

TÍTULO I.—*De las herencias que se defieren ab intestato* (1).

P. ¿Cuándo se defiere una herencia *ab intestato*?

R. Defiérese una herencia *ab intestato*: 1.º, cuando no hizo testamento el difunto, ó lo que viene á ser lo mismo, hizo uno irregular ó nulo (*non jure factum*); 2.º, cuando el testamento, regular en su origen, se rompió ó llegó á ser inútil (V. lib. II, tit. XVII), ó cuando se rescindió como inoficioso; 3.º, cuando nadie se constituye heredero en virtud del testamento, que queda abandonado.

P. ¿Cuál era el sistema de la ley de las Doce Tablas sobre las sucesiones *ab intestato*?

R. Este sistema era muy sencillo: la ley de las Doce Tablas llamaba á la sucesión *ab intestato*, en primer lugar, á los herederos suyos del difunto; en segundo lugar, á sus *agnados* (2).

P. ¿Se conservó esta división hasta la legislación de las Novelas?

R. Sí, señor; pero el derecho pretorio, así como los Senadoconsultos y las constituciones de los príncipes, colocaron sucesivamente, en la clase de los herederos suyos ó en la de los *agnados*, á diversas personas que no estaban comprendidas en ellos según el derecho primitivo, y además el derecho pretorio completó esta división, concediendo la *posesión de bienes*, en tercer lugar, á los *cognados* (3).

P. Vamos, pues, á examinar aquí: 1.º, cuáles son los here-

(1) Las herencias deferidas *ab intestato* se llaman *legítimas*, porque se defieren inmediatamente (*lege*) por la ley.

(2) La ley de las Doce Tablas llamaba en tercer lugar á los *gentiles*. Justiniano no habla de esta tercer clase de herederos, porque desde principios del Imperio dejó de existir. Véase la nota que hemos puesto á continuación del tit. II de este libro, sobre la antigua sucesión de los *gentiles*.

(3) Tal vez se admitió la clase de los *cognados* por el pretor para reemplazar la de los *gentiles*, que eran llamados por la ley de las Doce Tablas, á falta de *agnados*, y cuyo derecho había caído en desuso en tiempo de Gayo. (3, § 17.)

deros suyos propiamente dichos; 2.º, quiénes son los que se consideran tales por el pretor; 3.º, cuáles son las personas que se han asimilado á los herederos suyos por las constituciones.

Y desde luego, ¿cuáles son los *herederos suyos* propiamente dichos?

R. Son herederos suyos los hijos (1) sometidos á la patria potestad del difunto en el momento del fallecimiento y que se encuentran los primeros en rango ó lugar en el momento en que se abre la sucesión (2). Así, los nietos cuyo padre se hallara como ellos bajo la potestad del abuelo, no serían herederos suyos de este último, porque se hallaban precedidos en la familia por su padre, siendo á éste á quien pertenecería la cualidad de *heredero suyo*.

P. ¿Cuándo se abre la sucesión *ab intestato*?

R. Se abre en el momento en que se sabe de cierto que no habrá heredero testamentario (*eo tempore quo certum est aliquem sine testamento decessisse*, § 7). Pues bien, es cierto que no habrá heredero testamentario desde el instante de la muerte, cuando no existe ningún testamento válido; pero esta certidumbre sólo se adquiere en una época posterior á la muerte, cuando el difunto dejó un testamento válido y que da la esperanza de que haya un heredero testamentario; la sucesión no se abre, en este caso, sino cuando se desvanece esta esperanza, ya por repudiar la herencia el instituído, ya por otro motivo.

P. ¿No puede suceder, en su consecuencia, que los nietos que habían caído bajo la potestad de su padre, á la muerte del abuelo sean herederos suyos de este último?

R. Sí, señor: podría acontecer en el caso en que, desheredando el abuelo á su hijo, hubiera instituído á un extraño. Los nietos, á la muerte del abuelo en cuya familia eran precedidos por su padre, caen bajo la potestad de éste; pero si su padre llega á morir en seguida, y posteriormente á su muerte el heredero instituído por el abuelo no puede ó no quiere ser heredero en virtud del testamento, se les defiere directamente la herencia del abuelo, porque no son precedidos por nadie en el momento en que se abre la sucesión legítima, y en esta época se hallarían bajo la potestad inmediata del abuelo, si éste viviera todavía.

(1) Los *hijos*, sean naturales, sean adoptivos, á los cuales debe añadirse por derecho nuevo los hijos legítimos.

(2) Es decir, que se hallarían bajo la potestad *inmediata* del difunto en el momento de la apertura de la sucesión, si éste viviera aún. (V. lo que hemos dicho sobre los *herederos suyos*, lib. II, tít. XIX, nota séptima.)

P. Para que lleguen á ser de esta suerte los nietos herederos suyos del abuelo, ¿es necesario que hayan nacido viviendo el abuelo?

R. Les basta haber sido concebidos viviendo el abuelo, porque los nietos pertenecen á la familia de su abuelo, y por consiguiente se consideran bajo su potestad desde el instante de su concepción, aunque no nazcan hasta después de su muerte.

P. Los nietos concebidos después de la muerte del abuelo, ¿no podrían llegar á ser nunca herederos suyos?

R. Nunca: no pueden ser llamados en manera alguna á la sucesión del abuelo, porque nunca ha podido formarse un vínculo de parentesco entre ellos y él (1), y en su consecuencia, su cualidad de ascendientes es absolutamente indiferente en cuanto á la herencia (*non sunt quantum ad hæreditatem liberi*, § 8).

Si, pues, para llegar á ser heredero legítimo es preciso vivir en la época en que es seguro que no tendrá el difunto heredero testamentario, recíprocamente, es necesario haber existido, es decir, haber sido al menos concebido á la muerte de aquél. Así, pues, el heredero en general se hallará únicamente entre las personas que existen á la muerte, y el heredero suyo entre las que tenía el difunto bajo su potestad en la misma época.

P. ¿No cita Justiniano, sin embargo, un caso en que una persona que no está bajo la potestad del difunto en el momento de su muerte, llega á ser heredero suyo?

R. Sí, señor: tal es el caso en que un hijo, prisionero del enemigo, regresó después de la muerte del padre de familia. Pero esto no es una excepción del principio que acabamos de emitir, porque si el hijo llega á ser heredero suyo, es por efecto de una ficción (*jure postliminii*) (V. lib. I, tít. XII), que le hace considerar como no habiendo estado nunca cautivo, y como habiéndose, en su consecuencia, encontrado bajo la potestad del padre de familia á la muerte de éste.

P. ¿No puede suceder, en sentido inverso, que hijos que quedaron de hecho bajo la potestad inmediata del padre de familia, lleguen á ser en la época de su muerte herederos suyos?

R. Sí, señor: así sucede, por ejemplo, cuando el padre de familia es juzgado, después de su muerte, culpable de alta traición y condenada su memoria. Su sucesión pertenece al fisco; no puede tener ningún heredero suyo, ó más bien sus hijos, que habían llegado á ser herederos suyos, dejan de serlo. Esto

(1) Así es que no podían reclamar la posesión de los bienes (*unde cognati*) que concede el pretor en tercer orden ó lugar á los cognados más próximos.

proviene de que, por excepción á las reglas ordinarias, la acusación de alta traición, *perduellionis*, se ejercita aun contra los muertos, y de que la sentencia dictada contra la memoria del culpable, tiene un efecto retroactivo que se remonta á la época misma en que se cometió el crimen. El culpable se reputa muerto civilmente y haber perdido, desde esta época, la patria potestad; de suerte que sus hijos, que desde entonces han llegado á ser *sui juris*, no pueden llegar á ser á su muerte herederos suyos de un padre que no deja ni herencia ni herederos, y no tiene otro sucesor que el fisco (*cum fiscus ei succedat*) (1).

P. Entre los descendientes sometidos á la potestad inmediata del difunto, los de un grado más próximo, ¿excluyen de la sucesión á los más remotos?

R. No, señor: todos son llamados á la herencia. Así, el hijo ó la hija no excluye á los hijos de otro hijo que murió anteriormente, sino que ocupan éstos el lugar de su padre.

P. ¿Se hace entonces la partición por partes iguales?

R. No, señor: los nietos ó biznietos no tienen entre sí más que la parte que hubiera tenido aquél cuyo lugar ocupan. En efecto, se distinguen dos maneras de suceder, ó más bien de partir la herencia respecto de los herederos hijos. La herencia se divide *por cabezas* ó por porciones viriles; es decir, en otras tantas partes iguales como herederos suyos hay, cuando son todos del primer grado; cuando hay herederos suyos de un grado inferior, la partición se hace por *estirpes*, es decir, que los descendientes de un grado inferior no adquieren entre sí más que la parte correspondiente al hijo á quien representan, considerándose á cada uno de los hijos del primer grado como *estirpe*, con relación á las diversas ramas de descendientes de que ha llegado á ser origen. Así, cuando de dos hijos premuere uno, dejando muchos hijos, éstos no tienen, cualquiera que sea su número, más que la mitad de la herencia, y la otra mitad pertenece al hijo sobreviviente. Asimismo, si han premuerto los dos hijos, dejando el uno dos hijos y el otro cuatro, se dividirá la sucesión por mitad entre los dos hijos del primero por una parte, y los cuatro del segundo por otra.

(1) En general, los que experimentan la *capitis-diminución* máxima y la media no tienen nunca herederos. Los bienes de un padre de familia deportado ó que se hizo esclavo de la pena los adquiere el fisco; los de una persona que se hace esclavo de un particular los adquiere éste (V. el tít. XII); pero gracias á la ficción de la ley *Cornelia* (V. lib. II, tít. XIII), los bienes del que muere prisionero van á sus herederos, como si hubiera muerto en el instante de su cautiverio: este prisionero se reputa haber perdido sus derechos por la muerte y no por la máxima *diminución* de cabeza.

P. ¿Cómo adquieren la herencia legítima los herederos suyos?

R. La adquieren (1) al instante en que se abrió, independientemente de toda voluntad, de todo consentimiento y de toda autorización (§ 3).

P. Veamos ahora: ¿cuáles son aquéllos á quienes el derecho pretorio asimila á los herederos suyos?

R. Los hijos del difunto que no están bajo su potestad en el momento de la muerte, no hallándose unidos á él por ningún vínculo de parentesco civil, de agnación, no son sus herederos según el derecho civil; pero el pretor los admite á la sucesión como si no hubiera habido disminución de cabeza, con tal, no obstante, que estos hijos gocen del título de ciudadano y no estén bajo otra potestad ó en una familia extraña cuando murió aquél de cuya sucesión se trata. Así es que el pretor admite á la sucesión del padre al hijo emancipado; á la sucesión del abuelo á los nietos concebidos después de la emancipación de su padre (2) á la sucesión del hijo emancipado, al nieto concebido antes de la emancipación y que había quedado, bajo la potestad del abuelo. De la misma suerte también se concede el mismo beneficio al hijo que, después de haber experimentado la media disminución de cabeza y aun la máxima, hubiera sido reintegrado en su cualidad de ciudadano. (L. 4, § 9; l. 2, ff. de b. p. cont. tab.)

P. ¿Da el pretor á estos hijos el título de heredero?

R. El pretor no puede dar á estos hijos el título de heredero, que sólo pertenece á los que lo tienen por la ley civil; pero les concede la posesión de los bienes *unde liberi*, como á los herederos suyos propiamente dichos: de suerte que, en definitiva, los herederos civiles no suceden realmente sino en parte (*pro parte*, § 9), puesto que están obligados á partir con los concurrentes que les da el pretor en la posesión de los bienes.

P. Los hijos que se aprovechan del beneficio del derecho pretorio para participar de una sucesión de que les excluía el derecho civil, ¿no están obligados á colacionar?

R. Sí, señor: tomando parte de los bienes paternos, como si jamás hubieran salido de la familia, estos hijos se aprovechan de las adquisiciones hechas por los hijos que quedaron

(1) Como la herencia testamentaria. Se puede, pues, aplicar aquí todo lo que decimos en el lib. II, tít. XIX, sobre el modo como se adquiere la herencia á los instituidos suyos y sobre el derecho de abstenerse que se les concede por el pretor.

(2) Con tal que su padre hubiera premuerto, porque los nietos no vienen á la sucesión del abuelo sino á falta de su padre. (L. 5, § 1, ff. si tab. test. null.)

bajo la potestad del padre común y que aumentaron el patrimonio de la familia: es, pues, justo que colacionen ellos mismos á este patrimonio los bienes que tienen á la muerte del padre, y que hubieran adquirido para él si no hubieran salido nunca de su potestad (1). Esto es lo que se llama la *collatio bonorum*, la colocación de los bienes (2).

P. Concediendo la posesión de los bienes *unde liberi* á los hijos emancipados, ¿el derecho pretorio excluía á los nietos que, habiendo quedado bajo la potestad del abuelo, habían tomado en la familia el lugar de su padre?

R. Sí, señor: tal es la consecuencia de la ficción que hacía mirar la emancipación como no ocurrida. Pero por una disposición añadida al edicto por Salvio Juliano (V. pág. 48), los nietos que habían quedado bajo la potestad del abuelo fueron admitidos á participar por mitad con su padre emancipado de la parte que le tocaba íntegra según los edictos antiguos; y como es á ellos á quienes perjudica en este caso la posesión de bienes obtenida por su padre, hace éste la colación respecto de ellos solos. Este es el único caso en que se ve concurrir á los nietos con su padre en la sucesión del abuelo. (V. M. Ducaurroy, 839; Themis, t. VII, pág. 264.)

P. Los hijos dados en adopción, los hijos emancipados que se hacen adrogar, ¿obtienen la posesión de bienes *unde liberi* en la sucesión de su padre natural?

R. No, señor: sólo se consideran, aun por el pretor, como herederos suyos, si se hallan todavía en su familia adoptiva en el momento de la muerte de su padre natural. En efecto, el pretor que los encuentra en su familia adoptiva, y que estaría obligado á darles en la sucesión del padre adoptivo los mismos derechos que á sus hijos naturales, no puede considerar-

(1) No colacionan los bienes *castrenses* ó *cuasi castrenses*, ni, según el nuevo derecho, los bienes que hubieran formado parte del peculio adventicio, porque, suponiendo que los hijos no hubieran salido nunca de la familia, estos bienes les hubieran pertenecido como propios.

(2) La institución pretoria de la *collatio bonorum* se desarrolló por los jurisconsultos y por las constituciones imperiales. (V. en el Digesto el título *de collatione* y en el Código el título *de collationibus*.) Así se sometió á la colación de su dote á la hija, aunque fuese heredera suya, que venía á la sucesión de su padre en concurrencia con sus hermanos (*collatio dotis*).—Con el objeto de establecer más y más la igualdad entre los que suceden, impuso Justiniano á todos los hijos, sin distinción, que vinieran á la sucesión *ab intestato* de sus ascendientes la obligación de colacionar á la masa hereditaria todo lo que hubieran recibido de aquél de cuya sucesión se trata, y que se hubiera imputado en la cuarta legítima según las reglas expuestas en el título *del test. inoficioso* (V. lib. II, tít. XVIII): quiso también que tuviera lugar la *collatio* en el caso de una sucesión testamentaria, á menos que el testador hubiera dispensado expresamente de ello. (L. 1, Cod. *de collat.*)

les como perteneciendo al mismo tiempo á dos familias, y no les concede la posesión *unde liberi* en la sucesión de su padre natural (1). Pero como lo que únicamente les impide sucederle es la posición que ocupan en otra familia en la época en que acaba de morir su padre natural, el pretor los admitiría como herederos suyos de éste en el caso en que antes de su muerte hubieran sido emancipados por su padre adoptivo (2).

P. ¿Por qué se exige que tenga lugar su emancipación antes de la muerte de su padre natural?

R. Porque si el padre adoptivo hubiera podido, por una emancipación posterior á la muerte del padre natural, dar derechos en su sucesión á los hijos adoptivos, hubiera tenido la facultad injusta de dejar ó de quitar á su voluntad la herencia á los agnados.

P. El adoptado emancipado por el adoptante, ¿obtiene en la sucesión de éste la posesión de bienes *unde liberi*?

R. No, señor: el hijo emancipado por su padre natural obtiene en su sucesión la posesión de bienes *unde liberi*, porque, á pesar de la disolución del lazo civil, no ha cesado de estar unido con él por los lazos de la sangre, y es aún hijo de aquél cuya familia ha dejado; pero el adoptado que sale de la familia adoptiva no puede, bajo ningún concepto, contarse entre los hijos del adoptante, porque la emancipación quita un título que no estaba fundado más que en los efectos puramente civiles de la adopción.

P. La razón de diferencia que después de la emancipación hace rehusar al hijo adoptivo la posesión de los bienes *unde liberi* que se concede al hijo natural, ¿no hace también, después de la emancipación, rehusar al primero la posesión *contra tabulas* que se concede al segundo? (V. lib. II, tít. XIII.)

R. Sí, señor: en efecto, las posesiones de bienes *contra tabulas* y *unde liberi* son dos vías que se dirigen igualmente á atribuir la sucesión legítima que abre el pretor á las mismas personas y conforme á las mismas reglas, aunque en circunstancias diferentes. Lo primero se concede cuando existe un testamento en el cual un heredero suyo, ó considerado como tal según las reglas expuestas, no ha sido ni instituído ni des-

(1) No puede concederles más que la posesión de los bienes *unde cognati* en tercer orden ó lugar, es decir, á falta de herederos propiamente dichos ó reputados tales. (§ 13; V. lib. III, tít. IX.)

(2) La emancipación de los hijos que se dan en adopción les hace admitir por el pretor á la sucesión de su padre natural, porque les pone, no solamente fuera de la potestad de su padre adoptivo, sino también fuera de la familia. Así, estos hijos no gozarían del mismo beneficio si se hubieran hecho *sui juris* por muerte del adoptante, porque estarían aún en la familia de éste. (V. lib. I, tít. XV.)

heredado según las formas requeridas: la segunda se da cuando no existe testamento alguno. (L. 1, § 6, ff. *si tab. test. null.*)

P. Según lo que se acaba de decir, acontecía que el hijo adoptivo que era emancipado después de la muerte de su padre natural, perdía dos sucesiones: la de su padre natural, á causa de su posición en su familia adoptiva cuando éste fallecía, y la de su padre adoptivo, á causa de la emancipación que le quitaba todos sus derechos en la familia adoptiva: ¿qué hizo Justiniano para evitar este resultado?

R. Justiniano despojó á la adopción de su principal efecto, decidiendo que el adoptado permanecería en su familia natural, y no pasaría á la del adoptante, á no ser que éste fuera su ascendiente. (V. lib. I, tít. XI.) Sin embargo, como Justiniano no estableció esta derogación de los antiguos efectos de la adopción, sino para conservar al adoptado la herencia de su padre natural, se sigue que si el adoptado no tuviera derechos que pretender en esta herencia, produciría todos sus efectos la adopción. Así, cuando el adoptado es un nieto cuyo padre permanece en la familia del abuelo, pasa á su familia adoptiva, porque no estando bajo la potestad inmediata del padre natural, no es heredero suyo. (L. 10, § 4, C. *de adopt.*)

P. ¿Concede Justiniano al que es adoptado por un extraño algún derecho en la sucesión del adoptante?

R. Aunque el adoptado, que no entra en la familia del adoptante, no pueda ser considerado como un verdadero heredero suyo de éste, Justiniano le llama, no obstante, á la sucesión *ab intestato*, como á los hijos naturales, y en igual proporción que éstos. Pero este adoptado no sucede jamás al adoptante sino *ab intestato*, y no tiene contra el testamento en que hubiera sido omitido, ni la posesión de los bienes *contra tabulas*, ni la queja de inoficioso testamento (1).

P. Ya hemos visto cuáles eran los herederos suyos propiamente dichos y cuáles eran las personas que les había asimilado el pretor: ¿cuáles son las que colocaron las constituciones en el rango ó clase de los herederos suyos?

R. Son los hijos y los nietos de la hija del difunto. No entrando estos hijos en la familia de su madre, sino en la de su padre, no podían ser los herederos suyos propiamente dichos de su abuelo materno, y el derecho pretorio no les llamaba sino en tercer orden ó lugar y como simples cognados. Sólo bajo los emperadores Teodosio, Valentiniano y Arcadio fueron

(1) El adoptante no estaría ni aun obligado á dejarle la cuarta parte que el Senado-consulta Papiano aseguraba al tercer hermano (*ex tribus maribus*) que había sido dado en adopción.

admitidos los hijos de la hija á representar á su madre en la sucesión de su abuelo materno (1).

P. ¿Los hijos ó nietos de la hija excluyen enteramente á los agnados, y cuando se encuentran en concurrencia con herederos suyos, toman la parte íntegra que hubiera vuelto á su madre?

R. Según una constitución de Teodosio, los hijos de la hija que obtenían la preferencia sobre los agnados, debían dejarles una cuarta parte de la herencia; pero Justiniano suprimió esta disposición, no queriendo que pudieran venir los colaterales á la sucesión, cuando existían descendientes, aunque fuera por parte de las hijas.

Según otra disposición de la misma constitución, los hijos de la hija no tomaban más que los dos tercios de la parte que hubiera pertenecido á su madre si hubiese vivido, cuando se hallaban en concurrencia con herederos suyos propiamente dichos. Esta disposición se conservó en el Código de Justiniano; y si los hijos de la hija han podido adquirir la parte entera de su madre, sólo ha sido en virtud de la Novela 118, de que hablaremos más adelante, y la cual cambió el sistema de sucesión establecido por la ley de las Doce Tablas.

P. Los que sin ser herederos propiamente dichos, son llamados como tales por las constituciones, ¿son herederos *necesarios*?

R. Puede creerse que llegan á ser herederos sólo por su voluntad. En efecto, por una parte, como no están bajo la potestad del difunto, sería preciso un texto formal para hacerlos herederos necesarios; por otra parte, Justiniano, al hablar de los hijos de la hija que excluyen á los agnados, supone que han adquirido la herencia por su adición (*iis adeuntibus*, § 15).

(1) Ya veremos en el tit. IV del Senado-consulta Orficiano que se ha admitido también a los hijos a la sucesión de sus ascendientes.