



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES ACATLAN

La Sucesión Testamentaria en el Derecho Romano
y su Repercusión en el Derecho Mexicano.

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MIGUEL ANGEL LOPEZ MONDRAGON

M-0018244

ACATLAN, EDO. DE MEX.

1980



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

1

A MI MADRE: LUZ MONDRAGON VDA. DE LOPEZ.

A MIS HERMANOS:

A MIS AMIGOS:

DIRECTOR DE TESIS
LIC. JOSE F. PEREIRA ZAPATA.

A ROSA MARIA LOPEZ.
CON CARINO Y ESTIMACION.

I N D I C E

Prólogo	Pág. I
---------	-----------

CAPITULO I

LA SUCESION

A).-La familia en el Derecho Romano	1
B).-Concepto de la Sucesión en general	11
C).-La Sucesión en el Derecho Romano	13
D).-Las clases de Sucesión	17

CAPITULO II

EL TESTAMENTO

A).-Concepto de Testamento en general	23
B).-Que es el Testamento en el Derecho Romano.	28
C).-Origen del Testamento en el Derecho Romano	32
D).-Clases de Testamentos en el Derecho Romano	39
E).-Capacidad Jurídica para testar y ser heredero.	47
F).-Características del Testamento en el Derecho Romano	62
G).-La revocación, nulidad e invalidéz de los Testamentos en el Derecho Romano.	65

M-0018244

CAPITULO III

LA SUCESSION TESTAMENTARIA

	Pág.
A).-Que se entiende por Sucesión Testamentaria en el Derecho Romano.	73
B).-Adquisición de la herencia en el Derecho Romano	81
C).-Qué es la herencia en el Derecho Romano.	84
D).-Beneficios a favor de los herederos	87
E).-Las acciones del heredero	90
Conclusiones	94
Bibliografía	106

P R O L O G O

Es necesario que nosotros, los futuros profesionistas, tengamos presente la importancia que tiene el Derecho Romano, por ser el antecedente de la Legislación Mexicana, especialmente en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones. Muy pocos, sin embargo, conceden la seriedad que se requiere para estudiar y comprender el Derecho Romano.

El propósito del presente trabajo es investigar el origen y evolución de la Sucesión Testamentaria en Roma; y analizar cuál --
fue el grado de repercusión de ésta en la Legislación Mexicana.

Este trabajo está constituido por cuatro partes, que se titulan La Sucesión, el Testamento, La Sucesión testamentaria y las conclusiones. En la primera se analiza profundamente a la familia en Roma, se explica el concepto de Sucesión, y que representaba ésta para los Romanos así como las clases de la misma; en la segunda parte se explica el concepto de Testamento en general, se analiza el Testamento en Roma, así como su origen, evolución, características, la capacidad para testar y ser heredero y por último la revocación, nulidad e invalidéz de los mismos en Roma; en la tercera parte se examina a la Sucesión Testamentaria en Roma, se analiza que representaba la adquisición de la herencia y la herencia misma para los Romanos y los beneficios a favor de los herederos, así como las acciones de las que eran ti-

tulares éstos; en la última parte se compara a esa antigua - -
legislación con nuestra legislación, y vemos que aquella reper
cutió en una forma absoluta en ésta.

CAPITULO I

LA SUCESION.

A).-La familia en el Derecho Romano.

Aquí se tratarán los conceptos previos de la Familia, su evolución hasta llegar a la composición de la Familia Romana y la influencia que tuvo junto con la religión en el nacimiento del Derecho de Sucesión de los Romanos.

Conceptos previos de la Familia: La familia es un núcleo de personas que como grupo social ha surgido de la naturaleza y se deriva principalmente del hecho biológico de la generación, por lo tanto, es considerada como un conjunto de personas en sentido amplio que proceden de un progenitor o tronco común; las fuentes de la familia son el matrimonio, la filiación (ya sea legítima o natural) y en casos excepcionales, la adopción.

En relación a la evolución de la familia, podemos señalar que el origen de ésta es anterior al Derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual. De ésta unión más o menos permanente hay una sujeción de la hembra hacia el macho, y que tienen por objeto ayudarse en la lucha frente a otros individuos y la protección de la prole. Este grupo primitivo está fundado exclusivamente en el hecho biológico de la generación. Cuando el -

grupo humano tiene contacto con los elementos culturales de diversa índole, es aquí donde adquiere solidez y permanencia en la vinculación familiar.

No hay gran diferencia de este grupo familiar antropoide, del rudimentario núcleo familiar entre los pueblos salvajes o primitivos.

Los pueblos primitivos, que estaban constituidos por tribus o clases, cazadores y trashumantes, entre estos pueblos la familia normalmente está constituida por un varón y una hembra ó más, e hijos y en ocasiones por parientes que se unían a éste pequeño núcleo de personas a cambio de obtener protección y ayuda del jefe del núcleo y colaboran en las labores propias del pastoreo y de la casa.

Al volverse sedentarios estos grupos, se dedican además a la caza y al cultivo de la tierra. En éstos grupos los lazos de cohesión o de parentesco entre los miembros del grupo, se consolidan y se expanden un poco, porque a la motivación de orden simplemente biológico o económico, se le agrega otra muy importante, que es de índole religiosa, como veremos a continuación.

En la antigüedad, en Grecia y Roma, la familia está íntimamente ligada con el culto, con la religión. El principio de la familia antigua, no solamente radica en la generación, lo demuestra el hecho de que la hermana no es en la familia lo que el hermano; de que el hijo emancipado a la hija casada, cesan de formar

parte de la familia. (1)

El principio de la familia tampoco consiste en el efecto natural, puesto que el padre puede amar a la hija, pero no legarle sus bienes, aquí nos damos cuenta de que las leyes de sucesión están en contradicción flagrante con el orden del nacimiento o con el efecto natural.

Así pues el fundamento de la familia se encuentra en poder paterno o marital, derivado de la religión, del hogar y de los antepasados, y por ello, la familia forma un cuerpo inseparable - en esta vida y en la otra, la familia antigua es una asociación religiosa más que natural. Así tenemos que la mujer no figura verdaderamente en la familia hasta la ceremonia religiosa, que es la del casamiento y por ésta se inicia en el culto; que el hijo deja de pertenecer a la familia cuando renuncia al culto o se emancipa; que el adoptado será un verdadero hijo, porque lo que une más a la familia es el culto y no los lazos de sangre.- El legatario que no acepte el culto de la familia, no podrá disfrutar del legado y el parentesco y el derecho de herencia, se regulan no en relación al nacimiento, sino según los derechos de participación en el culto, la religión dió sus reglas a la familia, es por esto por lo que la religión fué el principio constitutivo de la familia, por eso la familia antigua fué tan diferente. (2).

(1) Coulanges Fustel.-La Ciudad antigua.-México. Edic.Porrúa.-- Edición Primera-Libro I-Año 1971. p.p. 25 - 26.

(2) Coulanges Fustel.-La Ciudad antigua.-México.-Edic.Porrúa.-- Edición Primera.-Libro I-Año 1971.- p.23.

En relación a lo anterior, Platón menciona, que dos padres, dos-hermanos, podían llamarse parientes, cuando tenían los mismos - Dioses, el mismo hogar y la misma comida fúnebre.

Y así tenemos que cada familia tenía su propio culto y sus propias fiestas sacra privata, sobre las cuales los Pontífices de la Ciudad sólo tenían un derecho de vigilancia, por lo que cada familia poseía la más completa independencia y ningún poder exterior tenía el derecho de regular su culto o su creencia. No existía otro sacerdote que el Pater-familias. El culto era tributado a los Di Penates, protectores de la casa; al lar domesticus o familiaris, a veces identificado con el fundador de la estirpe; a los Di manes, almas de los antepasados y de los otros-miembros del grupo desaparecidos, por lo que tenían un sepulcro común, que era rodeado de flores, guirnaldas de hierba, tortas-frutas, sal y también se derramaba sobre él leche y vino y algunas veces sangre de sus víctimas. Las tumbas eran los templos de las divinidades mencionadas. También vemos que cada familia poseía un fuego sagrado, que estaba íntimamente ligado al culto de los muertos, era la providencia de la familia y nada tenía de común con el fuego de la familia vecina. Los romanos lo ocultaban en medio de la casa, con lo anterior nos damos cuenta que el culto no era público. Y así en cada casa había un altar y en torno a éste la familia reunida, en dónde cada mañana se reunían para dirigir al hogar las primeras oraciones y cada noche para invocarlo una postrera vez, también en el decurso del día se reunían cerca de él para la comida, la cual se compartía piadosamente luego de orar y hacer la libación. En todos los -

actos religiosos cantaban en común los himnos, que les habían sido legados por sus antepasados. Estos himnos junto con las ceremonias, ritos y sus dioses constituyen el patrimonio de la familia. (3)

El derecho de hacer los sacrificios en el hogar, sólo se transmitían de varón a varón, y el culto a los muertos, era solo para los ascendientes masculinos, por lo tanto resultaba que no podían ser parientes por vía de las mujeres, la mujer no transmitía, ni la existencia ni el culto. El hijo lo recibía del padre. No se podía pertenecer a dos familias, invocar a dos hogares, el hijo solamente tenía la religión y la familia de padre. El principio del parentesco radicaba en el culto y no en el nacimiento. (4).

En Roma, la agnación (parentesco civil), se entendía fácilmente cuando se relaciona con la religión doméstica. Así como la religión solo se transmitía de varón a varón, resulta que tenían antepasados comunes. La regla para el parentesco por asignación fue la misma para el culto. La asignación no se diferenciaba del parentesco, tal como la religión la había establecido el principio.

Por esto se puede comprender que en Roma, dos hermanos consanguíneos eran agnados y no lo eran dos hermanos uterinos (hijos de la misma madre y diverso padre), y ni siquiera se digna que la des-

(3) Coulanges Fustel.-La Ciudad Antigua.-México, Edic. Porrúa.-Edición Primera.-Libro I.-Año 1971.-p.p.23 y 24.

(4) Coulanges Fustel.-La Ciudad Antigua.-México.-Edic. Porrúa.-Edición Primera.-Libro I.-Año 1971.- p. 36.

endencia por los varones era el principio inmutable sobre el que se fundaba el parentesco. No era por el nacimiento como antes se dijo, sino por el culto, cómo se reconocía verdaderamente a los agnados, así tenemos que el hijo emancipado, al separarse del culto, ya no era agnado de su padre y el extraño adoptado, admitido, al culto, se convertía en el agnado del adoptante y aún de toda la familia, por esto es que la religión determinaba el parentesco. Posteriormente, surge otro parentesco conocido como cognatio o parentesco por nacimiento.

La agnatio fué el único parentesco que se reconoció en las XII-tablas, por éste se obtenía el derecho a la herencia. Desde Cicerón hasta Justiniano revalidaron ambos parentescos, Justiniano borró los lazos de la agnación.

Debemos darnos cuenta que esta religión doméstica y de los antepasados, que se transmitía de varón a varón, no pertenecía exclusivamente al hombre, pues la mujer tenía su parte en el culto, de soltera asistía a los actos religiosos de sus padres y de casada a los de su marido y se olvidaba de la religión doméstica de sus padres, pues al momento de casarse adquiría la religión del marido. Tomando en cuenta lo anterior vemos que la primera institución establecida por la religión doméstica, fué el matrimonio, el cuál se celebraba en tres actos, que son los siguientes.

- 1.-La joven abandonaba el hogar paterno y como el padre representaba a la máxima autoridad en la familia, era el único que podía

desligarla de la misma.

2.- Se conducía a la joven a la casa del esposo, la mujer iba velada y llevaba una corona y una antorcha nupcial, precedía un cortejo e iban cantando un himno, después el cortejo se detenía frente a la casa del esposo. Allí se presenta a la joven el -- fuego y el agua, el primero era el emblema de la divinidad doméstica y el segundo era el agua lustral que servía a la familia para todos sus actos religiosos, luego el esposo levantaba a la joven en sus brazos y la transportaba hasta el umbral, sin que los pies de ella lo tocasen; y

3.-Y por último se conducía a la esposa ante el hogar, dónde se encontraban los penates, y dónde todos los Dioses domésticos y las imágenes de los antepasados estaban alrededor del fuego sagrado. Ambos esposos hacían la libación y pronunciaban algunas oraciones, y comían juntos una torta de flor de harina, ésta -- torta al momento de comerla en presencia y ante los ojos de las divinidades, era lo que realizaba la unión santa del esposo y de la esposa, de ésta manera quedaban asociados en el mismo culto ambos esposos.

El concepto de propiedad está íntimamente ligado a la religión-- la propiedad privada era una institución de la que no podía -- prescindir la religión doméstica, dicha religión ordenaba ais--lar el domicilio y la sepultura, y disponía que el hogar estu--viese fijo en el suelo, como vimos anteriormente, y que la tumba no fuera destruída, ni trasladada a otro lugar, "Suprimid la

propiedad, el hogar irá errante, las familias se mezclarán, -- los muertos quedarán abandonados, y sin culto". Mediante el hogar inmutable y la sepultura permanente, la familia ha tenido posesión del culto, la tierra ha quedado en cierto sentido imbuída y penetrada por la religión del hogar y de los antepasados. De lo anterior resulta que la religión doméstica ha enseñado al hombre a apropiarse de la tierra y además le asegura el derecho sobre la misma. Por lo tanto, se deduce que la propiedad era inherente a la religión y una familia no podía renunciar ni a una, ni a la otra. (5).

Para entender mejor el derecho de sucesión entre los antiguos, se recuerda que Cicerón en relación a esto, decía: " Los bienes y el culto de cada familia serán inseparables, y que el cuidado de los sacrificios del culto, corresponda siempre a aquél a quien le toque la herencia", esto significa que no se podía adquirir la propiedad sin el culto o viceversa.

En virtud del principio anterior surgen reglas del Derecho de sucesión entre los antiguos, la primera es que, siendo la religión doméstica hereditaria de varón a varón, la propiedad también lo es, y como el hijo es continuador natural y obligado del culto, también hereda los bienes. Así encontramos la regulación sobre la herencia derivada de la religión y no de la voluntad. La razón de que el hijo herede, no es la voluntad del padre. Si el padre muere intestado, el hijo hereda con pleno de-

(5) Coulanges Fustel.-La Ciudad Antigua.-México, Edic. Porrúa. Edición Primera-Libro I.-Cap.VI.-Año 1971. p. 44.

recho, IPSO IURE HERES EXISTIT. Es también heredero necesario ~~HERES NECESSARIUS~~. No tiene que aceptar ni rechazar la herencia. La continuación de la propiedad, como la del culto, es para el heredero tanto una obligación, como un derecho, aunque éste - - quiera o no. La sucesión le incumbe, sea la que sea, aún con - sus cargas y deudas.

Jurídicamente al hijo en Roma se le llama HERES SUUS, como si se dijese HERES SUI IPSIUS, y en efecto sólo hereda de sí mismo. Entre el padre y él no existe ni donación ni legado y ni - mutación de propiedad.

Existe solamente continuación MORTE PARENTIS CONTINUATUR DOMINIUM. Ya en vida del padre, el hijo era co-propietario del campo y de la casa, VIVO QUOQUE PATRE DOMINUS EXISTIMATUR.

Conforme a lo antes expuesto, la hija no puede heredar porque el culto se transmite de varón a varón, y la regla para heredar es que siga la religión paterna, pero, por diferentes situaciones no lo puede hacer, como por ejemplo cuando tiene que renunciar a el culto paterno por aceptar el culto del esposo y esto no es permitido.

Ahora bien, en relación a la integración de la familia Romana, podemos mencionar lo siguiente: En Roma la familia se organizó bajo un régimen patriarcal monogámico, en el centro de la cuál se colocaba la autoridad del PATER FAMILIAS, fundada como ya mencionamos anteriormente en la religión.

Como dijimos anteriormente, el pater familias, era a la vez sacerdote del culto doméstico y Magistrado para resolver los conflictos entre los miembros de la familia. El pater familias era el único dueño del patrimonio familiar. En virtud de la manus, él ejercía potestad absoluta sobre su mujer, hijos, hijos-adoptivos, esclavos, emancipados y servidores domésticos; pero solamente los libres se consideraban como verdaderos miembros de la familia. Por lo que entonces, la familia Romana constituía así una Unidad religiosa, política, económica y social.

Por lo anterior visto, nos damos cuenta de que la familia Romana era una verdadera sociedad doméstica que propiamente no estaba dentro del Estado, sino en cierta manera frente a él, más tarde al evolucionar fué absorbida por el Estado. Este interviene en el orden jurídico que regula la relación familiar, se sustituye a la estructura antigua de la familia y disgrega su conjunto; esto sucedió porque el propio Estado con el tiempo, concedió derecho a la familia natural, semejante a los que sólo correspondían a la relación familiar.

Esta transformación vino a ser completa en el Derecho Justiniano, en lo que concierne a dos Instituciones familiares: La tutela y la curatela. En las demás relaciones, ésta transformación se produce definitivamente más allá del Derecho Romano, y los términos patria potestad y adopción, etc., en las nuevas sociedades tuvieron un significado diferente.

Para finalizar este estudio, señalaremos lo que dice Ulpiano, - referente a la familia Romana: La familia en sentido propio, es un grupo de personas unidas entre sí, pura y simplemente por la autoridad que uno de ellos ejerce sobre los demás para fines -- que trascienden del órden doméstico. IURE PROPRIO FAMILIAM DICE MUS PLURES PERSONAS QUAE SUNT SUB UNIUS POTESTATE AUT NATURA -- AUT IURE SUBIECTAE.

B).-Concepto de sucesión en general.

La palabra sucesión es un término muy amplio, pues equivale al- traspaso de derechos, es decir, la adquisición por una persona- de los enajenados o abandonados por otra, aquella adquirente su cede a ésta enajenante o causante. Partiendo del anterior con- cepto de sucesión en general veamos la siguiente clasificación:

I.-SUCESION A TITULO UNIVERSAL.

LA SUCESION

II.-SUCESION A TITULO PARTICULAR.

La diferencia entre ambas es muy sencilla, pues la primera es - el traspaso del patrimonio en bloque; y la segunda es el traspa so de derechos singulares, determinados y separados.

Ahora veamos que el fenómeno jurídico del traspaso puede ser de de bido al fallecimiento del transmitente y entonces estaremos - - frente a una sucesión mortis causa, o también el traspaso puede

verificarse por diversos motivos y causas, viviendo el transmitente y entonces estaremos frente a una sucesión inter vivos.

Los dos términos de cada una de las dos clasificaciones se combinan en el Derecho Romano, que nos ofrece ejemplos: De sucesión universal inter vivos en la arrogatio, en la conventio in manum, en la reducción en esclavitud dentro del territorio Romano; de sucesión particular inter vivos en la enajenación de cosas y derechos concretos por mancipatio, traditio, etc.; de sucesión universal mortis causa en la herencia; y de sucesión a título particular mortis causa en los legados.

También podemos decir que es creencia general la que de tal concepto amplio de sucesión es propio del Derecho Romano tardío. En el derecho clásico la sucesión era pura y sencillamente la que después se adjetivó como sucesión universal. Los actos adquisitivos a título particular, no implicaban para los juriconsultos romanos, la idea de sucesión, fenómeno que consistía para ellos en que una persona se colocase en la misma posición jurídica en la que antes había estado otra persona, por lo que la adquisición era pura consecuencia de tal suplantación. En las transmisiones a título particular, esto no suele acontecer; se necesita un adecuado negocio jurídico muchas veces de naturaleza diversa al que originó el derecho del transmitente, se adquiere por donación lo que otro adquirió por prescripción adquisitiva, etc., y aunque el acto sea de la misma naturaleza, ejemplo: comprando lo que el vendedor también adquirió por compra, la adquisición ten-

drá una cierta dependencia de la situación anterior, pero la compra venta es otra, no se coloca el adquirente exactamente en la misma situación del comprador anterior. El adquirente puede ser lo de buena fe, mientras el transmitente podía ser un poseedor de mala fe; el dominio de un fundo dotal en el marido es bien distinto y más débil que el que tenía el dueño constituyente de la dote por el contrario, el acreedor pignoraticio no tenía el derecho que adquiere aquél a quien enajena la cosa pignorada. Ya hasta en la época o Derecho Post Clásico se habla de la sucesión particular a propósito de los legados.

C).-La Sucesión en el Derecho Romano.

La sucesión en el Derecho Romano era un término muy amplio, pues equivalía al traspaso de derechos, es decir, el adquirente sucedía al enajenante o causante en sus derechos, ya sea parcial o totalmente. Por lo anterior se tuvo que dividir éste término, y así vemos que va a haber SUCESSION UNIVERSAL Y SUCESSION A TITULO PARTICULAR, según se tratara de la adquisición de un conjunto de derechos correspondientes a una persona o simplemente el traspaso de derechos singulares, determinados o separados.

Los términos de cada una de las dos clasificaciones que mencionamos anteriormente, se combinan en el DERECHO ROMANO y nos ofrece ejemplos de éstas: La sucesión universal inter vivos en la arrogatio, en la conventio in manum, en la reducción en la esclavitud dentro del territorio Romano; de sucesión particular inter vivos en donde encontramos a la enajenación de cosas y derechos concretos por mancipatio; de sucesión universal mortis causa aquí encon

tramos a la herencia; y por último tenemos a la sucesión singular mortis causa en dónde encontramos a los legados.

La sucesión universal mortis causa, es la que nos concretaremos a estudiar, y vemos que ésta partiendo del Derecho Clásico pasó a través del Derecho Justiniano a las Legislaciones actuales, sobreponiéndose al transcurso del tiempo.

La sucesión universal mortis causa, es cuando a la muerte de una persona, otra (heres) asume la totalidad de las relaciones jurídicas del difunto, con excepción de algunas consideradas intransmisibles.

A continuación veremos algunos de los caracteres más usuales de la Sucesión Universal mortis causa con excepción de algunos que desaparecieron con el transcurso del tiempo:

I.-El heres, tenía que cumplir con las obligaciones del difunto, pero no sólo en cuanto al activo del patrimonio heredado alcance para pagarlas, sino que el heredero va a responder incluso con su propio patrimonio, ULTRA VIRES HEREDITATIS, es decir, más allá de las posibilidades de la herencia.

II.-En base a lo anterior podemos decir, que al heres no pasan solamente los derechos del difunto, sino también las obligaciones y cargas del mismo, es decir el pasivo del patrimonio del difunto.

III.-Como también las relaciones jurídicas de las era titular del

difunto, pasan al heres, con las mismas características que presentaban en el difunto.

IV.-Cualquiera que sea la naturaleza de las propiedades, créditos, derechos reales, obligaciones, estados de posesión, etc., que constituirían el patrimonio del difunto y la variedad de los modos ordinariamente adecuados para su adquisición, pasaban en bloque al heres, derivado de un único acto eficaz para todos.

V.-La sucesión universal mortis causa estaba íntimamente ligada al título de heres, y así vemos que cuando la designación del heres se verificaba por la voluntad del causante, estaríamos frente a una Sucesión Testamentaria; y cuando la designación del heres se verificaba por la Ley, entonces nos encontraríamos con la Sucesión Abintestado.

VI.-El heres designado por la voluntad del causante de la herencia, es decir, el heredero testamentario, asumía la totalidad de la herencia.

VII.-Al heres, una vez que haya sido designado, pasaba el patrimonio del testador en cuanto éste moría, no había necesidad de un acto especial de aceptación.

Ahora bien, para explicar el origen de la Sucesión Universal Mortis causa, es necesario que mencionemos tres hipótesis al respecto, y que son las siguientes:

I.-La primera hipótesis señala que desde antes de las XII Tablas la Sucesión hereditaria era la transmisión del patrimonio, pero ésta no era individual, sino del grupo (gens) es decir, el jefe de la familia transmitía el patrimonio a los miembros de la gens, al morir éste. Y desde la originaria comunidad familiar se llegó paulatinamente a éste traspaso del patrimonio a los domesticí herederos que estaban ya en la casa familiar. Luego con el transcurso del tiempo los causantes se sobreponen a los lazos familiares y poco a poco se va admitiendo la posibilidad de transmitir el patrimonio a un extraño, y como consecuencia de lo anterior aparece el Testamento, él cuál debió ser lo que en otras Legislaciones al principio, una arrogatio.

II.-En la segunda hipótesis se designa al heredero como una unidad global, como un todo y por tanto a la herencia también se consideraba como tal, éstos conceptos eran republicanos. Los Romanos antiguos consideraban al patrimonio como cosas naturales y tangibles, por tanto el primitivo testamento contendría disposiciones que se referían a tales objetos concretos.

III.-En ésta última hipótesis se señala que en un principio la Sucesión Universal Mortis causa, no tenía un carácter patrimonial, ésta no consistía en ocupar la situación patrimonial del difunto, sino en substituirle en la soberanía del grupo familiar, por lo tanto el heres pasaba a ser el nuevo jefe de la familia. Ahora también SUCEDERE, significa asunción del poder soberano, entonces el traspaso patrimonial viene a ser una consecuencia de la Soberanía que adquiría el heres al morir el jefe de la familia. Esa So

beranía que tenía el jefe de familia se derivaba de ésta era un núcleo político pequeño, pero al llegar la época histórica pierde el carácter de político y por tanto el heres queda como sucesor en el patrimonio. Pero en el conservadurismo Romano hace que tanto en el heredero como en el patrimonio conserven rasgos de aquella Sucesión en la que predominaba la Soberanía.

En base a todo lo expuesto decimos que la Sucesión Universal Mortis causa comprendía aparte del patrimonio del difunto, también los ideales, simpatías y antipatías del mismo, por lo que decimos que el heredero continuaba la personalidad entera del difunto.

D).-Las Clases de Sucesión.

Bueno como ya vimos anteriormente que el objeto de la Sucesión Universal mortis causa era que la totalidad de un patrimonio, es decir, que el conjunto de bienes materiales, derechos, créditos y deudas, pasaban con carácter universal del titular del patrimonio al heres, con excepción de los derechos inherentes a la persona, como por ejemplo las servidumbres personales. Como también que la Sucesión Universal mortis causa es una modalidad de la ADQUISITIO PER UNIVERSITATEM, es decir, de la adquisición con carácter universal y la cuál se realizaba por medio de un acto jurídico personal del titular del patrimonio y en virtud del cual el heres adquiría el patrimonio del titular, cuando moría éste.

Por tanto de la Sucesión Universal mortis causa se van a derivar

dos vías Sucesorias, que son las siguientes: La vía legítima o Secesión ab intestato y la Vía Testamentaria o la Sucesión Testamentaria.

La vía legítima, ésta era procedente en los siguientes casos: Cuando el difunto no había hecho testamento, o en el caso que hubiera testamento, pero éste no tenía validéz, o también cuando el heredero testamentario no quería o no podía aceptar la herencia y no se había designado heredero sustituto, y por último cuando la condición no se cumplía. En los anteriores casos se abría la Sucesión por vía Legítima, y como consecuencia de no haber testamento la Ley señalaba como debía repartirse el patrimonio del difunto.

A continuación veremos quienes eran los herederos a los que se les podía ofrecer la herencia por vía Legítima, sin llegar a ahondar al respecto.

Bueno, veamos que desde las XII Tablas, el IUS CIVILE, preveía que, por Vía Legítima, la Sucesión se ofreciera a los siguientes herederos:

I.-Heredes Sui, es decir, los que se volvían sui iuris por la muerte del autor de la herencia. Como eran los hijos del difunto con excepción de los emancipados que ya eran sui iuris; los nietos del difunto, en caso de muerte previa del padre de ellos, y también los póstumos, pero siempre y cuando hubieran nacido dentro de los trescientos días, contados a partir de la muerte del "de cuius".

Aquí prevalecía la idea de la copropiedad familiar es decir los herederos sui, desde antes de la muerte del Pater familias se consideraban copropietarios.

II.-Los agnados, es decir, los parientes por línea masculina, sin importar los de línea femenina.

III.-A la gens, a falta de los anteriores.

La vía legítima en el Derecho Pretorio trata de conceder derechos a los parientes por línea femenina, al hijo emancipado, o a la madre que no se hubiera casado CUM MANU y a la viuda SINE MANU. Luego también en el caso de la repudiación de la herencia por los agnados del grado más cercano, en lugar de ser ofrecida a los agnados del siguiente grado, se ofrecía a la gens. El pretor en base a todas estas situaciones crea las instituciones de BONORUM POSSESSIO y la del BONORUM POSSESSOR, y vemos que el pretor va a entregar la BONORUM POSSESSIO, pero por orden de preferencia, a las siguientes personas:

a).-Los liberi (hijos), es decir, a los antiguos herederos sui, y además a los emancipados:

b).-Los Legitimi (Agnados);

c).-Los Cognados, aquí la madre SINE MANU, tenía la posibilidad de recibir abintestado la herencia de su propio hijo; y el hijo tenía la posibilidad de heredar a su madre casada SINE MANU; y

d).-A la viuda o al viudo.

En la época imperial, el Senado se puso a corregir los defectos del sistema pretorio en relación a la Vía Legítima, como la no deseable posición de los hijos respecto de la madre casada SINE MANU y viceversa.

Luego vino, una total reforma, que hizo el Emperador Justiniano, y en éste nuevo sistema la base fué el parentesco moderno por ambas líneas. No hubo diferenciación de sexos. Y por último se equipararon a los hereditas y a la BONORUM POSSESSIO, terminando con el tradicional dualismo que existía en ésta materia. Y Justiniano ofrecía la herencia abintestato a las siguientes personas:

I.-Descendientes, sean emancipados o no,

II.-Ascendientes y hermanos. Con las siguientes particularidades

a).-El ascendiente más cercano excluía al lejano. La madre del difunto, por tanto, excluía a los abuelos paternos;

b).-Si los abuelos eran herederos, y había abuelos por ambas líneas, se repartía por estirpes;

c).-Cada hermano recibía porción igual a la de cada ascendiente de primer grado; y

d).-Los hijos de un hermano difunto recibían juntos la porción de

su padre.

III.-Medios hermanos, uterinos o consanguíneos;

IV.-Los restantes colaterales;

V.-El viudo o la viuda; y

VI.-Si no se encontraba ningún heredero legítimo, la herencia vacante pasaba al fisco, y si se trataba de un soldado pasaba a la Legión correspondiente o si de un sacerdote, entonces pasaba a la iglesia.

Hemos expuesto brevemente lo relacionado a la Vía legítima a manera de que tengamos ciertos conocimientos en relación a ella.

Ahora veamos a la Vía Testamentaria, ésta es cuando se presentaba Testamento, y como consecuencia, ésta clase de Sucesión resultaba mucho más fuerte que la Vía Legítima, puesto que ésta quedaba relegada cuando se presentaba el Testamento. No se podían aplicar las dos vías Sucesorias a una sola Sucesión, pero después paulatinamente se fué permitiendo, como veremos en el siguiente capítulo.

Anteriormente vimos que de la Sucesión Universal Mortis causa, se derivan dos clases de Sucesión: Sucesión Abintestato y la Sucesión Testamentaria, ambas son la transmisión a título universal del patrimonio del difunto heredero, la diferencia radicaba que -

mientras en la Sucesión Abintestado no había designación de heredero por parte de la voluntad del difunto, ésto era como consecuencia de no haber testamento, y en su defecto la Ley señalaba quiénes iban a ser los herederos. Mientras que en la Sucesión Testamentaria, la designación del heredero se verificaba por la voluntad del causante de la herencia (testador). Como nos daremos cuenta la figura de heredero está íntimamente ligada a las dos clases de Sucesión que mencionamos anteriormente.

En relación a la Sucesión Testamentaria, por ser el foco de nuestro estudio, lo veremos más ampliamente en los siguientes capítulos.

CAPITULO II

EL TESTAMENTO

A).-Concepto de Testamento en general.

El Testamento es un acto jurídico con características especiales, de naturaleza mortis causa, o sea de los actos cuyos efectos ocurrirán al realizarse la condición de la muerte.

El Testamento "es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

De la definición anterior se desprenden los siguientes elementos que caracterizan el testamento:

- a).-Acto jurídico unilateral;
- b).-Personalísimo;
- c).-Revocable;
- d).-Libre;
- e).-Realizado por persona capaz; y

f).-Que tiene por objeto disponer de los bienes y derechos del autor y declarar o cumplir deberes para después de su muerte.

Por los requisitos de formalidad que debe llenar para que sea válido, el Testamento es también un acto jurídico formal.

El testamento es un acto jurídico porque constituye la expresión de la voluntad del autor, manifestada con la intención de producir consecuencias de derecho, es unilateral, porque basta la expresión de la voluntad del autor sujeta a las formalidades y a los requisitos que la ley establece, para que adquiera existencia y validéz, sin que sea necesaria y aún excluyendo totalmente el acuerdo o la concurrencia de otras voluntades. Finalmente el testamento es un acto jurídico sui géneris, porque la voluntad del autor, que es la Suprema Ley de la Sucesión Testamentaria, tiene que sujetarse a un conjunto específicamente determinado de normas jurídicas relativas a la capacidad para testar, a las formalidades para otorgar el testamento, a la licitud en el objeto y fin de las instituciones que contenga y a la validéz de las condiciones que imponga. Todas éstas normas son de tal modo específicas para el testamento que, como en el caso de las condiciones y de las nulidades, se apartan a veces irreconciliablemente de las reglas aplicables a los demás actos jurídicos.

El carácter personalísimo del Testamento consiste en que sólo el autor en persona puede manifestar su voluntad a través de las Instituciones testamentarias correspondientes. No puede valerse de apoderado, ni puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero, o de los legatarios, ni la

designación de las cantidades que a ellos correspondan, sin embargo, cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases sociales formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc. puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse; también puede encomendar a un tercero que haga la elección de los actos de beneficencia o de los establecimientos públicos o privados a los cuales deban aplicarse los bienes que legue con ese objeto, así como la distribución de las cantidades que a cada uno correspondan. Debe entenderse que la disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la Sucesión Legítima.

La revocabilidad del testamento es también característica esencial y significa que, en cualquier momento hasta antes de la muerte, puede el testador hacer uso del derecho de revocación, modificando o dejando sin efectos total o parcialmente, las disposiciones testamentarias anteriores. En consecuencia, es absolutamente nulo cualquier pacto o convenio por el cual se restrinja o limite de cualquier modo esa facultad. La revocación puede ser expresa ó tácita; es expresa; cuando así se manifiesta, es tácita cuando se hace un nuevo testamento que por sí solo implica la revocación del anterior, a no ser que el testador declare que subsiste el primero o que subsiste con determinadas modificaciones. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios.

tarios nuevamente nombrados, a menos que el segundo testamento sea revocado y el testador declare ser su voluntad que el primero subsista. La ley presupone la revocación del testamento anterior por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. La revocación puede efectuarse en cualquier momento y en la forma y términos que mejor le parezcan al testador, inclusive vendiendo los bienes aludidos en el testamento y con ello dejarlo implícitamente sin efectos o de cualquier otro modo que produzca este mismo resultado. Sin embargo, debemos tener presente que la revocabilidad del testamento solo es absoluta cuando se trata de la voluntad de que produzca determinados efectos, cualquiera que sea su naturaleza y su alcance; pues cuando a través del testamento se reconoce o se confiesa auténticamente la existencia de hechos ya ocurridos, la revocación o rectificación de la voluntad de reconocerlos o confesarlos no puede borrarlos, ni desvirtuar su plena comprobación.

El testamento es un acto libre y por lo tanto, carecen de validez cualquier limitaciones convenidas expresa ó implícitamente. El testador no puede obligarse a no testar o a testar en determinadas condiciones. Y por lo tanto, cuando el testador esté bajo la influencia de amenazas contra su persona, o los bienes del autor, de su conyuge o de sus parientes u obligado por la violencia o por la privación o restricción de la libertad o presionado por cualquier otros medios empleados o que se hayan intentado, entonces el testamento hecho en éstos casos es nulo y el testador podrá luego que cese la violencia o disfrute de completa libertad, revalidar su testamento precisamente con las mismas solemnidades

que si lo otorgara de nuevo, pues de lo contrario será nula su revalidación.

Ahora bien, la capacidad del testador se refiere a la capacidad de ejercicio cuyas limitaciones provienen de la edad, de la falta o deficiencia del cabal juicio o de los casos expresamente señalados o admitidos por la ley.

El testamento puede tener por objeto la disposición de los bienes y derechos del autor y la declaración o cumplimiento del mismo para después de su muerte. La disposición de los bienes y derechos se hace mediante la institución de herederos y legatarios; la declaración y cumplimiento de deberes, del modo en que el autor quiera hacerlo.

B).-Qué es el testamento en el Derecho Romano.

En el Derecho de los Romanos, existían dos clases de Sucesiones Universales por causa de muerte, la AB INTESTATO, o sea, cuando no había testamento o cuando éste era roto, invalidado, etc., la otra fué la testamentaria, que se hacía a través de un testamento.

La sucesión universal por causa de muerte es lo que se llama HERENCIA y se puede considerar como una categoría especial de las sucesiones Universales.

Esta Sucesión a diferencia de las Sucesiones Universales entre vivos, que se dan como consecuencia de la adquisición de una potestad, depende exclusivamente de la obtención con anterioridad de un estado o de un título personal, que es el título de heredero, y sin éste requisito no es posible adquirir el patrimonio del difunto. (1).

La Sucesión Universal se da cuando a la muerte de una persona, otra persona, el heredero universal (HERES), adquiere todos los derechos y obligaciones patrimoniales del difunto, continúa la misma relación jurídica del antecesor, por lo que lo sucede también en los Derechos de Sucesión que de otro modo serían intransmisibles. Solamente lo sucede en aquellos derechos de Sucesión y Obligaciones que no sean estrictamente patrimoniales del de CUIUS

(1).-Bonfante, Pedro.-Instituciones de Derecho Romano. Ed. Reus.- Edición Tercera.-p. 553.

como las servidumbres personales y los cargos públicos que haya--
desempeñado el difunto. (2).

Conforme a lo antes expresado, podemos señalar lo que dice Ulpiano que la herencia representa, no a la persona del heredero, sino a -
la del difunto, como está comprobado en múltiples argumentos del -
Derecho Civil. HEREDITAS ENIM NOM HEREDIS PERSONAM SED DEFUNCTI --
SUSTINET, UT MULTIS ARGUMENTIS IURIS CIVILIS COMPROBATUM EST. (3).
En otras palabras, la sucesión universal es la subrogación de la-
personalidad del difunto.

Después de haber citado brevemente la sucesión universal mortis --
causa, se analizará lo que es el testamento.

La palabra testamento tal y como la definen las Instituciones Jus-
tinianeas, toma su origen de TESTATIS MENTIS: Testimonio de la Vo-
luntad. (4).

Modestino señala que el testamento es la declaración conforme a De
recho, que manifiesta nuestra voluntad sobre lo que cada cual que
re que se haga después de su muerte. (VOLUNTATIS NOSTRAE IUSTA SEN-
TENTIA DE EOQUOD QUIS POST MORTEM SUAM FIERE VELIT). (5).

(2) Bravo González Agustín.-Segundo curso de Derecho Romano.-Méxi-
co.-Ed. Pax.2da.edición. 1976.-p. 198.

(3).-Dig. 41. 1.

(4).-Ins. II,10.

(5).-Dig. XXVIII, 1, 1.

Así mismo Ulpiano, precisa que el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte. (TESTAMENTUM EST MENTIS NOSTRAE-IUSTA CONTESTATIO IN ID SOLLEMNITER FACTA UT POST MORTEM NOSTRAM VALEAT). (6)

Es cierto que existen diferentes definiciones de testamento toda vez, que, en el mismo se pueden constituir varios actos, por - - ejemplo: donaciones patrimoniales en favor de personas distintas (legados) o simples disposiciones personales, como el nombramiento del tutor, la manumisión de esclavos, pero esencialmente debe contener la institución de heredero. El testamento será entonces el acto formal y la institución de heredero, el acto sustancial.

Por lo dicho, podemos definir el testamento Romano como un acto personal solemne de última voluntad, que contiene la constitución de uno o más herederos, con el fin de producir sus efectos para después de la muerte de su autor, y además que a través del mismo, se puede disponer del propio patrimonio por legado, nombrar tutores, manumitir esclavos, etc.

El testamento era de uso constante y casi necesario. En las Instituciones de Justiniano y en las Pandectas, la herencia testamentaria prevalecía sobre la intestamentaria. El heredero típico no es el heredero legítimo, sino el instituido en el testamento como heredero.

(6).-Ulp. Fragm. XXI.

A la desaparición de la SACRA PRIVATA, el heredero sucede al difunto, sólo en relación a sus derechos y obligaciones patrimoniales. Mientras no se recogía la sucesión ésta sostenía y continuaba por sí misma la persona del difunto, formaba una especie de persona legal. HEREDITAS PERSONAE VICE FUGITUR, considerada como propietaria de las cosas hereditarias.

C).-Origen del Testamento en el Derecho Romano.

El Testamento Romano nació quizá como una ley especial, pasando después por la etapa en que fué considerado un contrato y finalmente obtuvo el concepto que se le ha dado, de una declaración unilateral de voluntad.

En los primeros tiempos, cuando la Sociedad Romana conservaba algo de la primitiva fraternidad que hay en todos los pueblos nacientes, encontramos a los dos testamentos más antiguos, que son los siguientes: EL CALATIIS COMITIIS y el IN PROCINCTUM.

Para iniciar el presente estudio, citaré lo que las Instituciones y Gallo entre otras cosas dicen: Para que nada en la antigüedad sea de todo punto ignorado, existieron en otro tiempo dos clases de testamento, usados por los Romanos, se llevaban a cabo ante los Comicios convocados dos veces al año para tal efecto. El uno se hacía en la paz y en la calma, el otro al salir para la batalla. Con posterioridad cayeron en desuso. (7).

Analizando lo anterior, se puede decir que: Esa pequeña tribu de pastores, que se establecieron en el monte Palatino, tuvo que vivir siempre con las armas dispuestas, ya fuera para repeler la agresión interior o exterior, o cuando querían agrandar su territorio invadiendo el ajeno; pero no siempre estuvieron en la guerra, y cuando ésto sucedía se dedicaron entre otras cosas, al

(7) Inst. II, 10. 1

cultivo de las bellas artes y al Derecho considerado como tal -- (según Juventus Celsus "IUS EST ARS BONI ET EQUI"). Por ésto, -- tal vez, Gallo se refiere a que este testamento se hacía en tiempos de PAX, y por razones militares tenían en esa primera época el testamento IN PROCINCTUM.

Si el testamento CALATIIS COMITIIS, tenía como formalidad indispensable hacerlo delante de los comicios, es conveniente mencionar brevemente que son los comicios, como estaban organizados y cuál era su competencia.

Los comicios por curias, fueron la más antigua asamblea deliberativa del Patriarcado Romano, convocada y presidida por el Rey. -- Estaba formado por la reunión de los miembros de las treinta curias, de ahí su nombre de " COMITIA CURIATA". Se reunían en el interior de la ciudad, en el FORO (COMITIUM). El rey sometía a votación de dicho organismo diversos asuntos entre los que se encuentran la composición de las familias, la transmisión de los bienes, o sea la abrogación y el testamento. Las resoluciones -- eran adoptadas por la mayoría de votos de las curias, pronunciadas en un mismo sentido, por ello se dice que se elevaban a categoría de ley. Investigaciones contemporáneas, señalan que la -- competencia de las curias se limitaba a aceptar o no, las propuestas del Rey, por lo que ponen en duda su carácter de órgano legislativo, ya que en el período de su actuación del Derecho estaba dado por los MORES GENTILICIA, es decir, por el Derecho no escrito, del que eran depositarios los pontífices presididos por el Rey.

Siguiendo el análisis de la definición de Gallo, se infiere que las asambleas del Pueblo Romano, eran competentes para intervenir en la celebración de determinados actos que, si bien pertenecían al orden privado, tenían íntima relación con la comunidad por su índole especial. Así, intervenían para la celebración de los testamentos otorgados por los ciudadanos Romanos, en cuyo caso el cuerpo tomaba el nombre de COMICIO CALADO, (COMITIA CALATA), porque eran convocados por un CALATOR, heraldo al servicio de los sacerdotes, dos veces al año, en los meses de marzo y mayo. (8).

No se conoce con exactitud las formalidades del acto, pero se tienen noticias de que el Pater que iba a otorgar su testamento, comparecía ante el Pueblo para hacer la manifestación verbal de su voluntad y si era aprobada, adquiría fuerza jurídica.

Se puede resumir que éste testamento, tenía los siguientes requisitos:

- a).-Ser otorgado en los comicios;
- b).-En presencia del Pontífice;
- c).-Exclusivamente en los meses de marzo y mayo.
- d).-Solamente el Pater familias podía otorgarlo; y
- e).-Instituir al heredero.

(8) Peña Guzmán Luis Alberto y Luis Rodolfo Arguello, -Argentina.- Ed. Tea.-Tomo 2.-Edición 2da.-1966.- p. 101.

El Testamento IN PROCINCTUM, éste únicamente lo practicaban los soldados antes de iniciar una batalla, es decir, se les permitía a los soldados que hicieran su testamento, tomando como testigos a sus propios compañeros de armas, pues se trataba que los soldados antes de partir a la batalla, ya dejasen ordenado su testamento.

Se puede pensar, que la época en que se utilizaron éstas dos clases de testamentos, fué a mediados de la monarquía hasta antes de la Ley de las XII Tablas, cuando fué aprobada la nueva forma de testamento PER AES ET LIBRAM, y por lo tanto cayeron en desuso el CALATIIS COMITIIS y el IN PROCINCTUM.

El testamento PER AES ET LIBRAM, llamado también testamento MANCIPATORIO, o testamento en forma de contrato de compra venta, lo llamamos así por la manera en que se celebraba, como veremos a continuación, pues a esta forma de testar se le aplicaba la fórmula de la mancipación, que tuvo su origen en que consideraban al patrimonio como cosas MANCIPI, y por consecuencia éste testamento consistía en la venta imaginaria en la que intervenía el testador que vendía la herencia y el heredero que la compraba.

Bueno ya vimos como los Romanos consideraban al testamento PER AES ET LIBRAM, y porque lo consideraban como tal. Ahora veamos como se realizaba: Primeramente se llamaban cinco testigos ciudadanos Romanos; el tenedor de la balanza (LIBRIFENDE), el que advertía a los testigos que se acordasen de lo que iban a presenciar (ANTESTADO); el heredero, que representaba al comprador y el cuál adquiría la herencia, y por último el testador, que representaba-

al vendedor de la herencia. Reunidas las anteriores personas, el heredero (Comprador) echaba una moneda a la balanza y decía que la herencia era suya, porque la había comprado con aquella moneda y peso, después el testador cedía el derecho de la herencia al heredero (comprador) y seguía el nombramiento, que se hacía, levantando el testador (vendedor) en alto las tablas selladas, que contenían su última voluntad, y añadía las siguientes palabras solennes: "DOY LEGO, TESTO SEGUN QUE EN ESTAS TABLAS ESTA, - LO QUE EN ELLA SE EXPRESA, Y VOSOTROS CABALLEROS ROMANOS DAD TESTIMONIO DE ELLO", luego el antestado decía a los testigos que se acordasen de todos los actos que acababan de presenciar. Esta forma de testar duró mucho tiempo.

El testamento PER AES ET LIBRAM contaba con sus ventajas y desventajas. En relación a las ventajas tenemos que éste podía hacerse en cualquier momento. Ahora en lo que se refiere a sus desventajas, tenemos en primer lugar que, por ser un acto irrevocable, no podía anularse por la voluntad unilateral de una de las partes, puesto que era un acto bilateral; en segundo lugar - que por ser un testamento de mucha publicidad y que por lo regular casi siempre salían perjudicados algunos herederos legítimos y éstos al verse perjudicados se vengaban del testador.

Paulatinamente fué cambiando la práctica del testamento PER AES ET LIBRAM, pues se buscaba elementos primordiales como la discreción y la idea de que el testamento era una declaración unilateral de voluntad, y así de ésta manera, el EMPTOR FAMILIAE se convirtió en albacea y a éste eran entregadas las tablas por el tes

tador, éstas tablas las recibía cerradas y contenían los herederos, los nombres de los legatarios y otras disposiciones sobre manumisiones, tutela o curatela. El EMPTOR FAMILIAE, entonces figuraba como mandatario o depositario, de modo que si éste actuaba de mala fe, los herederos tenían acción real para recuperar los bienes que tenía en su poder el EMPTOR FAMILIAE.

Posteriormente vino el testamento PRETORIO y aquí es donde desaparece el testamento PER AES LIBRAM y únicamente subsiste la declaración unilateral de voluntad. El testamento PRETORIO se inclinaba por la simplicidad de las formas, pues el pretor únicamente requería el sello signatario de siete testigos en las tablas donde había quedado consignada la última voluntad, pues desde la época republicana el pretor se declaró dispuesto a otorgar la BONORUM POSSESSIO a las personas indicadas en el TABULAE (tablas), firmadas por el testador y siete testigos. Luego en la época de Antonino Pio, los herederos legítimos, según el IUS CIVILE, podían reclamar sus derechos aludiendo que el testamento era inválido, por faltar la MANCIPATIO, y bajo esta época se permitió al pretor, rechazar tales reclamaciones de los herederos del IUS CIVILE, por medio de la EXCEPTIO DOLI, concedida a los herederos indicados en el testamento PRETORIO.

Después del testamento PRETORIO, siguió otro durante la época de Teodosio II y Valentiniano III, y además fué muy popular, nos referimos al testamento TRIPARTITO. Este se componía de tres partes: El texto; la subscripción de los siete testigos, o sea, la declaración expresa de que habían intervenido con carácter de tes-

tigos; y por último los sellos de los siete testigos, afuera --
sobre el testamento cerrado y plegado (OBSIGNATIO).

Este testamento debería de hacerse en un sólo acto, es decir --
sin que hubiera interrupciones (unidad de acto) pero vemos que --
era lícito dejar abierta la institución de heredero, refirién--
dose para ésto a otro documento posterior.

A todos los anteriores modos de testar vinieron a sustituir --- --
las reglas establecidas por el Emperador Justiniano.

En base a lo expuesto anteriormente, nos daremos cuenta que el--
origen del Testamento Romano, junto con toda la materia de suce--
siones, lo encontramos en la Ley Civil, puesto que por el Dere--
cho Natural la propiedad no pasa más allá de la vida del hombre--
pués al morir éste, las cosas que habían estado en su dominio,--
volvían a quedar reducidas a la clase de PRIMI OCUPANTII. Por ---
lo tanto deducimos que el origen del Testamento Romano lo encon--
tramos en la Ley Civil, tomando en consideración, por un lado,--
lo triste que sería privar a una familia de lo que su Jefe hubie--
se adquirido con su industria y trabajo, y por el otro lado, la--
necesidad para el buén orden social, de que aunque perezcan los--
individuos las personas nunca mueran, la cuál es una de las cau--
sas que ha dado origen a las personas jurídicas, por lo que se --
establecieron distintas disposiciones para la validéz de los tes--
tamentos.

D) Clases de testamentos en el Derecho Romano.

Para realizar el siguiente estudio es necesario que veamos la siguiente clasificación: TESTAMENTOS SOLEMNES Y LOS TESTAMENTOS MENOS SOLEMNES. Esta clasificación se hizo atendiendo a la solemnidad que debería revestir a la última voluntad de la persona que expira. Con el ánimo de preveer de la malicia humana, para evitar los disturbios que el deseo natural pudiera producir, al tratarse de la última voluntad de la persona que expira, entonces lo primero que se hizo para evitar los fraudes a que pudiera dar lugar ésta situación, fué revestir a la última voluntad de ciertas solemnidades. Pero éstas solemnidades van a variar según las circunstancias en que se hacía el testamento. En base a lo anterior, nos damos cuenta que hubo dos grupos de solemnidades: Internas y Externas.

Primeramente, estudiaremos a los testamentos SOLEMNES, y posteriormente, pasaremos a los testamentos MENOS SOLEMNES.

Testamentos Solemnes: Aquí vemos que el testamento podía ser de dos formas: La primer forma era el testamento Nuncupativo (abierto); y la segunda forma era el testamento Escrito (cerrado). El primero para que tuviera validéz, no era necesario que fuera escrito, y el segundo era necesario que fuera escrito para que tuviera validéz.

En relación a las solemnidades internas, en ambos testamentos se reducen en una sola, la cuál era la institución de heredero, y -

ésta era tan importante en el testamento que le llamaban su principio y fundamento.

Ahora bien, en relación a las solemnidades externas, son diferentes en ambos testamentos, por lo que es necesario estudiarlas en cada uno de los dos testamentos.

Las solemnidades externas de los testamentos Nuncupativos (abiertos), requerían lo que se llamaba unidad de contexto o de acto, o sea, que todas las solemnidades se celebraban en un mismo tiempo y que no se interrumpiera el acto de testar, pero no se faltaría a ésta solemnidad externa por una interrupción breve y de momento, pues se trataba de evitar una interrupción total, esto era para evitar los fraudes a que pudiera dar lugar esta clase de interrupciones totales, en el transcurso del tiempo podía variar el ánimo del testador.

Otra solemnidad externa en esta misma forma de testamento Nuncupativo (abierto), consistía en la presencia de siete testigos, ésta tenía su origen en las personas que concurrían a formalizar el testamento PER AES ET LIBRAM, o también podía tener su origen en el número de testigos que concurrían a formalizar el testamento PRETORIO. Bueno con esta solemnidad externa se requería que los testigos ya fuesen convocados con ese objeto, o sea, que no concudiesen de paso o casualmente, y sobre todo que ya estuviesen enterados del asunto que iban a tratar. Para evitar los fraudes se requería que los testigos debían oír y ver al testador, y la Ley prohibía a las siguientes personas para que fue-

fuesen testigos: La mujer; el impúbero, el siervo, el furioso, el demente, el mudo, el sordo; el pródigo declarado, el extranjero que ignorase la lengua del testador, el ciego y el condenado por pasquines o libelos infamantes. La razón de ésta prohibición absoluta tenfa como base, además de las de conveniencia y seguridad del testamento, otra histórica, que emanaba de la primitiva forma de hacerse los testamentos en los comicios, en dónde ninguno de los indicados tenían entrada. También tenían prohibición relativa los herederos y los que estaban en poder del testador o del heredero, ésta clase de prohibición se estableció con el objeto de evitar falsificaciones y los excesos a que el deseo de enriquecerse pudiera dar lugar.

Ahora en relación a las solemnidades externas de los testamentos escritos (Cerrados), vemos que son además de las mencionadas para los testamentos Nuncupativos (abiertos), las siguientes: En primer lugar vemos que el testador debería escribir el testamento, por lo que recibió el nombre de testamento OLOGRAFO. En el caso de que el testador no pudiera escribirlo, por lo menos debería firmarlo, y en caso de que no pudiese, ni supiere hacerlo, se necesitaría la presencia de un octavo testigo para que firmare a nombre del testador. También cuando el testador no escribiera el testamento debería hacerlo por él uno de los oficiales públicos que desempeñaban en Roma una función análoga a la de nuestros Notarios Públicos.

La última solemnidad externa que debería concurrir en los testamentos Escritos (cerrados), era la suscripción y sello de los

testigos al pie del testamento, o sea, que los testigos deberían firmar y poner el sello particular que cada uno usaba en sus anillos signatorios. Y únicamente en los testamentos celebrados en el campo podrían los testigos firmar los unos por los otros, por la falta de personas hábiles, ahora en lo que toca al anillo para signar podía servir el de uno para los otros.

La redacción de éste testamento podía hacerse en cualquier lengua y materia, con tal de que el papel no fuese delectitio (que no -- fuese aquel en que se borra lo que se escribe). Como tampoco debería de ser OPISTOGRAFO, que era el escrito por una sola de las caras y no deberían usarse abreviaturas. El testamento del ciego, por lo expuesto que estaba a los fraudes, se requería que fue se redactado en presencia de los testigos por el TABULLARIUS, y -- una vez redactado lo debería leer al testador, firmando y sellando, junto con los testigos.

Con lo anterior terminamos de exponer lo referente a los testamentos solemnes, a continuación veremos los testamentos menos solemnes o también llamados privilegiados.

Esta clase de testamentos (MENOS SOLEMNES O PRIVILEGIADOS), son -- aquellos en donde puede omitirse todas o algunas de las solemnidades que hemos venido estudiando, y vemos que son los siguientes:

Testamento Militar.-En Roma la principal actividad era la guerra y se deseaba que nunca las personas murieran sin haber ordenado -- su testamento, y para ésto, esta clase de testamentos estaban --

excentos de toda solemnidad, tanto internas como externas. Los militares podían instituir heredero, aún a aquellos excentos de testaméntifacción pasiva (carecían de capacidad para ser heredero); desheredar o preterir a los hijos, en relación a lo primero, lo podía hacer sin expresar justa causa y por lo tanto no se admitía contra ellos la querella inoficiosa; también vemos que el militar podía morir parte testado y la otra parte intestado, y tenían validéz si no eran contrarios entre sí; podían instituir herederos en codicilos; podían sustituir pupilarmente aún por si muere el hijo fuera de la edad pupilar; también sus herederos no tenían derecho a la cuarta falcidia, tampoco el póstumo rompe el testamento del padre militar. Cuando el militar hacía testamento escrito (cerrado), bastaba con que lo escribiera en la arena con su propia sangre. En esta clase de testamento había dos distinciones, considerando el peligro que corren los militares, pues vemos que las solemnidades varían en ambos casos. Pues en el primer caso, cuando el militar se encuentra en campo raso no necesitará testigos y bastaba con que lo escribiera en la arena con su propia sangre; y en el segundo caso, cuando el militar se encuentra dentro de una plaza sitiada necesitará dos testigos, pero vemos que los testigos no representan la solemnidad que en los anteriores testamentos, pues en este caso, únicamente se utilizan como vía de prueba. El testamento militar surtía efectos inmediatos, si el militar moría en acción, también surtía efectos cuando el militar tenía licencia, pero siempre y cuando hubiese sido honrosa, y el testamento tendría validéz únicamente hasta el año, contando a partir de la fecha en que se había otorgado la licencia, pues pasando el año tendría que volver a tes-

tar, pero del modo establecido para los testamentos solemnes.

Justiniano decía que los militares sordos y mudos podían testar y nos damos cuenta de que a lo que se refería el emperador, era a aquellos militares que regresaban de la guerra con alguno de éstos defectos, a causa de algún incidente que hubiesen tenido en la misma, puesto que las personas que tenían tales defectos no podían ser militares o ingresar al cuerpo militar.

El padre que testa entre sus hijos.-Este testamento tenía su fundamento en el cariño de los hijos y descendientes a los que les dieron el ser, por lo mismo no creemos en el fraude en este testamento. Aquí encontramos que no solo los padres testaban de esta manera, sino también los ascendientes. Y así, cuando el testador hacía el testamento escrito (cerrado), se dispensaban toda clase de solemnidades y únicamente se requería que lo escribiera y si no podía hacer ésto, por lo menos debería firmarlo, expresando la fecha en que lo hacía y las respectivas partes que dejaba a cada uno de sus hijos. Y cuando lo hacía de viva voz se requería la presencia de dos testigos, ésto solamente como vía de prueba. El privilegio que tenían los ascendientes para testar, únicamente era en lo que se refería a sus hijos, pues de ninguna manera podían testar a favor de personas extrañas, de manera que los legados y demás disposiciones que adoptasen fuera de lo que se refería a sus hijos, no tendrían validéz. Así como también en ésta clase de testamento los ascendientes no podrían desheredar, ni dar tutor a los descendientes.

Testamento hecho en tiempo de epidemia.-El privilegio que se otorgo a ésta clase de testamento, se derivó de las circunstancias -- que prevalecían en el tiempo en que se hacía este testamento. Y así vemos que de todas las solemnidades, únicamente prevalecía la unidad de acto, dispensándose todas las demás. El testamento tendría validéz cuando los testigos concurren en diferentes días.

Testamento hecho en el campo.-En esta clase de testamentos se requería la presencia de siete testigos, pero bastaban cinco testigos en caso de que no se encontrasen los demás. Y se permitía -- que si alguno no supiese o no pudiese escribir, podrían firmar -- unos testigos por otros. El privilegio en esta clase de testamentos se derivó de la dificultad de encontrar en el campo número suficiente de testigos hábiles. Este testamento no solo lo podían hacer los labradores, sino también aquellas personas que se encontraban fuera de la ciudad.

Hay otra clase de testamentos menos solemnes o privilegiados, en relación de lo que en ellos se dispone :

Testamento posterior imperfecto.-En este testamento se llama a suceder a los herederos abintestado preteridos en el primero. En este caso por el beneficio que resulta a los herederos preteridos, se dá validéz al testamento posterior, aunque solo haya tenido cinco testigos y no siete.

Testamento hecho por causas piadosas.-En este testamento se dispensaban toda clase de solemnidades para favorecer las causas piado--

sas, éste privilegio fué concedido por el Pontífice y no por las Leyes Romanas.

Y por último los testamentos autorizados por el Príncipe y los - testamentos públicos.- Por ésta clase de personas que pueden dar fe en los testamentos otorgados ante ellos, se dispensaban de to da solemnidad externa los presentados ante el Príncipe y los que se hacían en presencia del Juez, Recibían el nombre de testamentos públicos.

E).-Capacidad Jurídica para testar y ser heredero.

Las prohibiciones para testar las establecía el Derecho Romano, tomando en consideración que la capacidad y la incapacidad se entendería siempre respecto de la época en que se otorgaba el testamento, pero no desde el otorgamiento hasta la muerte. Como la facultad de testar era de Derecho Civil Romano, por tanto esta facultad sólo correspondía a los Ciudadanos Romanos.

A continuación veremos quienes carecían de testamentifacción activa:

El impúber, aunque sea SUI IURIS, no puede hacer testamento, porque todavía no tiene pleno juicio de su inteligencia. (9)

Los rehenes no pueden testar si no se les permite. (10).

EL FILIUS FAMILIAE, no puede hacer testamento, porque no tienen nada suyo sobre lo que pueda testar. Pero el divino Augusto Marco estableció que el FILIUS FAMILIAE MILITAR puede hacer testamento respecto al peculio que en el campamento adquirió. (11).

El latino juniano, y lo mismo aquél que está en el número de los DEDITICIOS, no pueden hacer testamento; el latino, ciertamente,-

(9).-Ulpiano, Regl., 20, 12.

(10).-D., 28, 1, qui testamenta facere possunt, 11 Ulpiano.

(11).-Ulpiano, Regl., 20, 10.

porque de modo expreso se lo prohíbe la Ley Junia; el que está en el número de los dediticios, porque, ni puede testar como ciudadano Romano, puesto que es peregrino, ni tampoco como peregrino, porque no es ciudadano de ninguna Civitas determinada para que teste según las Leyes de su Civitas. (12).

Se hayan también en la clase de los póstumos los que, sucediendo se en el lugar de un heres suus, se hacen por cuasi agnación heredades sui de sus ascendientes; como por ejemplo; si alguno tuviera bajo su potestad a un hijo y a un nieto o nieta habidos del hijo, como éste procede en grado, sólo el tiene los derechos del heres suus, aunque el nieto y también la nieta habidos de él se hallen bajo la misma patria potestad; pero si en vida de él muriere su hijo, o por cualquier causa saliese de su potestad, entra el nieto o la nieta a suceder en su lugar, y de este modo adquieren por cuasi agnación los derechos de heredades sui. De manera que, para que no se invalide de este modo su testamento (el del Pater), como el testador debe o instituir heredero a su hijo o desheredarlo nominalmente, para que legalmente haga su testamento, le es necesario también, o instituir heredero o desheredar al nieto o a la nieta habidos del hijo, no sea que, muerto el hijo en vida suya, invalide por cuasi agnación el nieto o la nieta el testamento, al suceder en el lugar de aquél. Y ésto fué resuelto por la Ley Junia Veleya, en la que se expone también á forma de la desheredación a semejanza de la de los Póstumos. (13).

(12).-Eod., 14.

(13).-I., 2, 13, de exheredatione liberorum, 2.

Por la Ley Cornelia se confirman los testamentos de los que murieron en poder de los enemigos, como si aquellos que los hicieron no hubieran caído en poder de los enemigos; y de la misma manera, le corresponde a cada cuál la herencia procedente de ellos. Por lo cuál, el esclavo instituido heredero por el que cayó en poder de los enemigos, será libre y heredero, quiéralo o no, aunque propiamente no se le llama heredero necesario; pues también el hijo del que falleció en poder de los enemigos se le obliga a la herencia contra su voluntad, aunque no pueda decirse que es heres suus, porque no estaba en la patria potestad del difunto. (cuando murió). (14).

I.-Los siervos, ya que éstos no eran considerados como personas en Roma, y si éstos tenían peculio, éste en los esclavos era profecticio, por lo que el dominio y el derecho de testar únicamente correspondía al señor.

II.-Los prisioneros de guerra, pues eran considerados como siervos, pero podía valer el testamento que hubiesen ordenado anteriormente, si es que recobraban la libertad.

III.-Los peregrinos, todos aquellos que no eran considerados ciudadanos Romanos, dentro de éstos encontramos a los deportados y aquellos a los que se les prohibía el agua y el fuego;

IV.-Los hijos de familia, aunque se los permitiese el padre de -

(14).-D.,28,1,qui testamenta facere possunt,12. (Juliano).

familia, pues la testamentifacción activa correspondía únicamente al padre de familia, y éste no podía alterar el Derecho ya establecido. Pero cuando el hijo de familia era reputado sui - iuris y padre de familia, entonces en este caso si tenía la testamentifacción activa, pero únicamente en lo que se refería al peculio castrense y no podía hacerlo en relación al peculio adventicio, que aunque tenía la propiedad de éste, no era considerado padre de familia;

V.-La mujer antiguamente no tenía la testamentifacción activa, - pues se les negaba la entrada a los comicios y posteriormente - se les concedió la facultad de testar;

VI.-Como el testamento era la expresión de la voluntad y no podían testar los que carecían de ésta facultad por alguna imposibilidad mental, encontramos aquí a los furiosos y a los mentecatos, excepto en un intervalo de lucidez; y a los prodigos, por-- que atendiendo a su prodigalidad se les iguala a los furiosos;

VII.-Los impúberos también carecían de testamentifacción activa;
y

VIII.-Los sordo mudos, pues estos no podían determinar claramente su voluntad, pero siempre y cuando éstos defectos concurren en una misma persona. Pues si éstos defectos van separados, o sea, si una persona es solamente sorda si podría hacer testamento valiéndose de la palabra; y si otra persona es solamente muda también podría testar valiéndose de la escritura; y

IX.-Los reos de lesa majestad, los condenados por libelos infamatorios y a muerte, los apóstatas y herejes, y por último los que contrajesen nupcias incestuosas, excepto en el caso de que instituyesen a los hijos legítimos del primer matrimonio, éstas prohibiciones son por razones de pena o de castigo.

Capacidad jurídica para ser heredero. Como a los hombres libres, así también a los esclavos, tanto nuestros como ajenos, les podemos instituir herederos. Más nuestro esclavo debe mandarse al mismo tiempo que sea libre y heredero; ésto es, de ésta manera: STICO, MI ESCLAVO, SEA Y HEREDERO; o bién: SEA HEREDERO Y LIBRE. Porque, si sin la concesión de libertad fuese instituido heredero, aún cuando después fuese manumitido por el dueño, no puede ser heredero, ya que no se puede constituir la institución en su persona; por lo que, aún cuando fuese enajenado, no puede aceptar la herencia por mandato del nuevo dueño. (15).

El siervo que solamente está en nuestra propiedad bonitaria (IN-BONIS), ni concediéndole la libertad le podemos instituir heredero, porque se hace latino, lo cuál no le sirve para asumir la herencia. (16)

Está permitido instituir herederos tanto a los hombres libres como a los esclavos, propios o ajenos. Los propios ciertamente, en otro tiempo, según opiniones de muchos, no de otra manera se permitía instituirles herederos con concesión de la libertad. Hoy-

(15).-Gayo, 2, 185 - 187.

(16).-Ulpiano, Regl., 22, 8.

día, con arreglo a nuestra constitución, está permitido instituirles aún sin la libertad. (17).

Solenos decir que el tiempo intermedio no perjudica, como por ejemplo, si un ciudadano Romano instituido heredero, hecho peregrino - viviendo el testador, volvió después a esclavo ajeno, instituido - bajo condición, fué entregado a un esclavo de la herencia, y después usucapido por un extraño; no se vició (por haber estado una - temporada sin ser ajeno) la institución. (18).

Los que son deportados, siendo como peregrinos, si se les instituye herederos, no pueden adquirir, y la herencia se encuentra en la situación en que se estaría si no hubiesen sido instituidos. (19).

Si al condenado a las minas se le hubiese dejado algo que no sea a título de alimentos, se tiene por no escrito, y ni le pertenece -- (lo dejado) al fisco; porque el condenado así es esclavo de la pena, no del César; y así lo decidió por rescripto el divino Pio. -- (20).

Con merecidísima severidad perseguimos a maniqueos, maniqueas y donatistas. Y así, ésta clase de hombres nada de común tenga con -- los demás, ni por las costumbres, ni por las leyes. Queremos también que éstos sean excluidos de toda liberalidad y sucesión por -- cualquier título que les venga. (21).

(17) I., 2, 14, de heredibus instituendis, pr.

(18) D., 28, 5, de heredibus instituendis, 6, 2. (Ulpiano).

(19) C., 6, 24, de heredibus instituendis, 1. (Tito Elio Antonino).

(20) D., 34, 8, de his. q. pro non script. habentur, 3 pr. (Marciano).

(21) C., 1, 5, de haereticis, 4 pr. y 2 (Arcadio, Honorio y Teodosio)

No puede ser instituída heredera una persona incierta; por ejemplo, así; cualquiera que venga, el primero a mis funerales, sea heredero, porque debe ser cierta la resolución del que testa. Ni los municipios ni los múnicipes pueden ser instituídos herederos porque son entidad incierta y ni pueden todos aceptar por cretio (cernere), ni pro herede gestio (por actos que impliquen la condición de heredero), para hacerse herederos; no obstante, se concedió por un senado consulto, que pudiesen ser instituídos herederos por sus libertos. Pero al cabo fué previsto por un senado consulto por medio de fideicomisos, la herencia puede ir a parar a los múnicipes. (22).

Vemos que en el Derecho Romano la Institución de heredero era la base y objeto del testamento, y para los Romanos era la solemnidad interna del testamento. Y así vemos que la institución de heredero " Es la designación de una persona que haya de suceder a otra en todos sus derechos y en todas sus obligaciones", por lo que ésta persona va a recibir el nombre de heredero. Esta cláusula testamentaria debería ir a la cabeza del testamento, --pués de lo contrario no sería válido el mismo, a la anterior regla había dos excepciones, pues solamente era permitido en caso de que se tratara de desheredación para promover los obstáculos que a la institución de un extraño presentasen los herederos legítimos; y en el otro caso, cuando se tratara de tutela, para beneficiar a los huérfanos. Las anteriores reglas fueron derogadas por el Emperador Justiniano.

(22) Ulpiano, Regl., 22, 4-5.

Ahora bién, en relación a la institución de heredero (cláusula -- testamentaria), debería ir con palabras solemnes y forzosamente - en latín, según las institutas de Gayo solo eran admisibles las - siguientes dos fórmulas: TITTIUS HERES o TITTIUM HEREDEM ESSE IUBEO el empleo del latín se suprimió en tiempos de Teodosio II (733), - y la de poner la institución de heredero a la cabeza del testamento se suavizó con el Derecho Clásico. Y posteriormente en el Derecho Romano Bizantino ya no importaban los términos empleados y - únicamente se requería que la institución de heredero fuese clara.

En el Derecho Romano la capacidad para ser heredero debería existir en las tres siguientes etapas: Formación del testamento, de - la muerte y de la adición de la herencia. También vemos que porregla general, para ser instituido heredero se necesitaba ser ciudadano Romano.

Había dos clases de personas que tenían prohibición para ser heredero, unos en forma absoluta y otros en forma relativa, las veremos a continuación:

Las personas que tenían prohibición absoluta eran las siguientes:

I.-Los peregrinos, por razón de pena y como consecuencia de ella- los hijos varones de los reos de Estado, éstos no podían ser herederos por nadie y en ningún caso, cosa que nos muestra que en Roma, aún había restos de la antigua barbarie, a éstos hijos varones se les privaba de los bienes paternos y maternos y solo -

mitigaba su injustificable rigor respecto de las hijas, que podían percibir la legítima de sus ascendientes maternos.

II.-También por razón de pena tenemos a los apóstatas, los herejes y las corporaciones ilícitas, se entendía por ilícitas aquellas -- corporaciones que no eran aprobadas por el Príncipe y que por tanto, éstos cuerpos no eran considerados como personas jurídicas.

III.-Las mujeres, mientras estuvo en vigor la Lex Voconia. En los testamentos de las personas inscriptas en la primera categoría del censo, incapacidad que debería desaparecer cuando decayó el censo.

Las personas que tenían prohibición relativa eran las siguientes:

I.-El príncipe, cuando se le instituya con la condición de que -- continuara un pleito que hubiese tenido el testador, la finalidad de ésta prohibición era para evitar que el contrario del testador tuviera un rival poderoso;

II.-El cónyuge que se casase con viuda o viudo que se le haya dejado más de lo que recibieron los hijos. El fin de ésta prohibición era beneficiar a los hijos, pues los Romanos veían mal las segundas nupcias y para evitar éste vicio prohibían que pudiesen heredarse entre sí los padres y los hijos incestuosos, aquí se trataba de proteger a los hijos legítimos y alentar al matrimonio y a la buena unión de las familias. También se prohibió que los hijos naturales fueran instituidos por sus padres, siempre que hubiera hijos y padres legítimos. De igual manera para atenuar los adulte

rios, también se prohibió que los adúlteros recibiesen nada uno de otro y lo que dejasen lo tomaba el fisco.

III.-Había una tercera clase de personas que tenían prohibición condicional. Encontramos en primer lugar a los esclavos, pués al momento de adquirir su libertad, ya podían ser herederos; en segundo lugar tenemos a los siervos; éstos únicamente podían ser herederos cuando fueran propios, de lo contrario no podían ser herederos, en esto radicaba la condición, desde luego se suponía que se les daba la libertad, porque de otro modo no podían suceder en el derecho a otra persona. Y si los siervos eran ajenos, no era precisa la libertad, puesto que eran considerados como cosas y como consecuencia no podían adquirir los bienes para sí, sino para sus señores, por lo que el señor amo era el heredero indirecto. Había un caso en que la institución de heredero hecha a un siervo propio no tenía lugar, hasta que declaraba un juicio anterior pendiente, y éste era aquél en que una dueña instituyese a su esclavo, respecto del cuál hubiese sospecha de adulterio cometido con ella, pués en este caso la institución no valdría hasta en la causa de adulterio se hubiera dictado sentencia.

También las personas inciertas tenían prohibición para ser instituidos herederos, y si la persona desconocida, después de la institución de heredero se hacía conocida, si tenía validéz dicha institución. Dentro de este grupo encontramos a las siguientes personas incapaces para ser instituidos:

a).-Los póstumos;

- b).-Personas no individualizadas de manera clara en el pensamiento del testador;
- c).-Las personas jurídicas; y
- d).-Los Dioses.

Todas éstas prohibiciones desaparecieron con el Emperador Justiniano.

Los póstumos eran aquellos que no habían nacido en el momento de otorgarse el testamento. Los Postumi sui por la situación que ocupaban en la familia, resultaban herederos sui del causante y si éste lo nombraba en su testamento entonces sería nulo y por otra parte no se sabía sobre su existencia futura, por lo que no se permitía que fueran instituidos herederos, según los estrictos conceptos del IUS CIVILE. Posteriormente en el Derecho Clásico se admitió la posibilidad de instituir herederos o desheredar a todos los Postumi Proprii, pero ésta reforma se hizo paulatinamente y a través del tiempo éstos Postumi sui fueron recibiendo varios nombres distintos, como los siguientes:

Postumi legitimi, los hijos del testador concebidos viviendo éste y nacidos después de su muerte.

POSTUMI AQUILIANI, llamados así porque la posibilidad de su institución se debió a AQUILIUS GALLUS. Nietos del testador nacidos después de muerto éste e hijos de un hijo pre-muerto.

VELLEIANI, de la LEX IUNIA VELLEA, nacidos después de la confección del testamento, pero antes de fallecer el testador.

QUASI VELLEIANI, los descendientes del segundo grado que se convierten en SUI, después de otorgado el testamento por fallecer el de SUIUS inmediato intermedio.

POSTUMI IULIANI, ésto se debió al jurista S. JULIANUS y son aquellos que se dan en dos circunstancias de las dos categorías precedentes, es decir, de los que nacieron y que se hicieron HEREDES SUI después de hecho el testamento.

Y por último tenemos a los POSTUMI ALIENI o EXTRANEI, que no eran HEREDES SUI, y por lo mismo no se les permitía instituirles, pero el pretor los favoreció con la BONORUM POSSESSIO, para posteriormente en el Derecho Justiniano ya fué válida su institución.

Ahora bien las personas inciertas son aquellas en las que el testador no tiene individualmente en su mente y que se determinan por un acontecimiento posterior, entonces aquí en este caso la institución no es válida, pero por el contrario si el testador elige a una persona dentro de un grupo de personas perfectamente conocidas por el testador, la institución tiene plena validez.

En relación a las personas jurídicas no podían ser instituidas herederas, pero posteriormente en el Derecho Justiniano desapareció esta prohibición.

En cuanto a las divinidades en un principio no podían ser instituidas, pero los Emperadores cristianos permitieron las instituciones de herederos a favor de las divinidades, por ejemplo: de Jesucristo, de mártires o arcángeles, determinando que las iglesias en tales casos recibieran la herencia.

Después de ver quienes carecían de testamentifacción pasiva, ahora vemos tres tipos especiales de aptitudes que en el Derecho Romano se requerían para ser instituido heredero, que son las siguientes:

a).-La necesaria.-Los Romanos consideraban a la designación de heredero muy importante en un testamento y por lo mismo, ésta aptitud TESTAMENTI FACTIO PASIVA, fué pasiva para distinguirla de la del otorgamiento del testamento, que era la TESTAMENTI FACTIO ACTIVA. Esta aptitud debería de tenerse desde la confección del testamento hasta la delación, no importaba que se perdiese con tal de que se recuperara antes de la delación.

b).-El ius capiendi.-Esta aptitud era requerida únicamente para la adquisición de la herencia y exclusivamente en el momento de la adquisición de la misma.

c).-La ausencia de indignitas.-Esto se refiere a la serie de comportamientos del heredero, por lo que se le prohíbe retener válidamente la herencia. Estos comportamientos nos señalan siempre conductas delictivas y aunque no perdía su condición de heredero,

se le privaba de los bienes de la herencia, que pasaba generalmente al fisco, decimos que conservaban su condición de heredero pero únicamente para que las demás disposiciones del testamento tuvieran validéz.

Bonfante agrupa a la figura de indignitas en:

I.-Faltas contra la persona del difunto, por ejemplo: un atentado a la persona cuando vivía o un ataque a la dignidad o al honor -- del mismo;

II.-Un comportamiento contrario a la voluntad del de CUIUS, como por ejemplo: la destrucción de su testamento, impugnación infundada del testamento, etc.;

III.-Conducta ilegal del heredero, tenemos como ejemplo: cuando es el cónyuge de un matrimonio prohibido, como el del Magistrado con una mujer de su provincia o del tutor con su pupila, etc.

Forma de institución de heredero.-La forma solemne de la institución es ésta: Ticio sea heredero; y también ésta se considera -- aprobada: Mando sea heredero Ticio; pero ésta no está admitida: - Quiero que sea heredero Ticio; y también éstas son desaprobadas -- por muchos: Instituyo heredero a Ticio; e igualmente: Hago heredero. (23).

Como quiera que es indigno que por causa de una vana observancia-

se invaliden los testamentos y las decisiones de los difuntos, se acordó, suprimiendo aquellos cuyo uso resulta fantástico, no sea necesaria la observancia de determinadas palabras para la institución de heredero, ya se haga con palabras imperativas y directas, ya indirectas.

Porque no interesa que se diga: "Hago heredero" o "Instituyo"; o quiero, o "Mando", o "Deseo", o "Sea", o "Será", sino que valga la institución con cualquiera frase, o expresada con cualquier forma de hablar con tal que por ella resultase evidente la intención de la voluntad y no sean necesarias nimiedades de palabras que profirió tal vez una lengua medio muerta y balbuciente.

También pues, al ordenar las últimas decisiones estará suprimida la necesidad del empleo de palabras solemnes, de suerte que tengan libre facultad, los que desean disponer de sus propios bienes para escribirlo en cualquier materia destinada a instrumento y para usar de cualquiera palabras. (24).

El heredero puede ser instituído tanto puramente como bajo condición; durante cierto tiempo o hasta cierto tiempo, no puede, como " un quinquenio después de que yo muera ", o " desde tales calendas o hasta tales calendas ser heredero ", el término agragado, se ordena que se tenga por no puesto y que sea lo mismo que si el heredero hubiese sido instituído puramente. (25).

(24) C., 6, 23, de testamentis, 15 (Constantino).

(25) I., 2, 14, de heredibus instituendis, 9.

F).-Características del Testamento en el Derecho Romano.

Para poder mencionar las características del testamento Romano, es necesario estudiarlas desde el origen del mismo. Y así vemos que la institución de heredero no debería faltar en un testamento, es decir, el nombramiento de uno o varios herederos debería ocupar -- la primera cláusula, pues de lo contrario no tendría validéz, ade más de que se tendría que hacer con palabras solemnes y en latín, éstas exigencias fueron abolidas en la complicación Justiniana y bastaba únicamente con que la designación del heredero fuese clara.

Luego también el testamento CALATIIS COMITIIS que se hacía dos veces al año y por lo mismo éste tenía bastante publicidad, por lo que se tuvo que buscar la discreción, pero éste elemento empezó a operar en los testamentos PRETORIOS.

Posteriormente en el testamento PER AES ET LIBRAM, que era considerado como una compra venta entre el testador y el heredero, y -- como consecuencia de lo anterior, era entonces un acto bilateral de voluntad de ambas partes y por lo tanto el testamento no se podía nulificar por la voluntad de una sólo de las partes, por lo -- que se tuvo que buscar un nuevo elemento y desaparece la compra -- venta y como consecuencia también desaparece el acto bilateral de voluntad, prevalece únicamente la declaración unilateral de voluntad y ésta siguió siendo un elemento primordial en los testamentos Romanos.

Otro elemento muy importante en los testamentos Romanos era el formalismo, pues era una consecuencia de la relación que existe entre el testamento y la muerte del testador, que trae consigo cierta solemnidad. También como se trata de la última voluntad del testador, ésta debe ser revestida de cierto formalismo y es aquí en dónde interviene la solemnidad en el acto de testar, ésta solemnidad va a variar según sea el testamento, pues como vimos anteriormente, hay testamentos solemnes y menos solemnes.

Los intérpretes modernos han reunido todos los elementos del testamento Romano y definen al mismo de la siguiente manera: "es un acto unilateral y personalísimo, solemne y revocable, en él que contiene necesariamente la institución de uno o varios herederos y pueden ordenarse además otras disposiciones para que todas tengan efecto después de la muerte del testador". Ahora estudiaremos uno por uno los elementos del testamento Romano:

Como el testamento Romano era considerado un negocio jurídico unilateral, se necesitaba la manifestación de voluntad de una persona, que era el testador.

También como el testamento Romano era un acto personalísimo, el testador no podía manifestar lo que era su voluntad por medio de un intermediario o de un representante, pues de lo contrario no tendría validéz el testamento.

Era una ceremonia solemne, porque para que tuviera validéz tenía que celebrarse conforme a las leyes previstas por los Romanos y -

como vimos anteriormente la solemnidad va a variar según sea la clase de testamento.

Y era revocable, porque mientras que el testador viviera podía variar su voluntad y hacer un nuevo testamento, y como consecuencia del nuevo testamento podía anular el anterior. Y así mismo cualquier cosa lícita que el testador deseara lo podía expresar en el testamento.

Pero la disposición más importante y que sin ella no podía haber testamento, es la institución de heredero, pues como vimos la institución de heredero era la base y objeto del testamento Romano.

G).-La revocación, nulidad e invalidéz de los testamentos en el Derecho Romano.

La revocación.-El testamento al contener la última voluntad del testador, resulta ser esencialmente revocable, pues en el caso de que el testador descubriera que el contenido de su testamento ya no correspondía a una ulterior voluntad suya. Por lo que podemos decir que la revocación implica un cambio en la voluntad del testador cuantas veces lo desee, es decir, el testador puede hacer tantos testamentos como él quiera, pero esto implica la invalidéz del testamento hecho con anterioridad y como consecuencia el nuevo testamento tendría plena validéz y así sucesivamente hasta la muerte del testador. También en caso de que el testador agregara una cláusula en la que manifestara que no modificaría ya su testamento, entonces dicha cláusula sería nula, se tendría por no puesta, pero esto no quiere decir que basta para invalidar su testamento una manifestación de voluntad contraria al mismo, hecha de cualquier forma ostensible, es decir, de cualquier forma en que manifiesta su voluntad.

La revocación fué regulada de manera distinta por el ius Civile, el Derecho Honorario y por el Derecho de Bajo Imperio.

El formalismo del ius Civile establecía:

Un testamento no puede ser revocado, si no se hace otro posterior.

Todo testamento posterior revoca por completo, el testamento he-

cho con anterioridad al posterior (recíprocamente).

También por muy leve que fuera la modificación que el testador quisiera hacer a su testamento, debería hacerlas en un nuevo testamento, con las formalidades y requisitos que se requería para ello y además con su respectiva institución de heredero, pues que daban nulas las disposiciones del anterior testamento. Y si el nuevo testamento se invalidase porque, como ejemplo, que el heredero instituido en el nuevo testamento se había hecho incapáz, en éste caso no tendría validéz el anterior testamento, como tampoco su institución de heredero y entonces nos encontraríamos frente a la figura de la SUCESSION ABINTESTATO la cuál sería abierta por la invalidéz del nuevo testamento.

El formalismo en el Derecho Pretorio:

Aquí la revocación se presentó menos formalista, pues si el testador destruía las tabulas del testamento o borrado la institución de heredero o roto los sellos, entonces en tales casos el pretor interpretaba la intención del testador y por lo tanto ya no había necesidad de hacer un nuevo testamento, y así de esta manera el testador otorgaba la BONORUM POSSESSIO a los herederos ABINTESTATO, en el caso de que no hubiera un testamento anterior o si este existía, el heredero instituido en él se le otorgaba la BONORUM POSSESSIO TABULAS. En las dos BONORUM POSSESSIONES mencionadas con anterioridad, fueron primero, SINE RE, cedían ante la petición de herencia formulada por el heredero instituido en el testamento averiado, el cuál seguía siendo heredero para el IUS CIVILE

aunque las averías del testamento hacían casi imposible probar su derecho. La BONORUM POSSESSIO en los herederos ABINTESTATO se hizo CUM RE, ya antes de que Gayo escribiera sus intenciones, de-
ésto surgió una AXCEPTIO DOLI la cuál rechazaba la demanda del heredero testamentario; luego la BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS del heredero instituido en el testamento anterior llegó a ser también CUM RE, aunque más difícil, pues comenzó por serlo cuando el HERES SCRIPTUS en el testamento precedente era también el que lo sería ABINTESTATO.

En el Derecho Justiniano aparecen dos formas de revocación que son las siguientes:

La revocación APUD ACTA, ésta podía hacerse pasados diez años de otorgado el testamento. Aquí encontramos a TEODOSIO Y HONORIO, que consideraban caducados los testamentos a los diez años de hechos los mismos. Esta revocación se hacía previa declaración ante la autoridad pública y tres testigos.

La revocación OPERADA, ésta se llevaba a cabo por medio de un testamento posterior imperfectum, pero con tal de que fuesen instituidos en él los herederos ABINTESTATO, ésta disposición se debió a TEODOSIO Y VALENTINO y además fué recogida por el CORPUS JURIS.

La nulidad.-En relación a la nulidad de los testamentos tenemos que son aquellos que no subsisten o carecen de fuerza desde un principio, y así vemos que los Romanos conocían dos clases de testamentos que no tenían fuerza desde su origen, que son los siguientes:

Testamentum nullum nullius momenti.-Este testamento se consideraba nulo desde un principio porque estaba viciado por defectos de la institución de heredero, por la preterición de los hijos o también podía ser por la incapacidad del testador. Estos son defectos internos.

Testamentum injustum o sea son jure factum.-Estos testamentos son aquellos que habían faltado a las solemnidades y a las formas establecidas por las leyes Romanas, por lo que vemos que estos testamentos están viciados por defectos externos, por lo que resultaban también nulos.

La invalidéz.-En relación a la invalidéz de los testamentos vemos que son aquellos que habían sido válidos, pero que después se invalidaban. Los Romanos dividían a los testamentos inválidos en:- Rotos, irritos, destruídos y rescisos.

Los testamentos rotos eran aquellos cuando se viciaba su derecho y seguía permaneciendo en el mismo estado del testador, ésta clase de testamentos se podía romper de tres maneras: Por la agnación, por la cuasi agnación y por otro testamento posterior perfacto.

Por la agnación se rompe en virtud del nacimiento de una hija o hijo póstumo (entendemos por póstumos los hijos que nacen después de hecho el testamento), y éstos no se hubieren instituído en el testamento, por lo que a éstos hijos póstumos se les consideraba-

herederos forzosos en el momento de nacer y en cuanto les era beneficioso se les tenía por nacidos y se les ponía en lugar de heredero, el cuál era la solemnidad interna del testamento, SINE — QUA NON, que era su base principal y por lo tanto quedaba roto. — Lo anterior no sólo sucedía en la agnación natural, sino también en la agnación civil, pues tenemos como ejemplo, cuando el testador arrogaba a otra persona, adoptaba a un descendiente o legitimaba al natural, por lo que eran considerados herederos forzosos que hacían inútil la institución de heredero en el testamento, por lo que resultaba también roto.

Por la cuasi agnación, el testamento también se rompía, pues en el caso de que el nieto, por la muerte de su padre o la emancipación de su padre, el nieto pasaba a ocupar el lugar de su padre en la familia y a ser por tanto heredero suyo.

También se rompía el testamento, por otro testamento posterior hecho legalmente. Ulpiano dice que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte, lo cuál sirve de base a esta disposición. — Otro caso es cuando el testador instituía en el último testamento a alguna persona en cosa incierta y además mandaba que el primer testamento también debería valer. Aquí se respetaba el principio de que ninguna persona debería de morir con dos testamentos y la persona nombrada heredero en la cosa cierta se le consideraría como fiduciario, el cuál debería restituir los demás bienes al heredero instituído en el primer testamento, pudiendo si la cosa cierta en que era instituído no alcanzaba a la cuarta parte, sacarla-

con arreglo al SENADO CONSULTO PEGASTANO.

Testamento irritito.-Es aquél en que permaneciendo el testamento en el mismo estado, se muda el del testador, como sucedía cuando éste sufría la capitis disminución máxima, media y mínima. Y según HENENECIO, haciéndose siervo por la capitis disminución máxima, el peregrino por la media y el hijo de familia por la mínima, y pues ni el siervo, ni el peregrino y ni el hijo de familia podían hacer testamentos y como consecuencia no se otorgaban, pero sin embargo los otorgados válidamente y que quedaban inútiles por la capitis disminución no perdían del todo su efecto, pues el heredero podía tener la posesión según las tablas, dada la posesión por el pretor, con tal de que el difunto tuviera los derechos de ciudadano Romano, siendo SUI JURIS, al tiempo de su muerte, de lo contrario el heredero instituido no podrá pedir la BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS.

Testamento destituido.-Es aquél en que ni varía el testamento ni varía el testador, pero en éste testamento no existe heredero, ya sea porque no quiera o porque no pueda aceptar la herencia a causa de su muerte o porque no cumplió la condición. Por lo tanto en éste caso el testamento quedaba inválido, pues faltaba la solemnidad interna del testamento, como lo es la institución de heredero.

Testamentos rescisos.-Son aquellos que quedaban inválidos en virtud de una decisión judicial, la cuál se originaba por la quere-

lla de inoficioso testamento, la cuál estudiaremos más adelante.

Citemos ahora algunos textos que se refieren a la invalidéz de --
los testamentos.

El testamento, o se dice que no está hecho con arreglo a Derecho, si faltaron las solemnidades jurídicas, o que no tiene valor alguno, si fué preterido un hijo sometido a la patria potestad, o que se invalida por otro testamento por el cuál podrá existir un heredero, o por agnación de un HERES SUUS, o que se hace ineficáz por no ser adida la herencia. (26).

De otra manera se invalidan también los testamentos, como cuando el que hubiese hecho el testamento fuese capitidisminuido. (27).

También por un testamento posterior jurídicamente perfecto se hace ineficáz el anterior. Y no interesa que exista o no exista algún heredero por éste testamento (anterior); pués solo se mira a esto: o si en algún caso hubiera podido serlo. Y por ello, si alguno (de los instituidos en el testamento posterior), o no hubiera querido ser heredero, o hubiere fallecido, bién en vida del -- testador o después de su muerte, antes de que adiese la herencia sido destituido en virtud de la condición bajo la cuál fué instituido heredero, en éstos casos el pater familias muere intestado, porque el primer testamento no vale, invalidado por el poste

(26) D., 28, 3, de iniusto rupto irrito facto testamento (PAPINIANO).

(27) I., 2, 17, quibus modis tes. infirmatur, 4.

rior, y el posterior no tiene igualmente ninguna fuerza, puesto -
que por él nadie ha llegado a ser heredero. (28).

Cuando hubiera sido cortada la cinta con que fueron atadas las ta-
blas del testamento, si realmente lo hubiera cortado otro contra-
la voluntad del testador, puede pedirse la BONORUM POSSESSIO; pe-
ro si lo hubiere hecho el mismo testador, no se consideran sella-
das, y, por tanto, no se puede pedir la bonorum POSSESSIO. (29).

Si el testador dijese solamente que no quería que subsistiese el-
anterior testamento, o bien usando otras palabras expuso voluntad
contraria y esto lo hubiese manifestado bien por testigos idó- --
neos, no menos de tres bien en actuaciones, o hubiera transcurri-
do un decenio, en tal caso sea ineficaz el testamento, tanto a --
causa de la voluntad contraria, como por el transcurso del tiem--
po.

Porque de ninguna manera toleramos que se invaliden de otro modo-
por el transcurso de un decenio los testamentos de los muertos, -
debiendo quedar completamente abolidas las anteriores constitucio-
nes que fueron promulgadas sobre la invalidación de los testamen-
tos. (30).

(28) Eod., 2

(29) D., 37, 11 de bonorum possessione, 1,10. (ULPIANO)

(30) C., 6, 23, de testamentis, 27, 3-2. (JUSTINIANO).

CAPITULO III

LA SUCESION TESTAMENTARIA

A).-Que se entiende por Sucesión Testamentaria en el Derecho Romano.

La palabra sucesión es un término muy amplio, tiene dos sentidos, en primer lugar para designar la transmisión de un patrimonio inter vivos o mortis causa; y en segundo lugar para indicar el patrimonio mismo que se transmite. Pero nuestro estudio lo centraremos al primer sentido, o sea, para designar la transmisión de un patrimonio mortis causa, ya que la transmisión de un patrimonio inter vivos no interesa a nuestro estudio. Esta transmisión del patrimonio mortis causa pertenece típicamente a las transmisiones de carácter universal, por tanto podemos definir a la Sucesión Universal mortis causa como el conjunto de bienes materiales, créditos y deudas que pasan en bloque de un titular a otro, con excepción de algunos derechos y deberes de carácter personalísimo, de éstas excepciones tenemos como ejemplo: las facultades derivadas del derecho de familia, algunos derechos reales como el usufructo, uso y la habitación; algunas acciones como ejemplo la acción de difamación, también derechos y deberes que se extinguen por confusión; y por último futuros derechos que podrán derivarse de previos contratos de mandato o de sociedad. Ahora bien, de la Sucesión Universal mortis causa se van a derivar dos clases de vías sucesorias, que son las siguientes: La sucesión Abintestato y la Sucesión Tes-

tamentaria. En la primera no existe testamento, sea la causa -- que fuere la inexistencia del mismo y como consecuencia de no haber testamento la ley señala la manera en que deberían de repar-- tirse los bienes del difunto; y en la segunda es cuando si hay -- testamento.

En el Derecho Antiguo encontramos el testamento CALATIIS COMITIIS y el IN PROCINCTUM. El primero se hacía ante el mismo pueblo en las reuniones o concilios, dos veces al año, el día 24 de marzo y el 24 de mayo. Las reuniones se hacían con éste objeto y en éstas el Magistrado presentaba el testamento al Pueblo para que lo aprobaran, como consecuencia de lo anterior éste testamento se -- consideró Ley Especial, por lo que gozó de bastante publicidad.

El segundo testamento, el IN PROCINCTUM, únicamente los practicaban los soldados antes de iniciar una batalla, los soldados podían tomar como testigos a sus propios compañeros de armas, ésta facilidad que se daba a los soldados era para evitar que partieran a una batalla sin antes haber ordenado su testamento.

Ambos testamentos, el CALATIIS COMITIIS y el IN PROCINCTUM, tenían el inconveniente de que no podían celebrarse en cualquier momento, pues el primero únicamente podía celebrarse dos veces al año, y el segundo únicamente podía celebrarse antes de iniciar una batalla. Por lo que los Romanos buscaron la forma de testar -- que se hiciera en cualquier momento, fué entonces cuando surgió -- el testamento PER AES ET LIBRAM o MANCIPIATORIO, se llamaba así --

porque se efectuaba como una especie de COMPRA VENTA. Este testamento se realizaba de la siguiente forma:

Se llamaban cinco testigos ciudadanos Romanos; el libripende o tenedor de la balanza; el antestado, que era el que advertía a los testigos que se acordasen de lo que iban a presenciar; el heredero, que representaba al comprador; y por último, el testador, que representaba al vendedor de la herencia. Una vez reunidas todas las anteriores personas, el heredero echaba una moneda a la balanza y decía que la herencia era suya, porque, agregaba que la había comprado con aquella moneda y peso, después el testador cedía el derecho de la herencia al heredero, posteriormente seguía en nombramiento que se hacía levantando las tablas selladas en alto, que contenían la última voluntad del testador, el cuál pronunciaba las siguientes palabras: "DOY,LEGO,TESTO, SEGUN QUE EN ESTA ESTATA, LO QUE EN ELLAS SE EXPRESA Y VOSOTROS CABALLEROS ROMANOS DAD-TESTIMONIO DE ELLO", luego el antestado decía a los testigos que se acordasen de todos los actos que acababan de presenciar.

"Existieron al principio dos clases de testamentos, pués se hacían en los comicios convocados, cuyos comicios, destinados a hacer testamentos, se celebraban dos veces al año, o en orden de batalla; ésto es, cuando por causa de guerra tomaban las armas; porque PROCINCIUS es el ejército listo y armado. Así pués, el uno se hacía en la paz y en la calma; el otro al salir para la batalla".

" Se agregó después una tercera clase de testamentos, el cuál se practica por el metal y la balanza. El que no había hecho testamento ni en los concios convocados, ni en órden de batalla, si le acuciaba el peligro de muerte pronta, daba por mancipatio a un amigo su hacienda, ésto es, su patrimonio, expresándole lo que quería que fuese a cada uno después de su muerte. Cuyo testamento se llamaba PER AES ET LIBRAM, porque se hacía por una mancipatio ".

" Pero aquellas dos clases de testamento cayeron en desuso, sólo realmente el que se hace por el metal y la balanza ha continuado en uso. Más ahora se ordena de manera distinta a como se solía hacer antiguamente. Porque antes el comprador del patrimonio hereditario, ésto es, el que recibía del testador el patrimonio por mancipatio, obtenía la situación de heredero, y por ello le mandaba el testador lo que a cada uno quería que se diese después de su muerte; ahora, en cambio, es instituído en el testamento otro heredero, el cuál se le deja también el encargo de los legados, y se agrega otro comprador del patrimonio hereditario, por fórmula, para imitación del antiguo derecho ".

"Cuyo acto se lleva a cabo así: El que hace el testamento; reunidos como para las demás mancipationes cinco testigos, ciudadanos Romanos púberes; y el portador de la balanza (Libripens), después de escritas las tablas del testamento, mancipa a alguien, por fórmula, su patrimonio, en cuyo acto el comprador del patrimonio usa éstas palabras: " Declaro que tu patrimonio y tu dinero están en tu mano y mi custodia, y para que tu puedas, según la Ley Públi---

ca, hacer testamento, sea aquello comprado por mí por ésta moneda", algunos añaden" y por ésta balanza de metal", después, con la moneda percute la balanza y la da al testador, como en lugar del precio; después el testador, teniendo las tablas del testamento, dice así: "así como ésto está escrito en éstas tablas y en esta cera, así doy, así lego y testo, por tanto, vosotros, — quirites, dadme testimonio"; y esto se llama nuncupatio; pues nuncupare es designar abiertamente; y ciertamente al testador se considera que designa y confirma con una expresión general lo que de un modo detallado escribió en las tablillas del testamento".

"Una de las ventajas de éste testamento era que podía efectuarse en cualquier momento y de entre sus desventajas, tenemos que era un acto irrevocable porque para anularse se necesitaba de la voluntad del heredero y del testador, puesto que era un acto bilateral. Otra desventaja era que este testamento gozaba de mucha publicidad, por lo que algunas veces algunos herederos legítimos salían perjudicados y éstos al verse perjudicados se vengaban — del testador".

" Poco a poco fué cambiando la práctica de éste testamento, pues se buscaban elementos primordiales, como la discreción y la idea de que el testamento es la manifestación unilateral de voluntad"

"Posteriormente el Emptor Familiae se convirtió en albacea y a éste eran entregadas las tablas, las cuáles recibía cerradas, éstas contenían los nombres de los herederos, los nombres de los —

legatarios y otras disposiciones sobre manumisiones, tutela o cu
ratela. El Emptor Familiae entonces figuraba como mandatario o-
depositario, de manera que si éste actuaba de mala fe, los here-
deros tenían acción real para recuperar los bienes que tenía en-
su poder el Emptor Familiae".

"Luego vino el testamento Pretorio y aquí es dónde desaparece el
testamento PER AES ET LIBRAM y únicamente subsiste la declara-
ción unilateral de voluntad. El Testamento Pretorio se inclina-
ba por la simplicidad de las formas, pues el pretor únicamente, re-
quería del sello signatorio de siete testigos en las tablas --
dónde había quedado consignada la última voluntad, pues desde la
época republicana el pretor se declaró dispuesto a otorgar la --
honorum possessio a las personas indicadas en el tabulae forma--
das por el testador y los siete testigos. Luego en la época de-
Antonino Pio, los herederos legítimos, según el IUS CIVILE, po-
dían reclamar sus derechos aludiendo que el testamento era invá-
lido, por faltar la mancipatio, y en ésta época se permitió al-
pretor rechazar tales reclamaciones de los herederos del IUS CI
VILE, por medio de la EXCEPTIO DOLI, concedida a los herederos-
indicados en el testamento Pretorio. (1).

Más dichas formas de testamento se referían al IUS CIVILE. Poste-
riormente fué introducida por el edicto del pretor otra forma -
de hacer testamento, pues por el IUS HONORARIUM no se requería-
ninguna mancipatio, sino que bastaban los sellos de los siete -
testigos, siendo así que para el IUS CIVILE los sellos de los -
testigos no eran necesarios. (2).

(1) Gallo., 2,101-104

(2) I., 2,10, de testamentis ordinariis.

Aún cuando para el IUS CIVILE no valga el testamento en caso de faltar la mancipatio del patrimonio hereditario o las solemnidades orales (nuncupatio), si el testamento está sellado con los sellos de no menos de siete testigos ciudadanos romanos, se concede la honorum possessio. (3).

Se considera que supera en la solemnidad a todos los testamentos el que, incluido en la mera fidelidad de la oficina imperial de súplicas, entre tantas nobles y honorables personas, obtiene además el conocimiento del Príncipe. Pues así como esta seguro el que en el protocolo de cualquier Juez o Magistrado municipal o al oído de inteligencia privada dió a conocer la última disposición de su voluntad, así tampoco se discutirá nunca respecto a la sucesión del que sucede mediante nosotros y con todo el derecho que a nuestras oficinas ha sido atribuido (4).

Después siguió otro testamento en la época de Teodosio II y Valentiniano III, y además fué muy popular, nos referimos al testamento TRIPARTITO, el cuál se componía de tres partes: el texto - la subscriptio de siete testigos; y los sellos de los siete testigos, sobre el testamento cerrado y plegado. Este testamento debería hacerse en un sólo acto, sin que hubiera interrupciones.

Más cuando paulatinamente, tanto por la costumbre de los hombres como por emiendas de las constituciones, comenzó en un acuerdo el IUS CIVILE y el PRAETORIUM, se estableció que los sellos a --

(3) Ulpiano, Regl., 28, 6

(4) C., 6, 23, de testamentis, 19, pr.-1 (Honorio y Teodosio).

los testamentos del edicto del pretor se impusieron también en un solo lapso de tiempo, lo que en cierto modo era exigido por el IUS CIVILE y con asistencia de siete testigos y con sus subscripciones, lo que fué introducido por las constituciones; para que aparezca que estas normas son de triple origen, puesto que los testigos y su presencia en un sólo tracto de tiempo para la celebración del testamento, proceden del IUS CIVILE, las subscripciones del testador y los testigos se añaden por la observancia de las sagradas constituciones, y los sellos y el número de testigos por el edicto del pretor. (5).

Se debe testar en una sola unidad de acto; y se da una sola unidad cuando no se entremezcla en el testamento ningún acto ajeno; porque si se hiciera algo referente al testamento; el testamento no se vicia. (6).

(5) I., 2, 10, de testamentis ordinandis, 3

(6) Eod., 21, 3. (Ulpiano).

B).-Adquisición de la herencia en el Derecho Romano.

Para estudiar ésta figura es necesario que veamos las clases de herederos, pues la adquisición de la herencia va a ser según sea la clase de heredero, ahora bien las clases de herederos son las siguientes: heredero necesario, herederos suyos y necesarios; y por último los herederos voluntarios.

Herederos necesarios.--Son aquellos que están obligados a adir la herencia y por lo tanto están obligados a ser herederos quieran o no. Esta obligatoriedad se derivaba de que las personas designadas herederos se encontraban bajo el dominio del testador, y es aquí en dónde encontramos a los siervos, pues por el hecho de estar bajo el dominio del testador, estaban obligados a aceptar herencia, pero esto no quería decir que se les diera la libertad. La razón por la que se instituí a estas personas como herederos necesarios era la de evitar que a un oprimido en deudas se le manchara su nombre después de su muerte. También para atenuar el rigor de la Ley que recaía sobre el siervo, se le concedió el BENEFICIUM SEPARATIONIS (beneficio de separación de bienes), para responder de las deudas de la sucesión únicamente con el activo hereditario, pero para adquirir éste beneficio necesitaba la respectiva autorización, pues los bienes que el siervo instituído adquiriese después de vendidos por los acreedores, los bienes del difunto, eran responsables a las deudas que no hubiese alcanzado a pagar el siervo, pero siempre y cuando éstos bienes que haya adquirido el siervo no provinieren de la herencia. (7).

(7) Inst., II, 19. 1.

Herederos suyos y necesarios.-Son aquellas personas que están sujetas a la potestad inmediata del pater familia y que se hacen sui iuris a su muerte. A estos herederos el testador estaba obligado a instituir o desheredar expresamente. Estos recibían el nombre de suyos, porque eran herederos forzosos y desde antes que muriera el testador, ya eran dueños futuros de los bienes del testador, de modo que la adquisición era considerada como una continuación del dominio de dichos bienes. En esta clase de herederos encontramos a los hijos constituidos a la muerte del testador, bajo su potestad. Y eran necesarios porque no podían repudiar la herencia, y ésta se transmitía imperativamente, de pleno derecho. Esta clase de heredero, como heredero necesario, estaba obligado también al pago de las deudas hereditarias más allá del activo de la sucesión, ello le motivaba serios perjuicios en el caso de una sucesión en que el activo fuese superado por el pasivo. Por lo que el pretor les otorgaba a los hijos el beneficio de abstenerse (IUS ABSTINENDI). (8)., o sea de privarse de la herencia sin que necesitaren autorización del Magistrado. Para ejercitar este beneficio de abstenerse bastaba tan solo con que no se mezclara con los bienes del difunto, y además este beneficio que tenían los hijos, quitaba las posibilidades para que los acreedores del difunto les reclamaran a éstos, lo cual no ocurría con los siervos, pues aunque hubiesen obtenido el beneficio de separación de bienes, tenían la obligación de responder a las reclamaciones que les hicieren los acreedores del difunto, en virtud del testamento y de la herencia, pero únicamente responderían hasta dónde alcance la herencia.

(8) Dig., XXIX, 2, 12.

En relación al beneficio de abstención vamos a distinguir dos ca-
sos, en el primero cuando el hijo es púbero y en el segundo cu-
ando el hijo es impúbero. Y así vemos que en el primer caso, cu-
ando el hijo es púbero y para que pudiera usar éste beneficio era -
necesario que no se hubiese mezclado con la herencia; y en el se-
gundo caso, cuando el hijo es impúbero, siempre le correspondía -
el beneficio de abstenerse, se haya mezclado o no con la heren- -
cia.

Herederos voluntarios.-Son aquellos que tienen opción de aceptar-
o repudiar la herencia. De manera que se consideraban herederos-
extraños a los mismos hijos en el momento en que ya estaban eman-
cipados, como también el esclavo instituido y manumitido después-
de hecho el testamento. El manifestarse heredero extraño acarrea
la aceptación de la herencia, la cual podía ser de dos formas:
De hecho y de palabra.

La aceptación de hecho era cuando el heredero extraño administra-
ba los bienes, cultivaba los campos, pagando deudas del difunto y
cualquier otra actividad semejante, pero era necesario que no hu-
biera protesta por parte del heredero, para que no se le tuviera-
como tal, pues de lo contrario sería considerado como gestor de -
negocios.

La aceptación de palabra era " un acto legítimo por el cuál el he-
redero instituido declaraba su voluntad de tomar la herencia, la
cual adquiría por el mismo modo ", aquí vemos que el elemento - -
principal era la voluntad, por lo que las personas que carecían -

de ella, requerían la intervención del padre, tutor o curador. En el Derecho antiguo los hijos de familia necesitaban el consentimiento del padre, puesto que la herencia era para éstos. En el Derecho nuevo cuando el padre se opusiera a que el hijo aceptara la herencia, el hijo la podía aceptar, pero siempre y cuando el padre no justificara la razón por la cual se oponía, entonces - aquí la herencia constituía un peculio adventicio extraordinario. La aceptación de la herencia tenía que hacerse en su totalidad y no se permitía que lo hiciese por partes, puesto que no se quería que el testador muriera parte testado y la otra parte intestado.

El heredero voluntario adquiere la herencia desde que se hace la adición respectiva, aún cuando la ley le dá efectos retroactivos - considerándola realizada desde la muerte del "de cuius".

La aceptación de la herencia transfería el dominio de la misma y para la posesión era necesario un acto corporal, o sea, el animus y el corpus. La aceptación por ser un acto legítimo no se podría hacer por medio de procurador, ni condicionalmente, ni desde - cierto o hasta cierto día, pues no admitía ninguna modificación. Como la aceptación de la herencia era un acto legítimo, transfería el dominio de la misma y entonces el heredero pasaba a ocupar el lugar del testador, por lo que el heredero debería cumplir con todas las obligaciones del difunto.

C).-Qué es la herencia en el Derecho Romano.

En el Derecho Romano antiguo, no fué la ley la que garantizó el comienzo del derecho de propiedad, fué la religión. El campo de cada familia romana se encontraba bajo las miradas de las divinidades domésticas que velaban por él. Cada campo debería de estar rodeado de una banda de tierra de varios pies de ancho, la cual debería de permanecer inculta y no debería de ser tocada por el arado, esto se hacía con el fin de separar el campo de una familia con los demás pertenecientes a las otras familias. Esta religión ordenaba aislar el domicilio y también la sepultura, prescribía también que el hogar estuviese fijo en el suelo y que la tumba no fuera destruída ni trasladada. Mediante el hogar inmutable y la sepultura permanente, la familia tomó posesión del suelo, la tierra quedó en cierto sentido imbuída y penetrada por la religión del hogar y de los antepasados.

El culto de una familia estaba íntimamente ligado a la propiedad de la misma familia, pues no se podía adquirir la propiedad sin el culto, ni el culto sin la propiedad, por lo que nos damos cuenta de que los bienes y el culto de cada familia eran inseparables, y que el cuidado de los sacrificios correspondía siempre a aquél a quien le tocaba la herencia.

De éste principio han emanado todas las reglas del derecho de sucesión entre los antiguos. La primera es que, siendo la religión doméstica hereditaria de varón a varón, la propiedad también lo es.- Como el hijo es continuador natural y obligado del culto, también-

hereda los bienes. Así encontramos la regulación sobre la herencia, regulación que se deriva de las creencias y de la religión del hombre. El hijo hereda con pleno derecho, "ipso jure heres existit", es también heredero necesario, no tiene que aceptar ni rechazar la herencia. La continuación de la propiedad, como la del culto, es para él tanto una obligación como un derecho. Quiéralo o no, la sucesión le incumbe, sea lo que sea, aún con sus cargas y deudas. El beneficio de inventario y el beneficio de abstención en un principio no se admitieron para el hijo, pero posteriormente se introdujeron.

Entre el padre y el hijo no existía ni donación ni legados, y ni mutación de propiedad. Había simplemente continuación, "morte parentis continuator dominium", ya en vida del padre, el hijo era copropietario del campo y de la casa. "Vivo quoque patre dominus existimatur".

Para tener una idea exacta de la herencia entre los antiguos, no hay representarse una fortuna como pasando de una mano a otra. La fortuna es inmóvil, como el hogar y la tumba a que está asociada. Es el hombre quien pasa. Es el hombre quien, a medida que la familia se prolonga en sus generaciones, llega a la hora marcada para proseguir el culto y tomar posesión del dominio.

La religión doméstica sólo podía propagarse por la generación. El padre dándole la vida al hijo, le daba al mismo tiempo su creencia, su culto, el derecho de alimentar el hogar, de ofrecer la co

nida fúnebre, y de pronunciar las fórmulas de oración. La generación establecía un lazo misterioso entre el hijo que nacía a la vida y todos los Dioses de la familia. Pero hay que observar una particularidad de que la religión doméstica sólo se propagaba de varón a varón, procedía ésto, sin duda, de la idea que los hombres se forjaban de la generación, y de la creencia de que el poder reproductor residía exclusivamente en el padre. Pues se pensaba que el padre poseía el principio misterioso del ser y que transmitía la chispa de la vida. Esto originó la regla de que el culto doméstico pasase siempre de varón a varón, y de que la mujer solo participase en él por mediación de su padre o de su esposo; la hija no era apta para continuar la religión paterna, pues al casarse renunciaba a la religión de su padre y adoptaba la religión de su marido. Si el padre dejase bienes a la hija, la propiedad se separaría del culto, y ésto era inadmisibile. La hija solo figuraría en el número de herederos naturales cuando se encontraba bajo la potestad del padre, en el momento de morir éste, pero bajo ciertas condiciones, pues jamás podría disponer de lo que le había heredado, podemos decir que únicamente gozaba del usufructo de los bienes, pues carecía del derecho de testar, como tampoco podía enajenar sin autorización de su hermano o de sus agnados.

D).-Beneficios a favor de los herederos.

Son los siguientes: Derecho de deliberar y beneficio de inventario.

Derecho de deliberar es el tiempo que concede la Ley al heredero, para que investigue todo lo que crea conveniente y determine ya conociendo la situación que existe, si le conviene aceptar o repudiar la herencia. Este beneficio se concedía tanto a los herederos extraños como a los herederos suyos.

En relación a la duración del tiempo para decidirse en aceptar o repudiar la herencia, según la legislación del Emperador Justiniano, había dos clases de términos: el concedido por el Magistrado, que era de nueve meses a partir del día de la concesión; y el concedido por el Príncipe, que era de un año. El término debería ser solicitado por el interesado. Y en el caso de que se pasara el término, se consideraba que se había aceptado o repudiado la herencia, cuando se consideraba renunciada la herencia era necesario que los que promovían la declaración de que si se aceptaba o no, fueran las personas llamadas a la sucesión en defecto del heredero, teniendo lugar el caso contrario, si éstos eran los legatarios o acreedores.

Justiniano estableció que si los herederos morían dentro del año en que tenían conocimiento de haber sido instituidos o antes de haberse cumplido el término para deliberar si aceptaban o repudiaban la herencia, sus sucesores podían aceptar la herencia en el tiempo

que restaba para que se cumpliera el término.

El beneficio de inventario consistía en la solemne escritura que se hacía de los bienes del difunto. Este beneficio consistía en que los que aceptaban la herencia únicamente estaban obligados a responder a las deudas del difunto hasta donde alcanzase los bienes hereditarios.

Para cualquier efecto a que pudiera dar lugar se debería hacer un inventario, bajo las reglas establecidas, o sea, de la manera siguiente:

El inventario debería de empezarse a los treinta días de que el heredero se enteró de su institución y debería terminarse a los sesenta días, pero a lo anterior había una excepción, es decir, que se podía prorrogar hasta por un año el inventario, cuando el heredero estaba ausente o cuando la herencia era muy cuantiosa, estas disposiciones favorecían a los intereses de los acreedores. El inventario debería de hacerse ante el TABULLARIUS y previamente se citarían a las personas interesadas o en caso de ausencia de éstas, ante tres testigos sin malos antecedentes; después el inventario debería de ser firmado por el TABULLARIUS y por el heredero, en caso de que el heredero no supiera, un segundo TABULLARIUS lo podía signar y firmar por él.

Los efectos que producía el beneficio de inventario eran que sólo quedaba obligado el heredero que bajo su beneficio aceptaba, a cubrir las deudas a los acreedores hereditarios, hasta donde alcanza

cen los bienes hereditarios.

El beneficio de inventario impedía que se confundieran los bienes hereditarios con los bienes propios del heredero, de manera que - si él testador, había dejado deudas, el heredero podía pagarlas - con lo que hubiese y en las especies que consistiera, en caso de - no haber dinero.

El heredero para efectuar los pagos únicamente se debería basar - en la época de presentación de los acreedores y no tomaría en - cuenta a los acreedores con derecho de preferencia o con derecho - preferente que se presentasen después de distribuida la herencia.

~~El inventario que se hiciera sin ninguna formalidad y sin obser-~~
var los requisitos establecidos para ello, no tendría ningún efec-
to legal, sería únicamente un simple apuntamiento.

Ahora bien, el derecho de deliberar y el beneficio de inventario, podían usarse alternativamente.

E).-Las acciones del heredero.

Aquí vemos que hay dos acciones del heredero en el Derecho Romano que son las siguientes: la querrela de inoficioso testamento y la acción ad supplementum.

Los Romanos daban el nombre de querrela de inoficioso testamento a la acción de la que eran titulares las personas injustamente desheredadas, para rescindir el testamento, por lo que ésta acción invalidaría al testamento.

Los Romanos siempre aficionados a fórmulas y a sutilezas la llamaron querrela y no acción, ya que la palabra acción la utilizaban entre los extraños; y la palabra querrela etimológicamente se deriva de CONQUERI, que aplicaban en el lugar de AGERE a las reclamaciones hechas entre los parientes, y el término de inoficioso, porque los beneficios se ejercían respecto de los extraños, más los oficios, entre aquellos a quienes los vínculos de sangre inducen a socorrerse.

El testamento inoficioso lo define Paulo de la siguiente manera:-

"Es aquél en que se falta a los deberes de afección que deben tener los que están íntimamente unidos por los vínculos de sangre".

El fundamento de la querrela de inoficioso testamento se encuentra en la suposición de que el testador privara de la herencia a sus descendientes por capricho, y que por lo tanto el testador no se encontraba en pleno uso de sus facultades intelectuales y para

poner remedio a ésta situación surgió esta figura jurídica.

Las personas que podían hacer uso de la querrela de inoficioso -- testamento son las siguientes: Son aquellas que eran desheredadas injustamente, entre las que se encontraban los ascendientes y her-- manos de padre y madre, cuando se les posponía una persona torpe.

La querrela de inoficioso testamento no podía ejercitarse, siem-- pre que hubiese el recurso ordinario de nulidad, como por ejem-- plo: si los hijos fuesen preteridos o injustamente desheredados,--pués ambos testamentos serían nulos IPSO JURE, y por lo tanto no--necesitarían rescindirse, puesto que la rescisión debe de recaer --sobre algo válido. Como tampoco se puede ejercitar la querrela --de inoficioso testamento cuando se les deja parte de la herencia, pero es necesario que sea como parte de la herencia y no como man-- das ni fideicomisos, pues es en tal caso que podrían ejercitar la acción ad supplementum, que tiene por objeto que se les completase lo que les faltase del resto de la herencia.

Ahora veremos las diferencias que existen entre la querrela de -- inoficioso testamento y la acción ad supplementum, en realidad a -- su duración, a su tramitación y a su renuncia. En relación a su--duración, la querrela de inoficioso testamento dura cinco años; y la acción ad supplementum dura generalmente treinta años; en lo -- que se refiere a su tramitación la acción ad supplementum pasa a -- los herederos aún cuando no se haya preparado, lo cuál no sucede-- en la querrela de inoficioso testamento; y en relación a la renun--

cia ; la querella de inoficioso testamento puede renunciarse tácitamente o por hechos; y la acción ad supplementum para su renuncia se requiere de una escritura para que la misma sea válida.

Atendiendo lo anterior vemos que no se puede ejercitar la quere--
lla de inoficioso testamento, cuando el desheredado haya aprobado
el testamento del difunto, expresa ó tácitamente, ya sea por me--
dio de otra persona o por él mismo. Sin embargo si se podría --
ejercitar, si la aprobación tácita la hiciera otra persona a nom-
bre del heredero por razón de su oficio, como si se tratara por -
ejemplo, de la aceptación de una manda hecha por el tutor en nom-
bre de su pupilo, lo cual no sería reconocimiento expreso ni táci-
to del testamento inoficioso.

Tampoco se podrá entablar la querella de inoficioso testamento --
cuando fallece el agraviado antes de deducirla, pues esta acción--
solo pasa a los herederos en el caso de que se hubiere entablado--
por el que sufrió la desheredación, sin que empiece a correr el -
término en ellos, pues los cinco años se cuentan desde la adición
de la herencia por el instituido en el testamento inoficioso.

Este recurso debe entablarse contra el heredero o contra el que -
ocupe su lugar y tanto al uno como al otro les corresponde probar
la justicia de la causa de la desheredación negada por el deshere
dado, puesto que siendo aquella una pena de culpa, no puede impo-
narse hasta que ésta haya sido probada.

La querrela de inoficioso testamento hacía que el testamento quedara rescindido totalmente y Justiniano en su novela 115, estableció que únicamente se anulase la institución de heredero y que — las demás disposiciones se realizaran.

CONCLUSIONES

I.-La palabra testamento tal y como la definen las Instituciones Justinianeas, toma su origen de TESTATIS MENTIS, lo cual quiere decir, "Testimonio de la voluntad", nuestra legislación recoge el significado de testamento tal y como es.

II.-Las definiciones de Ulpiano y Modestino y otros más en relación al testamento Romano, no fueron muy precisos, aunque tenían la idea, pero como dije anteriormente las expresaron en una forma bastante vaga. En cambio en nuestra legislación tenemos la definición del testamento, y nos damos cuenta que es la misma idea -- que la de los juristas Romanos, pero con más precisión en los elementos que caracterizan el testamento, además de que se utiliza -- la técnica jurídica que es muy importante y necesaria. Art. 1295-C.C. " Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, -- por el cuál una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

III.-La clasificación de los testamentos en cuanto a su forma en el Derecho Mexicano, es muy similar o semejante a la clasificación de los testamentos en el Derecho Romano, pues los Romanos tomaron como base para hacer tal clasificación la circunstancia en que se hacía el testamento y de acuerdo a esa circunstancia se definía o establecía que solemnidad debería revestir el testamento, y así de esta manera la clasificación de los testamentos en el Derecho Romano pasó a nuestra legislación claro está con las reformas y cambios que exige nuestra Sociedad y nuestra época. Arts. -

1499, 1500 y 1501 del Código Civil.

IV.-En relación a la prohibición para ser testigos, los Romanos-- tenían dos clasificaciones: en la primera contenía a las perso-- nas que tenían prohibición absoluta y en la segunda a las perso-- nas que tenían prohibición relativa. Nuestra legislación va a -- recoger ambas clasificaciones, fusionándolas en una sola y des-- cartando las prohibiciones que por razones de nuestra época y de nuestra Sociedad no son aplicables.

Art. 1502 C.C. " No pueden ser testigos del testamento ".

I.-Los amanuenses del Notario que lo autorice;

II.-Los menores de diez y seis años,

III.-Los que no estén en su sano juicio

IV.-Los ciegos, sordos o mudos;

V.-Los que no entiendan el idioma que habla el testador;

VI.-Los herederos o legatarios; sus descendientes, ascendientes,-- cónyuge o hermano. El concurso como testigo de una de las perso-- nas a que se refiere ésta fracción, sólo produce como efecto la nu-- lidad de la disposición que beneficie a ella o a sus mencionados -- parientes;

VII.-Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

V.-En el Derecho Romano los únicos que tenían testamentifacción activa eran los ciudadanos Romanos, y existía una relación de personas que carecían de esa facultad, como son los siguientes: Los siervos, peregrinos, prisioneros de guerra; hijos de familia, la mujer en un principio, pero posteriormente se le concedió esa facultad, los furiosos y mentecatos, también concedida en un intervalo de lucidéz; los impúberos, los sordomudos, siempre que ambos defectos concurren en una misma persona, y los reos de lesa majestad. Nuestra legislación tomó como base esa relación y descartó las que no son aplicables en nuestra época y a nuestra sociedad, y únicamente dejó consignadas las siguientes incapacidades: Los menores que no han cumplido diez y seis años de edad, ya sean hombres y los que habitual o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio. También es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidéz, siempre y cuando el tutor o la familia de éste, presente una solicitud al juez que corresponda, el cual nombrara dos médicos de preferencia especialistas en la materia, para que examine y dictaminen el estado mental del testador, y el juez deberá comprobar su estado de capacidad, se hará acta formal del reconocimiento. Arts. 1305, 1306, 1307, 1308 y 1309 de nuestro Código Civil.

VI.-En relación a la capacidad para heredar, pocos conceptos nos ha heredado el Derecho Romano, pues muchos de éstos se han descartado por razones de diferencia de épocas y porque ambas Socieda--

des son diferentes. En Roma había una regla general, que decía - que todos los ciudadanos Romanos tenían capacidad para heredar, y así vemos que en nuestra legislación contamos con una regla semejante a la de los Romanos " Todos los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales, de cualquiera edad que sean, tienen capacidad para heredar,....."

También en Roma, los póstumos en un principio carecían de la capacidad para heredar, pero posteriormente la adquirieron paulatinamente, y en relación a lo anterior en nuestra legislación encontramos lo siguiente: Art. 1314 C.C. " Son incapaces de adquirir - por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, lo que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337 ".; Art. 337 C.C. " Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de éstas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad ".

En Roma se podía perder la capacidad para heredar, cuando se presentaba la figura de indignitas, que eran una serie de comportamientos con conductas delictivas, inmorales e incorrectas para -- con el difunto. Bonfante agrupa la figura de indignitas en tres: a).-Faltas contra la persona del difunto; b) Un comportamiento -- contrario a la voluntad del de CUIUS; y c).-Conducta ilegal del -- heredero. Y así tenemos que en nuestra legislación también se --

puede perder la capacidad para heredar por diferentes motivos, como son los siguientes: Falta de personalidad, Delito, Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento; Falta de reciprocidad internacional; Utilidad Pública; y renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

VII.-En relación a las características del testamento Romano, los intérpretes modernos han definido al testamento Romano, mencionando los elementos característicos del mismo, y que dice así: Testamento es un acto unilateral y personalísimo, solemne y revocable, en el que contiene necesariamente las instituciones de uno o varios herederos y pueden ordenarse además otras disposiciones para que todas tengan efecto después de la muerte del testador. En nuestra legislación tenemos la definición de testamento, que cuenta con los elementos característicos del testamento, mismo que caracterizaban al testamento en el Derecho Romano, por lo que podemos decir, que, nuestros legisladores tomaron como base los elementos que caracterizaban el testamento Romano para la elaboración de nuestra definición del testamento, claro está que nuestros legisladores interpretaron estos elementos, pues en el Derecho Romano no hubo una definición precisa del testamento Romano. Art. 1295 C.C. " Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y de clara o cumple deberes para después de su muerte ".

VIII.-En Roma, La revocación representaba una figura jurídica muy

importante y necesaria en el Testamento Romano, pues implicaba un cambio en la voluntad del testador, por lo que el testamento al contener la última voluntad del testador, resultaba ser un acto esencialmente revocable: Como también en el caso de que el testador agregara una cláusula en la que manifestara que no modificaría ya su testamento, entonces dicha cláusula sería nula; como también por muy leve que fuera la modificación que el testador quisiera hacer a su testamento, debería hacerlas en un nuevo testamento, con las formalidades y requisitos que se requerían para ello y además con su respectiva institución de heredero, pues que daban nulas las disposiciones del anterior testamento. Todos estos conceptos de la revocación se sobrepusieron al transcurso del tiempo y quedaron consignadas en nuestra legislación, como lo demostramos en los siguientes artículos: El Art. 1295 C.C., considera a la revocación como un elemento esencial del testamento., Art. 1493 C.C. que establece la nulidad de la renuncia de revocar el testamento., art. 1494 C.C., que establece que la revocación del testamento anterior se produce mediante el posterior perfecto, reuniendo todas las características legales para su validéz; Art. 367 C.C., establece que la revocación no produce efectos acerca del reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, a lo anterior podemos agregar que el testamento solo es revocable en cuanto a sus efectos patrimoniales; Art. 1495 C.C. establece que la revocación produce sus efectos aunque el segundo caduque por incapacidad o renuncia del heredero o legatario nuevamente nombrado, Art. 1496 C.C., "El testamento anterior recobrará, no obstante, su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara ser su voluntad que el primero subsista".

En relación a la nulidad, son muy pocos conceptos que nos ha heredado el Derecho Romano. Púés la nulidad del testamento se presentaba cuando se viciaba la voluntad del testador y en nuestra legislación la nulidad también se relaciona con la voluntad viciada por diferentes motivos, como el error, dolo, violencia, lesión o incapacidad de cualquiera de los autores del acto.

IX.-En el Derecho Romano, la institución de heredero era mucho muy importante y necesaria, pues era el principio y fundamento del testamento Romano, por lo que resultaba ser la solemnidad interna del mismo. También carecía de validéz el testamento Romano cuando el heredero nombrado en el mismo era incapáz de heredar. En nuestra legislación no sucede lo mismo, pues el testamento otorgado legalmente es válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapáz de heredar, teniéndose que cumplir las demás disposiciones testamentarias que estuvieran hechas conforme a las leyes.

X.-En el Derecho Romano, la aceptación de la herencia correspondía a los herederos voluntarios, que eran aquellos que tenían opción de aceptar o repudir la herencia, y podían manifestar la aceptación de dos formas: De hecho y de palabra. La aceptación de hecho era cuando el heredero administraba los bienes, cultivaba los campos, pagaba las deudas y cualquier otra actividad semejante, pero era necesario que no hubiera protesta por parte del heredero, para que no se le tuviera como tal, púés de lo contrario sería considerado como gestor de negocios; la aceptación de pala-

XII.-En relación al otro beneficio del heredero, que ya habíamos dicho que era el beneficio de inventario, el cuál consistía en -- que los herederos que aceptaban la herencia únicamente estaban -- obligados a responder a las deudas del difunto hasta donde alcan-- zace los bienes hereditarios..El inventario debería empezar a los 30 días de que el heredero se enteró de su institución y debería-- terminarse a los 60 días, pero ésto tenía una excepción, pués se-- podía prorrogar hasta por un año el inventario, cuando el herede-- ro se encontraba ausente o cuando la herencia era muy cuantiosa,- éstas disposiciones favorecían a los acreedores. El inventario - se hacía ante el TUBULLARIUS, y previamente se citaría a las per-- sonas interesadas o en caso de ausencia de éstas, ante tres testi-- gos sin malos antecedentes. El inventario debería ir firmado por el TUBULLARIUS y por el heredero, en caso de que éste no supiera, un segundo TABULLARIUS lo podía asignar y firmar por él. El bene-- ficio de inventario impedía que se confundieran los bienes heredi-- tarios con los bienes propios del heredero. El heredero para --- efectuar los pagos se debería basar en la época de presentación - de los acreedores y no tomaría en cuenta el derecho de preferen-- cia. El inventario que se hacía sin ninguna formalidad, no ten-- dría ningún efecto legal, sería un simple apuntamiento. Ahora -- bién se podían usar alternativamente ambos beneficios. En nues-- tra legislación, encontramos también el beneficio de inventario,y también como en el Derecho Romano, nuestra legislación también -- protege a los herederos de los acreedores hereditarios. El bene-- ficio de inventario es el Derecho que otorga la ley a heredero -- que acepta la herencia, de que ésta no se confunda con su patrimo

nio propio, sino que continúa siendo un patrimonio diverso con acreedores y deudores especiales de tal manera que los acreedores hereditario no puedan exigir el pago de sus créditos, embargando los bienes propios del heredero. El Art. 1678 C.C. " La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se extiende y entiende aceptada bajo beneficio de inventario aunque no se exprese " .

XIII.-En Roma, los herederos tenían dos acciones, que eran las siguientes: La querella de inoficioso testamento y la acción ad supplementum. Los Romanos daban el nombre de querella de inoficioso testamento a la acción de la que eran titulares las personas injustamente desheredadas, para rescindir el testamento, por lo que esta acción invalidaría el testamento. El fundamento de la querella de inoficioso testamento se encuentra en la suposición de que el testador privara de la herencia a sus descendientes por capricho, y que por lo tanto el testador no se encontraba en pleno uso de sus facultades intelectuales y para poner remedio a esta situación surgió esta figura jurídica. Y no se podría ejercitar la querella de inoficioso testamento cuando hubiese antes el recurso ordinario de nulidad, puesto que la rescisión debe recaer sobre algo válido; y la acción ad Supplementum, ésta se ejercitaba únicamente cuando se dejaba parte de la herencia y entonces los herederos legítimos ejercitaban esta acción, para que se les completase lo que les faltase del resto de la herencia. En lo que se refiere a la querella de inoficioso testamento, hacía que quedara totalmente rescindido, pero Justiniano en su novela 115, esta

bleció que únicamente se anulara la institución de heredero y las demás disposiciones tendrían validéz.

La acción de suplemento, la otorgaba la ley a los herederos legítimos para obtener completa la porción hereditaria que les corresponde y que el testador no les dejó. Es diversa de la querrela de inoficioso testamento, porque ésta tiene por objeto nulificar sólo en parte el testamento, mientras que aquella únicamente atiende a completar la porción legítima.

En el Derecho Mexicano no existe ya esta acción porque ha sido suprimida la legítima y no sólo ha conservado la ley la obligación de dar alimentos a los herederos forzosos que los necesiten, en los términos de los artículos 1368 a 1376 del Código Civil. Sin embargo, subsiste para el hijo póstumo la acción susodicha, conforme lo dispone el Art. 1377 C.C. " No obstante lo dispuesto en el Art. 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiera testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa ".

BIBLIOGRAFIA

D. Dios, Juan de y D. Rada y Delgado, Fabio de 1a.
Elementos de Derecho Romano. Ed. Nacional. 1966.

Arias Ramos, J.. Derecho Romano II, Vol. II., Ed.
La Revista de Derecho Privado. España 13a. edición 1974.

Peña Guzmán, Luis Alberto y Rodolfo Arguello, Luis.
Derecho Romano, Vol. II. Argentina. Ed. Tea. 2a. edición.1966.

Desde la fundación de Roma I y II. Obras completas de Tito Livio,
Versión Española en notas de Agustín Millares. Carlo. México. - -
U.N.A.M., 1955.

Montanelli, Indro. Historia de los Griegos e Historia de Roma. --
Barcelona. Ed. Plaza y Janes. S.A.,1973.

Flores Margadant S.,Guillermo. Derecho Romano. 5a. edición. Ed. -
Esfinge. México. 1974.

Coulanges, Fustel de La Ciudad Antigua. México Ed. Porrúa. 1ra. -
edición 1971.

Engels. F.,El origen de la familia, la propiedad privada y el Es-
tado. Ed. Progreso. Moscú. U.R.S.S.

Araujo Valdivia, Luis.,Derecho de las cosas y Derecho de las Suce-
siones.,Ed. José M. Cajica Jr.S.A.2a.edición México. 1972.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Ed.Porrúa.
S.A. Trigésima séptima Ed. México. 1974.