

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***HERENCIA TESTAMENTARIA EN EL DERECHO - ROMANO Y REFERENCIA AL
CÓDIGO. CIVIL FRANCÉS(*) (571)***

L. CARLOS ROSENFELD

SUMARIO

I. Introducción. - II. Caracteres del testamento. - III. Capacidad del testador. IV. Capacidad del heredero. V. Formas de los testamentos en el derecho antejustinianeo. - VI, "Testamentum in procinctu". - VII. La "mancipatio familiae".. - VIII. Formas de testamento en el derecho nuevo. - IX. Formas y requisitos de la institución del heredero. - X. Varias especies de instituciones. - XI. La institución de heredero en un objeto determinado ("heres ex re certa"). - XII. Modalidades de la institución del heredero. - XIII. La condición resolutoria. - XIV. Condiciones imposibles o ilícitas. - XV. La caución muciana. - XVI. El término y la institución de heredero. - XVII. El modo. - XVIII. Sustitución. - XIX. Invalidez de los testamentos.

I. INTRODUCCIÓN

El testamento era el negocio más importante en la vida social y Jurídica de Roma.

En sentido general, la expresión testamento significa acto de última voluntad, y proviene de la locución latina "testatio mentis", Ulpiano lo define así: - "testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat" (testamento es la manifestación legítima de nuestro pensamiento, hecha solemnemente, para que valga después de nuestra muerte); para Modestino, su discípulo: "testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit" (el testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte).

De estas definiciones podemos extraer que el testamento "es un acto legal de última voluntad, hecho en términos solemnes para producir efectos después del fallecimiento de su otorgante".

La indeterminada amplitud de estas definiciones no es un defecto sino que es defecto de ellas al no observar que entre las muchas disposiciones que el testamento puede contener, una es propiamente esencial para el Derecho Romano y es útil para distinguir el testamento de otro acto, el codicilo, que en el período clásico ha despuntado junto al testamento, dicha disposición esencial es la designación o institución de heredero ("Vis et potestas testamenti ab heredis institutioni incipit" - Modestino).

El testamento puede contener donaciones patrimoniales, en favor de distintas personas (legados) o meras disposiciones personales como el nombramiento de tutor, la manumisión de esclavos ("per testamenti"), pero necesariamente debe contener la institución del heredero; o sea que el testamento es el acto formal y la institución del heredero el acto sustancial, es decir que el testamento romano, según Bonfante, en aquel acto solemne de última voluntad con el cual se nombra al heredero y se puede, además, disponer de otro modo del propio patrimonio por legado, nombrar tutores, manumitir siervos, etc.

En cuanto al acto esencial que guarda el testamento, coinciden con Bonfante:

Namur: "es un acto solemne y revocable por el cual se instituye uno o varios herederos" (es un acto solemne porque estaba sujeto a ciertas formalidades que de no cumplirse lo declaraban nulo, y revocable porque el testador lo podía modificar o dejarlo sin efecto cuantas veces lo deseara) .

Girard: "acto de última voluntad que contiene la institución solemne de un heredero".

A pesar de esto, la institución del heredero, fin esencial del testamento en el Derecho Romano, era quizás también en su origen el contenido único del acto, ya que la facultad de otorgar en el testamento asignaciones patrimoniales o nombrar tutores fuera del heredero, parece que por primera vez fue sancionada por la Ley de las XII Tablas, y las otras disposiciones obtuvieron valor después; y es a fines de la República cuando las partes accesorias tienden a sofocar el contenido principal y esencial en su origen: la designación del heres.

Conviene tener presente que el testamento era en la conciencia romana, de uso constante y casi necesario.

La herencia testamentaria prevalece siempre sobre la legítima que se

REVISTA DEL NOTARIADO

Colegio de Escribanos de la Capital Federal

llama precisamente ab intestato.

El heredero típico no es, como en nuestra época, el heredero legítimo sino el heredero instituido en el testamento, y el favor testamentorum es uno de los motivos característicos de la ley, de la costumbre y de la jurisprudencia romana. Cuanto más se retrocede en los siglos, más resalta esta preponderancia.

El testamento se relaciona con el sistema de designación del sucesor en el poder soberano propio del Estado romano.

Ni la elección ni el nacimiento constituyeron nunca en el derecho público romano un título exclusivo para el nombramiento de reyes, magistrados, emperadores, sino que el título único o título concurrente con la elección fue siempre la designación hecha por el antecesor o colega.

El padre designaba al hijo o a uno de sus hijos para sucederle; esto bastaría para demostrar la inexactitud de la doctrina sostenida por Schulin, Sohur, de que se hace derivar el testamento de la arrogación de un extraño dentro de la familia; también es equívoca la antítesis entre testamento y sucesión legítima en la edad primitiva, que perturba las ideas de preeminencia: el sucesor designado por el "pater familias" no es un extraño, sino el hijo más idóneo para sostener la familia por sus cualidades, como el primogénito es el más adaptado por la edad.

La designación pública y la testamentaria están representada en su espíritu por el lema de Alejandro el Grande en el momento de su muerte: "al más digno entre vosotros".

Otras teorías sobre el concepto de herencia

Puchta: sostiene que la herencia es la mera representación de la personalidad del difunto por el heredero, que es su continuador. (Doctrina que ha sido duramente criticada por Windscheid, Ihering y Bonfante).

Windscheid: significa que no es posible aceptar que el difunto le transmita al heredero la personalidad jurídico - patrimonial, Ihering: dice que hace perdurar la personalidad del causante en el próximo y en los sucesivos herederos hasta el fin del mundo, con lo que la transmigración anímica expuesta por los pitagóricos o, si se prefiere, la inmortalidad personal podría llegar a realizarse. Fadda califica a esta teoría de antijurídica.

¿Qué herencia conocieron primero los romanos?

Bonfante, basándose en el texto de las XII Tablas, sostiene que el primer criterio imperante fue la herencia testamentaria. Pues según esta ley, sucede primero el sui heredes, en su defecto el agnado más próximo, y por último los gentiles, o sea que solo con ausencia del testamento se llamaba a la herencia a los parientes civiles, es decir que la primitiva herencia era la testada.

Bonfante acude al derecho comparado y al derecho público para defender su tesis de que el primitivo heredero fue designado por el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"pater", o sea que el sucesor puede designarse recurriendo a dos sistemas: a la primogenitura o a la designación por el "pater familias"; pero cree que el criterio dominante es la designación.

Scialoja concuerda con Bonfante en el fundamento originario de la hereditas; sin embargo sostiene que la primera herencia fue la "ab intestato".

Toma como base el texto de la Ley Decemviral. La obligación que se le imponía al "pater familias" de desheredar al suiheres se estima ser una razón fundamental porque éste era heredero por derecho propio con independencia del testamento.

Camus sostiene que el primitivo testamento fue el legítimo, pues es necesario una madurez jurídica para concebir el testamento.

II. CARACTERES DEL TESTAMENTO

1º) Es un acto civil cuyo uso está reservado a los ciudadanos, o a quienes poseen el "ius commercii mortis causa".

2º) Es un acto unilateral, pues su perfeccionamiento depende de la manifestación de voluntad de una sola persona: el testador.

3º) Es un acto unipersonalismo que debe contener la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede otorgarla por medio de un representante o mandatario.

4º) Es un acto solemne, pues está sujeto a la observancia de formas determinadas; cuya omisión causa su nulidad.

5º) Es un acto esencialmente revocable, pues como no puede producir efectos sino después de la muerte del testador puede modificarlo o dejarlo sin efectos cuantas veces lo desee.

6º) Es un acto que exige como requisito esencial para su validez la institución de un heredero; faltando ésta o siendo nula, lo serán también las demás disposiciones del testamento.

Pero fuera de la institución del heredero, la validez del testamento exige la concurrencia de otros requisitos, que en definitiva pueden reducirse a la capacidad del testador y del heredero y a las formas prescriptas.

III. CAPACIDAD DEL TESTADOR

La validez del testamento supone la capacidad activa (testamenti factio activa: capacidad de testar), es decir, la aptitud del testador. para otorgarlo, que puede ser capacidad de hecho y de derecho.

CAPACIDAD DE DERECHO

a) Supone estar en posesión de los tres estados constitutivos del "caput", es decir el status libertatis, el status civitatis y el status familiae;

1) la libertad: los esclavos no podían testar, pero en el Derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

clásico los servi publici o esclavos del pueblo romano estaban autorizados a disponer por testamento de la mitad de su peculio, y en el Derecho justiniano, los cubicularii o esclavos eunucos de la corte.

Los que han caído prisioneros del enemigo se encuentran en la misma situación que los esclavos para los romanos, pues no pueden testar válidamente.

Ahora bien, si logran escapar y volver a Roma se considera en virtud de la ficción ius postliminium, que nunca han estado prisioneros y en consecuencia, pueden testar.

- Respecto de los que mueren en el cautiverio, el testamento otorgado con anterioridad al máximo es válido, puesto que se les aplica el beneficio de la ley Cornelia, en virtud de la cual se supone que han muerto en el momento de ser capturados, y en consecuencia libres.

2) la ciudadanía: no pueden testar por carecer de este requisito, los peregrini, los dedititii y los latini iuniani, a no ser que a estos últimos se les hubiere concedido el "ius commercii".

Sin embargo, según Ulpiano, se respeta el testamento otorgado por los extranjeros siempre que estuviera de acuerdo con las leyes de su patria o sea que no es una incapacidad absoluta sino de un simple reenvío a la ley nacional del peregrino.

3) la independencia familiar: o sea el carácter de "sui iuris"; no pueden testar los "alieni iuris".

Así los "filii familias" no pudieron testar originariamente porque no tenían patrimonio propio, pero en la época de Augusto, Trajano, Adriano, pudieron disponer por testamento de su peculio castrense, y bajo Justiniano también del que si - castrense, o sea de los bienes adquiridos en virtud del desempeño de funciones públicas, pero nunca de los peculios adventicios.

b) Hay personas que a pesar de tener capacidad de derecho pueden tener incapacidad de hecho, como ser:

1) los impúberes, porque carecen del discernimiento necesario para realizar un acto de tanta importancia.

2) los dementes, salvo que lo hagan en un intervalo lúcido.

3) los pródigos interdictos; Justiniano en sus Institutas dice: "Tampoco puede hacer testamento el pródigo, a quien está prohibida la administración de sus bienes, mas es válido el que hubiere hecho antes de que se le hubiera puesto entredicho en sus bienes".

4) los sordomudos de nacimiento y aquéllos que no saben escribir. Al principio los sordos y los mudos estuvieron afectados por una incapacidad absoluta para testar, en razón de las palabras solemnes que era necesario pronunciar o escuchar en el momento de la confección del testamento per acs et libram. Con Justiniano se permite a los sordos testar en forma ordinaria, subsistiendo la incapacidad sólo respecto de los mudos que no supieran escribir.

c) Al lado de los incapaces están los intestables, es decir las personas a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quienes la ley ha impuesto como pena la incapacidad de testar; entre otros son: los condenados a sentencia de muerte irrevocable, los apóstatas, algunos herejes; y los condenados por libelo difamatorio (ob carmen famosum).

El testador debe tener capacidad de derecho al momento de otorgar el testamento y conservarlas salvo, por ejemplo, el que cae prisionero; que se lo beneficia considerándoselo muerto al momento de caer en prisión y el testamento otorgado anteriormente es válido; pero en lo que se refiere a la capacidad de hecho puede tenerla en el momento de redactar el testamento y después perderla y la única consecuencia sería que después no podría revocar el testamento.

IV. CAPACIDAD DEL HEREDERO

Es la testamenti factio passiva.

CARACTERÍSTICAS

1) la libertad: aunque es posible instituir heredero a un esclavo, en el testamento debe incluirse la manumisión simultáneamente; esto es para el caso de esclavo propio.

La institución del esclavo ajeno es también válida, aunque la sucesión en tal caso es adquirida por el amo.

2) la ciudadanía: por carecer de ella no pueden ser instituidos los peregrini o los dedititii; lo mismo que aquellos que por condena han sido privados del derecho de ciudad.

3) la independencia familiar: es decir, deben ser sui iuris, pues con los "alieni iuris" ocurre lo mismo que con los esclavos, pues éstos constituyen para la persona bajo cuya potestad se encuentran, un instrumento de adquisición, en consecuencia pueden ser herederos, pero la herencia será adquirida por quien ejerza la potestad sobre ellos.

También son incapaces las personas inciertas; según Huvelin el testador obra como legislador, debe expresar su voluntad de manera imperativa; ahora bien, según Ulpiano una orden no puede dirigirse más que a una persona determinada, o sea que no se puede reconocer la "testamenti factio passiva" a las personas inciertas.

Nos queda por aclarar que persona cierta es aquella a la cual el testador puede llamar por su nombre, es decir, la que tenía nomen; después sufre una evolución, y son personas ciertas, aquellas de las cuales el testador puede formarse una idea clara y precisa; y a la inversa, persona incierta era aquella de la cual el testador no podía formarse idea clara y precisa.

Las personas inciertas eran:

1) las personas morales o jurídicas: como ser templos, ciudades,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asociaciones. Sin embargo hay una evolución, y se admitió que fueran instituidas por sus libertos; después, en el Derecho cristiano desde Constantino hasta Justiniano, se permitió la institución directa del Estado, las ciudades, la Iglesia y las fundaciones piadosas. Justiniano le reconoció capacidad para ser instituidas herederas, a todas las corporaciones.

2) las personas cuya determinación ha sido librada al azar: como ser, según Cayo: "Al primero que concurra a mis funerales déle diez mil, mi heredero"; "A los que fuesen designados cónsules después de hecho mi testamento"; estos casos son de incertidumbre absoluta, pero hay casos en que la incertidumbre no será absoluta, y se consideraba válida a la institución, como ser, "A aquel de mis parientes actuales que concurra el primero a mis funerales, le dará diez mil mi heredero", pues desde los mismos términos del testamento se desprende que el heredero será uno de los parientes.

Todo esto desaparece con el advenimiento de Justiniano.

3) los póstumos: las personas que nacieren después de la confección del testamento.

Pero por obra de la jurisprudencia y de la misma legislación se llegó a admitir la institución del heredero a favor de estas personas, para salvar la validez del testamento. Esto se daba en el caso de que el testador podía instituir o desheredar al hijo que diera a luz su mujer dentro de los diez meses posteriores a su muerte; aquí el testamento era válido, pues el testador muerto no puede revocarlo; al aceptarse esta excepción se hizo objeto de una derogación parcial a la regla de que no podían ser instituidas las personas inciertas.

Los hijos podían ser instituidos o desheredados nominativamente, según Cayo en sus Institutas: "Hi hijo Ticio sea desheredado" o "Mi hijo sea desheredado"; en cambio las hijas podían serlo inter caeteros, es decir en conjunto pero a condición de que se les dejase un legado para demostrar que no se las había olvidado.

La reforma fue completada por la legislación al contemplarse el caso del póstumo que naciera después de otorgado el testamento pero en vida del testador.

La Lex Iunia Velleia del año 28 de nuestra era permitió al testador instituir o desheredar por anticipado al hijo que naciera de su mujer después de la confección del testamento, disponiendo, asimismo, que éste sólo quedaría "ruptum" si el póstumo suyo hubiera sido omitido.

Por lo que se refiere a los postumi alieni o extranei, es decir aquellos que no eran "heredes sui" del testador, no estaba permitido instituirles herederos; pero parece que el pretor terminó por concederles la honorum possessio secundum tabulas y que en el Derecho justiniano se consideró siempre válida su institución.

A todas estas incapacidades se podría agregar las de los intestables, como los hijos de los condenados por perduellio, los reos de libelos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

difamatorios, y en el Derecho cristiano, los apóstatas y algunos herejes. Hay en el derecho nuevo también algunas limitaciones relativas o parciales como las que afectan a los contrayentes de nupcias incestuosas y a sus hijos, como ser la que recae sobre la viuda que vuelve a casarse antes del año de luto; la de los hijos naturales que no pueden en presencia de hijos legítimos recibir más que la doceava parte del haber paterno; la de la concubina que sólo podrá recibir la vigésima cuarta parte del mismo, etc.

Un instituto diferente de la "testamenti factio passiva" era, en el derecho clásico, la capacidad de adquisición, el ius capiendi o la capacitas en sentido técnico, establecida con el fin habitual de favorecer los matrimonios y la "purogenia", sustrayendo la herencia en todo o en parte a los célibes y a los padres infecundos, etc., por la ley Julia y Papia Poppaea aplicada por la ley Iunia Norbona a los "latini iuniani" y por un Edicto de Domiciano a las mulieres probosae. A falta de sucesores en estos casos la parte vacante pasaba al fisco.

Tratándose de aplicar dichas leyes, no se exigía la capacidad sino en el momento de la adición, y por lo general se concedían cien días desde la fecha de delación para adquirirla. Justiniano ha conservado solamente la incapacitas de las mulieres probosae, que rige también para el testamento militar.

Otro instituto, también diferente, es la indignidad que no elimina la cualidad de heredero, sino que hace que el patrimonio se devuelva al fisco; en general se establece por actos contra la vida, el honor y la voluntad del difunto.

V. FORMAS DE LOS TESTAMENTOS EN EL DERECHO ANTEJUSTINIANO

Las formas: mas antiguas de testamentos que se recuerdan en la historia del Derecho Romano son: el testamentum calatis comitiis y el testamentum in procinctu.

Testamentum calatis comitiis: tiene lugar ante el pueblo, reunido en los comicios a tal fin convocados ("cálata") que se celebran dos veces al año. Presidía los comicios, que eran los curiados, o sea las más antiguas asambleas romanas, el Sumo Pontífice.

No se dice si el pueblo votaba; y considerando que el testamento es un derecho prestatual de cada uno de los "pater familias" y asimismo considerando que una "lex", de la que habría sido proponente un particular, es un concepto bastante extraño, lo más probable es que por ella no se votaba.

Por otra parte, en aquella época no se puede hablar ni de poder legislativo ni de leyes propias. Con la decadencia de los comicios curiados, también el "testamentum calatis comitiis" se acostumbró hacer ante 30 lictores.

Camus establece que las reuniones de los comicios ("cálata") se realizaban el 24 de marzo y el 24 de mayo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Con respecto al papel del pueblo en un testamento, - algunos autores sostiene que el pueblo se limitaba a darle autenticidad, pues si la actitud del pueblo no fuera pasiva no se podría hablar de que el testamento fuese de la voluntad del testador.

Los términos *testare*, *testatum*, también se alegan para indicar que excluía en absoluto la votación del pueblo, pues éste era sólo testigo.

Estas razones no son sin embargo suficientes para negar la tesis contraria, o sea que la voluntad del testador era objeto de discusión en el comicio, pues los romanos no utilizarían un procedimiento tan incómodo en la práctica para que el pueblo sirviera de testigo. Mommsen expresaba que en algunos casos el pueblo negaba su consentimiento.

Este tipo de testamento es un reflejo del sistema político dominante, tiene carácter público y todos los elementos de una ley.

El carácter legislativo del testamento originario se prueba comparándolo con otros actos de naturaleza privadas como la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

La unidad de acto es una consecuencia de la necesidad de que se verificara en los comicios y en el senado sin interrupción. El testamento una vez comenzado debía terminarse antes de proceder a la celebración de otro acto. Este principio se mantuvo en vigor siempre; el Código francés, en el artículo 699 lo acepta al decir: "Todas las formalidades practicadas en esta sección (del testimonio - abierto) se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero".

La privación de la *testamenti factio passiva* a las personas inciertas, fue también una consecuencia del testamento comicial. Pues los comicios deliberaban antes de resolver sobre la voluntad del testador y era natural que conociera las condiciones y circunstancias que concurrirían en la persona a quien se quería beneficiar con el testamento; aquí nace de que las personas inciertas no podían ser instituidas por testamento; en nuestro derecho no es así, pues las personas inciertas pueden heredar si por algún evento resultaren ciertas.

La regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* se aplica considerando esta forma de testar, pues la votación del pueblo debía recaer sobre el destino de los bienes hereditarios en toda su extensión, sin que fuera posible que pasara una porción de éstos por testamento en favor del elegido por el testador, y la otra a los herederos "ab intestato".

Este testamento era irrevocable; pues era necesario volver a reunir a los comicios para revocarlo.

- Por último, la capacidad para testar tanto activa como pasiva se restringía notablemente pues se declaraban incapaces a los peregrinos, a las mujeres; a los impúberes y a los sordomudos.

Con respecto a este testamento, Arangio Ruiz sostiene que es probable que en los orígenes la adopción del sucesor en los comicios se haya llamado exclusivamente "adrogatio", y que el nombre de "testamentum" pertenezca a la época en que el acto por causa de muerte se ha aislado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en su estructura y función.

VI. "TESTAMENTUM IN PROCINCTU"

Se realizaba en tiempo de guerra, pues no era posible que el testador reuniese a los comicios; entonces en estos casos excepcionales de guerra, el testador testaba delante del ejército, que estaba compuesto por el pueblo; este testamento evolucionó permitiéndose que se hiciera en presencia de varios compañeros de armas.

Para Camus no fue propiamente un testamento militar porque en esta época no existió - como más tarde - esta carta privilegiada a la que se le concedieron extraordinarias ventajas, tanto en la forma de testar como al contenido de las disposiciones testamentarias.

Arangio Ruiz dice que era realizado en la guerra, inmediatamente después de consultados los auspicios para la batalla y destinado a - que el ciudadano soldado pudiese disponer, como los héroes de Homero, de sus armas y de otros objetos queridos.

Hipótesis ésta en la que faltaría lo que es característica fundamental del testamento propiamente dicho, es decir, la creación artificial del heres.

VII. LA "MANCIPIATIO FAMILIAE".

La "mancipatio" y la "interpretatio" de los jurisconsultos fueron las que impulsaron el avance del testamento.

El testador no necesita recurrir a los comicios, pues podía por medio de la "mancipatio" vender su patrimonio (familiae pecuniaque) a un comprador (familiae emptor), reservándose el usufructo de los bienes durante su vida.

En este acto se requería el cumplimiento de todas las solemnidades de la "mancipatio", o sea, los cinco testigos, el "libripens" y el "familiae emptor") que pagaba un precio simulado; "nummo uno", tocando la balanza con un pedazo de cobre y conviniendo cumplir fielmente todo lo dispuesto por el testador. Este "familiae emptor" era un "loco heredis", "heredis locum obtinebat".

En relación con esta modalidad de naturaleza contractual entre el "mancipante" y el "familiae emptor" surge una pregunta clave: si las disposiciones contenidas en el testamento debían cumplirse obligatoriamente o dependían de la voluntad del "familiae emptor". Para esto se acude a la necesidad de cumplir lo dispuesto por el testador mediante la "nuncupatio" que encontramos en la Ley de las XII Tablas: "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto". Este pacto que se aunó a la "mancipatio" le dio a ésta un valor y una trascendencia que no tenía por sí misma, pudiendo realizarse de este modo, notables progresos en el Derecho.

La "mancipatio" como instrumento de perfección del testamento no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

superó en efectividad y en alcance al testamento "in calatig comitiis", pero su naturaleza de acto privado encauzó el testamento por una nueva fase.

La "mancipatio familiae" que se aplicaba a la transmisión de las "res Mancipi" (parte esencial del patrimonio. Las deudas y los créditos no pasaban con este acto, como tampoco pasaban en la primera forma de la "bonorum possessio") era incompatible con la concepción de la herencia como una universalidad, concepto que hasta ese momento aplicaron los romanos.

La publicidad del testamento "in calatis comitiis" se mantiene en la "mancipatio familiae"; y la "testamenti factio", que se derivaba del derecho público, ahora con esta nueva fórmula tiene naturaleza contractual, por ser una consecuencia del "ius commercii".

En cuanto a la revocabilidad, que es un elemento tan substancial del acto testamentario, es indudable que podía realizarse mejor en la "mancipatio familiae", pues el testador que cambiaba de voluntad, sólo debía contar con el "familiae emptor", para que le remancipara los bienes.

De la práctica de la "familiae Mancipatio" se desarrolló el testamento "per acs et libram".

Parece que la jurisprudencia para corresponder al deseo público de que semejantes actos tuviesen sanción jurídica, se ha fundado en la disposición de la Ley de las XII Tablas, que atribuía plena eficacia a cualquier declaración adjuntada al acto de la "mancipatio", "Uti lingua nuncupasit ita ius esto". Pero con esto la parte esencial del acto no es la "mancipatio", que se hace solamente para conservar las formas ("dicis causa"), sino la "lex Mancipii" o "nuncupatio" añadida, ni el "familiae emptor" es "heredis loco", sino que es verdadero heredero la persona designada por la "nuntupatio".

Otro progreso se hizo redactando el testamento por escrito ("tabulae testamenti") y reduciendo la "nuncupatio" del testador a una presentación de las tablas a los testigos, acompañada de una declaración.

Por lo demás, el acto era considerado formalmente siempre como una "mancipatio", y tanto es así que las personas sujetas a la potestad del "familiae emptor" no podían intervenir como testigos aunque el "familiae emptor" realizara una nueva función figurada; en cambio podían ser testigos las personas sujetas a la potestad del heredero y hasta el heredero mismo (cosa que no era aconsejable).

Solamente el derecho pretoriano, yendo más allá, abandonó la observancia de la "mancipatio". Si las tablas estaban selladas con siete sellos, el pretor acostumbó conceder la "bonorum possessio" al heredero instituido secundum tabulas, sin tener en cuenta si las verdaderas formalidades de la "mancipatio" habían sido observadas o no.

El testamento pretorio no invalidaba sin embargo un testamento civil, y también los herederos legítimos conservaban su derecho. Sólo Antonino Pío (o Marco Aurelio) concedió al heredero instituido el derecho de rechazar con la exceptio doli" a los herederos legítimos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VIII. FORMAS DE TESTAMENTO EN EL DERECHO NUEVO

En el período grecorromano, el testamento "per acs et libram" desaparece. El nuevo testamento imperial es un desarrollo del testamento pretorio. Justiniano lo llama "tripertitum", porque deriva de tres fuentes:

- 1) el derecho civil antiguo;
- 2) el derecho pretorio;
- 3) las constituciones imperiales.

La nueva forma tuvo su ordenamiento definitivo por medio del emperador Teodosio (439 d.C.).

Sus requisitos son: las unitas actus, o sea unidad de tiempo y de contexto, y la presencia de siete testigos que debían ser simultáneos y rogados, es decir llamados expresamente y voluntarios; no son capaces de ser testigos los locos, sordos, mudos, impúberes, las mujeres, las personas intestábiles y los condenados por concusión.

El testamento escrito podía ser ológrafo y allógrafo. En el primero no era necesaria la firma del testador. Pero tanto en uno como en otro era necesaria la firma y el sello de cada uno de los testigos. Por el senado - consulto liboniano toda disposición a favor del escribiente o de alguno de sus parientes debía ser confirmada de puño del testador, a menos que el escribiente fuese él solo heredero "ab intestato".

Para el testamento oral o nuncupativo se requiere solamente que el testador manifieste ante testigos la propia voluntad.

En el nuevo derecho han sido reconocidas además, dos formas de testamento público:

- el testamento apud acta (judicial o municipal)
- el testamento presentado al príncipe ("principe oblatum").

En el derecho nuevo las formalidades del testamento privado son disminuidas o aumentadas por razones especiales y se tiene así una serie de testamentos extraordinarios.

Se requieren formalidades mayores en los siguientes casos: el testamento del ciego, en el que debe intervenir un oficial público ("tabularius") o un octavo testigo cuando no se encuentre un "tabularius".

- el testamento del analfabeto, para el cual es necesario también un octavo testigo.

Se requieren formalidades menores en los siguientes casos:

- el testamento hecho en tiempo de peste ("testamentum pestis tempore") en el que no se exige la simultaneidad de los testigos.
- el testamento redactado en el campo ("testamentum ruri conditum"), para el cual bastan cinco testigos, si no se pueden tener más;
- el testamento que instituía herederos a los hijos mismos del testador ("testamentum inter liberos"), en el que bastaba que el testador escribiese de propio puño el nombre de los instituidos, la cuota y la fecha.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Finalmente excepcionalísimo fue el testamento militar. Ya en la época clásica solamente se requería que el militar manifieste su propia voluntad.

La eficacia de este testamento está limitada a un año después de licencia no ignominiosa. Justiniano ha dispuesto que se pueda hacer sólo cuando los soldados estén "in expeditioni bus occupati", o sea en campaña, no en servicio de guarnición.

IX. FORMAS Y REQUISITOS DE LA INSTITUCIÓN DEL HEREDERO

La institución del heredero es el contenido esencial del testamento; debía efectuarse solamente con palabras imperativas y dirigidas al heredero, en lengua latina y en la cabeza del testamento.

Camus sostiene que el valor y fuerza del testamento proviene de la institución del heredero ("sine heredis institutione nihil intestamento scriptum valet").

- Volviendo a cuál es el contenido principal del testamento, podemos observar que la opinión de Caramés Ferro concuerda con las precedentes, pues dice que la institución del heredero constituía en Roma el fundamento y la razón de ser de todo testamento, "heredis institutio est caput et fundamentum totius testamentum", o sea que el heredero es condición esencial.

Ahora bien, el Código Civil argentino difiere de los antecedentes romanos, pues en el artículo 3607 define al testamento como "un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte".

Estas reglas se comprenden muy bien con la primitiva función del testamento, en la cual la persona que tenía el título de heredero y la calidad de sucesor en el poder soberano, era verdaderamente lo esencial o el todo.

Esta forma se mantuvo por fuerza de la tradición hasta la época clásica en que junto a la forma rigurosamente "directa titius heres esto", se admitió el mandato indirecto "titium heredem esse iubeo", forma ya reconocida ("iam - comprobata") en los tiempos de Gayo y por algunos también las formas ni directas ni imperativas "titium heredem instituo" o "facio" que, sin embargo, tanto en los tiempos de Gayo como de Ulpiano son reprobadas por la mayoría Ulpiano admite también formas elípticas "lucius heres" sobreentendido esto o "lucius esto", o también "illum heredem esse", sobreentendido "iubeo"; a esta desviación dio impulso el emperador Antonino Pío con sus decisiones; ahora bien, en los tiempos de Gayo era inválida para todos la institución "titium heredem esse volo". La observancia de formas directas e imperativas fue abolida - en el año 339 d.C. por el emperador Constancio y por Justiniano.

La necesidad de usar la lengua latina es también abolida.

Camus dice que basta que el testador exprese tu voluntad en cualquier

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lengua y de modo claro.

Finalmente, a la prescripción de que el heredero debe ser nombrado en la cabeza del testamento ("caput") y de que todo lo que precede no vale, se hizo en el período clásico sólo una derogación, admitida en el tiempo de Gayo únicamente por los "proculeyanos": "que el nombre de los tutores pudiese preceder". Pero también esta prescripción fue abolida por Justiniano.

Caramés Ferro también coincide con Bonfante, pues sostiene que en un principio la cabeza del testamento debía ser el heredero, evolucionó después y se podía anteponer al heredero las desheredaciones y los nombramientos de tutores; Justiniano reformó esto estableciendo que el heredero era necesario pero podía figurar en cualquier parte.

A los militares, según la costumbre, ya en el derecho clásico les fue condonada la observancia de toda prescripción y de toda solemnidad.

La designación del heredero no puede ser remitida por el testador a la voluntad de un tercero; además debe ser clara y completa, y por consiguiente es nula si se hace de un modo equívoco y también si el sentido de las palabras no corresponde a la voluntad del difunto. Las declaraciones erróneas acerca de la calidad de la persona ("falsa demonstratio") o acerca de los motivos de la institución (falsa causa) no la hacen inválida.

Según Arangio Ruiz se dan por no puestas, o sea que obraban como si no estuviesen, y no es necesario que figure el nombre del heredero sino que figure una circunlocución que designe netamente a una persona cierta y en la época post clásica a una persona jurídica, al igual que en el Código Civil francés en el artículo 745, inc. 2º, que dice que son incapaces de suceder "las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley", o sea que se le concede capacidad a las personas jurídicas de esta clase, que la ley reconoce válidas.

Finalmente, si el testador se ha equivocado acerca de la determinación de la cuota, se debe atender más bien a su voluntad (cuando se pueda comprobar) que a la escritura.

X. VARIAS ESPECIES DE INSTITUCIONES

Antes que nada hay que tener presente que en el Derecho Romano el título de heredero es esencial.

Si el difunto ha instituido un solo heredero, este tenía derecho a toda la herencia y sucedía al causante en la generalidad de sus derechos y obligaciones; Bonfante sostiene que igual sucede si el difunto le ha asignado sólo una parte, porque el título de heredero, del que depende la adquisición del patrimonio, no la tiene otro sino él; constituye excepción el testamento militar.

Pero el difunto puede haber instituido varios herederos entonces sucedía que cada uno de ellos tenía, en virtud del carácter universal de su título, un derecho eventual a la totalidad de la herencia, pero este derecho se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hallaba limitado por el igual derecho de los demás, en tal caso conviene distinguir tres hipótesis fundamentales:

- 1) los ha instituido sin designar las partes del patrimonio que quiere atribuir a cada uno;
- 2) los ha instituido con designación de partes;
- 3) ha designado las partes de algunos y no de otros.

Si los herederos han sido instituidos sin designación de partes, entonces el patrimonio se divide en partes iguales entre ellos ("concurso partes fiunt").

Si los herederos han sido instituidos con designación de partes y éstas agotan el as hereditario, cada uno adquiere el patrimonio en la medida deseada por el difunto.

Pero puede suceder que las partes asignadas no agoten el "as" hereditario - as es la unidad de la herencia y se subdivide en doce onzas que a su vez reciben diversos nombres como ser "sextans", "quadrans", "triens", "semis", "bes", "drodrans", "dextans" -, sino que por lo contrario lo superen; el testador, por ejemplo, ha dispuesto entre cuatro herederos, solo de nueve onzas de las doce, o al contrario, ha asignado dieciocho.

He aquí que el título de heredero comienza a originar consecuencias que, fijándose bien, no son en todo conformes a la voluntad del difunto. Si el as hereditario no está agotado, las restantes onzas se distribuyen, sin embargo, entre los varios herederos testamentarios, porque herederos son ellos solos; la voluntad del difunto que se respeta en cuanto la división del residuo entre los varios coherederos sigue en la misma razón de las cuotas asignadas a cada uno.

En suma, el residuo o el exceso "pro parte adcrecit" en el primer caso; "pro parte decrecit" en el segundo.

Caramés Ferro sostiene que el testador al otorgar una herencia que superaba el as había considerado a la misma compuesta de dos ases, y se hacía el cálculo sobre veinticuatro onzas ("rupendium"); y en el caso de que atribuía siete onzas a uno, ocho al otro y el resto a un tercero, este último adquiriría nueve onzas (pues recibía las que quedaran hasta completar las veinticuatro).

Finalmente si algunos de los herederos han sido instituidos con designación de partes y otros no, también entonces conviene distinguir si el as ha sido agotado o superado o si no lo ha sido.

La segunda hipótesis es la más sencilla, porque los herederos instituidos sine parte concurren sin más en el residuo.

En la primera hipótesis parece que los herederos instituidos "sine parte" no debiesen tener nada, porque nada queda del patrimonio.

Pero esto es contrario a la naturaleza de la herencia romana, y para hacer que el heredero instituido tuviese parte de cualquier modo en los derechos y las obligaciones del difunto, los jurisconsultos recurrieron al expediente de duplicar o triplicar las onzas del as ("dupondium", veinticuatro onzas; y "tripondium", treinta y seis onzas) y asignar el residuo a los herederos instituidos "sine parte".

En el derecho moderno, dado el carácter directo de la adquisición

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimonial, las cosas proceden de un modo más simple y conforme a la finalidad patrimonial del instituto.

Un solo heredero o varios herederos instituidos en partes que no agoten el as hereditario adquieren lo que les es asignado y en el residuo son llamados los herederos legítimos.

Un solo heredero o varios herederos instituidos, después de haber distribuido por entero el as hereditario entre los otros llamados, no adquieren nada y no son herederos, porque heredero no es ahora una calificación personal, condición de la adquisición, sino la denominación de un adquirente, al que en el caso se le atribuye un objeto inexistente.

XI. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO EN UN OBJETO DETERMINADO

("HERES EX HE CERTA")

La concepción que tuvieron los romanos de la herencia como un todo ideal y del heredero como mantenedor directo de las relaciones jurídicopatrimoniales, llevaron a su legislación a condenar la "institutio es re certa", ó sea, la institución del heredero a una cosa cierta y determinada.

En esta legislación estaba arraigada la idea de que la institución del heredero debía comprender todo el patrimonio, o una parte alícuota, y por esto resultaba contradictorio con este principio toda manifestación de voluntad limitada a la transmisión de cosas determinadas, "certa res". El legado era el medio apropiado para dejar en el testamento estas cosas, por su naturaleza de adquisición a título singular.

En el derecho francés el problema prácticamente no existe, pues se establece que el "heres ex re certa" debe considerarse como legatario (artículo 768).

Probablemente el antiguo derecho al contemplar este caso, declaró nula la institución del heredero en cosa cierta. Pero como el cumplimiento de las disposiciones testamentarias tenía para los romanos un valor moral, la solución respecto a la instituto ex re certa varía en el curso del derecho romano, a tono con aquella concepción.

En el derecho clásico se considera que estas instituciones debían ser válidas, *detracta rei certae mentione*.

La voluntad expresa del testador instituyendo heredero debía prevalecer frente a la asignación de una cosa cierta, por ser contradictoria con la noción fundamental de la herencia.

Este caso es el más sencillo porque se instituye un solo heredero en cosa cierta: "titius heres esto ex fundo Corneliano". Contra el criterio de nulidad de esta institución, así concebida, prevaleció otro más práctico, reconocido en la jurisprudencia, que le atribuye validez al considerar como si no se hubiese escrito esa cláusula limitatoria, y como consecuencia el heredero "ex re certa" recibe una cuota parte o el patrimonio entero, según los casos.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se ha discutido mucho, la época en que se admitió esta solución, o sea, el mantenimiento de la condición de heredero detracta rei mentione.

Las opiniones están divididas. Algunos autores afirman que la solución parte de un jurista famoso del final de la República, Gallo Aquilio, quien consideró el caso de una institución "excepta re certa"; este jurista mantuvo en este caso la institución sin tener en cuenta la excepción, pues solo el heredero podía beneficiarse con la cosa excluida.

Se admite por la mayoría de los autores que la extensión del principio admitido en el caso de la institución "excepta re certa" se debe al jurista Sabino.

Para explicar la razón que tuvieron los juristas romanos para consolidar la institución verificada en esta forma se han alegado diversas razones. Se estima que puede justificarse con el "ius ad crescendi". También se ha acudido a la regla, que domina todo el derecho hereditario: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.

Otros sostienen que en la voluntad del testador hay que distinguir dos aspectos: uno principal y otro accesorio. El principal es la institución del heredero, y el accesorio su limitación a una cosa cierta. La voluntad accesoria debe ceder a la principal y así se justifica que el "herea ex re certa" adquiriera la totalidad del patrimonio hereditario.

Entre los autores que más han estudiado este problema se destaca Neuner, que en esta controversia afirma que la solución romana convalidando la "institutio ex re certa" se explica con el respeto debido a la voluntas testantis.

Otros juristas son partidarios de un criterio opuesto, pues atribuyen la referida solución al favor testamenti.

Algunos autores interpretan el favor en un sentido puramente objetivo, afirmando que no es tener un heredero lo que importaba a los romanos sino morir con testamento.

A este criterio se le puede hacer una ligera modificación, en el sentido de que los romanos le dieron importancia al testamento esencialmente porque contenía la Institución de un heredero.

El caso analizado anteriormente es el más sencillo, pero puede suceder que existan varios herederos instituidos "ex re certa". La solución en este caso fue considerarlos herederos a todos por una parte alícuota, pero atribuyendo la cosa determinada como prelegado, la que podían tomar antes de la partición.

El caso más complicado es aquel que resulta de la concurrencia de herederos instituidos "ex re certa" con otros por partes alícuotas. Las opiniones para resolverlo son contradictorias. Algunos intérpretes estiman que el heredero instituido "ex re certa" debía ser considerado legatario; otros le reconocen la condición de heredero y algunos lo califican de mixto, es decir heredero y legatario a la vez.

'No se derivan las mismas consecuencias de ser heredero o legatario, pues los principios que rigen la herencia y el legado son diversos, especialmente en el derecho de acreer.

Por lo tanto, los que le atribuyen la condición de heredero le admiten el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho de acrecer y lo contrario sucede con los que piensan que es legatario.

Diffícilmente pueda resolverse esta cuestión, pues no existen textos en qué fundarse, pero se puede aceptar el criterio que reconoce una condición mixta de heredero y legatario, al instituido "ex re certa", según concurra realmente con los demás instituidos, o si éstos llegaran a desaparecer.

XII. MODALIDADES DE LA INSTITUCIÓN DEL HEREDERO

LA CONDICIÓN - EFECTOS DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

El acto testamentario puede ser objeto de adiciones por voluntad del testador que modifica substancialmente sus efectos normales; estos elementos accidentales o modalidades pueden ser: la condición, el término y el modo.

La institución sub condicione ha sido objeto de una regulación especial en las fuentes romanas, pues le dedican una serie de títulos, donde se proponen soluciones de gran trascendencia jurídica, muchas de las cuales han pasado a las legislaciones contemporáneas.

La condición considerada como modalidad de los actos jurídicos "es un evento futuro e incierto, al cual subordinan las partes el nacimiento o la extinción de una relación jurídica".

De esta definición se derivan no sólo sus características esenciales, uno también su clasificación fundamental, en condiciones suspensivas y resolutorias.

En la condición suspensiva, el nacimiento del derecho está subordinado al evento. Pendiente la condición suspensiva, se tiene sólo un derecho expectante, que produce ciertas consecuencias jurídicas independientemente de su nacimiento, o sea del dies cedit. El derecho no nace en el acto jurídico sujeto a condición suspensiva.

La condición resolutoria, cuya naturaleza es muy discutida, extingue, por el contrario de la anterior, la relación jurídica cuando se realiza.

Analizando la condición suspensiva y la resolutoria a través de tres momentos, o sea: pendiente, existente y deficiente condición, es como se llega a conocer las diferencias radicales entre estas especies. Además, la condición puede ser: positiva y negativa, mirando al hecho; potestativa, casual y mixta, por el motivo de su cumplimiento; imposibles e ilícitas, según sean contrarias a la naturaleza, a la ley o a la moral y las buenas costumbres.

La condición suspensiva es aplicable a la institución del heredero, pero no produce los mismos efectos que en los demás actos jurídicos, debido a la naturaleza de esta liberalidad "mortis causa".

Mientras está pendiente la condición suspensiva, no puede hacerse la delación de la herencia. Esta queda abierta, pero no puede deferirse y mientras tanto permanece yacente. El heredero adquiere un derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

eventual.

El pretor puede otorgarle al heredero instituido bajo condición, la posesión de los bienes, aunque prestando una garantía, para el caso de que esta modalidad no se verifique, o que el instituido muera antes de adquirir el derecho.

Realizada la condición, o sea, "existente condicione", se puede llamar al heredero instituido, para que acepte o renuncie la herencia. En este momento es cuando nace el derecho con todos sus efectos. Se supone aceptada en el mismo instante de la muerte del difunto.

Si la condición no se realiza, o sea, "deficiente condicione", pierde en absoluto sus derechos el instituido, pasando el patrimonio hereditario a los herederos "ab intestato", al sustituto o a los coherederos a quienes acrece la porción vacante.

XIII. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

En la condición resolutoria la extinción del derecho depende del evento, como por ejemplo "se instituye heredero a Ticio, pero si Cayo regresa de Cartago le corresponde la herencia a éste".

La eficacia de la condición resolutoria en la institución del heredero estaba en contradicción con el principio "semel heres semper heres", y por esto se sostiene por los autores que debe tenerse como no puesta, considerándose la institución de heredero pura y simple (en el derecho moderno se puede instituir heredero a condición resolutoria y por ejemplo el Código alemán la regula especialmente; el Código francés no ha procedido así, pero es posible en la institución de heredero el legado con esta modalidad [arts. 790 y 791]. En Roma la condición resolutoria se admite excepcionalmente en el testamento militar).

Este criterio se sitúa abiertamente frente a la voluntad del testador, manifestada en el sentido de que se cumpliera la disposición testamentaria. Por eso se han propuesto otras soluciones. La que está más de acuerdo con la voluntad del testador distingue las dos etapas del testamento, antes de la aceptación y después de ser adida la herencia. Durante todo el período que media entre la institución de heredero a condición resolutoria y la adición de la herencia, es posible que surta todos sus efectos esta modalidad, sin contravenir la regla "semel heres semper heres". Como consecuencias no es necesario recurrir a la solución extrema de tenerla como no escrita.

Pero si se verifica la condición después de la adición, la solución tendrá que ser distinta y entonces es posible mantener el criterio de tenerla como no puesta, y el heredero continuará en posesión de la herencia, ya que esta cualidad no puede dejarse de tener, aunque se verifique la condición.

XIV. CONDICIONES IMPOSIBLES O ILÍCITAS

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las condiciones imposibles o ilícitas fueron consideradas por los juristas romanos de distinto modo, según se unieran a una institución de heredero, legado o a la obligación. En la obligación, la condición imposible o ilícita produce el efecto de anularla (el Código francés captó la doctrina romana pues en el artículo 1146 dice: "Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley, anulan la Obligación que de ellas depende"; en cambio, en el artículo 792 establece de modo terminante: "Las condiciones imposibles y las contrarias a la ley y las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario aun cuando el testador disponga otra cosa").

Gayo nos refiere una discusión entre proculeyanos y sabinianos en relación con la validez del legado a condición imposible o ilícita.

Los proculeyanos mantienen el criterio de que el legado era nulo, por no haber razón para distinguirlo de las obligaciones sujetas a esta clase de condiciones. La escuela de los sabinianos sostuvo otro criterio, pues fue partidaria de la validez del legado a condición imposible, al tenerla como no puesta. Este criterio se fue generalizando y se aplicó a la institución de heredero, y a los demás actos "mortis causa".

Justiniano mantuvo la opinión de los sabinianos y su regla, "condicio impossibilis pro non scripta habet".

¿Qué razón tuvieron los juristas romanos de estas escuelas para emitir opiniones tan contradictorias?

El jurista Gayo que parece haber pertenecido a la escuela de los sabinianos, nos dice: "Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest". Los romanistas se han ocupado de esta cuestión aduciendo razones diversas, algunas de las cuales son caprichosas.

Resulta difícil aceptar un criterio absoluto en relación con el fundamento que tuvieron los sabinianos para sostener la regla, que ha pasado a las legislaciones modernas y que le otorga un tratamiento distinto a la condición imposible e ilícita, según afecte a la institución de heredero o a la obligación. Puede recurrirse a la naturaleza diversa de ambas relaciones jurídicas. Si el testador expresó su voluntad en el sentido de instituir heredero, o dejarle sus bienes en cualquier sentido a una persona, debe el derecho otorgarle eficacia a esa voluntad. En este caso sólo por error puede admitirse que se ha sometido a una modalidad su voluntad, que imposibilita su realización, de acuerdo con los principios naturales, legales o de índole moral.

Por esto se debía recurrir en esta clase de disposiciones mortis causa a la regla de tener como no puestas las condiciones que hagan imposible el cumplimiento de la voluntad del testador. De este modo se atiende tanto a la voluntas testatium como al favor testamenti, que son principios que entran en juego constantemente en el derecho hereditario romano. En la relación jurídica obligatoria no pueden alegarse las mismas razones, pues el crédito tiene otras exigencias y carácter diverso a los actos mortis causa.

XV. LA CAUCIÓN MUCIANA

El heredero puede ser instituido a condición suspensiva, potestativa y negativa, como por ejemplo: "Titius heres esto si Capitolium non ascenderit". La naturaleza de esta condición impide que pueda cumplirse la disposición testamentaria durante la vida del instituido, y por lo tanto, la adquisición de la herencia resulta imposible.

Fue necesario crear un procedimiento que hiciera eficaz esta institución, de acuerdo con la voluntad del testador. El jurista Q. Muscius Scaevola fue quien encontró el expediente práctico, que toma su nombre, cautio muciana, y que ha perdurado en el derecho actual (Código Civil francés, art. 800).

Prestando una garantía personal o real puede el heredero en este caso adquirir inmediatamente el legado o la herencia, sujeta a esta especie de condición. La caución lo que hace es garantizar la devolución del valor de la herencia o legado si se infringe la cláusula condicional.

Aunque en la legislación de Justiniano encontramos establecida la caución muciana de un modo general en todas las disposiciones "mortis causa", sin embargo se aplicó en su origen a los legados, después a los fideicomisos, y por último a la institución de heredero. Como remedio excepcional que era, sólo se utilizaba cuando no podía de otro modo cumplirse la voluntad del disponente.

Pueden exigir la prestación de la caución muciana los sustitutos y los coherederos, o sea, los que en caso de incumplimiento de la condición tienen derecho a la liberalidad.

El derecho de los herederos legítimos a exigir la prestación de esta caución ha sido muy discutida.

Algunos autores le niegan este derecho y otros se lo reconocen. Pero realmente no existe un fundamento en los textos para negarle el derecho a los herederos legítimos.

XVI. EL TÉRMINO Y LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

El término es una modalidad que no surte efectos en la institución de heredero a no ser que sea cierto. El término difiere esencialmente de la condición, en que es un acontecimiento futuro y cierto. Pero la certidumbre del término no tiene siempre la misma intensidad, y por esto se señalan diversos tipos, desde el término absolutamente cierto, porque se sabe que llegará y cuándo, hasta el llamado término incierto ("dies incertus").

Además, el término puede ser suspensivo y resolutorio ("dies a quo" y "dies ad quem").

La institución de heredero a término cierto, o sea cuando se dice: "Instituyo heredero a Ticio desde el primero de diciembre", no surte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efecto, en el sentido de que deba tenerse como no puesto, y por tanto, puede el instituido aceptar inmediatamente la herencia, como si fuera pura y simple. Lo mismo sucede con la institución de heredero "ad diem", o sea, hasta cierto día (según Papiniano, el término incierto debe equipararse a la condición suspensiva y producir todos sus efectos en el testamento).

La solución del Derecho Romano en cuanto al término suspensivo es correcta, pues si se instituye heredero a una persona a partir de cierto día determinado, no hay razón para aplazar el cumplimiento y mantener la herencia yacente. En cuanto a la institución de heredero "ad diem", o hasta cierto día, la solución de las fuentes es clara.

El término resolutorio no puede surtir efectos en la institución de heredero, pues contradice el principio "semel heres semper heres". Al no producir efecto esta clase de institución de heredero es posible adir la herencia, teniéndose por no puesta la referida modalidad. La situación de hecho creada por la aceptación de una herencia y la consiguiente confusión de patrimonios no puede alterarse por ningún evento posterior.

XVII. EL MODO

La institución de heredero puede ser también sub modo. El modo se distingue claramente de la condición. La validez del acto jurídico condicional está subordinada a la condición, pero el modo en ningún sentido surte estos efectos, pues la eficacia de la liberalidad es independiente del cumplimiento de esta cláusula accesorias. El modus implica que el heredero cumpla el encargo o gravamen. El problema está en determinar el procedimiento que debe seguirse para exigir su cumplimiento.

A veces el modo tiene un carácter general; como consecuencia, nadie tiene particularmente un interés directo en su verificación. La solución romana en este caso es que los coherederos pueden pedir el cumplimiento mediante la actio familiae erciscundae; así como también la autoridad pública puede hacer que se cumpla la voluntad del testador (el artículo 797 del Código Civil francés se refiere a la institución sub modo).

XVIII. SUSTITUCIÓN

"La sustitución se puede definir, en general, como una institución subordinada, o sea una institución ordenada por el testador, para la hipótesis de que el primer instituido no adquiriera la herencia"(1)(572)

Se conocen tres tipos de sustitución: 1) vulgar, 2) pupilar, 3) cuasi pupilar.

1) Sustitución vulgar: Esta institución de origen romano, está incluida y vigente en nuestro Código Civil. La sustitución vulgar ("vulgaris

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

substitutio") consiste en designar uno o varios sustitutos, para sustituir, llegado el caso de que el primer o primeros herederos dejen de serlo por causas de su voluntad u otros motivos.

La fórmula consagrada para la sustitución era la siguiente: "Titus heres esto; si Titus heres non rit, Gaius heres esto".

El derecho permite al testador designar un sustituto por cada heredero, o uno solo para varios herederos, o varios para un heredero. Generalmente el último sustituto era un esclavo, al cual se manumitía, y en caso de que la sustitución llegase hasta su persona, era heredero legítimo.

El testador también podía nombrar sustitutos a los herederos entre si; es el caso de la sustitución recíproca o mutua, y tiene la ventaja de que esta cláusula podía ser agregada en el testamento a continuación de los instituidos.

La sustitución vulgar tiene su naturaleza jurídica en una institución condicional, puesto que el sustituto sólo figura como heredero a condición de que el instituido renuncie a la herencia, ya sea porque no lo desea, o por causas ajenas a su voluntad. Si el instituido heredero repudia la herencia, tenemos "causus voluntatis", pero si es por otro motivo involuntario tenemos "causus impotentiae".

En materia de sustitución predomina la voluntad del testador, así podía ocurrir que el sustituto herede a condición que el instituido repudie la herencia, y en caso de que éste no herede involuntariamente, el heredero sustituto no puede ser heredero.

En la época de las leyes caducarias, se consideraba al sustituto del sustituto como sustituto del instituido. En caso de que los gravámenes fuesen personales, debían cumplirlo sólo el instituido, pero si no estuvieren nominativamente dispuestos, el sustituto debía hacerse cargo de ellos. Un "reescritio" de Severo y Caracalla estableció posteriormente que en caso de no estar indicados los gravámenes, debían hacerse cargo de ellos el heredero instituido y el sustituto.

En Roma tuvo gran importancia el culto de los antepasados, y como éste se hacía en forma privada, era fundamental dejar un heredero; en caso de que el testador haya dejado deudas, los acreedores ponían la nota de tacha de infamia al difunto. Para evitar esto, los romanos organizaron una serie de procedimientos hereditarios, en los que figuran las sustituciones. Además, como en el primitivo derecho romano no había un plazo fijo para cobrar las herencias, con las sustituciones se evitaba que dichas herencias quedaran vacantes, satisfaciendo también el interés de los acreedores.

2) Sustitución pupilar: "Es diferente de la vulgar, puesto que consiste en la designación de un sustituto que se le nombra al hijo impúber, por el padre o abuelo que tengan sobre él la patria potestad, en caso de que muriese después de ellos durante la impubertad, sin poder hacer testamento(2)(573).

Los tratadistas encuentran para esta sustitución una explicación, en razón de la cual la sustitución pupilar permite designar un heredero.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

evitando que pase la herencia a los sucesores "ab intestato". También se evitaba que los sucesores legales, los agnados actuaran maliciosamente contra el hijo impúber.

Pero además tiene una explicación de origen histórico; en la Roma primitiva los que integraban la familia eran considerados instrumentos de adquisición del "pater familias", por lo que no gozaban de capacidad patrimonial; es evidente que el "pater" al designar heredero al hijo impúber no hacía otra cosa que disponer de sus bienes, ya que los descendientes no tenían patrimonio.

El derecho de nombrar sustituto al hijo impúber, al ser un atributo de la patria potestad, es un patrimonio del "pater familia" en relación con sus descendientes que hasta su muerte se encontrasen bajo su poder.

Es condición fundamental de la sustitución pupilar que el pupilo muera durante el período de impubertad. Realizada esta condición, el sustituto adquiere todos los derechos hereditarios, pudiendo repudiarlos o no.

La sustitución pupilar se puede extinguir en los siguientes casos:

- a) si el descendiente arriba a la pubertad
- b) si el descendiente se emancipa antes de la muerte del testador
- c) en caso que el testamento se anule, por ser la destitución una mera consecuencia del acto testario,
- d) el sustituto, pierde también su derecho, si no pide la designación de un tutor para el pupilo, antes de un año y luego de la muerte del testador.

3) Sustitución cuasi pupilar: La sustitución "cuasi pupilar" o ejemplar ha sido introducida por Justiniano, "ad exemplum pupillares substitutionis". "Es la institución hecha en nombre de un descendiente furioso sin intervalos de lucidez, para el caso de que éste muera en estado de locura(3)(574).

No es necesario la patria potestad, y un ascendiente cualquiera, sea mujer o varón, puede hacer la sustitución. Es necesario y fundamental para esta sustitución, la institución del furioso, al menos en su cuota legítima. En esta sustitución el testador no puede violar los derechos de los legitimarios. Se extingue en caso de que el furioso muera antes que el testador, si sana, o si el testamento del ascendiente resulta inválido.

XIX. INVALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS

El testamento puede ser inválido desde su otorgamiento, o por causas posteriores, "nulo ipso iure" o "anulable". Existen según las causas varios tipos de nulidad: el testamento se llama "non iure factum" cuando el testador era incapaz, en el momento de la redacción, o no ha respetado las formas debidas.

El testamento es "irritum" cuando el testador pierde después la capacidad por efectos de la "capitis diminutio". Pero si el testador recuperó la "testamenti factio", el pretor concede al heredero la "bonorum

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

possessio secundum tabulas".

El testamento es "destitutum" o "desertum" cuando el heredero muere antes que el testador, o se vuelve incapaz o repudia la herencia.

El testamento se llama "ruptum" cuando el testador cambia su voluntad; no vale con respecto a esto ninguna cláusula en contrario. Según el antiguo "ius civile", la revocación sólo se podía hacer mediante un nuevo testamento; con ello el testador anula el testamento anterior. Luego el pretor y el Derecho Románico Helénico han ido transformando los principios del "ius civile". Si el testador ha destruido el viejo testamento, el Pretor rehusa la "bonorum possessio" al heredero instituido, y la concede a cambio a los herederos "ab intestato".

En el Derecho Justiniano es igualmente válida la revocación por la confección de un nuevo testamento aun con la destrucción del anterior. En la época Romano Helénica el testamento posterior imperfecto (sin firma, no sellado, etc.) revocaba al anterior a condición de que fuese confirmado por el juramento de cinco testigos, y fuese en relación a los herederos legítimos. (Teodosio II y Valentiniano III, 439 d.C.). Teodosio II y Honorio introdujeron la extinción del testamento por prescripción decenal.

Si el testamento nuevo confirma al anterior, éste es nulo como testamento pero la confirmación se puede interpretar como fideicomiso, así es que el heredero a base del testamento posterior está obligado a restituir la herencia al instituido en el testamento anterior, como fideicomiso universal.

La violencia o el dolo del instituido no anula la institución, pero el heredero queda excluido como indigno por su crimen, por lo que en semejante caso los bienes vacantes son devueltos al fisco.

Respecto a los militares, la simple manifestación de la voluntad era suficiente, tanto para quitar como para conferir herencia, pero las disposiciones del testamento anterior son anuladas sólo si son incompatibles con las nuevas.