

cuatro : el *peculio castrense*, el *cuasi-castrense*, y los que los comentadores han llamado *adventicio* y *profecticio*. La situacion de los hijos de familia , con respecto á sus derechos sobre estos peculios, fué sucesivamente mejorada por las constituciones imperiales, y mucho por Justiniano.

Respecto de las demas personas por las cuales se adquiere tambien la propiedad, es preciso hacer las distinciones que resultan de la extension de los derechos que corresponden al usufructuario, al que recibe en uso ó al poseedor de buena fe.

En todos estos casos y en sus diversos límites se adquiere la propiedad, aunque sin saberlo y contra su voluntad.

En cuanto á la posesion, se adquiere tambien por estas mismas personas y con los mismos límites. Sin embargo, hay la diferencia de que, como sucede á la propiedad, no se adquiere ignorándolo y contra su voluntad; es preciso que tengamos la intencion, y por consiguiente, conocimiento de la posesion tomada en nuestro nombre. — Si se trata, sin embargo, de cosas que corresponden á un peculio, bastan la intencion general de aprovecharse de cuanto á él corresponde, sin que tengamos un conocimiento particular de cada cosa de las que entran en la posesion.

Respecto de las personas que nos son extrañas, nunca adquirimos por ellas la propiedad; — pero podemos adquirir la posesion, y como consecuencia de ella, la propiedad. — Tambien se necesita en este caso que tengamos conocimiento é intencion de la posesion que ellas toman en nombre nuestro. — Sin embargo, si se trata de un procurador nuestro, basta el primitivo mandato, y adquirimos la posesion aun sin saberlo, y aun antes de que sepamos que nuestro procurador la ha recibido.

Despues de haber expuesto de este modo los medios de adquirir objetos particulares, pasa el texto á la exposicion de los medios de adquirir por universalidad.

DE LAS SUCESIONES Ó ADQUISICIONES POR UNIVERSALIDAD.

Habia casos en que todo el patrimonio de una persona, la universalidad de sus bienes y de sus derechos, pasaba en su totalidad á otra persona, en cuyo caso se verificaba lo que se llamaba sucesion por universalidad (*per universitatem successio*), adquisicion de una universalidad (*per universitatem acquisitio*).

La universalidad transmitida de esta manera comprendia en su totalidad todos los bienes corpóreos é incorpóreos, todos los derechos activos y pasivos, á excepcion únicamente de algunos cuya naturaleza los hacía extinguirse por el efecto mismo de esta sucesion.

El que así adquiria, se hallaba sustituido al antiguo propietario, se llamaba sucesor suyo (*successor*), entraba en su puesto y lugar, sostenia su persona (*personam ejus sustinebat*), es decir, la tomaba en sí y la continuaba.

Las sucesiones por universalidad se verificaban no sólo por los muertos, sino aun tambien en muchos casos por los vivos, los cuales podian ellos mismos ver pasar su patrimonio y su persona jurídica á un sucesor.

Las Institutas tratan primero de las sucesiones universales de los individuos fallecidos, es decir, de las diferentes herencias y de los diversos géneros de adquisicion que á ellas corresponden.

En cuanto á las sucesiones universales de los vivos, fueron casi todas suprimidas por Justiniano. Sin embargo, las Institutas les dedican algunos títulos, aunque muy cortos.

De las herencias.

Para restituir á esta materia el tipo romano que le corresponde, es preciso considerarla en todo el rigor del derecho primitivo.

Que un hijo de familia, que una persona *alieni juris*, muera, es un individuo, es sólo un cuerpo humano el que perece. Su persona se confundia con la del jefe; las cosas sagradas de la familia (*sacra familiae*; *sacra gentis*), las cosas profanas, como dominio, obligaciones, acciones, todo residia en la cabeza de aquel jefe; la muerte del hijo no dejaba en esto ningun vacío; la persona no ex-

perimentaba ninguna alteracion, no habia lugar á ningun reemplazo ni sucesion.

Pero que muera un jefe de familia : la persona que representaba, y las cosas sagradas y profanas, dominio, obligaciones, acciones que residian en dicha persona, ¿adónde van á parar? Su muerte ha dejado un puesto vacante, ha causado un vacío en la asociacion; este vacío se llenará; este puesto vacante será ocupado; esta persona se renovará y continuará en otra.

Así es que muere el individuo; pero la persona jurídica es inmortal. Semejante al alma que se desprende del cuerpo para ir, según expresion de ciertos filósofos, á animar otros seres, así (pero más ciertamente en el orden legislativo romano) la persona jurídica se desprende con el último aliento del moribundo, para pasar á comunicarse á otros individuos. Creacion del derecho civil, no puede perecer por una parte material; sólo causas jurídicas pueden extinguirla y hacerla fenecer.

Pero este reemplazo de un ciudadano fallecido, por otro, la designacion de aquel que debe despues de la muerte de un jefe de familia ocupar su lugar y continuar jurídicamente su persona, lo mismo en las cosas sagradas que en las profanas, no son en la constitucion primitiva de los romanos negocios de derecho privado, sino actos que pertenecen eminentemente al orden religioso y público. La jerarquía de este reemplazo está determinada; la organizacion de esta agregacion política, que se llama familia, no ya natural, sino civil, es su regla y su ley general. Si se quiere destruir esta jerarquía de las agregaciones civiles, ó salir de ella, se necesita una ley particular. El pueblo convocado en el orden primitivo y aristocrático por curias en los comicios curiados (*calata comitia*), tenidos para los actos más importantes del culto religioso, para el colegio de los pontífices, para la inauguracion del rey ó de los flaminos, para la *detestatio sacrorum* (1), es el mismo que decide, que admite á tal ciudadano para que por muerte de tal otro lo reemplace y lo continúe en la asociacion (2). El testamento es una verdadera ley.

Pero trasladémonos á los tiempos primitivos. En éstos el pueblo

(1) Aulo Gelio 15, 27. Véase en adelante, § 1.

(2) Véase de dónde viene la regla de que el testamento debe hacerse *uno contextu*, porque si los comicios eran interrumpidos, todo lo principiado era nulo, y era preciso volverlo á principiar. Véase de dónde procede la que exige que el heredero designado exista y tenga los derechos de ciu-

no es más que un nombre ilusorio, la asociacion aristocrática y patricia lo era todo; de ella dependian los comicios curiados y las cosas sagradas, y á ella es á quien se trata de mantener y perpetuar intacta en sus diferentes agregaciones por voluntad de toda la corporacion. Los plebeyos no eran nada ó muy poco para que pudiesen aspirar en comunidad á formas religiosas y públicas de tanta elevacion; la ley comun debia bastarles, si no de derecho, al ménos de hecho, pues los testamentos dependian de la decision de las curias.

En este caso se presenta en su auxilio un medio ficticio é ingenioso; no se hará el testamento en las curias, pero se venderá su patrimonio por la mancipacion (*familia pecuniaque*, dice la fórmula) (1); y el comprador de este patrimonio (*familia emptor*), si no es un heredero, al ménos obtendrá su lugar (*heredis locum obtinebat*) (2). Véase el testamento *per mancipationem, per aes et libram*; testamento ficticio hecho para eludir la necesidad de la intervencion de los comicios, y que en su origen debió ser absolutamente plebeyo.

Posteriormente, cuando los plebeyos hubieron obtenido esta transaccion política, reclamada por ellos tan largo tiempo, una ley uniforme, una ley general escrita y conocida de todos, la ley de las Doce Tablas, de la cual la siguiente disposicion fué considerada como una conquista, como un derecho adquirido por todos los ciudadanos: «*Uti legassit super pecunia tutelave suce rei, ita jus esto*»; palabras interpretadas en el sentido más lato: *legare, legem dicere, legem condere*, hacer la ley de su herencia (3). De donde se deduce la consecuencia de que las curias no debian intervenir en los testamentos para estatuir legislativamente, con la facultad de consentir en ellos ó de desecharlos, sino sólo para recibirlos y comprobarlos (*teste populo*, dice el párrafo de Teófilo) (4). El tes-

dad en el momento que se haga el testamento; pues es preciso que exista y tenga los derechos de ciudad para que los comicios le sean favorables; pero cualquiera que sea su edad ó su sexo, poco importa, porque su presencia en los comicios no era necesaria. La primera de estas reglas ha pasado á nuestro derecho; la segunda no ha tenido en él lugar. — Véase, en fin, lo que explica las particularidades más notables del derecho romano sobre las sucesiones.

(1) Véase más arriba y en adelante los términos de la fórmula.

(2) Gay. 2. p. 103.

(3) «*Verbis legis XII Tabularum his: UTI LEGASSIT SUZE REI ITA JUS ESTO, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et lib-ri-tes dandi, tutelas quoque constituendi.*» Dig. 50. 16, 120. f. Pomp.—Ulp. Reg. 24. 1. «*Legatum est quod legis modo, id est imperativo testamento relinquitur.*»—Esta expresion *condere testamentum*, como se dice *condere legem*.

(4) Teof. § 1. y sig.—Así es que yo creo debe resolver la cuestion tan debatida todavía entre los

tamento indirecto *per aes et libram* continuó siendo por otra parte el más frecuente, porque era el más cómodo; pero admitiendo en su fórmula la expresion de que el ciudadano plebeyo ó patricio ejercia en él un derecho que la ley pública le aseguraba: «*Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*» (1).

Así el ejercicio de este derecho fué siempre precioso á los romanos, fué la conquista del plebeyo; una manumision de su posicion inferior; una de sus nivelaciones con los patricios; el ciudadano consideró como un honor el usar de este poder público; de ser el legislador de su herencia (*legem testamenti condere, testamentum condere*), y en las costumbres de los romanos se consideró la muerte *abintestato* como una especie de desgracia ó de mancha en la memoria; tanto más, cuanto que nada habia que imponer á los herederos de la ley general, á aquel que no se habia escogido por sí mismo; ninguna obligacion, ninguna disposicion, por minima que fuese, que poderles afectar.

De esta apreciacion general de la historia podemos ahora pasar á los pormenores del derecho.

En dos sentidos se toma la palabra *herencia*: significa, ó la sucesion, el hecho de suceder á la universalidad de los bienes y de los derechos de un ciudadano difunto (2), ó esta misma universalidad (3). La herencia en este último sentido comprende el patrimonio del difunto, considerado en su conjunto, exceptuando únicamente aquellas cosas que han debido extinguirse por su muerte, cualquiera que sea por lo demas este patrimonio, que consista en objetos corpóreos ó en acciones, solvente ó insolvente, lucrativo ó oneroso.

En el antiguo idioma del derecho, la herencia, el conjunto del patrimonio, se llamaba *familia*; de aquí procedió para el que la re-

que piensan que las curias decidian legislativamente sobre los testamentos, y los que creen que sólo prestaban testimonio. Yo distingo las épocas, y esta distincion me parece admisible, á ménos que no se diga que en la ley de las Doce Tablas *legare* sólo designa la ley impuesta al sucesor: dependiendo siempre la eleccion de este sucesor del que debe continuar la persona, de la decision de los comicios, y haciendo ley la voluntad del testador para todas las demas disposiciones, del mismo modo que en el testamento *per aes et libram* constituye la emancipacion el *familie emptor*; y la *nuncupatio* declara la ley que el testador impone á este comprador. Véase Gayo 2. § 244. —Ulpiano. 24. 1.

(1) Gay. 2. § 104. —Véase la fórmula más adelante.

(2) «*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*» (Dig. 50. 16. 24. f. Gay.)

(3) «*Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successions, et non singulares res demonstrat.*» (D. 50. 16. 208. § 7. f. Afric.)

cogia la palabra *heres*, heredero, derivada de *herus*, jefe de la familia (1); y posteriormente, en fin, el de *hereditas*, que todavía no se habia empleado en la ley de las Doce Tablas.

Mientras que nadie habia recogido todavía ó adquirido la herencia, ésta sostenia y continuaba por sí misma la persona del difunto (2); formaba una especie de persona legal (3), considerada como propietaria de las cosas hereditarias (4). De este modo llenaban los romanos la laguna entre la muerte del propietario y la adquisicion de su herencia por otro. La persona jurídica, desprendida por la muerte del individuo, se fijaba en el patrimonio, hasta que habia un heredero al cual podia pasar.

La herencia se deferia por testamento ó por la ley.—Antes que todo se colocaba la herencia testamentaria, la disposicion, la declaracion del ciudadano de su herencia; «*Uti legassit super pecunia tutelave suce rei, ita jus esto*», decian las Doce Tablas.—Sólo en segundo lugar y á falta de disposicion testamentaria arreglaban la herencia la misma ley decemviral; *si intestato moritur.....* etc., y como acabamos de decir, morir intestado era una desgracia y aún una deshonra.

Estas dos especies de herencias de tal modo se excluian recíprocamente, que mientras que podia haber esperanza de herencia testamentaria no podia diferirse la herencia *abintestato*, que nunca podian hallarse á un tiempo en una misma sucesion, porque dos cosas se consideraban como inconciliables: morir con testamento y sin él (5). En efecto, ó la ley común ó la ley particular; pero la una destruye la otra, de donde se deducen por consecuencia estos otros dos principios: 1.º, si es la ley común la herencia *abintestato*, el difunto no tiene nada que dejar á los que no son herederos por ningun acto de su voluntad, ni que encomendarles ninguna disposicion; 2.º, si se trata de la ley particular del testamento, debe abrazar toda la herencia; nada puede quedar fuera de ella; si el

(1) «*Veteres enim heredes pro dominis appellabant.*» (Instituts. 2. 19. § 7.)

(2) «*Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.*» (D. 41. 1. 34. pr. f. Ulp.)—Este principio se halla tambien en las Institutas, lib. 3, tit. 17. pr.

(3) «*Hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.*» (D. 46. 1. 22. Florent.)

(4) «*Creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere.*» (D. 28. 5. 31. § 1. f. Gay.) —«*Domini loco habetur hereditas.*» (D. 11. 1. 15. pr. f. Pomp.)

(5) Cicero, *De inventione*, 11. 21.—«*Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.*» (D. 50. 17. 7. f. Pomp.)

difunto ha testado sólo en parte, las disposiciones testamentarias que sean válidas serán extensivas á toda la sucesion (1).

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDENANDIS.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

Esta etimología de la palabra *testamentum* puede considerarse como cosa fútil y discurrida despues de examinada la palabra. Ha podido parecer indicada por esta definicion de Ulpiano: «*Testamentum est mentis nostre justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*» (2); definicion que concuerda con la dada en el Digesto por Modestino: «*Testamentum est voluntatis nostre justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult*» (3). Verémos, sin embargo, que desde la institucion de los codicilos ha faltado alguna cosa á estas definiciones.

I. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse: quorum altero in pace et otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabatur; altero, cum in praelium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per aes et libram*: scilicet quod per mancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripente, civibus romanis, puberibus, præsentibus, et eo qui familiae emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt. Quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desinit.

(1) «*Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest.*» (Inst. 2. 14. § 5.)

(2) Ulp. Reg. 20. § 1.

(3) D. 28. 1. 1.

TÍTULO X.

DE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

La palabra testamento toma su origen de *testatio mentis*: testimonio de la voluntad.

1. Para que nada de la antigüedad sea de todo punto ignorado, diremos que en otro tiempo estuvieron en uso dos especies de testamentos. Los romanos usaban el uno en la paz y el descanso, y se llamaba *calatis comitiis*; el otro en el momento de marchar al combate, y se le llamaba *procinctum*. Posteriormente se añadió una tercera especie, el testamento *per aes et libram*, que se hacía por la mancipation, es decir, por una venta ficticia, con asistencia de cinco testigos y un *libripens* (el que lleva el peso), ciudadanos romanos púberos, con el que se llamaba *familia emptor* (comprador del patrimonio). Pero desde los tiempos antiguos cayeron en desuso los dos primeros modos de testar; y el testamento *per aes et libram* dejó también de usarse en algunas de sus partes, aunque se practicase por más tiempo.

Así los antiguos romanos tuvieron dos especies de testamentos, que hacian, como dice Gayo, el uno en la paz y tranquilidad, y el otro en el momento de ir al combate, á los que se agregó despues una tercera especie. Los comentarios de Gayo, las reglas de Ulpiano, los escritores romanos y la paráfrasis de Teófilo, nos dan acerca de estos tres testamentos algunos pormenores históricos, que me parece oportuno reproducir.

Calatis comitiis. Esta expresion significa, propiamente hablando, en los comicios convocados (*calare est vocare*, de la voz griega *καλεῖν*) (1). Los *calata comitia* eran asambleas especiales del pueblo, convocadas en caso necesario, para el despacho de ciertos negocios, y ademas en tiempos determinados para la formacion de los testamentos. Esto es lo que nos explica Aulo Gelio, fundándose en la autoridad de Labeon: «*Calata comitia..... quae pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa... Eadem comitiis quae calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant*» (2). La convocacion de estos comicios para los testamentos se verificaba dos veces al año; particularidad que sólo sabemos por Teófilo, pero que hoy se halla confirmada por Gayo (3). El dia de esta convocacion, los ciudadanos que querian testar lo hacian en aquellos comicios, bajo la autoridad y presencia del pueblo (*teste populo*). Tal era el testamento *calatis comitiis*; su forma primitiva y solemne acredita el carácter legislativo, la potestad de ley que el derecho originario de los romanos habia exigido para sancionar la voluntad del ciudadano sobre su herencia.

Procinctum. Gayo nos da la verdadera significacion de la palabra *procinctus*, que significaba ejército equipado y sobre las armas: «*Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*» (4). Para el ciudadano llamado á las armas y pronto á entrar en campaña, no podia presentarse la ocasion de los *comitia calata*, y la guerra, sin embargo, iba á poner su vida en peligro á cada momento. Antes de partir (*cum belli causa ad pugnam ibant; in praelium exituri*), en presencia del ejército sobre las armas (*in procinctu*), despues de cumplidas las ceremonias religiosas de que habla Ciceron (5), cada

(1) Paráfr. de Teóf.; bajo este párrafo pinta detalladamente esta forma de convocacion.

(2) Aul. Gel. 15. 27.

(3) «*Quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.*» (Gay. 2. § 101.)

(4) G. 2. § 101.

(5) Ciceron. *De natura deor.* 2. 3.

ciudadano soldado podia hacer su testamento. Esto se practicaba tambien durante la campaña, en el momento de una batalla ó de una empresa peligrosa. Veleyo Patérculo nos representa cinco cohortes legionarias que en el ataque de Contrebia (1), en España, hacian testamento *in procinctu*, ántes de acometer una posicion escarpada de que acababan de ser arrojados, y que el cónsul les mandaba recobrar (2). Tal era el testamento *in procinctu*, que sólo era una derivacion del *testamento calatis comitiis*. Para el soldado romano los *calatia comitia* eran el ejército sobre las armas; donde estaba el ejército de esta manera, allí se hallaban sus comicios convocados. Así como el primer testamento se llamaba testamento ante los comicios convocados (*calatis comitiis*), del mismo modo el segundo se llamaba testamento ante el ejército sobre las armas (*in procinctu*). Cuando las Institutas, y segun ellas Teófilo, llaman al testamento *testamentum procinctu*, usan una denominacion extraña y corrompida, que no es la que usan Gayo, ni Ulpiano, ni los autores romanos.—Parece, por lo demas, que en vez de la necesidad primitiva de hacer la declaracion ante el ejército sobre las armas, como en los comicios militares, se introdujo en adelante el derecho de hacerla únicamente ante un cierto número de testigos, compañeros de armas, lo que dió origen á las formas mucho más sencillas y privilegiadas de los testamentos militares.

Per aes et libram. Las dos formas primitivas de testar presentaban muchos inconvenientes. Dejando aparte la dificultad que tenían los plebeyos para aspirar originariamente á un testamento *calatis comitiis*, este testamento sólo podia hacerse en Roma dos veces al año, al tiempo de la convocacion; la otra, en tiempo de guerra y estando sobre las armas; sin embargo, podia uno verse acometido, sin poder preverlo, de un peligro de muerte, y morir intestado, por no hallarse en el primero ó en el segundo caso. Aquí, como en toda la legislacion, el espíritu de sutileza y de ingeniosos rodeos viene á desvanecer la dificultad. No se derogó el derecho primitivo, pero se eludió; no se testó de diferente manera sobre su herencia, pero se la vendió. La verdadera herencia, es decir,

(1) Segun el diccionario de Misiano, es el pueblo que ahora conocemos con el nombre de Trille, famoso por sus baños minerales. Don Miguel Cortés y Lopez, en su *Diccionario geográfico-histórico de la España antigua*, dice que la antigua Contrebia es Zorita de los Canes, que está en el partido de Alcalá, arzobispado de Toledo. (N. del T.)

(2) «*Facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundem forent*» (Vell. Patere. 2. 5).

abierta realmente á la muerte de un ciudadano y entregada á un heredero, era, en calidad de cosa incorpórea, *res nec mancipi* (1); pero el patrimonio, la familia del ciudadano (*familia pecuniaque*), considerada en vida suya y en la disposicion que hacia de él, se consideró *cosa mancipi* (véase más arriba); transmitióse, pues, en mancipacion á aquel á quien queria darse uno á sí mismo por sucesor, con todas las formalidades ordinarias de este acto, tales como las dejamos explicadas; con los cinco testigos ciudadanos, el que llevaba el peso (*libripens*), la barra de metal, que representaba el precio, la balanza (*aes et libra*), y las palabras sacramentales propias del caso (2). La mancipacion presentada de esta manera suministraba un modo solemne é indirecto de testar en todas las ocasiones. El comprador de la herencia (*familiae emptor*) obtenia lugar y puesto de un heredero (*heredis locum obtinebat*); y como tal el testador le ordenaba, le confiaba, le daba en mandato todas las disposiciones que queria se ejecutasen despues de su muerte (*et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet*). Tal era el testamento *per aes et libram*.

In desuetudinem abierunt. Ya en tiempo de Gayo y Ulpiano, bajo el imperio de Antonino Pío y de Caracalla, hacia mucho tiempo que habian caido en desuso las dos primeras formas de testamento, y aquellos jurisconsultos nos hablan de ellas como de instituciones antiguas. El testamento *per aes et libram* las habia reemplazado absolutamente; pero este último tambien habia experimentado importantes modificaciones. *Sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat*, dice Gayo. En efecto, siendo la mancipacion un acto de enajenacion irrevocable, y habiendo recibido el futuro heredero el patrimonio en mancipacion, de tal modo que adquiria el patrimonio (*familiae emptor*), resultaba de esto que el testador, al mismo tiempo que continuaba siendo señor de sus bienes durante su vida, se hallaba, sin embargo, comprometido en la eleccion de su heredero; el *familiae emptor* tenia, segun los principios rigurosos, un derecho cierto de herencia (3). Se descubrió tambien el medio de eludir el rigor de estos principios. El *familiae emptor* no

(1) Gay. 2. §§ 17 y 34.

(2) «*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATAM TUTELAM CUSTODELAMQUE MEAM (RECIPIO, PECAQUE) QUO TU JURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC ERIT, et ut quidam adjiciunt, AENAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA; deinde ara percussit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco.*» (G. 2. § 104.)

(3) Esto nos lo dice Teóf. en la paráf. de este párrafo.

fué ya más que un tercero extraño á la institucion testamentaria, una especie de representante que intervenia como el *libripens*, por pura formalidad, para observar en apariencia el antiguo derecho: «*Alius, dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur*», y el heredero se instituia en un escrito. Entónces el testamento *per aes et libram* se compuso, como nos dice Ulpiano, de dos formalidades distintas: la primera era la mancipacion de la herencia (*familiae mancipatio*); y la segunda la nuncupacion del testamento (*testamenti nuncupatio*).—La mancipacion de la herencia continuó haciéndose como se hacía por el derecho antiguo, segun hemos descrito, aunque por pura fórmula, no siendo ya más que una mancipacion absolutamente imaginaria (*imaginaria mancipatio*).—Despues de esto, el testador, teniendo en sus manos las tabletas del testamento, decia: «*Hæc uti in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.*» Y esto se llamaba *nuncupatio et testatio*. En efecto, dice Gayo, *nuncupare est palam nominare*, nombrar en alta voz; por estas palabras se juzga que el testador nombra y confirma en alta voz cada cosa de las que se hallan especialmente escritas en sus tabletas (1).

Partim et hoc in usu esse desuit. Estas palabras hacen alusion á la *mancipatio familiae*, que en el testamento *per aes et libram* habia llegado á ser una pura fórmula.

II. Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referbantur; postea ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur; sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necessaria.

2. Estas tres formas de testamento se refieren al derecho civil; pero con posterioridad el edicto del pretor introdujo otra. El derecho honorario no exigia, en efecto, ninguna mancipacion, pues bastaba que se pusiesen los sellos de los siete testigos, formalidad que no era necesaria segun el derecho civil.

El derecho civil se habia acomodado para la forma de los testamentos á las modificaciones graduales que acabamos de exponer; mas el derecho pretoriano habia ido más adelante. Acomodándose á los usos introducidos y á una sencillez más útil de formas, no habia dado importancia á la *familiae mancipatio*, ni aún á la *nuncupatio testamenti*. Quedando así el *libripens* y el *familiae emptor*

(1) Véase acerca de todos estos pormenores á Gayo, 2. § 104.—Ulp. Reg. 20. §§ 2 y 9.—Teóf., hic.

despojados del papel simbólico que representaban, y reducidos á de simples testigos, el número de éstos se habia hecho subir por lo mismo hasta siete. Mas el edicto del pretor habia exigido una nueva formalidad: se habia introducido el uso de cerrar con sello las tabletas del testamento, de modo que fuese imposible leerlas ni variar nada sin romper el sello. El pretor constituyó este uso en una formalidad rigurosa, y exigió que los siete testigos pusiesen sus sellos (*signatum annulum*). Tal era el testamento honorario. Si se seguian las formalidades del derecho, el testamento era válido segun el derecho civil; si se seguian las del edicto, era válido segun el derecho pretoriano. En este caso no daba la herencia civil sino la *posesion de los bienes*.—Estas disposiciones del edicto se encontraban ya en pleno vigor en tiempo de Gayo y de Ulpiano: «*Etiamsi jure civili non valeat testamentum*, dice este último jurisconsulto, *forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum fuit non minus quam septem testium civium romanorum signis, bonorum possessio datur*» (1).

III. Sed cum paulatim, tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus, cepit in unam consonantiam jus civile et prætorium jungi, constitutum est, et uno eodemque tempore (quod jus civile quodammodo exigebat), septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, ex edicto prætoris signacula testamentis imponerentur. Ita ut hoc jus tripertitum esse videatur, et testem quidem et eorum præsentia uno contextu, testamenti celebrandi gratia, a jure civili descendant; subscriptiones autem testatoris et testium, ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur; signacula autem et testium numerus, ex edicto prætoris.

3. Pero poco á poco las costumbres y las constituciones imperiales conformaron el derecho civil y el pretoriano, y se estableció que el testamento se hiciese en un solo transcurso del tiempo, con asistencia de siete testigos (lo que en cierto modo se exigia por derecho civil), con la suscricion de estos testigos (formalidad introducida por las constituciones), y la fijacion de sus sellos, conforme al edicto del pretor. De tal modo que este derecho tuvo un triple origen. La necesidad de los testigos y su presencia en un solo contexto que procedia del derecho civil: las suscripciones del testador y de los testigos, de las constituciones sagradas; y en fin, los sellos y el número de los testigos, del edicto del pretor.

De la conformidad del derecho civil con el derecho pretoriano y con las nuevas disposiciones de las constituciones imperiales, nació la última forma de testamento, vigente en tiempo de Justiniano y confirmada por la legislacion de este príncipe. El testador presen-

(1) Gay. 2. §§ 119 y 147.—Ulp. Reg. 18. 6.

ta á siete testigos su testamento, escrito por él ó por otro cualquiera, ya ántes ó ya en presencia de ellos; si la escritura es de otra persona distinta, debe poner en la misma y en presencia de aquéllos su suscricion, es decir, su firma, su nombre (esta formalidad no era necesaria si el testamento dice que todo él está escrito de su mano); despues de esto, cada testigo á su vez pone su suscricion (*suscriptionem*), y en seguida, cerrado el testamento, su sello (*signaculum annulum*).

Si el testador quiere hacer un testamento secreto, cuyas disposiciones nadie sepa, lo presenta sellado, liado, ó solamente cerrado, enrollado hasta el fin de lo escrito, declarando que es su testamento; en la extremidad no enrollada, que queda descubierta (*reliquia parte*), pone su suscricion, y si no sabe ó no puede escribir, suple esta falta un octavo testigo que suscribe por él; los testigos ponen allí tambien su suscricion, y despues, cerrado enteramente el testamento, ponen sus sellos (1).

En el reinado de Valentiniano III, en Oriente, y de Teodosio II, su colega, en Occidente, sustituyó esta nueva forma á las dos anteriores. Sin embargo, la sustitucion no fué tan completa en las regiones occidentales del imperio, pues los trabajos históricos de Mr. Savigny han probado que el uso del testamento civil *per aes et libram*, y del testamento pretoriano, se mantuvo en Occidente, y que áun todavía se observaba esta forma en la Edad Media.

Jus tripertitum. El texto demuestra suficientemente cómo y de qué manera las formas de este consentimiento procedian del derecho civil, del derecho pretoriano y de las constituciones. Por esto los comentadores han discurrido para este testamento el nombre de *testamentum tripertitum*.

Uno contextu. La solemnidad del testamento, es decir, las diversas formalidades de que se compone, debian verificarse en una sola vez, sin que pudiesen interrumpirse por ningún acto extraño, exceptuándose únicamente la satisfaccion de las necesidades corporales, ó lo que exigiese la salud misma del testador (2): «*Est autem uno contextu*, dice Ulpiano, *nullum actum alienum testa-*

(1) Véase en el Cód. la const. de Teodosio y Valentiniano, 6. 23. 21. — Esta última forma de testar se ha perpetuado casi sin alteracion en nuestro código con el nombre de testamento *mystique* (*); art. 876 y sig.

(*) Tambien entre nosotros se ha conservado casi en igual forma con el nombre de cerrado ó *in scriptis*.— (N. del T.)

(2) La const. de Justiniano, Cod. 6. 23. 28, hace una enumeracion bastante minuciosa de esto.

mento intermiscere» (1). Los testamentos *calatis comitiis* y *per aes et libram* nos muestran ambos el origen de esta regla; si los comicios se interrumpian, todo habia que volverlo á principiar de nuevo; y el acto civil de la mancipacion no admitia tampoco ninguna interrupcion. — Por lo demas, la operacion de escribir ó dictar el testamento no se hallaba comprendida en las solemnidades, que principiaban con la presentacion del testamento á los testigos.

Testamenti celebrandi gratia: esto hace alusion á otra condicion del derecho civil, á saber: que los testigos deben ser convocados especialmente para el testamento (*specialiter rogati*); porque los comicios eran especialmente convocados (*calatis comitiis*); lo que en el derecho más reciente debia entenderse, segun dice tambien Ulpiano, en el sentido de que si han sido convocados para otro negocio, pero que ántes de principiar la solemnidad se les previene (*certiorentur*) de que van á servir de testigos al testamento, esta circunstancia era suficiente (2).

Testium numerus. La necesidad de la presencia de testigos procedia del derecho civil. Su número era de cinco, segun este derecho; mas habiendo reducido el edicto del pretor al *libripens* y al *familie emptor* al papel de simples testigos con la supresion de la *mancipatio*, puede decirse que el número de testigos, que fué entonces el de siete, procedia del edicto.

IV. Sed his omnibus ex nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

4. A todas estas formalidades nuestra constitucion, para asegurar la legitimidad de los testamentos y para evitar todo fraude, ha añadido que el nombre del heredero deba hallarse escrito de mano del testador ó de los testigos: todo segun el tenor de dicha constitucion.

La necesidad de esta formalidad adicional, establecida por una constitucion de Justiniano (Cod. 6. 23. 28), fué suprimida por una novela del mismo emperador (Nov. 119. 9).

V. Possunt autem omnes testes et uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annulli una sculptura fuerint, secundum quod

5. Todos los testigos pueden sellar el testamento con un mismo sello. En efecto, ¿qué podria oponerse, como lo ha hecho observar Papiniano,

(1) Dig. 28. 1. 21. § 3. frag. de Ulp.

(2) D. 23. 21. 1. § 3. frag. de Ulp.

Papiniano visum est? Sed alieno quoque annulo licet signare testamentum.

si los siete anillos tuviesen todos el mismo sello? También puede sellarse el testamento con anillo de otro.

Sobre el anillo que usaban comunmente los ciudadanos romanos, llevaban grabado su sello; pero ¿se habría podido sellar válidamente con otro cualquiera sello que no fuese el del anillo? Ulpiano responde que sí, con tal que esté grabado en él algún signo ó figura distintiva (1). La fijación de un sello por cada testigo podría parecer ilusoria, pues se permitía usar, no sólo el anillo de otro, sino aún un mismo anillo por todos. Pero es preciso saber que cada testigo, al lado de la impresión que había hecho con el sello, escribía de su propia mano por quién, y sobre el testamento de quién se había fijado dicho sello. Éste era un uso adoptado, y que los jurisconsultos recomendaban mucho ántes de que las constituciones imperiales hubiesen exigido la suscripción de los testigos (2). Es preciso, por lo demás, no confundir esta anotación colocada al lado del sello con la suscripción ó firma exigida por las constituciones: esta suscripción era, como lo indica su mismo nombre, interior, é iba bajo la cubierta (*suscriptio*), en el cuerpo mismo del acta; mientras que la otra era exterior, y se hallaba sobre la cubierta (*superscriptio*).

VI. Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec qui bonis interdictum est, neque is quem leges jubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.

6. Pueden ser testigos todos aquellos con los cuales hay acción de testamento; pero las mujeres, los impúberos, los esclavos, los furiosos, los mudos, los sordos, los pródigos legales y los que la ley declara improbos é indignos de testar, no pueden serlo.

Este párrafo no puede explicarse de un modo satisfactorio sino refiriéndose al testamento *per as et libram*, tal como existía rigurosamente en su primitiva forma, cuando el mismo heredero era el *familiae emptor*.

Cum quibus testamenti factio est. En la época de que acabamos de hablar, el testador, *mancipans*, el heredero, *familiae emptor*, el *libripens* y los testigos, concurrían juntos á hacer el testamento: era preciso que hubiese entre ellos *facción de testamento*, es de-

(1) Ib. 21. § 5. Es preciso restablecer en este fragmento la negación, que sin duda falta.
(2) D. 28. 1. 21. § 4. f. Ulp.—20. f. Paul.

cir, el poder de concurrir simultáneamente á su formación. Y como este acto era entonces una mancipación, era necesario que tuviese respectivamente el derecho de tomar parte en la mancipación, ya como enajenante, ya como adquirente, ya como *libripens* ó como testigos. La condición general para todos era que tuviesen el comercio (*commercium*) (1); había, además, condiciones particulares para cada uno, según el papel que representaba.

Mulier. Las mujeres podían adquirir por mancipación, ya por sí mismas, ya por otro (2); luego podían concurrir á la formación del testamento como *familiae emptor*, pero no como testador, porque les estaba prohibida la mancipación de las cosas *mancipii*, á no ser con autorización de su tutor (3); ni como *libripens*, ni como testigo, porque no eran admitidas á prestar su ministerio en actos públicos y solemnes (4).

Impubes. Es preciso aplicar las mismas reflexiones á los impúberos (5); con la diferencia, sin embargo, de que no podían nunca mancipar su herencia, ni aún con autorización de su tutor (6). Por lo demás, las reglas de la mancipación declaraban positivamente que el *libripens* y los testigos fuesen púberos (*civibus romanis puberibus*).

Servus. Los mismos principios se aplican á los esclavos: pueden recibir en mancipación, y por consiguiente, ser *familiae emptor* para su señor (7); pero nunca mancipar ni ser *libripens* ni testigos, *cum juris civilis communionem non habeant*.

Furiosus, mutus, surdus. El loco no puede en manera alguna participar de la acción de testamento, ni como mancipante, ni como *familiae emptor*, ni como *libripens*, ni como testigo, *quo-*

(1) Por ejemplo, vemos en Ulpiano (Regla 19. 4) que la mancipación podía verificarse entre los latinos junianos, porque tenían el comercio (*commercium datum est*); también nos dice el mismo autor en seguida: «*Latinus Junianus et familiae emptor, et testis, et libripens fieri potest, quoniam cum eo testamenti factio est* (Reg. 20. 8.)» Pero el latino juniano no representaba estos papeles sino en la realización de la mancipación. En cuanto á la capacidad de adquirir el mismo la herencia, si hubiese sido instituido, no la tenía, según la ley JUNIA, sino en cuanto á la muerte del testador, ó en el intervalo de la creación, llegase á ser ciudadano romano (Ib. 22. 3).

(2) Gay. 2. 90.

(3) Ulp. Reg. 11. 27.—20. 15.—Gay. 1. 115.—2. §§ 112. 113. 118. 121 y 122.

(4) Enau, sin embargo, admitidas á dar testimonio en justicia (Dig. 28. 1. 20. § 6. f. Ulp.), porque esto era atestiguar hechos que habían llegado á su conocimiento, y no concurrir á un ministerio público.

(5) Gay. 2. §§ 83 y 87.—Ulp. Reg. 19. 18. Con tal que hubiesen llegado á la edad en que podían adquirir por mancipación.

(6) Gay. 2. 113.

(7) Gay. 2. § 87.

niam mentem non habet, á no ser en sus lúcidos intervalos.—El mudo, porque si es *mancipans* ó *familie emptor verba nuncupationis* (vel *mancipationis*) *loqui non potest*; y si es *libripens* ó testigo, no puede dar testimonio.—El sordo, *quoniam verba familie emptoris* (vel *mancipantis*) *exaudire non potest*.

Cui bonis interdictum est. El pródigo no podia concurrir á una mancipacion de ninguna manera, porque le estaba prohibido el comercio: (*quoniam commercium illi interdictum est*), y por consiguiente, bajo ninguna cualidad tenía la faccion de testamento (1).

Improbum intestabilemque: esta expresion *intestabilis* comprendia á un tiempo la incapacidad de testar y la de concurrir á la faccion de ningun testamento (*nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*): tal era el individuo condenado por libelo (*ob carmen famosum*) (2), por concusion (*repetundarum*) (3), por adulterio (*adulterii*) (4), y el que nos indica el párrafo de Tefilo, y que sobre todo juzgamos del caso mencionar aquí, á saber: el que habiendo concurrido á un testamento se hubiese negado á asistir á su apertura, despues de la muerte del testador, para reconocer su *suscricion* y su sello.

Acabamos de explicar este párrafo por los principios del antiguo derecho en la época en que el mismo heredero concurría á la formacion del testamento en calidad de *familie emptor*; y por estos principios todo se explica claramente. Pero es preciso examinar las alteraciones ocurridas despues.

Habiendo cesado de ser *familie emptor* el mismo heredero, no hallándose ya instituido este último sino en las tabletas, y permaneciendo extraño á la mancipacion, resultó de esto que algunos ciudadanos, que segun la forma primitiva no podian ser herederos, porque les era imposible intervenir en una mancipacion, pudieron ser instituidos con arreglo á la nueva forma: tales fueron el impúbbero aún siendo *infans*, el loco, el mudo, el sordo, y el que tiene interdiccion; y sin duda alguna, aunque no lo hallemos expreso en los fragmentos de los juriconsultos, esta extension en la facultad de instituir á ciertas personas fué uno de los primitivos motivos que determinaron la modificacion del testamento *per aes et*

(1) Ulp. Reg. 19. 4. combinado con 20. 13. y Dig. 28. 1. 18.

(2) D. 28. 1. 18. § 1. f. Ulp.—22. 5. 21. f. Arcand.

(3) Ib. 15. f. Paul.

(4) Ibid. 14. f. Papin.

libram. Desde entónces la expresion tener faccion de testamento con alguno, aplicada á los herederos, no significa ya, como en otro tiempo, poder concurrir personalmente á la formacion solemne del testamento, sino que tomó ya el sentido que le daban los juriconsultos en tiempo de Gayo y Ulpiano, y que encontramos claramente definido en el § 4, del tít. 19 de la Instituta: «Tienen faccion de testamento aquellos que pueden recibir por el testamento de otro, y adquirir, ya por sí mismos, ya por otro, aunque no puedan testar» (1). En este sentido, el esclavo, el impúbbero, aún el *infans*, el loco, el mudo, el sordo, el que tiene entredicho ó pródigo legal, tienen faccion de testamento, aunque no puedan personalmente cooperar á la formacion de éste.

Por consecuencia de las mismas alteraciones, sucedió que no se consideraron ya para el *familie emptor* las condiciones exigidas al que adquiría por la mancipacion, sino las de un simple testigo, pues él y el *libripens* no intervinieron ya sino por mera formalidad. Así, despues de Gayo, que decia: «*De libripende eadem, que et de testibus, dicta esse intelligimus: nam et in testium numero est*», Ulpiano escribia ya: «*Mutus, surdus, furiosus, pupillus, femina, neque familie emptor, neque testis, libripensve fieri potest*» (2).

Hay una regla general respecto de los testigos, que consiste en que las condiciones de su capacidad sólo deben considerarse en ellos en el momento que prestan su ministerio, es decir, en el momento de la formacion del testamento (*testamenti quidem faciendi tempore*), como dice el párrafo siguiente; poco importan las variaciones ocurridas despues: «*Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent non mortis tempore*» (3).

VII. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus, Catonio Vero, quam postea divus Severus et Antoninus, rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, ac si, ut oportet, factum esset; cum eo tempore quo testamentum signa-

7. Uno de los testigos que al tiempo de la formacion del testamento fué reputado libre, con posterioridad fué reconocido como esclavo. Adriano, en un rescripto dirigido á Catonio Vero, y despues Severo y Antonino, declararon que juzgaban venir en apoyo del testamento, á fin de que fuese considerado por tan válido como si todo él hubiese sido re-

(1) Inst. 2. 19. 4.—Dig. 28. 1. 16. f. Pomp.—28. 5. 49. § 1. f. Florent.

(2) Gay. 2. 107.—Ulp. Reg. 20. 7.

(3) D. 28. 1. 22. § 1. f. Ulp.

retur, omnium consensu hic testis loco liberorum fuerit, neque quisquam esset qui ei status quæstionem moveret.

VIII. Pater, nec non is qui in potestate ejus est, item duo fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, utriusque testes in uno testamento fieri possunt; quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

Además de las prohibiciones absolutas de ser testigos en el testamento de cualquiera, hay prohibiciones relativas, que impiden únicamente que se pueda ser testigo en el testamento de ciertas personas. Sobre esto la regla general es que pasando el testamento entre el testador y el heredero, ninguno de ellos, ningún individuo de su familia, pueden ser testigos. Cuando decimos individuos de su familia, esto sólo se entiende del jefe y de los que se hallan reunidos bajo la misma potestad; porque entre sí, según el derecho civil, no forman en cuanto á la propiedad más que un solo y único ser colectivo, y no pueden, por consiguiente, prestarse testimonio á sí mismos (*reprobatur est domesticum testimonium*). En este punto no hay ninguna consideración con el parentesco natural; así, una vez salido de la familia y fuera de la potestad, el vínculo de parentesco que existe aún entre hermanos, ó entre el padre y sus hijos, no era un obstáculo para que fuesen testigos uno de otro en el testamento.

En cuanto á los testigos, nadie impide que sean entre sí individuos de una misma familia, con tal que sean extraños al testador ó al heredero.

IX. In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est; reprobatur enim in ea re domesticum testimonium.

De castrensi peculio. Sabemos que el hijo de familia podía testar

gular; pues que en el momento en que el testamento habia sido sellado, este testigo era comunmente tenido por libre, no habiendo nadie que le disputase su estado.

8. El jefe de familia ó el que se halla bajo su potestad, lo mismo que dos hermanos sometidos al mismo jefe, pueden ser testigos juntos en el mismo testamento; porque nada impide tomar en una misma casa muchos testigos para un acto extraño á la misma casa.

de su peculio castrense. Como respecto de la propiedad de este peculio no formaba la familia un solo ser colectivo, sino que el hijo de familia tenía su propiedad exclusiva y separada, Ulpiano, fundándose en la autoridad de Marcelo, era de opinión de que los individuos de la familia del hijo testador podían servirle de testigos en el testamento relativo á dicho peculio. Pero Gayo, por el contrario, considerando el vínculo de potestad paterna que los unía, habia dado en sus comentarios una decisión en sentido contrario (1). Esta decisión vemos que se mantiene aquí en la Instituta, mientras que la de Marcelo y Ulpiano ha sido inserta en el Digesto (2).

Post missionem. Porque si el hijo hacía su testamento hallándose en el ejército, gozaba todavía del privilegio de los testamentos militares, y no se hallaba sometido á las reglas ordinarias del derecho civil, ni respecto del número, ni respecto de incapacidad de los testigos, ni de las demás formas.

X. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate ejus est, neque pater ejus qui habet eum in potestate, neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt; quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum jus tale conturbatum fuerat, et veteres quidem familiae emptorem et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi et iis qui conjuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis præstare; licet ii qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant, tamen nos eandem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emptoris, merito nec heredi qui imaginem veterissimi familiae emptoris obtinet, nec aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quemadmodum testimo-

10. Del mismo modo, ni el heredero instituido ni sus hijos ó su jefe de familia, ni sus hermanos sometidos á la misma potestad, pueden ser testigos; porque hoy el testamento se considera como un acto pasado absolutamente entre el testador y el heredero. En efecto, aunque por consecuencia de la completa subversión de este derecho, los antiguos, rechazando el testimonio del familiae emptor y de los individuos de su familia, hubiesen admitido el del derecho, y las personas ligadas con él por los vínculos de una misma potestad, aunque reconociéndoles esta misma facultad se limitasen á aconsejarles no abusar de ella; sin embargo, por lo que á nosotros toca, corrigiendo este uso y transformando el consejo en una necesidad legal, hemos vuelto á la imitación del familiae emptor, tal como se usaba primitivamente, y hemos negado al heredero, que verdaderamente representa á aquel antiguo familiae emptor, lo mismo que á las personas á él unidas, el derecho de prestarse en cualquier mane-

(1) Gay. 2. 106.

(2) Dig. 28. 1. 20. § 2.

nia præstare : ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.

ra personalmente testimonio. En su consecuencia, hemos sobre este punto desechado de nuestro Código las antiguas constituciones.

Creditur hodie inter testatorem et heredem agi. En tiempo del testamento *per æs et libram*, el acto pasaba entre el testador y el *familia emptor* : sobre éstos y sobre los individuos de sus familias recaía la incapacidad de ser testigos ; mas como en los primitivos tiempos el *familia emptor* era el mismo heredero, el acto pasaba con él, y no podía ser testigo ni él ni ninguno de los suyos. Pero cuando se empleó un tercero para *familia emptor*, el heredero se hizo extraño á la formacion del acta ; pudo ser testigo, y tambien pudieron serlo los individuos de su familia.

Este testimonio era rigurosamente conforme al derecho civil; sin embargo, aconsejaban los jurisconsultos, como cosa conveniente, dejar de valerse de él. Bajo la nueva forma de testar, introducida por las constituciones, no se trataba ya del *familia emptor*, y el acto se considera como pasado entre el testador y el heredero : el testimonio de este último hubo de ser por fuerza desechado.

Suadebant. Tales son los consejos que da Gayo en sus comentarios, lib. 2, § 108.

XI. Legatariis autem et fideicommissariis, quia non juris successores sunt, et aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus : imo in *quadam nostra constitutione* et hoc specialiter concessimus, et multo magis iis qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habet in potestate, hujusmodi licentiam damus.

11. En cuanto á los legatarios y fideicomisarios, como no son sucesores en el derecho del difunto, no hemos negado ni á ellos ni á las personas que les están unidas, la facultad de ser testigos. Mas, por el contrario, la hemos especialmente concedido por una de nuestras constituciones á aquéllos, y con mucha mayor razon á los que se hallan bajo su potestad ó que los tienen en la suya.

Quia non juris successores sunt. Los legatarios y los fideicomisarios tienen un interes particular en las disposiciones del testamento ; pero este interes nunca habia parecido suficiente para recusar su testimonio. Cuando el testamento era considerado como una mancipacion verificada entre el mancipante y el *familia emptor*, no podia ocurrir su exclusion como testigos, porque eran absolutamente extraños al acto, y ni áun siquiera se les aconsejaba que de ellos se abstuviesen por motivos de conveniencia. Despues del testamento, segun las constituciones imperiales, se conservó este

derecho, fundado en los motivos ménos concluyentes de que no eran sucesores en los derechos del testador, que la herencia no les era transmitida, y que, por consiguiente, el testamento no podia considerarse como pasado entre el testador y ellos.

Quadam nostra constitutione. No ha llegado á nosotros. Hallamos una en el Código, pero es de Zenon (1).

XII. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in charta membranave, vel in alia materia fiat.

12. Mas poco importa que el testamento sea escrito en tabletas, en papel, en pergamino ó en otra materia cualquiera.

XIII. Sed et unum testamentum pluribus perficere codicibus quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis : quod interdum etiam necessarium est ; veluti si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminant.

13. Se puede hacer un solo testamento en muchos originales, observándose, respecto de cada uno, las formas establecidas. Puede suceder tambien que esto sea necesario, como, por ejemplo, si alguno emprende alguna navegacion, y quiere llevarse consigo y dejar en su casa un testimonio de su última voluntad, ó por otras innumerables causas, inminentes en los destinos humanos.

Unum testamentum pluribus codicibus. No hay más que un solo testamento, pero muchos ejemplares originales. Es menester no confundir estos ejemplares con simples copias. Los ejemplares de que aquí se trata son hechos cada uno de ellos con todas las formas prescritas (*secundum obtinentem observationem omnibus factis*) ; cada uno de ellos tiene el carácter original, y puede suplir en caso de pérdida de los demas, pues sólo con este objeto se han hecho. Unas copias sacadas del original no tendrian ni aquel carácter ni estos efectos.

XIV. Sed hæc quidem de testamentis quæ scriptis conficiuntur. Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata fiet hoc perfectissimum testamentum jure civili, firmumque constitutum.

14. Todo esto sólo es relativo á los testamentos hechos por escrito; pero si alguno quiere disponer, segun el derecho civil, su testamento sin ningun escrito, llamando siete testigos y haciendo ante ellos la declaracion verbal de su voluntad, será ésta un testamento perfecto segun el derecho civil, y confirmado por las constituciones.

Si los testamentos no hubieran podido hacerse sino por escrito,

(1) Cod. 6. 23. 22.

un gran número de ciudadanos se habrían visto reducidos á la imposibilidad de testar; pero también podía hacerse esto verbalmente. El primitivo testamento *per as et libram* no requería tampoco ninguna necesidad de escritura: el testador, después de haber mancipado su herencia al *familia emptor*, que era entonces el mismo heredero, podía hacerle conocer las disposiciones que le encomendaba ejecutar, lo mismo por una declaración verbal que por la entrega de las tabletas escritas (1). Lo mismo sucedió cuando el *familia emptor* no fué ya más que un extraño: después de realizada la mancipación podía sin duda el testador entregar tabletas escritas haciendo la nuncupación general, cuya fórmula hemos referido; pero podía igualmente abstenerse de presentar ningún escrito, y hacer una mancipación especial y circunstanciada, declarando en alta voz el nombre de su heredero y sus demás disposiciones. Por esto dice Ulpiano: «*Licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere*» (2); la nuncupación general acompañada de un escrito aún no había sido admitida sino como un equivalente de la verdadera y completa nuncupación.—El edicto pretoriano exigiendo la estampación de los sellos, y las constituciones imperiales la de la suscripción de los testigos; supusieron la necesidad de un escrito. Pero al mismo tiempo la facultad de testar verbalmente, según el derecho civil, por la nuncupación de su voluntad ante siete testigos, se conservó siempre á los ciudadanos; únicamente dejó ya de tratarse de mancipación previa, de *emptor familiae* y de *libripens*.

Jure civile. Acabamos de ver que este testamento permaneció extraño á las nuevas formas introducidas por el derecho pretoriano y por el derecho de las constituciones; pero los pretores no protegieron por eso menos su ejecución, dando la posesión de los bienes en virtud de sus disposiciones (3). Éste es el testamento que los comentadores llaman *nuncupativo*.

TITULUS XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

En el momento que principiaron los soldados á poder hacer y deshacer emperadores, y que éstos por su parte principiaron por

(1) Gay 2. 103.

(2) Dig. 28. 1. 21. *princ.*

(3) Cod. 6. 11. 2. Const. de Gordian.

sus edictos á otorgar favores y privilegios, no carecieron de éstos los soldados. Los recibieron importantes en cuanto á sus testamentos, ya respecto de la capacidad de aquellos á quienes querían dejar sus bienes, ya respecto de la forma del acto, y ya, por último, respecto del modo de verificar su disposición. El otorgamiento de estos privilegios empezó con el primer emperador Julio César como una simple concesión temporal (1); sus sucesores Tito y Domiciano confirmaron esta concesión; Nerva y Trajano la generalizaron; se hizo de ella además una cláusula particular, que se insertó en los mandamientos imperiales, y cuya fórmula nos ha conservado el juriconsulto Ulpiano (2). Los pretores dedicaron al testamento militar un capítulo especial del edicto, y diferentes constituciones imperiales arreglaron y desentrevieron este derecho excepcional (3). El título de las Institutas que tenemos que explicar sólo trata de los privilegios relativos á la forma del testamento.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis, militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam, quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur. Videlicet, cum in expeditionibus occupati sunt: quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema sive scripta inveniatur, sive sine scriptura, valet, testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quae citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis aedibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, et si filii familias sunt, propter militiam conceduntur; jure tamen communi

La necesidad rigurosa de estas formas, en la formación de los testamentos, ha sido dispensada á los militares por las constituciones imperiales á causa de su excesiva impericia. En efecto, aunque no hayan empleado ni el número legal de testigos, ni las demás solemnidades que se requieren, no deja por eso de ser válido su testamento; sin embargo, sólo en el tiempo que se hallen ocupados en alguna expedición, como con razón lo ha introducido nuestra constitución. Así, de cualquier manera que se exprese la voluntad del militar, ya por escrito ó sin escrito, el testamento es válido por efecto solo de dicha voluntad. Pero en los intervalos que pasan fuera de toda expedición, ya en sus hogares, ya en otra parte, no les es permitido de ningún modo reclamar tal privilegio. Si son hijos de familia, obtendrán por el servicio militar la capacidad de testar; pero con las

(1) Es uno de los ejemplos que prueban, como hemos dicho, cuán falsa es la opinión vulgar que fija únicamente, en tiempo de Adriano, el principio de las constituciones imperiales.

(2) D. 29. 1. 1. *princ.* f. Ulp.

(3) D. 2. f. Gay.—V. también á Gay. comm. 2. §§ 109, 110, 114.—Ulp. Reg. 23. 10.