

TÍTULO XIII.—*De la desheredación de los descendientes (3).*

P. Cuando el testador tenía hijos en su potestad y quería

(3) Justiniano comienza aquí la exposición de las restricciones y garantías que se establecieron sucesivamente en favor de los descendientes contra el derecho ilimitado de testar, sentado en la ley de las Doce Tablas. Esta exposición se continuará en los títulos XVIII y XXII. M. Bonjean ha resumido con claridad los resultados de estas restricciones en la nota siguiente: «La ley de las Doce Tablas, concediendo al padre de familia el derecho de disponer por testamento, no sometió este derecho á ninguna restricción: UTI LEGASSIT..... ITA JUS ESTO. Para privar de su sucesión á sus parientes, y aun á sus hijos, bastaba al testador instituir á un extraño. Esto era tanto más inicuo, cuanto que frecuentemente los bienes que había dejado el padre de familia á su fallecimiento los había adquirido por medio de sus hijos: así, el derecho introducido por la costumbre no tardó en suavizar el rigor del principio establecido por la ley decemviral; y se concluyó por asegurar á los hijos la cuarta parte de la herencia paterna, al menos cuando no habían dado á su pa-

transmitir su herencia á un extraño, ¿le bastaba instituir heredero á éste?

R. No, señor: era necesario que desheredase expresamente á sus hijos.

P. ¿De dónde provenía la necesidad de esta desheredación?

R. Parecía resultar de que se consideraba á los miembros de una misma familia, bajo muchos conceptos, como propietarios de los bienes de la familia; de suerte que, á la muerte de la cabeza de ésta, estos bienes no eran precisamente para ellos una nueva adquisición, sino que conservaban lo que no había cesado de pertenecerles (1). Según esto, los juriscón-

dre motivo de quejas graves (a). No se consiguió este resultado, sino progresivamente y con el auxilio de medios indirectos, cuyo conjunto y rasgos principales es conveniente apreciar. 1.º Se comenzó estableciendo como principio, que todo ascendiente estaría obligado, bajo pena de nulidad de su testamento, á instituir ó desheredar formalmente á los hijos sometidos á su potestad: tal es el objeto de nuestro tít. XIII.—2.º Esta primer innovación no imponía apenas al padre de familia sino una formalidad más; en definitiva, era dueño de despojar á sus hijos, desheredándoles formalmente, pero esta desheredación llegó á ser después motivo de una medida mucho más directa. Bajo el pretexto de que el testador que había desheredado sin causa á sus hijos no debía hallarse en su sano juicio, se concedió á los hijos desheredados el derecho de hacer anular el testamento paterno como inoficioso, es decir, como violando los deberes que impone el título de padre. Si el testador quiere evitar que se rompa, debe tener cuidado de dejar á cada hijo la cuarta parte de lo que éste hubiera tenido como heredero *ab intestato*; á esta cuarta parte se da el nombre de *cuarta legítima* (la queja de inoficioso testamento y la legítima son objeto del tít. XVIII).—3.º Sin embargo, el padre de familia que no hubiera querido dejar á sus hijos ni aun esta cuarta parte, tenía todavía un medio: para ello le bastaba instituirlos herederos y gravarles de tal modo con legados, que no les quedara más que el vano título de heredero. Esta última salida se cerró al testador por la ley Falcidia, que concedió á todo heredero testamentario el derecho de no pagar los legados puestos á su cargo, sino hasta la concurrencia de las tres cuartas partes de la sucesión (tít. XXII). Así, en resumen, si el testador pasa en silencio á sus hijos, es nulo su testamento, y lo adquieren todo sus hijos; si los deshereda es necesario que les deje la cuarta legítima; de lo contrario, harán anular el testamento como inoficioso, y tendrán toda la sucesión; finalmente, si el padre instituye á sus hijos gravándoles con legados, siempre tienen la seguridad de obtener una cuarta parte en virtud de la ley Falcidia.—Estas garantías se completaron con la posesión de bienes que se daba á los hijos emancipados, que no hallándose ya en la potestad del padre á la muerte de éste, no eran llamados á su sucesión *ab intestato*, por la ley de las Doce Tablas (lib. III, tít. I).

(1) Así, se les llamaba *sui hæredes*, herederos de sus propios bienes. (V. sobre la interpretación que damos á las palabras *sui hæres* el tít. XIX.)

(a) M. Guerard cree que los prácticos contribuyeron mucho á establecer estas restricciones, que eran retrocesos á su antiguo derecho privado, según el cual no tenía el padre el poder despótico del señor de la familia plebeya, y debía conservar sus bienes á sus hijos, deber de que no podía librarse sino por medio de una ley, *calatis comitiis*. (Introd., pág. 13.)

sultos pensaron que para deferir la herencia á un tercero, el padre de familia debía quitarla á los que la tenían ya, y se admitió que cualquiera que tuviese á un hijo en su poder, estuviese obligado á la alternativa de instituirle heredero ó desheredarlo expresamente, bajo pena de nulidad.

P. Si el hijo omitido en el testamento del padre moría antes que éste, ¿era inútil el testamento?

R. Sin duda, porque era nulo desde el principio (1).

P. ¿Podía hacerse bajo condición la institución ó la desheredación?

R. Sí, señor, al menos cuando era la condición potestativa, es decir, cuando dependía de la voluntad del hijo. En cuanto á las instituciones ó desheredaciones hechas bajo condición casual, no eran válidas sino en cuanto sobrevivía el hijo al acontecimiento á que se refería la condición; porque cuando no se realizaba la condición sino después de su muerte, no habiendo sido instituido ni desheredado el hijo durante su vida, no lo había sido nunca, y era nulo el testamento. (V. el título siguiente.) Lo mismo sucedía cuando había sido instituido el hijo para el caso en que se realizase una condición casual, y desheredado para el caso contrario; por ejemplo, si se había dicho: *si vuelve tal nave, sea mi hijo heredero; si no, quede desheredado*; si el hijo fallecía antes de que hubiera vuelto la nave, y antes de que se supiera de cierto que no volvería, se consideraba que no había sido instituido ni desheredado, siendo nulo el testamento. (L. 22, 28, ff. de lib. et posth.)

P. La omisión de una hija ó de un descendiente de un grado inferior en el testamento del padre de familia, ¿ocasionaba la nulidad, como la omisión del hijo?

R. No, señor: solamente los hijos omitidos de esta suerte tenían (*jus accrescendi*) el derecho de concurrir con los instituidos á una porción determinada (2).

Esta porción consistía siempre en la mitad, cuando los herederos instituidos eran extraños á la familia, y en una parte viril cuando los instituidos eran (*sui hæredes*) miembros de la familia, es decir, que los descendientes omitidos añadían

(1) Tal era la opinión de los Sabinianos, que fué la que prevaleció. Los Proculyanos no admitían la nulidad sino en beneficio del hijo omitido, y solamente cuando éste sobrevivía para servir de obstáculo á los herederos instituidos. (Gayo, II, § 123.)

(2) Esta diferencia de resultado entre la omisión del hijo, que hacía nulo el testamento, y la omisión de los demás hijos sometidos á la potestad del mismo jefe, que daban solamente á éstos el derecho de concurrir á la sucesión, parece provino de que la potestad que unía el padre á los hijos constituía, respecto del hijo, un lazo más fuerte que respecto de todos los demás descendientes. (V. tit. IX del lib. I.)

una cabeza al número de los herederos suyos instituídos, y privaban de una mitad al que se hallaba solo, y de un tercio, ó un cuarto, á los que se hallaban en número de dos ó tres, y así sucesivamente.

P. ¿Debe entenderse lo que se acaba de decir respecto de todos los nietos indistintamente?

R. No, señor, sino tan sólo de los nietos cuyo padre murió antes ó experimentó una capitis-diminución, porque mientras el padre permanece en la familia del abuelo, los nietos no tienen ningún derecho inmediato en los bienes de la familia, puesto que sus derechos no son los de su padre; así, pues, á su padre y no á ellos es á quien pertenece la cualidad de *suius hæres*, de compropietario de la herencia: es, pues, inútil privarles de un título y de derechos que no tienen todavía, no siendo ellos los que deben ser desheredados, sino su padre.

P. ¿No había también una diferencia entre el hijo y los demás descendientes, en cuanto á la forma de la desheredación?

R. Sí, señor; el hijo debía ser desheredado nominalmente (*nominatim*) de esta manera: TITIUS FILIUS MEUS EXHÆRES ESTO; ó bien sin añadir el nombre propio, con tal de que el testador no tuviera más que un hijo: FILIUS MEUS EXHÆRES ESTO. Los hijos y los nietos podían ser desheredados cumulativamente (*inter cæteros*); lo cual se hacía cuando, después de haber instituído á uno ó muchos hijos herederos, añadía el testador: CÆTERI EXHÆREDES SUNTO.

P. ¿Era necesario instituir ó desheredar á los hijos póstumos?

R. Sí, señor; porque regulándose los derechos de los hijos legítimos por la época de la concepción, los que, aunque nacidos después de la muerte del testador, hubieran sido concebidos en esta época, hubieran sido herederos suyos (*sui hæredes*) y sólo la desheredación hubiera podido privarles de este título.

Sin embargo, el hijo concebido no tenía derecho sino con la condición de que naciera viable; así, el testamento en que hubiera sido omitido el póstumo, no era nulo como aquél en que el hijo nacido había sido preferido ó pasado en silencio, sino que era válido en su origen, y nada impedía que se ejecutara cuando la mujer de quien se esperaba un póstumo había abortado; pero se rompía por la agnación (*rumpitur*), es decir, por el nacimiento del nuevo heredero que sobrevenia á la familia.

P. ¿Se rompía enteramente el testamento por el nacimiento de un póstumo omitido, cualquiera que fuese su sexo ó su grado?

R. Sí, señor: la supervención de un póstumo, varón ó hem-

bra, hijo ó nieto, invalidaba eneramente el testamento, mientras que la omisión de una hija ó de un nieto ya nacido, no impedía que el testamento conservara un efecto parcial.

P. ¿Se permitió siempre evitar que se rompiera el testamento instituyendo ó desheredando á los hijos póstumos?

R. No, señor: esta precaución fué imposible por mucho tiempo, porque no podía darse disposición alguna testamentaria concerniente á las personas inciertas, en cuyo número se hallan necesariamente las que no han nacido todavía; pero los jurisconsultos ó prudentes imaginaron que se considerase á los póstumos como ya nacidos, no tan sólo á la muerte del testador, sino también al tiempo de hacerse el testamento, y que, bajo esta hipótesis, los que hubieran nacido bajo la potestad del testador, se llamaran póstumos suyos, y los demás póstumos extraños. La institución de estos últimos, inútil para la validez del testamento, fué prohibida, al menos por derecho civil (V. el título *de los legados*); pero se autorizó, respecto de los primeros, toda clase de disposiciones. Así es que se les pudo instituir ó desheredar, hacerles un legado, nombrarles un tutor. (V. el tít. XIV, lib. I.)

P. ¿Cómo debían ser desheredados los póstumos?

R. Las hijas y las nietas póstumas podían ser desheredadas cumulativamente, con tal, no obstante, que se les legase un objeto cualquiera, á fin de que no pareciese que habían sido omitidas por olvido; pero los póstumos varones debían ser, sin distinción de grado, desheredados nominalmente, del modo siguiente: *QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO.*

P. Los hijos que nacían ó que llegaban á ser herederos suyos después de la confección del testamento, pero antes de la muerte del testador, ¿rompían, como los póstumos, el testamento en que habían sido omitidos?

R. Sí, señor. Los prudentes ó jurisconsultos no habían extendido hasta ellos la facultad de instituirlos ó desheredarlos anticipadamente, porque el testador podía volver á comenzar el testamento roto de esta suerte; pero esta facultad se concedió por una ley especial, la ley *Julia Velleia* (1), que los asimiló á los póstumos. De aquí proviene á estos hijos el nombre de *cuasi póstumos* ó *póstumos veleianos*.

P. ¿Cuáles eran las diversas clases de cuasi póstumos?

R. Podíase distinguir como formando otras tantas clases de cuasi póstumos: 1.º, los herederos suyos nacidos después de hacerse el testamento y antes de la muerte del testador; 2.º, los

(1) El manuscrito de Gayo dice *Junia Velleia* (2, § 134) y no *Julia*. Esta ley *Junia* ó *Julia Velleia* se dió en el imperio de Augusto el año de Roma 763, 10 de J. C.

nietos cuyo padre había salido de la familia entre estas dos épocas. Estos nietos, ocupando el lugar de su padre, se hacían herederos suyos del abuelo, y rompían el testamento de éste, cuando habían sido omitidos, como los póstumos y los cuasi póstumos precedentes lo rompían por su agnación (*quasi agnascendo*) (1); 3.º, los herederos suyos que habían llegado á ser tales por una adopción ó una legitimación posterior á la confección del testamento; 4.º, los nietos que á la muerte del abuelo recaían bajo la potestad de su padre, y haciéndose herederos suyos invalidaban el testamento que éste había hecho siendo aún hijo de familia, para disponer de su peculio castrense ó cuasi castrense.

P. ¿Había obligación de instituir ó de desheredar á los hijos emancipados?

R. No, señor, al menos según el derecho civil; pero el pretor, considerando como no verificada la emancipación, concedía la posesión de bienes *contra tabulas* (contraria á las disposiciones del testamento) á los hijos emancipados que habían sido omitidos. Para asegurar el efecto del testamento era, pues, necesario instituir á los hijos emancipados ó desheredarlos, á saber: á los varones nominalmente, y á las hembras, bien nominal, bien colectivamente.

P. La posesión de los bienes *contra tabulas*, ¿se concedió igualmente á los hijos que hubiera tenido el hijo emancipado después de su emancipación, aunque no hubieran estado nunca bajo la potestad del abuelo testador?

R. Sí, señor: en general concedía el pretor la posesión de bienes *contra tabulas* á todos los que eran realmente herederos suyos según el derecho civil, y á todos aquéllos á quienes no negaba el derecho civil esta cualidad sino á consecuencia de una disminución de cabeza mínima, con tal, no obstante, que se le pidiera esta posesión de bienes; porque si los hijos omitidos no la pedían, el pretor concedía la posesión *secundum tabulas* á los herederos instituidos, aun cuando, según el derecho civil, hubiera sido nulo el testamento por la omisión de un verdadero heredero suyo (2). Así es que aun cuando el

(1) La ley Velleia había sido necesaria, no para autorizar al abuelo á instituir esta clase de póstumos, porque habiendo nacido cuando se hizo el testamento, podían ser instituidos en él como cualquier otra persona, sino para autorizar á desheredarlos anticipadamente y para el caso en que llegaran á ser herederos, porque no se podía por derecho común, antes de la muerte ó de la emancipación de su padre, privarles del título de herederos suyos del abuelo que todavía no tenían.

(2) El pretor concedía la posesión de bienes por completo aun á las hijas y á las nietas cuya omisión por derecho civil no era más que una causa de acrecer; pero una constitución del emperador Antonino limitó, respecto de ellos, el beneficio de

cuasi póstumo, cuya agnación ó cuasi agnación había roto el testamento, muriese antes que el testador, el pretor daba efecto á este testamento, concediendo la posesión de bienes *secundum tabulas* á los herederos instituidos.

P. ¿Había obligación de instituir ó de desheredar á los hijos adoptivos?

R. Mientras los hijos adoptivos permanecían en su familia adoptiva eran asimilados á los hijos nacidos de matrimonio legítimo, siendo necesario instituirlos ó desheredarlos del mismo modo que á éstos; pero una vez emancipados por el padre adoptivo, no se contaban ya como hijos, ni por el derecho civil ni por el derecho pretorio. Recíprocamente, respecto del padre natural, los hijos, mientras se hallaban en la familia adoptiva, se consideraban como extraños, porque no se podía pertenecer al mismo tiempo á dos familias diferentes; pero cuando eran emancipados por el padre adoptivo, entraban en la misma condición en que se hubieran hallado si hubiesen sido emancipados por su padre natural, y el derecho pretorio quería que éste les instituyese ó les desheredara expresamente.

P. ¿Hizo Justiniano algunas modificaciones en las reglas de que se acaba de hablar?

R. Sí, señor: Justiniano, al suprimir toda diferencia entre los hijos y los demás descendientes, entre los póstumos varones y los póstumos hembras, decidió que todos los descendientes, bien fueran suyos, bien emancipados, debieran ser desheredados nominalmente, sin distinción de grado ni de sexo, y que su omisión ocasionara la nulidad de todo el testamento.

Respecto de los hijos adoptivos, las innovaciones introducidas por el emperador en materia de adopción no permiten aplicar la necesidad de la desheredación más que á los arrogados ó á los hijos de familia adoptados por un ascendiente, puesto que son los únicos (al menos en general) que pasan aun á la potestad del adoptante. (V. el tít. IX del lib. I.)

P. ¿Estaban obligados los militares á desheredar expresamente á los hijos á quienes no querían instituir?

R. No, señor: el silencio del testador militar bastaba para privar á sus hijos de la herencia, cuando no obstante sabía que tenía hijos nacidos ó concebidos; porque si no era necesario expresar la voluntad de desheredar, debía existir y con-

la posesión *contra tabulas* á la porción á que les admitía á concurrir el derecho civil con los instituidos. (Gayo, 2, § 125.)—El hijo instituido en una parte mínima no podía pedir para sí mismo la posesión de bienes; pero le competía este derecho siempre que se había omitido á otro hijo, y aun cuando éste no la reclamara. (Véase l. 23, § 11; 8, § 14, ff. *de b. p. secund. tab.*)

signarse, y por consiguiente, la existencia ó la supervención de herederos en quienes no hubiera pensado el testador, hubiera anulado en un caso, é invalidado en otro, el testamento militar.

P. ¿Estaban sometidos la madre y los ascendientes á la obligación de instituir ó de heredar á sus descendientes?

R. No, señor: la necesidad de la desheredación no existió sino con respecto á los herederos suyos y á los que consideraba como tales el pretor, á pesar de la emancipación; y los hijos no son herederos suyos de su madre ó de su abuelo materno, puesto que no entran en la familia de estos últimos. El silencio de la madre ó del abuelo materno en su testamento, produce, pues, el mismo efecto que la desheredación del padre; y si el hijo puede atacar el testamento materno en que ha sido omitido, es sólo en el caso en que podría atacar el testamento paterno en que hubiera sido desheredado, es decir, cuando há lugar á la queja de *inoficioso testamento*. (V. el tít. XVIII, *del test. inof.*)