

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

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

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

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

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

(1) D. 37. 11. 11. § 2.

(2) D. 28. 3. 1.

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

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

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

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

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

TITULUS XVIII.

DE INOFICIOSO TESTAMENTO.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

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

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

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

(1) Cod. 6. 23. 27.

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

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

si vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

que estuviese realmente loco, sino que su testamento, aunque hecho regularmente, es contrario á los deberes de la piedad entre parientes, porque si en él hubiese verdadera locura el testamento sería nulo.

Se llama testamento inoficioso el que es contrario á los deberes de piedad entre parientes (*in officium*); tal es la definicion que de él nos da Paulo en sus sentencias: «*Inofficiosum dicitur testamentum quod non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*» (1); es decir, aquel en que el testador ha desheredado ú omitido sin motivo legítimo á hijos ó parientes que la piedad y el afecto natural ordenaban llamar á su herencia. El uso introdujo el derecho de impugnar semejantes testamentos y de hacer que se declarase su nulidad. El origen de este derecho no se determina de una manera precisa, pero asciende á los tiempos de la república, hácia los siglos V ó VI de Roma; de él se hace mencion en una de las arengas de Ciceron contra Verres (2). Ante los centumviro se presentaba la accion contra el testamento inoficioso, lo mismo que todas las demas acciones en solicitud de herencia (3). Estos magistrados, si hallaban el testamento contrario á la piedad de familia (*inofficiosum*), declaraban su nulidad; la herencia testamentaria, con todas las disposiciones contenidas en el testamento, caia por tierra, y se daba lugar á la herencia *ab intestato* en beneficio de los que eran llamados por la ley (4).

Sine causa. Mas si el testador hubiese tenido justos motivos para desheredar ú omitir al que se quejaba, el testamento no sería inoficioso ni se declararía la nulidad. Los motivos no se hallan fijados legislativamente, y quedaban en cada causa á la apreciacion del juez: el testador no tenía ninguna obligacion de expresarlos en su testamento. Tal era todavía el derecho segun las Institutas. Una novela posterior de Justiniano determinó las justas causas de desheredacion ú omision, y exigió que se expresasen en el testamento (5).

(1) Paul. Sent. 3. 5. 1.

(2) CICERON *in Verr.* 1. 42.—*De oratore*, 1. 38. 57.

(3) Véase lo que se ha dicho de los centumviro, *Hist. del Der.*, p. 139.

(4) D. 5. 2. 6. § 1; 8. § 16. f. Ulp.

(5) Estas causas, respecto de los hijos, son catorce: 1.º, si el hijo ha injuriado á su padre gravemente; 2.º, si le ha dado de golpes; 3.º, si ha atentado contra sus dias; 4.º, si por su delacion le ha hecho experimentar algun perjuicio; 5.º, si vive en compañías de malhechores; 6.º, si ha querido impedir á su padre que haga testamento; 7.º, si lo ha abandonado en la locura; 8.º, si no lo ha res-

Exheredant. Esto se refiere al jefe de familia respecto de los hijos que se hallan bajo su potestad y á quienes ha desheredado; porque si los hubiese simplemente omitido, se invalidaría el testamento conforme á las reglas que hemos expuesto acerca de la desheredacion; y por consiguiente, no habria necesidad ni derecho para atacarlo como inoficioso.

Vel omittunt. Esto se refiere á la madre y á los ascendientes maternos ú otros, con relacion á los hijos y descendientes que no se hallan bajo su potestad, porque basta su silencio, segun el derecho rigoroso, para alejar de su herencia á los hijos.

I. Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater, turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores, cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.

1. La facultad de acusar al testamento de inoficioso no ha sido atribuida sólo á los hijos respecto de sus ascendientes, sino áun á éstos respecto de sus hijos y descendientes. En cuanto á los hermanos y hermanas, si la institucion ha sido hecha en favor de personas viles, deben, segun las constituciones, tener la preferencia; de donde se deduce que no pueden obrar contra todo heredero. Despues de los hermanos y hermanas ningun cognado puede tener accion ni ejercitarla con éxito.

Soror autem et frater: lo que se entendia exclusivamente, segun el derecho civil, de las hermanas y hermanos agnados, individuos de la misma familia; porque sólo ellos eran herederos legítimos unos de otros. Este principio se halla conocido tambien en la constitucion de Constantino tal como se halla en el Código Teodosiano (1); pero Justiniano admite á todos los hermanos por consanguinidad en el derecho de acusar de inoficioso el testamento; debiendo entenderse por hermanos por consanguinidad á los que proceden de un mismo padre, ya estuviesen todavía ó ya no estuviesen en la familia (*durante agnatio vel non*). Por consiguiente, al insertar en su Código la constitucion de Constantino, la hizo modificar en este sentido (2). Tal era el derecho de las institucio-

catado estando cautivo; 9.º, si el hijo es un hereje, que desprecia los cuatro concilios ecuménicos; 10, si ha acusado á su padre de un crimen capital, á excepcion del crimen de lesa-majestad; 11, si ha tenido comercio ilegítimo con su madrastra ó la concubina de su padre; 12, si contra la voluntad de su padre toma parte en compañías de comediantes; 13, si no quiere, haciéndose fideiussor, hacer que sea puesto en libertad su padre retenido por deudas; 14, si una hija menor, á quien el padre ha querido casar y dotar, se abandona á una prostitucion mercenaria. (Nov. 415, cap. 3.)

(1) Cod. Teodos. 2. 19. 1 y 2.

(2) Cod. 3. 28. 27.

nes, segun el cual sólo los hermanos uterinos quedaban excluidos de la queja de inoficiosidad (1).

Turpibus personis scriptis heredibus. Tales como los histriones, los gladiadores, las prostitutas y las personas con nota de infamia. Es preciso recurrir acerca de esta materia á lo que hemos dicho en nuestra *Generalizacion del Derecho romano*, sobre las vicitudes ó pérdida de la *existimatio*. Precisamente con ocasion de la queja de inoficiosidad concedida á los hermanos y hermanas, determina una constitucion de Constantino, inserta en el Código, los tres grados de infamia, torpeza y *levis nota* (2). En estos tres casos igualmente tienen los hermanos y hermanas la querella de inoficiosidad. En suma, su derecho era mucho más limitado que el de los descendientes y ascendientes, porque éstos podian reclamar, por causa de inoficiosidad, contra todas las personas instituidas en perjuicio suyo, miéntras que los hermanos y hermanas no podian hacerlo sino contra personas viles (3).

II. Tam autem naturales liberi, quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.

Secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati: es decir, segun la distincion establecida por la constitucion de Justiniano, entre los hijos adoptivos por extraños y los adoptados por un ascendiente ó los adrogados. Sabemos que los primeros no tenian más que un derecho de sucesion *ab intestato* sobre los bienes del

(1) Segun la novela 115, las justas causas de omision respecto de los ascendientes eran ocho: 1.º, si han acusado á sus descendientes de un crimen que mereciese la pena capital; 2.º, puesto asechanzas á su vida; 3.º, tenido comercio con la mujer ó concubina de sus hijos; 4.º, puesto obstáculo á que hiciesen testamento; 5.º, si no los han rescatado del poder del enemigo; 6.º, si en caso de demencia los han abandonado; 7.º, por causa de herejia; 8.º, si el padre ha querido envenenar á la madre, ó al contrario. (Nov. 115, cap. 4.)

(2) Cod. 8. 23. 27. const. Constant.

(3) Respecto de los hermanos y hermanas hay tres justas causas de omision: 1.º, por atentar á la vida; 2.º, por acusacion de un crimen, y 3.º, por un gran perjuicio en la fortuna. (Nov. 22, cap. 47.)

2. Por lo demas, los hijos, tanto naturales cuanto adoptivos, segun la division introducida por nuestra constitucion, no pueden intentar la accion de inoficiosidad sino á falta de otro medio de derecho para llegar á los bienes del difunto. Así no lo pueden, si por otro camino llegan á la herencia en todo ó en parte. Esta accion puede ejercitarse igualmente por los póstumos, cuando no tienen ningun otro derecho.

padre adoptante, sin poder quejarse si habian sido omitidos ó desheredados aun sin motivo.

Si nullo alio jure ad bona defuncti venire possunt. Así la accion por causa de inoficiosidad es un último recurso, que se admite únicamente á falta de otros. Si, por ejemplo, se trata de un hijo que contra el testamento paterno puede invocar la nulidad ó la posesion de los bienes *contra tabulas*, porque no ha sido desheredado, no será admitido á acusar á aquél como inoficioso, porque tiene otro medio de llegar á la herencia. Lo mismo sucedia ántes de Justiniano respecto de las hijas, nietos ó biznietos que, en caso de omision, tenian derecho para hacerse admitir con los instituidos por una parte.—Lo mismo sucedia, en fin, segun el ejemplo citado por Ulpiano, al adrogado impúbero desheredado injustamente, porque tenía en este caso derecho para reclamar la cuarta Antonina (1).

Postumi quoque. Bien entendido, cuando su nacimiento no debía romper el testamento, por ejemplo, cuando el padre los habia desheredado, cuando se trataba del testamento de la madre ó de un ascendiente materno. Tenian expedita la accion por causa de inoficiosidad, y el éxito de ella no era dudoso, porque era evidente que siendo póstumo no habian dado al testador ningun justo motivo para omitirlos ó desheredarlos.

III. Sed hæc ita accipienda sunt si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est: quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Si vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, in quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum boni viri arbitratu debere eam compleri.

3. Pero todo esto sólo es aplicable al caso en que el testador no les haya dejado nada en su testamento, como lo ha introducido nuestra constitucion por respeto á los derechos de la naturaleza. Si, pues, una parte cualquiera ó un objeto de la herencia les ha sido dado, dejando dormir la queja de inoficiosidad, tendrán sólo derecho para hacer completar lo que les falte hasta llegar al cuarto de su parte de herencia legitima, y esto aun cuando el testador no hubiese añadido la orden de completarles dicho cuarto al arbitrio de un hombre bueno.

La accion por causa de inoficiosidad del testamento da origen á una nueva teoría, la de la porcion legitima debida á los hijos, as-

(1) D. 5. 2. 8. § 15.