

sin que fuese posible ejercitarlo, previendo el nacimiento que iba á ocurrir.

Por esto se conoció la necesidad de permitir al testador de arreglar sus disposiciones testamentarias, comprendiendo en ella á esta especie de póstumo, á quien entónces fuese permitido instituir. Aquilio Galo, jurisconsulto de los últimos tiempos de la República, discurreó una forma que nos ha conservado el Digesto, y con cuyo auxilio se hacía regular el instituir hijos póstumos, que no se hallasen en esta posición, pero que fuesen susceptibles de llegar á ella en adelante, como, por ejemplo, el nieto que podría nacer de un hijo que viviese todavía: no haciendo más que una institucion condicional para el caso en que, ántes de la muerte del testador, el hijo ya concebido, habiendo perdido á su padre, debiese nacer *sui juris* y *suus heres* (1). En fin, la condicion, aunque no expresada, acabó por considerarse siempre como supuesta.

Desde entónces se distinguieron los póstumos en dos clases, á saber: los póstumos suyos (*postumus suus*), los que debían nacer entre los herederos suyos del testador, y los póstumos extraños (*postumus alienus*), que eran todos los que no debían nacer entre estos herederos, aunque fuesen por otra parte individuos de la familia: «*Est autem alienus postumus, dice Gayo, qui natus, inter suos heredes testatori non est*» (2). Las disposiciones testamentarias quedaron siempre prohibidas por el derecho civil respecto de los póstumos extraños; pero los póstumos suyos pudieron ser instituidos y recibir por el testamento del jefe de familia.

Como consecuencia de esta capacidad, se hizo posible y al mismo tiempo necesario, si no se los quería por herederos, desheredarlos, á fin de que al nacer, y en calidad de herederos suyos, no rompiesen el testamento.

*In eo per omnium conditio est.* No hay ninguna distincion respecto de los póstumos en cuanto al efecto de su omision en la validez del testamento. Que sea un hijo póstumo, una hija, un nieto, ó cualquier otro descendiente póstumo el que haya sido omitido, no por eso es ménos válido el testamento en su principio, porque al tiempo de su formacion no existian estos póstumos ni habia

(1) «*Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: Si filius meus, vivo me, morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive que neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit heredes sunt.*» (D. 28. 2. 29. pr. f. Scæv. l.)

(2) G. 2. § 241.

ningun derecho para ellos, y por consiguiente, ninguna necesidad actual de desheredarlos; pero con su nacimiento, tratándose ya de un hijo, de una hija ó de cualquiera otro, el testamento en que hayan sido omitidos queda roto.

En cuanto al modo de desheredar, existia una diferencia entre los póstumos del sexo femenino y los del sexo masculino: los primeros podían ser comprendidos en la desheredacion general *inter ceteros*; y los segundos debían ser desheredados nominalmente.

*Ne videantur praterita per oblivionem.* Diciendo el testador: «*Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunt*», podían las mujeres póstumas hallarse comprendidas en esta desheredacion colectiva; pero ¿cómo podía probarse en este caso la intencion del testador, cómo distinguir si habia pensado en ellas, previendo la posibilidad de su nacimiento, y querido desheredarlas? La mencion especial que el testador hacía de ellas, dejándoles colectivamente un legado, por pequeño que fuese, suministraba esta prueba: «*Ille mihi heres esto, ceteri exheredes sunt: postuma vero mee, si qua nascetur, centum solidos do, lego*», podía decir el testamento, y entónces no habia ya ninguna duda: las mujeres póstumas quedaban comprendidas en la desheredacion *inter ceteros*.

*Nisi nominatim exheredentur.* Mas ¿cómo designar por sus nombres á póstumos que todavía no han nacido? dice Teófilo. Esto debe entenderse como una designacion nominal de la clase de póstumos, y no una designacion individual: *quisquis mihi postumus natus fuerit exheres esto*; ó bien la que da el texto, ó simplemente: *quicumque mihi nascetur;—postumus exheres esto;—venter exheres esto*, ú otras semejantes. Si no se quisiese desheredar sino á algunos de ellos, sería preciso designarlos indicando la madre: *qui ex Seia nascetur*, ó de cualquiera otra manera (1).

II. Postumorum autem loco sunt et hi qui in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si quis filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeat: quia filius gradu præcedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint.

2. Deben ser asimilados á los póstumos los que, ocupando el lugar de un heredero suyo, se hacen por esta cuasi agnacion herederos suyos de su ascendiente. Así, por ejemplo, cualquiera que tiene bajo su potestad un hijo, y de este hijo un nieto ó una nieta, como el hijo es más próximo en grado, él solo tiene los

(1) Es bueno leer sobre este párrafo, y en general sobre todo este título, la paráfrasis de Teófilo, que da explicaciones muy claras.—V. también el Dig. 28. 3. 3. § 5. f. Ulp.

Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipiunt nepos neptisve in ejus loco succedere, et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet testator ne non jure faciat testamentum, ita et nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnatione rumpant testamentum. Itque lege *Junia Velleia* provi- sum est, in qua simul *exheredationis modus ad similitudinem postu- morum demonstratur.*

Todo lo que hemos dicho acerca del párrafo anterior, sólo se refiere á los póstumos propiamente dichos, á los herederos suyos nacidos despues de la muerte del testador. Mas podria suceder que en vida de éste y despues de la formacion de su testamento, sobreviniesen nuevos herederos suyos, cuya agnacion, es decir, la adjuncion ó agregacion á la familia, llegase á romper el testamento. El mal en este caso no era irremediable: el testamento quedaba roto, pero viviendo todavia el testador podia rehacerlo, teniendo en cuenta al nuevo heredero suyo que le habia nacido. Tambien el permiso ó facultad de instituir ó desheredar anticipadamente á los póstumos habia sido únicamente introducido por el uso respecto de aquellos que naciesen despues de la muerte del testador, y no respecto de aquellos que naciesen en vida suya y despues de la formacion del testamento. En cuanto á estos últimos hubo una ley posterior y especial, la ley JUNIA VELEYA, que proveyó á que su nacimiento no rompiese inevitablemente el testamento (*voluit vivis nobis datos similiter non rumpere testamentum*), permitiendo instituirlos ó desheredarlos. Por manera que Ulpiano resume el derecho relativo á los póstumos en los términos siguientes: «*Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes; si quidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili* (es decir, por el derecho civil que resulta del

derechos de heredero suyo, aunque sus hijos se hallen con él bajo el mismo jefe. Pero si en vida de este jefe muere el hijo ó sale de su potestad de cualquier otro modo, desde entónces el nieto ó la nieta ocupa su lugar, y adquiere así por cuasi-agnacion los derechos de herederos suyos. Es preciso, pues, para que el testamento no sea roto por este suceso, que el testador, al mismo tiempo que se halla obligado á instituir ó á desheredar á su hijo para la validez del acto, cuide de instituir ó de desheredar tambien á su nieto ó nieta, por temor de que, llegando á morir su hijo en vida suya, no rompan los nietos, al ocupar lugar, el testamento por cuasi-agnacion. A esto provee la ley *Junia Velleia*, en la que *la forma de esta desheredacion se indica por asimilacion con la de los póstumos.*

uso y de la interpretacion); *si vero viventibus nobis ex lege Julia* (es preciso leer *Junia*) (1).

*Lege Junia Velleia.* Esta ley JUNIA (así es como la llama Gayo, y no Julia) (2), fué publicada en los últimos años del imperio de Augusto, 763 de la fundacion de Roma, y contenia muchos capítulos; el primero era relativo á los hijos que no hubiesen nacido al tiempo de la formacion del testamento, pero que pudiesen nacer despues herederos suyos, viviendo aún el testador; permitia instituirlos ó desheredarlos anticipadamente, aunque esto era contrario á las leyes del derecho comun, porque en la época del testador eran personas inciertas. Una parte del texto relativo á este capítulo ha llegado hasta nosotros: «*Qui testamentum faciet, is omnibus viriles sexus qui ei suus heres futurus erit.....* (probablemente podrá instituirlo ó desheredarlo), *etiam si parente vivo nascatur*» (3).

El segundo capítulo era relativo á los nietos del testador, que ya habian nacido en el momento de la formacion del testamento, pero que en esta época, ni se hallaban en el número de los herederos suyos, porque eran precedidos en la familia, y por consiguiente en la herencia, por su padre. En esta situacion, el jefe de familia podia seguramente instituirlos si queria, pues ya eran nacidos y capaces de recibir; pero hemos visto poco ántes que no debia ni aún podia desheredarlos, rechazarlos de la herencia, porque no eran á ella llamados. Sin embargo, podia suceder que el padre que los precedia llegase á morir, á ser emancipado ó á salir de la familia de cualquier modo en vida del testador, en cuyo caso se consideraba que subian á primera línea, que se hacian herederos suyos en su lugar, y que por esta *cuasi-agnacion*, por esta especie de adjuncion, se rompía el testamento en el cual no se hubiese instituido y en el que no se hubiese podido desheredarlos. La ley JUNIA VELEYA permitió al testador, previendo este caso, de no instituirlos, pues podian serlo regularmente, pero sí desheredarlos, aunque no fuesen todavia herederos suyos (*posteriori capite non permittit institui, sed vetat rumpi*), á fin de que su cuasi-agnacion no rompiese el testamento. El fragmento del texto que nos ha sido conservado acerca de este segundo capítulo se halla concebido del modo siguiente: «*Si quis ex suis heredibus suis he-*

(1) Ulp. Reg. 22. 19.

(2) Gay. 2. 134.—D. 28. 3. 13.

(3) D. 28. 2. 23. §. 12. frag. de Scevol.

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

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

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

desheredados, como acabamos de decir, el pretor les concede la *possession 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

posesion de los bienes *contra tabulas* echaban á un lado todo el testamento, mientras 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 eam 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 adopcion, que segun el derecho civil el hijo dado en adopcion no era heredero suyo de su padre natural, pues habia salido de su poder; por lo tanto, no habia de parte de éste ni obligacion ni áun 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 adopcion se destruía, y el hijo se separaba de la familia adoptiva por la emancipacion; entónces 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 adopcion, ni en la

(1) Gay. 2. §§ 125 y 126.

familia adoptiva, pues se habia separado de ella por la emancipacion. 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 emancipacion; de lo que resultaba para éste, cuando hacia testamento, la obligacion 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 simili 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 instituantur, vel nominatim exheredentur et *eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmam* 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 legislacion. Pero por lo que á nos toca, considerando que no hay que hacer, en cuanto á este derecho, ninguna distincion de sexo, pues que el hombre y la mujer concurren igualmente, segun su naturaleza, á la procreacion 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 legislacion 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 invalidacion del testamento y á la revocacion 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 infirmam*. 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 formación del testamento, es nulo desde el principio; mientras que en el caso de omisión de los póstumos, ó de los que están en el caso de éstos, el testamento, válido al principio, se rompe únicamente por su agnación ó cuasi-agnación. Así en ambos casos el efecto es el mismo, en el sentido de que la invalidación 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 inducimus divisionem.* Se trata de la distinción entre los dos casos de adopción: 1.º, aquel en que un hijo se da en adopción 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 adopción por un ascendiente, el derecho se mantiene como estaba, y es preciso entonces aplicar lo que se ha dicho de los hijos adoptivos en el párrafo precedente.

En resumen, según el nuevo derecho de Justiniano, las diferencias que existían 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 desheredación.

Relativamente al modo: la desheredación 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 desheredación nominal de los póstumos en el sentido que hemos explicado.

Relativamente á los efectos, la omisión 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 desheredación, 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 adopción.

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

6. Si en un testamento hecho en una expedición, 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, según los términos de las constituciones imperiales, equivaldrá á una desheredación nominal.

El testamento militar no está, propiamente hablando, dispensado de las reglas relativas á la desheredación de los hijos, sino solamente de las formas de esta desheredación. Así, el militar no está obligado á declarar su intención, nominal ni áun expresamente, hasta que resulte el acto, ya se trate de los hijos nacidos, ó ya de los póstumos. «*Et si ignoraverit pręgnantem uxorem..... hoc tamen animo fuit, ut vellet quisquis sibi nasceretur exheredem esse.*» Puede también 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 intención (1).

VII. Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare; sed possunt eos omittere. Nam silentium matris aut avi materni, ceterorumque per matrem ascendentium, tantum facit quantum exhereditatio patris. Nec enim matri filium filianve, 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 desheredación 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 posesión 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 alius 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.

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 siguiente:

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

(2) Gay. 2. 229.—Inst. 2. 20. 34.

te: TITIUS HERES ESTO. Sin embargo, según el mismo juriscónsulto y según Ulpiano, se habían ya aprobado en su tiempo estas otras instituciones: TITIUS HERES SIT; TITIVM HEREDEM ESSE JUBEO; pero éstas: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; HEREDEM INSTITUO; HEREDEM FACIO, eran generalmente reprobadas (1). Constantino II suprimió, el año 339 de J. C., la necesidad de las instituciones solemnes; con tal que la intención de instituir heredero fuese bien expresada, poco importaban los términos en que se hiciese (2).

2.º *Cuáles son los que pueden ser instituidos herederos.*

Los que, según responde Ulpiano, tienen facción de testamento con el testador (*qui testamenti factionem cum testatore habent*). Se trata de la facción de testamento, tomada en el segundo sentido, con relación á la capacidad de ser instituido y de recibir por testamento.

Los *peregrini*, los deportados, los dediticios, no gozando del derecho civil, no tenían esta facción de testamento; ni los Latinos Junianos tampoco, á ménos que se hiciesen ciudadanos ántes de la adición.

Entre los romanos eran las mujeres incapaces por la ley VOCONIA, publicada en tiempo de la república (año 583 de Roma), de recibir por testamento, aunque no conocemos bien la extensión de dicha incapacidad (3); los célibes (*caelibes*), por la ley JULIA; y los que no tenían hijos (*orbi*), por la ley PAPIA POPPEA, del tiempo de Augusto (4).

No se podía instituir á personas inciertas, como, por ejemplo, el que primero llegue á mi funeral. Como tales eran considerados, y no podían por consiguiente ser instituidos: las municipalidades y sus colegios, á quienes los senado-consultos habían, sin embargo, permitido poder ser instituidos por sus manumitidos;—los dioses (lo que debe entenderse de los templos), á excepcion de aquellos á quienes se había permitido por senado-consultos ó por cons-

(1) Gay. 2. 116 y 117.—Ulp. Reg. 20.

(2) Cod. 6. 23. 15. c. Constant.—V. lo que hemos dicho en la *Hist. del Der.* p. 315.

(3) Gay. 2. § 274. Paul. Sent. 4. 8. 22.—V. acerca de esta ley la Memoria leída en el Instituto por nuestro colega y amigo M. GIRAUD.

(4) Hemos suficientemente hablado de estas leyes en la *Hist. del Der.*, p. 253.

tuciones imperiales recibir por herederos. Tales eran Júpiter Tarpeyo, Apolo de Didymo, Marte en la Galia, y algunos otros enumerados por Ulpiano (1);—los póstumos, y en general las personas todavía no nacidas en el momento del testamento. Hemos visto cómo se hizo excepcion á la regla en favor de los póstumos suyos, de tal modo que sólo se aplicó á los póstumos extraños (2).

En tiempo de Justiniano cesaron todas estas distinciones: ya no se trató ni de dediticios, ni de Latinos Junianos, ni de *caelibes*, ni de *orbi*, ni de Júpiter Tarpeyo, ni de otros dioses del paganismo. La capacidad de recibir se restituyó á las mujeres. Permitted Justiniano instituir áun á personas inciertas, con tal que se hallasen bastante presentes en el pensamiento del testador, según explicaremos más adelante, tit. xx, § 25. En este título las municipalidades, sus colegios y demas corporaciones legalmente establecidas pueden ser instituidos herederos, lo mismo que todos los póstumos sin distincion. Pero hay otras causas de incapacidad de recibir por testamento. Además de los *peregrini* y de los deportados, se hallan completamente privados de la facción del testamento los hijos de los condenados por crimen de lesa-majestad (*fili perduellium*) (3), los apóstatas y los herejes (4).—Por otra parte son también incapaces relativamente los hijos incestuosos y su padre ó madre, que no pueden respectivamente instituirse herederos (5), é incapaces á un tiempo relativa y parcialmente; el segundo cónyuge en caso de segundas nupcias, cuando hay hijos del primer matrimonio (6), y los hijos naturales, cuando los hay legítimos (7). Dejando aparte estos diversos casos, puede decirse que todos los romanos, y sus esclavos por ellos, tenían facción de testamento.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et tam proprios quam alienos. Proprios autem servos, olim quidem secundum plurium sententias, non aliter quam cum libertate recte instituere

Es permitido instituir herederos á los hombres libres lo mismo que á los esclavos, y de éstos lo mismo á los suyos que á los de otro. En cuanto á los suyos, en otro tiempo, según la opinion de los más, no se podía

(1) C.... Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Ilienem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensim quæ Smyrnæ colitur, et caelestem Saltnensem Cartaghinis. Ulp. Reg. 22. 6.

(2) V. acerca de estos pormenores á Ulp. Reg. 22. 1 y sig.—G. 2. 285 y sig.

(3) C. 9. 8. 5. § 1.

(4) C. 1. 7. 3.—1. 5. 4. § 2.

(5) C. 5. 5. 6.

(6) C. 5. 9. 6.

(7) G. 5. 27. 2.

te : TITIUS HERES ESTO. Sin embargo, segun el mismo juriscónsulto y segun Ulpiano, se habian ya aprobado en su tiempo estas otras instituciones : TITIUS HERES SIT; TITIVM HEREDEM ESSE JUBEO ; pero éstas : TITIVM HEREDEM ESSE VOLO ; HEREDEM INSTITUO; HEREDEM FACIO, eran generalmente reprobadas (1). Constantino II suprimió, el año 339 de J. C., la necesidad de las instituciones solemnes ; con tal que la intencion de instituir heredero fuese bien expresada, poco importaban los términos en que se hiciese (2).

2.º *Cuáles son los que pueden ser instituidos herederos.*

Los que  
to con el  
Se trata  
do, con r  
testamen

Los pe  
derecho  
Junianos  
la adicio

Entre  
NIA, pu  
recibir j  
dicha in  
que no  
de Aug

No s  
el que  
y no p  
y sus  
permit  
(lo qu

llos á quienes se habia permitio por suado-consultos ó por cons-

faccion de testamen-  
*cum testatore habent*),  
a en el segundo senti-  
uido y de recibir por

icios, no gozando del  
mento ; ni los Latinos  
ciudadanos ántes de

gaces por la ley Voco-  
año 583 de Roma), de  
os bien la extension de  
por la ley JULIA ; y los  
1 POPPEA, del tiempo

s, como, por ejemplo,  
tales eran considerados,  
os : las municipalidades  
os habian, sin embargo,  
nimitidos ;—los dioses  
á excepcion de aque-

(1) Gay. 2. 116 y 117.—Ulp. Reg. 20.

(2) Cod. 6. 23. 15. c. Constant.—V. lo que hemos dicho en la *Hist. del Der.* p. 315.

(3) Gay. 2. § 274. Paul. Sent. 4. 8. 22.—V. acerca de esta ley la Memoria leida en el Instituto por nuestro colega y amigo M. GIRAUD.

(4) Hemos suficientemente hablado de estas leyes en la *Hist. del Der.*, p. 253.

tuciones imperiales recibir por herederos. Tales eran Júpiter Tarpeyo, Apolo de Didymo, Marte en la Galia, y algunos otros enumerados por Ulpiano (1);—los póstumos, y en general las personas todavía no nacidas en el momento del testamento. Hemos visto cómo se hizo excepcion á la regla en favor de los póstumos suyos, de tal modo que sólo se aplicó á los póstumos extraños (2).

En tiempo de Justiniano cesaron todas estas distinciones : ya no se trató ni de dediticios, ni de Latinos Junianos, ni de *caelibes*, ni de *orbi*, ni de Júpiter Tarpeyo, ni de otros dioses del paganismo. La capacidad de recibir se restituyó á las mujeres. Permitted Justiniano instituir áun á personas inciertas, con tal que se hallasen bastante presentes en el pensamiento del testador, segun explicáremos más adelante, tit. xx, § 25. En este título las municipalidades, sus colegios y demas corporaciones legalmente establecidas pueden ser instituidos herederos, lo mismo que todos los póstumos sin distincion. Pero hay otras causas de incapacidad de recibir por testamento. Ademas de los *peregrini* y de los deportados, se hallan completamente privados de la faccion del testamento los hijos de los condenados por crimen de lesa-majestad (*filii perduellium*) (3), los apóstatas y los herejes (4).—Por otra parte son tambien incapaces relativamente los hijos incestuosos y su padre ó madre, que no pueden respectivamente instituirse herederos (5), é incapaces á un tiempo relativa y parcialmente ; el segundo cónyuge en caso de segundas nupcias, cuando hay hijos del primer matrimonio (6), y los hijos naturales, cuando los hay legítimos (7). Dejando aparte estos diversos casos, puede decirse que todos los romanos, y sus esclavos por ellos, tenian faccion de testamento.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et tam proprios quam alienos. Proprios autem servos, olim quidem secundum plurium sententias, non aliter quam cum libertate recte instituere

Es permitido instituir herederos á los hombres libres lo mismo que á los esclavos, y de éstos *lo mismo á los suyos que á los de otro*. En cuanto á los suyos, en otro tiempo, segun la opinion de los más, no se podia

(1) *... Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensem quæ Smyrnæ cœlium, et caelestem Saltinensem Cartaginens.* Ulp. Reg. 22. 6.

(2) V. acerca de estos pormenores á Ulp. Reg. 22. 1 y sig.—G. 2. 285 y sig.

(3) C. 9. 8. 5. § 1.

(4) C. 1. 7. 3.—1. 5. 4. § 2.

(5) C. 5. 5. 6.

(6) C. 5. 9. 6.

(7) G. 5. 27. 2.

te : TITIVS HERES ESTO. Sin embargo, segun el mismo jurisculto y segun Ulpiano, se habian ya aprobado en su tiempo estas otras instituciones : TITIVS HERES SIT; TITIVM HEREDEM ESSE JUBEO ; pero éstas : TITIVM HEREDEM ESSE VOLO ; HEREDEM INSTITVTO; HEREDEM FACIO, eran generalmente reprobadas (1). Constantino II suprimió, el año 339 de J. C., la necesidad de las instituciones solemnes ; con tal que la intencion de instituir heredero fuese bien expresada, poco importaban los términos en que se hiciese (2).

Lo  
to co  
Se ti  
do, e  
testa

Lo  
derec  
Juni  
la ad

En  
NIA,  
recib  
dicha  
que r  
de A.

No  
el qu  
y no  
y sus  
perm

(lo q

ellos á quienes se habia permitido por senado-consultos ó por cons-

(1) Gay. 2. 116 y 117.—Ulp. Reg. 20.  
(2) Cod. 6. 23. 15. c. Constant.—V. lo que hemos dicho en la *Hist. del Der.* p. 315.  
(3) Gay. 2. § 274. Paul. Sent. 4. 8. 22.—V. acerca de esta ley la Memoria leída en el Instituto por nuestro colega y amigo M. GIRAUD.  
(4) Hemos suficientemente hablado de estas leyes en la *Hist. del Der.*, p. 253.

tuciones imperiales recibir por herederos. Tales eran Júpiter Tarpeyo, Apolo de Didymo, Marte en la Galia, y algunos otros enumerados por Ulpiano (1);—los póstumos, y en general las personas todavía no nacidas en el momento del testamento. Hemos visto cómo se hizo excepcion á la regla en favor de los póstumos suyos, de tal modo que sólo se aplicó á los póstumos extraños (2).

En tiempo de Justiniano cesaron todas estas distinciones : ya no se trató ni de dediticios, ni de Latinos Junianos, ni de *caelibes*, ni de *orbi*, ni de Júpiter Tarpeyo, ni de otros dioses del paganismo. La capacidad de recibir se restituyó á las mujeres. Permitted Justiniano instituir aún á personas inciertas, con tal que se hallasen bastante presentes en el pensamiento del testador, segun explicáremos más adelante, tit. xx, § 25. En este título las municipalidades, sus colegios y demas corporaciones legalmente establecidas pueden ser instituidos herederos, lo mismo que todos los póstumos sin distincion. Pero hay otras causas de incapacidad de recibir por testamento. Ademas de los *peregrini* y de los deportados, se hallan completamente privados de la faccion del testamento los hijos de los condenados por crimen de lesa-majestad (*fili perduellium*) (3), los apóstatas y los herejes (4).—Por otra parte son tambien incapaces relativamente los hijos incestuosos y su padre ó madre, que no pueden respectivamente instituirse herederos (5), é incapaces á un tiempo relativa y parcialmente; el segundo cónyuge en caso de segundas nupcias, cuando hay hijos del primer matrimonio (6), y los hijos naturales, cuando los hay legítimos (7). Dejando aparte estos diversos casos, puede decirse que todos los romanos, y sus esclavos por ellos, tenian faccion de testamento.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, et tam proprios quam alienos. Proprios autem servos, olim quidem secundum plurimum sententias, non aliter quam cum libertate recte instituere

Es permitido instituir herederos á los hombres libres lo mismo que á los esclavos, y de éstos lo mismo á los suyos que á los de otro. En cuanto á los suyos, en otro tiempo, segun la opinion de los más, no se podia

(1) a... Sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipelensim quæ Smyrne colitur, et castitem Sallinensem Cartaghinensium. » Ulp. Reg. 22. 6.

(2) V. acerca de estos pormenores á Ulp. Reg. 22. 1 y sig.—G. 2. 285 y sig.

(3) C. 9. 8. 5. § 1.

(4) C. 1. 7. 3.—1. 5. 4. § 2.

(5) C. 5. 5. 6.

(6) C. 5. 9. 6.

(7) G. 5. 27. 2.

licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. Quod non per innovationem introduximus, sed quoniam æquius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plantium scripsit, refert. *Proprius autem servus etiam is intelligitur*, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est autem casus in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt: «*Servum »adulterio maculatum, non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, qua re » fuerat ejusdem criminis postulata, »rationis est. Quare sequitur, ut in » eundem a domina collata heredis » institutio nullius momenti habeatur.*» *Alienus servus etiam is intelligitur*, in quo usumfructum testator habet.

*Tam proprios quam alienos.* Es preciso distinguir bien estos dos casos; la institucion de los propios esclavos del testador, y la de los esclavos de otro. Explanaremos las consecuencias en el párrafo siguiente.

Pero en ninguno de estos dos casos era el esclavo instituido por sí mismo en cuanto esclavo. En el primero, lo era sólo con manumision, debiendo hacerse libre por muerte del testador. En el segundo, lo era del jefe de su señor, y sólo si se tenía faccion de testamento con su señor: «*Alienos servos heredes instituere possumus, dice Ulpiano, eos tamen quorum cum dominis testamenti factionem habemus*» (1). Así el esclavo de un peregrinus no habria podido ser instituido.

*Non aliter quam cum libertate.* Hemos ya hablado del disenti- miento de los antiguos juriconsultos acerca de este punto, y de la

(1) Ulp. Reg. 22. 9.

decision de Justiniano, segun la cual la manumision testamentaria resulta suficiente y necesariamente de la institucion del esclavo por su señor, sin que fuese indispensable expresarla.

*Servum adulterio maculatum.* Miétras que la acusacion de adulterio dirigida contra una mujer, cómplice de su propio esclavo, no hubiese sido purgada por una sentencia de absolucion, dicha mujer, aun llegando á morir ántes del juicio (*ante sententiam*), no podia manumitir válidamente en su testamento á su esclavo coacusado: el esclavo acusado ó testigo podia ser puesto en tormento, de que lo haria escapar la manumision (1). No podia, pues, instituirlo heredero, porque el esclavo no puede ser válidamente instituido por su señor, sino en cuanto era manumitido.

*Proprius autem servus etiam is intelligitur.*—*Alienus servus etiam is intelligitur.* Son dos casos contrarios. Siendo el usufructo un derecho sobre la cosa de otro, resulta de esto que el esclavo es, con relacion al mero propietario, su propio esclavo; con relacion al usufructuario, el esclavo de otro. De donde se deduce la consecuencia de que si este esclavo es instituido heredero por el mero propietario ó por el usufructuario, será preciso en el primer caso aplicar al testador las reglas de la institucion de los esclavos propios; y en el segundo, las de la institucion de los esclavos extraños.—En el antiguo derecho, la manumision por el mero propietario solamente, no daba la libertad: «*A proprietatis domino manumissus, liber non fit, dice Ulpiano, sed servus sine domino est*» (2). Justiniano modificó este derecho: el esclavo se hizo libre, y manumitido del mero propietario, pero continuó sirviendo de hecho al usufructuario, hasta acabarse el usufructo; adquiere por sí mismo; y por consiguiente, se aprovecha de la institucion que le ha dejado con la libertad el testamento del mero propietario (3).

I. Servus autem a domino suo heres institutus si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque necessarius. Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest: quia

1. El esclavo instituido heredero por su señor, si ha permanecido en la misma condicion, se hace, en virtud del testamento, libre y heredero necesario. Mas si, por el contrario, ha sido manumitido por el testador en vida, puede á su voluntad hacer

(1) Dig. 28. 5. 48. § 2. f. Marcian.—31. . 76. § 4. f. Papin.

(2) Ulp. Reg. 1. 19.

(3) C. 7. 13. 1.

non fit heres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequitur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres. Nam ipse alienatus, neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit; *destitisse enim a libertatis datione videtur* dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, *antequam adeat*, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore vel mortuo antequam, *adeat suo arbitrio adire potest hereditatem*.

Antes de examinar circunstanciadamente las disposiciones de este párrafo, es preciso recordar lo que ya hemos dicho antes, de que en caso de la institucion de un esclavo, la esperanza de la herencia se apoya en dicho esclavo, y lo sigue en sus diversas condiciones, hasta que sea el derecho definitivamente adquirido. De tal modo, que si antes de esta adquisicion pasa el esclavo de un señor á otro, la institucion, segun la expresion enérgica de Ulpiano, anda con el dominio (*ambulat cum dominio*); si el esclavo se hace libre, se aprovecha de ella; si muere, fenece y se extingue.

Esto supuesto, el primer caso de que tenemos que ocuparnos conforme al texto, es del esclavo instituido por su señor. Sobre esto es preciso distinguir dos situaciones diferentes: 1.º Si el esclavo ha permanecido en la misma condicion, es decir, en poder del testador. 2.º Si antes de su muerte ha salido de ella, ya por manumision, ya por enajenacion.

*Si quidem in eadem causa manserit*. Mientras que el esclavo permanece en la misma condicion en poder del testador, no se halla instituido sino en cuanto es manumitido; no puede obtener la herencia sino en cuanto obtenga al mismo tiempo la libertad. La

adicion de la herencia, porque no es heredero necesario, pues la libertad y la herencia no las adquiere una y otra por el testamento de su señor. Si ha sido enajenado, debe hacer adicion, segun le ordene su nuevo señor, que por él se hace de este modo heredero. En efecto, en cuanto á aquél, una vez enajenado, no puede ser ni libre ni heredero, aun cuando hubiese sido instituido por manumision; porque el señor, por la enajenacion que de él ha hecho, ha mostrado que se separaba de la dacion de la libertad. El esclavo de otro, instituido heredero, si ha permanecido en la misma condicion, debe tambien hacer adicion de la herencia por orden de su señor. Mas si ha sido enajenado por él, ya en vida del testador, ya despues de su muerte, *pero antes de la adicion*, no deberá hacer dicha adicion sino por orden de su nuevo señor. Si ha sido manumitido en vida del testador, ó despues de su muerte, pero antes de la adicion, podrá hacer ésta segun su voluntad.

validez de su institucion depende, pues, esencialmente de la manumision, expresa ó tácita, que se encuentra en el mismo testamento. Si, pues, la manumision es nula, ora como hecha en fraude de los acreedores, ora por el motivo particular indicado en el párrafo anterior, ú ora por cualquier otro, la institucion lo es tambien; y como esta nulidad existe desde el principio, la institucion no produce ningun efecto aun cuando el esclavo llegase despues á variar de condicion. Del mismo modo, si la manumision ha sido hecha bajo condicion, y esta condicion llega á faltar mientras que el esclavo continúa siempre en poder del testador, quedando sin efecto la manumision, se extinguirá la institucion, y no se renovará aun cuando el esclavo mude despues de condicion (1). Pero si la manumision es válida y permanece, el esclavo, desde la muerte del testador ó desde que se cumpla la condicion, si ésta no se halla cumplida al tiempo del fallecimiento de aquél, se hace á un tiempo y de pleno derecho, libre y heredero necesario. Observemos que en este caso no se necesita de ninguna aceptacion ó adicion para que sea adquirida la herencia, pues lo es inmediatamente y por fuerza.

*Si vero a vivo testatore manumissus fuerit*. Si el esclavo instituido por su señor muda de condicion y sale de sus manos antes de su muerte, ya por manumision entre vivos, ya por enajenacion, la naturaleza de su institucion se encuentra trastornada, y se hace en todos sus puntos desde este momento lo que corresponde al caso del esclavo de otro. De aquí proceden dos consecuencias: 1.ª La institucion del esclavo no depende ya de su manumision testamentaria: poco importaria, pues, desde aquel momento que dicha manumision hubiese sido hecha en el testamento bajo condicion, y aunque ésta llegase á faltar, no por eso sería ménos válida la institucion (2): 2.ª La herencia no se adquirirá ya de pleno derecho y necesariamente á la muerte del testador, sino sólo en el momento de la adicion y por la adicion, á saber: por el señor del esclavo, por orden del cual se hará la adicion si el instituido es todavia esclavo en este tiempo; y por el mismo instituido, si ha sido manumitido.

*Destitisse enim a libertatis datione videtur*. ¿En qué consiste que

(1) D. 2. 5. 38. § 3. f. Ulp.

(2) D. 28. 5. 38. § 2. f. Ulp.

la variacion de voluntad que indica la enajenacion del esclavo, basta para revocar la manumision testamentaria, y no revoca la institucion de heredero? Porque la manumision testamentaria, donacion de la libertad por testamento, no es más que una especie de legado; mas la variacion de voluntad, aunque sea tácita, basta, como veremos en adelante, para revocar los legados mientras que las instituciones de heredero no pueden revocarse á no ser expresamente y por un testamento posterior.

*Antequam adeat.* Fuera del caso en que el esclavo es heredero suyo y necesario, siempre es la adición lo que es preciso considerar para saber quién adquiere la herencia, pues sólo por ella, y desde este momento solamente, tiene lugar la adquisición.

II. Servus autem alienus post domini mortem recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis est testamenti factio. Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus qui in utero est, servus recte heres instituitur.

*Cum hereditariis servis est testamenti factio.* Si se tuviese, sin embargo, faccion de testamento con el difunto, porque, segun lo que hemos ya dicho, mientras que la herencia no ha sido adquirida, continúa y representa la persona jurídica del difunto.

*Ejus qui in utero est, servus:* es decir, el esclavo de la herencia, á la que es llamado un hijo concebido; por lo demas, no será este esclavo instituido del jefe del hijo concebido, futuro heredero, sino del jefe del difunto, siempre representado por la herencia hasta el nacimiento del hijo y la adquisición de dicha herencia.

III. Servus plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo, institutus heres, unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione domini acquirit hereditatem.

Esto es una consecuencia del principio general que hemos establecido acerca de la adquisición por los esclavos comunes.

*Ab extraneo.* Pero si fuese instituido solamente por uno de los

2. El esclavo de otro puede ser válidamente instituido heredero aun despues de la muerte de su señor, porque la faccion de testamento existe con los esclavos de una herencia. En efecto, la herencia de que no se ha hecho adición, representa, no al futuro heredero, sino al difunto; así es que se puede instituir heredero al esclavo de un niño que se halla en el seno materno.

3. El esclavo de muchos señores que tenga faccion de testamento, si es instituido heredero por un extraneo, adquiere la herencia á cada uno de sus señores, por orden de los cuales ha hecho la adición en proporcion de sus derechos de propiedad sobre él.

señores, ¿qué decidiríamos en tal caso? Es preciso distinguir: 1.º Si por el mismo testamento este señor lo ha manumitido *expresamente* é instituido, en este caso es para hacerlo libre y heredero suyo necesario; es preciso aplicar aquí la nueva decision de Justiniano expuesta ántes, relativamente á la manumision de los esclavos comunes. El esclavo será libre, heredero suyo y necesario del difunto, y los demas copropietarios serán indemnizados: 2.º Si, por el contrario, el señor lo ha instituido sin manumitirlo expresamente, ó sin que sus disposiciones indiquen esta voluntad por su parte, entónces puede decirse que lo ha instituido en representación de sus demas señores, como esclavo de otro; por consiguiente, la herencia pasará proporcionalmente á los copropietarios, que le obligarán á hacer adición. Este punto, segun la legislación de Justiniano, parece que debia ser una cuestion relativa á la intencion del testador: ¿ha querido manumitirlo ó ha querido instituir en él á sus copropietarios?

Tales son, en resumen, las reglas relativas á la faccion de testamento, en cuanto á la capacidad de ser instituido. Veremos en el § 4 del tít. 19, en qué épocas debe existir en los herederos dicha capacidad.

### 3.º Cómo puede dividirse la herencia.

El principio general que en este lugar debe dominar en la materia, consiste en que exceptuándose el privilegio de los militares, el testador no puede morir en parte con testamento y en parte intestado. La institucion de sus herederos, ya nombre uno solo, ya muchos, debe comprender por fuerza toda su herencia, no pudiendo quedar fuera de aquélla ninguna parte. De tal modo que si el testador, instituyendo, por ejemplo, un solo heredero, lo ha instituido en una parte únicamente de su institucion, en un tercio, en un cuarto, en un objeto determinado ó en tal fundo de tierra, valdrá la institucion en toda la herencia sin hacer caso de tales designaciones particulares, que se considerarán como no puestas: «*Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione*» (1).

(1) D. 28. 4. 1. § 4. f. Ulp. — Este texto dice *solus institutus*, porque si hubiese otros herederos instituidos en términos generales, no existiendo ya el motivo de que acabamos de hablar, sólo éstos serian herederos, y aquel ó aquellos que sólo hubiesen sido instituidos en un fundo ó en