

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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quatenus militant. El privilegio no existe cuando uno todavía

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

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

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

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

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

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

(2) Ib. 26. f. Marc.—21. f. Afric.

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

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

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

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

(1) Dig. 29. 1. 13. § 2. f. Ulp.

(2) Gay. 2. §§ 110 y 111.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Dig. 28. 3. 6. § 6. f. Ulp.

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

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

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

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

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

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

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

(2) Ib. 22. f. Marcian.

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

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

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

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

Sed jure quidem communi. Sin los privilegios militares.

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

De algunos otros testamentos dispensados de las formas ordinarias.

En esta clase se colocan :

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

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

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

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

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

(2) D. 37. 1. § 1.

(3) Cod. 6. 23. 8.

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

TITULUS XII.

TÍTULO XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE DE AQUELLOS Á QUIENES NO ES PERMITIDO HACER TESTAMENTO.
TESTAMENTUM.

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

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

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

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

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

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

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

(3) D. 28. 1. 3.