

## §. CCXIII. Contenido del testamento.

La institución de heredero debía inscribirse testualmente en el testamento, y no encontrarse en él de una manera implícita (1). No se podía instituir á una persona incierta (*incerta persona*, palabras cuya inversion era admitida) ni á una villa municipal (*municipium*) ni á un templo (*Deus*). No se podía instituir tampoco á un individuo que no habia nacido aun sino en el caso de que este, despues de su nacimiento, habria estado bajo la patria potestad del testador si este hubiera sobrevivido (2); pero por lo demás importaba poco que estuviese ó no concebido en la época del testamento. Ignoramos hasta qué punto la LEY VOCONIA (§. CLXIX) declaraba sin valor un testamento en que el testador habia violado una de las disposiciones prescritas por esta ley, por ejemplo, la que prohibia instituir á una mujer. El testador, pero solamente cuando era varon, debía tener en cuenta ciertas personas sometidas á su poder ó á su *manus*, á fin de que su testamento no fuese desde su origen, ó llegase á ser con el tiempo nulo radicalmente. Su conducta en semejante caso variaba 1.º segun el sexo de estas personas y despues segun el grado del parentesco, al menos jurídico; es decir, por ejemplo, que en esta circunstancia se distinguia el hijo no solamente de la hija, sino aun del nieto del testador. Solo habia obligacion de desheredar nominalmente al hijo á quien no se instituia (3). Bastaban las espresiones siguientes para desheredar á los demás: *CETERI EXHEREDES SUNTO*, lo cual se espresa tambien diciendo que podian ser desheredados *inter ceteros*; era preciso solamente en el caso de nacer despues de la muerte del testador una hija (*postuma*) ó un nieto (*nepos postumus*) que la naturaleza de los legados indicase que el testador habia pensado en la una ó el otro; la hija ó el nieto en caso contrario se contaban en el número de los herederos instituidos (*scrip-*

*tis heredibus aderescunt*). Muchas veces la nulidad (*nullum*) ó rotura (*ruptum*) de un testamento producía la *bonorum possessio* á otros distintos de aquellos á cuyo favor habia dispuesto el testador. Es preciso abstenerse de creer que el exámen de si el testamento es justo (*justum*), es decir, si es conforme á la ley, es exactamente lo mismo que decidir si cuando todas las formalidades prescritas por el derecho civil se han observado en este acto, pueden no obstante los centunviro anular las disposiciones fundándose en que el testador, cualquiera que sea su sexo, no debió disponer en conciencia del modo que lo hizo: esto se apreciaba segun los grados de parentesco del testador y la persona en que no habia pensado, comparados con los que tenia con la preferida. El resultado del exámen y comparacion podia ser que la voluntad del testador no habia sido efecto de reflexiones maduras. Esta doctrina, llamada del testamento inoficioso (*inofficiosum testamentum*) empezó á introducirse ya en el curso del período segundo (4); pero no se determinaron con mas precision los principios relativos á ella, sino en un período mas cercano á nosotros. Es muy notable que Ulpiano no diga de ella una palabra; tampoco se la encuentra en las Pandectas en el artículo del testamento, sino en el de la petición de herencia (5).

(1) ULP. 21. *Heres institui recte potest his verbis. TITUS HERES ESTO, TITUS HERES SIT, TITIUM HEREDEM ESSE JUBEÓ. Illa autem institutio, heredem instituo, HEREDEM FACIO, plerisque improbata est.*

(2) ULP. 22, 19. *Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possimus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascuntur, ex jure civili...*

(3) El caso de que habla Ciceron (*de Orat.* 1, 38), en que se suscitaba una disputa en este particular, podia presentarse tambien con motivo de un hijo emancipado.

(4) Ciceron (*in Ferr.* 1, 42) se sirve ya de este término, y parece que esta doctrina es anterior al derecho Pretoriano.

(5) DIG. 5, 2. *De inofficioso testamento.* Se habla de esto en las Instituciones (2, 18) despues de la doctrina sobre la invalidacion del testamento; pero ni Gayo ni Ulpiano tratan de ella en el mismo lugar.

## §. CCXIV. Diferencia entre los herederos.

Un esclavo era instituido algunas veces por su amo, cuando las deudas de este eran mayores que su fortuna; esta institucion podia hacerse con un doble fin ó para que el esclavo llegase á poseer los bienes del testador y no fuesen ocupados por sus acreedores, lo que se reputaba como ignominioso para su memoria; ó para asegurar la ejecucion de algunas de sus últimas disposiciones, como por ejemplo las relativas á la tutela, etc.: el esclavo, en este caso, debe ser heredero siempre y necesariamente (*heres necessarius*). No sucede lo mismo al que está sometido á la patria potestad del finado, ó en su mano (*suus heres*), pues tiene el derecho de abstenerse de la sucesion (1). La facultad de opcion que se deja á disposicion de cualquiera otro heredero está determinada de un modo mas preciso aun por esta circunstancia, que el difunto le ha dado el derecho de declarar verbalmente en un lapso de tiempo si trataba de ser heredero (*cernere, cretio*: poco mas ó menos como *certum* y como *decernere*). La fórmula consagrada era: QUOD Ó CUM ID, ó mas probablemente QUANDO ME..... HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE (2). Este lapso de tiempo se contaba, ya seguidamente ó desde la apertura del testamento (*certorum dierum*, ó *continua cretio*), ya á contar desde el momento en que se instruía el heredero del legado hecho á su favor; y desde entonces estaba en la posibilidad de cumplir la formalidad exigida. Es lo que Gayo llama *vulgaris cretio*, porque era en efecto el modo mas ordinario. A falta de esta declaracion ya perdía el heredero su cualidad, ya veía que se le unía un coheredero que podia presentarse siempre que el testamento no excluía formalmente al primero en este caso, sino establecía simplemente que tal otro vendría entonces á ocupar su puesto (*imperfecta cretio*) (3). Se observó durante algun tiempo esta formalidad de un modo tan riguroso, que el

que administraba la sucesion en cualidad de heredero (*pro hærede*), sin haber aceptado, perdía el derecho de hacerlo, aunque estuviese aun dentro del plazo (4). Es preciso sin embargo que haya habido además, respecto á la aceptacion, alguna doctrina particular, cuyo conocimiento no ha llegado hasta nosotros (5). En efecto, ¿por qué cayó completamente en desuso esta costumbre en el curso del período cuarto, y mucho antes que la introduccion del beneficio de inventario lo hiciese hasta cierto punto inútil? ¿Por qué la aceptacion exigía absolutamente que el heredero no fuese infante (*infans*), aun cuando quisiera hacerla por medio de un esclavo? Finalmente, ¿la aceptacion estaba unida á esta otra doctrina segun la cual un esclavo podia dejar de entrar en la sucesion, aunque se lo ordenase su dueño (6)? Ignoramos asimismo qué relacion podia tener la aceptacion con el derecho de deliberar (*jus deliberandi*) que la justicia concedía ahora al heredero, cuando los acreedores se daban á conocer y se mezclaban en los negocios de la sucesion (7). Segun Gayo, el plazo de mas de cien dias que se concedía en este caso, podia ser abrogado por el Pretor.

Ademas de la *sustitucion vulgar* (*vulgaris substitutio*), que tenia muchas veces tambien alguna relacion con la aceptacion, se conocía y empleaba ya en esta época la *sustitucion pupilar* (*pupillaris substitutio*, palabras cuya inversion no se admite), pero nada determinaba aun de un modo muy particular cómo esta sustitucion llevaba consigo accesoriamente la fortuna misma del padre testador (8).

(1) ULP. 22, 24.... *Jure prætorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur.*

(2) Ulpiano (22, 28) dice que esto era todo lo que formaba parte de la aceptacion. La costumbre, que guarda muy poca relacion con la época de que hablamos, y que Cujas admite conforme á un pasaje de Ciceron (*de Off.* 3, 19), ha sido desechada ya con razon por Schulting (*ad. ULP. loc. cit.*)

(3) Ulpiano no conocía la expresion contraria á esta palabra, es decir, el término técnico de *perfecta cretio*.

(4) GAJ. p. 99, línea 8.

(5) En efecto, ¿por qué los testadores romanos se darian tanta molestia para determinar la época en que debía declararse el heredero, cuando se ve que este uso deja de existir en lo sucesivo, y que no es tampoco regla entre nosotros, aunque no sean hoy mas raros los testamentos que en Roma? Es tambien difícil determinar si la *libera cretio*, que se encuentra en Ciceron (*ad Attic.* 13, 46), es sinónima de *imperfecta cretio* ó de *vulgaris cretio*. Encontramos en el mismo autor *cretio simplex* (*ibid.*, 11, 12. *In fine*).

(6) *Fr.* 65, *pr. D.* 36, 1 y *c.* 3. *C.* 6, 24.

(7) *DIG.* 28, 8. *De jure deliberandi*. En el *fr.* 23, 5, 1 y 2. *D.* 28, 5, se trata de un Edicto del Pretor, que fijaba el tiempo antes del cual debía haberse presentado el heredero.

(8) Los jurisconsultos no estaban de acuerdo sobre la cuestion de saber si la sustitucion pupilar (*pupillaris substitutio*) podia ocurrir igualmente cuando el testador no habia tenido hijos, y por consiguiente, podia no ser mas que una sustitucion vulgar (*vulgaris substitutio*). *Cic. de Or.* 1, 39 y 57. *Brut. c.* 52.

*INST.* 2, 16. *De pupillari substitutione*. *DIG.* 28, 6. *De vulgari et pupillari substitutione*.

### §. CCXV. Anulacion de un testamento.

Los casos en que un testamento, válido en su origen, perdía despues toda su fuerza, se clasifican por Ulpiano bajo dos titulos principales, designados por las expresiones técnicas de *ruptum* y de *irritum*. Un testamento se rompía (*ruptum*), ya por otro posterior en fecha, ya por uno de los modos numerosos segun los que podia sobrevenir al testador un heredero suyo en que no habia pensado. Estos modos eran el nacimiento, la adopcion, la *in manum conventio*, la sustitucion á otro heredero suyo que venia antes que él, y la manumision del hijo despues de su primera y segunda venta (§. LXXVI, nota 2) (1). Era nulo (*irritum*), ya por la capitis disminucion del testador, ya porque no hubiese ningun heredero para recojer la herencia. Por lo demas, los jurisconsultos hacen advertir ya que un testamento invalidado de este modo segun el derecho civil, puede ser bastante, sin embargo, para producir la posesion de bienes conforme al testamento (*secundum tabulas bonorum possessio*) (2).

(1) Se hubiera podido mencionar tambien el derecho de *postliminium*.

(2) *ULP.* 23, 1, 4.

### §. CCXVI. Especies de legados.

Se llaman *legados* las disposiciones inscritas en el testamento á continuacion de la dacion de la herencia (*hereditas ex testamento*), porque descansan sobre esta, y vienen despues de ella (1). Son de muchas especies; así se distinguen: 1.º los que producen por sí mismos á favor del legatario la propiedad romana (*ex jure Quiritium*), siempre que esta resida en el testador en la época en que escribe el testamento, y no solamente en la de su muerte. Tal es, al menos, el principio consignado por la *Catoniana regula*. No se exceptuaban mas que los objetos determinados solamente por su peso, número y medida; bastaba entonces que hubiese tenido el testador la propiedad romana en el momento de su muerte. Esta clase se llamaba *per vindicationem*, ó *vindicationis legatum*, y á ella se refiere la expresion general, DO, LEGO; 2.º los legados que no dan al legatario mas que una obligacion, pero tan eficaz como si hubiera intervenido un juicio sobre el particular; esta clase se llama *per damnationem*; 3.º aquellos en cuya virtud deben los herederos dejar que el legatario tome alguna cosa; esta clase se llamaba *sinendi modo*; 4.º finalmente, los legados que dan á uno de los herederos el derecho de tomar alguna cosa antes de entrar á partir con los otros; se designa esta clase bajo el nombre de *per præceptionem*. La diferencia reconocida que habia entre las dos primeras especies de legados, determinaba igualmente la de los derechos que habia de ejercer cada heredero cuando un mismo objeto se legaba á muchas personas simultáneamente, y de ella resultaba que en este caso, ó todos los legatarios, ó uno solo de ellos, recibian el valor del legado. Era posible tambien que el testador, instituyendo á muchos legatarios, los hubiese nom-

brado los unos á continuacion de los otros, sin decir formalmente que la cosa debia pertenecer á uno solo de ellos; era lo que se designaba con la expresion *si duobus eadem res conjunctim legata est*; ó bien, segun la que se encuentra en las Pandectas, el caso en que los legatarios son *re et verbis conjuncti*. En este caso era constante que la cosa no habia sido dada muchas veces, aunque muchos legatarios hubiesen adquirido derechos iguales respecto á ella, y fuera preciso que la dividiesen entre sí. Pero si llegaba á faltar uno de ellos, se distinguia lo que habia de ser de su parte, segun las diferentes especies de legados. Recaia en los otros legatarios en el legado *per vindicationem*, mientras que volvia al heredero en el legado *per damnationem*, de modo que en esta última hipótesis no estaba obligado el heredero á pagar el legado íntegramente. No sucedia lo mismo cuando todo el objeto habia sido legado al legatario, sin que el testador, al hablar de uno, hubiera hecho mencion del otro; esto era lo que se llamaba hacer los legados *disjunctim*, ó, segun otra expresion, era el caso en que los legatarios estaban solamente *re conjuncti*. Cuando el legado era *per damnationem*, cada uno de los legatarios recibia el objeto legado todo entero, aunque uno de ellos hubiese recibido ya uno semejante: *singulis in solidum debetur*, decian los jurisconsultos romanos, lo que no debe entenderse siempre como idéntico al caso en que habia solidaridad (*plures rei*). No sabemos precisamente si en el mismo caso era aplicable una decision semejante al legado *per vindicationem*, porque en este lugar del manuscrito de Ulpiano falta una línea al fin de una de las páginas, y ademas este jurisconsulto, al tratar separadamente de las diversas especies de legados, no habla de los casos en que los legatarios son llamados solamente *verbis conjuncti*, es decir, aquellos á cada uno de los cuales correspondia una porcion de la cosa legada en comun. La diferencia de los legados servia igualmente de base cuando se trataba de decidir si pertenecia la elec-

cion de la especie (*species*) entre diferentes cosas legadas al heredero ó al legatario cuando el testador no habia determinado la opcion (*optio legata*) (2). No es fácil concebir qué importancia particular podia tener la eleccion de un esclavo entre muchos.

(1) ULP. 24, 15. *Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam et potest testamenti ab heredis institutione incipit*. Ulpiano no dice lo que sucedia cuando un legado estaba inscrito entre dos instituciones de herederos, aunque habla de las manumisiones intercaladas entre dos disposiciones de esta última naturaleza (1, 21). A esto se refiere probablemente el pasaje de Paulo (3, 6, 5. 3. A.), que por otra parte se liga perfectamente con los párrafos anteriores. Véase sobre este punto, como tambien sobre la doctrina de los legados dejados á muchas personas y la del legado penal (*pænæ nomine legare*), las *Observationes juris Romani* del profesor M. Göschen (Berlin, 1812, in 8.º)

(2) Así es como se interpreta ordinariamente el *servi optio*, de que se habla en el fr. 77. D. 50, 17.

#### §. CCXVII. Otros puntos de la doctrina de los legados.

Segun la *Catoniana regula*, de que he hablado ya, pero que Ulpiano no cita, es necesario que se hayan cumplido desde un principio todas las formalidades exigidas para la validez de un legado, por la razon de que, cualquiera modificacion ó mejora subsiguiente que haya podido hacerse en las circunstancias que le conciernen, es imposible que haga desaparecer los vicios originales de este legado.

Solamente el heredero puede ser gravado con un legado, y en cuanto el testador haya hecho de ello una condicion formal, es posible que no esté obligado á pagarlo hasta el momento de su muerte. No es lícito imponer una obligacion semejante á sucesores mas lejanos que los inmediatos, es decir, que no es posible gravar con él al heredero de su heredero. Es muy dudoso que la doctrina del legado penal (*pænæ causa legare*) subsistiese aun en esta época. No se puede legar á una persona indeterminada, pero una falsa designacion ó una falsa causa no perjudican á la validez del legado. No se puede tampoco imponer la obligacion de un legado á un legatario. Un lé-

gado puede comprender tambien la dacion de una porcion alcuota de la sucesion, lo que se llama *partitio*, y entonces es preciso cuidar por medio de estipulaciones particulares hechas entre el legatario y el heredero (*per partes et pro parte stipulationes*), que este no pueda recojer ó no esté obligado á pagar mas allá de su derecho, porque en efecto, los deudores y los acreedores de la sucesion no están precisados á reconocer este legatario parcial (*legatarius partiaris*) (1), y no tienen ninguna relacion con él. A su muerte, pasa á sus herederos el legado hecho en su favor. La LEY FURIA y la LEY VOCONIA (§. CLXIX) no fijaban mas que el importe del legado, y es de presumir que eran muy mal observadas. El que llega á hacer anular un testamento, á fin de adquirir y conservar la herencia por otro concepto, está obligado á pagar los legados hechos en este testamento (2). Se ven ya muchos fideicomisos, en que está obligado á *restituere* (*restituere*) una cosa, pero no *volverla*, porque *restituere* no significa *entregar* como tampoco la palabra *reddere* en la expresion *litteras reddere*. Los codicilos no son tampoco raros; sin embargo, ni los fideicomisos ni los codicilos son considerados aun como actos legales, es decir, que hagan nacer una accion en provecho de aquel á quien son concernientes.

(1) Ulpiano completa (25, 5) lo que habia dejado imperfecto mas arriba (24, 25).

(2) Dig. 29, 4. *Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.*

#### §. CCXVIII. LEGITIMA HEREDITAS.

La herencia legitima (*legitima hereditas*) no ha sufrido ningun cambio, sino es que se hace distincion entre los agnados, segun que son los mas próximos parientes del difunto, es decir, en segundo grado (*consanguinei*) (1), ó mas lejanos (*agnati* solamente). Solo respecto á los primeros deja de atenderse al sexo de los herederos, porque entre los

segundos están escluidas las mujeres; lo que parece que es una consecuencia de la LEY VOCONIA (§. CLXIX, nota 1). Parece que la gentilidad, ó al menos lo que se llamaba aun asi, era ya una cosa muy rara en esta época, pues el derecho de sucesion del patrono y de sus hijos sobre los libertos, fuese el patrono Patricio ó Plebeyo, habia caido enteramente en desuso. Ignoramos á qué especie de patronato puede asemejarse el derecho llamado *applicatio*, de que no conocemos mas que un ejemplo (2).

(1) El uso de este nombre de *consanguinei* me parece muy conveniente por que, como segun la opinion comun, se debe una porcion de sangre al padre y otra á la madre, es imposible encontrar dos personas cuya sangre sea mas idéntica que dos hijos de un mismo matrimonio; este es el caso mas ordinario de los *consanguinei*, aunque no se encuentran en él siempre (*Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 246).

(2) Cic. de Or., 1, 39.

#### §. CCXIX. BONORUM POSSESSIO.

GAJI, *Instit.* pág. 130, 135; pero muchos pasajes no se pueden leer.

ULP. 28. *De possessionibus dandis.* 29. *De bonis libertorum.*

INST. 3, 9 (10). *De bonorum possessionibus.*

DIG. 37 y 38.

II. La posesion de bienes (*bonorum possessio*) sigue tambien los principios de la division fundamental, establecida sobre la existencia ó inexistencia de un testamento. Sin embargo, es posible que, en el caso de la posesion de bienes y en algunos de la herencia (*hereditas*) (§. CCXIII), ciertas personas que gozan del derecho de *ab intestato* sean preferidas al testamento. Resultan pues de ahí tres clases de *Possessio bonorum*, cuyo orden respectivo no es arbitrario; á saber: 1.º *Contra tabulas*, llamada tambien *contra lignum*, *contra nuncupationem*, *contra voluntatem*; 2.º *Secundum tabulas* ó tambien *juxta* y *adversus tabulas*, siempre que el copista del manuscrito de Ulpiano que

poseemos no haya omitido una línea; 3.º en fin, *Intestato* (1). Cada una de estas especies comprende otras muchas, á saber: 1.º las que habia ya en el antiguo derecho, respecto á las cuales se establecia el principio de que la *bonorum possessio* se habia introducido *confirmandi juris civilis gratia*, y por consiguiente tambien que el Pretor viene en ayuda del derecho civil (*adjuvat*) (2), segun la expresion empleada por Papiniano (véase antes §. CLXXVIII, nota 5); 2.º aquellas de que no se trataba aun en el antiguo derecho respecto á las cuales se juzgaba que se habia introducido la *bonorum possessio emendandi ó impurgandi juris civilis gratia* (3). Es probable que la posesion de bienes no se concediera desde luego en caso semejante, mas que en virtud de una demanda formada y discutida (*causa cognita*), y que con el tiempo acabára por ser establecida de una manera formal en el Edicto, de modo que es el caso en que el Pretor suple y corrige el Derecho civil (*supplet et corrigit*).

(1) Heineccio trata en el §. 719 de sus Instituciones de la *bonorum possessio secundum tabulas*, y en el §. 720 de la *contra tabulas*. Pero Hœpfer ha rectificado en algunos puntos lo que dice sobre la materia.

(2) Heineccio en sus antigüedades (3, 10, §. 2) define la *bonorum possessio*, una *hæreditas, personis quibusdam, jure civili inhabilibus, edicto arbitrioque Prætoris delata*. M. de Lœhr, por el contrario, hace derivar toda *bonorum possessio* del principio que el heredero debia tener la posesion (*Magazin fuer Rechtswissenschaft*, es decir, *Almacen para la jurisprudencia*, tom. III, cuadernos 2 y 3).

(3) Son las expresiones empleadas en las Instituciones, donde parece que se aplican ambas á la vez al caso en que un póstumo que no fuese hijo del testador (*alienus posthumus*) estuviese instituido. Teófilo, al hablar de este caso, dice por el contrario que el Pretor *rectifica* (*διορθοῦται*) el derecho civil, es decir, *le contradice* (*εναγτιδῆται*), por ejemplo, cuando se trata del patrono que no debe ser olvidado en el testamento de su liberto. Pero la palabra *supplere*, que he citado en el §. 178, nota 5, conviene asimismo á otros casos diferentes, en que la posesion de bienes causaba un daño, pero no como pretende falsamente Kock, ni al tesoro público (*ærarium*), pues que este no tenia derecho aun sobre los bienes vacantes dejados por un difunto (*bona vacantia*), ni á los *gentiles*, porque estos en su cualidad de herederos legítimos eran preferidos al que no habia sido instituido mas que por el Pretor: solo causaba algun daño á los que pretendian poder arrogarse una sucesion sin tener el título de herederos. Finalmente, el derecho civil, durante el periodo de que hablamos, podia subsistir como estaba sin sufrir ninguna modificacion, tanto mejor, cuanto que la doctrina de la *bonorum possessio* empezaba á desenvolverse.

### §. CCXX. Los ingenuos ó los libertos.

La necesidad de tener en cuenta al patrono en la sucesion de un liberto, hace la doctrina de la *bonorum possessio* mucho mas complicada de lo que seria sin esta circunstancia, tanto mas, cuanto que el Edicto y por consiguiente tambien las Pandectas, tratan de los trabajos de los libertos (*opera libertorum*) en esta ocasion. Se la puede simplificar sin embargo, adoptando la marcha seguida por Ulpiano, y hasta cierto punto tambien por las Instituciones, es decir, tratando primero de la *bonorum possessio* en general, y despues de los bienes de los libertos (*bona libertorum*). Sin embargo, esta division no es de una necesidad absoluta.

### §. CCXXI. A. BONORUM POSSESSIO *sin patronato*.

#### 1.º CONTRA TABULAS.

DIG. 37, 4. *De bonorum possessione contra Tabulas*. 5. *De legatis præstandis contra Tabulas bonorum possessione petita*. 6. *De collatione*. 7. *De dotis collatione*.

La *bonorum possessio* es del modo siguiente, no teniendo en consideracion el patrono. Se ofrece (*contra tabulas*) es decir, que existe y puede ser demandada en provecho de todos los hijos *preteridos* (*præteritis liberis*); en esta clase se comprenden todos los que están sometidos á la patria potestad, ó colocados *in manus*, cuando no son instituidos ni desheredados (1) de un modo regular, y principalmente cuando no lo han sido por el grado en que están (*ab eo gradu*) (2). Asi, notamos en esta categoría los hijos ó nietos, cuando son consanguíneos, cuando están sometidos á la patria potestad y por consiguiente son herederos suyos, finalmente, cuando han sido emancipados. Encontramos en ella igualmente la mujer y la cu-

ñada, casadas con *in manum conventio*. Pero en vano buscaríamos á los hijos dados en adopción, ó que han pasado á una familia estraña por arrogación ó por *in manum conventio* y se encuentran aun en ella (se exceptúa un solo caso). En cuanto á los hijos instituidos ó por mejor decir, en cuanto á las personas libres instituidas herederas, y que están aun bajo la patria potestad ó en la mano del testador en la época de su muerte, así como las que han salido de ella por una simple emancipación, no pueden obtener en su nombre esta *bonorum possessio*, sino á nombre de otro (*commisso per alium edicto*). Pero entonces el hijo que pertenece á otra familia en virtud de una adopción (*in adoptiva familia est*) la obtiene también cuando su padre natural le ha instituido heredero, y es probable que suceda lo mismo respecto á la hija que está en una familia estraña en virtud de una *in manum conventio*, aunque por motivos, fáciles de prever, no se haya hecho mención de esta circunstancia en el *Corpus juris*. La *bonorum possessio* es mas ventajosa también que el testamento á los instituidos, porque no están obligados á pagar mas que los legados hechos á ciertas personas solamente (§. CLXIX, nota 2, *exceptæ personæ*, sin duda también *conjunctæ*). Entre las comprendidas en esta clase exceptuada, se colocan la mujer y la cuñada, pero ignoramos si se las comprendía en ella también cuando no estaban *in manus*. Sin embargo, si el testamento es nulo, se consideran como no hechos todos los legados. El hijo emancipado que obtiene la especie de *bonorum possessio* de que hablamos, está obligado á dar parte de los bienes que recibe á sus hermanos sometidos aun á la patria potestad; pero no á los emancipados como él, es decir, que está obligado á renunciar á favor de los primeros á todos los beneficios que resultan de su emancipación (3). Es inútil añadir aquí que la posesión de bienes no puede ocurrir naturalmente mas que cuando el difunto es del sexo masculino.

(1) Aquellos juriscultos que solo tienen nociones limitadas sobre la *bonorum possessio*, atienden particularmente á la que se concede á los individuos desheredados, y de que se habla en el *fr. 6. s. 2*; así en los *fr. 7 y 8 pr. D. s. 2*, y que se llama en este último lugar *litis ordinandæ gratiâ*: sin embargo, no es una especie particular, no puede ser mas que una *ab intestato bonorum possessio*, y además no se dice acerca de ella una sola palabra en los fragmentos de Ulpiano, como tampoco en el título de las Instituciones.

(2) *Fr. s. D. 37. 4.*

(3) La colación de la dote (*collatio dotis*), que tiene lugar también sin que haya *bonorum possessio*, es una cosa enteramente distinta de esta renuncia, aunque se hable de ella al tratar de esta.

## §. CCXXII. 2.º SECUNDUM TABULAS.

DIG. 37, 11. *De bonorum possessionibus secundum tabulas.*

La *bonorum possessio* se adquiere *secundum tabulas* por aquel que está instituido en un testamento á que faltan, para ser perfectamente regular, algunas de las formalidades esternas ó internas; no obstante es preciso en este mismo caso, que el testamento haya sido hecho por una persona capaz (1), que el original escrito exista aun, y finalmente que tenga los sellos de todos los testigos que exige la ley (2), cuyo número en lo sucesivo se fijó generalmente en siete. Aunque un testamento semejante fuese anulado por la omisión de un heredero suyo, ó roto (*ruptum*) por la de un póstumo, su anulación no impedía que tuviese lugar la *bonorum possessio* de que hablamos, y recíprocamente no impedía esta que si el testador tenía un hijo que le hubiese sobrevivido, se le concediera una *bonorum possessio* preferente (§. CCXXI), y que así este último en su calidad de heredero legítimo, pudiese entrar desde luego en el goce del caudal, sin tener aun necesidad de aceptar la posesión. Era lícito además conceder la sucesión pretoriana al póstumo estraño que había instituido el testador (*extraneus postumus*) (§. CCXIX, nota 3). Por medio de ella un heredero instituido condicionalmente, entraba á gozar de la herencia antes de que se cumpliera la condición. Parece que en esta *bonorum possessio* se tenía en consideración la exclusión de toda sucesión tes-

tamentaria pronunciada contra las mujeres por la LEY VOCONIA. Cuando habia dos testamentos cuya fecha se ignoraba, de modo que no se podia determinar cual era mas antiguo, se concedia á ambos igual valor y se les consideraba como uno solo.

Pero, segun ha venido á enseñarnos de un modo impensado el descubrimiento del manuscrito de Gayo (3), el uso habia puesto á esta *bonorum possessio* una restriccion que se mantuvo aun durante la mayor parte del período siguiente, y cuyo fin era prohibir su uso contra un heredero legítimo (*legitimus heres*).

Finalmente, parece tambien que un testamento mantenido por esta *bonorum possessio*, no se consideraba como válido en lo que concernia á las manumisiones, adopciones y tutelas.

(1) Debemos referir aqui el pasaje de Ciceron (*Top.* 4): *Si ea mulier testamentum facit, quæ se capite numquam diminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari*, aun cuando se tratase de un *servus*, de un *exul* ó de un *puerulus*. Ernesto ha dado una explicación enteramente falsa á este pasaje. Segun Gayo, parece que indica que la mujer romana que se sometia á una *capitis diminution* (*quæ se capite diminuit*), no tenia siempre necesidad de tutor.

(2) NON MINUS MULTIS SIGNIS, QUAM E LEGE OPORTEAT, son las palabras del Edicto (*Edictum tralatitium*) que se encuentra en Ciceron (*in Verr.* 1, 45). Es probable que el Edicto no enunciaba este principio de un modo tan general, es decir, que no designaba el número preciso de sellos mas que para que este principio pudiese aplicarse á todas las costumbres locales (*leges municipales, leges ejus civitatis*) de ciertas poblaciones, en que se habia admitido acaso en esta materia el principio del derecho francés, *locus regit actum*. He probado antes (s. 179, núm. 4), que era una mala interpretacion del s. 2. *Inst.* 2, 10, deducir de él que el uso de sobreponer los sellos habia sido introducido por el Pretor. Por último, no sabriamos decir positivamente cual es el origen de este número SIETE que se encuentra tambien mas tarde en la *hereditas*, pues evidentemente el *libripens* y los cinco testigos no formaban mas que *seis personas*, y el *familia emptor* no podia ser contado como un *séptimo* testigo, como no era posible contar como tal al mismo testador, ni con mayor razon el *antestatus*, cuya presencia era innecesaria.

(3) Pag. 83.

### §. CCXXIII. 3.º INTESTATI BONORUM POSSESSIO.

INST. 3, 5. *De successione cognatorum.*

DIG. 38, 6. *Si tabulae testamenti nullæ extabunt.* (7). *Unde liberi.* 7 (8). *Unde legitimi.* 8 (9). *Unde cognati.* 10 (11).

*De gradibus et affinibus et nominibus eorum.* 11 (12). *Unde vir et uxor.*

Quando un individuo, que no fuese liberto, moria, la ley llamaba una despues de otra á cuatro clases de personas (*gradus*, sobreentendiéndose *bonorum possessionis*). Todas son designadas con la preposicion *unde* antes de su nombre genérico, lo que es una abreviatura de esta frase *ea pars edicti unde... vocantur*, etc. Estas clases son:

1.º *Unde LIBERI*, es decir, precisamente aquellos que se habrian presentado *contra tabulas*, si el difunto hubiera hecho un testamento en que les hubiera preferido. Pero en este caso es preciso que el difunto sea del sexo masculino, y haya lugar tambien á la colacion (*collatio*).

2.º *Unde LEGITIMI* (*tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset*). Esta *bonorum possessio* no es evidentemente mas que una confirmacion ó consecuencia que se deriva del derecho civil y prueba claramente que la posesion de bienes se diferencia mucho de la herencia. El Edicto llama á ella á todos aquellos que serian llamados á la herencia en cualidad de *sui*, *consanguinei*, *agnati* y *gentili*. Dividiáanse los pareceres solamente en la cuestion de si era preciso aplicar tambien á este caso la máxima *in legitimis hereditatibus non est successio* (2).

3.º *Unde COGNATI*, pueden entenderse por este nombre los *consanguineos*; pero si los *suyos* y los *agnados* no son *consanguineos*, son al menos *cognados*, por ejemplo, á consecuencia de una adopcion: no obstante no conservan esta cualidad sino en cuanto no son emancipados (3). El nacimiento fuera de matrimonio, produce lo mismo que el nacimiento en el matrimonio, el parentesco con la madre ó por razon de la madre. En general no se hacia diferencia entre el parentesco simple y doble, es decir, entre los hijos de un mismo matrimonio y los de matrimonios diferentes. Asi, la clase de que hablamos comprendia: 1.º al padre; 2.º á la madre, aun cuando no habia estado *in manu* y por

consiguiente no era considerada como *consanguinea* de su hijo; 3.º á los hijos emancipados del sexo femenino; 4.º á los hijos de ambos sexos, respecto á la sucesion de su madre; 5.º á la mujer *in manu*; 6.º á los agnados, ya en primero, ya en segundo grado, etc., cuando eran tambien parientes consanguíneos; 7.º á los agnados; 8.º á los parientes por parte de hembras, y estos unos despues de otros, es decir, en su orden ordinario de sucesion, á saber: primero los ascendientes (*superior linea* ú *ordo*), despues los descendientes (*inferior linea*) y por último, los parientes colaterales (*transversa linea* ó *ex transverso*, ó *a latere*). En cuanto á estos no habia mas regla que la proximidad del grado, y con este motivo hablan de él los antiguos jurisconsultos romanos, porque ejercia aquí una influencia mucho mas importante que sobre el matrimonio. No llamaba la ley solamente al mas próximo de los parientes de esta clase, sino sin distincion al mas cercano de los que querian presentarse. Sin embargo, esta *bonorum possessio* estaba limitada al sexto grado, y en un solo caso al sétimo (4), probablemente en virtud de una ley antigua, que acaso sea la *LEX FURIA*.

4.º *Unde VIR ET UXOR*, aun sin que haya habido *in manum conventio*. Esta *bonorum possessio* no era á la verdad *contra tabulas* (5).

(1) Algunos jurisconsultos pretenden que los herederos suyos (*sui*) no se contaban entre los herederos legítimos (*legitimi heredes*) en su cualidad de herederos suyos, sino como agnados (*agnati*). Sin embargo, no puede menos de convenirse en que eran herederos legítimos en virtud de su solo titulo de herederos suyos (*sui*). Sucede, en efecto, muchas veces en todas las lenguas de las ciencias, y por consecuencia tambien en la del derecho romano, designar nominalmente unas cosas antes que otras que debian ser las primeras, y así es que los herederos suyos han sido designados despues de los herederos legítimos que no son herederos suyos.

(2) *GAJ.* Pag. 151, lin. 18.

(3) *FR.* 1, s. 4. *D.* 38, s. (9).

(4) *Ex sobrino sobrinoque natus nataque*; esto, por consiguiente, tenia lugar cuando el difunto distaba tres grados, y el *bonorum possessor* cuatro del padre, tronco comun de la familia; pero no cuando el difunto distaba cuatro y el otro dos, ó bien el uno dos y el otro cinco; tampoco, en fin, cuando uno distaba un solo grado y el otro seis. Esta explicacion no se encuentra ni en la tabla genealógica antigua, que forma parte de las Instituciones de la edicion

de Cujas, ni en los diccionarios latinos ordinarios. No era necesario que fuesen precisamente descendientes de dos hermanas, é indudablemente la palabra *sobrinoque* significaba aquí lo mismo que *sobrinave*, de modo que la diferencia de la particula copulativa, no autoriza para admitir que fuese necesario en este caso un doble parentesco. Finalmente, ignoramos cómo nació esta restriccion. Ulpiano no habla nada de ella en esta ocasion; solo la menciona cuando trata de los *cognati manumissoris*.

(5) *Civilistisches Magazin*, tom. I, p. 260, (92).

### §. CCXXIV. B. BONORUM POSSESSIO con patronato.

*GAJ.* *Instit.* p. 135.

*ULP.* 29. *De bonis libertorum.*

*INST.* 3, 7 (8). *De successione libertorum.*

*DIG.* 37, 12. *Si a parente quis manumissus sit.* 14. *De jure patronatus.* 15. *De obsequiis parentibus et patronis præstandis.* 38, 1. *De operis libertorum.* 38, 2. *De bonis libertorum.*

Quando el difunto era un liberto, el derecho concedido antiguamente á su dueño, que jamás se presentó sino á falta de testamento y de heredero suyo, habia sufrido la modificacion que vamos á ver, y que fué introducida por el derecho consuetudinario.

El patrono tenia derecho á una *bonorum possessio* sobre la mitad de los bienes de su liberto, cuando el testamento de este instituia á otro que no fuese el hijo del testador: esta posesion era, pues, de hecho *contra tabulas*, aunque, sin embargo, el patrono no viniese antes que el heredero instituido, sino en concurrencia con él (*secundum tabulas bonorum possessio*). Se concedia el mismo derecho al patrono siempre que, habiendo muerto el liberto sin testamento, se presentase á su sucesion, no un hijo propio, sino otro heredero suyo. En este caso tenia lugar *contra tabulas*, y al mismo tiempo que la *unde LIBERI bonorum possessio*. Esta extension del derecho de patronato (*impugnandi juris civilis causa*) parece que tuvo su fuente en la especie de sociedad (1) que se suponía habia existido entre el que habia sido antes dueño y el que habia sido antes esclavo; sociedad cuya pretendida existencia no tenia efecto contra los hijos propios de este último, y solo lo pro-