

TÍTULO XIV.—*De la institución de heredero.*

P. ¿Qué es la institución de heredero?

R. Es la designación de aquél ó de aquéllos que el testador quiere que sean sus herederos; es decir, su ó sus representantes universales, ó que deben continuar su persona jurídica.— Esta institución era esencial para la validez de todas las disposiciones particulares que hacía el testador; de suerte que si llegaba á faltar, ya por no aceptarse la herencia, ya por cualquier otra causa, los legados y las demás disposiciones, consideradas como leyes impuestas al heredero instituído y como accesorias de la institución, quedaban sin efecto igualmente (1).

P. ¿Quiénes pueden ser instituídos herederos?

R. Se puede instituir heredero á aquéllos con quienes se

(1) La institución de heredero debía hacerse primitivamente en términos solemnes: *Titius hæres esto.*—*Titium hæredem esse jubeo.* (V. Gayo, II, 116 y 117.) La necesidad de estas fórmulas sacramentales fué abolida por Constantino II, pudiendo hacerse la institución en el último estado del derecho, en cualesquiera términos. (L. 15, C. 6, 23.)—La institución debía ponerse á la cabeza del testamento (*caput testamenti*): toda disposición que se pusiera antes de la institución era nula (a). Justiniano abolió esta regla rigurosa. (V. el tít. XX.)

(a) Esto se fundaba en que siendo el heredero la persona á quien se manda cumplir las disposiciones testamentarias, era necesario comenzar designándole para prescribirle después sus obligaciones. Sin embargo, admitióse por excepción que pudieran hacerse antes de la institución la desheredación y el nombramiento de tutor.—(N. del T.)

tiene testamentifacción (1) (V. el tít. XIX). Esta no se tiene sino respecto de los ciudadanos romanos (2); por lo que no se puede instituir herederos ni á los PEREGRINI, ni por consiguiente á los deportados.

P. ¿Pueden ser instituídos herederos todos los ciudadanos indistintamente?

R. No, señor, pues hay algunas incapacidades especiales. Así, por el derecho antiguo, y en virtud de la ley *Voconia*, no podían ser instituídas herederas las mujeres por un testador comprendido en la primera clase del censo, es decir, que tuviera una fortuna de cien mil ases (3). En tiempo del emperador Justiniano no existe ya esta incapacidad (L. 3, c. 1, 7); pero tienen incapacidad los apóstatas y los herejes (L. 3, c. 1, 7). Los hijos incestuosos no pueden ser instituídos por su padre ó su madre, ni el cónyuge en segundas nupcias por el esposo que tiene hijos del primer matrimonio (4), ni los hijos naturales por su padre cuando tiene hijos legítimos (L. 6, c. v. 5; L. 6, c. v. 9; L. 2, c. v. 27).

P. ¿Se puede instituir á los esclavos?

R. Puede instituirse á los esclavos de otro, con tal que se tenga testamentifacción con su dueño; puede instituirse á los esclavos propios, dejándoles la libertad que debe hacerles ciudadanos.

(1) Los intérpretes de Derecho romano llaman *testamentifacción pasiva* al derecho de ser instituído heredero, así como llaman *activa* al derecho de instituir heredero á ciertas personas.—(N. del T.)

(2) Se tiene testamentifacción con las municipalidades y otras corporaciones establecidas legalmente. Por derecho antiguo, no se podía instituir más que á los dioses, ó más bien á los templos designados á este efecto por un Senado-consulto ó una constitución imperial. (Ulp., 22, 6.) Por el derecho antejustiniano, los latinos junianos que tenían el *ius commercii*, y que podían figurar como *emptores* en la mancipación, tenían capacidad para ser instituídos herederos: se tenía con ellos la testamentifacción; pero ellos no tenían el *ius capiendi*, y para que se aprovecharan de la institución; era necesario que después de hacerse el testamento y antes de la adición de la herencia, fueran ciudadanos. (Gayo, I, 23, 24; Ulp., 22, 3.) Y en efecto, sin estar privadas ciertas personas de la testamentifacción, no tenían el derecho de *capere*, es decir, de aceptar las liberalidades del testador ó de admitirlas enteramente. Tales eran los *caelibes* (celibatarios, sin hijos), y los *orbi* (los casados sin hijos), según las leyes *Julia* y *Papia Poppea*. (V. *Introd.*, pág. 46.)

(3) V. la *Introd.*, pág. 19.—La ley *Voconia* es del año 583 de Roma. (Véase sobre la parte política de esta ley á M. Laferriere, t. I, pág. 228.)

(4) El marido ó la mujer que tienen hijos del primer matrimonio, no puede dar por testamento al cónyuge con quien contrajo segundas nupcias, más de lo que dejó á cada uno de los hijos del primer matrimonio por partes iguales; no puede dar á su segundo cónyuge parte mayor que la del hijo instituído en menor parte. (L. 6, c. 5, 6.)—(N. del T.)

P. El dueño que instituye á su esclavo, ¿está obligado á manumitirlo expresamente?

R. Lo estaba por derecho antiguo, porque sometida la manumisión á formas solemnes, no podía ser tácita. Pero Justiniano decidió que bastara la manumisión tácita que resultaba de la institución (1).

P. ¿Se puede instituir al esclavo sobre quien se tiene solamente la nuda ó mera propiedad?

R. Sin duda, y el esclavo así instituído se hará libre, salvo servir al usufructuario hasta el fin del usufructo, porque el que tiene la mera propiedad del esclavo es considerado como propietario de él (2).

P. ¿Cómo se hace heredero el esclavo instituído por su dueño?

R. Cuando el esclavo instituído permanece en la potestad del testador hasta la muerte de éste, se hace simultáneamente libre y heredero necesario (V. el tít. VI, lib. I, y el tít. XVI); pero si fué manumitido viviendo el testador, como el testamento no le defiende ya al mismo tiempo la libertad y la herencia, no se hace heredero sino voluntariamente y haciendo adición de la herencia; si el esclavo instituído fué enajenado después de la confección del testamento, no adquiere la herencia sino por la adición que se hace por orden de su nuevo dueño.

P. ¿Cómo llega á ser heredero el esclavo ajeno que es instituído?

R. Aceptando la herencia por orden de su dueño, si quedó en la misma condición; si cambió de dueño, debería adquirir la herencia de orden de su nuevo dueño (3); si hubiera sido manumitido, bien fuese viviendo el testador, bien después de su muerte, però antes de la adición, aceptaría y adquiriría la herencia por su voluntad y para sí mismo.

P. ¿Se puede, después de la muerte de alguno y antes que le dé un sucesor la aceptación de su herencia, instituir á los esclavos que dejó en esta herencia?

(1) Véase el tít. VII, lib. I.—Por lo demás, la manumisión expresa ó tácita es siempre necesaria para la validez de la institución; y siempre que sea imposible la manumisión, no puede subsistir la institución. Por eso la mujer acusada de haber cometido adulterio con su esclavo, no podría instituir heredero á éste durante el proceso, porque no podría manumitirlo hasta la sentencia. (Pr., h. t.)

(2) En efecto, el usufructo es un derecho sobre la cosa de otro. (V. no obstante, respecto del derecho antiguo, Ulp. 1, 19.)

(3) Adquiere, en tal caso, la herencia el que es propietario del esclavo en el momento de la adición. Hasta la adición sigue al esclavo el beneficio de la institución, la herencia *ambulat cum domino*. (L. 2, § *ult.*, ff. de b. p. secund. tab.)

R. Sin duda, no obstante no haber testamentifacción con los esclavos sino con relación á su señor; porque hasta la adición se reputa que la herencia representa al difunto, y continúa su persona (*vicem personæ defuncti sustinet*). Para instituir á los esclavos que dependen de una sucesión, basta, pues, mientras no ha sido aceptada, haber tenido testamentifacción con el difunto, aunque no se tuviera con el heredero futuro. Por esto, aunque no se pueda instituir á un póstumo, se puede instituir al esclavo que debe pertenecerle á su nacimiento como formando parte de una herencia que se le defiere en su cualidad de póstumo suyo del difunto.

P. Cuando ha sido instituído heredero un esclavo que pertenece á muchos dueños, ¿para quién adquiere la herencia?

R. Adquiere la herencia para cada uno de los dueños con quienes el testador tiene la testamentifacción y por cuya orden hace la adición, no ya por partes iguales, sino á proporción del derecho que tiene cada uno en la propiedad ó dominio del esclavo.

P. Si hubiera sido instituído el esclavo común por uno de sus dueños, ¿cuál sería el efecto de esta institución?

• R. Si se hubiera dado la libertad expresamente en el testamento, se haría libre el esclavo instituído, salvo pagar la indemnización á los comproprietarios (según lo que hemos dicho en el tít. VIII); pero en el caso contrario, y á falta de manumisión expresa, se puede dudar (con Vinio y M. Ducaurroy) que se considerase la libertad del esclavo como una consecuencia tácita de la institución, porque la institución de un esclavo común puede sostenerse en cabeza de los otros condueños (á quienes se presume que quiso instituir de aquella suerte el testador), así como la del esclavo ajeno é independiente de toda manumisión. (Ulp., tít. XXII, §§ 7 y 10.)

P. ¿Se puede instituir á personas á quienes nunca se han visto?

R. Sin duda: se podía aun por derecho antiguo, según el cual no se tenía testamentifacción con las personas inciertas (V. el título *de los legados*); no se reputaba que era persona incierta aquélla sobre cuya existencia se tenía una idea fija, aunque no se la hubiera visto. Así, yo hubiera podido instituir á los hijos de mi hermano nacidos en país extranjero (*peregrini natos*, § 12), aunque no los hubiese conocido nunca.

P. ¿Se puede instituir muchos herederos?

R. Se puede instituir tantos herederos como se quiera. Todos los herederos instituídos son llamados á toda la herencia para que la obtengan enteramente, sea concurriendo todos, sea unos á falta de otros, porque es regla de derecho civil que no

se puede morir en parte testado y en parte intestado. El testador puede disponer solamente cuál debe ser, en caso de concurrir todos, la parte de la herencia perteneciente á cada uno de los instituidos.

P. ¿Cuál es la división más común que se hace de la herencia?

R. La herencia llamada *as*, expresión que entre los romanos designa la unidad, el dividendo, se dividía ordinariamente en doce partes iguales, que se llamaban *onzas* (1). Tal es la división que se presume adoptar el testador, cuando nos indica lo contrario.

P. ¿Se presumirá que el testador adoptó otra división, sino habiendo instituido más que un heredero, le hubiera dejado seis onzas (*semissem*)?

R. Como en este caso no se podría suponer que el testador adoptase la división del *as* en doce onzas sin decidir que sólo dispuso de la mitad de su herencia, y, por consiguiente, que quiso morir en parte testado y en parte intestado, lo cual sólo es permitido á los militares, se presumía haber dividido el *as* en seis onzas, es decir, en sextas y no en dozavas partes. No siendo necesaria esta suposición para conciliar el testamento de un militar con el rigor del derecho, sería preciso decidir que un militar que hubiera dejado seis onzas no habría dispuesto más que de la mitad de su herencia.

P. ¿Qué deberá hacerse si el testador hubiera distribuido entre muchos herederos más ó menos de 12 onzas, por ejemplo, instituyendo tres herederos, á cada uno en tres onzas (*ex quadrante*), ó cuatro herederos, á cada uno en cuatro onzas?

R. Se consideraría la herencia dividida en 9 onzas en el primer caso y en 16 en el segundo, y cada heredero tendría

(1) El conjunto de muchos dozavos ú onzas forma fracciones á que se ha dado nombres particulares; así:

2 onzas ó $\frac{2}{12}$	forman $\frac{1}{6}$	sextans.
3 $\frac{3}{12}$	$\frac{1}{4}$	quadrans.
4 $\frac{4}{12}$	$\frac{1}{3}$	triens.
6 $\frac{6}{12}$	$\frac{1}{2}$	semis.
8 $\frac{8}{12}$	$\frac{2}{3}$	bes.
9 $\frac{9}{12}$	$\frac{3}{4}$	dodrans.
10 $\frac{10}{12}$	$\frac{5}{6}$	dextans.
11 $\frac{11}{12}$	$1 - \frac{1}{12}$	deunx.

Bes proviene de *bis triens*; *dodrans* se deriva de *quadrans*, contraído con el verbo *demo*, que quiere decir cercenar: *dodrans* significa, pues, la unidad menos un cuarto ó cuarta parte. *Dextans* se forma de *sextans*, contraído con *demo*, y significa la unidad menos un sexto ó sexta parte; *deunx* quiere decir igualmente la unidad menos un dozavo; en cuanto á las fracciones de cinco ó de siete dozavos ú onzas, se expresan por sus nombres numéricos, salvo una ligera contracción, *quinc-unx* y *sept-unx*.

en el primer caso $\frac{3}{9}$ ó $\frac{1}{3}$, y en el segundo $\frac{4}{18}$ ó $\frac{1}{4}$. Si el testador hubiera dejado á cada uno de los instituídos partes iguales, tendría lugar un derecho de acrecer ó de decrecer proporcional; si, por ejemplo, hubieran sido instituídos dos herederos, el uno en seis y el otro en tres onzas, comprendería el *as* nueve onzas, y el primer heredero recibiría $\frac{6}{9}$ ó $\frac{2}{3}$, y el segundo $\frac{3}{9}$ ó $\frac{1}{3}$.

P. ¿Qué deberá hacerse si el testador no hubiera señalado parte alguna á ninguno de los instituídos?

R. Deberán reputarse estos instituídos por partes iguales. Sin embargo, si hubieran sido instituídos muchos herederos conjuntamente, es decir, por una sola disposición colectiva, no tendrían respecto de los otros más que una sola parte; si, por ejemplo, después de haber instituído á Ticio se hubiera instituído á Mario y Paulo, éstos no tendrían entre todos más que una mitad (seis onzas) y á Ticio correspondería la segunda mitad.

P. ¿Qué se hará cuando el testador sólo hubiera señalado partes á algunos instituídos?

R. Tomarán el resto los demás á quienes no se señaló partes. Si, pues, Ticio, Cayo y Seyo hubieran sido instituídos, el primero en tres onzas y el segundo en cuatro, sin señalar la parte de Cayo, corresponderían á éste cinco onzas.

P. Si las partes distribuídas á algunos de los instituídos completaran las 12 onzas del *as*, ¿qué correspondería á los que no tuvieran parte señalada?

R. Les correspondería la mitad (*dimidiam partem*). En efecto, como no se puede creer que instituyera el testador á alguno para no darle nada, se supone que quiso dividir la herencia en dos *ases*, y que sólo quiso distribuir un *as* entre los instituídos á quienes señaló sus partes, reservando para los otros la mitad no distribuída; ó, lo que viene á ser lo mismo, se supone que se dividió el *as* en 24 onzas, en vez de 12. Si el testador hubiera distribuído 24 onzas y hubiera algunos herederos instituídos sin parte determinada, se supondría dividido el *as* en 36 onzas, y así sucesivamente (1).

P. ¿Cómo puede modificarse la institución?

R. La institución puede ser pura y simple ó bajo condición; pero no puede hacerse desde ó hasta cierto tiempo (*ex certo tempore, aut ad certum tempus*), porque el testador que tuviera herederos instituídos para un tiempo determinado y no los tuviera para otro, moriría en parte testado y en parte in-

(1) La herencia dividida en dos *ases*, compuesto cada uno de doce onzas, se llama *dupondium*, y en tres *ases*, *tripondium*, etc.

testado, lo cual (como ya hemos dicho) sólo se permite á los militares; es además principio que, una vez adquirida la cualidad de heredero, no puede ya retirarse: *semel hæres, semper hæres* (1).

P. ¿Era, pues, nula la institución hecha desde ó hasta cierto tiempo?

R. No, señor: la importancia que daban los romanos á no morir intestados, hacía suponer que la voluntad principal del testador era tener un testamento, y que el tenerlo de tal ó cual manera no era más que un objeto secundario: en su consecuencia, la institución hecha desde ó hasta cierto tiempo se consideraba pura y simple, y el término como no puesto (*pro supervacuo*) (2).

P. ¿En qué se diferencia el término de la condición?

R. Diferénciase el término de la condición en que se dirige á retardar el efecto de la disposición, sin retardar su certeza; mientras que la condición hace la disposición misma incierta, haciéndola depender de un acontecimiento futuro, y que puede ó no llegar á realizarse (3).

P. ¿No se tienen ciertas condiciones como no escritas?

R. Sí, señor: las condiciones físicamente imposibles de ejecutar, como la de tocar el cielo con la mano, y las moralmente imposibles, por ser contrarias á las leyes y á las buenas cos-

(1) Cuando la institución se hace bajo condición, el testador no muere en parte *testado* y en parte *intestado*, porque la sucesión no se abre sino al advenimiento de la condición ó cuando llega á ser cierto que no se realizará: en el primer caso, el testador no tiene más que herederos instituídos, y en el segundo, no tiene más que herederos legítimos.

(2) Por la misma razón se consideraba como no escrita la mención de un objeto particular al cual hubiera limitado el testador la institución cuando, no obstante, sólo hubiera un heredero instituído. (L. 9, § 4, ff. h. t.)

(3) El acontecimiento que debe llegar á realizarse puede constituir una condición cuando es incierto si se realizara viviendo la persona llamada á aprovecharse de la disposición. Tal es el sentido de la regla *dies incertus conditionem in testamento facit* (L. 76, ff. de *condit. et dem.*), regla que no se aplica á los contratos. Así, la institución subordinada á la muerte de un tercero sería una institución condicional, porque esta muerte, por inevitable que fuese, puede realizarse antes ó después de la del instituído.

Las condiciones se dividen en *potestativas*, que dependen del hecho del instituído; *casuales*, que dependen del acaso ó del hecho de otro, y *mixtas*, que dependen al mismo tiempo del hecho del instituído y del hecho de otro ó del acaso. Las condiciones potestativas, aunque no se cumplan, se consideran, no obstante, como ejecutadas realmente, cuando no depende su ejecución del instituído. No sucede precisamente lo mismo respecto de la condición mixta, como la de casarse con una persona determinada. La negativa de esta persona haría considerar la condición como cumplida, pero sería de otra suerte si muriera dicha persona. (V. M. Ducaurroy, núm. 601.)

tumbres, se consideran no escritas, y no impiden que la institución sea pura y simple. La razón de esto no puede ser otra que la importancia que daban los romanos á tener un testamento.

P. Si se difiere la apertura de la sucesión hasta la época incierta que forma la condición, ¿por qué no se difiere igualmente hasta la época cierta que constituye el término?

R. Muchos comentadores han creído encontrar la razón de esta diferencia en el efecto retroactivo, que atribuyen á la condición que se cumplió y que no puede aplicarse al término. Este efecto retroactivo existe efectivamente en las obligaciones, pero los textos no permiten extenderlo á las disposiciones testamentarias. La apertura de los derechos del instituido bajo condición, no data sino del cumplimiento de la condición; y después de esta apertura y en esta fecha, es cuando se regula su capacidad, y se considera que es la herencia misma y no él quien, hasta este momento, continúa y sostiene la persona del difunto (1). Así, y esto es decisivo, cuando muere el instituido antes de cumplirse la condición, es nula la institución, lo cual no tendría lugar si se retrotrajese al día del fallecimiento del testador, porque entonces se consideraría que el instituido había aceptado la herencia y la había transmitido á sus propios herederos.—La verdadera contestación á la pregunta anterior la hemos indicado ya: cuando es condicional la condición, queda la sucesión legítima en suspenso, mientras puede cumplirse la condición; porque de un momento á otro el heredero instituido puede tener el derecho de intervenir en la herencia, porque tiene esperanza de que podrá adquirir la sucesión en una época más ó menos próxima y en todo caso incierta, y que, á consecuencia del favor concedido á los testamentarios, esta esperanza es un motivo suficiente para excluir á los herederos *ab intestato* hasta que tenga enteramente efecto la condición. Pero cuando la institución es á término (ó desde ó hasta cierto tiempo), hubiera habido, si hubiese sido válido el término, un espacio de tiempo determinado, durante el cual hubiese habido completa certidumbre de que no había heredero instituido. No hubiera habido, pues, razón alguna para excluir durante este tiempo á los herederos legítimos; y suce-

(1) Lo cual, sin embargo, no impedirá que el heredero, una vez hecha la adición de la herencia, se encuentre bajo ciertos respectos en la misma posición que si hubiera sucedido al difunto inmediatamente después de su muerte. *Hæres quandoque adeundo hæreditatem, jam tunc a morte subessisse defuncto intelligitur.* (L. 54, D. de acq. hæred.) Pero éste es un efecto general de la adición, que tiene lugar respecto del heredero puro y simple, lo mismo que respecto del heredero condicional. No es, pues, por consiguiente, un efecto del cumplimiento de la condición.

diendo éstos, bien fuera después, bien antes que los herederos instituídos, según que el término hubiera sido *ad certum tempus* ó *excerto tempore*, hubiera habido herederos que sólo lo hubieran sido para cierto tiempo, y el difunto hubiese quedado en parte testado y en parte intestado, lo cual no permiten los principios (1). Ha sido, pues, preciso, para salvar estos principios, anular el término y considerar la institución pura y simple, lo cual no es necesario respecto de la institución condicional.

P. Cuando se han impuesto á la institución muchas condiciones, ¿es preciso que se cumplan todas ellas?

R. Debe distinguirse si estas condiciones se impusieron conjuntivamente (por ejemplo, *si haces tal y tal cosa*), ó disyuntivamente (*si haces tal ó tal cosa*): en el primer caso, deben cumplirse todas las condiciones; en el segundo, basta que lo sea una sola. Por lo demás, ésta no es más que una regla de interpretación que debe ceder ante la intención manifiesta del testador; pues lo que debe examinarse es la voluntad del difunto, más bien que el sentido ordinario de las palabras que se emplearon. (L. 101, § 2, D. *de cond. et dem.*)

(1) Esto es tan exacto, que cuando un militar que por privilegio puede hacer una institución desde ó hasta cierto tiempo y morir en parte testado y en parte intestado, ha nombrado algún heredero, por ejemplo, durante diez años (*ad certum tempus*), al fin de diez años se defiere la sucesión á los herederos legítimos; si hubiera nombrado algún heredero dentro de diez años después de su muerte (*ex certo tempore*), hasta que llega dicho término, se defiere la herencia *ab intestato*. (L. 41, D. de test. mil.)