

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

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

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

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

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

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

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

(3) Ib. 15. f. Paul.

(4) Ibid. 14. f. Papin.

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

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

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

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

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

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

(2) Gay. 2. 107.—Ulp. Reg. 20. 7.

(3) D. 28. 1. 22. § 1. f. Ulp.

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

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

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

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

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

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

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

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

9. Mas en el número de los testigos no debe hallarse el que se encuentra bajo la potestad del testador; y si un hijo de familia quiere testar, *después de obtener la licencia del servicio militar*, sobre su *peculio castrense*, ni su padre, ni el que se halla sometido á la potestad del mismo jefe, podrán servirle de testigos, pues la ley reprueba en esta materia un testimonio doméstico.

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

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

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

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

(1) Gay. 2. 106.

(2) Dig. 28. 1. 20. § 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si los testamentos no hubieran podido hacerse sino por escrito,

(1) Cod. 6. 23. 22.

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

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

TITULUS XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

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

(1) Gay 2. 103.

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

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

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

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

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

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

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

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