

do de la herencia inmediatamente. Esto ha parecido tan increíble á muchos romanistas que han supuesto que el heredero adquiriría los bienes bajo condición de la muerte del testador ó á día incierto, el de la muerte del mismo. Pero hasta el último período del derecho romano hubo ciertos actos, la mancipación entre ellos, que no podían ser sometidos á condición ni suspendidos; que, en lenguaje jurídico, no admitían ni *conditio* ni *dies*. Por consecuencia, aunque parezca extraño, hay que creer que el testamento romano primitivo era eficaz desde que se hacía, aun en caso de sobrevivir el testador. Probablemente al principio sólo se hacía testamento *in articulo mortis*, y la disposición tomada por un hombre, de buena edad aún, para la continuación de su familia, tenía más de adopción que de testamento. Pero si el testador se restablecía, es indudable que sólo podía ya regir su familia por tolerancia del heredero.

Ocurren dos ó tres observaciones antes de explicar cómo se remedió tales inconvenientes y cómo el testamento adquirió los caracteres que hoy tiene todavía. El testamento no era necesariamente escrito; al principio debió de ser siempre oral y, aun en los últimos tiempos, la declaración de legados sólo se unía incidentalmente al testamento y sin ser parte esencial de él; tenían la misma relación que los *uses* y los *finés and recoveries* del antiguo derecho inglés, y la misma que la carta de infeudación y la infeudación misma. Antes de las XII Tablas la escritura no hubiera sido útil, porque el testador no podía hacer legados ni beneficiar por testamento más que al heredero ó á los coherederos. Pero la amplitud de la disposición de las XII Tablas dió origen á la doctrina de que al heredero correspondía cumplir todas las órdenes del testador, ó en otros términos, que estaba obligado á pagar los legados. Entonces empezó á tomar valor la escritura, como garantía contra la negativa fraudulenta del heredero que no quisiese satisfacer los legados; pero el testador pudo siempre confiarse á los testigos y declarar verbalmente los legados á que sujetaba al *emptor familiae*.

La frase *emptor familiae* requiere una observación. El *emptor* indica que se trataba literalmente de una venta, y el *familiae*, dados los términos de las XII Tablas respecto á testamentos, sugiere algunas enseñanzas. En latín clásico,

familia significa siempre los esclavos de alguien; pero en las XII Tablas y en todo el antiguo derecho romano, designaba todas las personas colocadas bajo el poder del testador, y los bienes materiales se consideraban transmitidos como accesorio de su casa.

Volviendo á las XII Tablas, vemos en ella hablar de la tutela *rei suæ*, de la tutela de su fortuna, que es justamente el reverso de la frase que acabamos de examinar. Esto obliga á afirmar que en la época, relativamente reciente, del Código de los decenviros, las palabras que designaban la *familia* y los *bienes* estaban mezcladas en el uso corriente. Si se hubiera hablado de la casa del individuo como propiedad suya, diríamos que este término expresaba todo lo comprendido en la patria potestad; pero como ambas palabras se excluyen, hay que convenir en que se refiere al período primitivo en que los bienes pertenecían á la familia y ésta era regida por el ciudadano, en forma que sus miembros no poseían los bienes y la familia, sino los bienes *por* la familia.

En una época no muy precisable, los pretores romanos empezaron á acomodarse en testamentos más al espíritu que á la letra de la ley. La dispensa se hizo costumbre y nació una forma de testamento enteramente nueva dentro de la jurisprudencia pretoriana. El nuevo testamento, llamado pretorio, tomaba su fuerza del *jus honorarium* ó equidad de Roma. Algún pretor debió de manifestar en su edicto que sostendría todos los testamentos que reunieran tales ó cuales formalidades; la reforma pareció ventajosa; fué repetida por los pretores siguientes y vino á ser parte de aquella jurisprudencia, lentamente formada, que se llamó edicto perpetuo ó continuo. Las condiciones del testamento pretorio ordinario están calcadas en las del mancipatorio, porque evidentemente el pretor quiso conservar, de las formalidades antiguas, las que garantizaban la autenticidad ó evitaban el fraude. Para el testamento mancipatorio se requerían siete personas además del testador. Siete testigos eran también necesarios para el pretorio: dos de ellos reemplazando al *libripens* y al *emptor familiae* que, despojados de su carácter simbólico, sólo asistían ya como testigos. No había ya ceremonia emblemática; el testamento era simplemente recitado;

pero es probable, no seguro, que se necesitara un acto escrito para perpetuar la prueba de las disposiciones. De todos modos, cada vez que se leía ó enseñaba un escrito como expresión de la última voluntad de un individuo, el tribunal del pretor exigía, para declararle válido, que llevara exteriormente el sello de siete testigos: primera vez que aparece en la historia el uso de sellos para la autenticidad del derecho; como medio de seguridad si que se había usado ya mucho antes, parece que hasta entre los hebreos. Los de los testamentos y otros documentos importantes romanos no sólo servían para demostrar la presencia ó el consentimiento de sus propietarios, sino como medio de seguridad que hacía imposible leer lo escrito sin romperlos.

El derecho pretoriano, por tanto, consideraba eficaz el testamento sin los ritos de la mancipación, con el solo requisito de los siete sellos. Pero, en general, las principales cualidades de la propiedad romana no se podían transferir sino por los procedimientos cuya existencia remontaba al origen del derecho civil. Por lo tanto, el pretor no podía conferir la herencia á nadie; no podía investir á los herederos con las cargas y derechos del testador exactamente, sino á lo sumo asegurar al individuo considerado heredero el goce efectivo de los bienes y declarar válido el pago hecho por él de las deudas testamentarias. Esta concesión del pretor la llamaron los legistas *bonorum possessio*: el heredero reconocido así, ó *bonorum possessor*, tenía todos los derechos que la ley civil concedía al heredero; recibía los bienes y podía vender; pero para litigar necesitaba comparecer, no ante el tribunal común, sino ante el del pretor. Podría decirse que era heredero por título de equidad; pero para no engañarnos con analogías de nuestro derecho, recordemos siempre que, por el principio de la usucapición romana, el poseedor se hacía al año dueño quirritario de todos los bienes de la sucesión.

Se conoce poco los procedimientos judiciales del derecho antiguo para saber si eran más las ventajas ó los inconvenientes de los seguidos ante el pretor. Pero es indudable que, á pesar de sus muchos defectos, el testamento mancipatorio, que trasfirió íntegra y de una vez la *universitas juris*, no fué reemplazado nunca del todo por el pretor;

y aún cuando ya se despreciaban las fórmulas, quizá por no comprender bien su sentido, todo el arte de los jurisconsultos tendía á perfeccionar la forma antigua del testamento. En la época de Gayo, bajo los Antoninos, los grandes defectos del testamento mancipatorio habían desaparecido. Al principio era condición esencial que el heredero comprara la familia, y por tanto, no sólo adquiría allí un interés positivo sobre los bienes, sino que quedaba formalmente enterado de sus derechos; y en tiempo de Gayo se permitía ya que un tercero desinteresado interviniera como comprador de la familia, en forma que el heredero no conocía los derechos que adquiriría; viniendo desde entonces los testamentos á ser secretos. La sustitución de un extraño al heredero como comprador de la familia tuvo además otras consecuencias. El testamento consistía en dos actos separados: una transferencia puramente formal y la publicación ó *nuncupatio*, en la que el testador declaraba de viva voz á los testigos lo que quería se hiciese después de su muerte, ó presentaba un escrito consignando sus deseos. Alejada la atención de la transferencia y fijada en la *nuncupatio*, los testamentos empezaron á ser revocables.

He ido un poco lejos en la historia del testamento. Vemos que su origen está en el que se hacía por el cobre y la balanza, fundado en la mancipación y la transferencia. Este testamento tenía muchos inconvenientes que fué descartando indirectamente el pretor, al paso que el arte de los jurisconsultos llevaba al testamento mancipatorio reformas análogas á las de la equidad del pretor. Sin embargo, estas últimas no pasaban de ser esfuerzos de los juristas, por lo cual fué tan transitorio el derecho testamentario de tiempo de Gayo y Ulpiano. No sabemos cuáles fueron los cambios posteriores inmediatos; pero ya algo antes de la reconstrucción justiniana del derecho vemos emplear en Oriente una forma de testamento mixta del pretoriano y del hecho por el cobre y la balanza. Como el pretoriano, no exigía la mancipación y sí el requisito de los siete sellos. Como el mancipatorio, transmitía la herencia, y no sólo la *bonorum possessio*. Algunos de los caracteres más importantes se establecieron por actos legislativos; y por eso Justiniano habla del derecho testamentario de su tiempo, formado por el edicto,

el derecho civil y las constituciones imperiales, como de un *jus tripartitum*. La nueva forma lograda así se llama testamento romano; pero era sólo el testamento de Oriente; y las investigaciones de Saviny han demostrado que continuó usándose en Occidente, mucho tiempo después de entrada la Edad Media, el viejo testamento mancipatorio con todas sus transferencias por el cobre y la balanza.

CAPÍTULO VII

IDEAS ANTIGUAS Y MODERNAS SOBRE TESTAMENTOS

Y SUCESIONES

A pesar de que las leyes testamentarias de Europa tienen muchas disposiciones derivadas del más antiguo derecho que practicaron los hombres, hay diferencias importantes entre las ideas antiguas y modernas sobre testamentos y sucesiones. Explicaré en este capítulo algunas de ellas.

Varios siglos después de las XII Tablas, se introdujeron en el derecho civil romano reglas para impedir la desheredación de los hijos; la jurisdicción del pretor trabajó en igual sentido, y nació un procedimiento más, de carácter irregular y origen dudoso, la *querella inoficiosi testamenti*, para dar posesión de la herencia á los hijos excluidos sin razón en el testamento del padre. Comparando este estado jurídico con la gran libertad de testar que establecieron formalmente las XII Tablas, muchos escritores han llenado de toques dramáticos la historia del derecho testamentario. Así hablan de la libertad sin freno con que los jefes de familia empezaron á desheredar á sus hijos; del escándalo y el atentado á la moral pública envueltos en estas libertades, y del aplauso con que los hombres de bien acogieron el valor del pretor en detener la marcha de esta depravación de los padres. El hecho principal de esta historia es cierto; pero se cuenta de tal modo, que se ataca seriamente los principios de la historia del derecho. La ley de las XII Tablas ha de entenderse con el carácter del siglo en que se redactó. No dió una libertad que pudiera ser preciso moderar