

eadem observatione in eorum testamentis adhibenda, quam et in testamentis paganorum proxime exposuimus.

*Propter nimiam imperitiam.* No era á causa de su impericia, sino á causa de su cualidad y situacion de soldado, pues sus privilegios recaian áun sobre condiciones de capacidad, y que por otra parte sólo gozaban de ellos en el ejército y cuando se hallaban en expedicion.

*Nostra constitutio introduxit.* A pesar de este aserto, puede con razon ponerse en duda que la constitucion de Justiniano haya sido el primitivo origen de esta regla, por el cual el privilegio de los militares se limitó á los testamentos hechos en los campamentos y expediciones. Dicha regla parece haber existido desde el principio, ó al ménos con bastante anterioridad á Justiniano, si se ha de juzgar por los fragmentos de Ulpiano y por dos constituciones, una de Antonino y otra de Constantino (1).

*Sive scripta.* Ya lo hubiese escrito con su propia sangre en el combate, en el momento en que iba á exhalar el último aliento trazando caractéres ensangrentados en su escudo ó en la vaina de su espada, ó escribiéndolo en el suelo con la punta de ésta (2).

*Sive sine scriptura.* Si el militar expresa su voluntad por escrito, no se necesita ningun testigo; si la declara de palabra, no exige sino que los testigos á quienes la declare hayan sido especialmente convocados, bastando dos, número suficiente para hacer prueba, siempre que la ley no haya prescrito mayor número (3).

*Ex voluntate ejus.* La sola voluntad del militar constituye la fuerza de su testamento, independientemente de toda forma y de toda solemnidad: «*Sufficiat nuda voluntas testatoris*», dice el decreto imperial. Todo lo que se exige es que se acredite dicha voluntad, importando poco la manera de hacerlo.

*Et si filii familias.* Se trata del testamento hecho del peculio castrense que los hijos de familia pueden hacer, áun cuando no estén ya en el servicio militar; pero en este caso con todas las formalidades ordinarias.

(1) Ulp. Reg. 23 10., y sobre todo Dig. 29, 1. 4. f. Ulp.—Cod. 23. 21. 1. const. Anton.—15. const. Constant.—La constitucion de Justiniano se halla en el mismo titulo del Cod., ley 17.

(2) Son los términos de la ley. Cod. 23. 21. 15. const. Constant.

(3) D. 22. 5. 12. f. Ulp.

I. Plane de testamentis militum  
divus Trajanus Statilio Severo ita rescripsit: «Id privilegium quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab iis testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura a non militantibus quoque fieri potest. Is ergo miles de cujus bonis apud te quaeritur, si convocatis ad hoc hominibus ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi heredem esse et cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, et voluntas ejus rata habenda est. Ceterum, si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: EGO TE HEREDEM FACIO, aut BONA MEA TIBI RELINQUO, non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, quam ipsorum quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit: et per hoc vera judicia subverterentur.»

1. Respecto de los testamentos de los militares, tenemos el siguiente rescripto del emperador Trajano, dirigido á Estalio Severo: «El privilegio concedido á los soldados de no estar obligados á ninguna formalidad en la formacion de sus testamentos, debe entenderse en este sentido, de que ante todo debe ser cosa comprobada que ha sido hecho un testamento; pero este acto puede hacerse sin escrito y áun por no militares. Si, pues, el soldado sobre cuyos bienes se ha suscitado litigio ante vos, despues de haber convocado testigos para manifestarles su voluntad, les hubiese hablado de modo que declarase que queria por su heredero aquel á quien concedia la libertad, puede ser considerado por esto solo como habiendo hecho un testamento sin escrito, y su voluntad debe ser respetada. Si por el contrario, como sucede diariamente en las conversaciones, ha dicho alguno: *Te hago mi heredero, ó te dejo mis bienes*, esto no se ha de mirar como un testamento. Nadie es más interesado que aquellos mismos que gozan del privilegio militar en que no se admita un ejemplo de semejante naturaleza, pues de otro modo no sería difícil que á la muerte de un soldado se hallasen testigos que asegurasen haberle oido decir que dejaba sus bienes á tal ó cual persona, segun su antojo; y que de este modo se suplantasen las verdaderas intenciones del testador.»

*Quod et sine scriptura.* El *quod* se refiere al testamento. El sentido es que el testamento puede hacerse sin escrito, áun por no militares (*ET a non militantibus*), y por consiguiente, también por militares, pudiendo siempre hacerse con la dispensa de las solemnidades. Por esto, el Emperador resume más adelante su decision en las siguientes palabras: *potest videri sine scripto hoc modo esse testatus*. Por lo demas, la controversia de los comentadores sobre el *quod* no tiene importancia alguna.

*Convocatis ad hoc hominibus.* Lo que no quiere decir que los testigos en los testamentos de los militares deban ser especialmente convocados. El Emperador responde á la especie sobre la que

habia sido consultado, y sienta los hechos, pero no promulga una regla. Basta leer la paráfrasis de Teófilo, para apreciar debidamente el carácter de rescripto que pertenece á esta constitucion.

II. Quinimo et mutus et surdus miles testamentum facere potest.

2. Además, el militar mudo ó sordo puede hacer su testamento.

Es preciso suponer, dice la paráfrasis de Teófilo, que se trata de un militar que á consecuencia de la enfermedad que le ha acometido va á recibir su licencia por causa accidental (*causaria missio*), y que hacía su testamento, como dice Ulpiano, ántes de haber recibido su licencia (*ante causariam missionem*), en el momento en que todavía pertenece á las filas del ejército (1). Sería, en efecto, absurdo y vergonzoso, añade Teófilo, que el sordo ó el mudo fuesen admitidos ó permaneciesen en el servicio militar, pues el uno no puede oír las órdenes de su jefe, y el otro no podría llamar á las armas en un caso urgente.

El privilegio de forma de que tratamos se hace para el mudo ó para el sordo un privilegio de capacidad, pues la necesidad de las formas solemnes de ninguna manera le permitiría el poder testar.

III. Sed haecenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium romanorum jure facere debent. Et quod in castris fecerunt testamentum, non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid igitur si intra annum quidem decesserit, *conditio autem heredi adscripta post annum extiterit?* an quasi testamentum militis valet? Et placet valere quasi militis.

3. Pero las constituciones imperiales no conceden este privilegio á los soldados, sino mientras están en el servicio y en los campamentos: así, pues, los veteranos, después de tomada su licencia, y los soldados en activo servicio, pero que no están en campaña, no pueden hacer su testamento sino con arreglo á las formas del derecho comun á todos los ciudadanos. El testamento que hubiesen hecho en campaña, no según el derecho comun, sino por sola su voluntad, no será válido después de su licenciamiento, sino durante un año. ¿Qué sucederá, pues, si el testador muere en el año, pero que la *conditio impuesta al heredero se cumpla únicamente transcurrido este plazo?* ¿El testamento será válido como testamento de un soldado? Se decide que será válido en calidad de tal.

*Quatenus militant.* El privilegio no existe cuando uno todavía

(1) D. 29. 1. 4. f. Ulp.

no es militar, y fenece dejando de serlo. Nadie es militar sino desde el momento en que ha sido incorporado, inscrito en los cuadros (*in numeris*), y deja de serlo cuando ha sido borrado por efecto del licenciamiento ó de otra causa cualquiera. Los nuevos alistados, por ejemplo (*lecti tirones*), aunque caminen por cuenta del Estado para reunirse al ejército, todavía no son militares hasta que se incorporan á él (1).

*Post missionem.* Con tal que sea una licencia honrosa ó por una causa accidental (*honestam*, vel *causariam missionem*, términos consagrados). Los testamentos de los que son despedidos del servicio militar por una causa vergonzosa (*ignominie causa missi*) cesan desde el mismo momento de valer como testamentos militares. Lo mismo sucede con los de los prefectos, tribunos ú otros jefes militares, que han recibido, no su licencia, sino un sucesor (2).

*Conditio autem.... post annum extiterit?* En el derecho romano, cuando la institucion del heredero es condicional, la herencia testamentaria no se abre sino al cumplirse la condicion, y no á la muerte del testador. En este intervalo y hasta la adición se juzga que la herencia continúa la persona del difunto, como dejamos dicho: ¿será preciso inferir que el testamento del militar difunto en el año de su licenciamiento no será valedero porque no se habrá cumplido la condicion, y por lo tanto la herencia testamentaria no se abrirá sino después del año? No sin duda; si se concede un año al militar, es para dejarle tiempo á fin de que rehaga su testamento conforme al derecho comun; si le ha faltado este tiempo, su testamento militar es válido en cualquier época á que se refieran sus disposiciones. Debe, pues, considerarse en este caso el momento mismo de la muerte del testador, y no el de la apertura de la herencia.

Sin embargo, no sólo en lo tocante á los privilegios de forma, sino tambien respecto de los demas privilegios testamentarios de los soldados estaba limitada la duracion del testamento militar á un año después del licenciamiento. Lo mismo sucedia con los privilegios relativos á la capacidad del testador, á la de los herederos, etc. (3). Hé aquí lo que habia podido especialmente autorizar la duda en la cuestion que acabamos de fijar y resolver con el texto.

(1) D. 29. 1. 42. f. Ulp.

(2) Ib. 26. f. Marc.—21. f. Afric.

(3) Dig. 28. 3. f. Ulp.

IV. Sed et si quis ante militiam non jure fecit testamentum, et miles factus, in expeditione degens, resignavit illud, et quædam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere testamentum, quasi *ex nova militis voluntate*.

*Ex nova militis voluntate.* Puesto que está dispensado de todas las formas, manifestando su voluntad de adoptar su antiguo testamento con modificación ó sin ella, hace de este testamento, hasta entónces nulo, un *nuevo testamento* válido segun el derecho militar. Pero si no hubiese manifestado esta nueva voluntad, el testamento sería nulo para siempre, porque el privilegio no se aplica á los testamentos de los militares, sino á los testamentos *hechos* por los militares (*non militum testamenta, sed quæ a militibus facta sunt*).

Después de haber examinado con el texto de las Institutas los privilegios de forma concedidos al estado militar, nos falta decir algunas palabras de los demas principales privilegios. *En cuanto á la capacidad del testador*, el derecho concedido á los hijos de familia de hacer testamento sobre el peculio castrense, en su origen era un privilegio militar. *En cuanto á la capacidad de aquellos en cuyo favor se ha hecho testamento*, los militares podian instituir herederos á los deportados y á casi todos aquellos con quienes no se tenía faccion de testamento (1); tales eran, áun en tiempo de Gayo, los *peregrini*, los Latinos Junianos, los célibes, los *orbi* (2). *En cuanto á la libertad, á la extension y al modo de sus disposiciones*, no estaban sujetos á la necesidad de una declaración formal para desheredar á sus hijos (3); su testamento no se rescindia por inoficiosidad (4); podian legar más de las tres cuartas partes de sus bienes (5); morir parte testado y parte abintestato (6), y por

(1) Dig. 29. 1. 13. § 2. f. Ulp.

(2) Gay. 2. §§ 110 y 111.

(3) Véanse más adelante, tit. 13. § 6.

(4) Cod. 3. 28. 9. const. Alejand.

(5) Cod. 6. 21. 12. const. Const.

(6) Dig. 29. 1. 6. f. Ulp.—37. f. Paul.

4. Cualquiera ha hecho un testamento irregular ántes de entrar en el servicio; despues se hizo militar y lo abrió en una expedicion; ha añadido ó suprimido algunas disposiciones; ó de otro cualquier modo se ha hallado manifiesta la voluntad del militar de que este testamento fuese válido: es preciso decidir que el testamento vale como por la *nueva voluntad de un militar*.

al tanto, tener más de un testamento (1), y disponer de la herencia áun por codicilos (2).

Á esta clase de privilegios se refiere el párrafo siguiente de nuestro título, y no á los privilegios de forma.

V. Denique si *in adrogationem* filius fuerit miles, vel filius familias emancipatus sit, testamentum ejus quasi militis *ex nova voluntate valet*, esse videtur capitis deminutione irritum fieri.

5. Finalmente, ya sea que un soldado se haya dado á sí mismo *en adrogacion*, ya que siendo hijo de familia haya sido *emancipado*, su testamento tendrá valor como por una *nueva voluntad de militar*, y será considerado como si no hubiese sido hecho inútil por la disminucion de cabeza.

Es preciso saber, para la inteligencia de este párrafo, que, segun el derecho comun, el testamento del ciudadano romano, aunque válidamente hecho al principio, se informaba y hacia inútil (*irritum*) si el testador sufría una cualquiera de las tres disminuciones de cabeza. Examinemos cuáles eran en este punto las excepciones producidas por el estado militar, empezando por la grande y media disminucion, de que por el texto nada se dice.

Estas dos disminuciones hacian el testamento *irritum*, porque el testador perdía los derechos de libertad ó de ciudad. Había una excepcion en favor del militar que las habia experimentado por efecto de un castigo impuesto por un delito militar (*ex militari delicto damnatus*). Un rescripto de Adriano le permitía hacer testamento á pesar de su condena, y Ulpiano afirma que hacia testamento segun el derecho privilegiado de los militares (*et, credo, jure militari testabitur*). Esto supuesto, se pregunta el jurisconsulto, ¿qué sería su testamento, si habia hecho uno ántes de su disminucion de cabeza? Con arreglo al derecho riguroso, sería *irritum* por efecto de la mudanza de estado y de persona que ha experimentado el testador; pero ¿será indispensable que se haga de nuevo para recobrar la validez que ha perdido segun el derecho estricto (*an vero pœna irritum factum reficiendum est*)? Ulpiano decide que no, porque toda vez que el rescripto de Adriano permite á este castigado hacer testamento, y puesto que lo hace entónces con los privilegios militares, la sola voluntad de su parte de que su anterior testamento quede válido basta para que se con-

(1) Ib. 19. pr. f. Ulp.

(2) Ib. 36. pr. f. Paul.

sidere que este testamento ha sido hecho de nuevo. «*Et si militari jure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur*» (1). Éste es el caso de aplicar justamente aquellas expresiones de nuestro párrafo: *Quasi militis ex nova voluntate valet*.

Pasemos á la pequeña disminucion de cabeza, que puede ocurrir, ya en los jefes de familia por la adrogacion, y en los hijos por la emancipacion ó por la adopcion. Es menester penetrarse bien de la idea de que por la pequeña disminucion de cabeza, de cualquier manera que sucediese, ya que aumentase ó que disminuyese la capacidad del que la experimentase, habia siempre renovacion de persona, de familia ó de propiedad. El individuo disminuido de cabeza, al pasar á una nueva familia, se hacia una nueva persona, y se identificaba á una nueva propiedad, pues la propiedad se hallaba concentrada en cada familia. De lo que resultaba que el testamento que habia hecho de antemano no podia ya conservar ningun efecto cuando la persona, la familia y hasta la propiedad no eran ya las mismas. Se hacia, por consiguiente, *irritum*, pudiendo el testador hacer uno nuevo en la nueva posicion en que acababa de entrar, si esta posicion se lo permitia. Tal era el derecho comun. Pero los militares tenian ademas en este punto el privilegio de no necesitar hacer estas disposiciones; el testamento hecho en la posicion que ocupaban ántes de su mudanza de estado se aplicaba á la nueva (*quasi militis ex nova voluntate*); y aunque rigurosamente se hubiera hecho *irritum* por la disminucion de cabeza, se juzgaba no serlo (*nec videtur capitis deminutione irritum fieri*).

*In adrogationem*. Así el testamento hecho por un jefe de familia militar, ya en todos sus bienes, ya sólo en las cosas adquiridas en campaña, se transformaba en cierto modo si este jefe de familia llegaba á darse en adrogacion, y se aplicaba al peculio castrense por la disminucion de cabeza, como si hubiese sido hecho para dicho peculio. Pero no habria sido así si se hubiese tratado de la adrogacion de un veterano que hubiese ya dejado de ser militar (2).

*Emancipatus*. Así el testamento que el hijo de familia militar hubiese hecho con respecto á su peculio castrense, se transforma-

(1) Dig. 28. 3. 6. § 6. f. Ulp.

(2) Dig. 29. 1. 23. f. Tert.

ba en cierto modo si este hijo de familia llegaba á ser emancipado, y aunque llegando éste á ser jefe no tuviese ya ningun peculio, sino sólo bienes que formasen una sola y única totalidad (1), el testamento hecho respecto del peculio castrense se aplicaba á esta nueva situacion, como si para ella hubiese sido hecho (2). Parece que este último privilegio se habia extendido aún á los veteranos (3).

*Quasi militis ex nova voluntate*. En todos estos casos la transformacion del testamento corresponde á la transformacion de la persona y de la propiedad, como si hubiese habido nueva voluntad.

VI. Sciendum tamen est, quod ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges quam principales constitutiones quibusdam quasi-castrensis dederunt peculia, et quorum quibusdam permissum erat etiam in potestate degentibus testari. Quod nostra constitutio, latius extendens, permisit omnibus in his tantummodo peculii testari, sed jure quidem communi. Cujus constitutionis tenore perspecto licentia est nihil eorum que ad præfatum jus pertinet, ignorare.

6. A ejemplo del peculio castrense, algunas leyes anteriores y las constituciones imperiales habian permitido á ciertas personas tener un peculio cuasi-castrense; algunos entre éstos habian recibido autorizacion para disponer de él por testamento, aunque se hallasen bajo potestad de alguno. Mas nuestra constitucion, extendiendo esta facultad, la ha concedido á todos los que tienen semejantes peculios, quedando sus testamentos por otra parte sujetos al derecho comun. Por la lectura de esta constitucion puede conocerse cuanto se refiere á este derecho particular.

*Anteriores leges*. No se ha de inferir de esto que la creacion del peculio cuasi-castrense se refiera á las leyes anteriores á las constituciones, es decir, á leyes de la república. Todo lo más que puede deducirse (como ya lo hemos dicho ántes) de ciertos fragmentos de Ulpiano que se hallan en el Digesto, es que este peculio era ya

(1) Cod. 3. 28. 37. in fin.

(2) Ib. 22. f. Marcian.

(3) D. 27. 11. 1. § 8. f. Ulp. — 28. 3. 6. § 13. f. Ulp. — Cualquiera que sea la consecuencia que pueda deducirse de las expresiones de este jurisculto, era ello un derecho excepcional y privilegiado. Respecto del caso de adrogacion, Tertuliano lo dice positivamente, y respecto del caso de adopcion, tambien lo dice Marciano, y es preciso reconocerlo forzosamente aún en este caso respecto de todas las hipótesis. En efecto, se quiere suponer que el testamento hecho por el hijo de familia, en cuanto á su peculio castrense, se mantuviese despues de su emancipacion sólo respecto de cosas adquiridas en campaña; pero ¿cómo este jefe de familia podia, á no ser por efecto de un privilegio, quedar con testamento en parte, y en parte intestado? ¿Se quiere suponer que este testamento se aplicaba á todos los bienes? Pero ¿cómo no habiendo sido hecho sino respecto del peculio castrense, tomaba esta extension universal, experimentaba esta transformacion, si no era por presuncion privilegiada, *quasi ex nova militis voluntate*?

conocido ántes de las constituciones de Constantino, cuya opinion nos parece todavía disputable, porque no falta quien considere los fragmentos de Ulpiano como interpolados por los redactores del Digesto, y el peculio casi-castrense como una innovacion que sólo tuvo origen en tiempo de Constantino.

*Quorum quibusdam.* El derecho de disponer por testamento del peculio castrense no habia sido concedido ántes de Justiniano por punto general á todos los que tenian semejante peculio, sino sólo por excepcion á algunas clases privilegiadas, como cónsules, procónsules, prefectos de legion, presidentes de provincia, y otras; Justiniano fué el primero que lo concedió á todas sin distincion.

*Nostra constitutio.* En el Código, lib. 3, tít. 28. *De inofficioso testamento*, const. 37.—C., lib. 6, tít. 22, const. 12.

*Sed jure quidem communi.* Sin los privilegios militares.

Por lo demas, este párrafo pertenece al título siguiente más bien que á éste.

*De algunos otros testamentos dispensados de las formas ordinarias.*

En esta clase se colocan :

Los testamentos hechos en campaña por los que sin ser militares siguen al ejército (*in hosticolo, in prociactu versantur*), y se hallan expuestos á los mismos peligros (*eadem pericula experiuntur*). Estos testamentos, en caso de fallecer, el que los hace, en el ejército, son válidos aunque no tengan otras formas que los de los militares (1);

Los testamentos de los *novarchi, trierarchi*, de los remeros y pilotos en sus escuadras, porque los marinos son militares (2);

Los testamentos de los que se hallan acometidos de una enfermedad contagiosa, á quienes una constitucion de Diocleciano y Maximiano dispensa, no de la convocacion y número de los testigos, sino de la necesidad de acercarlos al testador, de ponerlos en su presencia ó de ellos entre sí, segun otra interpretacion (3);

Los testamentos hechos en el campo, donde suele ser difícil hallar personas que sepan escribir. Respecto de estos testamentos,

(1) D. 37. 13. 1. pr. f. Ulp.

(2) D. 37. 1. § 1.

(3) Cod. 6. 23. 8.

concede una constitucion de Justiniano, segun los casos, diferentes dispensas relativas á la necesidad de la suscripcion del testador y de los testigos, y permitiendo reducir á cinco el número de éstos (1).

## TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE  
TESTAMENTUM.

## TÍTULO XII.

DE AQUELLOS Á QUIENES NO ES PERMI-  
TIDO HACER TESTAMENTO.

Una de las primeras cosas que hay que considerar, dice Gayo, si tratamos de examinar la validez de un testamento, es si el que lo ha hecho tenia la faccion de testamento: «*Imprimis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem.*»

Hemos suficientemente explicado cuál era el origen y el valor primitivo de la expresion *faccion de testamento*. Sabemos que desde la simplificacion de las formas testamentarias designaba, segun la propia definicion de la Instituta, en primer lugar, la capacidad de hacer un testamento, y en segundo lugar, la de recibir y adquirir para sí ó para otro, ó por testamento de otro (2).

De la primera de estas dos facultades vamos á tratar en este lugar segun el texto.

La faccion de testamento no era de derecho privado, sino de derecho público: «*Testamenti factio non privati, sed publici juris est*», nos dice Papiniano (3). El derecho de arreglar su herencia, es decir, de darse para despues de su muerte en la asociacion general un continuador de su persona jurídica, no era una consecuencia necesaria de la propiedad; era preciso haberlo recibido de la ley, y aquellos á quienes ésta no lo habia concedido, no tenian faccion de testamento (*quibus non est permissum facere testamentum*).

Importa distinguir dos cosas en la faccion de testamento: el derecho de tener un testamento, y el de hacerlo, es decir, la atribucion legal del derecho, y la capacidad suficiente para ejercerlo; ó

(1) Ib. 31. Este es el origen de las disposiciones análogas de nuestro derecho.

(2) De donde los comentadores han formado dos especies de faccion: la *faccion activa* y la *faccion pasiva*; expresiones que no se han hallado nunca en la lengua del derecho romano. La faccion, es decir, la cooperacion á la formacion del testamento, era un acto activo, tanto de parte del testador, cuanto de parte del *familix emptor*, del *libripens* y de los testigos.

(3) D. 28. 1. 3.

más simplemente, el derecho y el ejercicio del derecho. Así es que todo ciudadano romano, jefe de familia, disfrutaba el derecho de tener testamento; pero si era loco ó impúbere, tenía una imposibilidad moral. Si era sordo-mudo, una imposibilidad física que le impedía testar y que le producía una incapacidad excepcional de ejercer el derecho, que según la regla común le correspondía.

Para la facción de testamento, es decir, para poder formarlo, hacerlo válidamente, se necesitan las dos cosas: la atribución legal del derecho, y la capacidad de ejercerlo; ambas son igualmente indispensables: si falta una ú otra, el testamento es nulo desde su principio, y no podrá nunca tener valor. Pero una vez hecho el testamento válidamente, se presentan importantes distinciones.

La capacidad de ejercer el derecho puede cesar y no volver á aparecer. El testador puede ponerse loco ó hallarse declarado pródigo legal, ó encontrarse sordo-mudo, y estar así en el momento de su muerte, lo que importa poco con tal que le quede el derecho de tener un testamento, en cuyo caso no tiene ya ninguna necesidad de ejercer este derecho, que ya ha ejercido, pues ha tenido la precaución de hacer su testamento anticipadamente y en tiempo oportuno. Este testamento permanece válido, y la incapacidad subsecuente, que sólo afecta al ejercicio, no perjudica más al derecho del testador, á quien no perjudicaría la incapacidad física, resultado de la enfermedad y de la proximidad de la muerte.

Pero en cuanto á la atribución legal del derecho en sí mismo, sucede todo lo contrario; es preciso que este derecho exista y se sostenga hasta la muerte. En efecto, el testamento sólo se hace en realidad para esta época suprema; si se ha formado antes, sólo es por anticipación. La disposición de la herencia, aunque declarada con anticipación, se juzga hecha por el moribundo en el momento mismo en que le abandona la vida; es preciso, pues, que en este momento tenga todavía, no sólo la capacidad de declarar su voluntad, sino el mismo derecho de disponer. Hay más: los principios rigurosos exigían que el derecho no hubiese dejado nunca de residir en él, desde el momento en que se había hecho el testamento hasta el de la muerte. Si había sido destruido en este intervalo, por un tiempo cualquiera, importaba poco que se hubiese restablecido antes de la muerte, porque esto bastaba para hacer inútil el primer testamento; pero se podía hacer otro. Veremos

qué modificaciones introdujo el derecho pretoriano en este rigor de principios.

En resumen, sentemos como regla que hay, en cuanto al derecho del testador, dos épocas que considerar: la de la confección del testamento y la de la muerte, y además el tiempo intermedio. La capacidad de ejercer el derecho no se exige sino en la primera de estas épocas, es decir, cuando se verifica la formación del acta; pero el derecho en sí mismo se exige en todos los tiempos sin interrupción, desde el testamento hasta la muerte.

Después de estos preliminares, nos será fácil la inteligencia del texto.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi, jus non habent, adeo quidem ut, *quumvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis quos antea enumeravimus, et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus, initio, tantum militantibus datum est, tam auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, necnon optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani et etiam dimissis a militia, id est veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus substitutibus, ad parentem eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierint miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium*

No es permitido á todos hacer testamento. Y desde luego, los que se hallan sometidos á la potestad de otro no tienen este derecho, de tal manera que no pueden legalmente testar *ni aun con permiso de los jefes de familia*: es preciso exceptuar á los que antes hemos mencionado, y particularmente á los hijos de familia militares, á quienes han permitido las constituciones imperiales disponer por testamento de las cosas adquiridas por ellos en campaña. Al principio este derecho, otorgado sucesivamente por el divino Augusto, por Nerva, y por el esclarecido príncipe Trajano, lo fué sólo en favor de los que se hallaban en el servicio. Pero posteriormente lo extendió el divino Adriano á los que habían obtenido su licencia, es decir, á los veteranos. Si, pues, éstos han dispuesto por testamento de su peculio castrense, este peculio corresponderá á aquel á quien hayan instituido heredero: *pero si han muerto abintestato, sin dejar hijos ni hermanos*, su peculio corresponderá al jefe de familia, *según el derecho común*. Por esto podemos conocer que el peculio castrense del soldado que se halla bajo la patria potestad no puede quitársele por el padre, ni ser vendido ni embargado por los acreedores de este mismo, y que á la muerte del dicho padre, su propiedad no es común á los hermanos, sino que exclusivamente corresponde al que la ha adquirido en campaña; aunque,

ejus esse qui id in castris adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia, perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur. Exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus, et præcique nostris, propter diversas causas non adquiruntur. *Præter hos igitur*, qui castrense vel quasi-castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet sua potestatis factus decesserit.

segun el derecho civil, los peculios de todos los que se hallan bajo la patria potestad se cuentan en el número de los bienes del jefe de familia, como lo son los peculios de los esclavos en el número de los bienes de su señor: á excepcion, sin embargo, de los bienes que las constituciones imperiales, y especialmente las nuestras, han sustraído, por diversas causas, á la adquisicion del padre de familia. *Fuera de los que tienen un peculio castrense ó quasi-castrense*, si cualquier otro hijo de familia hace testamento, ejecuta un acto inútil, áun cuando el testador ántes de su muerte llegase á ser jefe de familia.

Este párrafo preliminar es relativo al derecho mismo de testar, y los siguientes á la capacidad de ejercerlo. Aquellos á quienes no ha sido atribuido el derecho de testar son:

Los esclavos, y por consiguiente, los que han experimentado la máxima disminucion de cabeza, ya por la servidumbre de la pena, ya por la cautividad, ya por hallarse en poder del enemigo. Vemos, sin embargo, en Ulpiano, que los esclavos públicos del pueblo romano (*servus publicus populi romani*) podian disponer por testamento de la mitad de su haber (1);

Los *peregrini*, á quienes no habia sido concedido el derecho de comercio, y por consiguiente, los que habian experimentado la media disminucion de cabeza. — Sin embargo, los *peregrini*, especialmente ciudadanos de una ciudad (*certa civitatis cives*), podian testar en ella segun las leyes de dicha ciudad (2);

Aquellos cuyo estado fuese incierto ó dudoso (*qui incertus de statu suo est; de statu suo dubitantes vel errantes*). Tal seria el esclavo manumitido por testamento de su señor, que ignorase la muerte de éste, y que hubiese tenido lugar la adición. Así, pues, es preciso tener la conciencia y la certidumbre de su estado y del derecho que éste produce (3);

Ni los manumitidos, ni áun los hijos de manumitidos, tenían el derecho de testar, segun la legislacion primitiva, anterior á la ley de las Doce Tablas. Cuando se verificó la redaccion de estas le-

(1) Ulp. Reg. 20. 16.

(2) Ibid. § 14.

(3) D. 28. 1. 14. f. Paul. — 15. f. Ulp.

yes se vieron obligados los patricios á templar en esta parte el rigor de aquélla. Posteriormente, cuando se distinguieron tres clases de manumitidos, las dos nuevas clases que fueron creadas, es decir, los *Latino-Junianos* y los *dediticios*, no tuvieron derecho de testar (1). En tiempo de Justiniano ya no existian estas diferencias;

Las personas declaradas *intestabiles*, de que ya hemos hablado ántes.

Y en fin, los hijos de familia, los únicos de que habla el texto. Acerca de ellos no podia hablarse de testar, pues no tenían propiedad *quoniam nihil suum habent*, dice Ulpiano.

*Quamvis parentes eis permisserint*. El consentimiento del padre, en quien se concentraba la propiedad, era ineficaz é impotente, porque puede hacerse por otro la enajenacion de una cosa suya, pero no una disposicion testamentaria: en el primer caso hay un derecho privado, y en el segundo un derecho público.

Cuando fué atribuida á los hijos de familia la propiedad de ciertos peculios, no fué suficiente este derecho para que en él se entendiese el de testar, porque lo uno, segun lo que hemos ya dicho, no es consecuencia necesaria de lo otro. Fué preciso que les fuese especialmente concedida la faccion de testamento, y lo fué gradualmente del modo indicado en el texto: primero para el peculio *castrense* y en favor únicamente de los militares; despues para el peculio *quasi-castrense* y en favor sólo de ciertas clases; y en fin, para cuantos tenían esta clase de peculio lo fué por Justiniano.

*Si vero intestati decesserint*. La situacion del peculio castrense era muy diversa, segun que el hijo de familia muriese habiendo dispuesto ó no por testamento de su peculio. Si habia testado, formaba el peculio castrense una verdadera herencia testamentaria, deferida bajo esta calidad á los que habia designado por herederos (*testamento facto, pro hereditate habetur castrense peculium*). Si habia muerto sin testar, no formaba el peculio castrense una herencia *ab intestato*; pero no habiendo el hijo usado del derecho que le habia sido concedido, entraba el peculio castrense en el derecho comun, es decir, en el derecho de todos los peculios, el jefe de familia lo recibia, no por derecho hereditario, sino por derecho de peculio (*non quasi hereditas, sed quasi peculium*) (2), como cosa

(1) Ulp. Reg. 20. 14.

(2) D. 49. 17. 1 y 2. f. Ulp.

que le pertenecía según el derecho antiguo (*antiquo jure*), y aún por una especie de *postliminium*, se juzgaba que el padre nunca había sido privado de esta propiedad, y se hacían válidos los actos de enajenación que hubiese podido ejecutar antes de la muerte de su hijo: « *Quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia* » (1). En efecto, dice en este lugar Teófilo en su paráfrasis, cuando aquel á quien por innovación ha sido concedida alguna gracia excepcional no ha usado de ella, la antigua ley recobra su efecto.

*Nullis liberis vel fratribus superstitivus*. Es una derogación introducida en el derecho que acabamos de exponer. Así, muerto el hijo abintestato, su peculio castrense no pasa inmediatamente á título de peculio al jefe de familia, sino que con preferencia pasa como sucesión *ab intestato*, á sus hijos, y á falta de éstos, á sus hermanos. Sólo en el caso de que el hijo difunto no dejase ni hijos ni hermanos, pasa al padre el peculio castrense.

*Jure communi*. Pero entonces, ¿pasará al jefe de familia á título de peculio según el derecho común á todos los peculios, ó bien será deferido á los ascendientes á título de sucesión *ab intestato*, según el derecho común de las sucesiones introducidas por Justiniano? ¿Las palabras *jure communi* de nuestro texto tienen la primera ó la segunda significación? Los comentadores la interpretan en el último sentido, pero la paráfrasis de Teófilo les da una significación absolutamente contraria: *según el derecho común*, dice el profesor contemporáneo de Justiniano, es decir, como un peculio ordinario. Volveremos á tratar este punto cuando nos ocupemos de las sucesiones.

*Præter hos igitur* Aunque los hijos de familia tengan la propiedad del peculio adventicio, no pueden disponer de ella por testamento, porque ninguna ley les concede este derecho.

1. *Præterea testamentum facere non possunt: impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit.*

1. Además, no pueden hacer testamento los impúberos, porque carecen de juicio, ni los locos, porque carecen de razón. Y poco importa que en lo sucesivo muera el impúbero después de llegar á la edad de la pubertad ó el loco después de reco-

(4) Ib. 19. § 3. f. Tryf.

*Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermisit, jure testati esse videntur: certe eo quod ante furorem fecerint testamentum valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum, aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.*

II. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod fecit antequam interdictio bonorum et fiat ratum est.

III. Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utiq; autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non eo qui tarde exaudit: nam et mutus intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam is subvenit, ut, certis casibus et modis secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere que eis permissa sunt. Sed si quis post factum testamentum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus ejus permanet testamentum.

brar su razón; sin embargo, el testamento hecho por el loco en un lúcido intervalo se reputa válido, y con mayor razón el que hubiese hecho antes de su locura. Porque la locura que sobreviene no puede hacer nulo, ni el testamento ni ningún otro acto ejecutado antes válidamente.

2. Del mismo modo el pródigo á quien se le ha quitado la administración de sus bienes, no puede hacer testamento; pero es válido el que haya ejecutado antes de su interdicción ó declaración legal.

3. El sordo y el mudo no pueden siempre hacer testamento. Por sordo entendemos el que no puede absolutamente oír nada, y no el que oye con dificultad: por mudo, el que no puede hablar de ningún modo, y no el que habla difícilmente. Pero suele suceder que algunos hombres, áun letrados y eruditos, pierden por diversos accidentes la facultad de oír y de hablar, por lo que una de nuestras constituciones ha subvenido á esta necesidad, á fin de que en ciertos casos y con ciertas formas, según las reglas en la misma establecidas, puedan testar y ejecutar otros actos, que les son permitidos. Mas si alguno después de haber hecho su testamento ha quedado sordo ó mudo por efecto de una enfermedad, ó de cualquier otro accidente, su testamento no por eso es ménos válido.

*Non semper*. No lo podían sino por excepción: ya por privilegio militar, ya por concesión de algún permiso imperial que hubiesen obtenido individualmente (1).

*Nostra constitutio etiam his subvenit*. Esta constitución, décima del título 22 del libro 6.º del código, concede la facultad de hacer testamento á todos los sordos y mudos que se hallen en estado de manifestar su voluntad, ya porque sólo tienen una ú otra de estas desgracias, ya porque sólo accidentalmente se hallan en tal estado y saben escribir, ya por cualquiera otra causa. La facción de testa-

(1) D. 28. 1. 7. f. Emil. Mac.



mento sólo queda prohibida á aquellos que se hallen realmente en la imposibilidad física de hacerlo, como los sordo-mudos de nacimiento.

*Ratum permanet testamentum.* Siendo este párrafo y los dos anteriores relativos únicamente á incapacidades que afectan al ejercicio y no al derecho, es preciso aplicarles los principios generales que hemos expuesto; es decir, que el testamento en la época de la impubertad, de la demencia ó de la interdiccion, no será nunca válido, áun cuando estas causas de incapacidad llegasen á cesar; y en sentido contrario, el testamento hecho en plena capacidad será válido áun cuando sobrevengan la demencia, la interdiccion, el mutismo y la sordera. El por qué lo hemos suficientemente explicado.

IV. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Justiniani, patris nostri, introduxit.*

4. El ciego no puede hacer testamento sino observando las formas introducidas por la ley del emperador Justino, nuestro divino padre.

*Lex divi Justiniani.* Esta constitucion es la octava del título del código ya citado. En el antiguo derecho ninguna regla impedía á los ciegos que testasen: «*Cæcus testamentum potest facere, dice Paulo en sus sentencias, quia accire (scire) potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes*» (1). Pero el padre adoptante de Justiniano, para asegurar de todo fraude el testamento del ciego, lo sometió á una fórmula particular: exigió además de los siete testigos, la asistencia de un escribano (*tabullarius*), y á falta de éste, la de un octavo testigo, que en el caso de un testamento nuncupativo, debia escribirlo él mismo dictándole el ciego, y en el caso de un testamento escrito ántes, leerlo al ciego en presencia de los testigos, á fin de pudiese aquél reconocer su voluntad y declarararla.

V. *Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii; sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

5. Respecto de aquel que se halla cautivo en poder del enemigo, el testamento que haya hecho allá no es válido ni áun en caso de vuelta. Pero el que hubiese hecho hallándose todavía en la ciudad, valdrá, ya en caso de vuelta por derecho de postliminium, ya en caso de morir en poder del enemigo, por la ley Cornelia.

(1) Paul Sent. lib. 3. tit. 4. § 4.

Conviene referirse, para la inteligencia de este párrafo, á todo lo que hemos dicho acerca del *postliminium* y de la posicion del ciudadano prisionero en poder del enemigo. En resumen, allí hemos visto: 1.º, que todo lo que se relaciona con el ejercicio de los derechos, todo lo que consiste en hechos, en accion, le está prohibido durante su cautiverio, y nunca será ratificado, tanto en el caso de que regrese como en el de que muera en poder del enemigo; 2.º, que todo lo que consiste en derechos (*quæ in jure consistunt*) está, no destruido para él, sino suspendido (*in suspensio retinentur, non abrumpuntur*), y le será devuelto, si vuelve, por efecto del *postliminium*, como si no hubiese estado nunca en poder del enemigo (*pro eo ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*); en fin, que si muere entre los enemigos, será considerado como muerto respecto de todos sus derechos, y no en esclavitud, sino en el momento en que ha caido prisionero (*quasi tunc decessisse videtur cum captus est*). Apliquemos estos principios al testamento.

*Non valet, quamvis redierit.* Porque se trata de un testamento hecho entre el enemigo; es decir, del ejercicio del derecho, de un hecho, de un acto consumado por el prisionero encadenado.

*Sive redierit, valet jure postliminii.* Porque habiendo sido hecho el testamento ántes de caer prisionero, no se trata ya del ejercicio del derecho, sino sólo del mismo derecho, que se halla, no destruido, sino suspenso por el cautiverio, y que se juzga no haberse perdido jamas si se cumple la condicion del regreso.

*Sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.* Segun el rigor de los principios, el prisionero muerto entre los enemigos habia muerto esclavo; el *postliminium* no se habia cumplido para él, habia experimentado la gran disminucion de cabeza, habia muerto no teniendo ningun derecho, ni por consiguiente, el de dejar un testamento válido. Tal fué el rigor del derecho hasta la ley CORNELIA de falsis, llamada tambien *lex CORNELIA testamentaria*. Esta ley, cuya fecha es del fin de la república (año de R. 686), está en el número de los plebiscitos expedidos en tiempo de la dictadura de Cornelio Sila, que todos recibieron indistintamente por denominacion el nombre del dictador, seguido de la designacion del objeto á que aludian (*Hist. del der.*, p. 210). La ley CORNELIA de falsis introdujo una nueva controversia criminal contra los diferentes delitos de falsedad, y especialmente de falsedad en materia de testamento, cuyos diferentes casos previó, ya procediesen de alteracion, subra-

yado ó suplantacion de las disposiciones testamentarias, rotura ó falsa imposicion de sellos, desfiguracion ó supresion del acta, ó de otro modo cualquiera. En las sentencias de Paulo se halla un título entero dedicado á esta ley, y uno en el Digesto (1). Si la ley Cornelia se hubiese propuesto el derecho riguroso respecto del testamento del ciudadano muerto prisionero del enemigo, no habria considerado punibles los actos cometidos contra este testamento, pues era nulo sin el regreso. Pero al contrario, por una disposicion especial les aplicó la misma penalidad, como si el testador no hubiese nunca caído en poder del enemigo y hubiese muerto siendo ciudadano (*perinde ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent. — Atque si in civitate decessisset*); de lo que se deduce la consecuencia de que las herencias, las tutelas y todas las demas disposiciones contenidas en estos testamentos, se hallan confirmadas por la ley Cornelia: *Lex Cornelia confirmat*: tales son las expresiones de los diferentes juriconsultos que han llegado á nosotros (2). Este principio se extendió: así, pues, se le aplicó á modo de consecuencia á las tutelas y á las herencias legítimas (3); y en fin, á todas las partes del derecho, y se hizo de él esta regla general, que ya hemos expuesto, tomada de Ulpiano: «*In omnibus partibus juris is qui reversus non est ab hostibus cuasi tunc decessisse videtur cum captus est*» (4). Esto es lo que los comentadores han llamado *fiction de la ley Cornelia*; pero esta expresion no pertenece á los juriconsultos romanos, los que dicen siempre: por la ley Cornelia, por el beneficio de la ley Cornelia: *ex lege Cornelia, beneficio legis Corneliae*.

## TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

El derecho primitivo no imponia ninguna restriccion al jefe de familia en la disposicion testamentaria de sus bienes. «Esta expresion

(1) Paul. Sent. lib. 4. tit. 7: *De lege Cornelia*. «§ 1. Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Corneliae de falsis tenetur, id est, in insulam deportatur.» Dig. 48. 10.

(2) Ulpiano se expresa así en el tit. 23. Reg. § 5. «... *Ex lege Cornelia, quae perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset*»; y en el Dig. 28. 3. 6. § 12. — JULIANO, en el Dig. 28. 1. 12, y en el mismo libro, tit. 6. f. 28. — PAUL, en sus sentencias, lib. 3. tit. 4. § 8.

(3) «... *Beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitima tutela hereditatesque firmantur.*» PAUL, Sent. 3. 4. § 8.

(4) D. 49. 15. 18. f. Ulp.

sion de las Doce Tablas, *uti legassit suae rei ita jus esto*, nos dice Pomponio, parece que concede el más amplio poder en la institucion de los herederos, en la concesion de los legados, de las libertades y en la constitucion de las tutelas; pero esto se restringió, tanto por la interpretacion como por la autoridad de las leyes y de los que establecen el derecho» (1), es decir, de los pretores y de los emperadores.

En efecto, la jurisprudencia consideró que las personas que están bajo el poder ó la mano del jefe de familia formaban en cierto modo con él un solo y único sér colectivo en lo tocante á la propiedad; y despues de su muerte recogian esta misma propiedad si se sucediesen á sí mismas, como si fuesen sus propios herederos, aunque se les llamaba *heredes sui*, como se necesitaba, á lo ménos para excluirlos de esta propia sucesion, declararlo formalmente. De esto nació la obligacion impuesta al jefe de familia que testaba, de instituir estas personas ó desheredarlas.

Por lo demas, como el jefe de familia quedó enteramente libre para hacer lo uno ó lo otro, con tal que lo declarase, esta condicion le fué impuesta, no tanto para ligar su voluntad como para hacerla más evidente, y para asegurar su ejecucion, á fin de que no hubiese ninguna duda sobre si habia realmente querido excluirlos, ó bien si no habia pensado en ellos, ya por olvido, ya por no saber si existian.

No se conoce el origen exacto de este nuevo derecho; pero estaba ya en uso en tiempo de Ciceron, que habla de él en su tratado del Orador (2).

La desheredacion se hacia de dos maneras: ó *nominativamente*, esto es, designando por su nombre al desheredado, *Titius filius meus exheres esto*, ó al ménos por una indicacion precisa é individual, como si no teniendo más que un hijo, se dijese: *filius meus exheres esto*, esto es lo que los romanos llamaban *nominatim exheredare*; ó se hacia colectivamente, esto es, comprendiendo todas las personas en una desheredacion general: *ceteri exheredes sunt*; esto es lo que se llamaba *inter ceteros exheredare*. Ciertas personas no podian ser válidamente desheredadas si no lo eran nominalmente, y otras podian serlo en conjunto, *inter ceteros*.

Por otra parte, si los hijos no estaban ni instituidos ni deshere-

(1) D. 50. 16. 120. f. Pomp.

(2) Cicer. *De oratore*, 1. 38. — Valer. Maxim. lib. 7. cap. 7. ex. 1.

dados, aunque hubiese alguna disposicion de legados ó fideicomisos en su favor, no por eso estaban ménos omitidos ó preferidos; porque respecto del derecho de herencia habia realmente omision para ellos.

Una circunstancia muy digna de tomarse en cuenta es que para que se pudiese desheredar á alguno (*exheredem scribere, exheredare*), esto es, desecharlo de la herencia (*ex hereditate repellere*), era preciso que éste fuese llamado por la ley. La duda acerca de cuáles eran aquellos que el jefe de familia debia necesariamente desheredar, si no los queria por herederos suyos, se redujo á saber ántes que todo quiénes eran aquellos que estaban llamados á su herencia; y como la obligacion sólo existia respecto de los herederos suyos, se trató de averiguar cuáles eran los herederos suyos. Así es que la necesidad de la desheredacion se enlaza íntimamente con el derecho de sucesion *ab intestato* de los herederos suyos; la una ha seguido las vicisitudes de la otra. Por lo demas, lo mismo que respecto de las sucesiones *ab intestato* en general y de la clase de herederos suyos en particular, verémos que es preciso distinguir atentamente tres clases de sistemas: el derecho civil primitivo, el derecho pretoriano, y finalmente el derecho introducido por los emperadores: del mismo modo es necesario hacer tres distinciones relativamente á la desheredacion. Éste es, con corta diferencia, el orden con que las Institutas exponen las reglas de ellas, copiando casi literalmente las Institutas de Gayo en este particular.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio quam supra exposuimus; sed qui *filium in potestate* habet, curare debet ut eum heredem instituat vel exheredem nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem ut, et si vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet *ab initio non constituitur* testamentum. Sed non ita de *filiabus vel aliis per virilem sexum* descendentes liberis utrusque sexus antiquitate fuerat observatum: sed si non fuerant scripti heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, sed *jus aderecendi* eis præstatur *ad certam portionem*. Sed nec nominatim eas personas exheredare

La observancia de las reglas que hemos expuesto no basta del todo para dar validez al testamento; es preciso ademas que el que tiene un *hijo bajo su potestad*, tenga cuidado de instituirlo heredero ó desheredarlo nominalmente, porque si lo ha pasado en silencio, el testamento será nulo, y de tal modo nulo, que si el hijo muriese ántes de su padre, nadie podrá ser heredero en virtud de este testamento, porque *nada ha valido desde el principio*. En cuanto á las hijas y demas descendientes por *línea de varon*, de uno ú otro sexo, no era uno mismo el derecho en la antigüedad. Cuando no habian sido ni instituidos ni desheredados, el testamento no por esto adolecia de ningun defecto: únicamente tenían el derecho de *concurrir por una cierta*

parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros facere. Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur: TITIVS FILIVS MEVS EXHERES ESTO, sive ita: FILIVS MEVS EXHEREDVS ESTO, non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

*parte* con los herederos constituidos. Ademas, los jefes de familia no estaban obligados á desheredarlos nominalmente, pues podian hacerlo *inter ceteros*. La desheredacion se hace nominalmente cuando se dice: QUE MI HIJO TICIO SEA DESHEREDADO, ó simplemente: QUE MI HIJO SEA DESHEREDADO, sin añadir el nombre propio, con tal que no haya otro hijo.

*Filium in potestate*. El derecho civil sólo considera aquí los hijos sometidos á la potestad del jefe ó la mujer que se halla bajo su mano (*in manu*); sólo éstos son partes en la copropiedad de familia, y por consiguiente, *sui heredes*.

Resulta del texto que los hijos deben ser desheredados nominalmente, y que si no son ni instituidos ni desheredados, el testamento es radicalmente nulo desde el principio.

*Ab initia non constituitur*. Este punto habia sido materia de controversia entre las dos sectas de jurisprudentes. «Nuestros maestros, dice Gayo hablando de los Sabinianos, juzgan que la institucion es nula desde el principio; pero los autores de la escuela contraria (los Proculeyanos) creen que si el hijo ántes de morir el padre, llega á no existir ya en la familia (*interceptus est*), como no sirve ya de obstáculo, la herencia puede adquirirse en virtud del testamento» (1). La opinion contraria prevaleció, y Ulpiano, Paulo, y en fin, la Instituta de Justiniano, la adoptan sin ponerla ya en duda (2).

*De filiabus vel aliis per virilem sexum* descendentes. Respecto de las hijas, nietos, nietas ú otros descendientes, se habia considerado siempre el vínculo de la patria potestad como ménos fuerte é importante que respecto de los hijos. Así sucedia que en el primer caso bastaba una sola mancipacion para destruirle, miétras que se necesitaban tres para un hijo. Con motivo de la desheredacion hallamos una diferencia fundada en la misma idea. 1.º Las hijas, nietos, nietas y otros descendientes podian ser desheredados *inter ceteros* por la fórmula general *et ceteri exheredes sunt*, en la que

(1) Gayo 2. § 123.

(2) Ulp. Reg. 22. 16.—D. 28. 2. 7. f. Paul.—Sin embargo, Papiniano decide en un cierto caso, que á pesar de la sutileza del derecho (*licet subtilitas juris refragari videtur*), si el hijo omitido ó preterido se abstuviere de la herencia que ha sido trasladada á sus hermanos, la voluntad del testador, respecto de los legados y libertades, será protegida conforme á equidad (*ex æquo et bono*). D. 28. 3. 17.

todos se hallan comprendidos; 2.º si eran omitidos, no por eso era nulo el testamento; pero sólo las hijas y los descendientes omitidos concurrirán con los herederos instituidos á tomar una parte determinada en la sucesion.

*Per virilem sexum descendantibus*, dice nuestro texto, porque sólo éstos eran en la familia *sui heredes*; los hijos de hijas y otros descendientes por la línea femenina no se hallaban en ella, como ya hemos explicado exponiendo la composicion de las familias; pero debemos añadir todavía, con ocasion de los nietos, nietas y otros descendientes, que la necesidad de instituirlos ó de desheredarlos se aplicaba sólo á aquellos que se hallaban bajo la inmediata potestad de su abuelo el testador; porque si su padre los precedía, éste era el heredero suyo y el que debia ser instituido ó desheredado, y no aquéllos.

*Jus ad crescendi ad certam portionem*. En caso de omision se agregan á los herederos instituidos por el testamento, y toman, en concurrencia con ellos, una parte que varía segun que dichos herederos son herederos suyos ó extraños. En el primer caso, las hijas ó los descendientes instituidos toman una parte viril, una parte de heredero: son contados por un heredero más; y en el segundo caso toman la mitad: «*Scriptis heredibus ad crescunt*, dice Ulpiano, *suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam*» (1).

I. *Postumi* quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari. Et in eo per omnium conditio est, quod et filio postumo, et quolibet ex ceteris liberis sive masculini sexus sive feminini præterito, valet quidem testamentum; sed postea agnatione postumi sive postumæ rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeun-

1. Los hijos *postumos* deben tambien ser ó instituidos herederos ó desheredados. Y su condicion es la misma, en cuanto la omision de un *postumo*, ya sea hijo, ya cualquiera otro descendiente del sexo masculino ó femenino, cuando ocurre, no por eso es ménos válido el testamento. Pero posteriormente se rompe por la agnacion de aquel *postumo* ó de esta *postuma*, y queda todo él viciado. De donde se sigue que si la mujer, de quien se esperaba un *postumo* ó una *postuma*, abortase, nada impida que los herederos inscriptos se apo-

(1) Ulp. Reg. 22. 17.—En el caso en que háya á un tiempo herederos suyos y extraños, se sigue la misma regla combinándola respectivamente para cada uno. Paulo expone muy bien y con mucho laconismo las consecuencias de ellas en este ejemplo: *Filio et extraneo æquis partibus heredibus institutis*, dice, *si præterita ad crescat, tantum suo avocavit* (se llevará) *quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit*. Paul, Sent. 3. 4. bis. 8.

dam. Sed feminini quidem sexus postumæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant: dum tamen inter ceteros si exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur præterita esse per oblivionem. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: QUICUMQUE MIHI GENITUS FUERIT, EXHERES ESTO.

deren de la herencia. Por lo demás, respecto de los *postumos* del sexo femenino, habia la costumbre de desheredarlos ó nominalmente ó *inter ceteros*, con tal que en este último caso les fuese legada alguna cosa, á fin de que no pareciesen omitidos por olvido. En cuanto á los *postumos* varones, como los hijos y demás descendientes, no podian ser regularmente desheredados, sino *nominalmente*; es decir, de esta manera: EL HIJO QUE ME NAZCA QUE SEA DESHEREDADO.

*Postumi*. Sólo se trata en este párrafo de los *postumos* propiamente dichos, de los que nacen despues de la muerte del padre, segun la definicion de Ulpiano: *Postumos autem dicimus eos dumtaxat qui post mortem parentis nascuntur*, es decir, en materia de testamento, de los que han nacido despues de la muerte del testador (1).

Todos los *postumos* en general eran incapaces de ser instituidos herederos y de recibir ningun legado, porque respecto del testador muerto ántes de su nacimiento no habian sido nunca sino personas inciertas; pero *incerta persona heres institui non potest* (2).

Sin embargo, podia suceder que el *postumo*, aunque incapaz de ser instituido testamentariamente, naciese heredero suyo del testador, como, por ejemplo, si fuese un hijo de que hubiese dejado encinta á su mujer, ó bien un nieto, que su nuera, ya viuda en el momento de la muerte, hubiese dado á luz despues de su fallecimiento. En estos casos y otros semejantes el hijo concebido ya en vida del testador, y en un estado tal que, aunque todavía en el seno materno en el momento de su muerte, no tardase en hallarse bajo su potestad, este hijo nacia libre y heredero suyo (*heres suus*), como ya circunstanciadamente lo hemos explicado.

¿Y el testamento del difunto en qué venía á parar? Quedaba roto por la agnacion del *postumo*; porque habria sido iníctico y áun contrario á las intenciones del testador, conservar un testamento por el que nada podria percibir este niño, y despojarle completamente de la herencia paterna. Mas, por otra parte, véase un caso en que el derecho de testar se hallaba inevitablemente paralizado,

(1) V. lo que hemos ya dicho de los *postumos*.

(2) Ulp. Reg. 22. 4.

Lic. José Silos