que debe hacerse en un solo contexto con la asistencia de siete testigos especialmente convocados, su suscripción ó firma interior y la del testador, y, en fin, sus sellos.

Entre los testigos no pueden figurar las mujeres, los impúberos, los esclavos, los locos, los sordos, los mudos, los pródigos con interdicción, las personas declaradas improbas é indignas de testar, los individuos de la familia del testador ó del heredero, ni el mismo heredero, aunque podía serlo, según el derecho civil, en el testamento *per aes et libram*, en la época en que el *familiae emptor* sólo era un tercero que intervenía. — Pero los legatarios, los fideicomisarios y los individuos de su familia pueden ser testigos. — Por lo demás, las condiciones de capacidad se deben considerar en los testigos en el momento de la formación del testamento.

Nadie, generalmente hablando, puede tener más de un testamento; pero el mismo puede hacerse en muchos ejemplares originales.

No es indispensable que el testamento se haga por escrito. Si se ha hecho por una mera nuncupación verbal en presencia del número de testigos que se requiere, es válido.

Los militares han obtenido de las constituciones imperiales muchos privilegios importantes relativamente á sus testamentos, ya por su propia capacidad de testar, ya por la capacidad de aquellos á quienes quieren dejar sus bienes, ya por la forma del acto, ya por la extensión y la forma de sus disposiciones. — Tocante á la forma, la regla es que su voluntad, de cualquiera manera que se pruebe, con tal que lo sea, y que haya sido formal por su parte, basta para constituir válido un testamento. — Pero estos privilegios sólo existen, mientras son militares, en los campamentos y en las expediciones. Y aún después del licenciamiento, el testamento militar sólo conserva su validez por espacio de un año.

Hay también, además, algunos testamentos que están dispensados de las formas ordinarias, por efecto de ciertas circunstancias excepcionales.

Para testar es preciso tener la *facción de testamento*. Esta expresión en su origen significaba el poder de concurrir á la formación de un testamento, bien como testador, bien como *familiae emptor*, ó bien como testigo. Pero en el tiempo de Gayo y Ulpiano se modificó su sentido, y significaba dos cosas: 1.^a, la capacidad de hacer un testamento; 2.^a, la de recibir ó adquirir para sí ó para otro por el testamento de alguno.

La *facción de testamento* en la persona del testador se compone del derecho de tener un testamento y de la capacidad de ejercitar este derecho. Hay que considerar en esto dos épocas: las de la formación del testamento y de la muerte, y además el tiempo intermedio. La capacidad de ejercitar el derecho se exige en la primera época; pero el derecho en sí mismo se exige en las dos épocas, y aún en el tiempo intermedio, desde el testamento hasta la muerte sin interrupción, salvo las modificaciones introducidas por el derecho pretoriano en este rigor de los principios.

La *facción de testamento* no era de derecho privado, sino público; era preciso haberla recibido de la ley.

Los esclavos, los cautivos en poder del enemigo, los *peregrini*, aquellos cuyo estado era incierto y dudoso, los declarados *intestables*, y, finalmente, los hijos de familia, no la tenían. No obstante, respecto de los cautivos en poder del enemigo, el testamento hecho en el cautiverio era del todo nulo, cualquiera que fuese la cosa que sucediese; pero tocante al testamento hecho antes del cautiverio, era válido, ya en caso de regreso á la ciudad por efec-

to del *postliminium*, ya en caso de muerte en poder del enemigo, por efecto de la ley *Cornelia*. Respecto de los hijos de familia, les fué permitido testar, primero sobre su peculio castrense, y despues por su peculio quasi castrense.

Los impúberos, los locos, los pródigos con interdiccion, los sordos y los mudos, sin medios de manifestar su voluntad, estaban privados, no del derecho de tener un testamento, sino de la capacidad de hacerlo. Los ciegos sólo podian testamentar con las formalidades prescritas por el emperador Justiniano.

Desheredaciones.

A pesar de la latitud que el derecho primitivo dejaba al jefe de familia en la disposicion testamentaria de sus bienes, se vió precisado, tanto por la interpretacion como por la autoridad de los pretores y de los emperadores, á instituir ó á desheredar formalmente á aquellos que, estando bajo su potestad, debian ser herederos con arreglo á la ley.

La desheredacion se practicaba de dos maneras, ó nominalmente (*nominatim*): *Titius filius meus exheres esto*, ó colectivamente (*inter ceteros*): *ceteri exheredes sunt*. Por lo demas, para que pudiese haber lugar á desheredar á un ascendiente, era necesario absolutamente que fuese heredero suyo: porque para alejarlo de la herencia (*exheredare*) era preciso que fuese llamado á ella.

Segun el derecho civil, los hijos sometidos sin intermediario á la potestad del jefe, siendo para sí solos herederos suyos, sólo ellos debian ser desheredados; respecto de éstos, habia una diferencia entre los hijos varones en el primer grado, y las hijas, nietas ú otras. Los primeros debian ser desheredados nominalmente, y su omision anulaba el testamento desde su origen; las otras podian ser desheredadas en masa (*inter ceteros*), y en caso de omision sólo tenian derecho de presentarse en concurso para una determinada parte con los herederos instituidos.

Siendo los póstumos personas inciertas, no podian, conforme al derecho civil, ni ser instituidas ni desheredadas anticipadamente; su nacimiento, cuando eran herederos suyos, debia por precision romper el testamento anterior. Para prevenir este rompimiento permitió el uso al jefe de familia instituir ó desheredar á los póstumos suyos. Los varones debian ser desheredados nominalmente: es decir, por designacion especial de la clase de los póstumos va-

rones; respecto de las hembras, estaban comprendidas en la desheredacion colectiva, *ceteri exheredes sunt*, con tal que el testador hubiese indicado, al dejarles un legado, por pequeño que fuese, que las habia tenido presentes y las habia comprendido en esta desheredacion general.

La ley JUNIA VELEYA hizo extensivo este permiso á los hijos que podian nacer ántes de la muerte del testador, pero despues de la formacion del testamento; permitió tambien desheredar anticipadamente á los que, ya nacidos en el momento del testamento, pero habiendo sido precedidos en la familia por su padre, no eran herederos suyos en esta época, pero podian serlo en adelante, si su padre moria ó salia de la familia.—Los hijos á quienes se referia esta ley han sido llamados *cuasi-póstumos veleyanos*.

La omision de un póstumo ó de un cuasi-póstumo no anulaba el testamento desde su principio, pero se rompía al tiempo de su agnacion ó quasi-agnacion.

Habiendo llamado el derecho pretoriano á los hijos emancipados á la posesion de los bienes en la clase de herederos suyos, impuso la necesidad de instituirlos ó desheredarlos; de otra manera, les daba la posesion de los bienes contra las tablas del testamento.

Por lo que toca á los hijos adoptivos, mientras pertenecian á la familia adoptiva, el padre adoptivo sólo estaba obligado á instituirlos ó desheredarlos; pero si habian sido emancipados en vida de su padre natural por su padre adoptivo, aunque segun el derecho civil ninguno estaba ya obligado á instituirlos ó desheredarlos; el pretor, llamándolos á la posesion de los bienes en la sucesion del padre natural, imponia á éste la misma obligacion respecto de ellos, que respecto de los hijos que hubiese emancipado él mismo.

Justiniano suprimió toda diferencia entre los hijos por una parte y las hijas ó nietas por otra, y respecto de los póstumos, entre los del sexo masculino y los del femenino. La desheredacion debe hacerse nominalmente para todos sin distincion, y su mision produce la nulidad en el rompimiento entero del testamento.—Confirma el derecho pretoriano respecto de los hijos emancipados. Respecto de los hijos adoptivos, se remite al nuevo derecho que estableció para la adopcion, y segun este derecho, no destruye la patria potestad del padre natural y sólo da derechos *ab intestato* tocante á la sucesion del padre adoptivo, á ménos que la adopcion no haya sido hecha por un ascendiente.

Institucion de heredero.

La institucion de heredero es la designacion de aquel ó de aquellos que el testador quiere por herederos; es como la cabeza ó el fundamento de todo el testamento. El fundamento, porque si la institucion fenece, todas las demas disposiciones fenecen del mismo modo.—La cabeza, porque antiguamente debia por necesidad ser colocada á la cabeza del testamento; segun Justiniano, importó poco su lugar, con tal que lo tenga. Debia tambien hacerse en términos solemnes concebidos imperativamente en el estilo de la ley; Constantino II suprimió esta solemnidad de términos.

Pueden ser instituidos herederos aquellos que tienen faccion de testamento con el testador.—Entre las personas privadas, ya de esta faccion, ya del derecho de percibir en totalidad ó en parte, estaban los dediticios, los Latinos-Junianos, las mujeres, los célibes, las personas sin hijos, las personas inciertas, y por consiguierte, los póstumos, exceptuando los póstumos suyos; en tiempo de Justiniano no se trata ya de ninguna de estas incapacidades. Pero los *peregrini*, los deportados, los apóstatas y los herejes no pueden aún ser instituidos; y hay, ademas, algunas causas de incapacidad relativa, respecto de los hijos incestuosos del segundo cónyuge y de los hijos naturales.

Prescindiendo de estos diferentes casos, todos los romanos y sus esclavos por ellos tienen faccion de testamento.

En cuanto á los esclavos, se puede instituir á los suyos propios y á los de otro.—Respecto de los suyos propios, se necesitaba en otro tiempo, en sentir de ciertos juriconsultos, manumitirlos expresamente por el mismo testamento. Justiniano suprime esta controversia: la institucion supone de pleno derecho la manumision. Es preciso distinguir en ella si han quedado ó no en la misma situacion, es decir, en poder del testador; mientras permanecen en él, la validez de su institucion depende esencialmente de la manumision expresa ó tácita que va unida á ella; y llegando á morir el testador, se hacen á la vez, en virtud del testamento, libres y herederos necesarios. Pero si mudan de condicion, esto es, si son manumitidos ó enajenados en vida del testador, sucede en la época de su institucion como si se tratase de los esclavos de otro.—Respecto de éstos, puede instituírseles, si se tiene faccion con el dueño,

aún cuando pertenezcan á una herencia vacante, porque la herencia, mientras no es recogida, representa al difunto. La herencia no es adquirida de pleno derecho y por necesidad por los esclavos así instituidos; sólo lo es voluntariamente por la adiccion, y sólo en el momento de la adiccion por ellos mismos, si son libres en aquel tiempo; si no, por el dueño que tiene entónces, y por cuya orden se hace la adiccion; porque puesta la institucion en cabeza de un esclavo, le sigue de mano en mano y va unida al dominio hasta la adiccion. Si tiene muchos dueños, adquiere la herencia proporcionalmente para cada uno de aquellos por los que se hizo la adiccion.

Pueden instituirse uno ó muchos herederos; pero á uno solo ó á todos ellos es preciso que tengan la herencia, y que no tengan más que la herencia. Por lo tanto, si la distribucion de partes hecha por el testador no completa ó pasa de la herencia, estas partes deben ser proporcionalmente aumentadas ó reducidas.

Los romanos inventaron en este particular un sistema ingenioso, que consistia en dar á cada heredero, cualquiera que fuese su número, una cantidad cualquiera de partes á voluntad del testador: el valor de cada una de estas partes se determinaba despues por su número total; de manera que sumadas nunca llegaban ni á más ni á ménos que la herencia.—Sin embargo, un uso sacado del sistema numérico de entónces hacía verificar comunmente esta division en doce partes llamadas *onzas*; porque se consideraba la herencia como un *as*, es decir, como un entero cualquiera, que se trataba de pesar y distribuir por peso entre los herederos. Por lo demas, esto sólo era una costumbre, pero no una ley, y el testador era dueño siempre de dividir su herencia en tantas onzas cuantas queria.—Pero si habia dejado uno ó muchos herederos sin partes, entónces la costumbre se hacía regla; se creia necesariamente que habia seguido la division comun del *as* en doce onzas por simple peso; en veinte y cuatro onzas por doble peso (*dupondio*); en treinta y seis onzas por triple peso (*tripondio*), y así consecutivamente segun el número de partes ya indicadas por él; y el que ó los que estaban instituidos sin partes determinadas, tomaban todas las que quedaban para completar las doce, las veinticuatro ó las treinta y seis onzas de que debia componerse la herencia.

La institucion puede hacerse pura y simplemente ó bajo condicion; no puede hacerse desde un término fijo ni hasta un término fijo; pero puede hacerse desde un término incierto, porque en los