

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 factionem.* »

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.

más simplemente, el derecho y el ejercicio del derecho. Así es que todo ciudadano romano, jefe de familia, disfrutaba el derecho de tener testamento; pero si era loco ó impúbero, tenía una imposibilidad moral. Si era sordo-mudo, una imposibilidad física que le impedía testar y que le producía una incapacidad excepcional de ejercer el derecho, que según la regla comun le correspondía.

Para la facción de testamento, es decir, para poder formarlo, hacerlo válidamente, se necesitan las dos cosas: la atribución legal del derecho, y la capacidad de ejercerlo; ambas son igualmente indispensables: si falta una ú otra, el testamento es nulo desde su principio, y no podrá nunca tener valor. Pero una vez hecho el testamento válidamente, se presentan importantes distinciones.

La capacidad de ejercer el derecho puede cesar y no volver á aparecer. El testador puede ponerse loco ó hallarse declarado pródigo legal, ó encontrarse sordo-mudo, y estar así en el momento de su muerte, lo que importa poco con tal que le quede el derecho de tener un testamento, en cuyo caso no tiene ya ninguna necesidad de ejercer este derecho, que ya ha ejercido, pues ha tenido la precaución de hacer su testamento anticipadamente y en tiempo oportuno. Este testamento permanece válido, y la incapacidad subsecuente, que sólo afecta al ejercicio, no perjudica más al derecho del testador, á quien no perjudicaría la incapacidad física, resultado de la enfermedad y de la proximidad de la muerte.

Pero en cuanto á la atribución legal del derecho en sí mismo, sucede todo lo contrario; es preciso que este derecho exista y se sostenga hasta la muerte. En efecto, el testamento sólo se hace en realidad para esta época suprema; si se ha formado ántes, sólo es por anticipación. La disposición de la herencia, aunque declarada con anticipación, se juzga hecha por el moribundo en el momento mismo en que le abandona la vida; es preciso, pues, que en este momento tenga todavía, no sólo la capacidad de declarar su voluntad, sino el mismo derecho de disponer. Hay más: los principios rigurosos exigían que el derecho no hubiese dejado nunca de residir en él, desde el momento en que se había hecho el testamento hasta el de la muerte. Si había sido destruido en este intervalo, por un tiempo cualquiera, importaba poco que se hubiese restablecido ántes de la muerte, porque esto bastaba para hacer inútil el primer testamento; pero se podía hacer otro. Verémos

qué modificaciones introdujo el derecho pretoriano en este rigor de principios.

En resúmen, sentemos como regla que hay, en cuanto al derecho del testador, dos épocas que considerar: la de la confección del testamento y la de la muerte, y además el tiempo intermedio. La capacidad de ejercer el derecho no se exige sino en la primera de estas épocas, es decir, cuando se verifica la formación del acta; pero el derecho en sí mismo se exige en todos los tiempos sin interrupción, desde el testamento hasta la muerte.

Después de estos preliminares, nos será fácil la inteligencia del texto.

Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi, jus non habent, adeo quidem ut, *quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis quos antea enumeravimus, et præcipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem jus, initio, tantum militantibus datum est, tam auctoritate divi Augusti, quam Nervæ, necnon optimi imperatoris Trajani; postea vero subscriptione divi Hadriani et etiam dimissis a militia, id es veteranis, concessum est. Itaque si quod fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitionibus, ad parentem eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse, sed scilicet proprium*

No es permitido á todos hacer testamento. Y desde luego, los que se hallan sometidos á la potestad de otro no tienen este derecho, de tal manera que no pueden legalmente testar ni aun con permiso de los jefes de familia: es preciso exceptuar á los que ántes hemos mencionado, y particularmente á los hijos de familia militares, á quienes han permitido las constituciones imperiales disponer por testamento de las cosas adquiridas por ellos en campaña. Al principio este derecho, otorgado sucesivamente por el divino Augusto, por Nerva, y por el esclarecido príncipe Trajano, lo fué sólo en favor de los que se hallaban en el servicio. Pero posteriormente lo extendió el divino Adriano á los que habían obtenido su licencia, es decir, á los veteranos. Si, pues, éstos han dispuesto por testamento de su peculio castrense, este peculio corresponderá á aquel á quien hayan instituido heredero: pero si han muerto abintestato, sin dejar hijos ni hermanos, su peculio corresponderá al jefe de familia, según el derecho comun. Por esto podemos conocer que el peculio castrense del soldado que se halla bajo la patria potestad no puede quitársele por el padre, ni ser vendido ni embargado por los acreedores de este mismo, y que á la muerte del dicho padre, su propiedad no es comun á los hermanos, sino que exclusivamente corresponde al que la ha adquirido en campaña; aunque,

ejus esse qui id in castris adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia, perinde in bonis parentum computantur, ac si servorum peculia in bonis dominorum numerantur. Exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus, et præcique nostris, propter diversas causas non adquiruntur. *Præter hos igitur*, qui castrense vel quasi-castrense habent, si quis alius filius familias testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

segun el derecho civil, los peculios de todos los que se hallan bajo la patria potestad se cuentan en el número de los bienes del jefe de familia, como lo son los peculios de los esclavos en el número de los bienes de su señor: á excepcion, sin embargo, de los bienes que las constituciones imperiales, y especialmente las nuestras, han sustraído, por diversas causas, á la adquisicion del padre de familia. *Fuera de los que tienen un peculio castrense ó quasi-castrense*, si cualquier otro hijo de familia hace testamento, ejecuta un acto inútil, aun cuando el testador ántes de su muerte llegase á ser jefe de familia.

Este párrafo preliminar es relativo al derecho mismo de testar, y los siguientes á la capacidad de ejercerlo. Aquellos á quienes no ha sido atribuido el derecho de testar son:

Los esclavos, y por consiguiente, los que han experimentado la máxima disminucion de cabeza, ya por la servidumbre de la pena, ya por la cautividad, ya por hallarse en poder del enemigo. Vemos, sin embargo, en Ulpiano, que los esclavos públicos del pueblo romano (*servus publicus populi romani*) podian disponer por testamento de la mitad de su haber (1);

Los *peregrini*, á quienes no habia sido concedido el derecho de comercio, y por consiguiente, los que habian experimentado la media disminucion de cabeza. — Sin embargo, los *peregrini*, especialmente ciudadanos de una ciudad (*certe civitatis cives*), podian testar en ella segun las leyes de dicha ciudad (2);

Aquellos cuyo estado fuese incierto ó dudoso (*qui incertus de statu suo est; de statu suo dubitantes vel errantes*). Tal sería el esclavo manumitido por testamento de su señor, que ignorase la muerte de éste, y que hubiese tenido lugar la adición. Así, pues, es preciso tener la conciencia y la certidumbre de su estado y del derecho que éste produce (3);

Ni los manumitidos, ni aun los hijos de manumitidos, tenían el derecho de testar, segun la legislacion primitiva, anterior á la ley de las Doce Tablas. Cuando se verificó la redaccion de estas le-

(1) Ulp. Reg. 20. 16.

(2) Ibid. § 14.

(3) D. 28. 1. 14. f. Paul. — 15. f. Ulp.

yes se vieron obligados los patricios á templar en esta parte el rigor de aquélla. Posteriormente, cuando se distinguieron tres clases de manumitidos, las dos nuevas clases que fueron creadas, es decir, los *Latino-Junianos* y los *dediticios*, no tuvieron derecho de testar (1). En tiempo de Justiniano ya no existian estas diferencias;

Las personas declaradas *intestabiles*, de que ya hemos hablado ántes.

Y en fin, los hijos de familia, los únicos de que habla el texto. Acerca de ellos no podia hablarse de testar, pues no tenían propiedad *quoniam nihil suum habent*, dice Ulpiano.

Quamvis parentes eis permisserint. El consentimiento del padre, en quien se concentraba la propiedad, era ineficaz é impotente, porque puede hacerse por otro la enajenacion de una cosa suya, pero no una disposicion testamentaria: en el primer caso hay un derecho privado, y en el segundo un derecho público.

Cuando fué atribuida á los hijos de familia la propiedad de ciertos peculios, no fué suficiente este derecho para que en él se entendiese el de testar, porque lo uno, segun lo que hemos ya dicho, no es consecuencia necesaria de lo otro. Fué preciso que les fuese especialmente concedida la faccion de testamento, y lo fué gradualmente del modo indicado en el texto: primero para el peculio *castrense* y en favor únicamente de los militares; despues para el peculio *quasi-castrense* y en favor sólo de ciertas clases; y en fin, para cuantos tenían esta clase de peculio lo fué por Justiniano.

Si vero intestati decesserint. La situacion del peculio castrense era muy diversa, segun que el hijo de familia muriese habiendo dispuesto ó no por testamento de su peculio. Si habia testado, formaba el peculio castrense una verdadera herencia testamentaria, deferida bajo esta calidad á los que habia designado por herederos (*testamento facto, pro hereditate habetur castrense peculium*). Si habia muerto sin testar, no formaba el peculio castrense una herencia *ab intestato*; pero no habiendo el hijo usado del derecho que le habia sido concedido, entraba el peculio castrense en el derecho comun, es decir, en el derecho de todos los peculios, el jefe de familia lo recibia, no por derecho hereditario, sino por derecho de peculio (*non quasi hereditas, sed quasi peculium*) (2), como cosa

(1) Ulp. Reg. 20. 14.

(2) D. 49. 17. 1 y 2. f. Ulp.

que le pertenecía según el derecho antiguo (*antiquo jure*), y aún por una especie de *postliminium*, se juzgaba que el padre nunca había sido privado de esta propiedad, y se hacían válidos los actos de enajenación que hubiese podido ejecutar antes de la muerte de su hijo: « *Quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia* » (1). En efecto, dice en este lugar Teófilo en su paráfrasis, cuando aquel á quien por innovación ha sido concedida alguna gracia excepcional no ha usado de ella, la antigua ley recobra su efecto.

Nullis liberis vel fratribus superstitivus. Es una derogación introducida en el derecho que acabamos de exponer. Así, muerto el hijo abintestato, su peculio castrense no pasa inmediatamente á título de peculio al jefe de familia, sino que con preferencia pasa como sucesión *ab intestato*, á sus hijos, y á falta de éstos, á sus hermanos. Sólo en el caso de que el hijo difunto no dejase ni hijos ni hermanos, pasa al padre el peculio castrense.

Jure communi. Pero entonces, ¿pasará al jefe de familia á título de peculio según el derecho común á todos los peculios, ó bien será deferido á los ascendientes á título de sucesión *ab intestato*, según el derecho común de las sucesiones introducidas por Justiniano? ¿Las palabras *jure communi* de nuestro texto tienen la primera ó la segunda significación? Los comentadores la interpretan en el último sentido, pero la paráfrasis de Teófilo les da una significación absolutamente contraria: *según el derecho común*, dice el profesor contemporáneo de Justiniano, es decir, como un peculio ordinario. Volveremos á tratar este punto cuando nos ocupemos de las sucesiones.

Præter hos igitur Aunque los hijos de familia tengan la propiedad del peculio adventicio, no pueden disponer de ella por testamento, porque ninguna ley les concede este derecho.

1. Præterea testamentum facere non possunt: impuberes, quia nullum eorum animi judicium est; item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit.

1. Además, no pueden hacer testamento los impúberos, porque carecen de juicio, ni los locos, porque carecen de razón. Y poco importa que en lo sucesivo muera el impúbero después de llegar á la edad de la pubertad ó el loco después de reco-

(4) Ib. 19. § 3. f. Tryf.

Furiosi autem, si per id tempus fecerint testamentum quo furor eorum intermisit, jure testati esse videntur: certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum, aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

II. Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest; sed id quod fecit antequam interdictio bonorum et fiat ratum est.

III. Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non eo qui tarde exaudit: nam et mutus intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam literati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam is subvenit, ut, certis casibus et modis secundum normam ejus, possint testari, aliaque facere que eis permissa sunt. Sed si quis post factum testamentum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus ejus permanet testamentum.

brar su razón; sin embargo, el testamento hecho por el loco en un lúcido intervalo se reputa válido, y con mayor razón el que hubiese hecho antes de su locura. Porque la locura que sobreviene no puede hacer nulo, ni el testamento ni ningún otro acto ejecutado antes válidamente.

2. Del mismo modo el pródigo á quien se le ha quitado la administración de sus bienes, no puede hacer testamento; pero es válido el que haya ejecutado antes de su interdicción ó declaración legal.

3. El sordo y el mudo *no pueden siempre hacer testamento*. Por sordo entendemos el que no puede absolutamente oír nada, y no el que oye con dificultad: por mudo, el que no puede hablar de ningún modo, y no el que habla difícilmente. Pero suele suceder que algunos hombres, aún letrados y eruditos, pierden por diversos accidentes la facultad de oír y de hablar, por lo que *una de nuestras constituciones ha subvenido á esta necesidad*, á fin de que en ciertos casos y con ciertas formas, según las reglas en la misma establecidas, puedan testar y ejecutar otros actos, que les son permitidos. Mas si alguno después de haber hecho su testamento ha quedado sordo ó mudo por efecto de una enfermedad, ó de cualquier otro accidente, su testamento *no por eso es ménos válido*.

Non semper. No lo podían sino por excepción: ya por privilegio militar, ya por concesión de algún permiso imperial que hubiesen obtenido individualmente (1).

Nostra constitutio etiam his subvenit. Esta constitución, décima del título 22 del libro 6.º del código, concede la facultad de hacer testamento á todos los sordos y mudos que se hallen en estado de manifestar su voluntad, ya porque sólo tienen una ú otra de estas desgracias, ya porque sólo accidentalmente se hallan en tal estado y saben escribir, ya por cualquiera otra causa. La facción de testa-

(1) D. 23. 1. 7. f. Emil. Mac.

mento sólo queda prohibida á aquellos que se hallen realmente en la imposibilidad física de hacerlo, como los sordo-mudos de nacimiento.

Ratum permanet testamentum. Siendo este párrafo y los dos anteriores relativos únicamente á incapacidades que afectan al ejercicio y no al derecho, es preciso aplicarles los principios generales que hemos expuesto; es decir, que el testamento en la época de la impubertad, de la demencia ó de la interdiccion, no será nunca válido, áun cuando estas causas de incapacidad llegasen á cesar; y en sentido contrario, el testamento hecho en plena capacidad será válido áun cuando sobrevengan la demencia, la interdiccion, el mutismo y la sordera. El por qué lo hemos suficientemente explicado.

IV. *Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem quam lex divi Justinii, patris nostri, introduxit.*

4. El ciego no puede hacer testamento sino observando las formas introducidas por la ley del emperador Justino, nuestro divino padre.

Lex divi Justinii. Esta constitucion es la octava del título del código ya citado. En el antiguo derecho ninguna regla impedia á los ciegos que testasen: «*Cæcus testamentum potest facere*, dice Paulo en sus sentencias, *quia accire (scire) potest adhibitos testes, et audire sibi testimonium perhibentes*» (1). Pero el padre adoptante de Justiniano, para asegurar de todo fraude el testamento del ciego, lo sometió á una fórmula particular: exigió además de los siete testigos, la asistencia de un escribano (*tabullarius*), y á falta de éste, la de un octavo testigo, que en el caso de un testamento nuncupativo, debia escribirlo él mismo dictándole el ciego, y en el caso de un testamento escrito ántes, leerlo al ciego en presencia de los testigos, á fin de pudiese aquél reconocer su voluntad y declararla.

V. *Ejus qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii; sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

5. Respecto de aquel que se halla cautivo en poder del enemigo, el testamento que haya hecho allá no es válido ni áun en caso de vuelta. Pero el que hubiese hecho hallándose todavía en la ciudad, valdrá, ya en caso de vuelta por derecho de postliminium, ya en caso de morir en poder del enemigo, por la ley Cornelia.

(1) Paul Sent. lib. 3. tit. 4. § 4.

Conviene referirse, para la inteligencia de este párrafo, á todo lo que hemos dicho acerca del *postliminium* y de la posicion del ciudadano prisionero en poder del enemigo. En resumen, allí hemos visto: 1.º, que todo lo que se relaciona con el ejercicio de los derechos, todo lo que consiste en hechos, en accion, le está prohibido durante su cautiverio, y nunca será ratificado, tanto en el caso de que regrese como en el de que muera en poder del enemigo; 2.º, que todo lo que consiste en derechos (*quæ in jure consistunt*) está, no destruido para él, sino suspendido (*in suspenso retinentur, non abrumpuntur*), y le será devuelto, si vuelve, por efecto del *postliminium*, como si no hubiese estado nunca en poder del enemigo (*pro eo ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*); en fin, que si muere entre los enemigos, será considerado como muerto respecto de todos sus derechos, y no en esclavitud, sino en el momento en que ha caido prisionero (*quasi tunc decessisse videtur cum captus est*). Apliquemos estos principios al testamento.

Non valet, quamvis redierit. Porque se trata de un testamento hecho entre el enemigo; es decir, del ejercicio del derecho, de un hecho, de un acto consumado por el prisionero encadenado.

Sive redierit, valet jure postliminii. Porque habiendo sido hecho el testamento ántes de caer prisionero, no se trata ya del ejercicio del derecho, sino sólo del mismo derecho, que se halla, no destruido, sino suspenso por el cautiverio, y que se juzga no haberse perdido jamas si se cumple la condicion del regreso.

Sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia. Segun el rigor de los principios, el prisionero muerto entre los enemigos habia muerto esclavo; el *postliminium* no se habia cumplido para él, habia experimentado la gran disminucion de cabeza, habia muerto no teniendo ningun derecho, ni por consiguiente, el de dejar un testamento válido. Tal fué el rigor del derecho hasta la ley CORNELIA de falsis, llamada tambien *lex CORNELIA testamentaria*. Esta ley, cuya fecha es del fin de la república (año de R. 686), está en el número de los plebiscitos expedidos en tiempo de la dictadura de Cornelio Sila, que todos recibieron indistintamente por denominacion el nombre del dictador, seguido de la designacion del objeto á que aludian (*Hist. del der.*, p. 210). La ley CORNELIA de falsis introdujo una nueva controversia criminal contra los diferentes delitos de falsedad, y especialmente de falsedad en materia de testamento, cuyos diferentes casos previó, ya procediesen de alteracion, subra-

yado ó suplantacion de las disposiciones testamentarias, rotura ó falsa imposicion de sellos, desfiguracion ó supresion del acta, ó de otro modo cualquiera. En las sentencias de Paulo se halla un título entero dedicado á esta ley, y uno en el Digesto (1). Si la ley Cornelia se hubiese propuesto el derecho riguroso respecto del testamento del ciudadano muerto prisionero del enemigo, no habria considerado punibles los actos cometidos contra este testamento, pues era nulo sin el regreso. Pero al contrario, por una disposicion especial les aplicó la misma penalidad, como si el testador no hubiese nunca caido en poder del enemigo y hubiese muerto siendo ciudadano (*perinde ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent. — Atque si in civitate decessisset*); de lo que se deduce la consecuencia de que las herencias, las tutelas y todas las demas disposiciones contenidas en estos testamentos, se hallan confirmadas por la ley Cornelia: *Lex Cornelia confirmat*: tales son las expresiones de los diferentes juriconsultos que han llegado á nosotros (2). Este principio se extendió: así, pues, se le aplicó á modo de consecuencia á las tutelas y á las herencias legítimas (3); y en fin, á todas las partes del derecho, y se hizo de él esta regla general, que ya hemos expuesto, tomada de Ulpiano: «*In omnibus partibus iuris is qui reversus non est ab hostibus quasi tunc decessisse videtur cum captus est*» (4). Esto es lo que los comentadores han llamado *ficcion de la ley Cornelia*; pero esta expresion no pertenece á los juriconsultos romanos, los que dicen siempre: por la ley Cornelia, por el beneficio de la ley Cornelia: *ex lege Cornelia, beneficio legis Corneliae*.

TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

El derecho primitivo no imponia ninguna restriccion al jefe de familia en la disposicion testamentaria de sus bienes. «Esta expresion

(1) Paul. Sent. lib. 4. tit. 7: *De lege Cornelia*. «§ 1. Qui testamentum falsum scripserit, recitaverit, subjecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Corneliae de falsis tenebitur, id est, in insulam deportatur.» Dig. 48. 10.

(2) Ulpiano se expresa así en el tit. 23. Reg. § 5. «... *Ex lege Cornelia, que perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset*»; y en el Dig. 28. 3. 6. § 12.—JULIANO, en el Dig. 28. 1. 12, y en el mismo libro, tit. 6. f. 28.—PAUL, en sus sentencias, lib. 3. tit. 4. § 8.

(3) «... *Beneficio legis Corneliae, qua lege etiam legitime tutelarum hereditatesque firmanur.*» PAUL, Sent. 3. 4. § 8.

(4) D. 49. 15. 18. f. Ulp.

sion de las Doce Tablas, *uti legassit suae rei ita jus esto*, nos dice Pomponio, parece que concede el más amplio poder en la institucion de los herederos, en la concesion de los legados, de las libertades y en la constitucion de las tutelas; pero esto se restringió, tanto por la interpretacion como por la autoridad de las leyes y de los que establecen el derecho» (1), es decir, de los pretores y de los emperadores.

En efecto, la jurisprudencia consideró que las personas que están bajo el poder ó la mano del jefe de familia formaban en cierto modo con él un solo y único sér colectivo en lo tocante á la propiedad; y despues de su muerte recogian esta misma propiedad si se sucediesen á sí mismas, como si fuesen sus propios herederos, aunque se les llamaba *heredes sui*, como se necesitaba, á lo ménos para excluirlos de esta propia sucesion, declararlo formalmente. De esto nació la obligacion impuesta al jefe de familia que testaba, de instituir estas personas ó desheredarlas.

Por lo demas, como el jefe de familia quedó enteramente libre para hacer lo uno ó lo otro, con tal que lo declarase, esta condicion le fué impuesta, no tanto para ligar su voluntad como para hacerla más evidente, y para asegurar su ejecucion, á fin de que no hubiese ninguna duda sobre si habia realmente querido excluirlos, ó bien si no habia pensado en ellos, ya por olvido, ya por no saber si existian.

No se conoce el origen exacto de este nuevo derecho; pero estaba ya en uso en tiempo de Ciceron, que habla de él en su tratado del Orador (2).

La desheredacion se hacia de dos maneras: ó *nominativamente*, esto es, designando por su nombre al desheredado, *Titius filius meus exheres esto*, ó al ménos por una indicacion precisa é individual, como si no teniendo más que un hijo, se dijese: *filius meus exheres esto*, esto es lo que los romanos llamaban *nominatim exheredare*; ó se hacia colectivamente, esto es, comprendiendo todas las personas en una desheredacion general: *ceteri exheredes sunt*; esto es lo que se llamaba *inter ceteros exheredare*. Ciertas personas no podian ser válidamente desheredadas si no lo eran nominalmente, y otras podian serlo en conjunto, *inter ceteros*.

Por otra parte, si los hijos no estaban ni instituidos ni deshere-

(1) D. 50. 16. 120. f. Pomp.

(2) Cicer. *De oratore*, 1. 38.—Valer. Maxim. lib. 7. cap. 7. ex. 1.