

TÍTULO XII.—*De las personas á quienes no se permite hacer testamento.*

P. Para saber si es válido un testamento, ¿basta examinar si se hizo con las solemnidades requeridas?

R. No, señor: basta también, y aun antes de todo (Gayo, II, § 114), examinar si tenía el testador la testamentifacción, es decir, la facultad de testar. Esta facultad sólo pertenece á aquéllos á quienes se ha concedido por la ley, porque la incapacidad de testar resulta de una simple falta de permiso.

P. ¿A qué personas se concedió la facultad de hacer testamento?

R. La ley de las Doce Tablas sólo la concedió á los padres de familia (1). Los hijos de familia eran incapaces de testar, aun con el consentimiento de su padre, porque la testamentifacción, invirtiendo el orden de las sucesiones, es una facultad de derecho público que sólo puede concederse por la ley.

Augusto, Nerva y Trajano permitieron á los hijos de familia disponer por testamento de su peculio *castrense*, pero sólo mientras estaban en el servicio militar. Adriano conservó esta facultad á los hijos de familia veteranos (2).

Posteriormente se concedió la facultad de disponer por testamento del peculio *cuasi castrense* á algunos hijos de familia; Justiniano la concedió á todos de un modo general. (V. la pregunta final del título anterior.)

P. ¿Obtuvieron los hijos de familia la facultad de testar con respecto á su peculio adventicio?

R. No, señor: los peculios *castrense* ó *cuasi castrense* son los únicos bienes de que pueden disponer por testamento los hijos de familia.

P. ¿Pueden todos los padres de familia indistintamente hacer testamento?

R. Deben distinguirse dos cosas en la testamentifacción: el derecho y el ejercicio del derecho. Así, pues, todos los padres de familia poseen el derecho de tener testamento; pero no todos tienen la facultad de ejercer este derecho, porque esta facultad supone el conjunto de ciertas cualidades que no da la ley, y cuya falta nos impide hacer testamento, sin impedirnos tener y conservar el que se hubiera hecho por nosotros ó para nosotros (3). Por eso, los impúberos, los locos, los pródigos, los sordos y los mudos, aun cuando son *sui juris*, no pueden hacer testamento, y no obstante, el testamento hecho en forma debida no se invalida por la locura ó las enfermedades que

(1) Es decir, á los ciudadanos *sui juris*. Sólo á los ciudadanos pertenece la capacidad de testar, y no pudo concederse primitivamente más que á los padres de familia, puesto que sólo ellos eran propietarios. Cuando los hijos de familia tuvieron bienes propios, el derecho de disponer de ellos por testamento no fué consecuencia inmediata de su propiedad, y sólo se les atribuyó por medio de concesiones legislativas.

(2) Antes de Justiniano, cuando el hijo de familia no había dispuesto del peculio *castrense*, los bienes que lo componían pertenecían al padre, no por derecho de sucesión, sino por derecho de patria potestad, pues se consideraban haber sido siempre suyos. Justiniano quiere que el peculio *castrense* no vuelva al padre, sino á falta de hijos y de hermanos, y *jure communi*. (V. sobre el sentido de estas expresiones, el fin del tít. III, lib. III.)

(3) Ya veremos en el tít. XVI, de la *sustitución pupilar*, en qué casos y por qué persona podía hacerse el testamento de un pupilo ó de un loco.

sobrevienen, ó por la interdicción pronunciada después de haberse hecho (1).

P. El testamento que hace un impúbero, un loco, etc., ¿continuaría siendo nulo, aun cuando el testador se hiciera púbero ó recobrase el juicio?

R. Sin duda, porque los actos nulos en un principio no reciben nunca del tiempo la validez que no tuvieron en un principio: *quod ab initio nullum est, nullo lapsu temporis convalescere potest.* (L. 29 y 210, ff. de reg. jur.)

P. ¿Por qué se priva á los locos y á los impúberos del ejercicio del derecho de testar?

R. Están privados los locos del derecho de testar porque carecen de inteligencia; los impúberos, porque, aunque no se hallan faltos de inteligencia, no tienen todavía el discernimiento que los jurisconsultos romanos llaman *animi iudicium* (2).

P. ¿Estuvieron siempre privados los sordos y los mudos de la facultad de hacer testamento?

R. Antes de Justiniano, los mudos y los sordos no podían testar sino cuando estaban dispensados de las formas ordinarias, ya como militares, ya por una excepción individual concedida por el emperador. En efecto, los mudos, incapaces de requerir, ó los sordos, incapaces de oír á los testigos, sólo podían testar según las reglas del derecho común (3); porque es preciso observar que aquí se trata del sordo que no oye absolutamente nada, y no del que oye difícilmente; del mudo que no puede hablar nada, y no del que habla con dificultad.

Pero Justiniano, viniendo en auxilio de los que se hallan afectados de estos achaques, quiso que, observando ciertas formas, los que no fueran á la vez sordos y mudos de nacimiento (*certis casibus*) pudieran testar y hacer todos los actos para los que tuvieran, por otra parte, capacidad legal.

P. ¿Están privados los ciegos del ejercicio del derecho de testar?

(1) Porque la locura, las enfermedades, etc., no hacen perder más que el ejercicio del derecho de testar. De otra suerte sería si se hubiera perdido el derecho mismo de hacer testamento. Por regla general, cuando el testador deja de ser libre, ó ciudadano ó *sui juris*, deja también de existir su testamento. (V. el tít. XVII.)

(2) Los impúberos que pueden adquirir la herencia de otro con autorización del tutor, no pueden testar ni aun con esta autorización, porque es mucho menos importante para ellos transmitir su propia herencia que adquirir la de otro.—El testamento hecho por un loco en un intervalo lúcido, es válido. (§ 1.)

(3) Los sordos y los mudos no podían testar *per aes et libram*: los primeros, porque no podían oír las palabras solemnes que pronunciaba el *familix emptor*; los segundos, porque no podían pronunciar las de la nuncupación.

R. No lo han estado nunca, porque su enfermedad no les impide requerir y oír á los testigos; no obstante, para evitar fraudes, Justino, padre adoptivo de Justiniano; sometió el testamento de los ciegos á algunas formas particulares (1).

P. El ciudadano romano prisionero del enemigo, ¿puede hacer testamento?

R. El cautiverio en que ha caído le quita el derecho de testar: así es que el testamento que hubiera hecho en poder del enemigo es nulo, aun en el caso de que regresara (*quamvis redierit*). Igualmente, el testamento que hubiera hecho antes de caer prisionero, debería invalidarse por su servidumbre ó cautiverio; no obstante, es siempre válido, pero es á consecuencia de dos ficciones, una de las cuales, en caso de regreso, borrando el tiempo del cautiverio, hace considerar al prisionero como no habiendo abandonado jamás el territorio romano (*jure postliminii*) (2); la otra, introducida por la ley Cornelia, supone que el prisionero que murió en poder del enemigo, falleció en el instante mismo de su cautiverio, y por consiguiente en la integridad de sus derechos. (V. pág. 46.)

(1) Además de los siete testigos, debía asistir al testador un escribano (*tabularius*), ó á falta de éste, un octavo testigo, que debía escribir el testamento dictándosele el ciego, ó leerle el que se hubiere escrito anticipadamente por otro, para que pudiera declarar el ciego que aquélla era su postrera voluntad.

(2) La ficción del *postliminium* no podía validar un testamento hecho en poder del enemigo, porque esta ficción volvía á colocar al prisionero que regresaba en el estado en que se hallaba antes del cautiverio: así, pues, en este supuesto, el prisionero cuyo testamento se había hecho en poder del enemigo no tiene testamento.