

De ephoredatione liberorum

DISCURSO

LEIDO

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

DON FERNANDO MUÑOZ ROSA.

Abogado del ilustre colegio de Málaga.

EN EL ACTO SOLEMNE DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE DOCTOR

EN DERECHO CIVIL Y CANONICO.



MADRID.

IMPRENTA DE DON PEDRO MONTERO.

Plazuela del Carmen, núm 1.

UVA. BHC 2EG.06-1 n°0493

493

© 1983
BY THE UNIVERSITY OF CHICAGO

УВА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n°0493

DISCURSO

LEIDO

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

POR EL LICENCIADO

DON FERNANDO MUÑOZ ROSA.

Abogado del ilustre colegio de Málaga.

EN EL ACTO SOLEMNE DE RECIBIR LA INVESTIDURA DE DOCTOR

EN DERECHO CIVIL Y CANONICO.



MADRID.

IMPRENTA DE DON PEDRO MONTERO.

Plazuela del Cármen, núm 1.

1860.

LA. B. H. S. C. LEG. 06-1 n°0493



DISCURSO

EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

DE LA CUBA

DEL DOCTOR DON FERNANDO NUÑEZ ROSA

EN LA CATEDRA DE DERECHO CIVIL Y CANONICO

EN EL ACTO DE INAUGURACION DE LA ESCUELA DE DERECHO

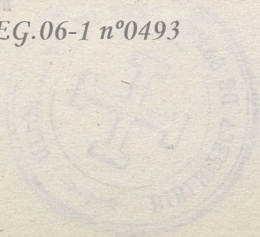
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE LA CUBA

MARTE

DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE LA CUBA

1898

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0493



Excmo. é Illmo. Sr.

AL tener hoy que ocuparme de un punto de derecho para cumplir con el precepto que la ley me impone en esta solemne ocasion, quisiera que mis conocimientos fuesen superiores, para verificarlo de una manera conveniente; mas ya que esto no me sea posible, vuestra notoria indulgencia sabrá disimular los defectos en que incurra, escuchando benévolamente, como lo espero, la esposicion del título 13, libro 2.º de las Instituciones de Justiniano, que lleva por epígrafe: *De exheredatione liberorum*, y del cual paso á ocuparme.

Despues de enseñarnos Justiniano las solemnidades esternas de los testamentos, que á la vez que recuerdan los antiguos modos de hacerlos, sirven de garantía contra la codicia de los que intenten alterarlos; nos manifiesta en este título la doctrina de la desheredacion, y dándonos primero á conocer el antiguo derecho sobre este punto, nos refiere en seguida el establecido

por él; el cual introduce importantes modificaciones. Nos dice, pues, el Emperador, que antiguamente toda persona á cuya sucesion era llamada otra por la ley, debia, para la validez de su testamento, desheredarla espresamente, si no la instituía por heredero, lo cual supone tanto como consignar que en aquel importante acto le habia tenido en la memoria, constando así con mas claridad su voluntad de escluirlo, voluntad que no se inferia evidentemente de su silencio, pues este podia tambien ser atribuido á que ignoraba la existencia de la persona no mencionada. Esta obligacion de desheredar á los herederos legitimos que no se instituian por tales, parece á primera vista no debiera existir en los primeros tiempos de las Doce Tablas, pues la omnimoda facultad concedida por ellas al Pater-familias para legislar sobre su herencia, no le pone cortapisa ni restriccion alguna. Sin embargo, bastante antigua debe ser esta circunstancia, pues se ignora cuándo se estableció, sabiéndose que en tiempo de Ciceron era ya conocida. Han creido algunos que el establecimiento de ella fué un paso dado en favor de los hijos para limitar así algun tanto aquella tan amplia facultad de nombrar herederos, inclinando á los padres por este medio hácia su descendencia. No negaremos por completo que alguna que otra vez, el tener que rechazar espresamente de la herencia los séres mas amados, y haber de consignarlo en momentos tan solemnes, haria reflexionar sobre ellos é inclinaria el ánimo del testador á no dejarlos en el abandono: mas esto sucederia muy pocas veces; pues no es de creer que el padre desnaturalizado que ahogando los mas tiernos sentimientos de su corazon quiere dejar á estraños sus bienes, le importe mucho añadir una lí-

nea mas á la manifestacion de su voluntad postrera. Así es que opinamos porque es una consecuencia del papel de legislador asignado al Pater-familias por la ley. En efecto, si esta por una parte establecia qué personas habian de sucederle, por otra le concedia el poder legislativo sobre sus bienes y tutela de sus cosas, viniendo á resultar, que al poner en ejecucion este poder legislativo se encontraba ya con una ley sobre lo mismo, y natural era se le exigiese el abrogarla si habia de subsistir la que él estableciese. No bastaba la abrogacion tácita que sobre una ley anterior efectúa la posteriormente promulgada, pues como esta reconocia por base la voluntad del testador, quedaba oscura la manifestacion de esa misma voluntad, dando lugar á creer que la primitiva subsistia tambien vigente, como en efecto vino á practicarse despues; que cuando la persona omitida no era de aquellas cuya pretericion hacia nulo el testamento, se le daba entrada en la herencia á la par que al heredero instituido; lo cual no era otra cosa que aplicar á la vez la ley civil y la dada por el Pater-familias. Pero cualquiera que sea la causa de que provenga la obligacion de desheredar espresamente, es lo cierto que existia con bastante anterioridad á Justiniano, el cual nos esplica los diferentes efectos que causaba el dejar de cumplirla, y los diversos modos que habia de ponerla en práctica, dependiendo unos y otros de los vínculos mas ó menos estrechos que en la familia romana ligaban al padre con sus hijos, segun el grado, sexo, y existencia actual ó futura de los mismos. La familia romana que no reconocia por base los vínculos naturales de la sangre sino los que establece el derecho civil, era un ser colectivo unido interiormente por las

prácticas religiosas de cada una y personificado en el estado político por el cabeza de ella, que absorbía en sí la representación y derechos de todos sus individuos, y era el soberano absoluto de aquella pequeña sociedad. Los hijos, miembros de ella, mientras estaban bajo su potestad, eran por lo tanto condueños de la fortuna social, y por esta consideración la ley, al faltar el cabeza los denominaba *sui hæredes*, ó herederos suyos, significando así, no que eran herederos del padre, sino herederos de sí mismos, herederos de lo suyo propio. Los descendientes, pues, que estaban bajo la potestad de un ascendiente, y á cuya muerte no habian de recaer en la de otro, eran los que recibian este nombre, y únicamente con respecto á ellos existía la necesidad, de si no se instituian herederos, escluirlos espresamente, sopena de quedar frustrada la voluntad del testador.

Mas como los individuos del sexo masculino estaban ligados á la familia con vínculos mas fuertes como se desprende de la triple manumisión ó venta imaginaria que necesitaban para salir de ella, resultaba que tambien en la cualidad de herederos suyos eran mas favorecidos, y su omisión en el testamento mas trascendental, pues que lo anulaba en su origen, es decir, que jamás llegaba á tener una legal existencia. Su desheredación por lo mismo habia de ser *nominatim*, esto es, especial y concreta, pues habia de hacerse por su propio nombre, de modo que no quedase la mas mínima duda de que eran escludidos: solo en el caso de ser único el hijo, no habia que designarlo *nominatim*, lo que consistia en que por esta cualidad quedaba individualizado con exactitud, sin dejar duda sobre la persona que se habia querido desheredar. Mas las hijas, efecto de la menor impor-

tancia de la mujer en lo antiguo; y los nietos que por estar un grado mas distantes perdian con esto la ventaja que les diera el sexo, estaban unas y otros unidos á la familia con vínculos mas débiles, que se rompian con una sola manumision ó venta; y por esto tambien su omision en el testamento no lo destruia por su base, pero alteraba la voluntad del testador, mermando la herencia al instituido, por dárselos participacion en la misma. El testador, pues, que queria se respetase su voluntad, debia desheredar las hijas y nietos descendientes de varon; mas efecto de la consideracion menor que les hemos reconocido en la familia, bastaba que lo verificase colectivamente, *inter cæteros*: de lo contrario se adherian á los instituidos para tomar una parte que se llamaba viril, ó igual á la de ellos cuando eran estraños, y la mitad si eran de los que hemos llamado suyos.

Podia tambien ocurrir que muerto un Pater-familias, y quedando embarazada su mujer le naciesen herederos suyos de algunas de las clases mencionadas: esta aparicion venia á dar por resultado que los tales herederos habian sido preteridos en el testamento, y segun su clase venian á imprimir en él las mismas modificaciones que llevamos examinadas. Estas personas recibieron el nombre de pósthumos, ó nacidos despues de enterrado el padre: no hacian nulo el testamento porque no existiendo á su celebracion, ni siendo seguro que han de vivir, ningun influjo tienen en él hasta que nacen, en cuyo momento lo rompen por tener ya aplicacion las razones que lo invalidan, pues se constituyen en herederos suyos que han sido omitidos. Antes de nacer no podian ser instituidos ni desheredados, segun

el rigor del derecho, que no permitía nombrar por herederos personas inciertas, cualidad que á los pósthumos comprendía de lleno; y de esto resultaba que aun previendo que pudieran sobrevenir, no habia medio de evitar el peligro que amenazaba á la validez del testamento quedando paralizado el ejercicio de este derecho. Esto se remedió, cuando mitigándose el rigor de las leyes primitivas, se consideraban como nacidos tratándose de su utilidad, pudiendo ser instituidos herederos, de lo que provino la precision de desheredarlos, exigiéndose que para que las hijas pudiesen serlo *inter cæteros* se les habia de señalar un legado, á fin de que como dice Justiniano, no pareciesen preteridas por olvido. Los pósthumos varones de cualquier grado habian de desheredarse *nominatim*, pues aunque no tenian nombre propio se espresaban por su clase, lo cual tambien era con el fin de demostrar que no se habian olvidado. Y como los pósthumos no estaban todavía en el mundo de los vivos, se hallaban mas espuestos á que no se acordara el testador de ellos; de ahí que en esa cualidad encontremos una esplicacion de por qué los nietos pósthumos deban desheredarse *nominatim*, y los vivos queden escludidos solo con que lo sean *inter cæteros*. De consiguiente siendo respecto á aquellos mas presumible el que puedan ser olvidados, se exigia que la mencion de los mismos fuese mas clara que la de los nacidos que estaban en idéntico grado.

Podia suceder que hecho un testamento y antes de morir el que lo otorgaba sobreviniesen mas hijos, y entonces aquella disposicion aunque válida en su principio, se rompía con el nacimiento de estos, que no siendo pósthumos, eran desde aquel instante unos *heredes*

sui preferidos, que por lo tanto la hacian ineficaz.

Esto en verdad no era un gran inconveniente pues podia subsanarse haciendo otro testamento, en el cual se tuviese presente al nuevo hijo; pero tambien se reformó por la ley Veleia, permitiendo instituirlos ó desheredarlos aunque naciesen en vida de su padre. Igual facultad concedió esta ley respecto á aquellos descendientes, que no comprendidos en la clase de *hæredes sui* al tiempo del testamento, venian á serlo despues por fallecimiento ó emancipacion de la persona ó personas que habia entre ellos y el testador. Estos hijos de que se ocupa la ley Veleia se han llamado *quasi-pósthumos Veleianos*, por la analogía que tienen con los verdaderos; y para desheredarlos se siguen las mismas reglas que con estos se observan, de hacerlo *nominatim* en cuanto á los varones, y á las hembras *inter cæteros* si se les deja un legado.

Respecto á los hijos emancipados ninguna obligacion tenia el padre, porque habiendo ya salido de la familia se consideraban como estraños, toda vez que la ley no tenia en cuenta los vínculos de la sangre; por lo cual no eran herederos suyos. Mas los pretores que fueron templando con la equidad de sus edictos el rigor primitivo, les dieron de hecho aunque no con el mismo nombre la consideracion de herederos suyos, haciendo obligatoria á los padres la institucion ó desheredacion, de los varones *nominatim*, de las hembras *inter cæteros*, dándoles en caso de omision la *bonorum possessio contra tábulas* que no es otra cosa en sus efectos que la anulacion ó modificacion del testamento y revocacion de la herencia.

Ninguna distincion habia que hacer acerca de los

hijos adoptivos, pues perteneciendo á la familia en los mismos términos que los propios, nada hay qué distinguir en ellos respecto á desheredacion, pues mientras están en la familia se rigen en todo por las mismas prescripciones que los que provienen de justas nupcias. Mas cuando por la emancipacion salian de la familia ningun derecho les quedaba respecto á ella, y así es que el pretor ni aun la *bonorum possessio* les daba, porque siendo el fundamento de esta los lazos de la sangre, que no concurrían en los adoptivos, no podia favorecerlos el derecho pretorio: mas como en cambio quedaban tambien como emancipados de la familia natural, en esta se les concedían los derechos de la *bonorum possessio*.

Esto era lo que se practicaba en lo antiguo como nos dice Justiniano, pero este sábio Emperador dió sobre la desheredacion disposiciones mas sencillas, y teniendo muy en cuenta las relaciones naturales, los buenos oficios y la piedad y cariño que debe mediar entre padres é hijos, establece que estos y los demas descendientes que vengan en representacion de los mismos deben ser instituidos, ó espresamente desheredados por sus ascendientes, sin distincion de sexo, ni de que sean hijos ó nietos, nacidos ó pósthumos, suyos ó emancipados, produciendo su omision la nulidad del testamento y revocacion de la herencia.

Ya hemos indicado que Justiniano dió mas importancia en la familia á los verdaderos lazos de la naturaleza que á los ficticios de la ley, y por lo mismo vemos que segun su constitucion el hijo adoptivo puede preterirse impunemente cuando ha ingresado en ella por la adopcion *menos plena*, á diferencia de que, cuan-

do ha sido por la *plena*, es decir, por un ascendiente, le concede iguales derechos, é impone respecto á él, la misma obligacion de desheredar que á los otros hijos legítimos, y es porque entonces los lazos de la familia natural se hallan robustecidos y afirmados por los de la legal.

El Emperador Justiniano nos advierte tambien que la reforma que introduce en nada concierne á los testadores militares, á quienes no disminuye en cosa alguna los amplísimos derechos que tienen de testar sin sujecion á ninguna solemnidad esterna ni interna, con tal que se pruebe cuál fué su voluntad.

A la madre y abuelo materno tampoco impone Justiniano la obligacion de que deshereden espresamente. En efecto, si se tenia en cuenta el derecho civil, no les comprendia tal obligacion, porque siendo el abuelo materno extraño á la familia, y careciendo la madre de patria potestad, era imposible que descendiente alguno tuviese para con ellos la consideracion de *hæres suns*, con respecto á los cuales únicamente existia la obligacion de desheredar.

Además, sin recurrir á este medio, Justiniano habia conseguido por otros indirectos y mas eficaces, que los descendientes por linea femenina se equiparasen con los de la masculina en materia de sucesiones. Así es que á la omision cometida por la madre y abuelo materno dá el mismo valor que á la espresa desheredacion paterna, y como contra una y otra puede entablarse la queja de inoficioso testamento, resulta que para nada serviria haber impuesto á la madre y abuelo materno la obligacion de desheredar que nunca habian tenido.

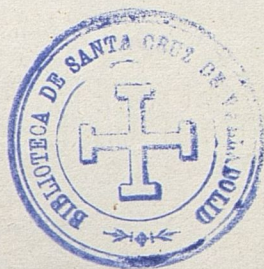
A pesar del paso dado por Justiniano en beneficio

de los hijos, segun hemos podido observar, vemos todavía en las disposiciones de este título un gran vacío, pues con solo desheredarlos espresamente, podia aun haber lugar á los abusos cuyo remedio se buscaba; y si bien la queja de inoficioso testamento fué el antidoto de muchos, la suerte de los descendientes no quedó bien asegurada hasta que el mismo Justiniano en la novela 115 completó su obra. No nos ocupamos de ella porque debemos concretarnos al título de las instituciones que hemos procurado esponer.

Reasumiendo, pues, lo que llevamos dicho, observamos: que la necesidad de la desheredacion espresa para la validez de los testamentos, data de muy antiguo, y solo tenia lugar cuando habia herederos de los llamados suyos: que entre estos podemos distinguir dos clases, unos cuya omision, ya anulaba ya rompía el testamento, otros que sin invalidarlo, concurrían á participar de la herencia, con cuyo hecho se alteraba la disposicion del testador. Que en su consecuencia habia dos formas de desheredar, aplicable una á los primeros, y otra que podia emplearse con los segundos, dando igual resultado; la *nominatim* para los hijos varones, propios ó adoptivos, para los pósthumos y quasi posthumos veleianos, del modo que hemos manifestado, y para las pósthumas no legatarias: la colectiva ó *inter ceteros*, tenia igual valor empleada contra las hijas, los descendientes de ulteriores grados y las pósthumas legatarias. Observamos que para escluir á los emancipados bastaba omitirlos, pero el pretor les daba la *bonorum possessio*: que todo este derecho fué modificado por Justiniano, que conservando la obligacion de desheredar, suprime las diferencias que habia entre los

hijos, dejando entre los adoptivos las que son consecuencia de la adopción plena, ó menos plena, que él distinguió por otras de sus disposiciones; suprime también las diferencias que se conocían en el modo de desheredar, así como también en cuanto á los efectos de la omisión que siempre son la nulidad del testamento, escepto cuando el preterido es un póstumo, que aunque se rompía por el hecho de nacer este, había sido válido hasta entonces, por más que ambas cosas den en conclusión igual resultado. Vemos que confirma el derecho pretorio respecto á los emancipados: que la madre y abuelo materno, siguen sin estar obligados á la desheredación expresa; como igualmente los militares, que pueden prescindir de esta solemnidad como de todas las demás, con tal que se pruebe qué fué lo que dispusieron. — HE DICHO.

Fernando Muñoz Rosa.



pios, dejando entre las aditivas las que son consuetudinarias de la adopción plena, o menos plena, que el dante-
 gado por otras de sus disposiciones; así como también las
 diferencias que se encuentran en el modo de declarar,
 así como también en cuanto a los efectos de la misma
 que siempre son la nulidad del testamento, excepto
 cuando el protelato es un postumo, que aunque se
 compare por el hecho de nacer este, tanto sólo válido
 hasta entonces, por las que ambas cosas dan en con-
 clusión igual resultada. Véase que continúa el dante-
 gado respecto a los emancipados, que en un
 que y al caso mismo, siguen sin estar obligados a la
 restitución espresa; como igualmente los militares,
 que pueden presentarse de este solemnidad como de to-
 das las demás, con tal que se pague por los días de
 prisión:—fin.

Tercera Parte.



