

EL HERES EX RE CERTA
(SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CASTELLANO
Y SU POSTERIOR RACIONALIZACIÓN)

...a serious study of any important body of human knowledge, or theory, or belief, if undertaken with a critical but not a cruel mind, (will) in the end yield some secret, some valuable permanent insight into the nature of life and the true end of man.

Robertson DAVIES
Fifth Business.

Introducción

A los autores de esta ponencia nos interesó sobre todo el segundo tema del presente Congreso: la "segunda vida" del derecho romano,¹ en sus aspectos hispano, latinoamericano y —sobre todo— novohispano y mexicano: allá se encuentran las manifestaciones del derecho romano que en estas tierras la gente ha experimentado, y a menudo también aquellas transformaciones legislativas o interpretativas, en las que la élite de aquí ha colaborado.

A la investigación de la "primera vida" del derecho romano los romanistas de Latinoamérica poco podemos contribuir: aunque en algunos centros de investigación importantes, ya disponemos de colecciones de fuentes bastante completas, y de varias de las obras culminantes europeas en que se condensa la labor investigadora de las últimas décadas, nos faltan muchas monografías y, además, las series completas de las importantes publicaciones periódicas.² Además, pocos de los romanistas latinoamericanos manejamos con cierta facilidad los tres o cuatro idiomas principales en los que está

¹ Toda periodización se presta a críticas, pero para fines didácticos y bibliotecónomos nos ha resultado útil distinguir entre la "primera vida" del derecho romano, de su fase arcaica hasta la compilación justiniana (inclusive), y su "segunda vida", desde Irnerio hasta la entrada en vigor del BGB (1900).

² En cuanto a ZSS y RIDA, la situación no es mala, en nuestro medio capitalino, pero para cada referencia que pudiera ser relevante para su tema, a TR, NRHD, RHD, StDocSD o inclusive el importante BIDR, nuestros romanistas tendrían que solicitar una copia xerox o micropelícula a Berkeley.

redactada la moderna bibliografía iusromanista europea.³ En tales circunstancias, no debemos hacernos ilusiones sobre contribuciones realmente originales que pudiéramos hacer a la investigación contemporánea de la "primera vida" del derecho romano. Lo más que se puede pedir es que nos quedemos al corriente de los principales nuevos aciertos de los colegas europeos, al respecto,⁴ y para esto el contacto vivo con los romanistas extranjeros es de gran importancia, además del análisis cuidadoso de las secciones bibliográficas de las publicaciones especializadas.⁵

En cambio, cuando se trata de la recepción del derecho romano en nuestro medio, y de sus transformaciones hasta la actualidad, entonces sí podremos contribuir con algunos estudios de cierta originalidad; e inclusive, por lo que se refiere al derecho realmente "vivido", que nos habla a través de protocolos notariales y otra archivalía, a menudo estamos mejor informados que nuestros colegas europeos para poder determinar con detalle el perfil del derecho romano recibido, y su evolución.

Así, en la presente ponencia queremos analizar la recepción de las normas acerca del *heres ex certa re*, y su gradual transformación en el medio jurídico novohispano y mexicano.

La recepción del derecho justiniano en México

El reino español que con su derecho más influyó en la Nueva España ha sido el de Castilla, que recibió el impacto del derecho romano y romano-bizantino desde varios ángulos. La original romanización de España, sobre todo bajo el Principado, fue parada por las invasiones germánicas, que finalmente dieron lugar a un cualismo del derecho: por una parte costumbres germánicas y, en su centro, una obra de derecho escrito, el *Codex Euricianus*, de aproximadamente 476 d.C.; y por otra parte, para los originales habitantes del territorio, ahora gobernado por los visigodos, aquel Breviario de Alarico, de 506 d.C., con un derecho romano vulgarizado.⁶ La relativa unificación de estas dos corrientes toma forma del *Fuero Juzgo*, en sus

³ De los aproximadamente diez romanistas capitalinos que nos dedicamos con cierta regularidad a la investigación, todos leemos con facilidad el italiano, y casi todos el inglés; pero sólo una mitad domina el latín, y sólo tres tienen acceso al alemán.

⁴ Nuestro contacto con la vida académica italiana es, ahora muy satisfactoria. Una de nuestras próximas tareas estratégicas será la de establecer contacto con el romanismo germánico, y de intensificar el contacto con Berkeley (con la excelente biblioteca que allí se debe, en gran parte, a David Daube), además de acercarnos a Alan Watson, ahora uno de los grandes romanistas de este continente.

⁵ Por esta razón también es importante no permitir que la grave crisis económica que ahora afecta nuestro país, interrumpiera por ejemplo, nuestra serie de la ZSS, completa desde 1880.

⁶ Sigue en pie la controversia sobre la vigencia exclusiva para aquéllos. En caso de aceptar la primera hipótesis, no deja de ser extraño que tanto derecho visigótico haya sobrevivido el intervalo entre 506 y 654, para encontrar su lugar en el *Fuero Juzgo*.

sucesivas versiones (654-694), obra en la cual predomina el ambiente jurídico visigodo. Allí hallamos la siguiente disposición:

Bien sofrimos, et bien queremos que cada un omne sepa las leyes de los estrannos por su pro; más quanto es de los pleytos iudgar, defendemoslo e contradezimos que las no usen, que maguer (= aunque) que y (= allí) aya buenas palabras, todavía ay muchas gravedumbres (= inconvenientes), porque abonda (= es más que suficiente) por fazer iusticia las razones e las palabras e las leyes que son contenudas en este libro. Nin queremos que daqui adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrannas (FP 2.1.8).⁷

Esta cita, atribuida por la edición latina a Flavio Resisviundo pero por la traducción española —con más probabilidad— a Flavio Chintasvinto, representa un típico intento de contribuir, mediante la unificación del derecho, a la nueva unidad nacional, ya fortalecida desde el ángulo religioso y por el permiso de *connubium* entre godos y habitantes originales.

Más fuerte es la disposición expedida por Resisviundo, el sucesor de Chintasvinto:

Nengun omne de todo nuestro regno defendemos que non presente al iuez para iudgar en nengun pleyto otro libro de leyes si non estre nuestro, o otro translutado segund este: e si lo fiziere alguno, peche XXX libras d'oro al rey. E si el iuez, pues que tomare el otro libro defendudo, si lo non rompiere, o lo non despedazare, reciba aquella misma pena. Mas aquellos non queremos que ayan la pena desta ley los que quisieren allegar las otras leyes que fueron ante fechas, non por destruir estas nuestras, más por afirmar los pleytos que son pasados por ellas (en otras palabras, la prohibición del uso de obras como el Codex Euricianus o el Breviario de Alarico no tiene efecto retroactivo). F. J. 2.1.9.

Esta unificación jurídica sobre una base, más bien visigoda, retrocede ante un nuevo dualismo, cuando la invasión por Tarik, en 710, inicia en la península un régimen islámico, que —sin embargo— resulta tolerante respecto de la supervivencia del cristianismo y del sistema jurídico preexistente, dentro de comunidades de los conquistados; y estos derechos locales, cada vez más independientes del *Fuero Juzgo*, son los que varios siglos después encuentra la Reconquista cuando paulatinamente elimina la domi-

⁷ Oldrado de Ponto, de la Curia Romana, en su Consejo 79.6 afirma: "et scio quod inter alias Hispani fecerunt unam, quod quicumque alegaverit legem Imperatoris in iudicio, capite puniatur"; pero probablemente se trata de una confusión con una disposición, contenida en el mensaje de promulgación del Breviario, que amenaza a los gobernadores provinciales que usaran normas (romanas o no-romanas) no compiladas en el Breviario en los casos de aplicabilidad de este Código. Véase S. Llamas y Molina, *Com. a las... Leyes de Toro*, 3a. ed. (revisado por J. Vicente y Caravantes), Madrid, 1853: comentario a la primera ley, notas 269 y ss.

nación islámica. Además, para apoyar la Reconquista, los líderes cristianos que emprenden ésta crean un derecho de marcado sabor feudal (*cfr.* el Fuero Viejo). A este panorama se junta la Iglesia, con su derecho canónico, completado por el derecho romano, y el creciente prestigio de la Escuela de los Comentaristas, que inspira en la Castilla de mediados del siglo XIII el código de las *Siete Partidas*, básicamente romanista, con algunos aspectos canónicos y visigodos. Inicialmente, las *Siete Partidas* no fueron consideradas como código oficialmente vigente, pero en 1348, en el Ordenamiento de Alcalá, recibió rango de derecho supletorio.

El tono tan marcadamente romanista de las *Siete Partidas*, en opinión de sus creadores, no debería servir de pretexto para alegar en nivel forense el *Corpus Iuris* en forma directa, como vemos en P.1.1.15 y P.3.4.6. A pesar de estas disposiciones, el romanismo de las *Partidas* abrió la puerta al romanismo en general, y así observamos que en la práctica castellana, paralelamente con esta obra, el impacto de los escritos de los comentaristas fue notable, en práctica y teoría, y una ordenanza expedida en Madrid, en 1499, inclusive concede categoría de derecho supletorio a las obras de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y Panormitano, de manera que el derecho romano llegó a ser doblemente supletorio en la Castilla de aquel entonces, una vez a través del contenido romanista de las *Siete Partidas*, y además a través de las obras de cuatro prominentes posglosadores.

Con esta medida de 1499, la Corona había ido demasiado lejos y en 1505, en Toro, el rey reconoce caballerescamente que:

agora somos informados que lo que fecimos por estorbar la prolijidad e muchedumbre de las opiniones de los doctores ha traído mayor dano e inconveniente; por ende por la presente revocamos, cassamos e anulamos, en quanto a esto, todo lo contenido en la dicha ley e ordenanza por nos fecha en la dicha villa de Madrid, e mandamos que aqui adelante no se use de ella, ni se guarde ni cumpla. . .

De manera que se regresa a la primera Ley del Ordenamiento de Alcalá, principio que confirman la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805.⁸

Sin embargo, en la práctica forense, y en las obras dogmáticas escritas para la práctica, las referencias al derecho romano son abundantes, y el prestigioso comentario de Gregorio López a las *Siete Partidas*, de 1555, circunda el contenido iusromanista de aquéllas con un amplio aparato de referencias al *Corpus Iuris* y a la bibliografía romanista medieval, fortaleciendo así la posición del derecho romano-bizantino y de sus comentarios, en la Castilla renacentista. Además, en la vida universitaria, en materia de derecho, sólo se enseñaron los "dos derechos", el romano y el canónico,

⁸ Ley primera, *in fine*.

algo que indirectamente contribuyó a una infiltración de derecho romano, mucho más allá de lo que el Ordenamiento de Alcalá había previsto. Viendo esto, la Corona ordenó en 1713 que se iniciara la enseñanza universitaria del derecho castellano, pero por la falta de adecuados libros de texto al respecto, la ejecución de esta idea tardó todavía varias décadas más, hasta que, por fin, Ygnacio Jordán de Asso y del Río y Miguel de Manuel y Rodríguez publicaron en 1775 la primera edición de sus importantes *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, en las que los autores evitan toda referencia al derecho romano, y explican todo a la luz de normas castellanas. En las subsecuentes famosas obras panorámicas para la práctica jurídica castellana —los *Febrero*, Juan Sala y otros— las citas del *Corpus Iuris* escasean, pero el contenido iusromanista de todos modos es más rico de lo que sugiere la fachada de las obras castellanas, allí citadas; Gómez, Valenzuela, Covarrubias, Ayllón, Castillo, Avendaño y tantos otros autores que hallamos en las notas de referencia, a su vez andan imbuidos de derecho romano-bizantino y sus reinterpretaciones medievales.

Lo anterior cubre también el tema de la recepción del derecho romano en la Nueva España o sea México, con una diferencia: en Castilla, las *Siete Partidas* habían sido derecho supletorio, al que —formalmente hablando— su turno sólo llegó en caso de ausencia de normas aplicables en los fueros locales. Como en la Nueva España faltaba la competencia de tales fueros, las *Siete Partidas*, obra tan romanista, y el comentario de Gregorio López que reforzaba aún el tono romanista de esta obra, tuvieron aquí una vigencia más amplia que en la metrópoli.

El heres ex certa re en la "primera vida" del derecho romano

Antes de estudiar el tema de la recepción de las normas alrededor del *heres ex certa re*, en nuestro medio jurídico, presentaremos un resumen de la evolución de estas normas desde sus albores hasta el *Corpus Iuris*. Los estudios monográficos, al respecto, por Macaleoni, Beseler, Cohen y Sanfilippo⁹ desgraciadamente no estuvieron a nuestra disposición, pero, además de las obras generales como las de Voci y de Bonfante, y las indicaciones en el indispensable Kaser, pudimos aprovechar Martin David, *Studien zur heredis institutio ex re certa*, Leipzig, 1930, gracias a una copia fotostática obtenida en Berkeley, monografía que continúa sobre la base colocada por Macaleoni.

Imaginémonos el caso de un campesino romano que, con la intención de nombrar por testamento a su hijo heredero universal, lo nombra heredero del *fundus*, del rancho o de la hacienda.

El derecho podría adoptar tres actitudes frente a esta anomalía.

⁹ Véase Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1955, p. 573, nota 11.

A. Se podría tomar una decisión dogmática, diciendo: hay una contradicción entre la idea de una transmisión universal, típica de una herencia, y la institución de una persona como sucesor en cuanto a cierto bien. Por lo tanto, el testimonio no debe valer. Pero con esto, uno iría en contra de la tendencia del derecho romano de dar a un testamento, aunque quizás torpemente formulado, alguna interpretación correspondiente a la muy probable intención del testador. Mejor sería, por lo tanto, proceder a lo que Martin David llama una *heilung*, una curación del la *institutio ex re certa*.

B. Una forma de corrección sería la de entregar la *res certa* al *heres ex re certa*, y de destinar el resto del activo de la herencia al heredero o a los herederos de la vía legítima. Las deudas, luego, podrían encargarse a los herederos, de acuerdo con el beneficio obtenido por cada uno de ellos. A veces —no siempre—, empero, esta solución tendría un inconveniente. Puede ser que los herederos de la vía legítima sean precisamente al mismo tiempo *heredes sui*, que, en el sistema romano, para poder favorecer al *heres ex certa re*, hayan sido desheredados expresamente, o en algunos supuestos mediante una fórmula general. Instituyéndolos luego mediante esta forma de corrección, como herederos, iríamos descaradamente en contra de la clara voluntad del *de cuius*.

Pero, al lado de este inconveniente —que sólo se presentaría si los herederos por vía legítima son al mismo tiempo *heredes sui*, y que podría remediarse mediante el principio de que el *heres ex re certa* quedaría combinado con los herederos legítimos que no hubiesen sido desheredados— surge otro obstáculo a esta segunda solución: el de ser incompatible con una vieja regla de derecho romano, que prohíbe mezclar la vía testamentaria con la legítima.

Pomponio, en su comentario a Sabino, formula el principio en cuestión de la manera siguiente: "Ius nostrum non patitur, eundem in paganis (= no-militares) et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus" (D.50.17.7): véase también D.29.2.39 y D.50.17.89; Cicerón, *De Inventione*, 2.21: "nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset". Esta regla antigua, que autores de la "segunda vida" del derecho romano han formulado, e.g., como *causa testati trahit ad se causam intestati*,¹⁰ o "el testamento excluye la vía legítima no por su contenido, sino por su existencia",¹¹ ¿cómo se justifica? Muchos han tratado de explicar su existencia, pero Lenel, pasando revista a los intentos de explicación disponibles para él, reconoce que esta regla sigue siendo un enigma. Ulpiano buscó la explicación en una dudosa lógica verbal, aplicada a una interpretación literal de las *XII Tablas* (el heredero es *ab intestato*, sólo si el *de cuius intestato moritur*: Ulp. *Re-*

¹⁰ Bronhorst, en su discusión de esta *Regula*, *Prolegomena ad Tit. de Reg. Iuris*, con notas de Pedro Ruano, México, 1868.

¹¹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1871, 2a. ed., III, p. 24.

glas, 36.1); Ferdinand Lassalle buscó una justificación en la metafísica popular romana,¹² idea que también encontramos con Bonfante, cuando alega que el heredero, como soberano doméstico, no es simplemente un sucesor patrimonial, y que en la estructura de esta dominación doméstica debía haber un espíritu general concordante, unificado, de manera que debía evitarse la coexistencia de dos autoridades de diferente origen. Schulz explica la regla como medida disciplinaria, educativa, respecto de los testadores: si éstos instituyen a alguien *ex semisse*, sin mencionar el destino del resto, complican la vida a los intérpretes del testamento; si realmente quisieran que sus herederos por vía legítima recibieran la otra mitad: ¿por qué no se tomaron entonces la pequeña molestia de decirlo?¹³ Otros autores apuntan hacia el carácter "individual" de la *hereditas*, que según ellos sería un obstáculo para que se sujetara a dos regímenes distintos; y más intentos de explicación aún se han presentado.

Para nosotros, puede haber algo de cierto en la hipótesis de Bonfante, lo cual al mismo tiempo explicaría que esta regla, ligada a costumbres arcaicas, y no a una lógica objetiva, en el transcurso de los siglos haya perdido su autoevidencia: en la medida en que la "soberanía doméstica" retrocedió ante la soberanía estatal, el heredero tuvo que limitarse a funciones cada vez más exclusivamente patrimoniales, de manera que la citada regla perdía su necesidad. Pero reglas jurídicas, en realidad ya superfluas, no por esta circunstancia desaparecen automáticamente. . .

De todos modos, la práctica fácilmente hace brechas en reglas tradicionales, que han sobrevivido a su necesidad social:

a) Resulta que en el derecho vulgar occidental, la regla de D.50.17.7 es abandonada.¹⁴

b) El testamento militar, en el cual tan frecuentemente una moderna sensibilidad social triunfa sobre antiguos dogmas, permite que el heredero testamentario coexista con herederos legítimos.

c) Gayo comunica que "cereras vero liberorum personas si praeterierit testator valet testamentum (sed) praeteritae istae personae scriptis hereditibus in partem ad crescunt: si sui heredes sint, in virilem; si extranei in dimidiam". Resultado: coexistencia de herederos testamentarios con legítimos.

d) También Papiniano, en D.5.2.15.2 nos presenta un caso de coexistencia entre ambas vías, cuando herederos por vía legítima, además titulares de *portiones legitimae*, triunfan con su *querella inofficiosi testamenti* sobre algunos herederos testamentarios, pero no sobre todos: "credimus eum legiti-

¹² Sobre las ideas de este curioso autor, acerca del derecho sucesorio romano, véase G. F. Margadant, "Consideraciones acerca de la diferencia entre herederos y legatarios en el derecho romano", *Revista de la Academia Nac. de Jurisprudencia*, junio de 1956, pp. 51-61.

¹³ F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 253.

¹⁴ Kaser, *Das Röm. Privatrecht*, München, 1959, II, par. 282, nota 14.

num heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit; nec absurdum videtur pro parte intestatum videri”.

e) C. 5.9.1. castiga a la viuda que no observe el *tempus lectus* mediante una restricción a su *testamenti factio passiva*, y lo que el marido difunto le haya dejado por testamento, ahora quitada a la viuda impacienté, no acrece a los demás herederos testamentarios, sino se destina a los herederos por vía legítima, una disposición de Teodosio I, de 380, d.C., que las *Novellae* 22.40 y 34.2 amplían hacia otros casos de dudosa conducta por parte de la viuda.

f) También en la Nov. 115, cap. III (Quae sunt justae exhaeredation liberum causae), *in fine*, encontramos que testamentos, invalidados por ingratitud, de todos modos subsisten en cuanto a legados, fideicomisos, manumisiones y otorgamientos de tutores o curadores también aquí se mezclan las dos vías, como también en el caso de *praeteritio* (cf *Auth.* en C.6.28.4).

g) Además, todo el sistema de la *actio ad supplendam legitimam*, que deja subsistir la esencia del testamento, paralelamente con un ajuste de beneficios a favor del titular de una *portio* legítima que no haya recibido esta porción en forma completa, puede considerarse como un reflejo de la vía legítima en la vía testamentaria.

Por lo tanto, la antigua regla que correspondía a una sensibilidad jurídica ya fuera de la época clásica y posclásica, comienza a ahogarse en las excepciones. Sin embargo, bloqueando la posibilidad de combinar, en caso de un *heres ex re certa*, la vía testamentaria con la legítima había empujado el conjunto de soluciones para el *heres ex re certa* hacia las reglas que veremos en seguida. Y este grupo de reglas sobrevive a la decadencia de la regla de D.50.17.7. Es curioso que, una vez desaparecido en la sensibilidad jurídica romana y romano-bizantina el fundamento de dicha regla, no se haya recurrido al favorecimiento de los herederos por vía legítima, a través del fideicomiso. Recordemos que, si no hay legados tácitos, fácilmente encontramos *fideicomisos* tácitos, por ser esta institución considerablemente más flexible que el tradicional legado: el *Corpus Iuris* presenta varios casos de fideicomisos por interpretación, equivalente de lo que en el derecho anglosajón serían *construed trusts*,¹⁵ pero no se ha aprovechado esta posibilidad

¹⁵ Ejemplos de tales fideicomisos se encuentran en D. 35.1.92/93 —cuyo supuesto queda también explicado en D. 30.114.6— o D. 31.69 pr. Mediante esta institución, tan flexible, se hubiera podido entregar los bienes no mencionados en el testamento con un *heres ex re certa*, a las personas que de acuerdo con una probable intención del *de cuius* hubieran debido recibirlos. El *heres ex re certa*, ahora fiduciario, desde luego podría retener en tal caso la cuarta trebeliánica. De D. 31.69, pr., vemos que un heredero por vía legítima podía figurar como el beneficiario de tal fideicomiso tácito.

Interesantes son también Inst. 2.17.3 y D.28.3.12.1: estas citas demuestran que la regla de que un segundo testamento revoque un primero, no es absoluta. Así, el primer testamento puede convertirse en fideicomiso dentro del segundo testamento; si en tal caso el primer testamento indica a un heredero universal, y el segundo a un *heres ex re certa*,

para salvar los intereses de herederos por vía legítima (una solución fuera de la cual, de todos modos, hubieran debido quedarse los *sui iuris*, que por haberse quedado desheredados expresamente en caso de verse sustituidos por *heredes ex re certa*, desde luego no podrían aprovechar tal fideicomiso tácito: la expresa *voluntas testantis* bloquearía el camino hacia tal solución). En muchas partes de Europa, después de la recepción del derecho romano, aunque allí D.50.17.7 correspondía menos que nunca a una necesidad social, la práctica continuaba respetando por siglos, tanto la prohibición de la mezcla de ambas vías como su consecuencia, la casuística justiniana acerca del *heres ex re certa*. Pero en Castilla, el desarrollo fue distinto, ya que desde mediados del siglo XIII, las *Partidas* toman la iniciativa para desechar claramente el principio de D.50.17.7. A pesar de tal medida racional, es sólo en forma vacilante y con retraso de varios siglos que España logró modernizar la situación del *heres ex re certa*. Solución: la de recurrir a una ficción, aunque ésta, en casos concretos, pueda ir en contra de la evidente *voluntas testantium*. Tales ficciones que permitan quedarse en la vía testamentaria, aun cuando un testamento haya sido torpemente formulado, se encuentran con cierta frecuencia en el derecho clásico sucesorio: recordemos la eliminación de las condiciones imposibles (la *regula sabiniana* de *Inst.* 2.14.10, D.30.12.1, D.28.7.1 y Pomponio 35.1(3).6, que triunfa sobre la opinión proculeyana, véase Gayo 3.98), eliminación que a menudo habrá dado resultados contrarios a la voluntad del testador; recordemos también la eliminación de todo término en cuanto a la institución del heredero, de D.28.5.34: el *favor testamenti* a menudo triunfó sobre la *voluntas testantis*.¹⁶

Así, durante la fase transitoria de la República hacia el Principado (cuando menos según M. David, criticado al respecto por Rabel).¹⁷ Cuando Aquilio Galo permite una *meilung* semejante en relación con la *institutio heredis excepta certare*: D.28.5.75, el jurista clásico decide, en caso de una *institutio heredis ex re certa* comportarse como perfecto *gentleman* y mirar a otro lado, cuando algún testador comete esta clase de absurdos técnicos en su testamento: en tal caso conviene conservar la validez del testamento, y corregir el error cometido mediante la ficción de tener la referencia a la *res certa* por no escrita, al estilo de lo que sucede con la condición física o jurídicamente imposible. Pero este sencillo principio luego da lugar a una

este último sólo recibirá la *res certa*, mientras que el heredero universal conserva su calidad de tal; D.36.1.29 sugiere que en tal supuesto, *originalmente* debía haber un fideicomiso expreso en el segundo testamento, pero luego —¿interpolación?— tal referencia a un fideicomiso se consideraba sobreentendida, de manera que bastaba que el *de cuius* no hubiese manifestado algo en *contra* de tal supuesto fideicomiso (*cf.* *Inst.* 2.17.3): otro caso de fideicomiso por interpretación.

¹⁶ Véase A. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium*, Roma, 1916.

¹⁷ Crítica de esta hipótesis en E. Rabel, *Die Erbbrechtstheorie Bonfantes*, ZSS 50.306, nota 1.

serie de refinamientos casuísticos, que podremos explicar en la forma siguiente, citando primero los lugares relevantes de las fuentes, y formulando luego la regla que de tales citas puede ser derivada.

I. D.28.5.1.4. *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione* (Ulp. 1 ad Sab. y D.28.6.41.8: *... nam et qui certae rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.*

Por lo tanto: *primera regla*: en caso de un solo heredero, instituido *ex re certa*, se tiene por no escrita la referencia a la *res certa* y el heredero será universal.

Observemos que un principio semejante se aplica si las cuotas, atribuidas a los diversos herederos, no agotan la totalidad de la herencia. Así, en *Inst.* 2.14.5 encontramos: "si unum tantum quis, ex semisse verbi gratia, heredem scripserit, totus as in semisse erit: neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi cit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur".

La figura contraria al supuesto de esta primera regla, o sea la *heredis institutio detracta certa re*, es objeto de D.28.5.75, donde Aquilio Galo propone simplemente eliminar la *detractio* en cuestión, solución simétrica con la de nuestra primera regla (en su forma actual, la cita no es muy feliz: "sine ea re" significa, empero, con bastante seguridad: "sin aquella restricción").

II. En las *Inst.* de Justiniano, 2.17.3 se complica un poco el supuesto de nuestra primera regla (véase también D.28.3.12.1, D.36.1.30):

Sed si quis priore testamento iure perfecto posterius aeque iure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt, cuius constitutionis inseri verba iussimus, cum aliud quoque praeterea in ea constitutione expressum est: imperatores severus et Antoninus Cocco Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit. iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.

La cita continúa con las palabras, posiblemente de otra mano: "et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur".

De lo anterior se deriva la *Segunda regla*: si la institución del *heres* (úni-

co) *ex re certa* consta en un testamento posterior, el contenido del anterior sigue en vigor, pero como fideicomiso, de manera que el *heres ex re certa* verá su beneficio (la *res certa*) sólo aumentado con la cuarta trebeliánica del resto.

III. Cambiemos de nuevo el supuesto: ahora analizaremos qué sucede con una pluralidad de *heredes ex re certa*.

D.28.5.9.13 comunica: "Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse (= 2/3) eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur", a lo cual una mano posterior añade: "si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur", interpolación que ya Faber había encontrado, en el Renacimiento. Para el supuesto especial de D.28.5.10 vale una solución igual: "Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitus quasi non adiectis partibus heredes scripti essent: nec enim facile ex diversitate pretium (o quizás "praediorum" o "pretii partium") inveniuntur, ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset" (Paulus, 1 ad Sabinum).

A primera vista, las citas anteriores parecen justificar como tercera regla: "si sólo hay *heredes ex rebus certis*, son considerados herederos universales por partes iguales". Sin embargo, citas como D.25.8.35 pr., 1 & 2, o D. 25.8.78 pr. indican que los clásicos prefirieron una solución más ajustada a la voluntad del testador, y que la autoridad que preside la repartición deberá tratar de obtener que los herederos, mediante promesas y fianzas, pasen de la base inicial de igualdad de partes, hacia un resultado patrimonial deseado por el testador.

En D.28.5.35. se trata de un testamento con dos *heredes ex re certa*: uno por los bienes en la Provincia, otro por los bienes en Italia. Hay una duda respecto del dinero mandado a la Provincia para comprar allá bienes, destinados a Italia: tales dineros pendientes de invertirse, o mercancías pendientes de mandarse, ¿a cuál de las dos masas pertenecen? Ulpiano, tomando este problema lesde sus raíces, dice en pr. y 1:

Dicebam, receptum esse, rerum heredem institui posse: nec esse inutilem institutionem: sed ita ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est, consequi. Ita igitur res accipietur: verbi gratia, pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano: et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum (= tres cuartas partes del patrimonio sucesorio), alterum quadrantem (una cuarta parte); erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti (de acuerdo con la prima-facie-versión de la tercera regla, que tendremos que rechazar); verumtamen officio iudi-

cis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictus est, adjudicetur vel attribuatur. 1. Unde scio quaesitum, aeris alinni onus pro qua parte agnosci debeat? Et refert Papinianus, cuius sententiam pise quoque probavi, pro hereditariis partibus eos adgnoscerere aes alienum debere, hoc est: *pro semisse* (= por mitades).

La referencia que hace Ulpiano a Papiniano, quizás apuntaba hacia la cita de D.28.5.78 pr., en la que éste responde:

qui non militabat (= ya que para el testamento militar valian otras reglas) bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titum. Iure, semisses ambos habere constitit; sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem. . . sequi.

En ambas citas viene una referencia a la cuarta falcidia que viene a complicar los cálculos, a causa de la ficción de que, lo que uno tiene que entregar a otro para poderse pasar de una repartición por partes iguales, hacia la *voluntas testantis*, se considere como legado.

De lo anterior se desprenden dos reglas: *la tercera regla*, en el sentido de que, si sólo hay herederos *ex rebus certis*, que agoten el activo de la herencia, cada heredero recibirá la cosa o las cosas a él destinadas; en cuanto a la responsabilidad por las deudas: ésta se reparte en forma igualitaria entre los herederos. Si los bienes que un heredero tiene que entregar ahora al otro, para pasar de una repartición igualitaria de los bienes hacia la repartición prevista en esta regla, son tan cuantiosos que exceden del 75% de lo que le correspondería en caso de repartición igualitaria de activo y pasivo la aplicación de la *Lex Falcidia* aporta cierta suavización.

IV. Además de las citas anteriores resulta como *cuarta regla*: si sólo hay herederos *ex rebus certis*, que no agoten el activo de la herencia, ésta se reparte en forma igualitaria; sin embargo, las *res certae* destinadas a cada uno deberán estar comprendidas en la cuota que cada heredero recibirá; y si la *res certa* o las *res certae* que han sido destinadas a algún heredero, no caben dentro de la cuota igualitaria, la obediencia a la *voluntas testantis* requiere un ajuste, tratado como legado (y que, por lo tanto, eventualmente daría lugar a la aplicación de la *Lex Falcidia*), de acuerdo con la regla anterior.

V. Compliquemos un poco más la constelación de los hechos: al lado de algunos herederos, cada uno *ex re certa*, hallamos a otros herederos *ex re certa*, instituidos en conjunto para alguna *res certa*. A este supuesto se refiere D.28.5.11: "Attius fundi Corneliani heres esto mihi; duo Titii illius insulae heredes sunt: habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet". Y Javoluno, en 7. spist., está de acuerdo.

Por lo tanto: *quinta regla*: si uno o varios herederos, cada uno *ex re certa*, coinciden con coherederos instituidos conjuntamente *ex quadam re certa*, a los conjuntamente instituidos les tocará como grupo la misma porción que recibirá cada uno de los herederos, instituidos por alguna cosa determinada, cada uno.

VI. Para el caso de una coincidencia del *heres ex re certa* con un heredero universal, un punto de partida es ofrecido por una cita que debemos al fragmento del Codex Hermogenianus:¹⁹

Imp. Gordianus a.Sextio Juvenali. Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset; sane officio familiae herciscundae iudicis convenire ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit. Falcidiam quoque in matris testamento cessare, falso tibi persuasum est. Proinde cum iuris ignorantiam excusare facile non possis, si maior annis hereditati matris tuae renuntiaste, sera prece subveniri tibi desideras. (243). Interpretatio: si quis per testamentum heredem aliquem appellaverit et rem certam, id est aut possessionem aut mancipia aut quamlibet aliam speciem, de qua dubietas esse non possit, sub heredis vocabulo dimiserit, cui heredis nomen imposuerit, ad eum et illa quae non sunt nominata, perveniant.

La *interpretatio* parece limitarse al caso de la regla primera, pero el caso presentado ante Gordiano obviamente se refiere a un *heres ex re certa* que no es el único heredero mencionado en el testamento, de manera que hay necesidad de un *iudex* para la repartición de la herencia. El resultado es nuestra *sexta regla*: en el derecho prejustiniano, si el *heres ex re certa* coincide con un heredero universal, por ficción ambos herederos heredan *ex semisse*, pero el juez deberá ajustar la repartición a la presunta voluntad del testador, reduciendo el beneficio del *heres ex certa re* a la *res certa* (aunque, según David, siga responsable por las deudas en la misma proporción que corresponde al coheredero o a los coherederos).

7. Esta solución sirve de puente hacia la decisión de Justiniano, de considerar en tal caso al *heres ex re certa* como legatario, algo que mejora considerablemente su posición, ya que desaparece su responsabilidad por las deudas. La cita importante, al respecto, es C.6.24.13:

Imp. Justinianus A. Menae pp. Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint,

¹⁹ G. Haenel, *Codiccs Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus*, Leipzig, 1842, p. 20.

nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri (529).

"*Certum est*" podría sugerir que no se trate de una innovación, sino de una regla que ya estaba firmemente establecida, pero, por otra parte, a Justiniano a veces le gusta presentar sus innovaciones como simples confirmaciones de principios ya antiguos.

Así llegamos a la *séptima regla*, referente al sistema justiniano y correctora, al respecto, de la regla anterior: el *heres ex re certa*, que coincide con uno o más herederos universales, será considerado como legatario, y como tal responderá eventualmente de lo que sea necesario para completar la cuarta falcidia, pero no de una participación en las deudas.

Evidentemente, con lo anterior quedan sólo esbozadas las grandes líneas del tema. Podríamos añadir todavía varios refinamientos más, que hallamos en el *Corpus Iuris*, como el problema de *Nov. 115.5 pr. (524)* de la relación entre la *res certa* y la *portio legitima*, o el de saber hasta qué grado el *pretium in locum rei succedit*; pero para nuestro tema, que gira sobre todo alrededor de la recepción del derecho justiniano, lo anterior parece suficiente.

El derecho castellano

Veamos ahora, dentro del complicado contrapunto de asimilación y rechazo del derecho justiniano en la antigua Castilla, cuál haya sido la suerte de la casuística romano-bizantina alrededor del tema que nos ocupa.

El derecho sucesorio castellano de las *Siete Partidas* muestra sustanciales desviaciones del derecho romano: la institución de un heredero ya no es elemento esencial de todo testamento; se admite el testamento hecho por mandatario, y los testamentos conjuntos de cónyuges; el tema de la *portio legitima* se ve complicado por las mejoras de tercio y quinto y varias modificaciones son aportadas en cuanto a la forma testamentaria; además, aparece ahora en toda su gloria el albacea. Pero, ¿qué sucede con el *heres ex re certa*?

El principio que todavía en tiempos republicanos había influido tanto en la elaboración de la casuística del *heres ex re certa*, o sea el principio de la incompatibilidad entre la vía testamentaria y la legítima, ahora ha desaparecido expresamente. En el supuesto, tan a-romano, tan antirromano, del testamento sin institución de heredero, P.5.4.1 dispone que "valga en cuanto a las mandas i otras cosas que en el se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno, i entonces herede aquel que según derecho i costumbre de la tierra avia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento". Por lo tanto, ya nada se opone a que la vía legítima venga

a completar un testamento que no cubra todo el panorama de la herencia: la *heilung* ya no viene necesariamente desde dentro del testamento: ahora se acepta francamente ayuda desde afuera, desde la vía legítima. En otras palabras, si un testamento sólo contiene la institución de un *heres ex re certa*, para todo lo demás se podría aplicar la vía legítima. Pero esto es precisamente lo que no sucede, y P.6.3.14 dispone lo siguiente:

En una cosa señalada, assi como en vina, o en otra cosa cualquier, estableciendo un ome (= hombre) a otro por su heredero, si en este mismo testamento, o en otro que fiziesse después el testador, non fallassen que el ouiesse otro establecido por su heredero, este atal (o sea el *heres ex re certa*) deve aver todos los bienes del testador, maguer (= aunque) fuesse establecido en una cosa señalada tan solamente. Pero las mandas del testamento de velas cumplir, assi como las fallares y (= allí) escritas. (Todo esto corresponde a nuestra "primera regla"). E si por aventura el testador fiziesse después²⁰ otro heredero, estonce aquel que diximos de suso que era establecido en la cosa señalada, deve aver esa tan solamente, e todos los otros bienes deven fincar al otro que fue después establecido (Gregorio López hace una audaz condesación de esta parte de P.6.3.14, en la forma siguiente: "si autem unus in una re, alius sine re, sit institutus, tunc insititutus sine re erit haeres, alius vero habebit rem illam, tanquam legatarius", lo cual corresponde a nuestra séptima regla). Otrosi (= además) dezimos que si dos omes fuessem establecidos por herederos en un testamento, el uno en una cosa, e el otro en otra señalada, si el fazedor del testamento non departiesse, nin mandasse dar a otro, los bienes que ouiessem, estos amos (= ambos) los deven aver todos igualmente e cada uno dellos deve aver ante aquella cosa en que (esté) establecido por heredero, pero amos de so uno son tenudos de responder a las debdas del fazedor del testamento (nuestra "cuarta regla"). E si por aventura el testador estableciesse en una cosa señalada por heredero o un ome, e a dos ayuntadamente (= conjuntamente) en otra cosa cierta, si non mandasse los otros bienes, devenlos aver estos herederos, partiéndolos entre si en esta manera: la meytad a aquel que fue establecido por heredero en la una cosa, e la otra meytad a los dos fueron establecidos en la otra (nuestra quinta regla), fueran ende (= salvo) si el fazedor del testamento dixesse que heredassen todos igualmente. Pero cada uno destos deve aver adelantada aquella cosa en que fue establecido por heredero.

²⁰ Esta cita da lugar a múltiples dudas. El supuesto de que dos testamentos sucesivos sean tomados en cuenta parece pugnar con P.6.1.21, que considera que un segundo testamento automáticamente invalida el primero. Aparentes excepciones, como en P.6.1.21, P.6.1.8 o P.6.1.22 apuntan más bien hacia una validez alternativa de ambos testamentos, que hacia una validez simultánea. Gregorio López trata de salvar la situación creada por la ominosa palabrita de "después", interpretándola como "más abajo, en el mismo testamento", salida artificial, que no cubre el uso anterior de "después", en el supuesto inicial de la misma Ley. Además, para el resultado jurídico poco importa que la institución del heredero universal venga antes o "después" de la institución del heredero *ex re certa*, dentro del mismo documento testamentario. Leyendo el texto con sentido común, habla a favor de la posible coexistencia de dos testamentos sucesivos, válidos.

Como vemos, se trata de una simplificación de la casuística justiniana, al respecto, simplificación en la que falta sobre todo la generalización de la séptima regla: no vieron los compiladores que ya no existió obstáculo alguno para extender esta regla, y considerar al *heres ex re certa*, en todos los casos, como legatario, combinándolo, en caso de necesidad, con el heredero designado en la vía legítima.

El próximo paso viene del lado del famoso posglosador italiano, Bártolo. En su comentario a D.28.5.4 y 28.5.9.13, este autor se pregunta: si el testador instituye al heredero para un solo bien, y le *prohibe* tomar el resto de la herencia, mientras que, al mismo tiempo, este testador no instituya a algún heredero para aquel resto, ¿podríamos buscar a tal heredero o a tales herederos del resto, en la vía legítima? Bártolo contesta positivamente, y con esto crea otra situación más, en que procede la mezcolanza de las vías testamentaria y legítima, recibiendo los herederos *ab intestato* el saldo de la herencia, vedado al *heres ex re certa*. Este paso por parte de Bártolo provoca más tarde resistencia entre otros juristas, que querían quedarse más fieles al *Corpus Iuris*, como el renacentista "Dynus" probablemente Dino da Mugello, el cual se inspira al respecto en los dos grandes juristas de Imola, Joannes de Imola, del comienzo del siglo XIV, y Alexander de Imola (= Alexander Tartagnus) que florece en la siguiente generación.

Luego, Alfonso XI, en el Ordenamiento de Alcalá (1348) completa el principio de P.5.4.1. Éste había permitido el testamento sin institución de heredero, en cuyo caso éste, el heredero, es buscado en la vía legítima, la cual es combinada con la testamentaria. Ahora se dispone que en caso de que el heredero testamentario rechace la herencia, será sustituido por el heredero por vía legítima, quedando el resto del testamento (legados, etcétera) en vigor. Y en 1505, en el cap. 24 de las Leyes de Toro, una norma recopilada en 5.6.8 de la *Nueva Recopilación*, también prevé la coexistencia entre ambas vías: desde la Baja Edad Media, en el mundo castellano, la antigua regla de D. 50.17.7 queda completamente eliminada. A pesar de esto, parece que a nadie se le ocurrió todavía simplificar de paso la casuística, provocada por el *heres ex certa parte*, una casuística que desde el *Corpus Iuris* había pasado en forma simplificada hacia las *Partidas*, como hemos visto, pero que, de todos modos, parece innecesariamente compleja, una vez que se reconozca la inutilidad de D.50.17.7.

Es interesante que en la cuarta edición (1786) de las *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, que utilizamos en nuestro Seminario, en la pág. 108, donde los autores afirman que, si queda uno establecido "por heredero de cierta parte de bienes, si no se nombra otro heredero, éste lo será de todos", un lector, con letra del siglo XVIII, anotó al margen: "está correg. por Derecho de Recopilación", considerando obviamente que la Recopila-

ción, abandonando claramente el principio de D.50.17.7 había privado de fundamento la anterior solución romana sobre nuestro tema.

El heres ex re certa en la Nueva España y en México independiente

Abundan los testamentos novohispanos en nuestros archivos notariales; sin embargo, en el archivo histórico notarial de la ciudad de México, haciendo un muestreo de 1600 a 1610 y de 1700 a 1710, no encontramos casos de instituciones de *heredes ex re certa*. La razón es sencilla: los notarios obedecen a ciertos formularios para los testamentos, que no dan lugar a esta complicación. Los testamentos que revisamos generalmente comienzan por un preámbulo religioso, que termina con "Amén". Luego el testador suele legar su alma al Creador, y su cuerpo a la Tierra, a menudo con indicaciones sobre la clase de sepultura que desea. Después vienen generalmente las obras pías, las misas por leer, algunos legados "mandas", y listas de bienes y deudas; y luego viene aquella figura central del nuevo sistema sucesorio: el albacea, institución no conocida en esta forma por el derecho romano-bizantino, con poder para cobrar, vender, pagar y administrar. Y después viene la lista de los herederos, con sus cuotas en el saldo que queda, después de que el albacea o los albaceas hayan cumplido con su deber, y con indicación de si los hijos deben traer a colación ciertos favores especiales que eventualmente ya hayan recibido; y al final generalmente se revoca expresamente cualquier testamento anterior.²¹ Este sistema, de un albacea que vende lo necesario para pagar las deudas, liquida los legados, para las obras pías, y luego reparte las cuotas, no prevé la existencia de un *heres ex re certa*, institución que obviamente no pasó por la mente de los que prepararon estos formularios generales.

A fines de la fase novohispana, a causa del carácter algo desordenado de la antigua legislación castellana, con tantas capas coexistentes, surgió una importante literatura práctica acerca del derecho, caracterizada por las diversas ediciones de *Febrero*, *Sala*, *Álvarez*, etcétera, que abundan en nuestras viejas bibliotecas. Estas obras fueron adaptadas a México, y para el derecho positivo del México independiente de las primeras generaciones, son importantes aquellas series del *Febrero Mexicano*, *Nuevo Febrero Mexicano*, *Nuevo Sala Mexicano*, *Novísimo Sala Mexicano*, etcétera, a las que se juntan las *Pandectas Hispano-Megicanas* (J. N. Rodríguez de San Miguel). En estas obras encontramos un ambiente contradictorio alrededor de nuestro tema, cosa natural: por una parte, siempre resulta difícil para estos

²¹ Revocaciones que no eran necesariamente válidas; como medida protectora de las mujeres en contra de presiones de maridos para que cambiasen su testamento, un testamento anterior podía contener indicaciones secretas sobre fórmulas, sin las cuales la revocación en un testamento posterior no valdría: Pedro Melgarejo, *Compendio de contratos públicos*, Madrid, 1776, pp. 85-86.

autores determinar, entre tantas fuentes consideradas como relevantes para el derecho "positivo", con soluciones contradictorias, cuál debe prevalecer sobre cuál; y, además, se trata en nuestro caso, de una institución que sólo con poca frecuencia se habrá presentado en la práctica. Así, por una parte el *Febrero Mejicano* de 1834, en sus páginas 78-79, se declara inconforme con la idea del *Febrero* español, de que para el *heres ex re certa* deba seguirse la casuística romana, y añade que "muchos opinan" que el instituido sólo recibirá la *certa res*, pero que por lo demás, se debe recurrir a la vía legítima; los *heres ex re certa* no deben ser responsables de deudas y cargas, de acuerdo con este autor, que, por lo tanto, quiere equiparar al mencionado heredero, a un legatario. En aquella misma época, también la edición mexicana del *Derecho Real de España* por Juan Sala, 1831, en la página I.310 propone la modernización del sistema; pero en las *Pandectas Hispano-Mejicanas*, ambas ediciones, sigue figurando bajo número 3329 aquella norma de P.6.3.14, que simplifica la casuística romano-bizantina en relación con nuestro tema, pero no la abandona.²²

Las *Concordancias* de García Goyena, con su enorme prestigio en el mundo latinoamericano ya abandona claramente el sistema justiniano y de las *Partidas*, en relación con nuestro tema,²³ y la *Ley de Sucesiones por Testamento y Ab intestato* del 2.V.1857,²⁴ además de suprimir las cuartas falcidia y tribeliánica, limita el *ius adcrescendi* a los casos de sus artículos 21 y 23, donde no figura el *heres ex re certa*, de manera que tácitamente ya se modernizó legislativamente la situación del *heres ex re certa*²⁵ y, efectivamente, en 1870, en visperas del importante Código Civil distrital, el *Novísimo Sala Mexicano* rechaza el sistema romano para el *heres ex re certa* parte (con referencia a "Vela, Disposición 47, n. 58", libro que todavía no hemos logrado localizar).²⁶

El famoso Código Civil distrital de 1870 reconoce la validez de una mezcla entre la vía testamentaria y la legítima (artículo 3366) y permite el testamento que sólo contenga legados (artículo 3368), pero no equipara el heredero *ex re certa* del artículo 3502, al legatario, mencionando la posibilidad de tal institución sin aclarar sus consecuencias.

Después de la reforma de 1884, el Código Civil distrital sigue reconociendo que se pueden mezclar las dos vías (artículo 3229) sigue permitiendo el testamento sin institución de heredero (artículo 3231), y también prevé

²² *Pandectas Hispano-Mejicanas*, II, 613/4 de la edición de 1840 y II, 664 de la edición de 1852.

²³ F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1952, art. 627.

²⁴ Véase Dublán y Lozano, *Legislación mexicana*, t. 8, núm. 4917, p. 440.

²⁵ La modificación de esta Ley, el 10.VIII.1857, Dublán y Lozano, *op. cit.*, t. 8, núm. 4967 no afecta nuestro tema.

²⁶ *Novísimo Sala Mexicano*, México, 1870, I.295.

la institución de un heredero por una cosa cierta (artículo 3338), sin asimilar en tal caso la institución del heredero a la de un legatario, y sin indicar cuáles son exactamente las consecuencias de tal forma de institución.

Por fin, el Código distrital actual, promulgado en 1928 y en vigor desde 1932, termina este largo desarrollo, y declara llanamente en su artículo 1382: "El heredero instituido en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario", principio general que, para una situación especial ya se asomaba en la séptima regla que hemos señalado en relación con la casuística del *Corpus Iuris*.

Conclusión

Además de la estimulante casuística iusromanista, lo que tanto ha atraído al posterior jurista occidental en el derecho romano-bizantino, ha sido el hecho de que muchas de las instituciones y soluciones que hallamos en el *Corpus Iuris* siguen correspondiendo a nuestro sentido de equidad, a nuestra moderna sensibilidad jurídica. Todos recordamos las elogiosas referencias, al respecto, a la "razón escrita", y al triunfo del derecho justinianeo en tiempos de la Recepción, *non ratione Imperii sed imperio rationis*. Sin embargo, por el tradicionalismo inherente al derecho en general,²⁷ y por el innato respeto del romano a su pasado, en el derecho clásico romano y en el derecho romano-bizantino encontramos también varios principios muy antiguos que ya habían sobrevivido a su necesidad o utilidad, principios a veces formalmente mantenidos, pero suavizados o ahuecados mediante una creciente cantidad de excepciones.

Como tales principios hallamos, en relación con nuestro tema, la prohibición de la mezcolanza de la vía testamentaria con la legítima, y la invalidez de un testamento sin institución de un heredero.

El campesino de tiempos preclásicos, instituyendo a su hijo como heredero de su rancho, habla con claridad: todos comprendemos que quiere instituir a su hijo heredero universal. Pero en siglos posteriores, cuando el testador instituye a alguien como heredero de *un* activo entre varios, ¿cómo conviene entonces interpretar tal testamento —siempre tomando en cuenta que el principio del *favor testamenti* nos obliga a hacer un esfuerzo para evitar la invalidez de tal declaración testamentaria—? El camino simple, o sea el de considerar a tal heredero como legatario, y de completar el testamento mediante la vía testamentaria, nos queda bloqueado por los dos mencionados principios. Se nos presentan aquí cuatro factores: 1) la frecuente ignorancia por parte del público, de la debida técnica jurídica en cuanto a formulación

²⁷ El Mefistófeles de Goethe —demonio tan lleno de sentido común— observa sobre el derecho: "soluciones inteligentes se vuelven disparates; beneficios se convierten en molestias; ay de ti! por ser nieto..." (*Fausto* I, 1976/7).

de un testamento; 2) la necesidad de hacer un esfuerzo para dar alguna interpretación a un testamento defectuosamente formulado, más bien que dejar tal documento en estado de invalidez; 3) la necesidad de evitar una mezcla de la vía testamentaria con la legítima, y 4) la imposibilidad de un testamento sin institución de algún heredero. Fuera del ambiente de los testamentos militares, siempre más flexibles, lo anterior dio lugar a una casuística relativamente compleja, que hemos tratado de condensar en siete reglas básicas sobre el *heres ex re certa*.

En tiempos de la recepción del derecho justiniano en el sistema jurídico castellano, los dos mencionados principios antiguos, ya obsoletos, son abandonados francamente, pero no se moderniza en forma concordante la situación del *heres ex re certa*. Es verdad que al mundo relativamente rudo de la Castilla de Alfonso X no se traslada *toda* la casuística justiniana sobre tal heredero, pero básicamente su tratamiento en P. 6.3.14 corresponde al derecho romano-bizantino, y no se aprovecha el abandono de los mencionados dos principios romanos antiguos, para generalizar la solución de C.6.24.13, dispuesta para un caso especial, hacia todo el panorama del *heres ex re certa*.

Hemos visto cómo, en los siglos subsecuentes, se presentaron algunos tímidos acercamientos a la solución moderna de considerar al *heres ex re certa* como legatario, hasta que al comienzo del siglo pasado autores de autoridad comienzan a proponer claramente esta solución, y cómo, en México, la tendencia moderna, después de formulaciones legislativas poco claras de 1857, 1870 y 1884, finalmente triunfa en el Código Civil del Distrito Federal de 1928, en vigor desde 1932.

Uno puede decir que en tales casos, principios de derecho romano, en realidad ya anticuados en tiempos clásicos pero tolerados por tradicionalismo, hayan estado frenados, después de la Recepción, la racional evolución jurídica occidental. Pero, como la nerviosidad e impetuosidad del legislador pueden ser factores negativos en el desenvolvimiento del derecho, también puede alegarse que haya sido una ventaja para los derechos del continente europeo occidental, encontrarse frenados en su desarrollo por textos de autoridad que, en caso de contener a veces principios obsoletos, de todos modos tuvieron que erosionarse paulatinamente. Un buen vehículo, además de tener ruedas y motor, necesita frenos. Al dilema de la obediencia al texto de autoridad o su rechazo en caso de contener tal texto algún principio que parece innecesario o nocivo, se refiere la acertada observación de Jolowicz:

The lawyer, in fact, is always between the devil and the deep sea. On one hand he must not allow authority to lead him into injustice; on the

other hand he must not give his decision arbitrarily, without authority, merely because it seems just to him at the moment.²⁸

En esta función social, de añadir cierta inercia a la evolución del derecho positivo, encontramos otro mérito más que el derecho romano ha tenido dentro del desenvolvimiento sinérgico de nuestros sistemas neorrománistas: en bien de la seguridad jurídica, probablemente no ha sido un mal sistema obedecer a un texto de autoridad, con muchos aciertos y algunos elementos obsoletos, para permitir luego que los intérpretes formulen sus críticas y, a veces, audaces proposiciones de cambio, que luego son discutidas ampliamente, para sólo desechar ciertas reglas antiguas cuando ha cristalizado un *consensus* respecto de su inutilidad. En cierto sentido, es una lástima que la aceleración de la historia y la comprensible impaciencia de nuestra generación ya no permite este proceder tan prudente. Creyendo a menudo que lo insatisfactorio de nuestra vida social se debe a defectos de legislación, ahora existe la tendencia de desechar en bloque sistemas de normas que a menudo no han tenido una oportunidad equitativa de mostrar su calidad, sustituyéndolas por normas muy distintas, entre las que generalmente hay muchas "moscas de un solo día".

Román IGLESIAS G.
Guillermo Floris MARGADANT S.

²⁸ H. F., Jolowicz, *The Stone the Builders Rejected: Adventures of Some Civil Law Texts*, Seminar XII, Washington, D. C., 1954, p. 50.