

totam vel pro parte restituere: quod *en todo ó en parte*: derecho que expondrémos en otro lugar. *quale sit, suo loco trademus.*

Extraneo vero, vel filio puberi. En cuanto á los extraños, no tiene el testador ningun poder sobre ellos; por lo que respecta al hijo púbero, podrá éste hacer su testamento: por consiguiente, el testador no tiene ningun derecho para hacerlo por ellos; si lo hubiese hecho, áun instituyéndolos herederos, este acto sería completamente nulo, y no valdria ni áun como fideicomiso (1).

Hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere. Pero observemos bien la diferencia: aquí el testador dispone de su propia sucesion. En virtud de su derecho de propiedad sobre sus propios bienes, los da á uno con la obligacion de que los traslade á poder de otro; pero su disposicion en nada concierne á los bienes que no le pertenecen y que forman la herencia de otro. No da un heredero á otro; se da á sí mismo un fideicomisario.

Sustituciones hechas por los soldados.

No todas las reglas que acabamos de exponer son aplicables á los soldados. El privilegio militar les daba derecho para hacer el testamento de su hijo sin hacer el suyo (2); el testamento pupilar era válido áun en el caso en que nadie hiciese adición de la herencia del padre (3); nada les impedía que limitasen el efecto de la sustitucion á los bienes que hubiesen transmitido (4); podian, pero únicamente en los bienes que procedian de su herencia, sustituir á los hijos que tuviesen bajo su potestad, áun despues de la edad de la pubertad (5); á su hijo emancipado (6), y áun á los extraños (7).

Sustitucion con autorizacion del príncipe.

Podia el príncipe dar por rescripto á un jefe de familia la autorizacion suficiente para hacer el testamento de su hijo púbero,

(1) D. 28. 6. 7. f. Pap.

(2) D. 28. 6. 2. § 1. Ulp.

(3) D. 29. 1. 41. § 5. f. Trif.

(4) D. 28. 6. 10. § 5. f. Ulp.

(5) Ib. 15. f. Pap.

(6) D. 29. 1. 41. § 4.

(7) Ib. 5. f. Ulp.—Cod. 6. 21. 6.

pero que no se hallase en estado de testar, ya porque fuese sordomudo, ya por cualquiera otra causa que le impidiese el ejercicio del derecho, y no el derecho en sí mismo (1). Esta autorizacion individual la transformó Justiniano, para el caso de demencia, en un derecho general, del que ha formado una especie particular de substitucion, fijándole reglas especiales, segun hemos expuesto.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Testamentum jure factum usque adeo, valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

TÍTULO XVII.

DE QUÉ MODO SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

Un testamento hecho legalmente es válido hasta que se rompe ó se hace inútil.

El testamento en que no se han observado todas las formas y las condiciones esenciales á su validez, segun lo que acabamos de exponer, es nulo desde su origen, desde el principio. Pero puede tambien suceder que un testamento en cuya formacion no se ha omitido ninguna formalidad, no produzca, sin embargo, ningun efecto. Esto tiene lugar cuando se rompe (*ruptum*), cuando se hace inútil (*irritum*), ó cuando se abandona (*destitutum*).

Los jurisconsultos han dado á estas palabras un sentido diferente, y han querido distinguir, por medio de expresiones diversas, diversas causas de nulidad para los testamentos. Así, pues, se ha llamado *injustum*, *non jure factum*, *inutile*, y algunas *imperfectum*, el que no ha sido hecho con arreglo á las leyes del derecho; *nullius momenti*, aquel en que habia sido omitido el hijo bajo patria potestad; *ruptum*, el que ha sido roto, revocado por la agnacion de un heredero suyo, ó por un testamento posterior; *irritum*, el que se ha hecho inútil por efecto del cambio de estado del testador; y *destitutum*, aquel en cuya virtud nadie hace adición (2). En este último caso el testamento se llama algunas veces *irritum*.

I. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente tes-

1. El testamento se rompe cuando permaneciendo el testador en el mis-

(1) D. 28. 6. 43. f. Paul.

(2) D. 28. 3. 1. f. Pap.—V. en adelante, § 5.

tatore ipsius testamenti jus vitatur.—Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium, per imperatorem, eum qui sui juris est, aut per prætorem secundum nostram constitutionem, eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.

Se rompe el testamento (*ruptum*) por dos causas: 1.º, la agnacion de un heredero suyo, que no ha sido ni instituido ni legalmente desheredado; 2.º, la formacion de un testamento posterior: Del primer caso trata este párrafo.

Hay agnacion de un heredero suyo siempre que una persona cae en la potestad del testador sin intermediario. Así, el testamento se rompe: 1.º Si despues de su formacion le nace al testador un hijo ó una hija. 2.º Si por efecto de la muerte ó de la emancipacion de su padre, el nieto se halla sin intermediario bajo la potestad del testador. 3.º Si por adopcion ó por adrogacion, una persona entra como hijo ó como nieto sin padre designado en la familia del testador. 4.º En el derecho antiguo, si la mujer pasando bajo la mano, en el dominio romano, del marido (*in manu*), entraba tambien en su familia en el grado de hija (1). 5.º Lo mismo se verificaba cuando el hijo manumitido, despues de una primera ó de una segunda mancipacion, volvia de nuevo á la potestad paternal (2). 6.º Y tambien cuando un hijo nacido del matrimonio contraido con una extranjera ó con una latina (*peregrina vel latina*), que se habia casado como ciudadana romana, usando del beneficio concedido por el senado-consulta, probaba que el matrimonio habia sido hecho de buena fe (3).

Hemos ya expuesto en el título de la desheredacion, el medio de evitar la rotura del testamento por la agnacion de un póstumo ó de un cuasi-póstumo, instituyéndolos ó desheredándolos. Pero en los otros casos de agnacion que acabamos de enumerar, el testamento se rompía siempre, *omni modo*, dice Gayo, ora los herederos suyos nuevamente llegados hubiesen sido instituidos en él, ora hubiesen sido desheredados en él de antemano. En cuanto á la

(1) Gay. 2. 139.

(2) Ib. 2. 141.

(3) Ib. 142.

desheredacion, no habia ninguna duda; era nula como hecha contra personas que, en el momento de la formacion del testamento, no estaban en el número de los herederos suyos, y á quienes, por lo tanto, no se habia podido quitar un derecho que todavía no tenían (1). Pero respecto de la institucion, algunos jurisconsultos admitian que si el nuevo heredero suyo entrado en la familia habia sido instituido de antemano, el testamento no se habia roto. Esta opinion, que es la de Scevola y Papiniano (2), prevaleció despues de Justiniano, que suprimió el *omni modo* de Gayo.

El rigor de este principio ha sufrido ademas una modificacion en el último caso de ruptura que hemos mencionado, el del casamiento contraido de buena fe con una extranjera ó con una latina. En el derecho primitivo, cuando el hijo probaba la buena fe, ya fuese esto ántes ó despues de la muerte del testador, se rompía el testamento, á pesar de todas las instituciones y desheredaciones posibles. Sobre la proposicion de Adriano, decidió un nuevo senado-consulta que si la prueba se hacía ántes de la muerte del padre, el testamento se rompería en todos los casos; que si, por el contrario, no se hacía la prueba sino despues de su muerte, el testamento sólo se rompería cuando el hijo hubiese sido omitido; si, por el contrario, habia sido sustituido ó desheredado, el testamento sería válido; porque, dice Gayo, sería una cosa inícuo el anular un testamento para cuya validez se han tomado todas las precauciones, en circunstancias en que es imposible hacer uno nuevo (*ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderetur eo tempore quo renovari non possent*) (3).

II. Posteriore quoque testamento quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse aut vivo testatore, aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret, decesserit; aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit: in his

2. El testamento se rompe tambien por un testamento posterior, válidamente hecho. Y poco importa que en virtud de este último haya habido ó no un heredero, pues sólo se atiende á si habria podido haber uno. Si el instituido ha repudiado la herencia, ó si ha muerto, ya viviendo el testador, ya despues de su muerte, pero ántes de hacer la adiccion, ó si ha dejado de serlo por el no cumplimiento de la condicion bajo de la que habia sido instituido, en

(1) Gay. 2. 140 y 141.

(2) Dig. 28. 2. 23.—28. 3. 18.

(3) Gay. 2. 143.

casibus pater familias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius æque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.

todos estos casos el jefe de familia muere intestado; porque el primer testamento es nulo, habiendo sido roto por el segundo, y éste queda sin efecto, puesto que no da ningún heredero.

Quod jure perfectum est. Es evidente que estas palabras quieren decir de la manera requerida para cada especie de testamento; así el testamento militar, aunque dispensado de todas las formalidades, es regular y puede romper un testamento anterior (1). Ulpiano nos señala un caso en que un testamento, aunque no regular, basta para romper un testamento anterior: este caso es cuando el heredero inscripto en este testamento podría llegar á la sucesion *ab intestato* (2). Teodosio, en una constitucion inserta en el Código, repite esta misma doctrina, diciendo que el segundo escrito valdrá, no como testamento, sino como voluntad última del intestado: «*Secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus.*» En este caso bastarán testigos jurados: «*In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt*» (3).

Aut conditione sub qua heres institutus est, defectus sit. «Importa mucho distinguir, dice Pomponio, la especie de condicion que ha sido impuesta; si se refiere al tiempo pasado, al presente ó al futuro. La que se refiere al tiempo pasado se expresa de este modo: Si Ticio ha sido cónsul. Si este hecho es cierto, es decir, si Ticio ha sido realmente cónsul, la institucion hecha de esta manera basta para romper el testamento anterior, porque puede haber un heredero: si por el contrario, Ticio no ha sido cónsul, no se romperá el primer testamento. Si la condicion se refiere al tiempo presente, como por ejemplo: si Ticio es cónsul, tendremos la misma solucion; si el hecho es cierto, puede haber un heredero y se rompe el testamento; si es falso, no puede haber heredero, y el primer testamento subsiste.» El motivo es que no hay aquí verdadera condicion. Hay ignorancia del suceso, pero no incertidumbre de que suceda ó no. Respecto de las verdaderas condiciones, que se refieren á un hecho futuro é incierto, pero posible, son suficientes para romper el testamento, aún cuando no se realice el suce-

(1) D. 28. 3. 2. f. Ulp.

(2) Ib.

(3) C. 6. 23. 21. § 3.

so: en cuanto á las condiciones imponibles se reputan como no escritas (1).

III. Sed si quis priore testamento jure perfecto, posterius æque jure fecerit, etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit, superius tamen testamentum sublatum esse divi Severus et Antoninus rescripserunt. Cujus constitutionis verba inseri jussimus, cum illud quoque præterea in ea constitutione expressum est: «Imperatores Severus et Antoninus Augusti, Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta *ex lege Falcidia*, hereditatem restituat his qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet.» Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.

3. Si alguno, despues de un primer testamento válido, hace otro igualmente válido, aún cuando sólo hubiese instituido heredero para ciertas cosas determinadas, el primer testamento, segun un rescripto de los divinos Severo y Antonino, será revocado. Hemos hecho insertar aquí las palabras de dicha constitucion, porque expresan alguna cosa ademas. «Los emperadores Severo y Antonino, Augustos, á Cocceyo Campano. No hay duda alguna en que un testamento posterior, aunque sólo haya instituido un heredero para objetos determinados, debe valer como si estos objetos no hubiesen sido mencionados. Pero el heredero instituido debe estar obligado á contentarse con los objetos que le han sido dados, ó con la cuarta *Falcidia*, y pasar la herencia á los que habian sido instituidos en el primer testamento, á causa de la disposicion por la cual el testador ha expresado en el segundo testamento que el primero sería válido.» Así aún de esta manera el testamento se rompe.

Ex lege Falcidia. No precisamente en virtud de la ley Falcidia podía el heredero fiduciario retener la cuarta parte de la herencia, sino en virtud del senado-consulta Pegasiano, como veremos en adelante (tít. 23, § 5). La ley Falcidia se aplicaba á los legados, y el senado-consulta á los fideicomisos; habia sido éste introducido á imitacion de la ley Falcidia.

Aunque roto, un testamento no está siempre desnudo de todo efecto; puede, en ciertos casos, si está provisto de los sellos de siete testigos, servir para obtener del pretor la posesion de los bienes *secundum tabulas* (2).

En efecto, para conceder esta posesion de los bienes, sólo dos épocas considera el pretor: el momento de la formacion del testamento, y el de la muerte del testador. Si, pues, en este intervalo

(1) D. 28. 3. 16.

(2) Gay. 2. 147.

ha nacido un hijo póstumo omitido por el testador, basta sólo este hecho para que se rompa el testamento *jure civili*; pero á los ojos del pretor no se romperá sino en el caso de que el póstumo omitido sobreviviese al testador. Si muere ántes que éste, el testamento, aunque roto segun el derecho estricto, podrá servir para obtener la posesion de los bienes (1); lo mismo sucederá en el caso de que el testador, dejando subsistente el acto de su primer testamento, haya destruido el segundo (2).

IV. Alio autem modo testamenta *jure facta infirmantur: veluti, cum is qui fecit testamentum, capite deminutus sit. Quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

Se trata aquí del caso en que el testamento, aunque regular y válido en sí mismo, se hacía inútil (*irritum*), porque el testador mudaba de persona, de estado y de capacidad. Hemos explicado ántes por qué todas las disminuciones de cabeza, segun el derecho civil, producian este efecto, y hemos expuesto acerca de esto los privilegios que proceden del estado militar.

V. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioquin et quæ rumpuntur irrita fiant; et quæ statim ab initio non *jure* fiunt, irrita sunt; et ea quæ *jure facta* sunt, et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non *jure facta* dicuntur; quædam *jure facta rumpi vel irrita fieri.*

VI. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio *jure acta* per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem

4. Hay otra causa por la cual los testamentos hechos válidamente se invalidan, cual es la disminucion de cabeza del testador. En el libro primero hemos expuesto cómo se verifican estas disminuciones de cabeza.

5. En este caso se dice que los testamentos se han hecho inútiles. Es verdad que los testamentos rotos se han hecho igualmente inútiles; que los que desde el principio han sido hechos irregularmente, son tambien inútiles; y que por el contrario, respecto de los testamentos que hechos regularmente se han hecho inútiles por la disminucion de cabeza, se podría decir exactamente que están rotos. Sin embargo, como es más cómodo distinguir las diferentes causas que vician los testamentos por diferentes términos, los unos se dicen irregularmente hechos, y los otros, regulares en su principio, se dicen rotos ó inútiles.

6. Sin embargo, los testamentos que hechos regularmente se han hecho inútiles por la disminucion de cabeza, no carecen absolutamente de

(1) D. 28. 3. 12. pr. f. Ulp.

(2) D. 37. 11. 11. § 2.

testium signis signata sunt, *potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem agnoscere*, si modo defunctus et civis romanus et suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam, si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem vel etiam libertatem testator amiserit, aut quia in adoptionem se dederit et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres SECUNDUM TABULAS bonorum possessionem petere.

efecto. Si han sido marcados con los sellos de siete testigos, el heredero instituido podrá obtener la posesion de los bienes SECUNDUM TABULAS, con tal sólo que el difunto haya sido ciudadano romano y *sui juris* en el momento de su muerte; porque si el testamento se hubiese hecho inútil, porque hubiese perdido el testador la cualidad de ciudadano, ó áun la libertad, ó bien por haberse dado en adrogacion, y en el momento de su muerte se hallase todavía bajo la potestad de su padre adoptivo, el heredero instituido no podría pedir la posesion de los bienes SECUNDUM TABULAS.

Potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere. Es un temperamento introducido por el derecho pretoriano para el caso en que el testamento se hiciese rigurosamente *irritum*, lo mismo que aquel en que ha sido rigurosamente roto, segun lo que acabamos de decir poco ántes, § 3. Así, cuando el testador, despues de haber experimentado una disminucion de cabeza con posterioridad á la formacion del testamento, hubiese vuelto ántes de su muerte á su primer estado; por ejemplo, cuando habiendo sido reducido á esclavitud, deportado, adoptado ó adrogado, hubiese ántes de su muerte recobrado sus derechos por la manumision, por gracia del príncipe ó adopcion, su testamento, que por derecho estricto se hace *irritum*, no se rehabilitará; pero segun el derecho pretoriano, podrá servir para obtener la posesion de los bienes. Tal es el temperamento introducido por el pretor en los principios rigurosos que hemos expuesto acerca del tiempo en que la capacidad de testar debe existir en la persona del testador.

En el caso de adrogacion no bastaba que el testador adrogado fuese con posterioridad emancipado; era preciso ademas, para obtener la posesion de los bienes, producir una declaracion del difunto, indicando que su intencion era hacer revivir su testamento, porque habiendo sido por su parte la adrogacion un acto enteramente voluntario, que habia llevado consigo la enajenacion de todos sus bienes, se veia en la misma, en cuanto á la disposicion testamentaria de estos mismos bienes, la indicacion de un cambio de voluntad, que hacía necesaria, despues de la emancipacion, la prueba de haber vuelto á su primitiva voluntad. Por no poder su-

ministrar esta prueba, el instituido que solicitaba la posesion de bienes era rechazado por la excepcion de dolo (*doli mali*) (1). — Pero Justiniano no reprodujo en las Instituciones esta regla especial, quizá porque conservando el adrogado, segun la legislacion de este príncipe, la mera propiedad de los bienes, la adrogacion no indicaba ya por su parte, en cuanto á la disposicion testamentaria de dichos bienes, un cambio de voluntad suficiente para necesitar la prueba contraria.

Bajo la expresion *irritum*, inútil, comprendian tambien á veces los juriconsultos al testamento que no producía heredero, *non adita hereditate* (2), es decir, no habiendo hecho adición el instituido, ya por efecto de su sola voluntad, ya por incapacidad, ó bien habiendo obtenido una restitucion *in integrum* contra la adición que habia hecho primero. Pero este testamento se llamaba más especialmente *destitutum* ó *desertum*, abandonado ó desierto.

VII. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere: usque adeo, ut, si quis post factum prius testamentum posterius facere cœperit, et aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei poenituit non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ et perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

Quod postea testator id noluit valere. Pero tampoco es absolutamente indispensable que el testador haga el testamento para revocar el que ya ha hecho. La revocacion se verificará suficientemente por la alteracion ó destruccion del acto mismo, porque dicha destruccion se hace voluntariamente con intencion de morir intestado (3).

Teodosio áun habia declarado que despues de diez años de fecha no fuesen ya válidos los testamentos (4); pero modificando Justi-

(1) D. 37. 11. 11. § 2.

(2) D. 28. 3. 1.

(3) D. 28. 4. 1. f. Ulp. 4. f. Pap.

(4) Cod. Teod. 4. 4. 6.

niano esta disposicion, quiso que ademas del lapso de tiempo, se añadiese á esta primera circunstancia la prueba de un cambio de voluntad, expresado en un acto auténtico ó ante tres testigos (1).

VIII. Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum; neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc, divi quoque Severus et Antoninus sæpissime rescripserunt. «Licet enim, inquit, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.»

8. En la misma exposicion de ley declara el Emperador que no admitirá la herencia del que por causa de un litigio (2) dejase al príncipe por heredero; que no dará validez á un testamento irregular en que se le hubiese instituido, á fin de cubrir los vicios de aquél; que no admitirá el título de heredero en virtud de simples palabras, y que no tomará nada en virtud de un escrito que carezca de la autoridad del derecho. En este mismo sentido publicaron rescriptos con mucha frecuencia los divinos Severo y Antonino. «En efecto, dicen, aunque seamos libres de las leyes, sin embargo vivimos bajo el imperio de las leyes.»

TITULUS XVIII.

DE INOFICIOSO TESTAMENTO.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

Segun el derecho civil, y áun segun el derecho introducido por el uso y por la interpretacion, relativamente á la desheredacion, bastaba al jefe de familia declarar que desheredaba á su hijo, y á la madre y ascendientes maternos guardar silencio acerca de sus hijos ó descendientes, para que no tuviesen éstos ningun derecho á su herencia. El uso y la interpretacion de los prudentes templaron este rigor (3).

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omitunt, inductum est ut de inoficioso agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique præterios hoc coloro, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur non qua-

Como hay ascendientes que desheredan ó que omiten á sus hijos, y esto las más veces sin motivo, se ha introducido la accion del testamento inoficioso en favor de aquellos que se quejan de haber sido injustamente desheredados ú omitidos, suponiendo que el testador, al hacer su testamento, no se hallaba con su espíritu sano. Por esto no se entiende

(1) Cod. 6. 23. 27.

(2) A fin de dar á su adversario el Emperador por contrario.

(3) V. lo que he dicho en la *Hist. del Der.*, p. 227.