

los mismos á quienes el testador puede nombrar un tutor por testamento.

Es preciso decir lo mismo de los cuasi-póstumos. Así el abuelo no puede dar pura y simplemente un sustituto pupilar á los nietos que no tiene bajo su inmediata potestad; pero puede dárselo eventualmente para el caso de la ley JUNIA VELEYA, es decir, para el caso en que muriendo su padre ántes del abuelo testador, llegasen á estar sin persona intermedia, bajo la potestad de este último. Bien entendido que es preciso, tanto respecto de los póstumos, cuanto respecto de los cuasi-póstumos, que hayan sido instituidos ó desheredados en el testamento, sin lo cual, roto éste por su agnacion ó cuasi-agnacion, seguiria la misma suerte la sustitucion pupilar (1).

Respecto de los hijos adrogados, es preciso recordar primero que no puede tratarse sino de hijos adrogados en el estado de impúberos, bajo las condiciones determinadas para estas especies de adrogacion, pues se trata de instituciones pupilares. Esto supuesto, es menester hacer una distincion, segun que se trata de una sustitucion pupilar hecha por el jefe de familia que el adrogado tenía ántes de hacerse *sui juris*, y de ser dado en adrogacion, ó de una sustitucion pupilar hecha por el padre adrogante. En cuanto á la sustitucion pupilar hecha por el antiguo jefe de familia, se hallaba rota por la adrogacion; pero sabemos que el adrogante debia dar caucion á las personas interesadas, asegurándoles la devolucion de los bienes del impúbero adrogado, si llegaba éste á morir ántes de la pubertad: el que habia sido sustituido pupilarmente por el primitivo jefe de familia, recibia esta caucion del padre adrogante, y se aprovechaba de ella si llegaba el caso; pues si el adrogado moria impúbero, su muerte daba á un mismo tiempo al adrogante la obligacion de devolver, y al primitivo sustituto el derecho de reclamar. En cuanto á la sustitucion pupilar que hubiese sido hecha por el padre adrogante, no puede por la misma razon recaer sobre los bienes personales del adrogado, pues si muere impúbero, sus bienes deben volver á aquellos que los habrian habido si no hubiese tenido lugar la adrogacion; abraza pues únicamente los bienes dados al pupilo por el adrogante ó por consideracion á éste; y aún dudaban algunos juriconsultos si no era

(1) D. 28. 6. 2. pr. f. Ulp.

preciso exceptuar la cuarta Antonina en el caso en que tuviese lugar, porque la adquiria el adrogado, no por la voluntad del adrogante, sino en virtud de la constitucion de Antonino (1).

Respecto de los hijos emancipados, no se podia sustituirlos pupilarmente, pues habian salido de la patria potestad; ni tampoco á los hijos naturales, porque nunca habian estado (2).

V. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valet.*

5. Mas no se puede hacer el testamento de sus hijos, sin hacer tambien el suyo; porque el testamento pupilar es una parte y continuacion del testamento paterno: de tal modo, que siendo nulo el testamento del padre, el del hijo lo es igualmente.

Nisi et sibi faciat. Si el jefe de familia tiene por su sola patria potestad el derecho de testar por su hijo, no puede, sin embargo, ejercer este derecho sino en cuanto lo ejerza por sí mismo. La institucion de heredero que hace por su hijo es una disposicion secundaria de su propio testamento: véase por qué es una sustitucion. — No se necesitan otras formalidades que las establecidas para un solo testamento, bastando siete testigos y siete sëllos (3). — Pero nada impide tampoco que se haga la sustitucion pupilar en un acta posterior con todas las formas testamentarias (4); ni que se haga con distintas solemnidades; como, por ejemplo, el testamento del padre por escrito, y la sustitucion pupilar por nuncupacion verbal, ó al contrario (5). Si el testamento del padre y la sustitucion pupilar se hacen en actos separados por diferentes intervalos, el testamento del padre debe preceder á la sustitucion; pero cuando se hacen en un solo y único acto, la inversion de la frase no viciará la sustitucion, como, por ejemplo, si se hubiese dicho primero: «*Si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Seius heres esto*», y más abajo: «*Filius heres esto*» (6).

Nec filii quidem valebat. Si, por ejemplo, el padre sólo ha instituido heredero en su testamento á una persona incapaz, aunque sea capaz el que ha sustituido pupilarmente á su hijo, la disposicion

(1) D. 28. 6. 10. § 6. f. Ulp.

(2) D. 28. 6. 2. pr.

(3) Dig. 28. 6. 20 pr. f. Ulp.

(4) Ib. 16. § 1. f. Pomp.

(5) Ib. 20. § 1.—37. 11. 8. § 4. f. Jul.

(6) D. 28. 6. 2. §§ 4 y 5. f. Ulp.

pupilar será nula, porque lo es la institucion. Del mismo modo, si nadie hace adición de la herencia, en virtud del testamento paterno caducará el testamento pupilar; así el sustituto no podía aceptar la sucesion del hijo y rehusar la del padre (1). En una palabra, si el padre por una causa cualquiera muere intestado, el hijo experimentará la misma desgracia.

Por el menor efecto, conservando el testamento del padre, ya rigurosamente por el derecho civil, ya equitativamente, ya por el derecho pretoriano, basta para hacer mantener la validez de la sustitucion pupilar. Por ejemplo, si el testamento ha sido rescindido sólo en una parte (2); si ha caducado por la posesion de los bienes pretorianos dada contra las tablas del testamento, en el fondo y segun el derecho escrito siempre se le considera válido (3); si el heredero instituido por el padre es un heredero forzoso que se ha abstenido segun el derecho estricto, se le considera siempre heredero (4). En consecuencia de esto se mantiene la sustitucion pupilar.

La nulidad del testamento del padre llevaba consigo la de sustitucion pupilar. Pero lo contrario no era cierto, porque lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. Así una causa particular podía viciar radicalmente la sustitucion, y no por eso dejaba de ser válido el testamento paterno.

VI. Vel singulis autem liberis, vel ei qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest: singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluerit; novissimum si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

6. Se puede sustituir á cada uno de sus hijos ó á aquel de ellos que sea el último que muera impúber: á cada uno si se quiere que ninguno muera intestado; al último que muera, si se quiere mantener íntegramente entre ellos el derecho á las sucesiones legítimas.

El texto explica suficientemente el objeto y los efectos de la sustitucion hecha *ei qui supremus* ó *qui novissimus impubes morietur*. En este caso, el sustituido halla en la sucesion del último que muera impúber la sucesion de todos los demas que han muerto *ab intestato*. Pero se necesita que el último muera impúber; si

(1) D. 28. 6. 2. § 1. f. Ulp.

(2) D. 5. 2. 8. § 5. f. Ulp.

(3) D. 28. 6. 34. § 2 y 35. f. Ulp.

(4) Ib. 2. § 3.— Puede añadirse aún á estos ejemplos el de la ley 38. § 3.: Si el instituido por el padre sólo ha hecho adición por fuerza, por orden del pretor, para conservar el derecho del fideicomisario y restituirle la herencia. (V. tit. 23. § 6.)

hubiese llegado al estado de pubertad, no tendría lugar la sustitucion.— Con este motivo pregunta Africano: ¿qué se decidiria si todos muriesen al mismo tiempo é impúberos? El sustituto sería heredero de cada uno, responde: *quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur* (1).

VII. Substituatur autem impuberi aut nominatim, veluti TITUS HERES ESTO; aut generaliter, ut QUIQUIS MIHI HERES ERIT. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes et extiterunt, pro qua parte et heredes facti sunt.

7. Se sustituye á un impúber, ó nominalmente, como, por ejemplo: que TICIO SEA HEREDERO; ó generalmente, como, por ejemplo: CUALQUIERA QUE SEA MI HEREDERO. Por estas palabras se encuentran llamados á la sustitucion á la muerte del hijo impúber los que han sido inscritos herederos, y que lo han legado á ser en la misma proporcion que lo han sido.

Examinarémos bajo este párrafo cuáles son aquellos que el testador puede sustituir pupilarmente, y dar así por herederos al impúber.

Todos los que puede darse á sí mismo por herederos. Así, aún en la época en que los póstumos extraños no podían ser instituidos herederos, el póstumo suyo del padre podía ser sustituido pupilarmente al impúber, bien que respecto de éste sólo fuese un póstumo extraño. Hay más: los que fuesen herederos necesarios del padre (por ejemplo, su hijo ó su esclavo) lo son también del hijo impúber por quien se hace la sustitucion. «*Quos possum heredes mihi facere necessarios, possum et filio*», dice Ulpiano (2). La razon de todo esto es que aunque haya dos herencias y dos instituciones, se ve identidad de testamento; la sustitucion pupilar es sólo una disposicion del testamento paterno (3). Por lo demas, no está obligado á sustituir pupilarmente al impúber aquellos á quienes ha instituido herederos de sí mismo: es libre de buscar al sustituido en cualquiera otra parte.

Pero puede también escogerlo entre sus herederos, ya designando nominalmente á uno ó algunos de ellos, ya llamándolos á todos en general.

Quisquis mihi heres erit. Lo que está sujeto á dos condiciones,

(1) D. 28. 6. 34. pr.

(2) D. 28. 6. 10. § 1. f. Ulp.

(3) «*Constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hereditates, usque adeo ut quos sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et postumum suum filio impuberi possit quis substituere.*» (Ib. 2. § 4. in fin.)

á saber: haber sido inscripto heredero del padre, y haberlo sido; doble condicion, que el texto expresa por estas palabras: *qui et scripti sunt heredes et extiterunt*. Así, en primer lugar, los que no hayan sido herederos del padre, ya por repudiacion, ya por cualquiera otra causa, no podrán presentarse á la herencia del pupilo que hubiese fallecido impúbero, pues sólo eran llamados en cuanto eran herederos del padre (1). En segundo lugar, estas expresiones *quisquis mihi heres erit* deben entenderse en el sentido de que se aplican á la persona misma de los que han sido inscriptos herederos, y que lo han llegado á ser, ya para sí, ya para otro, y no á todos aquellos que hayan adquirido la herencia: «*Hunc habent sensum, ut non omnis qui patri heredes extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur.*» — «*Placuit scriptos tantummodo admitti.*» Por ejemplo, si un esclavo ha sido instituido heredero del padre, y ha adquirido esta herencia para su señor, pero que ha sido hecho libre en el momento en que la sustitucion pupilar ha principiado, esta sustitucion no será deferida al señor para quien la primera herencia sólo ha sido adquirida materialmente por medio del esclavo instituido, sino á este esclavo hecho ya libre, que se hallaba inscripto personalmente. En resúmen, la sustitucion, lo mismo que la institucion, se considera que radica sobre el esclavo y que lo sigue en sus diversas condiciones (2).

VIII. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest; feminae, usque ad duodecim annos: et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.*

8. Se puede sustituir á los hijos varones *hasta los catorce años*, á las hembras *hasta los doce*; despues de esta edad la situacion se desvanece.

Usque ad quatuordecim; usque ad duodecim. No puede el padre prolongar este plazo; la prolongacion que hiciese se consideraria como no hecha, porque en este tiempo, llegando á la pubertad el hijo á quien sustituye, tendrá el derecho de hacer por sí mismo su testamento; pero podria limitarlo á un plazo más breve, como, por ejemplo: *Si filius meus intra decimum annum decesserit* (3).

Substitutio evanescit. En efecto, la condicion bajo la cual se ha hecho, falta entónces.

Fuera de esta causa, que hace desvanecer la sustitucion pupilar,

(1) D. 28. 6. 34. § 1. f. Afric.

(2) D. 28. 6. 3. f. Modest. — 8. § 1. f. Ulp.

(3) D. 28. 6. 14. f. Pomp. — 21. f. Ulp.

existen otras que le son propias, á saber, si el hijo á quien se habia hecho la sustitucion muere ántes que el testador (1); si sale de su potestad (2); si despues de su muerte ha sido adrogado: hemos visto, sin embargo, cómo en este caso debe aprovecharse el sustituto en parte de la sustitucion, por medio de la caucion que le ha sido dada por el adrogante; si el sustituto descuida solicitar en el término de un año un tutor para el impúbero (3); y en fin, á estas causas especiales que invalidan la sustitucion pupilar es preciso añadir tambien todas las que se aplican á las instituciones en general.

Pero cumplida la condicion, y no habiendo ninguna causa que desvanezca la institucion pupilar, produce ésta su efecto, y el sustituto se hace heredero del hijo que ha fallecido impúbero, y excluye la herencia *ab intestato*. Sucede en todos los bienes del impúbero, sin distincion de los que proceden ó no proceden de la herencia paterna (4); porque el jefe de la familia, haciendo la sustitucion pupilar no la ha hecho como testando de sus propios bienes, sino como testando de los bienes futuros del pupilo, y áun el testador no habria tenido derecho para excluir de la sustitucion á tales cuales bienes, porque esto equivaldria á hacer que muriese el pupilo, parte testado y parte intestado; lo que no sería posible. Si el sustituto que sucede al pupilo ha sucedido tambien al padre, está obligado á satisfacer las obligaciones y deudas de las dos herencias; si no, no le corresponden las obligaciones de la herencia paterna, á ménos que no esté obligado á ello como sucesor del hijo, en el caso en que éste hubiese sido heredero de su padre.

IX. *Extraneo vero, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres. Sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel*

9. Respecto de un extraño ó de un hijo púbero, ninguno puede, al instituirlos, sustituirlos de tal modo que si despues de haber heredado mueren dentro de cierto término, otro sea su heredero. Sólo es permitido al testador obligarlos por fideicomiso á restituir á otro su herencia

(1) Ya que muera realmente, ya que habiendo sido hecho prisionero por el enemigo y muriendo en poder de éste, se considere, segun la ley Cornelia, muerto el dia de su cautividad. (Ib. 28. f. Jul.)

(2) Ib. 4. § 2. — 41. § 2.

(3) Cod. 6. 58. 10.

(4) D. 28. 6. 10. § 5. f. Ulp. — Salvo siempre lo que hemos dicho ántes para el caso de la adrogacion.

totam vel pro parte restituere: quod *en todo ó en parte*: derecho que ex-
jus quale sit, suo loco trademus. pondremos en otro lugar.

Extraneo vero, vel filio puberi. En cuanto á los extraños, no tiene el testador ningun poder sobre ellos; por lo que respecta al hijo púbero, podrá éste hacer su testamento: por consiguiente, el testador no tiene ningun derecho para hacerlo por ellos; si lo hubiese hecho, áun instituyéndolos herederos, este acto sería completamente nulo, y no valdria ni áun como fideicomiso (1).

Hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere. Pero observemos bien la diferencia: aquí el testador dispone de su propia sucesion. En virtud de su derecho de propiedad sobre sus propios bienes, los da á uno con la obligacion de que los traslade á poder de otro; pero su disposicion en nada concierne á los bienes que no le pertenecen y que forman la herencia de otro. No da un heredero á otro; se da á sí mismo un fideicomisario.

Sustituciones hechas por los soldados.

No todas las reglas que acabamos de exponer son aplicables á los soldados. El privilegio militar les daba derecho para hacer el testamento de su hijo sin hacer el suyo (2); el testamento pupilar era válido áun en el caso en que nadie hiciese adición de la herencia del padre (3); nada les impedía que limitasen el efecto de la sustitucion á los bienes que hubiesen transmitido (4); podían, pero únicamente en los bienes que procedían de su herencia, sustituir á los hijos que tuviesen bajo su potestad, áun despues de la edad de la pubertad (5); á su hijo emancipado (6), y áun á los extraños (7).

Sustitucion con autorizacion del príncipe.

Podía el príncipe dar por rescripto á un jefe de familia la autorizacion suficiente para hacer el testamento de su hijo púbero,

(1) D. 28. 6. 7. f. Pap.

(2) D. 28. 6. 2. § 1. Ulp.

(3) D. 29. 1. 41. § 5. f. Trif.

(4) D. 28. 5. 10. § 5. f. Ulp.

(5) Ib. 15. f. Pap.

(6) D. 29. 1. 41. § 4.

(7) Ib. 5. f. Ulp.—Cod. 6. 21. 6.

pero que no se hallase en estado de testar, ya porque fuese sordomudo, ya por cualquiera otra causa que le impidiese el ejercicio del derecho, y no el derecho en sí mismo (1). Esta autorizacion individual la transformó Justiniano, para el caso de demencia, en un derecho general, del que ha formado una especie particular de substitucion, fijándole reglas especiales, segun hemos expuesto.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Testamentum jure factum usque adeo, valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

TÍTULO XVII.

DE QUÉ MODO SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

Un testamento hecho legalmente es válido hasta que se rompe ó se hace inútil.

El testamento en que no se han observado todas las formas y las condiciones esenciales á su validez, segun lo que acabamos de exponer, es nulo desde su origen, desde el principio. Pero puede tambien suceder que un testamento en cuya formacion no se ha omitido ninguna formalidad, no produzca, sin embargo, ningun efecto. Esto tiene lugar cuando se rompe (*ruptum*), cuando se hace inútil (*irritum*), ó cuando se abandona (*destitutum*).

Los jurisconsultos han dado á estas palabras un sentido diferente, y han querido distinguir, por medio de expresiones diversas, diversas causas de nulidad para los testamentos. Así, pues, se ha llamado *injustum, non jure factum, inutile*, y algunas *imperfectum*, el que no ha sido hecho con arreglo á las leyes del derecho; *nullius momenti*, aquel en que habia sido omitido el hijo bajo patria potestad; *ruptum*, el que ha sido roto, revocado por la agnacion de un heredero suyo, ó por un testamento posterior; *irritum*, el que se ha hecho inútil por efecto del cambio de estado del testador; y *destitutum*, aquel en cuya virtud nadie hace adición (2). En este último caso el testamento se llama algunas veces *irritum*.

I. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente tes-

1. El testamento se rompe cuando permaneciendo el testador en el mis-

(1) D. 28. 6. 43. f. Paul.

(2) D. 28. 3. 1. f. Pap.—V. en adelante, § 5.

tatore ipsius testamenti jus vitia-
tur.—Si quis enim post factum tes-
tamentum adoptaverit sibi filium,
per imperatorem, eum qui sui juris
est, aut per prætorem secundum
nostram constitutionem, eum qui in
potestate parentis fuerit, testamen-
tum ejus rumpitur, quasi agnatione
sui heredis.

Se rompe el testamento (*ruptum*) por dos causas: 1.º, la agnacion de un heredero suyo, que no ha sido ni instituido ni legalmente desheredado; 2.º, la formacion de un testamento posterior. Del primer caso trata este párrafo.

Hay agnacion de un heredero suyo siempre que una persona cae en la potestad del testador sin intermediario. Así, el testamento se rompe: 1.º Si despues de su formacion le nace al testador un hijo ó una hija. 2.º Si por efecto de la muerte ó de la emancipacion de su padre, el nieto se halla sin intermediario bajo la potestad del testador. 3.º Si por adopcion ó por adrogacion, una persona entra como hijo ó como nieto sin padre designado en la familia del testador. 4.º En el derecho antiguo, si la mujer pasando bajo la mano, en el dominio romano, del marido (*in manu*), entraba tambien en su familia en el grado de hija (1). 5.º Lo mismo se verificaba cuando el hijo manumitido, despues de una primera ó de una segunda mancipacion, volvia de nuevo á la potestad paternal (2). 6.º Y tambien cuando un hijo nacido del matrimonio contraido con una extranjera ó con una latina (*peregrina vel latina*), que se habia casado como ciudadana romana, usando del beneficio concedido por el senado-consulta, probaba que el matrimonio habia sido hecho de buena fe (3).

Hemos ya expuesto en el título de la desheredacion, el medio de evitar la rotura del testamento por la agnacion de un póstumo ó de un cuasi-póstumo, instituyéndolos ó desheredándolos. Pero en los otros casos de agnacion que acabamos de enumerar, el testamento se rompía siempre, *omni modo*, dice Gayo, ora los herederos suyos nuevamente llegados hubiesen sido instituidos en él, ora hubiesen sido desheredados en él de antemano. En cuanto á la

(1) Gay. 2. 139.

(2) Ib. 2. 141.

(3) Ib. 142.

desheredacion, no habia ninguna duda; era nula como hecha contra personas que, en el momento de la formacion del testamento, no estaban en el número de los herederos suyos, y á quienes, por lo tanto, no se habia podido quitar un derecho que todavía no tenían (1). Pero respecto de la institucion, algunos jurisconsultos admitian que si el nuevo heredero suyo entrado en la familia habia sido instituido de antemano, el testamento no se habia roto. Esta opinion, que es la de Scevola y Papiniano (2), prevaleció despues de Justiniano, que suprimió el *omni modo* de Gayo.

El rigor de este principio ha sufrido ademas una modificacion en el último caso de ruptura que hemos mencionado, el del casamiento contraido de buena fe con una extranjera ó con una latina. En el derecho primitivo, cuando el hijo probaba la buena fe, ya fuese esto ántes ó despues de la muerte del testador, se rompía el testamento, á pesar de todas las instituciones y desheredaciones posibles. Sobre la proposicion de Adriano, decidió un nuevo senado-consulta que si la prueba se hacia ántes de la muerte del padre, el testamento se rompería en todos los casos; que si, por el contrario, no se hacia la prueba sino despues de su muerte, el testamento sólo se rompería cuando el hijo hubiese sido omitido; si, por el contrario, habia sido sustituido ó desheredado, el testamento sería válido; porque, dice Gayo, sería una cosa inútila el anular un testamento para cuya validez se han tomado todas las precauciones, en circunstancias en que es imposible hacer uno nuevo (*ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderetur eo tempore quo renovari non possent*) (3).

II. Posteriore quoque testamento quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret, decesserit; aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit: in his

2. El testamento se rompe tambien por un testamento posterior, válidamente hecho. Y poco importa que en virtud de este último haya habido ó no un heredero, pues sólo se atiende á si habria podido haber uno. Si el instituido ha repudiado la herencia, ó si ha muerto, ya viviendo el testador, ya despues de su muerte, pero ántes de hacer la adiccion, ó si ha dejado de serlo por el no cumplimiento de la condicion bajo de la que habia sido instituido, en

(1) Gay. 2. 140 y 141.

(2) Dig. 28. 2. 23.—28. 8. 18.

(3) Gay. 2. 143.

casibus pater familias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.

todos estos casos el jefe de familia muere intestado; porque el primer testamento es nulo, habiendo sido roto por el segundo, y éste queda sin efecto, puesto que no da ningun heredero.

Quod jure perfectum est. Es evidente que estas palabras quieren decir de la manera requerida para cada especie de testamento; así el testamento militar, aunque dispensado de todas las formalidades, es regular y puede romper un testamento anterior (1). Ulpiano nos señala un caso en que un testamento, aunque no regular, basta para romper un testamento anterior: este caso es cuando el heredero inscripto en este testamento podría llegar á la sucesion *ab intestato* (2). Teodosio, en una constitucion inserta en el Código, repite esta misma doctrina, diciendo que el segundo escrito valdrá, no como testamento, sino como voluntad última del intestado: «*Secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus.*» En este caso bastarán testigos jurados: «*In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt*» (3).

Aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit. «Importa mucho distinguir, dice Pomponio, la especie de condicion que ha sido impuesta; si se refiere al tiempo pasado, al presente ó al futuro. La que se refiere al tiempo pasado se expresa de este modo: Si Ticio ha sido cónsul. Si este hecho es cierto, es decir, si Ticio ha sido realmente cónsul, la institucion hecha de esta manera basta para romper el testamento anterior, porque puede haber un heredero: si por el contrario, Ticio no ha sido cónsul, no se romperá el primer testamento. Si la condicion se refiere al tiempo presente, como por ejemplo: si Ticio es cónsul, tendremos la misma solucion; si el hecho es cierto, puede haber un heredero y se rompe el testamento; si es falso, no puede haber heredero, y el primer testamento subsiste.» El motivo es que no hay aquí verdadera condicion. Hay ignorancia del suceso, pero no incertidumbre de que suceda ó no. Respecto de las verdaderas condiciones, que se refieren á un hecho futuro é incierto, pero posible, son suficientes para romper el testamento, aún cuando no se realice el suceso

(1) D. 28. 3. 2. f. Ulp.

(2) Ib.

(3) C. 6. 23. 21. § 3.

so: en cuanto á las condiciones imponibles se reputan como no escritas (1).

III. Sed si quis priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum illud quoque præterea in ea constitutione expressum est: «Imperatores Severus et Antoninus Augusti, Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta *ex lege Falcidia*, hereditatem restituat his qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.» Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

3. Si alguno, despues de un primer testamento válido, hace otro igualmente válido, aún cuando sólo hubiese instituido heredero para ciertas cosas determinadas, el primer testamento, segun un rescripto de los divinos Severo y Antonino, será revocado. Hemos hecho insertar aquí las palabras de dicha constitucion, porque expresan alguna cosa ademas. «Los emperadores Severo y Antonino, Augustos, á Cocceyo Campano. No hay duda alguna en que un testamento posterior, aunque sólo haya instituido un heredero para objetos determinados, debe valer como si estos objetos no hubiesen sido mencionados. Pero el heredero instituido debe estar obligado á contentarse con los objetos que le han sido dados, ó con la *cuarta Falcidia*, y pasar la herencia á los que habian sido instituidos en el primer testamento, á causa de la disposicion por la cual el testador ha expresado en el segundo testamento que el primero sería válido.» Así aún de esta manera el testamento se rompe.

Ex lege Falcidia. No precisamente en virtud de la ley Falcidia podía el heredero fiduciario retener la cuarta parte de la herencia, sino en virtud del senado-consulta Pegasiano, como veremos en adelante (tít. 23, § 5). La ley Falcidia se aplicaba á los legados, y el senado-consulta á los fideicomisos; habia sido éste introducido á imitacion de la ley Falcidia.

Aunque roto, un testamento no está siempre desnudo de todo efecto; puede, en ciertos casos, si está provisto de los sellos de siete testigos, servir para obtener del pretor la posesion de los bienes *secundum tabulas* (2).

En efecto, para conceder esta posesion de los bienes, sólo dos épocas considera el pretor: el momento de la formacion del testamento, y el de la muerte del testador. Si, pues, en este intervalo

(1) D. 28. 3. 16.

(2) Gay. 2. 147.

ha nacido un hijo póstumo omitido por el testador, basta sólo este hecho para que se rompa el testamento *jure civili*; pero á los ojos del pretor no se romperá sino en el caso de que el póstumo omitido sobreviviese al testador. Si muere ántes que éste, el testamento, aunque roto segun el derecho estricto, podrá servir para obtener la posesion de los bienes (1); lo mismo sucederá en el caso de que el testador, dejando subsistente el acto de su primer testamento, haya destruido el segundo (2).

IV. Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur: veluti, cum is qui fecit testamentum, capite diminutus sit. Quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.

Se trata aquí del caso en que el testamento, aunque regular y válido en sí mismo, se hacía inútil (*irritum*), porque el testador mudaba de persona, de estado y de capacidad. Hemos explicado ántes por qué todas las disminuciones de cabeza, segun el derecho civil, producian este efecto, y hemos expuesto acerca de esto los privilegios que proceden del estado militar.

V. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quæ rumpuntur irrita fiant; et quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt; et ea quæ jure facta sunt, et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erit singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur; quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

VI. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure acta per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem

4. Hay otra causa por la cual los testamentos hechos válidamente se invalidan, cual es la disminucion de cabeza del testador. En el libro primero hemos expuesto cómo se verifican estas disminuciones de cabeza.

5. En este caso se dice que los testamentos se han hecho inútiles. Es verdad que los testamentos rotos se han hecho igualmente inútiles; que los que desde el principio han sido hechos irregularmente, son tambien inútiles; y que por el contrario, respecto de los testamentos que hechos regularmente se han hecho inútiles por la disminucion de cabeza, se podría decir exactamente que están rotos. Sin embargo, como es más cómodo distinguir las diferentes causas que vician los testamentos por diferentes términos, los unos se dicen irregularmente hechos, y los otros, regulares en su principio, se dicen rotos ó inútiles.

6. Sin embargo, los testamentos que hechos regularmente se han hecho inútiles por la disminucion de cabeza, no carecen absolutamente de

(1) D. 28. 3. 12. pr. f. Ulp.

(2) D. 37. 11. 11. § 2.

testium signis signata sunt, potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam, si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem vel etiam libertatem testator amiserit, aut quia in adoptionem se dederit et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem petere.

efecto. Si han sido marcados con los sellos de siete testigos, el heredero instituido podrá obtener la posesion de los bienes SECUNDUM TABULAS, con tal sólo que el difunto haya sido ciudadano romano y *sui juris* en el momento de su muerte; porque si el testamento se hubiese hecho inútil, porque hubiese perdido el testador la cualidad de ciudadano, ó aun la libertad, ó bien por haberse dado en adrogacion, y en el momento de su muerte se hallase todavía bajo la potestad de su padre adoptivo, el heredero instituido no podría pedir la posesion de los bienes SECUNDUM TABULAS.

Potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere. Es un temperamento introducido por el derecho pretoriano para el caso en que el testamento se hiciese rigurosamente *irritum*, lo mismo que aquel en que ha sido rigurosamente roto, segun lo que acabamos de decir poco ántes, § 3. Así, cuando el testador, despues de haber experimentado una disminucion de cabeza con posterioridad á la formacion del testamento, hubiese vuelto ántes de su muerte á su primer estado; por ejemplo, cuando habiendo sido reducido á esclavitud, deportado, adoptado ó adrogado, hubiese ántes de su muerte recobrado sus derechos por la manumision, por gracia del príncipe ó adopcion, su testamento, que por derecho estricto se hace *irritum*, no se rehabilitará; pero segun el derecho pretoriano, podrá servir para obtener la posesion de los bienes. Tal es el temperamento introducido por el pretor en los principios rigurosos que hemos expuesto acerca del tiempo en que la capacidad de testar debe existir en la persona del testador.

En el caso de adrogacion no bastaba que el testador adrogado fuese con posterioridad emancipado; era preciso además, para obtener la posesion de los bienes, producir una declaracion del difunto, indicando que su intencion era hacer revivir su testamento, porque habiendo sido por su parte la adrogacion un acto enteramente voluntario, que habia llevado consigo la enajenacion de todos sus bienes, se veia en la misma, en cuanto á la disposicion testamentaria de estos mismos bienes, la indicacion de un cambio de voluntad, que hacía necesaria, despues de la emancipacion, la prueba de haber vuelto á su primitiva voluntad. Por no poder su-

ministrar esta prueba, el instituido que solicitaba la posesion de bienes era rechazado por la excepcion de dolo (*doli mali*) (1).— Pero Justiniano no reprodujo en las Instituciones esta regla especial, quizá porque conservando el adrogado, segun la legislacion de este príncipe, la mera propiedad de los bienes, la adrogacion no indicaba ya por su parte, en cuanto á la disposicion testamentaria de dichos bienes, un cambio de voluntad suficiente para necesitar la prueba contraria.

Bajo la expresion *irritum*, inútil, comprendian tambien á veces los juriscultos al testamento que no producía heredero, *non adita hereditate* (2), es decir, no habiendo hecho adición el instituido, ya por efecto de su sola voluntad, ya por incapacidad, ó bien habiendo obtenido una restitucion *in integrum* contra la adición que habia hecho primero. Pero este testamento se llamaba más especialmente *destitutum* ó *desertum*, abandonado ó desierto.

VII. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere: usque adeo, ut, si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit non perfecit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

Quod postea testator id noluit valere. Pero tampoco es absolutamente indispensable que el testador haga el testamento para revocar el que ya ha hecho. La revocacion se verificará suficientemente por la alteracion ó destruccion del acto mismo, porque dicha destruccion se hace voluntariamente con intencion de morir intestado (3).

Teodosio aún habia declarado que despues de diez años de fecha no fuesen ya válidos los testamentos (4); pero modificando Justi-

(1) D. 37. 11. 11. § 2.

(2) D. 28. 3. 1.

(3) D. 28. 4. 1. f. Ulp. 4. f. Pap.

(4) Cod. Teod. 4. 4. 6.

miano esta disposicion, quiso que ademas del lapso de tiempo, se añadiese á esta primera circunstancia la prueba de un cambio de voluntad, expresado en un acto auténtico ó ante tres testigos (1).

VIII. Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc, divi quoque Severus et Antoninus sepius rescripserunt. «Licet enim, inquit, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.»

8. En la misma exposicion de ley declara el Emperador que no admitirá la herencia del que por causa de un litigio (2) dejase al príncipe por heredero; que no dará validez á un testamento irregular en que se le hubiese instituido, á fin de cubrir los vicios de aquél; que no admitirá el título de heredero en virtud de simples palabras, y que no tomará nada en virtud de un escrito que carezca de la autoridad del derecho. En este mismo sentido publicaron rescriptos con mucha frecuencia los divinos Severo y Antonino. «En efecto, dicen, aunque seamos libres de las leyes, sin embargo vivimos bajo el imperio de las leyes.»

TITULUS XVIII.

DE INOFICIOSO TESTAMENTO.

Segun el derecho civil, y aún segun el derecho introducido por el uso y por la interpretacion, relativamente á la desheredacion, bastaba al jefe de familia declarar que desheredaba á su hijo, y á la madre y ascendientes maternos guardar silencio acerca de sus hijos ó descendientes, para que no tuviesen éstos ningun derecho á su herencia. El uso y la interpretacion de los prudentes templaron este rigor (3).

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omitunt, inductum est ut de inoficioso agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique præteritos hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non qua-

Como hay ascendientes que desheredan ó que omiten á sus hijos, y esto las más veces sin motivo, se ha introducido la accion del testamento inoficioso en favor de aquellos que se quejan de haber sido injustamente desheredados ú omitidos, suponiendo que el testador, al hacer su testamento, no se hallaba con su espíritu sano. Por esto no se entiende

(1) Cod. 6. 23. 27.

(2) A fin de dar á su adversario el Emperador por contrario.

(3) V. lo que he dicho en la *Hist. del Der.*, p. 227.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

si vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

que estuviese realmente loco, sino que su testamento, aunque hecho regularmente, es contrario á los deberes de la piedad entre parientes, porque si en él hubiese verdadera locura el testamento sería nulo.

Se llama testamento inoficioso el que es contrario á los deberes de piedad entre parientes (*in officium*); tal es la definicion que de él nos da Paulo en sus sentencias: «*Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*» (1); es decir, aquel en que el testador ha desheredado ú omitido sin motivo legitimo á hijos ó parientes que la piedad y el afecto natural ordenaban llamar á su herencia. El uso introdujo el derecho de impugnar semejantes testamentos y de hacer que se declarase su nulidad. El origen de este derecho no se determina de una manera precisa, pero asciende á los tiempos de la república, hácia los siglos v ó vi de Roma; de él se hace mencion en una de las arengas de Ciceron contra Verres (2). Ante los centumvirose se presentaba la accion contra el testamento inoficioso, lo mismo que todas las demas acciones en solicitud de herencia (3). Estos magistrados, si hallaban el testamento contrario á la piedad de familia (*inofficiosum*), declaraban su nulidad; la herencia testamentaria, con todas las disposiciones contenidas en el testamento, caía por tierra, y se daba lugar á la herencia *ab intestato* en beneficio de los que eran llamados por la ley (4).

Sine causa. Mas si el testador hubiese tenido justos motivos para desheredar ú omitir al que se quejaba, el testamento no sería inoficioso ni se declararía la nulidad. Los motivos no se hallan fijados legislativamente, y quedaban en cada causa á la apreciacion del juez: el testador no tenía ninguna obligacion de expresarlos en su testamento. Tal era todavía el derecho segun las Institutas. Una novela posterior de Justiniano determinó las justas causas de desheredacion ú omision, y exigió que se expresasen en el testamento (5).

(1) Paul. Sent. 3. 5. 1.

(2) CICERON *in Verr.* 1. 42.—*De oratore*, 1. 33. 57.

(3) Véase lo que se ha dicho de los centumvirose, *Hist. del Der.*, p. 139.

(4) D. 5. 2. 6. § 1; 8. § 16. f. Ulp.

(5) Estas causas, respecto de los hijos, son catorce: 1.º, si el hijo ha injuriado á su padre gravemente; 2.º, si le ha dado de golpes; 3.º, si ha atentado contra sus dias; 4.º, si por su delacion le ha hecho experimentar algun perjuicio; 5.º, si vive en compañías de malhechores; 6.º, si ha querido impedir á su padre que haga testamento; 7.º, si lo ha abandonado en la locura; 8.º, si no lo ha re-

Es heredant. Esto se refiere al jefe de familia respecto de los hijos que se hallan bajo su potestad y á quienes ha desheredado; porque si los hubiese simplemente omitido, se invalidaría el testamento conforme á las reglas que hemos expuesto acerca de la desheredacion; y por consiguiente, no habria necesidad ni derecho para atacarlo como inoficioso.

Vel omittunt. Esto se refiere á la madre y á los ascendientes maternos ú otros, con relacion á los hijos y descendientes que no se hallan bajo su potestad, porque basta su silencio, segun el derecho riguroso, para alejar de su herencia á los hijos.

I. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater, turpibus personis scriptis hereditibus, ex sacris constitutionibus prelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

1. La facultad de acusar al testamento de inoficioso no ha sido atribuida sólo á los hijos respecto de sus ascendientes, sino áun á éstos respecto de sus hijos y descendientes. En cuanto á los hermanos y hermanas, si la institucion ha sido hecha en favor de personas viles, deben, segun las constituciones, tener la preferencia; de donde se deduce que no pueden obrar contra todo heredero. Despues de los hermanos y hermanas ningun cognado puede tener accion ni ejercitarla con éxito.

Soror autem et frater: lo que se entendia exclusivamente, segun el derecho civil, de las hermanas y hermanos agnados, individuos de la misma familia; porque sólo ellos eran herederos legitimos unos de otros. Este principio se halla conocido tambien en la constitucion de Constantino tal como se halla en el Código Teodosiano (1); pero Justiniano admite á todos los hermanos por consanguinidad en el derecho de acusar de inoficioso el testamento; debiendo entenderse por hermanos por consanguinidad á los que proceden de un mismo padre, ya estuviesen todavía ó ya no estuviesen en la familia (*durante agnatio vel non*). Por consiguiente, al insertar en su Código la constitucion de Constantino, la hizo modificar en este sentido (2). Tal era el derecho de las institucio-

nalado estando cautivo; 9.º, si el hijo es un hereje, que desprecia los cuatro concilios ecuménicos; 10.º, si ha acusado á su padre de un crimen capital, á excepcion del crimen de lesa-majestad; 11.º, si ha tenido comercio ilegítimo con su madrastra ó la concubina de su padre; 12.º, si contra la voluntad de su padre toma parte en compañías de comediantes; 13.º, si no quiere, haciéndose fideiussor, hacer que sea puesto en libertad su padre retenido por deudas; 14.º, si una hija menor, á quien el padre ha querido casar y dotar, se abandona á una prostitucion mercenaria. (Nov. 415, cap. 3.)

(1) Cod. Teodos. 2. 19. 1 y 2.

(2) Cod. 3. 28. 27.

nes, según el cual sólo los hermanos uterinos quedaban excluidos de la queja de inoficiosidad (1).

Turpibus personis scriptis heredibus. Tales como los histriones, los gladiadores, las prostitutas y las personas con nota de infamia. Es preciso recurrir acerca de esta materia á lo que hemos dicho en nuestra *Generalizacion del Derecho romano*, sobre las vicitudes ó pérdida de la *existimatio*. Precisamente con ocasion de la queja de inoficiosidad concedida á los hermanos y hermanas, determina una constitucion de Constantino, inserta en el Código, los tres grados de infamia, torpeza y *levis nota* (2). En estos tres casos igualmente tienen los hermanos y hermanas la querrela de inoficiosidad. En suma, su derecho era mucho más limitado que el de los descendientes y ascendientes, porque éstos podian reclamar, por causa de inoficiosidad, contra todas las personas instituidas en perjuicio suyo, mientras que los hermanos y hermanas no podian hacerlo sino contra personas viles (3).

II. Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

2. Por lo demas, los hijos, tanto naturales cuanto adoptivos, según la division introducida por nuestra constitucion, no pueden intentar la accion de inoficiosidad sino á falta de otro medio de derecho para llegar á los bienes del difunto. Así no lo pueden, si por otro camino llegan á la herencia en todo ó en parte. Esta accion puede ejercitarse igualmente por los póstumos, cuando no tienen ningun otro derecho.

Secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati: es decir, según la distincion establecida por la constitucion de Justiniano, entre los hijos adoptivos por extraños y los adoptados por un ascendiente ó los adrogados. Sabemos que los primeros no tenían más que un derecho de sucesion *ab intestato* sobre los bienes del

(1) Según la novela 115, las justas causas de omision respecto de los ascendientes eran ocho: 1.º, si han acusado á sus descendientes de un crimen que mereciese la pena capital; 2.º, puesto asechanzas á su vida; 3.º, tenido comercio con la mujer ó concubina de sus hijos; 4.º, puesto obstáculo á que hiciesen testamento; 5.º, si no los han rescatado del poder del enemigo; 6.º, si en caso de demencia los han abandonado; 7.º, por causa de herejia; 8.º, si el padre ha querido enterrenar á la madre, ó al contrario. (Nov. 115, cap. 4.)

(2) Cod. 8. 28. 27. const. Constant.

(3) Respecto de los hermanos y hermanas hay tres justas causas de omision: 1.º, por atentar á la vida; 2.º, por acusacion de un crimen, y 3.º, por un gran perjuicio en la fortuna. (Nov. 22, cap. 47.)

padre adoptante, sin poder quejarse si habian sido omitidos ó desheredados aun sin motivo.

Si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Así la accion por causa de inoficiosidad es un último recurso, que se admite únicamente á falta de otros. Si, por ejemplo, se trata de un hijo que contra el testamento paterno puede invocar la nulidad ó la posesion de los bienes *contra tabulas*, porque no ha sido desheredado, no será admitido á acusar á aquél como inoficioso, porque tiene otro medio de llegar á la herencia. Lo mismo sucedia ántes de Justiniano respecto de las hijas, nietos ó biznietos que, en caso de omision, tenían derecho para hacerse admitir con los instituidos por una parte.—Lo mismo sucedia, en fin, según el ejemplo citado por Ulpiano, al adrogado impúbero desheredado injustamente, porque tenía en este caso derecho para reclamar la cuarta Antonina (1).

Postumi quoque. Bien entendido, cuando su nacimiento no debia romper el testamento, por ejemplo, cuando el padre los habia desheredado, cuando se trataba del testamento de la madre ó de un ascendiente materno. Tenian expedita la accion por causa de inoficiosidad, y el éxito de ella no era dudoso, porque era evidente que siendo póstumo no habian dado al testador ningun justo motivo para omitirlos ó desheredarlos.

III. Sed hæc ita accipienda sunt si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Si vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, in quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri.

3. Pero todo esto sólo es aplicable al caso en que el testador no les haya dejado nada en su testamento, como lo ha introducido nuestra constitucion por respeto á los derechos de la naturaleza. Si, pues, una parte cualquiera ó un objeto de la herencia les ha sido dado, dejando dormir la queja de inoficiosidad, tendrán sólo derecho para hacer completar lo que les falte hasta llegar al cuarto de su parte de herencia legitima, y esto aun cuando el testador no hubiese añadido la orden de completarles dicho cuarto al arbitrio de un hombre bueno.

La accion por causa de inoficiosidad del testamento da origen á una nueva teoría, la de la porcion legitima debida á los hijos, as-

(1) D. 5. 2. 8. § 15.

cendientes, hermanos ó hermanas en su clase de herencia *ab intestato*.

No podemos determinar positivamente en qué época y por qué grados se introdujo esta teoría; pero véase cuál fué la generacion probable de este derecho. Si los hijos, ascendientes, hermanos ó hermanas, herederos futuros *ab intestato* del difunto, hubiesen sido instituidos por él en su testamento en una porcion cualquiera, por pequeña que fuese, no habia ya respecto de ellos omision ni desheredacion: en esta situacion, ¿debía ó no el testamento ser anulado como inoficioso? Ó bien si el difunto, sin instituir por herederos á estas personas, les hubiese, sin embargo, dejado una parte de sus bienes por legado, donacion ó de otro modo, ¿debía el testamento ser tambien considerado como inoficioso? ¿No podia suceder que en interes de su hijo, como, por ejemplo, para evitar los cargos y responsabilidad que lleva consigo la calidad de heredero, le hubiese el padre dejado una porcion de sus bienes á título de legado ó donacion más bien que á título de institucion? Siendo esto así, ¿qué porcion de bienes sería preciso que el testador hubiese dejado, ya por institucion, ya por legado ó por otro modo á sus hijos, ascendientes ó hermanos y hermanas, futuros herederos *ab intestato*, para que el testamento pudiese no ser considerado como inoficioso? Sobre todas estas cuestiones es preciso observar que al principio no debía haber en esto ninguna regla formal. La accion por causa de inoficiosidad no era una accion de derecho estricto por un vicio absoluto y caracterizado. El testamento sólo era anulado como contrario á los deberes del parentesco y por denotar en sus disposiciones una voluntad irreflexiva y contraria á la razon. A los centumviros tocaba apreciarla bajo este aspecto y segun las circunstancias: á ellos tocaba tambien juzgar si la liberalidad del testador, respecto de los que se consideraban agraviados, no era suficiente para llenar los deberes del parentesco y satisfacer al afecto que éste inspira; no habia, pues, ninguna parte terminantemente fija, pero en los últimos años de la república, en 714, fué expedido, bajo el nombre de ley Falcidia (LEX FALCIDIA), un plebiscito, del que en breve trataremos (véase título XXII), y segun el cual se dispuso que ningun heredero instituido por testamento pudiese nunca ser gravado con legados ni fideicomisos en más de los tres cuartos de su parte hereditaria; de tal modo, que siempre le quedase libre un cuarto por lo ménos. Ya que la

ley Falcidia contuviese expresamente, respecto de la herencia *ab intestato*, una disposicion análoga en favor de los herederos por consanguinidad, á quienes se hallaba expedita la accion de inoficiosidad, ya que en este punto sólo hubiese una extension dada á la ley Falcidia, el hecho es que se atribuyó á estos herederos por consanguinidad el mismo derecho que á los herederos instituidos; y que bajo pena de hacer anular el testamento por inoficioso, debieron tener siempre en los bienes del difunto, á ménos de haber justas causas de desheredacion ó de completa omision, el cuarto de la parte hereditaria que les hubiese tocado *ab intestato*. Tal es el origen de esta parte, que una constitucion de Teodosio y de Valentiniano, inserta en el Código Teodosiano, llama la Falcidia (*solam eis Falcidiam debita successionis relinquunt*) (1); que una novela de Majoriano llama tambien á la cantidad de la ley Falcidia (*sola Falcidia quantitas*) (2); y que otros textos llaman tambien porcion debida por la ley (*portio legibus debita*); porcion legítima (*portio legitima*) (3); de donde los comentadores han tomado la denominacion pura y simple de la legítima (4).

Id quod eis deest usque ad quartam legitima partis repletur, licet non fuerit adjectum. Al principio era indispensable que el testador diese él mismo el cuarto completo, ó que al ménos hubiese expresamente añadido á sus disposiciones que en caso de insuficiencia se completase dicho cuarto. En otro caso se daba la accion por causa de inoficiosidad. Tal era el derecho en tiempo de Constantino, segun una constitucion suya, inserta en el Código Teodosiano (5); Justiniano fué el primero que estableció que aún en el caso de que el testador no hubiese añadido esta disposicion (*licet non fuerit adjectum*), el derecho del heredero por consanguinidad se limitaria á hacer completar el cuarto; así, por poco que el tes-

(1) Cod. Teodos. 16. 7. 28. — Este nombre de Falcidia se le da igualmente en una constitucion de Arcadio y Honorio, inserta en el Código de Justiniano: 9. 8. 5. § 3.

(2) D. Majoriani A. legum novellarum, tit. 8. De sanctionibus et viduis et de successionibus eorum. 1. § 3.

(3) C. 3. 28. 28. 30 y 31.

(4) Cujacio habia sido conducido por el título probablemente alterado de una ley del Digesto (5. 2. 4. I. Gay.) á atribuir el origen de la porcion legítima á una cierta ley Glicia enteramente desconocida. Pero lo que acabamos de exponer, el nombre de Falcidia que se le da en las constituciones de los emperadores, y que encontramos en la ley romana de los borgoñones, 31 (30), y aún en los francos, como lo demuestra M. Savigny en su *Historia del Derecho romano en la Edad Media* (tit. 2. c. 9. § 41. vol. 1.º), y otras muchas autoridades; todo, en fin, nos prueba que la porcion legítima de los herederos por consanguinidad se deriva, si no textualmente, al ménos por extension, de la ley Falcidia.

(5) Cod. Teodos. 2. 19. 4.

tador hubiese dejado al heredero por consanguinidad, esto bastaba para que fuese excluida la accion de inoficiosidad y para que no quedase más que la accion por suplemento.

IV. Si tutor nomine pupilli cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inoficioso patris testamento agere.

4. Si un tutor ha aceptado, en nombre de un pupilo de quien administraba la tutela, un legado procedente del testamento de su propio padre, que nada absolutamente ha dejado á él mismo, no estará por eso ménos obligado, en su propio nombre, á acusar el testamento.

Nomine suo. La aceptacion que ha hecho de un legado dejado á su pupilo, no puede oponérsele como si fuese una ratificacion del testamento, porque en dicha aceptacion ha obrado, no en nombre suyo, sino sólo en su cualidad obligatoria de tutor, cumpliendo en esto, no un acto voluntario, sino un deber forzado. Nada le impedirá, pues, atacar en su propio nombre (*nomine suo*) al testamento como inoficioso. Otra cosa sucederia si el acto de aprobacion, aún indirecto, hubiese sido enteramente libre y voluntario por su parte, como, por ejemplo, si como abogado ó procurador se hubiese presentado á solicitar la entrega de un legado á nombre de un legatario (1).

V. Sed si, e contrario, pupilli nomine cui nihil relictum fuerit, de inoficioso egerit et superatus est, tutor quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

5. Y si, por el contrario, el tutor intenta, en nombre del pupilo á quien nada se ha dejado, la accion de inoficiosidad, y es vencido, no pierde el legado que le ha sido hecho en el mismo testamento.

Et superatus est. Aquí el caso es contrario, pero el motivo de la decision es el mismo. Es preciso saber, para inteligencia de esta decision, que todo heredero que equivocadamente hubiese acusado al testamento de inoficioso, y que hubiese sido vencido en su demanda, perdía como indigno los legados ú otras disposiciones que en su favor contuviese el testamento; el fisco se aprovechaba de ellas (2). Pero no habiendo aquí obrado el tutor voluntariamente y en su propio nombre, no ha incurrido en la nota de indignidad.

(1) D. 5. 2. 32. f. Paul.

(2) D. 5. 28. § 14 f. Ulp.

VI. Igitur quartam quis debet habere, ut de inoficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario sive jure legati aut fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos *in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio; vel aliis modis qui constitutionibus continentur.* Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est ut, sive unus fuerit sive plures quibus agere de inoficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata eis distribuatur, id est pro virili portione quarta.

6. Para que la accion del testamento inoficioso no pueda ejercitarse, es preciso que se tenga la cuarta, ya por derecho hereditario, por legado, fideicomiso ó donacion por causa de muerte, ya por donacion entre vivos, en los casos mencionados en nuestra constitucion, ó por todos los demas medios enumerados en las constituciones. Lo que hemos dicho de la cuarta debe entenderse de manera que, aunque haya una ó muchas personas con derecho contra el testamento inoficioso, se puede darles una sola cuarta para distribuirla entre sí proporcionalmente, es decir, para cada uno el cuarto de su porcion viril.

Este párrafo da lugar á examinar dos cuestiones, que por lo demas son esencialmente correlativas: 1.^a ¿Cómo debe verificarse el cálculo para determinar la porcion legítima? 2.^a ¿Con qué título, es decir, por qué especie de liberalidad debe dejarse esta porcion á los herederos por consanguinidad?

Para determinar la porcion legítima es preciso considerar el patrimonio del difunto tal como se hallaba en el momento de su muerte (1), haciendo deduccion de los gastos funerales, de las deudas y manumisiones (2); por lo demas, todas las cosas que forman el objeto de los legados y otras liberalidades testamentarias quedan en ella comprendidas, porque están todavía en el patrimonio en el momento de la muerte. Bajo este título se comprenden aún las donaciones por causa de muerte (3). Tomando el cuarto de la masa así formada, se determinará el valor de la porcion legítima.

Las donaciones entre vivos que el difunto ha podido hacer en vida no entran en la masa de su patrimonio para formar el cálculo de la porcion legítima, porque no se hallaban ya en el patrimonio del difunto en el momento de su muerte; á ménos que no fuesen también ellas impugnadas por causa de inoficiosidad, por haber menoscabado sin término los bienes del difunto con el objeto de eludir la querrela de inoficiosidad testamentaria; pues sabemos por

(1) Cod. 3. 28. 6.

(2) Paul. Sent. 3. 5. 6.—Dig. 5. 2. 8. § 9.

(3) C. 8. 57. 2.—Véase sobre todo esto los pormenores que daremos en el título 22, § 3, para el cálculo de la Falcidia: las reglas generales son las mismas, pues es una especie de Falcidia.