

este peculio adventicio se divide en *ordinario* ó *regular*, cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo; y *extraordinario* ó *irregular*, cuando el hijo lo tiene todo y nada el padre. Esto se verifica en cuatro casos: 1º si desechando el padre la herencia, la admite el hijo: 2º si se dona ó lega alguna cosa al hijo con condicion que no perciba nada el padre: 3º si el padre y el hijo son coherederos, lo que acontece cuando muriendo uno sin hijos deja hermano y padre. Por ejemplo (*lám. 1. fig. 42.*), muriendo el segundo, le heredan el primero, que es el padre, y el tercero que es el hermano; y si dejase veinte mil duros, el padre recibirá diez mil, y el hermano otros diez mil; pero en estos no tendrá el padre el usufructo. 4º Si el padre maneja los bienes del hijo dolosamente, pues entonces pierde el usufructo. Esto pudiera hacer á alguno pensar que no hai ninguna diferencia entre el peculio castrense y quasi castrense, y el adventicio irregular; no obstante se diferencian mucho, pues en el castrense y quasi castrense el hijo está en el lugar de padre de familia, y por esto dijimos que puede hacer testamento, lo cual no puede hacer en el peculio adventicio extraordinario, aunque tenga el dominio.

§. CDLXXXII. Resta preguntar, si podemos adquirir por otro mas que por el hijo y el siervo; lo cual se niega segun nuestro mismo axioma, §. 469. Para esto debe tenerse presente la regla de que *no puede adquirirse cosa alguna para el que no interviene en un trato*. De aquí es, por ejemplo, que si yo estipulase:

*das cien reales á mi hermano?* y otro respondiese que *los daría*, por esta promesa, ni yo ni mi hermano tendríamos ninguna accion. No la tendria yo, porque nada se me prometió á mí; no mi hermano, porque con él no se contrajo la estipulacion. Véase el §. 4. *Inst. De inut. stipul.* No obstante, pudiendo uno mandar á otro que haga esto ó aquello, con razon se ha establecido la regla de que *por medio de nuestro procurador y por nuestro mandado, podemos adquirir el dominio y la posesion*, §. 5. *Inst. h. t.* (1). El mandato es causa de que se entienda que hacemos nosotros mismos lo que hacemos por medio de otro. De aquí es, por ejemplo, que si mandé á mi hermano que comprase para mí un edificio, el dominio y posesion de este, con tal que mi hermano lo ocupe, serán para mí, igualmente que si yo mismo lo hubiese comprado y tomado posesion.

## TÍTULO X.

## DEL MODO DE HACER TESTAMENTO.

§. CDLXXXIII — CDLXXXV. Sigue ya la hermosísima materia de testamentos, cuyo enlace con los anteriores

(1) Tambien en España se adquiere la obligacion por medio de procurador, segun la *L. 1. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.*, aunque por Derecho antiguo disponia otra cosa la *L. 7. tit. 11. Part. 5.*



capítulos se examinará con algun cuidado. Comenzámos á tratar arriba de los *modos de adquirir el dominio*, dividiéndolos en *naturales* y *civiles*, §. 340. Aquellos eran tres: la *ocupacion*, la *accession* y la *tradicion*; de los cuales se ha tratado en el tít. 1º de este lib. 2º §. 342 y siguientes. Los *civiles* los dividimos arriba en *singulares*, cuando solamente adquirimos una cosa singular, mas no sucedemos en todo el derecho del antecesor, y *universales*, por los que adquirimos, de modo que pasamos á tener todos los derechos de otro. Así, por ejemplo, el comprador, porque no adquiere todas las obligaciones y derechos del vendedor, se llama *sucesor singular*: al contrario el heredero es *sucesor universal*, porque se reúnen en él las obligaciones y derechos del difunto. Los modos de adquirir singulares eran cuatro, §. 437: la *usucapion*, de la que se trató en el título 6º; la *donacion*, de la que se habló en el 7º; y el *legado* y el *fideicomiso*, de los cuales debia tratarse ahora. Pero quiso Justiniano hablar de los legados y fideicomisos despues de la materia de testamentos, y por esto pasa á los modos de adquirir universales, de los cuales el primero y principal es la herencia, §. 436. Por *herencia* entendemos la sucesion en todo el derecho que tenia el difunto, *L. 24. ff. De V. sig. L. 62. ff. De R. J.* Es de dos maneras: ó por *testamento*, cuando uno es llamado por el mismo difunto á la sucesion; ó *abintestato*, cuando la misma lei llama á uno á suceder. La tercera especie no tiene lugar en nuestra jurisprudencia roma-

na, §. 6. *Inst. Per quas pers. cuique adq.* Por ejemplo, muerto Carlos II, rei de España, dos eran los que se consideraban herederos, Felipe, duque de Anjou, á quien Carlos al morir llamó en su testamento á la herencia, y Carlos, emperador de Austria, á quien llamaba la lei como mas próximo agnado, por considerarse nulo aquel testamento. Felipe pues queria ser heredero por testamento, y Carlos abintestato. Aquí se pregunta, ¿si no se da tambien un tercer modo de suceder *por pacto*? Las mui poderosas familias de Sajonia, Brandeburgo y Hesse celebraron entre sí un pacto llamado *de confraternidad*, por el cual se determinó, que si se estingue primero la casa de Sajonia, le sucedan la de Hesse y Brandeburgo, tomando la primera el Electorado y la Misnia, y la última la Turingia: si se acaba la familia brandebúrgica, toma la casa de Hesse el Electorado y el Marquesado electoral, y lo restante la casa de Sajonia: últimamente, concluída la familia de Hesse, dividen entre sí el territorio por iguales partes la familia de Sajonia y la de Brandeburgo. Aquí tenemos el ejemplo de sucesion por pacto, semejante al cual lo hubo en otro tiempo entre los duques brandebúrgicos y los de Pomerania, habiendo sucedido los primeros en el mui pingüe ducado de los segundos, muerto el último duque de esta casa. Tal es el que hai hoy dia entre los duques brandebúrgicos y mecklebúrgicos, aunque no sea recíproco; pues estinguiéndose la familia de los últimos, suceden los primeros, por lo cual llevan ya el título y armas mecklebúrgicas,



mas no suceden estos, muertos los duques de Brandeburgo; debiendo buscarse en el Derecho público la razon de este pacto desigual. Ocurriendo pues tantos pactos sucesorios en la historia, serán lícitos? Respondemos, que aunque por Derecho antiguo aleman no estuviesen prohibidos estos pactos, y aún al presente puedan celebrarse entre príncipes, sin embargo la legislacion romana, léjos de permitirlos, los desecha manifestamente. Así es que Justiniano los llama *odiosos y de funestos efectos*. Véase la *L. 30. C. De pact. contr. bon. mor. fact.*, Juliano en la *L. 64. ff. De V. O.*, y Diocleciano y Maximiano, *L. 4. C. De inutil. stip.* Papiniano en la *L. 29. §. 2. ff. De donat.* dice con elegancia, que *semejantes contrayentes atacan las buenas costumbres y el Derecho de gentes*; y últimamente Ulpiano en la *L. 2. §. 2. ff. De vulg. et pup. subst.* afirma, que *es un malvado el que solicita la herencia de un vivo*. Prueban pues bastante todos estos testimonios, que no valen por Derecho romano los pactos sucesorios. Dos son las razones: 1.<sup>a</sup> porque con ellos están en gran peligro los contrayentes, pues el que sabe que será heredero, si otro muere primero, preferirá percibir la herencia á aguardarla, y por tanto fácilmente le inclinará la maldad á poner asechanzas á su vida; y por esto los llama Justiniano odiosos y de funestos resultados. 2.<sup>o</sup> Porque así sucederia, que la voluntad del particular derogaria las leyes de la sucesion; lo que no puede hacerse por la *L. 58. ff. De pact.* Segun esto las leyes desechan todos los pactos

sucesorios, y quieren que todos los herederos lo sean por testamento ó abintestato: de manera que la sucesion testamentaria se prefiera á la sucesion abintestato, y que cuando se espera sucesor por testamento, no tengan lugar los herederos abintestato, *L. 39. ff. De adqu. vel. omitt. her.*

§. CDLXXXVI. Mas aquí nace una nueva duda, pues si es cierto que el Derecho público no puede mudarse por la voluntad de los particulares, *L. 38. ff. De pact.* ¿cómo pudo permitirse á estos hacer testamentos, y nombrar el heredero que quisieren, destruyendo con su voluntad privada las leyes acerca de la sucesion abintestato? No es á la verdad del todo infundada esta duda; pero fácil y elegantemente nos saca de ella Corn. van Bynckersh. *Obs. l. 2. c. 2.* Negamos desde luego que el antiguo modo de testar consistiese en la voluntad privada, pues por el §. 1. *Inst. h. t.* sabemos que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios *calados*, cuya palabra viene de *calare*, que significa convocar ó llamar. Convocados pues los comicios, el magistrado preguntaba al pueblo, si querian ó no que este ó aquel fuese heredero por derecho y lei, como si fuese su hijo ó heredero mas próximo. En seguida votaba el pueblo, y si la mayor parte de las curias consentian en esta lei, era aquel heredero. Pregunto ahora, ¿qué otra cosa era semejante testamento que una lei pública? Porque ciertamente *lei* entre los romanos era la que establecia el pueblo romano en los comicios á propuesta de un magistrado senatorio, §. 46. Por



tanto, si un ciudadano romano hacia testamento en los comicios convocados, no mudaba el derecho público de la sucesion de los agnados por voluntad privada, sino que se derogaba una lei por otra nueva; lo cual nadie duda que pueda hacerse. Por lo demas tambien podemos dar ahora la razon de tantas sutilezas como usaban los romanos para hacer testamento. Es de saber que seguian aquella regla del Derecho: *nada es mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se unió*, L. 35. ff. De R. J. Ahora bien, estando establecida por lei la sucesion de los mas próximos parientes, no podia revocarse de otro modo que por una nueva lei. Luego los testamentos eran leyes; y no pudiéndose hacer estas, segun las costumbres de los romanos, sino en los comicios, era consiguiente que tambien se hiciesen los testamentos en los comicios convocados.

§. CDLXXXVII y CDLXXXVIII. Con el tiempo se cansaron los romanos de estos rodeos; porque, ¡cuán molesto no era convocar á todo el pueblo romano para hacer un testamento y someterlo á sus votos! Agrégase, que así era conocido siempre el heredero, y podia suceder fácilmente lo que poco hace dijimos de los pactos sucesorios, á saber, que querria mas el heredero tener la herencia, que no esperarla, y por tanto podia poner asechanzas á la vida del testador. Siendo pues por estas causas mui molesto hacer los testamentos en los comicios convocados, se introdujo el otro modo de hacerlos por *el peso y la moneda*. Hace mencion de él

Justiniano §. 4. *Inst. h. t.* y tambien Gelio, *Noct. att. XV. 26*; pero ninguno lo describió tan minuciosamente como Ulpiano, *Frag. tit. 20. §. 9*. Observa este que en dicha testamentifaccion hai dos cosas á que atender; *la enajenacion de los bienes de la familia y el nombramiento de heredero*. Se hacia 1º llamando cinco testigos ciudadanos romanos; 2º el libripende que tenia la balanza; 3º el antestado que se llegaba al oído de los demas testigos presentes, y les advertia que se acordasen, y últimamente, 4º el comprador de los bienes que representaba al heredero y compraba la herencia en especie. Ante todas cosas pues el comprador de la herencia echaba una moneda en la balanza, y decia, *que era suya la familia ó herencia, porque la compraba con aquella moneda y peso*. Despues el testador cedia el derecho de ella al comprador, y seguia el nombramiento de heredero, que se hacia levantando el testador en alto las tablas selladas que contenian su última voluntad, y añadiendo las palabras solemnes: *doi, lego, testo, segun que en estas tablas de cera está escrito, lo que en ellas se espresa, y vosotros, caballeros romanos, dad testimonio de ello*. Últimamente el antestado se llagaba al oido de los testigos presentes, y les encargaba que se acordasen de todos estos actos. Mas por qué se inventaron estos nuevos ritos? La razon es esta: dijimos en los párrafos anteriores que no se podia trasmitir la herencia por los pactos sucesorios; mas habiéndose establecido por la lei de las XII Tablas, *que se tuviera por lei lo que el padre*



*de familias dispusiese acerca de sus bienes ó de la tutela de sus hijos*, los juriscultos, que inventaban las acciones de la lei, cuidaban del rito con que mas cómodamente pudiesen trasferirse los bienes ó la herencia á otra persona; y viendo que la herencia, como cosa mui preciosa, era cosa *mancipi*, §. 330, y que las cosas *mancipi* solian venderse y entregarse con el rito de la emancipacion, colgieron de aquí, que tambien la herencia podia trasferirse con aquel rito; y por lo mismo este testamento no era otra cosa que una venta solemne imaginaria. Llámolo compra y venta imaginaria, porque no se pagaba el justo precio, sino una moneda, y el comprador no adquiria la herencia, sino el heredero escrito en las tablas de metal.

§. CDLXXXIX. Por largo tiempo estuvo en uso este modo de testar, pues Ulpiano, *Frag. tit. 20. §. 2.* atestigua, que en su *tiempo* esto es, en el del emperador Alejandro, era uno de los que estaban en uso; pero entre tanto habia inventado el pretor otro género de testamento, que se llamaba *pretorio*, y no requeria mas que siete firmas. Si sellaban las tablas con sus anillos siete testigos, el pretor daba en conformidad de ellas, no la herencia, pues no podia, sino la *posesion de los bienes*, que en el efecto no se diferenciaba en nada de la herencia. Nuestro Justiniano hace mencion de este testamento pretorio en el §. 2. *Inst. h. t.* y consta que fué antiquísimo, de Ciceron en la primera oracion contra Vérres, *c. 45*, donde presenta el mismo edicto del pretor.

§. CDXC. ¿Para qué hemos referido tan difusamente estas noticias históricas y de antigüedades, no haciéndose en el día los testamentos, ni en comicios convocados, ni por la moneda y el peso, ni segun el uso pretorio? No es esto detenerse en antiguallas inútiles? De ningun modo; tambien el emperador Justiniano hizo relacion de las mismas especies de testamentos, y porque alguno no creyese que era infructuoso, advirtió, que *ninguna cosa de la antigüedad debiamos ignorar en este punto*. La razon es, porque de estos diversos testamentos se formó uno de nueva especie, que despues describiremos: en él hai ciertas cosas, de que no puede darse razon sin tener bien presente el antiguo modo de hacer testamento en los comicios convocados, y en los que se hacian por el peso y la moneda.

Con estos antecedentes entraremos en materia, y esplicaremos la *definicion, division y solemnidades de los testamentos*. La definicion dada en este mismo párrafo fácilmente se entiende: *testamento es la espresion solemne de nuestra voluntad, acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*. Decimos, 1º que es *la espresion de la voluntad*, pues los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los impúberes, no pueden testar, al modo que no pueden hacerlo los que no pueden declarar y esplicar su voluntad, como los sordo-mudos, los niños etc. Decimos 2º que es la espresion *solemne (justa)* de nuestra voluntad, para distinguir el testamento de los codicilos, pues estos tambien son la espresion de nues-



tra voluntad, pero no *justa* ó solemne, porque está destituida de todas las solemnidades. *Justa* significa pues aquí solemne, esto es, en que se observan todos los requisitos que la lei exige. Se añade 3º *acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*, esto es, de todos sus bienes; pues si uno dispone solamente de algunas de sus cosas, y á ninguno instituye heredero, no se entiende que ha hecho testamento, sino codicilo. Por tanto el testamento debe contener la disposicion de todos los bienes, para que sepamos quién ha de ser heredero y sucesor de todos los derechos del difunto.

§. CDXCI. Tambien se manifiesta ya fácilmente de cuántas maneras sea el testamento. Dijimos que es la expresion solemne de nuestra voluntad: esta la declaramos ó por escrito ó de viva voz: si lo primero, el testamento será *escrito*; si lo segundo, *nuncupativo*. Mas en esto debe atenderse, no á lo que haga el escribano, sino á la intencion del testador. Si este quiso testar por escrito, el testamento será escrito, aunque al mismo tiempo leyese á los testigos lo que disponia en las tablas: al contrario, si su intencion es nombrar heredero de viva voz, será nuncupativo el testamento, aunque el escribano ponga el nombramiento por escrito para conservarlo en la memoria, *L. últ. C. De testam.* Siguen ahora algunos axiomas que fácilmente se entenderán: 1º *Todos pueden testar por escrito ó de viva voz.* Emundo Merilio, célebre juriconsulto, *Obs. l. 2. c. 1. y l. 4. c. 39.*, exceptúa á las mujeres, preten-

diendo que solamente pueden testar de viva voz, y no por escrito; mas es constante que en nuestras leyes se hace mencion de herederos de mujeres, nombrados en testamento escrito, *L. 49. ff. De off. test. L. 37. §. 6. ff. De legat. 1. L. 3. C. De inoff. test. L. 33. ff. De vulg. et pup. subst.*; y tambien en Suet. *Galb. c. 5.* y Plin. *l. 2. Ep. 20.* Cayó en este error el famoso Merilio por la *L. 77. §. 24. ff. De legat. 2.*, la cual hemos explicado en nuestro *Coment. á la L. jul. y pap. l. 2. c. 44. p. 240.*; de suerte que no es necesario añadir aquí nada. 2º Otro axioma es: *se ha de testar de todos los bienes*; y 3º *ninguno puede morir en parte testado, y en parte intestado.* Lo cual es tan verdadero, que en la *L. 7. ff. De R. J.* se dice que pugnan entre sí estas dos cosas, testar y quedar intestado. De aquí es, por ejemplo, que si uno instituyese á otro heredero en diez florines, y no añadiese quién habia de tomar los demas bienes, los llevaria todos el nombrado heredero en diez florines, porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado. 4º *Ninguno puede morir con dos ó mas testamentos, L. 49. C. De test. mil.* La razon está á la vista: el testamento es la última voluntad; la voluntad del hombre es variable hasta la muerte; si existe pues un testamento mas reciente, el primero no contiene la última voluntad, y por tanto se rompe por el posterior, así como la lei anterior se deroga por la posterior. De paso puede aquí preguntarse, ¿por qué en las últimas voluntades se observa la regla de que *la voluntad del hombre*



*es variable hasta la muerte*, no sucediendo lo mismo en los contratos? Porque á la verdad, si yo me quisiera apartar de una venta, por haber mudado mi primera voluntad, mereceria la burla de todos. La razon de la diferencia consiste en que las últimas voluntades son unilaterales y solitarias, por las que ninguno adquiere un derecho forzoso, sino solo esperanza; y los contratos son actos bilaterales, el consentimiento de dos ó mas acerca de una cosa; de donde nace para otro, no la esperanza, sino un derecho, que yo no puedo quitar por mi voluntad. 5º *Del que ha de hacer testamento, se exige que esté en su cabal juicio, L. 2. ff. Qui test. fac. poss.* ¿Cómo ha de declarar su última voluntad y espresar su intencion el que está destituido de razon, y no sabe ni lo que piensa, ni lo que quiere? De lo cual fácilmente se deduce que ni el furioso, ni el mentecato, ni el niño pueden testar, como veremos abajo en el título XII.

§. CDXCII. De definirse el testamento la solemne expresion de nuestra voluntad, nace el axioma 6º *en el testamento se han de observar todas las solemnidades que las leyes exigen.* Una que se omite, es el testamento injusto ó nulo, *L. 4. ff. De injust. rupt. irrit. test.*, pues las leyes introdujeron las solemnidades; y el Derecho público y las leyes no se mudan por la voluntad privada, *L. 5. C. De leg.* De aquí es que, aunque en la *L. 88. §. 47. ff. De legat. 2.* se ve que Lucio Ticio habia escrito en su testamento: *yo Lucio Ticio escribí mi testamento sin consejo de ningun te-*

*trado, siguiendo mas bien la razon de mi entendimiento que una esquisita y estremada diligencia; y así, aunque no lo hiciera tan legalmente y con tanta pericia como se requiere, la voluntad de un hombre que está en su sano juicio, debe tenerse por lei;* sin embargo no valió aquel testamento, y se añade, que los herederos abintestato pidieron la posesion de los bienes. Las *solemnidades* son ciertos requisitos esenciales, que las leyes no quieren se omitan en el testamento; y son ó *internas*, que pertenecen á la *materia ú objeto* del testamento, ó *externas*, que pertenecen á su *forma*. La razon de exigir las leyes tantas solemnidades, no fué otra que el no haber cosa que deseen mas los hombres que la herencia, al mismo tiempo que no la hai tan espuesta á fraudes y á maldades como el testamento. Para poner pues un dique á estas malas artes, requieren las leyes tantas solemnidades, tantos testigos, tantos ritos, á fin de que no sea mui fácil fingir, falsear ó corromper un testamento. Sobre este asunto he tratado largamente en la *Orac. inaugural*, pronunciada por mí en Franequera, *sobre la jurisprudencia formularia de los antiguos, y los ritos solemnes que acompañaban á los negocios civiles.*

§. CDXCIII. Llegamos ya á las mismas solemnidades, y en primer lugar á las *internas*. De esta clase solo hai una, á saber, la *institution de heredero*, pues si esta falta, ó no es válida, se destruye todo el testamento (1);

(1) La *L. 1. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Recop.* manda que