

LA DISPOSICION MORTIS CAUSA EN EL DERECHO ROMANO VULGAR

SUMARIO: Capítulo I. Las donaciones revocables. A) Testamento. 1. Testamentos ordinarios. 2. Formas especiales de testamentos. Testamentos del ciego y del manco. Testamento del analfabeto. *Testamentum pestis tempore*. Testamentos en favor de la Iglesia. *Testamentum parentum inter liberos*. Formas públicas de testamento. 3. Evolución posterior del testamento. B) Codicilo. C) Donaciones imperfectas. D) *Donatio mortis causa*. E) Donaciones de padres a hijos. F) Donaciones de patrono a liberto. G) Donaciones entre cónyuges.—Capítulo II. Pactos sucesorios. A) *Donatio reservato usufructu*. B) *Donatio post obitum*. C) *Sponsalitia largitates*. D) Donaciones universales.—Capítulo III. Condiciones de validez de la disposición. A) Forma del acto. 1. Idioma. 2. *Sollemnia verba*. 3. Unidad del acto. 4. Escritura. 5. Testigos. 6. Suscripción y sello. 7. *Insinuatio*. B) Oficiosidad. C) Capacidad. 1. *Testamentifactio* activa. 2. *Testamentifactio* pasiva. 3. *Capacitas*. 4. *Dignitas*.—Conclusiones.—Apéndice I, II y III

ABREVIATURAS USADAS

a) FUENTES

BA = Breviario de Alarico.—CE = Código de Eurico.—CI = Código de Justiniano.—CS = Consultatio Veteris C. Iur.—CTh = Código Teodosiano.—D = Digesto.—ET = Edicto de Teodorico.—FG = Fragmentos de Gaudenzi.—FV = Fragmentos vaticanos.—GE = Epítome de Gayo.—GI = Instituta de Gayo.—GW = Epítome visigodo del Código Gregoriano.—Inst. = Instituta de Justiniano.—IG = Interpretatio al Código Gregoriano.—INTh = Interpretatio a las Novelas de Teodosio II.—INV = Interpretatio a las Novelas de Valentiniano.—IPS = Interpretatio a las Sentencias de Paulo.—ITh = Interpretatio al Código Teodosiano.—LB = Lex Burgundionum (Germánica.—LW = Lex Visigothorum.—Nov. = Novelas de Justiniano.—NAnth = Novelas de Antemio.—NM = Novelas de Mayoriano.—NMc = Novelas de Marciano.—NTh = Novelas de Teodosio.—NV = Novelas de Valentiniano.—PS = Sentencias de Paulo.—RB = Lex Romana Burgundionum.—UE = Epítome de Ulpiano.

b) BIBLIOGRAFÍA

Amelotti, DMC = *La donatio mortis causa in Diritto Romano* (1963).—Archi, Don. = *La donazione in Diritto Romano* (1960).—Biondi, Succ. =

*Successione testamentaria e donazioni*² (1955). D'Ors, Eur. = *El Código de Eurico. Edición y palingenesia* (1960).—D'Ors, RIDA = *El "Testamentum Porcelli" y su interés (para la historia jurídica, en RIDA, 1955, p. 219-236.*—Tjäder = *Die nichtliterarischen lateinischen Papyri italiens aus der Zeit 445-700* (1955).—Vismara, Patti = *Storia dei patti successori*, I (1941).

INTRODUCCION

La preocupación por el derecho romano vulgar es un asunto reciente que data apenas el tercio del siglo, y posiblemente sea hoy la gran cuestión de la ciencia romanística así como en la generación de los años 30 lo fue el tema de las interpolaciones. Por lo mismo que supone la reconstrucción de un período hasta ahora oscuro y difuso, situado entre el derecho clásico y Justiniano, y que se proyectó sobre todo hacia la historia jurídica medieval prerrieneriana, su estudio es del más alto interés para el jurista, y sobre todo para el historiador del derecho. La literatura científica entorno al derecho vulgar ha sido, pues, abundante en este último tiempo, pero se ha centrado mucho más en la fijación del concepto mismo de vulgarismo, que en el estudio de sus fuentes o su contenido. Postura que no deja de ser lógica, si se tiene en cuenta que es necesario operar sobre bases relativamente ciertas.

Para nosotros, y en el sentido que hemos enfocado el presente estudio, el derecho vulgar es posible delimitarlo desde tres puntos de vista: según un estilo, según una época y según un ámbito territorial.

Según un estilo —y en este punto concordamos con Wieacker— que es la caracterización fundamental. O para mejor decir, según una carencia de estilo, debida a que en el derecho vulgar falta la presencia creadora del jurisconsulto. El fenómeno de la *auctoritas* de los jurisconsultos, producto exclusivo del auge romano, ya no existe en el derecho vulgar, y la tensión creadora de la jurisprudencia, capaz de imprimir forma jurídica a los materiales sociales o económicos, al desaparecer, hace que dichos materiales se retrotraigan al "estado de naturaleza". De ahí la "contigüidad visual", que avvicina tanto el derecho vulgar al arcaico, porque en el fondo, constituye un primitivismo jurídico; el error de confundir la apariencia jurídica con el derecho, como por ejemplo la posesión con

la propiedad, o el derecho con su prueba o con el documento que la contiene.

La intervención de criterios extra-jurídicos, como ideas afectivas o morales, para resolver cuestiones de derecho, es otra de las notas fundamentales de esta pérdida de estilo. Un ejemplo clarísimo de esta actitud la hemos encontrado en nuestro estudio a propósito de los pactos sucesorios: mientras los clásicos prohibían el “pacto” sucesorio dispositivo —es decir, aquél en que dos personas disponen de la sucesión de un tercero aún vivo— por razón de que, estando vivo todavía el presunto causante, no había sucesión, y por tanto el “pacto” carecía de objeto, Justiniano (CI 2,3,30) no atiende a ninguna razón jurídica, y para nada se refiere a la falta de objeto, sino que rechaza el pacto por cuanto puede significar un “*votum mortis*”. Respecto de los pactos renunciativos se advierte la misma política: mientras para los juristas clásicos, ellos son nulos porque implican la renuncia a la condición de “*suus*” del renunciante, Justiniano los declara nulos por prevención al papel que el temor reverencial pueda jugar en ellos (CI 3,28,35, 1-2).

Por la misma razón que el estilo —o su carencia— es una cuestión de creación humana, que admite sus más o sus menos, los límites del derecho vulgar son imprecisos, y no siempre determinables fácilmente, e incluso hasta a veces indeterminables por una línea. No es un género nítido, como el *ius honorarium*, o el *ius civile*, o el derecho imperial, sino que es más bien una característica, un modo de ser, que puede afectar en mayor o menor grado a una institución, a una ley, a una obra, a una época. Por eso disentimos del criterio que lo contrapone —como derecho “popular”—, al derecho legislado, o imperial. Porque ciertamente, la tendencia a perder la forma se advierte hasta más claramente en los emperadores, menos conservadores que la sociedad o los prácticos del derecho, y por tanto, menos ligados aún que éstos a los restos de la jurisprudencia clásica. Hemos observado a menudo en obras post-clásicas no imperiales, como el Epítome Ulpiano, o las Sentencias de Paulo, o incluso el Epítome de Gayo, la tendencia sostenida a seguir tratando instituciones muertas, por puro respeto a la costumbre, y dando en sus párrafos la sensación engañosa de que se mantienen aún lozanas formas clásicas; o en los documentos tardíos, que

se habla de la *stipulatio*, o de la *mancipatio*, o del derecho civil y derecho pretorio como dualidad. Los emperadores, en cambio, en sus constituciones, tienden a arrojar por la borda este peso muerto, en una actitud, más que de irreverencia al pasado, de realismo ante el presente y de seguridad en su propio poder.

Hemos dicho que el derecho vulgar, además de por un estilo, está caracterizado por una época y un área geográfica. Naturalmente que tales caracterizaciones tienen que ser tan imprecisas como la del estilo, ya que en relación a él se han de juzgar. Dicho así podemos adelantar que el derecho vulgar es aquél que prevalece en una época y en un territorio en los que no hay jurisconsultos.

Es verdad que en toda época puede haber —y de hecho ha habido— vulgarismos, pues aun en el tiempo de la alta jurisprudencia, cabían manifestaciones jurídicas no condicionadas por la ciencia de los prudentes: valga como ejemplo la *querella inofficiosi testamenti*, tan influida por aquella retórica teatral de los abogados a la que no era insensible el Tribunal de los *C viri*. Como también puede haber derecho de estilo relativamente alto en épocas en que la jurisprudencia, como ciencia de creación, ha cerrado su ciclo, porque la autoridad de los muertos puede seguir dando forma a una realidad. Pero la cuestión hay que plantearse en términos de predominio, o de estilo dominante.

La época en que desaparece la figura del jurisconsulto se puede fijar en el año 228, con el asesinato de Ulpiano; es decir que prácticamente coincide con el fin de la dinastía de los Severos (235) y el comienzo de la gran crisis político-militar del Imperio. En este período se advierte una depresión en el tono de los modelos clásicos, caracterizada por el deseo de simplificar en el sentido de la utilización de los textos para los fines de la enseñanza elemental. Sobre todos los maestros desconocidos de Occidente los que realizan esta labor, y tienen, como advierte Kaser, la buena voluntad de procurar conservar y amoldar el derecho clásico a sus alumnos; sólo que, por sus dotes intelectuales más bien escasas, desfiguran a menudo el significado de aquél por falta de comprensión. Este período coincide con la revolución editorial que significa el paso del *volumen* (rollo) al *codex* (libro) y que significó la reedición y consiguiente reelaboración de los textos jurídicos (Estrato "A" de

Levy; “primer momento” de Wieacker). A esta época pertenecen obras como las Sentencias de Paulo, libro de las Reglas de Ulpiano, el Código Gregoriano. Para muchos autores, este período que nos ocupa, y que va aproximadamente hasta el advenimiento de Constantino, representa una época de transición entre el derecho clásico y el post-clásico, por cuanto se advierte siempre el afán de ceñirse a la terminología y al estilo anteriores, aun cuando los resultados en este orden sean modestos, Levy lo llama período cuasi-clásico; Wieacker, epiclásico, y Kaser, postclásico inicial. A partir de Constantino se inicia una política consciente de crear un orden nuevo: los funcionarios de la Cancillería Imperial son reemplazados por hombres distintos en formación y mentalidad; la obsesión por la “*veritas*” penetra también en el campo de lo jurídico, y la nueva situación político-religiosa comienza a producir sus nuevos frutos. Es desde esta época, de complejidades estructurales y mentales tan grandes, ya que está dominada por figuras que no desean la continuidad con el pasado, pero que tampoco pueden prescindir de su legado; que quieren imprimir a las cosas un nuevo modo de ser, pero que no poseen la capacitación técnica para ello; es desde esta época, decíamos, que comienza propiamente el derecho vulgar.

Después de la muerte de Constantino, el Imperio permanece administrativamente dividido en dos partes, la Oriental y la Occidental, salvo en el tiempo que va desde el año 350 al 364. En esta época existen dos cancillerías, y de cada una de ellas emanan distintas constituciones, dirigidas muchas veces sólo a una parte determinada del Imperio. Todo ello, por cierto, sin perjuicio de que tales constituciones lleven el nombre tanto de los emperadores orientales como de los occidentales, y de que las cancillerías se comuniquen mutuamente los actos legislativos.

El Código Teodosiano es la última gran fuente jurídica común para Oriente y Occidente: después de su fecha (año 438) puede decirse que la vida jurídica de las dos partes del Imperio queda escindida, con la única salvedad de que algunas constituciones de Teodosio II y de Marciano, emperadores ambos de Oriente, fueron recogidas en el breviario de Alarico. Ya desde Mayoriano (año 457) cesa toda relación y los campos jurídicos se separan definitivamente.

El proceso del "estilo" también se hace diverso en Oriente y Occidente, pues en esta parte no existieron academias de la altura de las de Berito y Constantinopla, las que gracias a un trabajo, ciertamente más de erudición que de creación, pudieron, en parte, contener la pérdida del estilo. Así, mientras Oriente vuelve a vivir un clima jurídico, si no ya clásico, al menos clasicista, y que culmina con el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, el Occidente sigue adelante el camino de la vulgarización, cuya línea empalmará, sin solución de continuidad, con el derecho medieval. Productos típicos de esta evolución son el Código de Eurico, el Breviario de Alarico y las leyes romano-bárbaras.

Desde el punto de vista, pues, del resultado final del proceso, el derecho vulgar es el derecho romano-tardío de Occidente: verdad es que en Justiniano también hay rasgos vulgares, como los que vimos a propósito de los pactos sucesorios, pero, repetimos, el vulgarismo es cuestión de predominio, y no de uniformidad. La verdad es que, al llegar al siglo v, se observa que es en Occidente donde faltan los jurisconsultos, pues en Oriente siguen existiendo las escuelas, que aun cuando sólo como un movimiento academicista y arcaizante logran restaurar relativamente las formas clásicas.

* * *

En nuestro trabajo hemos tenido en cuenta, además del "estilo", esta doble fijación temporal y espacial, y en conformidad a ello, consideramos objeto de estudio la época comprendida a partir de la muerte de Alejandro Severo (año 235). El corte final ha sido convencional, pues ya hemos advertido que el desarrollo del derecho vulgar se continúa en la Edad Media, pero tiene el valor de estar marcado por una recopilación importante: el Breviario de Alarico (año 506). Las fuentes que empleamos son las occidentales fundamentalmente, y las orientales sólo en cuanto tienen una influencia final en Occidente. Así, no hemos tenido inconveniente en utilizar los Novelas Teodosianas recogidas por el Breviario, pero hemos rechazado deliberadamente el uso de obras tales como la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* o el Libro Siro-Romano.

De entre las fuentes legales, usamos todas aquellas que aparecen en alguna compilación —sea pública o privada— que haya tenido difusión en Occidente, y así, en orden cronológico, nos hemos servido de Código Gregoriano (a. 293), Código Hermogeniano (circa 315), *Fragmenta Vaticana* (circa 325) y Código Teodosiano (a. 438). Además, del Código de Justiniano tomamos las constituciones promulgadas antes de la división administrativa del Imperio en el año 364. De fecha posterior de Teodosiano, hemos tomado todas las *novellae leges* que aparecen recopiladas en el Breviario, la *Consultatio*, y las llamadas leyes bárbaras: el Edicto de Teodorico (a. 451), el Código de Eurico (a. 476 ?), la *Lex Romana Burgundionum* (a. 501), Nuestro ciclo termina con el Breviario, a pesar de que hemos utilizado uno de los Fragmentos de Gaudenzi, por cuanto verdaderamente no hace sino enunciar claramente una situación a la que ya se había llegado con anterioridad.

En cuanto a las fuentes no legales, que con un abuso del lenguaje podríamos llamar “jurisprudenciales”, empleamos en primer lugar las Sentencias de Paulo, obra de un desconocido maestro occidental, posiblemente contemporáneo de Diocleciano o muy poco anterior, que por su contenido y difusión constituye una de las piezas fundamentales para reconstruir el derecho de la época. Las Reglas de Ulpiano —posiblemente compuestas entre los años 305 y 320, a imitación de las Instituciones de Gayo— nos han proporcionado a menudo material valioso para nuestro trabajo, aunque por su intención escolástica y arcaizante sea su utilidad menor que las Sentencias. *Fragmenta Vaticana*, a que ya nos hemos referido, trae importantes pasajes de la jurisprudencia clásica, pero “escogidos” según el criterio de la época y muy posiblemente alterados por el tránsito editorial que significó el “estrato A”. Por fin, las *Interpretationes* que aparecen en el Breviario a las Sentencias de Paulo, a los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, al Código Teodosiano y a las *Novellae Leges* post-teodosianas. El *Epitomo Gai* y los *Fragmenta Augustodunensia* presentan el mismo inconveniente que las Reglas de Ulpiano, pero han sido utilizados en la medida de lo posible.

Nuestro estudio está dividido en tres capítulos, dedicados sucesivamente a las donaciones revocables, los pactos sucesorios y las condiciones de validez de las disposiciones. En el primer capítulo hemos incluido tanto los testamentos y codicilos como las donaciones *mortis causa* y las donaciones inválidas que se hacen firmes con la muerte del donante. Las donaciones de patrono a liberto, cuya evolución final las acerca más a los pactos sucesorios que a las donaciones revocables, las hemos incluido, sin embargo, también, en este capítulo por razones de vecindad con las donaciones de padre a hijo. Entre los pactos sucesorios hemos incluido a las donaciones con reserva de usufructo, a las donaciones *post-obitum* y a la *sponsalitia largitas*—cuya frecuente función pactual advirtió Arangio Ruiz, y se nota aún hoy claramente en derechos que tienen parentesco estrecho con el romano vulgar, tal como es el derecho foral navarro. Las donaciones universales son más que una forma, un contenido de pacto sucesorio, pero se incluyen en el capítulo como réplica a la doctrina dominante y como elemento que ayude a configurar la desaparición de los límites entre donación y testamento. Por fin, en el capítulo de las condiciones de validez, tratamos conjuntamente pactos y donaciones revocables, aunque la temática de las fuentes al respecto más bien trata de intercambiar las condiciones de testamentos y donaciones. Nos referimos en el capítulo sucesivamente a requisitos formales, oficiosidad y capacidad de las personas que intervienen en el acto.

CAPITULO PRIMERO

LAS DONACIONES REVOCABLES

A. TESTAMENTO

Resulta posiblemente extraño comenzar un estudio sobre las donaciones revocables con el tema del testamento: incluso para la mentalidad de un jurista de la época de Diocleciano o Constantino, se mantiene una nítida diferencia entre ambas instituciones, que

hace imposible identificarlas. Pero un acercamiento gradual, que ya se había iniciado en época clásica —piénsese, por ejemplo, en la aplicación de la *Lex Falcidia* a las donaciones *mortis causa*— tendría que conducir necesariamente a la total confusión, lo que se manifiesta ya con toda claridad en el Código de Eurico.

Para el derecho vulgar, el problema que realmente interesa no es la *heredis institutio* —base del derecho testamentario clásico— ni la forma nuncupatoria-mancipatoria, sino los límites de la capacidad de revocación por parte del disponente. Junto a la tendencia de exaltación de la *voluntas*, que es una de las notas predominantes en el derecho de la época¹, se trata de establecer hasta qué punto se extiende para las donaciones el efecto propio testamentario de poder el donante revocar a su arbitrio mientras viva. Por este motivo se tienden a fundir en un solo tipo figuras que en época clásica presentan características muy diversas unas de otras, pero que para la mentalidad jurídica vulgar van a estar unidas bajo el común denominador de su revocabilidad *mutata voluntate*. En esta categoría se acumularán por igual las donaciones “imperfectas”², las donaciones “ofrecidas” pero aún no “cumplidas”³, las donaciones hechas a personas respecto de las cuales existe una imposibilidad técnica o legal para donar, pero que se convalidan por la *perseverantia voluntatis*, y por último, las donaciones *mortis causa*. Junto a ellas los testamentos —perdida la *heredis institutio* su categoría de *caput testamenti*—, presentan una similitud no sólo funcional, sino también estructural, y que llevará finalmente a la asimilación formal. Si el efecto que interesa o no lograr al hacer una disposición *mortis causa* es la revocabilidad de ésta, la figura opuesta al testamento no será, por ejemplo, una *donatio mortis causa*, sino un pacto sucesorio. Y ésta es, en derecho vulgar, la *summa divisio* en lo que a formas de sucesión voluntaria se refiere: por una parte, actos cuya eficacia queda condicionada a que el disponente:

1. LEVY, *Weströmische Vulgarrecht* (1956), 21 ss.

2. Véase pág. 122 ss.

3. El idioma de las fuentes suele usar la palabra “*oblatio*” para designar la donación sólo ofrecida. El empleo es frecuente en materia de dote, pero también se encuentra en textos específicos de donación: CTh 8, 12, 1 y 8, 18, 2.

persista en su propósito hasta el fin de sus días; por otra, actos que se hacen irrevocables desde el momento mismo de su celebración. Tal es la razón de que hayamos sumido en una misma categoría los testamentos y las varias figuras de donaciones revocables. Salvada esta explicación necesaria, iremos analizando las diversas clases de testamentos que existen en la época que estudiamos.

1. TESTAMENTOS ORDINARIOS

La clasificación que de los testamentos nos trae Gayo en 2, 101-102 y 103, ha perdido ya la vigencia en el derecho vulgar. UE 20, 2, aún conserva esta misma clasificación gayana, pero en forma tal, que ya se echa de ver la ausencia de los motivos que la mantenían. Gayo se refiere sucesivamente, en 2, 101, al testamento *calatis comitiis e in procintu*, y en 2, 102, al testamento llamado *per aes et libram*. El desconocido autor del epítome ulpiano trata, en el párrafo 20, 2, de resumir toda la descripción de Gayo, refiriéndose a estas tres clases de testamento como si todos ellos hubiesen tenido origen en una misma época. Agrega que por haber sido abolidos los dos primeros —en la época en que escribía la obra— sólo quedaba en uso el tercero, es decir, el testamento *per aes et libram*, el cual, según afirma el párrafo, se hacía mediante *mancipatio* imaginaria. Esta última mención no es más que un resumen escolar de la descripción histórica más o menos detallada que hace Gayo, y que va desde el testamento *per aes et libram* hecho con verdadera *mancipatio*, en presencia del *libripens* y con participación del *familiae emptor*, a aquél en el cual dichos personajes actúan como dos testigos más en una ceremonia ficticia.

Lo que para Gayo constituye el relato histórico de una evolución del testamento, es en UE la referencia a un resultado final, que sin duda, en la época de su autor era también histórico y pertenecía al pasado. En efecto: al comparar la fórmula de UE 20, 9

UE 20,9 In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit: HAEC VT IN HIS TABVLIS CERISVE SCRIPTA SVNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TES-

TOR, ITAQUE VOS QVIRITES TESTIMONIVM PERHIBETOTE. Quae nuncupatio et testatio vocatur.

con la de GI 2, 104⁴

GI 2,104 Eaque res ita agitur: qui facit <testamentum>, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, portquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur FAMILIA PECVNIAQUE TVA ENDO MANDATELAM CUSTODELAMQUE MEAM, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS QVIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

se verá que el primer texto expresa una *nuncupatio*, haciendo omisión de la fórmula de la *mancipatio familiae* contenida en Gayo. Esto significa que en UE, el viejo drama de la *mancipatio*, tan importante desde el punto de vista de la validez testamentaria para los clásicos, ha perdido interés, y que lo descrito no es un testamento *per aes et libram* según el sentido clásico, sino una sola *nuncupatio*. Tal es, sustancialmente, el llamado en la época vulgar testamento nuncupativo.

La expresión *nuncupatio* se va a utilizar en derecho vulgar precisamente para designar al testamento oral: así vemos en ITh 4, 4, 2 que al decir

“... quidquid testamento aut nuncupatione dimittitur”

se contraponen los términos “*testamentum*” y “*nuncupatio*”. En época tardía, la expresión “*testamentum*” se preferirá para el escrito, y en cambio al oral se le denominará simplemente “*nuncupatio*”⁵

4. Ver: ARCHI, *Oralità e scrittura nel testamento per aes et libram*, en St. Francisci IV (1956), 292.

5. Ver: KASER, *Das Römische Privatrecht II* (1955), 341, núm. 283 n. 1.

Debemos tener presente esta particularidad de la nomenclatura post-clásica al interpretar numerosos textos y pasajes, en los que parece haber un olvido total respecto de las formas orales del testamento cuando a él se refieren ⁶.

La más precisa descripción de la *nuncupatio* post-clásica la encontramos en NTh 16, 6.

NTh 16,6 Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint, non ut suum, ut adsolet fieri, narrantis arbitrium, hoc est ut manifeste testari se sub isdem testibus sine scriptura eo ipso tempore dicat, non futurum suae voluntatis promittat arbitrium.

Las solemnidades son únicamente las aquí exigidas, es decir, el número de testigos, el expresar manifiestamente que se hace un testamento sin escribir, en presencia de dichos testigos, y la unidad del acto, a la que se refiere la Novela con la frase “... *eo ipso tempore dicat, non futurum suae voluntatis promittat arbitrio.*”

No es necesaria la fórmula que para la *nuncupatio* se emite en UE 20, 9, puesto que la constitución de Constancio y Constante del año 339 contenida en CI 6, 23, 15 ⁷, afecta también a la *nuncupatio*, y a ello alude precisamente con las palabras

“... *nec necessarias sint momenta verborum quae forte seminecis et balbuciens lingua profudit*”

y también al final

“... *quibuscumque verbis uti, liberam habeam facultatem*”.

Junto al testamento oral o *nuncupatio*, existen dos formas de testamento escrito: el ológrafo, es decir, escrito por la propia

6. Así, por ejemplo, ITh 4, 4, 4, que comienza con las palabras “*Testamenta omnia vel Reliquas scripturas*”, da a entender que sólo existen testamentos escritos. Es posible que tal característica de designación contribuyera al olvido de la forma oral, o a considerarla una vía extraordinaria de disponer (C E 307,3). Para un examen del problema ver infra, cap. III, pág. 200.

7. Esta constitución suprimió la necesidad de *sollemnia verba* en los testamentos.

mano del disponente, y el alógrafo. El testamento ológrafo se halla reglamentado en NV 21, 2, 1 y no tiene ningún antecedente, ni en la legislación imperial ni en la jurisprudencia. Según Kaser⁸, es de tradición exclusivamente occidental, y el hecho de que no se recoja en la legislación justiniana parece venir en apoyo de esta afirmación⁹. Aparece también en una recopilación occidental posterior, cual es la *Lex Romana Burgundionum*.

RB, 45, 1 Testamenta, si per olegrapham manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem.

Este texto parece ser un resumen de NV 21, 2, 1.

NV 21, 2, 1 Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter leges devernimus, ut quisquis per holografam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere quos voverint non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui velut obsessos conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthae beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi. Late viam supremis aperimus arbitriis: si holografa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficet heredi adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstrat, quae in testamentis debere servari tam veterum principum quam nostrae praecipunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.

Como se observará, la facultad de hacer testamento ológrafo en la Novela Valentiniana es amplia, a pesar de que los ejemplos

8. KASER, *op. cit.* 345.

9. La Novela 21, 2, de Valentiniano, está fechada en Roma y dirigida a un funcionario occidental. Según Dominici, se trata efectivamente de una constitución destinada exclusivamente a regir en la parte occidental del Imperio: *Il problema dei rapporti burocratico legislativo tra Occidente ed Oriente* (1954), p. 457.

enumerados podrían inducir a creer que sólo es posible hacerlo en los casos en que por las circunstancias, resulta difícil contar con testigos. Sin embargo, en su parte sustancial la constitución no pone límites a esta facultad:

“*quisquis ...habeat liberam facultatem*”

dice, y los casos que siguen, son ejemplares antes de limitativos. RB, por cierto, suprime todos los ejemplos dejando sólo la parte sustancial del texto de la constitución.

Cuando las fuentes occidentales se refieren a “*testamentum*” sin más, debemos entender que se trata del alógrafo: ya vimos que para el oral se emplea la expresión “*nuncupatio*”; el alógrafo suele siempre recibir una denominación que lo califique como caso especial: *testamentum per holographam manum*¹⁰, *per holographam scripturam*¹¹, etc.

El testamento alógrafo, la forma más ordinaria de testamento, es aquel hecho por escrito y con la intervención de testigos

Uno de los problemas que más ha preocupado a los autores en el derecho testamentario vulgar, es la dualidad que se advierte en las fuentes entre un testamento de siete testigos y otro de cinco testigos^{12, 13}. ¿Se trata de dos formas distintas de testamento alógrafo? ¿O corresponde uno de ellos al alógrafo y otro a un tipo ya antes descrito? ¿O por el contrario, lo que en realidad se exige es la presencia de cinco testigos, siendo por puros motivos históricos que se menciona un testamento de siete testigos conforme al principio de que *superflua non noceant*?

Ferrari¹⁴, optando por esta última solución, estimó que había

10. RB, 45, 1.

11. NV, 21, 2, 1.

12. Para el examen del asunto ver: FERRARI, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente nell'alto medioevo* (1914), 46 ss.; DAVID, *Über die Form des ordentlichen, schriftlich abgefassten Privattestaments zur Zeit des Dominats*, en ZSS (1932), 314 ss.; JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht* (1949), 320 n. 1; BIONDI, *Suc.* 50 ss.; D'ORS, *Rida*, 230 ss.; ROELS, *Praetorisch in civiel testament in twee constituties van 424 en 446 en in de Klassieke tijd*, en RIDA 1958, p. 539 ss.

13. Entre las fuentes en que aparece la dualidad podemos citar: CTh 4, 4, 1; 4, 4, 7; NV 21, 1, 2; ITh 4, 4, 3; ET 28; RB 45,2.

14. Op. et loc. cit.

una total indiferencia en el empleo de cinco o siete testigos. Si ambos reciben, respectivamente el nombre de "civil" y de "pretorio"¹⁵, ello se debe a una reminiscencia de la época clásica, en que para el testamento civil —esencialmente oral— se exigía la presencia de cinco testigos, más el *familiae emptor* y el *libripens*, y para el llamado testamento pretorio —es decir, el acta mediante la cual el pretor concedía la *bonorum possessio secundum tabulas*— se requería la subscripción de siete testigos. Tal diferencia, sin embargo, no se explicaría para una época en que los viejos derechos civil y honorario se hallan totalmente confundidos, por lo que este autor llega a la conclusión de que, siendo válido el testamento de cinco testigos, la presencia de siete constituye una superabundancia indiferente para la validez. Basa su opinión en CTh 4, 4, 3) (año 396), que exige como fundamental la concurrencia de cinco testigos, pero sin que perjudique al testamento el hecho de que intervenga mayor número del anunciado.

Tal constitución, observa d'Ors¹⁶ parece sin embargo referirse no a todo testamento, sino únicamente al civil. La propia *Interpretatio*, al generalizar el concepto de que lo superfluo "*non nocet testamentum*", vuelva a hacer hincapié en la distinción:

"... ut vocabulum ponere aut civilis, id est quod quinque testium, aut praetorii iuris, quod septem testium erit subscriptione firmandum".

No puede tampoco explicar Ferrari por qué en constituciones posteriores, e incluso en fuentes emanadas de jefes bárbaros, se siga insistiendo en la diferencia.

Para David¹⁷, el testamento civil, de cinco testigos, es el alógrafo y el pretorio, de siete testigos, es el alógrafo. El argumento presenta también puntos débiles, pues los dos textos que se refieren al testamento ológrafo¹⁸ lo tratan como aquél que no requiere testigos. David replica que se trata de un caso especialísimo que por lo demás no llegó a prosperar en la legislación de

15. S. Isidoro (Orig. 5, 24, 5) define los testamentos civil y pretorio como los de cinco y siete testigos respectivamente.

16. D'ORS, RIDA, 231.

17. Op. et. loc. cit.

18. Ellos son NV 21, 2 y RB 45, 1.

Justiniano, pero a esto se puede duplicar que si bien no prosperó en Oriente, sí lo hizo en Occidente, que es precisamente donde subsiste el testamento de cinco testigos^{19, 20}.

Kunkel²¹ cree encontrar la explicación de la dualidad en que, mientras el testamento civil sirve para conferir la *hereditas*, el pretorio sólo habilita para obtener la *bonorum possessio secundum tabulas*. A esta opinión adhiere también Kaser²². Pero la verdad es que no se puede, en derecho vulgar, seguir hablando de *hereditas* y *bonorum possessio* como dos entidades diversas²³. Incluso los textos que aluden a ésta²⁴ no pueden darle otro sentido que el de un recurso procesal susceptible de ser utilizado aun por el propio heredero, como acontece con las instituciones paralelas de propiedad y posesión y que también en el derecho vulgar se confunden²⁵. D'Ors señala con mucha razón²⁶ que resultaría absurdo en un momento en que el rito de la *mancipatio* ha desaparecido, atribuir, de entre dos testamentos que sólo se diferencian por el número de testigos, más eficacia al que menos testigos requiere.

Biondi²⁷ propone una solución, en cierta manera más compleja: estima que el testamento civil habría sido el oral, y el pretorio el escrito, pero que esta dualidad de formas sólo habría subsistido hasta la NTh 16, en que se establece un régimen unitario, requiriéndose siete testigos para todo testamento. Tal régimen unitario establecido en NTh 16 es lo que se ha solido llamar "testamento tripertito"²⁸, por combinar elementos tomados de tres fuentes: el Derecho Civil,

19. Ver D'ORS, RIDA, 232.

20. En la legislación de Justiniano, el codicilo es convertido en un testamento menor, de cinco testigos, mientras que para el testamento se exigen siete testigos. El emperador bizantino realizó la reforma interpolando CTh 4, 4, 7, 2. Compárese este texto con CI 6, 36, 8, 3.

21. JÖRS-KUNKEL, Op. et loc. cit.

22. KASER, *Das Römische Privatrecht II* (1955), 343, y n. 1.

23. C. DUPONT, *Les successions dans les constitutions de Constantin*, en IVRA (1964), 103, reconoce la identidad de la situación como sucesores del *heres* y el *bonorum possessor* para la época de Constantino.

24. CTh 4, 4, 7, y aun en constituciones de Justiniano, como CI 6, 55, 12.

25. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (1951), 61 ss.

26. D'ORS, RIDA, 231.

27. Op. et loc. cit.

28. IGLESIAS, *Instituciones de Derecho Privado Romano** (1953), 315.

la necesidad de testigos y la presencia de ellos en un solo acto; de la legislación imperial, las subscripciones del testador y los testigos, y del Derecho Pretorio, los sellos y el número de testigos²⁹.

Vale la pena considerar con detención esta hipótesis. En primer lugar, es evidente que la explicación de la dualidad en base a la oralidad o la escritura, guarda concordancia histórica con el nombre que ambos testamentos reciben, pues en efecto, durante la época clásica el civil se realiza oralmente, mediante la *mancipatio*, y el pretorio consiste en un documento escrito —las *tabulae*— con el sello de siete testigos. Pero por otra parte —ya lo hemos advertido— las fuentes post-clásicas llaman testamento, en general, sólo al escrito, y por lo tanto es a él que parece referirse la clasificación doble. La propia NTh 16,6 contiene un caso de testamento oral o *mancupatio*, para el que se exigen siete testigos, y no cinco. Esta última objeción se podría contestar con el argumento de que precisamente NTh 16, por pretender establecer un régimen único, generaliza el requisito de siete testigos para todo testamento, y ello nos lleva al análisis de la segunda afirmación de Biondi: la del testamento tripertito.

Varios textos posteriores a NTh 16, como son NV 21, 1; ET 28 y RB 45, 2, vuelven a referirse a los testamentos de cinco y de siete testigos como dos especies diferentes. Biondi cree que ello está en relación con la distinción que se establece entre los números 2 y 7 de NTh 16. Después de esta constitución, dice el autor, todas las veces que las fuentes establezcan la dualidad, se ha de entender que con el testamento de siete testigos quieren mencionar a NTh 16, 2, o sea al “tripertito”, y que con el de cinco testigos se refieren a NTh 16, 7. Pero en este último pasaje, como reconoce el mismo Biondi, no se trata de un testamento, sino de una *voluntas abintestato*, que puede ser simplemente un documento revocatorio, o una *divisio inter liberos* o, excepcionalmente, un *testamentum parentum inter liberos* los cuales, como veremos luego³⁰ no constituyen para los romanos verdaderos testamentos ni reciben siquiera esa denominación³¹.

Lo que acontece es que NTh 16 no ha pretendido unificar el ré-

29. Para mejor comprensión, ver en Apéndice, NTh 16, traducida.

30. Infra, 108 ss.

31. El mismo BIONDI, Suc. 68 y 224, n. 1, se resiste a llamarlo testamento, y lo califica de *donatio mortis causa*.

gimen testamentario, sino sólo reglamentar el testamento pretorio, y así lo entiende la propia Interpretatio:

“si aliquis iure praetorio condiderit testamentum, id est quod septem testium subscriptionibus confirmatus...”

Rechazadas todas estas explicaciones, parece ser la más razonable la propuesta por d’Ors, basándose en RB 45, 2.

RB 45, 2 Si vero testis adhibentur, ante quos testator vel suscribat vel suum testamentum offerat subscribendum, cives Romani testis adhibendi sunt, numero competenti, vel V vel VII, qui ad testamentum iure adhiberi possunt quorumque testimonium recipetur, cum quibus est nobis testamenti factio, secundum legem Theodosii et Valentiniani ad Florentium praefectum preturii datam.

Se advertirá en el presente texto el paralelismo que surge del empleo reiterado de la conjunción disyuntiva “vel”.

“vel suscribat, vel suum testamentum offerat subscribendum... vel V vel VII”.

Son posibles, pues, dos clases de testamentos alógrafos —pues a ellos se refieren el texto, en contraposición al párrafo anterior, 45, 1 en que trataba del ológrafo—; uno en que los testigos presencian el acto por el que el testador redacta o suscribe el testamento, y otro en que el testamento es presentado ya hecho a los testigos, para que éstos lo firmen. Tal explicación tiene también la ventaja de guardar concordancia con la historia de las formas testamentarias, pues en el antiguo testamento civil, los testigos asistían a la declaración por la que el testador instituía y hacía las demás disposiciones: en cambio, el pretor, para otorgar la *bonorum possessio secundum tabulas*, prescindía de la circunstancia de que las disposiciones del causante fuesen conocidas por las personas cuyos sellos aparecían en las tablas.

El testamento civil es, entonces, un testamento abierto, en el sentido que los testigos presencian el acto, pueden, por lo general, conocer su contenido, y dan fe de la autenticidad del testamento mismo. El pretorio, en cambio, es cerrado, pues ha sido hecho sin la presencia de los testigos, los cuales, por tanto, desconocen en general sus disposiciones, y dan fe, no de la autenticidad del acto, sino de haber declarado el disponente que el documento previamente confeccio-

nado es un testamento. Todo esto parece estar en concordancia con el comienzo de NTh 16, 2, en que advierte la utilidad del testamento pretorio para el secreto de las disposiciones

“si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt”.

Así, podemos dar como muy probablemente establecido que en el derecho post-clásico occidental se conocieron cuatro formas de testamento “ordinario”: la “*nuncupatio*”, o testamento oral; el testamento ológrafo, sin testigos y escrito de la propia mano del testador; el testamento civil, escrito, o al menos suscrito, ante cinco testigos, y por fin, el testamento pretorio, presentado por el testador a siete testigos para su suscripción y sello.

2. FORMAS ESPECIALES DE TESTAMENTO

Testamento del ciego y del manco

El ciego y el manco, por no poder escribir, únicamente pueden hacer *nuncupatio*. Referencia a ello encontramos en PS 3,4^A,4 y 3,4^A,4^A. este último fragmento no recogido en la compilación visigótica. Ninguna singularidad, pues, respecto de épocas anteriores, salvo, naturalmente, el cambio de forma de la *nuncupatio*. Solamente Justino, en una constitución del año 521 d. C. (CI 6,22,8) y dada para la parte oriental del Imperio, establecerá una forma especial para el testamento del ciego.

Testamento del analfabeto.

Está reglamentado en NTh 16,3. Se trata de un testamento pretorio, con la particularidad de que, en lugar de la suscripción del testador, aparece la de un octavo testigo. Surge la cuestión de si es posible al analfabeto celebrar testamento civil, con la intervención de un sexto testigo que por él suscriba. La alusión a un *octavus testis* en las fuentes es clara, sin embargo de lo cual d'Ors estima³² que ET 29 generaliza la intervención del octavo testigo a todo testamento no firmado por el testador.

ET 29 Quod si testator aut literas ignorando aut per necessitatem vicinae mortis propriam subscriptionem non po-

32. D'ORS, RIDA, 234 y 235.

tuerit commodare, tunc octavus testis pro testatore adhibeatur huiusmodi, de cuius fide dubitari omnino non possit: scituris testibus et scriptore praecipue testamenti, quod si quis falsitatis extiterit, sub cognitione decursa se supplicium evadere non posse, quod circa falsarios legum dictat auctoritas.

Naturalmente, ET 29 hay que interpretarlo en consonancia con ET 28:

ET 28 *Faciendorum testamentorum omnibus, quos testari leges permittunt, damus late licentiam: ita ut septem aut quinque testes ingenui ac puberes in conspectu testatoris, uno tempore, eodem rogante subscribant.*

el cual hace referencia a testamentos de cinco y de siete testigos: el *octavus testis* no se puede relacionar más que con el testamento pretorio. Por lo demás, lo más posible es que en el civil, siempre se requiriese la subscripción del testador³³. Teodorico no introduce, así, reformas sustanciales al régimen de la NTh 16,3.

Además de esta forma especial, reglamentada para los testamentos escritos en virtud de no poder escribir el analfabeto, puede éste disponer mediante *nuncupatio* conforme a las normas comunes, ya que, en este caso, su incapacidad es irrelevante.

Testamentum pestis tempore

Está contenido en una constitución de Diocleciano del año 290 d. C., recogida en CI 6,23,8. Tiene la sola particularidad de no hacer necesaria la presencia simultánea de los testigos, es decir, que afecta al requisito solemne de la unidad del acto testamentario. El primer período de la constitución,

“Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatus est”

y el tiempo pretérito empleado para las formas verbales posteriores, parecería indicar que esta norma se limita a sancionar una costumbre ya establecida. La referencia a tal costumbre, puede, no obstante, aplicarse muy bien al “testamento pretorio” clásico, ya que, al exigir el pretor sólo la *obsignatio* de los siete testigos sobre las ta-

33. Ver infra, pág. 197.

blas, desentendiéndose de que realmente hubiese habido *mancipatio familiae*, estaba en el hecho prescindiendo del requisito de la unidad del acto. En todo caso, el que Diocleciano llame sin más "*testamentum*" a las "*tabulae*" que sólo conferían la *bonorum possessio*, presenta en sí una confusión post-clásica.

Por cuanto este testamento no presenta mayor novedad respecto del "testamento pretorio" clásico, y porque en NTh 16 se introdujo la exigencia de la unidad del acto también para el testamento pretorio, hemos pensado que no subsiste con posterioridad a NTh 16. No deja de ser sugestivo que la legislación occidental no haga más referencia a él. Por lo demás, el testamento ológrafo suplía con creces sus ventajas.

Testamentos en favor de la Iglesia.

La legislación de los emperadores cristianos, según Biondi³⁴, tendió a favorecer ampliamente la validez de las liberalidades en favor de la Iglesia o de obras pías, suprimiendo formalidades que se exigían en derecho ordinario. Constantino (CTh 16,2,4, de 321 d. C.), junto con ratificar la capacidad testamentaria de la Iglesia, admite la libre disposición de bienes a su favor y que "*non sint cassa iudicia*". Marciano, en una constitución promulgada para Oriente, pero recogida en el Breviario de Alarico (NMc 5), deroga tres constituciones anteriores, de Valentiniano y Valente la una (CTh 16,2,20) y de Valentiniano, Teodosio y Arcadio las dos últimas (CTh 16,2,27. 28), y dispone la libre facultad para las viudas, diaconesas, vírgenes y mujeres religiosas en general, de asignar *mortis causa* a la Iglesia, o a templos, o a mártires o a pobres, dando por supuesto que el instrumento mediante el cual disponen "*omni iuris ratione, munitum sit*". Esto último nos hace pensar, contra Biondi, que Constantino, en su constitución del año 321, se limita a reconocer la *testamentifactio* pasiva de la Iglesia, pero que deja vigentes las solemnidades del derecho ordinario³⁵. En los documentos de Rávena³⁶, las forma

34. BIONDI, *Succ.* 68; *Diritto Romano Cristiano* (1952), II, 204 ss., III, 331.

35. Así también para Gotofredo, ver BIONDI, *Succ.* 68 n. 1.

36. TJADER, documentos 4 a 8. Aun cuando todos ellos son posteriores a Justiniano, sirven para probar nuestro aserto.

lidades testamentarias se observan escrupulosamente cuando se dispone a favor de la Iglesia.

*Testamentum parentum inter liberos*³⁷.

La terminología "*testamentum*" y "*divisio parentum inter liberos*" no es romana, sino moderna³⁸. Sin embargo, por cuanto el uso la ha consagrado, y no encontrándose expresiones equivalentes en Derecho Romano, recurriremos a ella.

No deben ser confundidos "*testamentum*" y "*divisio*": existe ésta cuando el causante no altera las cuotas *abintestato* en la distribución; en cambio hay "*testamentum*" cuando sí las altera³⁹. Un caso de "*divisio*" tenemos en Nov 18,7. De "*testamentum*" podemos encontrar un ejemplo en Nov 107.

El *testamentum parentum inter liberos* es de origen oriental⁴⁰; sin embargo, también fue conocido en Occidente, y testimonio de ello nos dan bastantes fuentes vulgares. Este tipo de disposición es válido siempre que no contenga cláusulas a favor de un extraño. Justiniano, sin embargo, en Nov 107, terminará por admitir asignaciones en beneficio de otras personas.

Recorre esta figura en la legislación romana posterior, una historia relativamente larga e interesante, que acaba no en el derecho occidental, sino en el justiniano. La primera referencia que tenemos está en una constitución de Constantino, del 321 d. C., contenida en CI 3,36,26⁴¹. En ella se faculta para hacer este tipo de disposiciones a padres o abuelos, en favor de *heredes sui o emancipati*. Las madres, pues, no tienen esta facultad, ya que, por no ejercer la pa-

37. Para bibliografía: SOLAZZI, *L'origine del testamentum inter liberos*, en SDHI (1944), 356-362. BIONDI, *Suc.* 70; *Diritto Romano Cristiano* (1952) III, 338 ss.; VOCI, *Diritto creditario Romano* (1963) II, 1, 123 ss.

38. KASER, *Das Römische Privatrecht II* (1955), 345.

39. Según BIONDI, *Succ.*, 68, la diferencia entre *testamentum* y *divisio* radica en que mientras en aquél el ascendiente establece cuotas, en la *divisio*, dentro de las cuotas, asigna cosas singulares, de manera que el *testamentum* vincula a los descendientes, en tanto que la *divisio* vincula al juez que conocerá de la *actio familiae herciscundae*.

40. KASER, *op. et loc. cit.*

41. Para el origen del *testamentum parentum inter liberos* en las fuentes ver: SOLAZZI, *op. et loc. cit.*

tria potestas, no puede tener *heredes sui* ni tampoco emancipar. Se debe tratar de un testamento, aun cuando no acabado, codicilo, cartas o, sencillamente, escrituras con simples indicios. Las solemnidades testamentarias, pues, no son necesarias: ni siquiera la *heredis institutio* es indispensable, puesto que en un codicilo, carta o simple escritura, no hay institución. Para que sea válido es, por lo demás, necesario que no haya, entre aquellos a quienes las cuotas son asignadas, personas extrañas; pero sí puede haber emancipados, que desde el punto de vista del Derecho Civil son extraños. Cabe indicar que en esta constitución se ha prescindido de la diferencia entre Derecho Civil y Pretorio no sólo en el hecho de que se admita a los emancipados dentro de la disposición de última voluntad, sino que además se habla de aquéllos "*quod praetor ad successionem vocat*", con lo que se estima que el decreto por el cual se concede la *bonorum possessio* da lugar a una verdadera sucesión. Desde una perspectiva clásica, el *bonorum possessor* no puede ser considerado sucesor, sino simplemente poseedor de los bienes, aun cuando esta posesión tenga efectos similares a la *successio*.

Otra constitución, también de Constantino, posiblemente de fecha muy poco posterior a la que ya hemos hecho referencia, y que está recogida en CTh 2,24,1, repite en sustancia lo que dispone CI 3,36,26. Su *interpretatio*, al referirse al patrimonio del difunto lo llama "*facultas*", término que generalmente es empleado en época post-clásica para designar el *as* hereditario.

ITh 2, 24, 1 Quando facultas patris inter filios vel nepotes dividitur, specialiter voluntas patris vel avi paterni debet in omnibus custodiri, cuius testamentum etiamsi non fuerit perfectum aut si non legitimo numero testium subscribatur nec gestis allegetur, tamen si agnoscitur defunctus, de quo supra dictum est, de facultate sua aliquid ordinasse, quidquid unumquemque de filiis vel nepotibus cuiuscumque sexus habere voluerit, hoc sibi sine consortis repetitione defendat: nec praesumat aliquis, quod alteri consorti auctor ille dimiserit. Sed hoc inter filios et nepotes ex filiis masculis observetur, quod voluntate auctoris per quamcumque scripturam probabitur ordinatum.

NTh 16, en sus números 5 y 7 nos trae alguna novedad: establece que un testamento imperfecto puede tener validez, siempre que

sea entre solos los descendientes, y considera que testamento imperfecto es aquel que no está suscrito y sellado por los testigos (núm. 7). Guarda este texto evidente relación con CI 3,36,26, por cuanto atenua las exigencias relativas a solemnidades⁴². Es cierto que NTh no llama a este acto "*testamentum*", sino "*voluntas abintestao*", pero como ya lo advertimos, la expresión "*testamentus parentum inter liberos*" no es romana sino moderna⁴³. También cabe agregar que la "*voluntas*" de NTh 16, 5 y 7, puede llenar otras funciones, como el servir de documentos revocatorios a un testamento anterior, hecho sin otro fin que el de lograr que los hijos obtengan sus cuotas *abintestato*⁴⁴.

La Novela Teodosiana no limita la facultad de disponer mediante especial "*testamentum*" a los ascendientes varones paternos, como CI 6,36,26, sino que prescinde de toda distinción de sexo. Justiniano, al interpolar NTh 16 (CI 6,23,21,3) agregó explícitamente la equiparación de los ascendientes paternos y maternos a este respecto. También estableció que cuando en este "*testamentum*" —ya le da el nombre— son instituidos extraños, ello no acarrea la nulidad, sino que la porción de éstos acrece a los descendientes⁴⁵. La Nov 107, por fin, además de prescribir una serie de formalidades para la realización del "*testamentum parentum inter liberos*", añade que vale la inclusión de la mujer u otros extraños.

Agregaremos una última observación: el resultado de un *testamentum parentum inter liberos* podía lograrse en caso de que un padre, mediante prelegados, distribuya todo su patrimonio entre los *liberi*, o bien —si se tiene en cuenta que para Papiano la *heredis*

42. Como también con las donaciones de padres a hijos, en que las solemnidades se suelen ver atenuadas. Ver *infra*, p. 150 ss.

43. Las fuentes usan casi siempre una perífrasis para designar esta disposición: "*imperfectum testamentum*" (CI 6, 23, 21, 3; CTh 2, 24, 1) o con términos genéricos como "*voluntas*" (CI 3, 36, 26).

44. Los casos establecidos en NTh 16, núms. 5 y 7, aunque semejantes, no son idénticos: el testamento imperfecto del núm. 5 puede valer como *testamentum parentum inter liberos*; en cambio, el núm. 7 establece la forma de un documento revocatorio. Para ello se exige que los testigos juren.

45. El acrecimiento ya estaba establecido en CI 3, 36, 26, pero es posible que se trate de un texto interpolado. Ver SOLAZZI, *op. et loc. cit.*

institutio ex re certa se asimila a una *praeceptio*⁴⁶ distribuyendo todo el patrimonio entre los hijos mediante instituciones sobre cosas ciertas. Si se piensa que el *testamentum parentum inter liberos*, al igual que estos dos casos, también se hace efectivo mediante una acción divisoria, podríamos conjeturar que se trata de una forma simplificada —por menos solemne— de las anteriores maneras de disponer.

Respecto de la “*divisio parentum inter liberos*”, no hay ningún texto en la legislación tardía de Occidente que a ella aluda. Sólo en Oriente se encuentra tratada, y precisamente por Justiniano (Nov 18, número 7). No obstante, en cualquiera de los casos que mencionan a su figura “paralela”, el “*testamentum*”, es posible una “*divisio*” hecha de modo que las cuotas *abintestato* no sean alteradas.

Formas “públicas” del testamento.

Se conocen también, en derecho post-clásico, algunas formas testamentarias llamadas públicas. Los textos nos traen noticia del testamento *apud acta conditum* y del testamento *principi oblatum*; el primero, otorgado ante el juez o la curia municipal, y el segundo, remitido al Emperador para su conocimiento o depositado en archivo público.

Estas solemnidades parecen no eximir la forma común, constituyendo sólo requisitos especiales de apertura y publicación. Parecen, en todo caso, haber tenido muy poca difusión en la práctica⁴⁷. Sobre estos testamentos, nos remitimos a lo dicho en cap. III, párrafo A. (*Insinuatio*.)

3. EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL TESTAMENTO

Todas las formas testamentarias se van, progresivamente, disolviendo en la más simple de la *donatio mortis causa*, o de la donación en general⁴⁸. Resulta imposible, en la economía de los medios jurí-

46. Ver al respecto, infra, 121 ss.

47. BIONDI. *Succ.*, 66, n. 1.

48. El capítulo III de este trabajo viene dedicado a describir el proceso de acercamiento entre testamentos y donaciones a través de la asimilación en los requisitos de validez.

dicos, mantener formas complejas si se pueden obtener los mismos resultados con medios más sencillos. Desde el mismo momento en que una donación revocable cumpliera iguales fines que un testamento, el medio más formal, el que había significado un mayor esfuerzo de creación, estaba destinado a desaparecer. La historia del testamento en la época post-clásica es la historia de su extinción como figura autónoma: sin embargo, los textos siguen mencionando el "*testamentum*", y entre los documentos se encuentran "*testamenti*": ¿tiene ello algún significado?

En la mayoría de las fuentes que hemos examinado pertenecientes a época en que la *heredis institutio* ha dejado de ser solemnidad⁴⁹, los términos "*testamentum*" y "*donatio*", unidos generalmente por una conjunción disyuntiva, aparecen como equivalentes, para indicar que unos mismos son los efectos o las condiciones de ambos⁵⁰. Hay una serie de textos, sin embargo, en que se advierte un matiz diferenciador. Uno de ellos, sobre todo, que a primera vista aparece desconcertante, da, a nuestro entender, la clave del asunto: la donación es un género del cual el testamento es una especie:

ITh 3, 8, 2 "...*Quidquid vero prior maritus per testamentum seu fideicommissum seu legati titulo vel mortis causa uxori donaverit, de his rebus, quas tali mulier donatione percepit...*"

Significa que una de las formas de donar es... *per testamentum*. El mismo criterio que nosotros hemos empleado incluyendo el testamento entre las donaciones revocables, como una más de ellas.

Si es el testamento una especie dentro del género donación, cabe averiguar su diferencia específica, y al respecto, en todas las demás fuentes en que se advierte aquel matiz diferenciador, parece existir la idea de que aquél es un acto ejecutado por el *moriens*. Veamos tales textos uno por uno, en su parte pertinente.

49. Para la pérdida del carácter de solemnidad de la *heredis institutio*, ver *infra*, p. 120 ss.

50. Además de los citados a continuación, se pueden invocar los siguientes textos: CS 6, 12; 7 a 3; IG 4; IP 3, 11, 1; CTh 2, 19, 4, 2, 19, 6; ITh 2, 19, 4; 2, 19, 6; 2, 20, 1; 4, 8, 6; INTTh 14; 22, 2.

CTh 16, 2, 20 (a. 370, Valentiniano, Valente y Graciano)
“... Si forte post admonitionem legis nostrae aliquid isdem eue
feminae vel donatione vel extremo iudicio putaverint relinquen-
dum, id fiscus usurpet”

Es el más antiguo de los textos en que tal oposición aparece. En él no es usado el término “*testamentum*”, pero sí otro equivalente: “*extremum iudicium*”.

CTh 3, 12, 3 (a. 396, Arcadio y Honorio) “...nihil prorsus
praedictis ne per interpositam quidem personam vel donec su-
perstes vel mortuus derelinquat...” “...Testamento suo extra-
neis nihil derelinquat, sed sive testato sive intestato...”

La constitución usa la forma verbal “*derelinquat*” seguramente para englobar con ello la sucesión testada e intestada: en el pasaje posterior que también hemos transcrito indica que la forma de “*relinquere*” es mediante testamento.

CTh 16, 5, 49 (a. 410, Honorio y Teodosio) “...nihil deinceps
invicem sibi vel donare vel ipsos donatione consequi, nihil item
relinquere nec capere testamento decernimus. Creant emolu-
mentis, quae ex donationibus vel morientum voluntatem...”

Se notará la correspondencia que existe entre el primero y el segundo período del pasaje transcrito: a: “*vel donare, vel ipsos donatione consequi*”, corresponde “*quae ex donationibus*”; a “*relinquere nec testamentum*”, corresponde “*morientum voluntatem*”. El testamento aparece entonces como la voluntad de una persona en trance de muerte.

ITh 3, 9, 1 Clara interpretatione has duas sententias explanavit, ut praeter sponsaliciam donationem, si maritus moriens de patrimonio suo usumfructum relinquit uxori, iuxta voluntatem eius relicta possideat, ita ut, si mulier postea alio viro nubserit, mox usumfructum ex testamento acquisitum filiis eius refundat, a quo usumfructum fuerat consecuta: usumfructum vero de sponsalicia largitate usque ad obitum suum, sicuti superius alia lex locuta est, merito retinebit: unde haec ipsa post obitum matris ad illius mariti filios, qui donavit, proprietatis reditura est.

El usufructo ha sido dejado por testamento "*marito moriente*", y la *sponsalicia largitas* constituye, en cambio, una donación

FG 9 Si quis non habuerit filios legitimos de legitima uxore natos, et habuerit naturales, quartam partem hereditatis sue habeat licentiam relinquere naturalibus, si voluerit, dum sanus est, per donationis cartulam, aut moriens, per testamentum.

Completa la evolución del testamento vulgar, y determina su naturaleza en la última fase. La donación constituye un modo de disponer "*mortis causa*" "*dum sanus est*", y el testamento es el modo de disponer "*in articulo mortis*": "*aut moriens*". Ninguna diferencia, ni de forma, ni de destino, ni de condiciones de validez: sólo la circunstancia en que se ejecutan los califica. Es posible, no obstante, que este mismo hecho haya generado una forma más simple para el testamento, que no era aplicable a la donación, por no darse en esta la situación de necesidad existente en presencia del "*moriens*". Obsérvese que FG 9 prescribe la forma escrita para donar: "*per donationis cartulam*", y en cambio nada dice para el testamento. Eiiio concuerda con las dos modalidades que aparecen en CE 307 para la donación: una escrita, de aplicación común (núm. 1), y otra oral, para caso de necesidad (núm. 2).

B. CODICILO

Diferenciados netamente del testamento en época clásica, los codicilos también sufrirán en virtud de su analogía funcional con aquél, un proceso de asimilación gradual e inevitable. Numerosos factores, pero sobre todo dos: caída de la *heredis institutio* y asimilación de legados —contenido propiamente testamentario— con fideicomisos —contenido fundamental de los codicilos— influirán notablemente en el proceso de acercamiento.

Procuraremos partir, para el estudio de su evolución post-clásica, desde una época en que las categorías codicilares comienzan a desdibujarse, precisamente, por efecto de la progresiva confusión legado-fideicomiso. Tal época la podemos fijar en la extensión, para los asuntos relativos a legados, de la *cognitio extra ordinem*, es decir,

en la desaparición del *agere per formulas*. De esta época, o levemente posterior, parece ser el llamado "*Pauli de iure codicillorum liber singularis*", del cual aparecen cinco fragmentos en el Digesto⁵¹. Guarino⁵² afirma, con argumentos convincentes, que el libro, como muchos "libros singulares", se trata de una obra apócrifa, cuyo verdadero autor es un desconocido jurista post-clásico.

En un extenso estudio crítico sobre el trabajo de Scarlata Fazio relativo a la sucesión codicilar⁵³, analiza Guarino D 29,7,8,pr. en que el seudo Paulo establece una clasificación cuadripartita de los codicilos

D 29, 7, 8, pr — Conficiuntur codicilli quatuor modis, aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento

y llega a las siguientes conclusiones:

1. El texto no es de Paulo, por una serie de razones que se expresan:

a) "*Conficiuntur codicilli quatuor modis*" no guarda relación con lo que sigue del texto, ya que no existe correspondencia entre "*confirmantur*" y "*conficiuntur*". El pasaje no dice que haya cuatro clases de codicilos, sino cuatro maneras de hacerlos; pero de su lectura resulta que no hay cuatro modos de hacerlos, sino de confirmarlos. Una contradicción a la que se une otra, también resultante del entero contexto: se deduce que sólo hay dos modos de hacer codicilos; o en consideración al testamento (*testamento facto*) o sin haber hecho testamento (*sine testamento*).

b) "*Aut per fideicommissum rell*" no puede ser genuino; porque, además de faltar el verbo regente, no se explica, conforme a criterios de derecho clásico, la mención al fideicomiso: ¿"*Conficiuntur ...per fideicommissum*"? Resulta absurdo, puesto que es el fideicomiso que se puede hacer por codicilo y no viceversa; ¿"*Confirmantur ...per fideicommissum*"? Aún más absurdo, porque la confirmación sólo puede tener lugar mediante testamento.

51. Son ellos, D 29, 7, 8; 30, 127; 34, 4, 16; 36, 1, 38; 40, 4, 28.

52. GUARINO, *Pauli de iure codicillorum liber singularis*, en ZSS (1942,) 209 ss.

53. GUARINO, op. cit. 209-254.

2. Tampoco puede el texto —y, por tanto, la clasificación cuadripartita—, proceder de Triboniano, porque está en contradicción con Inst. 2.25.1.

Inst. 2, 25, 1 Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed ((et)) intestatus quis decedens fidei-committere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis, qui testamentum praecedunt, posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui postea testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse.

ya que para Justiniano resultaba extraña la idea de que todo codicilo —en época clásica— pudiese en cierta manera considerarse confirmado. El pasaje transcrito adhiere a la doctrina clásica, por lo que estima que un codicilo que sólo puede contener válidamente fideicomisos, no debe tenerse por confirmado. •

Para Guarino, habrían existido en época clásica, sólo dos clases de codicilos: “*testamento confirmati*” que podían contener no sólo fideicomisos, sino sobre todo legados, y “*testamento non confirmati*”, los cuales únicamente podían contener fideicomisos. Estas dos categorías se habrían convertido en cuatro durante la primera época post-clásica, al considerarse que, si el testador no se opone en el testamento a un codicilo anterior, queda éste confirmado. Tal confirmación, sin embargo, se entiende “fiduciaria” y hasta puede hacerse mediante fideicomiso. Así se obtienen las cuatro categorías a que alude el texto, y que son: a) *Codicilli in futurum confirmati*; b) *Codicilli in praeteritum confirmati*; c) *Codicilli per fideicommissum iestamento facto confirmati*; y d) *Codicilli per fideicommissum sine testamento confirmati*. Así para los post-clásicos, todo codicilo estaría confirmado, ya por testamento, ya fiduciariamente.

Creemos que el pensamiento de Guarino, aunque substancialmente cierto, necesita de alguna leve corrección. Resulta forzado hablar de una confirmación fiduciaria para una época en que la figura de la “*fides*” ha perdido actualidad. ¿Qué puede significar, bajo el régimen único de la *cognitio extra ordinem*, que un codicilo sea confirmado fiduciariamente? Más bien nos parece que el problema hay

que plantearlo a través de la “*questio voluntatis*”, tema este tan acariciado en derecho post-clásico. El codicilo, para un post-clásico, constituye una expresión de una voluntad *post-mortem*, que puede quedar confirmada expresamente —sea por otro codicilo, o un testamento, anterior o posterior; o bien tácitamente— sea porque en un testamento o codicilo posterior nada aparece en su contradicción, sea porque el causante no expresa una nueva voluntad *post-mortem*. La “confirmación tácita” del codicilo guarda perfecto paralelismo con la *perseverantia voluntatis* de las donaciones “imperfectas”. El codicilo mismo puede ser considerado como un “testamento imperfecto” que deberá ser confirmado, bien por un “testamento perfecto”, bien por la “*perseverantia*” resultante de la falta de “*poenitentia*”. Así se explica mejor la glosa post-clásica a D 29,7,5⁵⁴.

D 29, 7, 5 Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est [vel codicillis] confirmentur [aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur; sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime iudicavit].

Puede, efectivamente, existir una cadena de codicilos, que se vayan confirmando sucesivamente, debiendo siempre tener lugar la confirmación —bien que tácita— del último.

La exaltación de la *voluntas*, que llevó a considerar confirmado todo codicilo, condujo a que éste sirviese de medio autónomo para disponer por causa de muerte, y por eso se hizo necesario cuidar la hasta ahora libre forma codicilar, para evitar que se lograsen efectos testamentarios mediante un acto informal. CTh 4,4,1 del año 326, marca el acercamiento legislativo entre testamento y codicilo, ya que, después de esta constitución, ambos tienen los mismos requisitos formales.

54. Ya observaba GUARINO (op. cit. 229 ss) que es muy extraño que un codicilo pudiese confirmar a otro codicilo. O es que “la unión hace la fuerza” en materia de confirmación, o Papiniano había dicho una impropiedad. La primera hipótesis, por lo demás, no sólo resulta una impropiedad, sino inclusive un absurdo jurídico. Por ello, estima que “*vel codicillis*” es una glosa post-clásica.

CTt 4, 4, 1 (326 ?) In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.

Ya no queda sino una diferencia entre testamento y codicilo: la *heredis institutio*. El mismo Constantino se pregunta qué puede distinguir a ambos y recurre para contestarse a la base de la institución.

CI 6, 36, 7 Si idem codicilli quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est. [a. 332.]

Según Scarlata Fazio⁵⁵ la equiparación alcanza incluso a la *heredis institutio* en CTh 4,4,1: la pregunta y respuesta formuladas por Constantino no constituirían sino un escrupuloso arcaísmo, que desea a toda costa mantener la distinción. ITh 4,4,1 afirma claramente la posibilidad de instituir por codicilo.

ITh 4, 4, 1 Si quis non fecerit testamentum, sed vice testamenti fecerit codicillum, in quo codicillo legitima heredis institutio teneatur...

Si a esto se agrega que, por una constitución del año 339 (CI 6,23,15,2) se suprimió toda formalidad en la ordenación testamentaria —y por tanto, la *heredis institutio*— la asimilación se reafirma por un doble proceso de acercamiento.

Tenemos reparos en aceptar la opinión de Scarlata Fazio, pues la *Interpretatio* es posterior, posiblemente en más de un siglo, al texto constantiniano; y si no cabe duda que la institución por codicilo es admitida a mediados del siglo v, nada nos permite asegurar lo mismo para el año 326. Por otra parte, el punto de la institución, como diferencia, no es abolido en CI 6,23,15,2, el cual texto se re-

55. SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939) 200.

fiere a los *sollemnia verba*, pero nada dice de las demás formalidades testamentarias.

En todo caso, parecería que alguna diferencia debe existir, para que se pueda explicar la utilidad de la cláusula codicilar. Consiste la cláusula en intercalar al testamento la orden de que, en caso de nulidad de éste, sea tenido por válido como codicilo. Mención a esta cláusula —cuya importancia resulta evidente antes de la constitución de CTh 4,4,1—, se encuentra en textos post-clásicos tardíos, como CTh 4,4,7 (a. 424). Podría explicarse su utilidad diciendo que sirve para convertir un testamento inválido por defecto en la *heredis institutio*, en un codicilo *abintestato*, como cuando el testamento queda *ruptum* por el advenimiento de un póstumo. Pero tal explicación vale para una época en que efectivamente testamento y codicilo se diferencian por la *heredis institutio*, y no para cuando ha sido admitida la institución codicilar.

Si un codicilo puede o no contener la institución se advierte de igual manera en que la práctica documental tardía llama testamentos a disposiciones en que no se ha instituido heredero⁵⁶: la equiparación es total y parece ocioso en el siglo V tratar de explicar la cláusula en la *heredis institutio* u otra posible diferencia. Y sin embargo, los documentos siguen incluyendo la cláusula. Nos entra la sospecha de que no se trata más que de un enunciado de estilo, carente de significado actual, y conservado sólo por la continuidad de la práctica notarial. Semejante a las que hacen referencia al derecho pretorio o a la *mancipatio*, y cuyo efecto, a lo sumo, es el de abrir alternativas procesales, por lo demás perfectamente equivalentes. Tal efecto, si es que queda alguno, es el que para la cláusula codicilar se desprende de CTh 4,4,7.

Una última advertencia sobre la forma codicilar: NTh 16,7 no contiene, a nuestro parecer, un ejemplo de codicilo, como cree Scarlata Fazio⁵⁷, sino que es una *voluntas abintestato* no asimilada en sus solemnidades al testamento sino parcialmente. De lo que aquí se trata, como ya hemos visto, es más bien de un documento revocatorio especial, que normalmente da lugar a la apertura de la su-

56. Así, el "*testamentum porcelli*". Ver D'ORS, RIDA, 220.

57. SCARLATA FAZIO. *op. cit.* 130.

cesión intestada, ya en forma simple, ya a través de una *divisio parentum inter liberos*.

* * *

Desde que los codicilos son equiparados al testamento, puede decirse que la *heredis institutio* deja de tener importancia como requisito de validez testamentaria. Todas las normas en consonancia con el principio "*heredis institutio caput testamenti est*", vienen a quedar vacías de contenido desde el momento en que es posible regular la sucesión integralmente sin la necesidad de la presencia formal del *heres*. No sólo queda inaplicable el principio de la institución, sino también las reglas de la *exhereditio* y la *praeteritio*. En un codicilo no hay obligación de instituir ni de desheredar, y por tanto, no son penables casos de preterición. Un testamento con cláusula codicilar hace, para estos efectos, el mismo resultado.

Las consecuencias de la *praeteritio*, por lo demás, son logradas de remplazo mediante el concepto de oficiosidad. Como veremos luego, la consideración central que lleva a establecer una confusión entre *quarta Falcidia* y "legítima", es la idea de que los "legitimarios" son los verdaderos herederos, los que se han de entender en todo caso instituidos. Desde este punto de vista, no puede haber preterición, en sentido clásico, aun cuando en un testamento tuviese lugar la *heredis institutio*: así vemos que resuelve un texto vulgar.

IPS 4, 5, 2⁵⁸ Si mulier post factum testamentum filium pepererit et testamentum nato filio non mutaverit, filius praeteritus de inofficioso matris testamento agere potest.

La asimilación del testamento al codicilo, inclusive en materia de *heredis institutio*, que tiene lugar, posiblemente, a principios del siglo V⁵⁹, significa precisamente que la *heredis institutio* ha perdi-

58. En el mismo sentido: CTh 2, 19, 6 e *Interpretatio*.

59. ITh 4, 4, 1, de mediados del S. V. da la equiparación como un hecho. CTh 4, 4, 7, del año 424, da a la cláusula codicilar un significado que ya supone la asimilación. Esta, pues, se debió producir a fines del S. IV o principios del V.

do el carácter de solemnidad, y no es ahora sino la mención de que a determinadas personas se les deja una asignación testamentaria excluyendo a los herederos *abintestato* no "legitimarios". La transformación de la *heredis institutio* se puede advertir claramente mediante un sistema que, usado ya en otras ocasiones, ha conducido a fecundos resultados: la comparación de un texto jurídico con su *interpretatio*. El tema de la *heredis institutio ex re certa* nos sirve admirablemente para este fin.

En GW 3,8,1,1 (Gordiano, 243) se contiene como en síntesis toda la evolución que la última jurisprudencia clásica había obrado en el problema de la institución *ex re certa*.

GW 3, 8, 1, 1 Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine eius rei commemoratione heres institutus fuisset, sane officio familiae herciscundae iudicis convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam aliquis esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit.

El principio de Sabino, basado en el *favor testamenti*, según el cual la cláusula "*ex re certa*" se debía tener *pro non scripta*, no satisfacía ya a los juristas de principios del siglo III, porque si bien es cierto que salvaba el testamento, no siempre guardaba concordancia con la voluntad del testador. Papiniano, basándose en un principio válido para el testamento de los militares⁶⁰ considera que la *institutio ex re certa* permite al *heres* separar la cosa de la masa hereditaria en la *actio familiae herciscundae*, "*vice praeceptionis accipiendos*". Los instituidos *ex re certa* son, pues, *sine parte*, y por lo tanto, entran en la distribución de la herencia junto con los demás, pero previamente pueden obtener la distracción de la cosa cierta como si se tratara de un legado por precepción.

Gordiano, en el texto citado, mantiene la construcción papiniana, en el sentido de que el instituido *ex re certa* adquiere *vice praeceptionis*, y a través de la *actio familiae herciscundae*, pero introduciendo la reforma de que, en caso de ser varios los herederos, el instituido en cosa cierta sólo obtendrá la cosa⁶¹.

60. Ver D 29, 1, 15: 17, pr.

61. BIONDI, *Succ.*, 238 y 239, estima que Gordiano no introduce ninguna reforma a la doctrina de Papiniano. Pero de la lectura de CI 4, 2, 1, parece desprenderse lo contrario.

La *interpretatio*, sin embargo, se mueve en una dimensión problemática totalmente diversa: lo que exclusivamente interesa al intérprete es determinar si el instituido *ex re certa* adquiere o no el resto de la herencia; es decir, si junto a él concurren o no los herederos *abintestato*.

IG 3, 8, 1 Si quis per testamentum heredem aliquem appellaverit et rem certam, id est aut possessionem aut mancipia aut quamlibet aliam speciem, de quo dubietas esse non possit, sub heredit vocabulo dimiserit, cui heredit nomen imposuerit, ad eum et illa quae non sunt nominata perveniant.

Ninguna duda sobre si obtendrá la cosa, o sobre el caso de que habiendo varios instituidos distraerá la cosa para heredar en el resto u obtendrá la sola cosa. El planteamiento de la *interpretatio*, referido a los juicios divisorios, como la rúbrica del título indica, resulta absurdo si no es en razón de la posible concurrencia con herederos *abintestato*. La preocupación de “salvar el testamento” clave de la construcción doctrinaria del texto principal, se halla ausente de la *interpretatio*, en la cual el problema de la *heredis institutio* en cuanto ésta es “*caput testamenti*”, ha sido dejado de lado por extemporáneo. Laten en el fondo de IG 3,8,1 las siguientes convicciones: que para la validez de un “testamento”, no es necesaria la *heredis institutio*; que es preciso determinar en qué casos y en qué forma los herederos *abintestato* concurren con los instituidos, y que la *institutio ex re certa* de una sola persona da al instituido primacía sobre los herederos intestados —salvo la “legítima”.

C. DONACIONES IMPERFECTAS

Hemos ya examinado cómo el criterio de desarrollo del testamento está marcado en el sentido de un acercamiento progresivo a la donación, hasta el punto de diferir sólo en el momento en que el acto es celebrado (GF 9).

No sólo es la *donatio mortis causa* —como podría parecer— que se sume en esta función sucesoria, sino también diversas especies de donación *inter vivos*, y algunas que en principio eran consideradas “nulas” o prohibidas, pero que se van a entender convalidadas, de una u otra forma, por la muerte del donante.

Como sucede con otras instituciones en la época post-clásica, también la donación —no ya causa, sino negocio típico desde una constitución de Constantino dada en el año 323—, sufre un proceso de disolución de sus categorías hasta el punto que, con el afianzamiento de la idea según la cual, las donaciones “imperfectas” valen en cuanto revocables, no siempre resulta posible separar netamente los campos de la donación directa y de la donación *mortis causa*. Falta claridad incluso en los textos más explícitos, tales como ITh 8,12,1, verdadero tratado “vulgar” de donación, en el que se confunde *donatio mortis causa* con *donatio reservato usufructu*.

A pesar de tal disolución de las categorías es posible, sin embargo, reconstruir la sistemática de la donación sobre nuevas bases, que no son otras, como dijimos al comenzar nuestro trabajo, que las que toman en cuenta la posibilidad de extender a las donaciones el efecto revocatorio del testamento. El cambio de centro de gravedad es el resultado de dos presiones simultáneas ejercidas sobre el antiguo concepto de donación: por un lado, la relevancia que toma la “*voluntas*” obliga a buscar acomodos jurídicos que tiendan a salvar el mayor número posible de donaciones hasta entonces consideradas inválidas; por otra parte, la función que comienza a tomar la donación de anticipo sucesorio, colocaba en pugna su carácter de irrevocabilidad con la doctrina clásica de libertad testamentaria, que se manifiesta, entre otras cosas, por la prohibición de los contratos sucesorios.

Por ello el principio de la irrevocabilidad va a sufrir grandes modificaciones, ya anunciadas en la última jurisprudencia clásica, y uno de los caminos por los que se llegó a tales modificaciones va a ser precisamente un medio empleado para extender la eficacia de la *voluntas donatoris*: el concepto de donación imperfecta.

Se considera en época clásica —en tanto la donación es tomada como una causa genérica y no como negocio específico— que por la misma razón que ella actúa como causa de adquirir se hace necesario un medio jurídico externo, aparente, en el cual se manifieste la causa. Sólo cuando ésta se ha hecho extrínseca a través de una *datio* (si la *donatio* es *in dato*) o una *stipulatio* (si es *in obligando*) o un *pactum de non petendo* (si es *in liberando*), puede decirse que la donación es perfecta.

Este concepto de “perfección” se observa aún en una constitución de Diocleciano:

Cs 6, 10⁶² Cum de bonis tuis partem quidem tertiam penes te retinuisse, partem vero tertiam in eum, quem tu in potestate habebas, ac tertiam in emancipatum donationis titulo contulisse commemoras, non est iuris incerti, in eum quidem, que in sacris familiae tuae remanet, destinationem magis paternae voluntatis factam, quam perpetuam donationem pervenisse: nec in emancipatum translata, si generaliter eidem partem tertiam bonorum donasti, quia generaliter bonorum portionem donari non posse, cum singulae res nominari debeant, qua [tradi]tione mancipatione vel in iure cessione transferunt et reliqua. [a. 293.]

Entre padre e hijos *in potestate*, naturalmente, no pueden existir relaciones patrimoniales, puesto que el hijo no es titular de un patrimonio. Por eso la constitución llama al acto no donación, sino destinación de voluntad. Pero incluso tratándose de emancipados, hay también una simple *destinatio voluntatis*, y no una donación, en los casos en que el objeto no ha sido transferido apropiadamente mediante *tradio*, *mancipatio* o *in iure cessio*⁶³.

Pero ya en la última jurisprudencia clásica se admitió que una donación podía quedar perfeccionada de otro modo: mediante una manifestación tácita del *animus donandi*. Así como el acto que acompaña a la *causa donationis* es necesario en cuanto sirve para hacer externa, aparente, la causa, así también Papiniano estimó que el hecho de que el donante perseverara en su voluntad hasta el fin de sus días, constituía una manifestación externa y aparente, aun cuando tácita, del *animus donandi*⁶⁴.

62. RICCOBONO (Cfr. Archi. Don. 173 n. 1) corrige la redacción del texto en tres pasajes: .<perfectam> [perpetuam] donationem...; ...portionem <donare> [donari] non posse...; transferunt<ur> et reliqua.—Contra: LAURIA (Cfr. Archi. h. l., n. 2).

63. Véase en este sentido, FV 266^a.

64. Véase Archi. Don. 194 y 167 ss. Este autor sostiene la tesis sobre “perfecto donatio” para la época clásica a que hemos adherido, contra BIONDI y MITTEIS. Para el primero de éstos (*Succ.* 639, ss.), incluso en época, clásica la perfección se confunde con la irrevocabilidad, y no se identifica con el cumplimiento del acto. “Bajo este aspecto—dice BIONDI—se podría

FV 250 Papinianus libro XII responsorum. Imperfectam donationem perfectam efficit voluntas liberalitatis novissimum usque in diem vitae perseverans.

El problema que a Papiniano interesa en este pasaje es, evidentemente, el de la extrinsecación del *animus donandi*, lo que resuelve aplicando la noción de *perseverantia voluntatis*, creación de los juristas de la época que, como veremos, tendrá amplia fortuna. Pero el resultado práctico de la innovación papiniana es que las donaciones imperfectas se hacen revocables en vida del donante, y quedan firmes —por perfectas— a su muerte.

Cuán efectivo es que las donaciones imperfectas se convierten en una especie dentro de las revocables, se advierte por la ubicuidad del concepto de "*perseverantia*", hasta entonces prácticamente desconocido en la jurisprudencia romana, pero que comenzará a ser aplicado a todos aquellos casos de donaciones en que existe una nulidad o ineficacia inicial, sea de Derecho Civil u Honorario, para lograr que la donación subsista como firme después de la muerte del donante. Así será aplicado a las donaciones entre cónyuges (*Oratio divi Severi*, año 206); a las donaciones hechas en contravención a la *Lex Cincia* (principio "*morte Cincia removetur*"); a las hechas por una mujer si la *auctoritas tutoris*; a las hechas por padre al hijo *in potestate*. Finalmente, el mismo concepto de *perseverantia* pasa a las donaciones *mortis causa*^{64a}.

El concepto de "*perfecta donatio*", impulsado por este principio de que la perfección se logra mediante la *perseverantia voluntatis*, irá sufriendo una evolución gradual, que le permite sobrevivir inclusive cuando han cesado sus presupuestos clásicos. Ya en los juristas de la generación siguiente a Papiniano —concretamente en Paulo— notamos un nuevo matiz, que muestra aún más claramente su enlace lógico con la idea de irrevocabilidad.

citar por analogía el concepto de *emptio perfecta*: Pero justamente la analogía puede servir en el período posterior a la constitución del 323, cuando la *donatio* se ha convertido en un contrato, mas no en época clásica.

64^a. Ver al respecto: GAUDEMET, *Perseverantia Voluntatis*, en *Mélanges Meylan I* (1963) 139-157, y YARON, *Donatio sola cogitatione mortalitatis*, en *RIDA* (1966), 371 ss.

FV 310-311. Paulus libro XXIII ad edictum de brevibus. Perficitur donatio in exceptis personis sola mancipatione vel promissione, quoniam neque Cinciae legis exceptio obstat neque in factum "si non donationis causa mancipavi vel promisi me daturum"; idque et divus Pius rescripsit.

Item. Sed in persona non excepti sola mancipatio vel promissio non perficit donationem. In rebus mobilibus etiamsi traditae sint, exigitur, ut et interdicto utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit sive nec mancipi tradita.

Paulo trató de algunos problemas suscitados por la aplicación de la *Lex Cincia*, aquella antigua ley que prohibía las donaciones a personas "*non exceptae*" y que sobrepasaban un determinado "*modus*". El fragmento 310 se refiere a las *exceptae personae*, y el 311 a las *non exceptae*. Respecto de las primeras, por cuanto el donante, una vez hecha la donación, no puede oponer la *exceptio legis Cinciae*, basta la sola *mancipatio* o la *promissio* para que la donación sea perfecta. Cuando la donación, en cambio, se hace a *non exceptae personae*, no se trata ya simplemente de manifestar una intención, sino de superar una prohibición, puesto que, aun cuando la *causa donationis* se haya hecho externa por uno de los medios adecuados, la donación puede ser dejada sin efecto mediante el ejercicio de la *exceptio legis Cinciae*. Obsérvese cómo la noción de revocabilidad por la *exceptio legis Cinciae*, se ha unido a la idea de imperfección: no basta que una donación se haya hecho "manifiesta" para que sea perfecta; es necesario, además, que sea irrevocable, inatacable por la *lex Cincia*.

Pero las donaciones susceptibles de ser dejadas sin efecto por aplicación de la *Lex Cincia*, también —desde Papiniano— se hacen inatacables a la muerte del donante, ya que "*morte Cincia removetur*"

FV 259 ...Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino (el donatario) quoque doli profuturam duplicationem respondi; non enim mortis causa capitur quod aliter donarum est, quoniam morte Cincia removetur.

por lo que la estructura de la *imperfecta donatio*, en cuanto que es revocable en vida del donante, no ha sufrido variación.

Cuando en el año 323, Constantino, a través de la constitución contenida en FV 249, deroga la *lex Cincia* y reduce la donación a la categoría de negocio específico, el concepto de “perfección” debería variar fundamentalmente. Por una parte, ya no existe la dualidad entre *causa donationis* y acto externo de manifestación: todas las donaciones son ahora reales y no se “cumplen” sino mediante la tradición, unida a las demás solemnidades. Por otra parte, ha terminado la posibilidad del juego procesal de la *lex Cincia*. Las solemnidades prescritas en la constitución debían heredar entonces el papel que jugaban la *datio*, la *stipulatio* o el *pactum* en el régimen anterior. Se considerará entonces que la donación perfecta es aquella que ha cumplido las solemnidades de FV 249⁶⁵, y especialmente, la tradición. Las demás, pueden constituir promesas de donación, donaciones “ofrecidas”, pero no “cumplidas”.

Resulta claramente explicable que la perfección se haya identificado con el requisito de la tradición, hecho por lo demás, del que dan testimonio las fuentes; véase por ejemplo, al respecto, CTh 8,12,8 y ET 51. Cuando después del año 323, el donante se ve constreñido a usar la vía solemne para la realización del negocio, los requisitos de la *insinuatio* y de la escritura son consustanciales al acto mismo de la donación, pero no así la tradición, que requiere un acto complementario e independiente, el cual no es necesariamente consignado en el acto. Tjäder advierte que las escrituras ravenenses de donación eran hechas después de cumplido el acto de entrega, o coetáneas a él, si era posible llevar las cosas donadas ante el funcionario; pero en todo caso, queda la posibilidad de que la tradición no sea cumplida en el mismo acto, como lo atestigua el recurso de la reserva usufructuaria ficticia, a que nos referiremos luego⁶⁶.

La perfección, y por ende la irrevocabilidad, va a aparecer entonces unida al hecho de haberse o no efectuado la tradición. De los 21 textos que en FV se refieren a la *perfecta donatio*, y cuya lectura no se hace imposible por las lagunas, 17 lo hacen a propósito de la *traditio* y seis en relación con la *perseverantia volunta-*

65. En el mismo sentido: C. DUPONT, *Les donations dans les constitutions de Constantin*, en RIDA (1962) 300.

66. Ver TJÄDER, docs. 13 (pág. 306, 1, 41); 18-19 (p. 338).

tis ⁶⁷. Para un recopilador de época posterior a la constitución del año 323, como debió ser el que reunió los textos de *Fragmenta Vaticana*, o al menos, el que hizo su primera refundición, los fines prácticos del tratamiento de la revocabilidad le impusieron, a no dudarlo, tal criterio de elección. Interesante sería averiguar qué podía significar, para el recopilador, un pasaje como el contenido en FV 250, en que considera a las donaciones imperfectas perfeccionadas por la *perseverantia voluntatis*. Pero no adelantemos conclusiones.

La idea de hacer depender perfección de tradición, sin embargo, es anterior a la constitución del año 323, posiblemente porque el tipo común de las donaciones era el real, y porque la *mancipatio* comenzaba a caer en desuso. El primer testimonio propiamente vulgar que encontramos en este sentido es una sentencia de Paulo, escrita como resumen de un texto de Papiniano.

PS 5, 11, 1 *Species extra dotem a matre in honorem nuptiarum praesente filia genero traditae donationem perfecisse videntur.*

El texto del cual ha sido tomada la sentencia es FV 254 = D 39,5,31,1.

FV 254 *Species extra dotem a matre viro filiae nomine traditas filiae, quae praesens fuit, donatas et ab ea viro traditas videri respondi, nec matrem offensam repetitionem habere vel eas recte vindicare, quod vir convisset extra dotem usibus puellae sibi traditas, cum ea significatione non modus donationis declaretur nec ab usu proprietas separetur, sed peculium a dote puellae distingueretur.*

La correspondencia entre ambos es clara, y la expresión "*viro filiae nomine traditas filiae, quae praesens fuit*", está reemplazada en la sentencia post-clásica por la frase "*praesente filia*". Papiniano se refiere a la entrega de bienes de uso que la madre hace al marido de su hija, a nombre y en presencia de ésta, para que ella

67. En relación con la *traditio* lo hacen: 96; 103, 249, 257, 259, 264, 268, 272, 287, 288, 289, 290, 293, 310, 311, 312 y 313: A propósito de la *perseverantia*: 250, 255, 272, 275, 278 290.

los puedan usar como si constituyeran su peculio. Hace notar García Garrido⁶⁸ que bajo la apariencia de un acto único se encierran dos diferentes: donación de la madre a la hija (*species filiae donatas*), y *traditio* de estos bienes de la hija al marido (*ab ea viro traditas*) para ser destinados al uso de ella como peculio.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de peculio usado en este caso no puede ser sino un recurso comparativo de Papiniano, pues en su época, el único matrimonio que se usa es el “*sine manu*”, y no se podía aplicar lisa y llanamente la institución del peculio entre personas respecto de las cuales no hubiese relación de potestad. Papiniano recurre a la idea de peculio para indicar que, pese a la tradición de los bienes extradotales —que en época clásica alta continuaban siendo propiedad de la mujer—, ésta seguía conservando el uso de ellos.

Naturalmente, toda esta problemática está ausente del texto de PS, en el que, a fuerza de simplificarla, se la desvirtúa. Nada hay respecto de la solución de analogía con el peculio, centro del texto papiniano, y se traslada en cambio el nudo del tema a la perfección de la donación mediante tradición. Para el jurista post-clásico, lo que pareció decir Papiniano es, que una vez hecha la tradición, la donación se hace irrevocable: “*nec matrem offensam repetitionem habere vel eas recte vindicare*”, y expresa esta consecuencia con las palabras “*donationem perfecisse videntur*”.

Un tercer paso en la evolución del concepto de “perfección”, luego del de Ulpiano y del de la constitución del año 323 nos llevará a identificarla lisa y llanamente con la irrevocabilidad, sin necesidad de tener que pasar a través de la tradición, aun cuando suponiendo este caso entre otros posibles: *Fragmenta Vaticana*, bajo la rúbrica “*Quando donator intellegatur revocasse voluntatem*”, incluye el siguiente texto de Papiniano

FV 255 Pater qui filiae quam habuit in potestate mancipia donavit et peculium, quamquam soluta potestate iure emancipationis vita decessit, si non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse.

68. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* (1958), 45.

Nunca se ha insistido lo bastante en la importancia que tiene el hecho de que *Fragmenta Vaticana* haya sido compuesto por un autor post-clásico, que tomó textos clásicos con fines eminentemente utilitarios⁶⁹. Es evidente que el pasaje transcrito, lo debía entender el recopilador en forma muy diversa que Papiniano. ¿Qué podía significar para aquél “*perfecisse*”, sino que la donación se hacía irrevocable? ¿Qué interés, si no, podía tener en tomar el fragmento, si el problema de la extrinsecación de la voluntad ya estaba resuelto por Constantino? ¿Por qué incluir el trozo bajo la rúbrica que lo incluye?

Para Papiniano, el *responsum* significa que entre un padre y una hija *in potestate* no puede haber acto que sirva para “perfeccionar” la *causa donationis* mientras la hija se halle bajo potestad; pero una vez desaparecida ésta, no hay inconveniente en que se perfeccione por extrinsecación tácita, es decir, mediante *perseverantia voluntatis*⁷⁰. Para el recopilador, en cambio, debió sencillamente significar que una donación inválida, y por lo tanto, reversible en cualquier momento, quedaba fija —perfecta— en el momento en que la revocación no era posible. Este mismo concepto simplista es el que observamos en PS 2,23,5, que aunque trata un caso que no corresponde a la configuración de la “*imperfecta donatio*”, sirve, por su similitud, para ilustrar nuestro argumento: se trata del tema de las donaciones entre cónyuges, prohibidas en la época clásica, pero en las que la *Oratio divi Severi* jugaba un pa-

69. No está perfectamente clara la fecha en que apareció *Fragmenta Vaticana*. Aun cuando en esta colección se incluye una constitución del año 373, sólo cuatro tienen fecha posterior al 318, por lo que SCHULZ, en *Legal Roman Science*² (1953), 311, y ARANGIO, en *Storia del Diritto Romano*⁷ (1957), 372, adhieren a la opinión de MOMMSEN, según la cual, *Fragmenta* habría sido confeccionada muy poco después del 318. Pero muchas de las constituciones que aparecen, llevan una fecha anterior a la verdadera: FV 249, por ejemplo, promulgada en el 323, como aparece en CTh 8, 12, 1, está fechada por FV en 316. Creemos que una conjetura probable sería el suponerla compuesta entre el 325 y 330. Para la fecha de FV 249, también controvertida, ver: C. DUPONT, *Les donations dans les constitutions de Constantin*, en RIDA (1962), 293, n. 5, 6 y 7.

70. Ver también FV 278 y 281; CI 8, 53, 11 y 8, 53, 17.

pel semejante al del principio "*morte Cincia removetur*" entre las personas no exceptuadas.

PS 2,23,5 Superstite eo qui matrimonii tempore donaverat, ante decedente cui fuerat donatum, id quod donatum est penes donatorem remanet.

La sentencia parece ser un "eco" de CI 5,16,18⁷¹.

CI 5, 16, 18 A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore nec initio dominium transferri potest nec post, si divortium intercesserit vel prior persona quae liberalitatem accepit rebus humanis fuerit exempta vel ab eo qui donavit fuerit revocata, potest convallescere. [a. 293.]

PS, sin embargo, sólo se interesa por el resultado, y nada repite sobre la frase "*nec initio dominium transferri potest*". También se ha desentendido de las donaciones en las que luego ha mediado divorcio, o que posteriormente han sido revocadas. Para la cancellería imperial, la cosa permanece bajo el dominio del donante desde el primer momento, pero la donación se podrá convalidar, a no ser que haya mediado divorcio, haya sido revocada, o haya premuerto el donatario. El autor de las Sentencias no ve el problema de la originaria invalidez, sino que presta atención al hecho de que la cosa quedará en poder del donatario cuando éste sobrevive. Se diría que PS interpreta la constitución como si ella expresase la condición de supervivencia del donatario característica de una donación *mortis causa*. Dicho de otra manera; mientras para Diocleciano, la cosa permanece en poder del donante porque la donación

71. Para "ecos" de la legislación en la jurisprudencia post-clásica, ver: DE DOMINICIS, M. A., *Riflessi di costituzioni imperiali del Basso Impero nelle opere della giurisprudenza post-classica* (1953). La pareja de fuentes que aquí citamos presenta, sin embargo, un problema: si PS 2, 23, 5 es un "eco" de CI 5, 16, 18, como, en efecto parece deducirse de su contexto, entonces la redacción de la Sentencia recogida en el Breviario no corresponde a su versión original, de fecha probablemente anterior a la de la constitución, sino que provendría del llamado "segundo momento" por WIEACKER, en *Textstufen Klassischer Juristen* (1960), 171 ss., o "estrato B" por LEVY, en *Pauli Sententiae* (1945), prefacio.

es nula desde un principio, para PE —expresado en forma negativa— la cosa queda en poder del donante al no cumplirse la condición de supervivencia del donatario.

Un texto más próximo a nuestro tema de "*perfecta donatio*", nos va a confirmar la sospecha surgida a propósito del análisis de las anteriores fuentes:

FV 275⁷². Divi Diocletianus et Constantius Sa... iodul...
Perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum
gratus existet, cui dono res data est, minime rescindi posse
saepe rescriptum est.

La "*mutata voluntas*" es una de las causas por las que —ya en época post-clásica— es posible revocar una *donatio mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis*. Pero he aquí que el presente fragmento no la aplica a la *donatio mortis causa*, sino a propósito de la donación perfecta. Diocleciano ha establecido una implícita contraposición entre *perseverantia voluntatis* y *mutata voluntas*, lo que equivale a contraponer donación *mortis causa* con donación perfecta.

* * *

La constitución de Constantino del año 323, marca un corte tan profundo en la historia de la donación, que es imposible no referirse a ello como un momento fundamental en su evolución.

Su texto —cuya traducción incluimos en el apéndice— es bastante claro como para que simplemente remitamos a él al lector: anotaremos aquí, sin embargo, las innovaciones que nos parecen más relevantes y fundamentales:

1. Transformación de la *donatio*, de causa genérica en contrato específico. Naturalmente, en el sentido que el término "contrato" tiene para la época de Constantino, y no conforme al significado técnico de la época clásica, en que se supone una bilateralidad funcional para este tipo de negocios.

2. Reducción de todas las posibles donaciones al tipo único de las reales. La constitución consideraba que la tradición de la cosa

72. Otros ejemplos encontramos en CI 8, 55, 4-5.

donada era un elemento fundamental del contrato. Lo cual, naturalmente, no significaba que no fuese posible la realización de estipulaciones con causa de donación; sólo que no podían ser ya consideradas donaciones, sino simples promesas de donación, que se tendrán posteriormente que completar en la forma establecida por FV 249. Un buen ejemplo de supervivencia de estipulaciones con causa de donación lo encontramos en CI 8,53,35,5^b, de Justiniano, que aunque ya cae temporal y geográficamente fuera del ámbito de nuestro estudio, constituye un testimonio interpretativo valioso de FV 249.

3. Establecimiento de requisitos solemnes para la validez de la donación, cuales son: a) redacción escrita del acto; b) tradición del objeto donado (*corporalis traditio*), y c) depósito del documento *apud acta*, es decir, *allegatio*, llamada más tarde *insinuatio*⁷³. Todas estas solemnidades tienen un evidente fin publicitario, destinado como se desprende del número 9 de la constitución, a establecer una clarificación propietaria en la forma más cabal posible, de manera que la administración imperial pudiese organizar la estructura fiscal sobre bases reales: no hace falta recurrir a la influencia oriental, sino sólo a la necesidad de ejercer una presión tributaria cada vez mayor, para explicar la reforma constantiniana⁷⁴.

Como hace notar Archi⁷⁵, en cada una de las solemnidades ordenadas por la constitución, se insiste sobre todo en los medios tendientes a lograr que la donación sea pública; así no tanto se ordena que la redacción sea escrita, como que se haga ésta en presencia de testigos; "*scientibus plurimis*"; no tanto se manda la *corporalis traditio*, como sea "*advocata vicinitate*". En cuanto a la *allegatio*, ella es por sí misma, esencialmente publicitaria.

73. El deseo de establecer una tradición solemne responde posiblemente al vacío que había creado la desaparición de la *mancipatio*. Sólo que ahora la solemnidad adquiere un matiz "fiscal", aparte del de publicidad que ya poseía la *mancipatio*.

74. Según C. DUPONT, op. cit. 303, la *insinuatio* era ya una solemnidad conocida en el campo del derecho público desde antes del 323, que el Emperador no hizo sino trasladar al campo del derecho privado para asegurar a la donación las características de estabilidad que quería darle.

75. Archi. *Don.* 236.

4. Caída de la *Lex Cincia*, lo que interesa no tanto por la abolición en sí, de una vieja norma ya posiblemente en desuso, sino por el destino posterior de toda la doctrina jurisprudencial sobre la donación, elaborada en base al supuesto legal ahora derogado. Ya hemos dado una muestra de lo que ello supone; y piénsese en la extensa gama de conceptos nacidos en torno a la determinación del campo de aplicación de la *Lex Cincia*: “¿Qué pueden significar, en el desarrollo tardío, expresiones tales como *exceptae personae*; *exceptae donationes*, *perfecta donatio*, *modus donationis*?⁷⁶.”

La frase “*modus donationis*” se encuentra dos veces en fuentes vulgares: ITh 8,12,1 e ITh 2,20,1; en ambos pasajes, a propósito de una institución extraña a las donaciones, pero que, por efecto de la aproximación gradual de éstas con el testamento, es aplicada a aquéllas como si se tratase de asignaciones testamentarias anticipadas: nos referimos a la llamada “legítima”.

ITh 2, 20, 1 Certum est, quod donatio facta de inofficiosi querella testamento similis iudicatur, contra quam similiter praetermissus, etsi ei minus, cui haec actio competit, quam quartae portionis suae modus est, dimittatur, intra quinquennium superius constitutum agere permittitur. Et sicut inofficiosum testamentum, ita potest agere, ut donatio vacuetur.

La alusión a la “legítima” está dada a través de la querella de inoficioso testamento (o de inoficiosa donación), y el nombre de *modus* lo recibe la *quarta pars* que ha de ser reservada al “legitimario”. El texto principal denomina —indirectamente— “*modus*” a las tres cuartas partes de que el donante puede disponer con libertad, ya que “*inmodica donatio*” es la que excede esta medida.

ITh 8, 12, 1 Quae tamen omnes donationes superius comprehensae si modus excesserint lege conscriptum, unde possint certae personae de inmodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit, non valebunt.

76. Archi. *Don.* cap. XII, desconfía de la influencia que pudo tener la constitución del año 323 en las tendencias jurídicas posteriores. La verdad es que no podemos adherir a esta opinión: IPS 5, 11, 2 tiene una referencia a la “*scriptura*” que no se explica sin FV 249.

El pasaje menciona una ley que establece el “*modus*” de las tres cuartas partes, y esta ley no puede ser otra que la *Falcidia*. Sin embargo, en el presente caso, no puede actuar el juego procesal de dicha ley, pues ella protegía al heredero instituido frente a los legados —y más tarde también frente a las donaciones *mortis causa*— que disminuyeran el *as* hereditario en más de tres cuartas partes. En el caso de la *Lex Falcidia* clásica, la norma general y originaria es que el heredero se halle en posesión de los bienes de la herencia, por lo que podrá oponer una *exceptio legis Falcidiae*⁷⁷ contra los legatarios. Sólo excepcionalmente, y en virtud de una extensión posterior a su aplicación, puede el heredero actuar contra los donatarios *mortis causa* respecto de los cuales la *donatio* actuó con efecto inmediato. En ITh 8,12,1, la cuestión es diversa; en primer lugar, porque no se refiere a los abintestato o a los preteridos, y hasta eventualmente, a los “legitimarios” desheredados respecto de los cuales no existía una causa de desheredación; en segundo lugar, porque el caso general que describe la *Intepretatio* es de que los herederos no se hallen en posesión de la “*quarta pars*”, y deban accionar contra los donatarios.

Sólo excepcionalmente, en caso de donaciones *mortis causa* con efecto suspensivo, el heredero podría estar en posesión de los bienes y oponer una excepción. A lo que verdaderamente pretende referirse el texto entonces, no es a la *Falcidia*, sino a la *querella inofficiosae donationis*, es decir, a la defensa de la “*pars legitima*”. La confusión de la *lex Falcidia*, destinada a proteger al heredero sobrecargado de legados, con las instituciones que, de una u otra manera, establecían una “*pars debita*” a favor de ciertos parientes, es uno de los rasgos más típicos del derecho testamentario vulgar.

La expresión “*exceptae personae*” no la volvemos a encontrar, en fuentes posteriores a FV 249, sino a través de *interpretationes*. PS 5.11.4, anterior, presumiblemente, a la constitución de Constantino, usa la frase en concordancia con el significado que tiene conforme a la *lex Cincia*.

77. Para el *modus operandi* de la *Lex Falcidia*, ver: BONIFACIO, *In Aemulo di Lex Falcidia*, en IVRA (1952), 229.

PS 5, 11, 4 Cum unius rei in duos donatio confertur, posterior est ille, cui res tradita est: nec interest, posterior is anterior acceperit, et exceptae necne personae sint.

La *Interpretatio* le da a la expresión el significado de *parentes*.

IPS 5, 11, 4 Si aliquis unam rem duobus per legitimas scripturas donaverit, uni prius et alteri postea, non quaerendum est in his donationibus, qui primus, qui posterior sit; sed qui rem tradente donatore possederit, is eam, cui est tradita, possidebit, nec interest, utrum in parentes an in extraneos talis sit facta donatio.

El intérprete, sin poder desentenderse por completo del texto, tiene todavía presente el sistema de la *lex Cincia*, pues con la palabra "*parentes*" no se puede referir a los progenitores, como corresponde habitualmente en el lenguaje de los juristas. De querer designar con ella a los progenitores, el pasaje debería haber dicho "*a parentibus*", y no "*in parentes*", ya que el caso de las donaciones de hijos a padres es demasiado infrecuente, particularísimo e impertinente como para haberlo tratado en este lugar. Además, a "*parentes*" opone "*extranei*" y no "*fili vel nepotes*". Llama la atención este sentido nuevo que adquiere el término, semejante al que hoy tiene en castellano, y que aquí encontramos por primera vez con esta acepción. Posteriormente, con el mismo significado se encuentra "*parentes*" en CE 334 y 335. Tampoco deja de extrañar el rodeo que da la *Interpretatio* para explicar la frase del texto "*exceptae necne personae sint*", que aunque demuestra el nexo que todavía une al intérprete con el sistema de la *lex Cincia*, indica también que ya era comúnmente desconocida en el siglo v.

En relación también con el problema de las *exceptae personae*, está PS 5,11,6, que trata de un caso particular, en que una donación hecha a un *non exceptus* es válida, a pesar de exceder el *modus*.

PS 5, 11, 6. Ei, qui aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibetur (si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est), quia contemp'tationem salutis certo modo aestimari non placuit.

Se observará que el texto insiste en que se trata de una donación, y no de una retribución, y que la validez de ella necesita tra-

tamiento especial, por cuanto reúne la doble circunstancia de referirse a un extraño, y de superar el *modus*: "*in infinitum donare*".

La *Interpretatio* cambia el punto de vista, y entiende el texto como si éste excluyese la revocación de la donación en virtud de la *querella inofficiosae donationis*.

IPS 5, 11, 6 Si quis aliquem de imminente periculo, id est de latronum aut hostium persecutione vel manu, eripuit, quidquid vel quantum aut si omnia ei is, qui liberatus est, pro salutis suae mercede donaverit, nec ab ipso donatore nec ab heredibus eius repeti potest, quia vitae praemium nulla potest pretii aestimatione pensari.

Sólo a la querella, en verdad, puede referirse la frase *nec ab heredibus eius repeti potest*. Queda el problema de saber a qué reclamación del propio donante puede haber hecho mención la *Interpretatio*: caben al respecto las siguientes hipótesis:

1. Se trata de una reminiscencia a la antigua *exceptio legis Cinciae*, traída a colación como en el caso de IPS 5,11,4, por la necesaria concordancia que debía haber entre el texto interpretado y su interpretación. Pero acontece que los herederos, ni siquiera en la época de las sentencias de Paulo podían oponer válidamente la *exceptio*, en virtud del principio "*morte Cincia removetur*".

2. Se trata de una aplicación de los criterios que rigen los contratos bilaterales, en la fase que ambas obligaciones se hallan cumplidas. Es de notar que, mientras el favor hecho por el donatario al donante está tomado en el texto explícitamente como irrelevante en lo que se refiere a la clasificación del caso como donación, en la *Interpretatio* sirve de apoyo a la irrevocabilidad. Según esta aplicación, y conforme con el estado de la cuestión a mediados del siglo V, el donante no podría revocar, porque se trata no verdaderamente de una donación, sino de un acto oneroso, y esta misma razón es la que hace inatacable el acto por la *querella inofficiosae donationis*. ¿Se podría deducir de lo que hemos dicho, que en esta época todas las donaciones son revocables? No creemos que se pueda llegar a tal extremo, pero sí a afirmar que la revocabilidad no era tan infrecuente y excepcional como cree, por ejemplo. Merêa⁷⁸.

78. MEREA, *Estudos de Direito Hispanico Medieval* (1952), 177.

Respecto al tema de la "*perfecta donatio*" en relación con la tradición, ya hemos visto que desde antes de la constitución del año 323 se había dado una tendencia creciente a asimilar la perfección con la irrevocabilidad. Esta tendencia se debió de acentuar a partir del año de la tantas veces mencionada constitución, y ya nos hemos detenido a hacer un breve examen del significado que presumiblemente tuvieron para los juristas de aquel entonces, los textos de antes de la reforma.

La evolución posterior nos trae aún algunas novedades, que tal vez nos permitan responder la pregunta que dejamos lanzada sobre si las donaciones imperfectas —según el significado que ello tiene después del año 323— pueden perfeccionarse mediante la *perseverantia voluntatis*.

Sólo dos veces aparece en fuentes posteriores el concepto de "*perfecta donatio*": en CTh 8,12,8 y en ET 51, y ambos, continuando la línea anterior, pretenden hacer coincidir la perfección con el cumplimiento de las solemnidades, y en especial, con la tradición. CTh 8,12,8 trata de la donación con reserva de usufructo, y parece ser una momentánea reacción contra concesiones ya hechas por Diocleciano respecto de la tradición en donaciones de ese tipo⁷⁹. La constitución, además de establecer ciertas medidas de orden reglamentario para el cumplimiento de la *insinuatio*, dice en su parte pertinente:

CTh 8, 12, 8 (415). *Donationes debere sortiri perpetuam firmitatem, quas corporalis traditio fuerit subsecuta, sancimus, ne usufructus exceptio pro traditione possit intellegi. Qui enim post liberalitatem re donata perfrui concupiscit, hoc sibi quo voluerit modo, consignata videlicet possessione, debet praecipuum custodire, ne imperfecta vacillet donatio.*

Es posible que la reserva de usufructo hubiera llegado a generalizarse como medio para suplir el requisito, muchas veces incómodo, de la tradición; pero Honorio y Teodosio insisten en que la tradición es necesaria, y que la reserva de usufructo no puede hacer las veces de ella. Así pues, dando por sentado el cumplimiento de las demás solemnidades, obliga a la tradición que señale claramente la posesión "*ne imperfecta vacillet donatio*".

79. Ver FV 313.

¿Qué hace imperfecta la donación? ¿La ausencia de tradición o la falta de posesión de lo donado por parte del donatario? No se debe olvidar, ante todo, que en la época de la citada constitución, los límites entre posesión y propiedad, o entre posesión y usufructo, no son siempre claros⁸⁰. ITh 8.12,1, por ejemplo, para describir la reserva de usufructo en una donación dice: “*sibi certum tempus possessionis reservat*”. El texto que analizamos parece haber hecho un esfuerzo de distinción, cuya extemporaneidad la demuestra la efímera vida de la constitución, que fue derogada apenas dos años más tarde. En síntesis, parece ello decir lo siguiente, a través de una redacción relativamente oscura: quien quiere reservarse el usufructo de una cosa donada, debe dejar claramente establecido que la posesión la tiene el donatario. Esta es condición *sine qua non* para que la donación “no vacile por imperfecta”. Luego entrará en la custodia de ésta (el donante) “*quo voluerit modo*”. Separación de posesión y custodia: separación de usufructo y posesión. La claridad en la posesión, por cierto, se obtiene mediante la tradición, por lo que no se puede ésta excusar, ni siquiera mediante usufructo *pro traditione*.

El año 417, por una nueva constitución de los mismos emperadores Honorio y Teodosio, se establece la validez de la reserva usufructuaria *pro traditione*, dando así por fracasado el intento de reacción de CTh 8,12,8. Sin embargo, la tradición parece seguir necesitándose en los casos de donación no usufructuaria. Para ET, continúa ésta siendo no ya uno, sino el único requisito de la donación.

ET 51 Donationes sub hac sollemnitate praecipimus celebrari. Quod si cuiuslibet pretii res mobilis fortasse donetur, vel certe mancipium, sola traditione largientis sit perfecta donatio; quae tamen scripturae fide possit ostendi, cui testium subscriptio adiecta monstretur.

La *insinuatio* ha caído, al menos para los muebles⁸¹, al igual

80. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (1951), 24 ss., analiza detenidamente el tema de la confusión del *possessio* y *usufructus*.

81. Para la caída de la *insinuatio* en CE, ver D'ORS, *Eur.*, 238. Sobre la tradición, ver también RB 22, 7.

que la escritura, que para esta clase de bienes sólo se utiliza "*ad probationem*".

La perfección de la donación, así todo, no parece ser la tradición misma: puede ésta ser necesaria, pero no consiste en la perfección. A falta de más testimonios, debemos concluir que sigue consistiendo en la irrevocabilidad. La consecuencia que de ello se desprende no puede ser otra que la siguiente: la tradición, si sirve para hacer perfecta una donación, la hace irrevocable; pero si la tradición no se ha hecho, la donación se perfeccionará mediante *perseverantia voluntatis*. De otra manera dicho: una donación respecto de la cual falta la tradición, tiene el mismo efecto que una donación *mortis causa*, y en la época de ITh 8,12,1, no ha de haber ninguna diferencia, por que la definición que de ella da esta fuente, coincide con la descripción de una *donatio* falta de tradición.

"Mortis causa donatio est, ubi donator dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: si prius mortuus. . etc."

No podemos creer ni pensar que, en una época en que los *solemnia verba* han sido ya abolidos desde hace más de un siglo, la fórmula que aparece en el texto pueda tener otro carácter que el de ejemplo o explicación. Lo importante entonces es que el donante, cumpliendo con los demás requisitos, "*rem sibi reservat*", es decir, se abstiene de la entrega. Se podrá objetar a este argumento que, si bien ITh 8,12,1, no exige palabras solemnes, sí exige que se haga mención con cualesquiera palabras, a que la cosa donada ha de ir antes al donatario que a los herederos del donante. A esto se puede responder que no se debe perder de vista el carácter convencional de la tradición, o, para decir más exactamente, el hecho de que, en el concepto romano, consiste ésta fundamentalmente en un acto de apoderamiento por parte del adquirente mucho más que en un acto de entrega por parte del tradente. Tal carácter de la *traditio* clásica es válido aun para la época de la *Interpretatio*, y testimonio de ello encontramos en el mismo texto:

"ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata".

Así, la intervención fundamental del donante, en el acto de la donación, es su *subscriptio*, por sí o por intermedio de un testigo, si no sabe escribir, y la del donatario, el apoderamiento de la cosa mediante la *traditio*. La perfección de la donación depende, entonces —y esto es importante— no del donante, sino del donatario, de tal manera que el donante queda obligado a permitir el apoderamiento en cuanto el donatario lo desee: es una donación “ofrecida”, aunque no todavía “aceptada”, y que como promesa unilateral —hecha no ya en forma de *sponsio*, sino, generalmente, a través de un documento— obliga también a los herederos del donante. Una cláusula contenida en la donación por la que se diga que si el donante muere antes que el donatario lo donado irá a él y no a sus herederos, no tiene otro fin que el de retrasar la obligación del donante, porque sus herederos habrían quedado obligados inclusive sin dicha cláusula.

Nuevamente se puede objetar esta construcción, diciendo que compromete el carácter de revocatorio que tienen las donaciones “imperfectas”. A lo que a la vez cabe responder que la revocabilidad precisamente puede estar concebida como una sanción a la falta de diligencia del donatario, lo que guarda perfecta concordancia con la finalidad tributaria de FV 249. Por lo demás, siempre, mientras no se haya hecho la entrega, cabe una revocación tácita, mediante la enajenación de la cosa donada. La perfección de la donación equivale a la aceptación de la herencia en materia de sucesión testamentaria o *abintestato*.

D. DONATIO MORTIS CAUSA

El movimiento convergente de testamento —particularmente legado— y donación *mortis causa* es un tópico ya conocido y que compromete incluso la problemática del derecho clásico: aplicación de las leyes caducarias relativas a la capacidad; aplicación de la *Lex Falcidia*; *querella inofficiosae donationis* a favor de herederos “legítimos”; proceso que culmina, en Oriente, al trasladar masivamente Justiniano los principios del legado a esta donación: acrecimiento, *cautio muciana*, posibilidad de ser gravada con fideicomisos.

Pero, al parecer, en el derecho vulgar, esta evolución lleva un recorrido mucho más tortuoso y complejo, lo cual no es más que

un episodio en el panorama total de confusión entre las varias liberalidades. Libre el derecho occidental incluso de tendencias jurídicas academicistas y arcaizantes, se vio mucho más inclinado a prescindir de todo rastro de sistematización que pusiera límites conceptuales entre los restos de las viejas instituciones. En CE 308, por ejemplo, no es con el legado que se asimila la donación *mortis causa*, sino con el testamento.

Comenzaremos haciendo un examen, sobre las fuentes, de las formas en que era posible donar *mortis causa* en el derecho vulgar; pero antes, alguna advertencia: no entra en el tema de nuestro trabajo la polémica sobre la estructura unitaria de la donación *mortis causa* en época clásica⁸². Para el período que estudiamos, la diversidad de tipos resulta bastante notoria, y las fuentes reafirman la variedad de posibilidades.

Veamos, ante todo, lo que los textos nos muestran sobre las formas en que era posible realizar una donación *mortis causa* en el derecho vulgar. Probablemente los juristas de aquella época no tenían noción clara de la gama de posibilidades que nos transmiten los textos clásicos posteriores —piénsese en la expresión de ITh 8,12,1 “*sibi reservat*”, a que antes nos hemos referido—, pero, al menos, el examen nos permitirá colegir en qué medida se produjo confusión de categorías y hasta qué tiempo es posible encontrarse con descripciones legales o interpretativas que respondan a algún tipo propio de donación *mortis causa*.

La donación bajo específica condición resolutoria “*si donator convaluerit*”, la encontramos mencionada en PS 2,23,1 y 3.7.1.

82. Para esta polémica, ver: DI PAOLA, *Donatio Mortis Causa* (1950), quien sostiene la estructura unitaria de la institución, la que se configuraría siempre por entrega inmediata, revocable en virtud de alejamiento del peligro o premuerte del donatario.

Contra Di Paola: AMELOTTI, DMC, y SIMONIUS, *Die Donatio Mortis Causa* (1958), a los que replica aquél, respectivamente en sendos artículos: *Sulla struttura della donatio mortis causa*, en St. de Francisci, IV (1956) 159-208, y *Ancora la donatio mortis causa*, en LABEO, (1961) 94-105.

ROBBE, *Diritto creditario romano, I. Principi generali e fondamentali* (1962), 42 ss., ha terciado, con nuevos argumentos, en favor de la tesis unitaria de Di Paola.

PS 2, 23, 1. Mortis causa donatio est, quae impendentis metu mortis fit, ut ortu valentudinis peregrinationis navigationis vel belli.

PS 3, 7, 1. Mortis causa donat qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit.

Sorprende, ante todo, que el primer pasaje esté colocado bajo la rúbrica "*de donationibus inter virum et uxorem*". Ya veremos luego que estas donaciones, a partir de la *Oratio divi Severi*, en que se entendió superada la ineficacia inicial de ellas mediante la *perseverantia voluntatis*, se van asimilando gradualmente a las donaciones *mortis causa* a través del común denominador de la revocabilidad.

PS 3,7,1 trata, según Levy⁸³, de una donación con transferencia inmediata de propiedad, es decir, de una donación bajo condición resolutoria. Amelotti, en cambio, sostiene, más convincentemente, que se puede referir tanto a una donación con transferencia inmediata bajo condición resolutoria "*si donator convaluerit*" como a una con transferencia bajo condición suspensiva "*si mors secuta fuerit*", pues esta última podía realizarse dejando desde el primer momento al donatario la mera detentación de la cosa⁸⁴.

El mismo razonamiento de Amelotti sobre el texto recién visto, lo podemos aplicar a PS 2,23,1. En él, la referencia a una condición específica es clara, pero igual puede ser suspensiva que resolutoria.

Levy⁸⁵ ve, sin embargo, una dificultad para la tipificación de la *donatio mortis causa* vulgar, según la forma en que recoge la institución el Breviario de Alarico: tal problema es el contraste entre las definiciones que de la misma *donatio* dan PS 3,7,1, e ITh 8,12,1, ambas recogidas en BA.

ITh 8, 12, 1. Mortis causa donatio est, ubi donator dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea.

83. LEVY, *Zum Wesen des Weströmischen Vulgarrechts* (1933), en *Gesammelte Schriften*, I, 196.

84. AMELOTTI, DMC, 15, n 48 y 83 ss.

85. LEVY, op. cit., 196 ss.

ad illum, cui donat, non ad heredes donantis res donata perveniat, quod si prius moriatur cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris.

Vismara⁸⁶ cree resolver el contraste explicando que, mientras PS se refiere a la *donatio* bajo condición resolutoria, ITh describe, en cambio, aquélla, bajo específica condición suspensiva. Tal solución resulta incompatible con aquella a que nos hemos adherido respecto a que PS 3,7,1 hace mención tanto a la condición "*si mors secuta fuerit*" como a "*si donator convaluerit*", por lo cual, debemos intentar otra explicación.

Como principio general, válido no sólo para este caso, sino para todas aquellas contradicciones que pueda haber entre las distintas fuentes recopiladas en BA, estimamos que, debido al propio carácter heterogéneo de este libro, no son de extrañar las frecuentes faltas de armonía, sobre todo si se piensa en que ni siquiera el material proviene de una misma época: ITh 8,12,1 y PS 3,7,1, concretamente, están situados en una distancia temporal de, aproximadamente, siglo y medio. Además, sabemos que BA no se trata de una ley "positiva", en el sentido moderno, sino que es, según definición de d'Ors, una obra "didascálica" destinada, sobre todo, a la formación de los jueces: es decir, semejante en su carácter al Digesto o las Partidas⁸⁷.

Pero hay algo más; ni siquiera existe contradicción entre ambos textos, aunque por una razón diferente que la aducida por Vismara: ITh 8,12,1 no se puede referir a una condición suspensiva específica. En este texto, la condición expresada no es "*si donator convaluerit*", sino "*si prius mortuus fuero quam tu*", especificándose luego la posibilidad contraria de que el donatario no sobreviva al donante. Cuando la condición es específica, sólo hay dos posibilidades que se tienen en cuenta, expresadas en las dos fórmulas con que se designan las condiciones: o el donante muere o sobrevive al peligro. Pero cuando las posibilidades que se tienen en vista son, en cambio, la supervivencia o no del donatario, nos hallamos ya ante una condición genérica, es decir, ante una *donatio*

86. VISMARA, *Patti*, 170.

87. D'ORS, *La territorialidad del derecho visigótico*, en *Estudios Visigóticos*, I (1956), 121.

mortis causa “*ex sola cogitatione mortalitatis*”. Guarda ello concordancia con otro punto interesante de ITh 8,12,1, y que será objeto de ulterior examen: en la expresión “*sibi reservat*” se halla un cierto germen de confusión con la *donatio reservato usufructu*. Para ésta, dice el texto que su característica es que el donante “*sibi certum tempus possessionis reservat*”. La diferencia estaría también en el *certum tempus*, lo que nos permitiría decir que, mientras en el usufructo la alusión a un plazo es clara, el silencio en la *donatio mortis causa* lleva a deducir la existencia de una condición. Pero no se explica cómo es posible que en la mente del anónimo autor de la *Interpretatio* pueda haberse producido avicinamiento entre una *donatio* usufructuaria y una *donatio mortis causa* bajo condición “*si donator convaluerit*”. Por estas consideraciones podemos afirmar, contra Vismara, que mientras PS 3,7,1 se refiere a la donación bajo específica condición, ITh 8,12,1 trata de aquella llamada “*ex sola cogitatione mortalitatis*”.

Surge la cuestión de saber hasta cuándo subsisten todas estas clases de donaciones *mortis causa*. Vismara⁸⁸ sostiene que la *donatio* “*ex sola cogitatione mortalitatis*” debía ser desconocida o poco frecuente en la época de la compilación alariciana: sólo así se podría explicar que el Breviario no se explaye en la materia. Habría que responder a esto que no es tan efectiva la parquedad de BA: ya hemos visto cómo trata el tema en ITh 8,12,1, texto al que podemos agregar PS 2,23,6 con su *Interpretatio*

PS 2, 23, 6. Quocumque tempore contemplatione mortis inter virum et uxorem donatio facta est, morte secuta convalescit.

IPS 2, 23, 6. Si inter maritum et uxorem matrimonii tempore mortis causa fuerit facta donatio, morte unius convalescit, nam in donationibus, quae mortis causa fiunt, haec verborum sollemnitas custoditur: “Illum agrum aut illam domum te malo habere quam me, te quam heredes meos”⁸⁹.

88. VISMARA, Patti, 170.

89. La redacción de las últimas palabras de la *Interpretatio* es controvertida: según ARCHI, *Don.*, 261, sería “*me malo habere quam te*”. VOLTERRA, en *Sull'uso delle Sententiae di Paolo*, Atti Cong. Int. di Dir. Rom. in Bologna, I (1934), 48, y DI PAOLA, en *Donatio Mortis Causa* (1950), 137 ss., estiman verdadera la que aparece en el texto transcrito.

Resulta notablemente sugestiva esta pareja de textos. Como primera impresión, notamos que las palabras finales de la *Interpretatio*, "*Illum... heredes meos*", son un eco de D. 39,6,35,2: "*se potius habere vult*".

D 39, 6, 35, 2. Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur; et ibi, qui donat, illum potius, quam se habere mavult; at is, qui mortis causa donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius, quam dedisse mavult. Et hoc est, quare vulgo dicatur; se potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.

Pero mientras en D(39) la *donatio mortis causa* se presenta como un negocio complejo, convergencia de *negotium gerere*, y *donare*, pues el donante "hace su negocio", por lo que difiere *causalmente* de la verdadera y absoluta donación, que es en sí misma una causa, en IPS es una simple donación condicional suspensiva.

Veamos ahora la relación entre el texto de las sentencias y su *Interpretatio*: Vismara quiere descubrir un contraste entre las palabras "*quocumque tempore contemplatione mortis*", del texto, y "*mortis causa fuerit facta donatio*", de la Int., en el sentido de que aun cuando el primero se refiere a la donación "*ex sola cogitatione mortalitatis*" el intérprete parece olvidarlo, haciendo mención simplemente de "*donatio mortis causa*", sin más explicación. Ello se debería, según este autor, al desuso en que había caído el tipo bajo condición genérica, por lo que el intérprete trata de generalizar para hacer aprovechable el texto.

Para nosotros, aun reconociendo que la observación de Vismara en cuanto al contraste de texto e *interpretatio* es correcta, la conclusión es inaceptablemente gratuita, pues con el mismo argumento se podría llegar a la contraria, de afirmar que IPS no hace distinciones porque, en su época, toda donación *mortis causa* es bajo condición genérica. Tal conclusión, por lo demás, estaría mejor corroborada en otros textos contemporáneos; pues, mientras resulta imposible encontrar un pasaje posterior a PS que contenga mención a condiciones específicas, encontramos testimonio de donaciones *mortis causa ex sola cogitatione, mortalitatis* no sólo en JTh 8,12,1, sino también en CE 308

CE 308, 2. Qui vero sub hac occasione largitur ut post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit.

En cuanto a sus posibilidades de revocación, presenta la *donatio mortis causa* postclásica importantes novedades. Sabido es que en época clásica se admitían dos causas de revocación: la premuerte del donatario y el alejamiento del peligro inminente en vista del cual el donante ha hecho la donación. En PS 3,7,2, encontramos por primera vez un texto en que se acepte la libre revocación de una *donatio mortis causa*⁹⁰.

PS 3, 7, 2. Donatio mortis causa cessante valetudine et sequente sanitate, poenitentia etiam revocatur: morte enim tantummodo convalescit.

La sola voluntad del donante, sin referencia a "ingratitude" del donatario ni a ninguna circunstancia externa; la mera *poenitentia*, basta para la revocación. Tal innovación constituye, sin duda, un paso importante, que acerca grandemente las donaciones a las disposiciones *mortis causa*, y que mantiene estrecha relación con la *perseverantia voluntatis* en las donaciones de padres a hijos *in potestate* o entre cónyuges.

Para Amelotti⁹¹ este texto se refería sólo a la *donatio imminente periculo mortis*, pero el hecho de que acepte la revocación por *poenitentia*, indica que también ha de englobar el caso de la *cogitatio mortis*, ya que es en las donaciones bajo este supuesto donde precisamente tiene aplicación el nuevo principio de la revocación mediante *poenitentia*.

La revocabilidad *mutata voluntate* también aparece consignada en CE 308. Este edicto visigótico da además la razón por la que es revocable una *donatio mortis causa*: "*quia similitudo est testamenti*", CE pertenece a una época en que el testamento se ha fundido en el común sistema de las donaciones revocables: en las

90. En este sentido, ARCHI, *Don*, 256.

91. AMELOTI, DMC, 10.

fuentes sucesivas, cuando de alguna manera se alude a una equiparación entre donación y testamento, la referencia ya no se hace concretamente a la *donatio mortis causa*, sino a *donatio*, en general. Las propias palabras que emplea CE 308 responden más bien a una *donatio post obitum*: "*post eius mortem*", aunque por su contenido se deduce que se trata de una *donatio mortis causa*. Aún más: en documentos de la época y posteriores y en la legislación occidental subsiguiente a CE, hasta FG, no nos ha sido posible encontrar más testimonios de *mortis causa donationes*⁹². La razón no puede ser otra que el haberse fusionado todas las categorías de donaciones revocables; de haberse concentrado la atención de los donantes en el hecho de si el acto puede o no revocarse. La estructura del título de las donaciones del Código de Eurico lo muestra con bastante claridad; y la tendencia práctica a renunciar a la revocabilidad en los documentos —generalmente con solemnes juramentos— da la pauta de cuál era el problema jurídico que realmente interesaba.

El acento en la revocabilidad que se les da a las *mortis causa donationes* tiene otra razón de ser, además. Y es que todas las donaciones comienzan a ser, en estricto sentido, *mortis causa*, es decir, hechas en consideración de la propia muerte, y como un adelanto testamentario. Incluso las donaciones "directas" o "*inter vivos*" se convierten en verdaderos testamentos contractuales, o pactos sucesorios. Por eso, a Eurico o al autor de FG les debió parecer una redundancia decir *mortis causa donatio*, y emplean términos más generales, como simplemente "*donatio*", o recurren a la perífrasis, como en CE 308,2. Una vez más lo notamos, sólo la revocabilidad termina por constituir especie en las donaciones.

E. DONACIONES DE PADRES A HIJOS

Conservan un régimen especial en cuanto no existen posibilidades de relaciones patrimoniales entre padres e hijos⁹³. A medida

92. Así se ve en TJADER, docs. 10 a 28.

93. Ello está claramente determinado por la estructura familiar romana, y en época clásica seguía siendo efectivo incluso para el peculio castrense, del cual el padre tenía la propiedad aun cuando el hijo pudiese administrarlo

que la patria potestad, en su primitivo sentido, se va relajando, tales donaciones tenderán a refundirse con el derecho común.

La doctrina clásica posterior admitió que estas donaciones, aun cuando inválidas, pudieran convalidarse de alguna manera si el *animus donandi* del padre persistía hasta el momento de su muerte o de la emancipación del hijo. La primera brecha la abre Papiniano, al considerar que el hijo emancipado podía usucapir el peculio en tanto su padre no se lo hubiese explícitamente sustraído.

FV 260 Papin, lib. XII resp. Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usu capit, sed debitores convenire non potest neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt. Plane quod ei solvitur patre non dissentiente, debitorem liberat, nec interest an emancipatum ignoret vel ei non esse peculium ademptum, cum rei substantia plus polleat existimatione falsa.

En otro texto de la misma época, se dice que la donación se perfecciona por la muerte o la emancipación de la misma manera que el peculio pasa a poder del hijo si el padre no lo ha sustraído.

FV 255. Papin. lib. XII resp. Pater qui filiae quam habuit in potestate mancipia donavit et peculium, quamquam soluta potestate iure emancipationis vita decessit, ei non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse.

La reforma es recogida en un texto post-clásico, que llega al Breviario de Alarico.

PS 5, 11, 3. Pater si filio familias aliquid donaverit et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.

Como justamente hace notar Archi, esta innovación está en la misma línea que la sintetizada por el principio "*morte Cincia re-*

y disponer de él *mortis causa*. En FV 295, que contiene una constitución del año 210, todavía se sustentó un criterio patrimonial centradamente clásico.

movetur", y tiene como resultado el producir un acercamiento funcional entre las donaciones de padres a hijos y las instituciones *port-mortem*.

En Papiniano, es cierto, aun la donación es considerada como una mera situación de hecho, que deberá ser confirmada, bien tácitamente, en el caso del peculio, mediante la *non ademptio*, lo que hará posible por parte del hijo la *usucapio*, bien mediante ratificación testamentaria, en los demás casos.

FV. 294. Papin. lib. XII resp. Quod pater filiae, quam habuit ac retinuit in potestate, donavit, cum eam donationem testamento non confirmasset, filiae non esse respondi; nam et peculia non praelegata communia fratrum esse constabat.

Para el jurisconsulto clásico; pues, es necesario que la donación, para que de algún modo sea válida, se haga en forma de prelegado de peculio, de modo que el hijo ha de ser instituido heredero.

Ya en las Sentencias de Paulo se reconoce un acercamiento formal entre donaciones de padre a hijo y fideicomiso, en cuanto ni éste ni aquéllas requieren especiales formalidades.

PS 4, 1, 11. Filio quibuscumque verbis a patre fideicommissum relictum iure debetur: sufficit enim inter coniunctas personas quibuscumque verbis ut in doantione voluntas expressa. Et ideo etiam PRIDIEQVAM MORIETVR recte relictum videtur.

Sentencia ésta que parece estar reflejada en una constitución de Diocleciano, del año 294 (FV 314) y, sobre todo, en CTh 8,12,4, de Constantino (a. 319) en que se admite, basándose en una disposición de Antonino Pío⁹⁴, que en las donaciones de padres a hijos pueda omitirse la tradición.

El mismo Constantino, por fin, hace de las donaciones de padre a hijo, ya sin ninguna restricción, disposiciones del todo similares a las donaciones *mortis causa*, y que se perfeccionan mediante la sola *perseverantia voluntatis*.

94. LAURIA, *Ricerche sul Pauli Sententiarum Libri*, en An. Macerata VI (1930), 35 ss., niega la atribución a Antonino Pío por estimar imposible que en su época se admitiese la exención de la *mancipatio*.

FV 274. Licet in potestate filii degentes donationum effectum a patre sibi conlatarum mox consequi minime posse videantur, tamen perseverantia voluntatis ad instar mortis causa donationis huiuscemodi liberalitatem redigi oportere retro principum rescriptis cognoscitur esse concessum [a. 315].

La constitución es muy poco anterior a la gran reforma del año 323, y posterior en un siglo a la *Oratio divi Severi*, pero ya ha obtenido, aun cuando más lentamente que en el caso de las donaciones entre cónyuges, la completa integración de la donación de padre a hijo dentro de las disposiciones *mortis causa*. El siglo de diferencia se explica, posiblemente, por la magnitud del obstáculo jurídico que debía salvar, pues mientras en el caso de las donaciones entre cónyuges se trataba simplemente de una prohibición, tropiézase aquí con que padre e hijo no son desde el punto de vista patrimonial sino una misma entidad. Ello hará que ni aun como imperfectas pudiesen subsistir tales donaciones, por lo que se hizo necesario recurrir a la idea de que el hijo usucapía lo donado a contar de la fecha de la muerte del padre, como lo expresa una constitución de Diocleciano con las palabras "*securum animo ea quae donata sunt possidere*"⁹⁵. Por ello, posteriormente, a medida que la idea de unidad patrimonial entre padre e hijo se va relajando, es decir, a medida que, además del peculio castrense se admite el llamado cuasi-castrense y la propiedad del hijo sobre los bienes que no recibe del padre, hubo necesariamente de relajarse también la imposibilidad de relaciones patrimoniales entre ellos.

Por cuanto la razón de que estas donaciones se convaliden sólo *post mortem donatoris* es la actuación de un principio *favor donationis* —semejante al *favor testamenti*— en vista de la invalidez de ellas por la ausencia de diferenciación patrimonial entre padre e hijo, no hay ningún motivo para un trato especial en materia de donaciones a hijos emancipados: así lo reconoce PS 5,11,5^a implícitamente.

PS 5, 11, 5^a. Si pater emancipati filii nomine donationis animo pecuniam feneravit eamque filius stipulatus est, ipso iure perfectam donationem ambigi non potest.

95. ARCHI. *Don.*, 186.

Hay, sin embargo, dos particularidades de éstas que las diferencian del régimen común. En primer lugar, la exigencia del requisito de la tradición: la tendencia postclásica temprana tiende a atenuar la *traditio*, sobre todo tratándose de donaciones a *liberi*: en tal sentido encontramos referencia a través de FV 314 y CTh 8,12,4. La reforma del año 323 marca, no obstante, un cambio de dirección, y su política tributaria tiende precisamente a reprimir la posibilidad de donaciones ocultas o simuladas. Por eso CTh 8,12,5, del año 333, procura establecer firmemente la obligación de la *traditio*. Lo que, según nuestro entender, no obsta a que aquellas donaciones en las que no se ha efectuado la tradición puedan ser consideradas “imperfectas”. Así todo, como veremos luego, este requisito decae a través de la reserva del usufructo, y no hay ninguna razón para no pensar que la decadencia ha afectado también a las donaciones de padres a hijos, máxime cuando debían de estar tan próximas a constituir verdaderas disposiciones *post-mortem*. La gran cantidad de normas imperiales que se refieren a ellas, dan el índice de su frecuencia ⁹⁶.

La segunda particularidad de estas donaciones es que, en todo caso, pueden ser revocadas por ingratitud del donatario: la circunstancia de la relación subordinante que existe entre padre e hijo —al igual que entre patrono y liberto— opone cierta resistencia a que sean consideradas absolutamente irrevocables: y de hecho en ambos tipos se pasa, de la revocabilidad amplia —en el caso de las ahora tratadas, cuando el hijo está *in potestate*— a la revocabilidad calificada por la ingratitud —en el caso del hijo *in potestate*, por relajación de la patria potestad: CTh 8,13,6

CTh 8, 13, 6. (426) Donationem circa filium filiamve, nepotem neptemve, pronepotem proneptemve emancipationis tempore celebratam pater seu avus vel proavus revocare non poterit nisi edoctis manifestis(simis) causis, quibus eam personam, in quam conlata (dona)tio est, contra ipsam venire pietatem et ex causis, quae legibus continentur, fuisse constabit ingratham. Quas tamen causas in cognitione discuti oportebit et nostro admitti iudicio, cum hoc inter partes com-

⁹⁶. Ver, entre otras, GW 3, 8, 2; FV 277; 278; 281; CI 3, 36, 18; FV 274; CTh 8, 12, 4; 8, 12, 5; 8, 12, 7; 8, 13, 2.

petenti visum fuerit cognitori. Alias iubemus non audiri parentis querellas.

quiere indicar precisamente que estas donaciones siguen el régimen común, a no ser por la revocabilidad en caso de ingratitud. A ello nos referiremos en el capítulo III de este trabajo.

F. DONACIONES DE PATRONO A LIBERTO.

Aunque la razón de unidad de patrimonio no juega en este caso como en las donaciones de padres a hijos, el elemento de subordinación que existe en forma especial entre patrono y liberto, hace que estas donaciones hayan sido consideradas como revocables.

La revocabilidad en un comienzo se aplica a toda donación de patrono a liberto, y no sólo en el caso de ingratitud de éste⁹⁷. El testimonio de la constitución de Filippo (a. 249), recogida en FV 272, e interpolada por Justiniano en CI 8,55,1 pr., no puede ser más claro

Etsi perfectis donationibus in possessionem inductus libertus quantolibet tempore ea quae sibi donata sunt pleno iure ut dominus possederit, tamen [si ingratus sit], omnis donatio mutata patronorum voluntate revocanda sit.

El fragmento original termina, es cierto, aludiendo a un caso de ingratitud, pero sólo como ejemplo de motivo que pueda tener el patrono para revocar. Las condiciones de la revocación no pueden ser otras que las establecidas en la constitución: "*mutata patronorum voluntate*". Tan cierto es que la ingratitud no actúa como condición determinante, que Justiniano necesita interpolar para poner a tono la constitución con las posteriores reformas. Para la mentalidad romana de mediados del siglo III debía, sin duda, resultar absurdo que el patrono tuviese que establecer, ante un tribunal, causas de ingratitud de un liberto.

Sin embargo, aunque no se han conservado fuentes que consignen la derogación de este principio, es también evidente que ya

97. Tal es la opinión de BIONDI, *Succ.*, 697. En contra: COSENTINI, *Studi sui liberti I* (1948), 223.

en el año 355 ha caído, y que la norma está constituida por la irrevocabilidad de las donaciones a libertos, salvo ingratitude. CTh 8,13,3. supone que el patrono no podía revocar *mutata voluntate*.

CTh 8, 13, 3. (355). Si umquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus et postea suscepit liberos, totum, quidquid largitus fuerit, revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.

Con tal innovación, las donaciones de patrono a liberto se han sumido en el general sistema de revocabilidad de las donaciones, con la única característica propia de estar sujetas a una revocación especial por ingratitude, tal como las de padres a hijos.

El Código de Eurico recoge algunos casos de donaciones semejantes a éstas en sus leyes 310 y 311⁹⁸: se trata de las donaciones hechas al *bucellarius* y al *saio*. *Saio* es llamado el seguidor militar que recibe armas de su jefe; *bucellarius*, en cambio, recibe además tierra de la que vive él y su familia. El *saio* que deja el servicio de su *patronus* debe hacer entrega a éste de todo lo que adquirió en el ejercicio de su cargo, pero tiene derecho a retener las armas (CE 311). La relación del *bucellarius* con su *patronus* es, no obstante, mucho más estrecha, pues está ligado además por la donación de tierras, en las cuales se asienta su familia. Tal relación familiar es la que sujeta la descendencia del *bucellarius* a su patrono y a los hijos de éste. El *bucellarius* está también sujeto a la revocación de lo donado por ingratitude, la que se manifiesta, en este texto, de dos maneras específicas: la deserción del servicio del patrono y, por parte de la hija del *bucellarius*, el casarse contra la voluntad del *patronus* (CE 310, 2.3,6).

No se trata en estos casos, evidentemente, de un tipo de relación idéntico al que existe entre el "*patronus*" romano y el manumitido, ya que el *bucellarius* conserva su condición de ingenuo. Sin embargo, como anota d'Ors, ambos casos no dejan de ofrecer cierta similitud, no sólo en el carácter de la revocabilidad especial de las

98. Ver D'ORS, *Eur.*, 242 ss.

donaciones⁹⁹, sino también en algunas normas sucesorias. La obligación de restituir la mitad de lo ganado al patrono o su descendencia, guarda evidente relación con la regla de la sucesión *abintestato* del liberto contenida en NV 25, según la cual debía ir la mitad de los bienes de éste al patrono o sus herederos.

G. DONACIONES ENTRE CONYUGES

El mismo papel que juega para las donaciones a *non exceptae personae* el principio "*morte Cincia removetur*" y para aquéllas de padres a hijos la norma expresada en FV 255, juega en las donaciones entre cónyuges la *Oratio divi Severi* del año 206, que permite la convalidación de ellas si el donante ha perseverado en su voluntad hasta la muerte. Otro caso más, pues, como los que ya hemos visto, en que, por virtud de un criterio de extensión de la eficacia de las donaciones (*favor donationis*) se llega al efecto práctico de convertir a éstas en disposiciones revocables cuya eficacia es deferida para después de la muerte.

Las fuentes postclásicas tempranas ya han acusado notoriamente este impacto, y se observa frecuentemente el trato conjunto de donaciones *mortis causa* y donaciones entre cónyuges: así PS define la *donatio mortis causa* precisamente en el número 1 del título 23 del libro II, que trata de las donaciones entre cónyuges; y en UE 7.1, se considera la *causa mortis* como una de las *certae causae* que puede hacer válido el acto. Se hace más evidente aún el acercamiento en algunos pasajes, tales como PS 2,23.5, más arriba analizado, o en el número 2 de FV 294.

FV 294, 2. Cur ergo quod vir uxori dedit, morte soluto matrimonio, si voluntas perseveravit, fini decimarum auferri non oportere maximi principes nostri suaserunt et ita senatus censuit? Sed nimirum liberi, qui repulsam donationis auctoritate iuris tulerunt, aliis rationibus ad bona patris perveniunt, ac plerique plus habere quam fratres iurgiis eiusmodi contendunt.

99. Ver D'ORS. *Eur.*, 244.

fragmento éste que, según Archi, constituye no un pasaje original de Papiniano, sino una glosa de algún lector desconocido ¹⁰⁰.

Así, pues, las donaciones entre cónyuges terminan configurándose como típicas donaciones *mortis causa*, es decir, revocables por el donante en vida, y confirmadas por el hecho de la no revocación. Una donación *inter virum et uxorem* irrevocable, a la manera de las donaciones *inter vivos*, no es posible sino admitiendo que ha caído la prohibición de donar entre cónyuges. Sobre el tema de si efectivamente tal prohibición cayó en una época posterior, entraremos sin más preámbulos.

* * *

No existe, en las fuentes recogidas por el Breviario de Alarico, ningún testimonio que permita deducir de una manera cierta la derogación o el desuso de la prohibición: antes bien: las interpretaciones a PS parecen centrarse, más aún que el texto interpretado, en las consecuencias directas de la prohibición. Así, por ejemplo, PS 2,23,2, sólo se limita a exponer que determinada liberalidad puede ser realizada válidamente entre cónyuges ¹⁰¹.

PS 2, 23, 2. Manumissionis gratia inter virum et uxorem donatio favore libertatis recepta est, vel certe quod nemo ex hoc fiat locupletior: ideoque servum manumittendi causa invicem sibi donare non prohibentur.

La *Interpretatio*, en cambio, no toma ya el caso como uno entre varios en que las liberalidades son válidas, sino como el único posible.

IPS 2, 23, 2. In coniugio haec sola donatio hac lege permittitur, ut mancipia sibi invicem, quae manumittant, non quae habeant, donare possint.

Desde la época de UE. 7,1, pues, en que se establecen varias causas por las que es válida una donación entre marido y mujer, hasta la época de las *interpretationes*, se nota más bien un recru-

100. ARCHI, *Don.*, 220.

101. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* (1958), 86.

decimiento del criterio prohibitivo. A igual conclusión lleva el hecho de que PS 2,23,3 haya sido recogida en el Breviario.

PS 2, 23, 3. Inter virum et uxorem nec per interpositam personam donatio fieri potest.

cuya claridad y rotundidad excusan la *Interpretatio*: "*interpretatio non eget*". No es dable pensar que un texto de contenido tan específico hubiera sido incluido en la recopilación alariciana si no tenía ya vigencia¹⁰². Sobre estos antecedentes, podemos entrar ya en la consideración de CE 307, que es el único texto vulgar autónomo que contiene una alusión directa a las donaciones entre cónyuges.

CE 307. Maritus si uxori suae aliquid donaverit, de hoc quod voluerit scriptura sua manu signo sive subscriptione confirmet, ita ut duo aut tres testes ingenui subscriptores accedant; et sic voluntas ipsius habeat firmitatem. 2. Testes vero si ad scripturam non fuerint praesentes... us testium, voluntas non valeat. 3. Voluntas autem si necessitas est, coram duobus aut tribus testibus ore tantum ordinari potest, 4. Similis de uxoris voluntate que in maritum conferre voluerit donationis forma servetur.

Alvãro d'Ors¹⁰³, contra la opinión corriente, cree que esta ley no tiene por fin establecer una forma válida para las donaciones entre cónyuges, o declarar la irrevocabilidad de ellas, sino que trata de la forma general de una donación *mortis causa*, es decir, la forma de testamento¹⁰⁴. Admite, pues, este autor, implícitamente, la posibilidad de que la prohibición de donaciones entre cónyuges subsistiera incluso en la época de CE. Para d'Ors, la expresión "*voluntas*" significaría precisamente una voluntad *post-mortem*, es decir, una voluntad testamentaria: así, pues, CE 307 no trataría de donaciones entre cónyuges en general, sino de donaciones testamentarias a favor del cónyuge.

102. También se reafirma la prohibición en ITh 3, 13, 3.

103. D'ORS, *Eur.*, 236.

104. Contra: Levy y Mercêa, cfr. D'ORS, *Eur.* 236 y n. 798.

Levy ¹⁰⁵ rechaza esta explicación del romanista español, y reafirma su posición de que CE 307 reglamenta una donación directa entre cónyuges —lo que, por tanto, equivale a afirmar que la prohibición de donar ha caído—.

Argumenta Levy, basándose en la construcción del título euriciano relativo a las donaciones, que, según él, está todo dedicado a las donaciones *inter vivos*; desde la ley 307 a la 319, salvo la 308. núm. 2, en la que se hace contraposición a 308 núm. 1, tanto en la forma, como en la asimilación al testamento, como en la revocabilidad.

La verdad es que, aun sin considerar la laguna de las leyes 313 a 318, la estructura del título tiene una configuración mucho más ajustada al derecho vulgar de lo que Levy ha querido ver: el punto de vista de Eurico no es el de la división entre donaciones “directas” y “*mortis causa*”, como en ITh 8,12,1, sino que, como en tantas cosas en que este Edicto muestra mayor adecuación al derecho vivo que las fuentes contemporáneas, considera el conjunto todo desde el ángulo de la revocabilidad. La categoría de las *mortis causa donationes*, al igual que las donaciones entre cónyuges, se han sumido ya en la general clasificación de revocables, y el título no hace más que ir resolviendo problemas —en forma no siempre sistemática, y más bien empírica— relativos a la calidad de revocable o irrevocable que pueda tener la donación en cada caso. Así, 305 habla de las donaciones regias, y pese a la laguna final, es posible conjeturar que la disposición determina una solución de irrevocabilidad: así lo indican las últimas palabras conservadas:

“*quia iniquum esset res donatas... convelli*”

Sea cual sea la solución dada en 305 y 306, cuya posición de encabezamiento se explica por la calidad de las personas que donan, desde el 307 al 311 trata CE de donaciones revocables, introduciendo el texto en ocasiones figuras de contraste, como sucede con 308 núm. 1 —que, tal como señala Levy, está en oposición con el número siguiente de la misma ley, pero haciendo el papel de “cuña”, y no de caso normal— o con 311 núm. 1 respecto del núm. 2.

105. LEVY, *Besprechung*; Alvaro D'ORS, *Código de Eurico*, en *Gesammelte Schriften* I, 312.

Otro argumento de Levy se refiere al significado de la expresión “*voluntas*”, que para d’Ors constituye una clara referencia a la voluntad testamentaria. Tiene razón Levy al señalar que cuando con “*voluntas*” se quiere expresar “voluntad testamentaria”, va acompañada la palabra con un calificativo que la especifica, tal como ocurre en CTh 2,19,7 y su Int.; NTh 16,5; NV 21,1,4; ITh 2,19,6, y 4,4,5; IPS 1,11,2 y 3,7,10, en que se dice “*voluntas defuncti*”; o “*deficientis*” (CTh 4,4,5), o “*morientis*” (NV 25,4; ITh 3,9,1), o “*mortui*” (CTh 4,4,4 y su Int.; ET 30), o “*testandi*” (INV 21,2); “*testata*” (NV 21,2,1); “*testamenti*” (CTh 4,4,1 y su Int.); “*testatoris*” (IPS 3,6,10; NV 21,2,3), o “*extrema*” (CTh 3,9,1; 4,4,3,2), o “*novissima*” (NTh 22,2,1), o “*postrema*” (NTh 22,2,12-14-16), o “*suprema*” (NV 21,2; NM 6,7), o “*ultima*” (CTh 4,4,7,1; NTh 22,2,6-7). Pero al mismo tiempo reconoce este autor que “*voluntas*”, sin más adjetivo, puede significar una voluntad testamentaria cuando así se deduce del propio texto, como se observa en NTh 16, pr. 7; NV 21,1 pr. 2·4 y su Int.; 21,2,5; ET 72; NMc 5; IPS 1,11,2; ITh 2,19,2·5.

Según nuestro parecer, los términos semejantes a *suprema voluntas* o *ultima voluntas* no siempre son comprensivos de todas las voluntades *post-mortem*. Levy cita cuatro textos en que tales expresiones aparecen contrapuestas a *donatio inter vivos*; tales son: NTh 22,2 en sus números 12, 14 contrapuesto al 15, y 16; NM 6,7; N Anth 3, lin. 18, y CTh 4,4,6. De ellos, verdaderamente uno sólo, el de NTh 22,2, asimila la *donatio mortis causa* a una *postrema voluntas*, haciendo el contraste sólo respecto de las donaciones *inter vivos*. Este texto trata de la contribución que deben pagar aquellas personas que reciben bienes a título lucrativo, de tal manera que, cuando se refiere a donaciones *mortis causa*, entiende que están ya *cumplidas*, o, para mejor decir, entiende que el donante ha muerto ya: sólo así se comprende que el beneficiario deba pagar un impuesto. Teodosio se ha colocado aquí en el punto de vista del donatario, y no del donante, y para aquél, *suprema voluntas*, o *postrema voluntas* (del disponente) o las demás expresiones equivalentes, no pueden sino referirse a las disposiciones *post-mortem* cuando éstas se hallan perfeccionadas por la muerte del causante: mientras queda la posibilidad de revocar una voluntad, no tiene categoría de “últi-

ma". Otras expresiones, tales como "*voluntas defuncti*", aluden mejor a este carácter. Lo que sí acontece en fuentes vulgares es el uso de estas expresiones por "*testamentum*", precisamente porque lo que caracteriza al testamento en el derecho vulgar posterior, es el ser un acto *in articulo mortis*, última voluntad en el más estricto sentido.

Por todas estas consideraciones, y teniendo en cuenta que CE 307 se refiere a la validez *ab initio* de un acto, y no al destino de éste después de la muerte de su causante, no puede usar la expresión "*suprema voluntas*" aún cuando se trate de un acto *mortis causa*. Nada de su texto nos permite deducir que la prohibición de las donaciones entre cónyuges haya caído.

La siguiente argumentación de Levy nos parece más vulnerable aún: según él la fase inicial de CE 319 se referiría claramente a una donación *inter vivos*.

Consideremos detenidamente el texto y el contenido del fragmento: establece que la viuda que permanece en estado de viudedad o pasa a segundas nupcias, podrá poseer las cosas donadas por su marido y dejarlas a quien quisiere después de su muerte.

CE 319. Maritus si uxori suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata sed in pudicitia permanserit, aut si certe ad alium maritum honesta coniunctione pervenerit, de re(bus) sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. 2. Sin autem per adulteriu(m) seu inhonestam coniunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris legitimos revertatur.

Esta problemática se encuentra también en un fragmento del Teodosiano.

CTh 3, 8, 2, pr. Feminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierint nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum sponsaliorum iure, quidquid etiam nuptiarum sollemnitate perceperint, quidquid aut mortis causa donationibus factis aut testamenti iure directo aut fideicommissi vel legati titulo vel cuiuslibet munificae libera-

litatis praemio ex bonis maritorum fuerint adsecutae, id totum ita ut perceperint integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quidquam eadem feminae ex isdem facultatibus abalienandi in quamlibet extraneam personam vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam praesumant atque habeant potestatem possidendi tantum in diem vitae, non etiam abalienandi facultate concessa. Nam si quid ex isdem rebus per fraudem scaevioris animi in alium quemlibet fuerit a possidente translatum, maternarum redintegrabitur compensationibus facultatum, quo inlibata ad hos quos statuimus heredes bona et incorrupta perveniant.

Parece evidente que Eurico tomó la ley 319 de esta constitución, promulgada noventa y cinco años antes que el Edicto del rey visigodo, y que conservó su temática aun cuando alteró la solución, presumiblemente por razones de simplicidad. Así, pues, la expresión "*aliquid donaverit*" de CE 319, equivale, en la constitución del año 381, a "*quidquid... ad secutae*". De manera que el texto euriciano, como su equivalente teodosiano, tiene por fin la regulación de la *sponsalia* y las asignaciones *mortis causa* del marido a la mujer, después de la muerte de aquél y no trata de donaciones directas entre cónyuges ¹⁰⁶.

Levy aduce una última argumentación contra la interpretación que da d'Ors a CE 307, cual es la ausencia de una tradición romano-vulgar sobre la intervención de dos o tres testigos en un testamento. Sobre ello nos remitimos a lo dicho en la sede correspondiente ¹⁰⁷.

La derogación a que García Garrido se refiere ¹⁰⁸ por último, contenida en CTh 9,4,2,1, no tiene, evidentemente, carácter general, y lo que hace es asimilar la condena del marido a su muerte, para dar validez a las donaciones hechas a la mujer antes del crimen, "*tamquam maritos eis natura, non poena subduxerit*".

106. Compárese al respecto CE 319 y LB 24, 1, que parecen provenir de una misma fuente.

107. Ver infra, pág. 195 ss.

108. GARCÍA GARRIDO, op. cit., 101 n. 53.

Las donaciones entre cónyuges, en resolución, parecen estar configuradas en el derecho vulgar según la línea trazada por la *Oratio divi Severi* como una donación *mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis*, vale decir, como una donación revocable.

Una última cuestión: ¿Cuál es la razón por la que, después de abrirse un camino a la validez de las donaciones entre cónyuges a través de la *Oratio divi Severi*, se insiste en la prohibición no sólo manteniéndola, sino incluso centrandó, diríase que en forma deliberada, la atención en ella? ¿Por qué el recrudescimiento del criterio prohibitivo que observábamos en PS 2,23,2? Hasta parece que hubiera cierta artificiosidad en mantener la prohibición, existiendo, como existía, la posibilidad de distinguir los patrimonios. Así como entre padres y emancipados las donaciones se hacen posibles, parecería lógico pensar que entre marido y mujer desaparecerá el impedimento.

La razón no ha de ser otra que el conseguir, mediante el efecto combinado de la prohibición y la *Oratio divi Severi*, que las donaciones entre cónyuges sean revocables, para proteger de este modo las eventuales expectativas sucesorias de los hijos comunes, las cuales se podían ver perjudicadas por efecto de un pacto sucesorio precipitado. Hay interés en evitar que los cónyuges se hagan donaciones irrevocables justamente para permitir que cualquiera de los padres, durante el matrimonio, puedan preferir los hijos al cónyuge. Cuando, más tarde, en las fórmulas visigóticas, se establecen donaciones irrevocables entre cónyuges, se hacen siempre en el supuesto de que no hay hijos comunes, y con una cláusula de revocación para el caso de que nazcan en el futuro (Form. 23 y 24).

CAPITULO II

PACTOS SUCESORIOS

Al comenzar el capítulo anterior observamos que los dos grandes grupos de disposiciones *mortis causa* identificables en el derecho vulgar son las donaciones revocables y los pactos sucesorios. Este tema, a pesar de su importancia y de los muchos problemas que

suscita, no ha sido un argumento predilecto de la investigación romanística, y desde el excelente estudio de Vismara, que no contamos con un trabajo que lo aborde en su amplitud.

Resulta difícil delinear, sobre todo para los fines del derecho vulgar, la figura del pacto sucesorio. Tal vez debido a la prohibición tradicional que pesa sobre él, se oculta a menudo, como un proteo, tras otra expresión jurídica. No siempre se presenta a través de una formal *heredis institutio* contractual, y mucho menos en el derecho del siglo V, en que la *heredis institutio* ha caído en desuso. Es necesario tener en cuenta que, así como en un régimen sucesorio dominado por la figura del testamento el pacto tenderá a adoptar —en cuanto ello sea jurídicamente posible— la forma de un testamento “contratado”, en el derecho vulgar, cuyo instrumento sucesorio fundamental es la donación, el pacto tomará también la forma de donación. Interesa, pues, determinar, con la mayor exactitud posible, hasta qué punto y en qué casos una donación romano vulgar puede contener un pacto sucesorio, y si es posible la sucesión contractual a través de otros medios que no sean donaciones.

Para Vismara¹, es pacto sucesorio todo acto bilateral por causa de muerte que tenga por objeto la sucesión futura del *de cuius*. Elementos esenciales del pacto son, para este autor, la bilateralidad del acto y el fin de regular la suerte del patrimonio del disponente para después de su muerte. La irrevocabilidad, en cambio, no constituye para Vismara sino un elemento natural de los pactos.

Conforme con este concepto, incluye el ilustre historiador del Derecho entre los pactos sucesorios a las donaciones *mortis causa*, puesto que aunque sean revocables, reúnen los dos requisitos esenciales de bilateralidad y finalidad *post mortem donatoris*, si bien es cierto que, en este caso, la regulación del patrimonio del donante no constituye *successio* en el sentido clásico, sino sólo el subentrar en una o más relaciones particulares. En cambio, las donaciones con reserva de usufructo, por cuanto no son actos a causa de muerte en el sentido propio, sino que jurídicamente debe ser consideradas *directae donationes*, no constituyen para Vismara propiamente pactos sucesorios.

1. VISMARA, *Patti*. 2.

Amelotti², en cambio, para definir los pactos sucesorios, trata de situarse en el punto de vista del artículo 458 del Código Civil Italiano, y considera que para la existencia del pacto, la disposición o renuncia de la calidad de heredero en una sucesión no abierta. Así, por cuanto la *donatio mortis causa*, aun cuando comprenda todos los bienes del donante, es a título particular, y no importa convención alguna relativa a la calidad de heredero civil o *bonorum possessor*, no estaría incluida en la categoría de pacto sucesorio: verdaderamente, según el criterio de Amelotti, de entre las donaciones, sólo las universales podrían constituir un pacto.

La dificultad del asunto está en que los romanos mismos no tenían una noción unicomprendiva de los pactos sucesorios; de ahí que los autores hayan recurrido generalmente a esquemas doctrinarios a priori o a aplicaciones de criterios vigentes en épocas posteriores para esclarecer el problema. Ello equivale, según nuestro juicio, a renunciar a la búsqueda de la solución conforme a los presupuestos históricos y jurídicos de la propia institución³. Amelotti, por lo demás, parte de una premisa que no podemos aceptar sin más: que los pactos sucesorios son aquellas regulaciones convencionales de la sucesión prohibidas por el derecho⁴. Porque lo que se trata de averiguar, entre otras cosas, es precisamente cuáles de estas relaciones son jurídicamente posibles en la época que estudiamos.

Trataremos de fijar, como primera medida, algunos conceptos previos que van implícitos en la misma enunciación del término

2. AMELOTI, DMC, 38.

3. Aun en el caso de querer comparar con un derecho diverso, el Código Civil Italiano no es buen punto de referencia para el derecho vulgar, ya que parte de presupuestos diversos y ha sido objeto de constante y mantenida elaboración doctrinal. Mejor habría sido comparar, por ejemplo, con el Derecho Foral Navarro, que sufrió un constante proceso de vulgarización, a partir, es cierto, no del derecho clásico, sino de la recepción medieval. Las coincidencias que se notan entre ambos derechos, navarro y romano vulgar, son sorprendentes, y sin duda el mismo Amelotti quedaría sorprendido al comprobar su peculiar sistema sucesorio, en el que prácticamente no existe línea divisoria entre testamento y donación, y en el que —por cierto— están permitidos toda clase de pactos sucesorios.

4. AMELOTI, DMC, 39.

“pacto sucesorio”. Evidentemente, la fijación tiene que guardar relación con las nociones vigentes en la época que pretendemos historiar: desde una concepción de derecho clásico, sólo puede ser pacto sucesorio el llamado “pacto renunciativo”, pues el “pacto” supone siempre un “*pacisci*”; aplacar, hacer la paz; importa la posibilidad de oponer una excepción, pero no de ejercer una acción. Únicamente se pueden dar estas características del “*pactum*” clásico en los pactos renunciativos, que tendrían, hipotéticamente, la finalidad de otorgar una *exceptio* al legitimado pasivamente en la *hereditatis petitio* o en la *querella inofficiosi testamenti*. Pero en el derecho vulgar, la categoría de “*pactum*” ha perdido ya su riguroso sentido clásico, de tal manera que se puede entender por él cualquier acto convencional. Así también, “*successio*”, significa en época clásica el subentrar el heredero *in locum* o *in ius defuncti*; pero, como hace notar Schulz⁵, ya en Gayo se halla el germen de la confusión postclásica, cuando en las *Institutiones*, 3,82, considera que el *adrogans* adquiere por *successio* los bienes del hijo adoptado. En el sentido clásico, no puede haber sucesión en tal caso, puesto que el *pater* no asume las deudas del adrogado.

El derecho vulgar, que, en general, tiende a prescindir de la *heredis institutio*, conserva, no obstante, la idea de que el asignatario testamentario (o codicilar) “sucede” al testador, y no existe clara noción de lo que significa transmisión universal. Bien esclarecedor es, a este respecto, GE 2,2, pr., situado al comienzo del título “*de testamentis*”.

GE 2, 2, pr⁶. Per universitatem, hoc est, omnia simul bona, adquirimus hereditate, emptione, adoptione: quia is, quem adoptaverimus, si sine patre est, cum omnibus bonis suis ad nos transit.

5. SCHULZ, *Classical Roman Law*² (1954), 200.

6. Compárese este fragmento con su “correspondiente” GI 2,97,98. En el Epítome falta toda referencia a *bonorum possessio, conventio in manu* y *emptio bonorum*. Esta última está sustituida por la *emptio*, que ya no puede ser la gayana *emptio bonorum*, pues ha caído en desuso y está suprimida en otros pasajes del Epítome, sino, sencillamente, la compra de un patrimonio. Ver ARCHI, *Epítome Gai* (1937), 255.

El Epítome continúa llamando a la herencia adquisición universal, y junto con insistir en el error gayano de la *adrogatio*, describe el acto de la sucesión diciendo que acontece "*cum omnibus bonis... ad nos transit*". ¿En qué consiste, entonces, la adquisición universal? La incapacidad del epitomador para expresar la idea, revela su desconocimiento de la noción de unidad patrimonial⁷.

Así, al igual que "*pactum*" no puede ser tomado en sentido clásico, tampoco el significado genuino y estricto del término "*successio*" nos sirve para definir el pacto sucesorio en el derecho vulgar: es necesario englobar, en el término "sucesión" a la llamada sucesión singular, pues de hecho así, por este sistema obraba la sucesión en la época que estudiamos no sólo a través de disposiciones testamentarias o codicilares a título singular, sino también a través de donaciones o adelantos testamentarios.

Con estas bases, pensamos, que la delimitación de la categoría ha de tener un sentido eminentemente práctico para el derecho vulgar y, por tanto, ajustado a los presupuestos jurídicos que obran en la época que estudiamos: una reconstrucción basada en la lógica del sistema clásico resultará necesariamente falseada, por anti-histórica.

Por el estudio hasta ahora hecho, hemos visto que fundamentalmente el tipo de las disposiciones *mortis causa* en el derecho romano vulgar está determinado en relación con la posibilidad o no de revocar: donaciones revocables por un lado —de padres a hijos, de marido a mujer, imperfectas, *mortis causa*, testamentos, codicilos— y donaciones irrevocables por otro. Obsérvese que en todas las donaciones revocables, la bilateralidad —pese al carácter de contrato que atribuye Constantino a toda donación— está reducida a la mínima expresión o grandemente deprimida, ya sea porque se trate de donación ofrecida, pero no técnicamente aceptada. —como ocurre en el caso de las donaciones "imperfectas", y, en cierta manera, con los testamentos— ya sea porque la nulidad o ineficacia inicial permite que en cualquier momento el donante pueda retractarse en virtud de esta propia ineficacia de manera que su voluntad permanece "ambulatoria" mientras viva. En las

7. ARCHI, *Epitome Gai* (1937), 257.

propias donaciones *mortis causa*, desde el momento que se acepta su revocabilidad *mutata voluntate*, su eficacia queda condicionada, en forma meramente potestativa, a la voluntad del donante. Así, pues, en todos estos casos, falta algún elemento objetivo que configure o garantice respecto de ambas partes la seriedad o firmeza en su voluntad⁸. Lo que acontece en el fondo de este problema, es que irrevocabilidad y bilateralidad están unidas de manera mucho más íntima de lo que Vismara supone⁹, hasta el punto de que decir que un acto es revocable equivale a decir que la voluntad de una de las partes —cuando el acto es bilateral externamente— permanece “ambulatoria”, no es seria o firme; no es propiamente “*voluntas*” en el sentido de elemento constituyente de un “pacto” (siempre hablando en términos post-clásicos).

Cuando la bilateralidad es perfecta, también el acto es irrevocable, y es en este caso que nos es dable hablar de pacto sucesorio. Para nosotros, cualquier acto perfectamente bilateral —y por tanto irrevocable— que tenga por fin de alguna manera regular el destino del patrimonio de una persona viva después de la muerte de ésta, sea a título universal, sea a título singular, constituye un pacto sucesorio. Hemos dicho “que tenga por fin” regular el destino del patrimonio de alguien, con lo que queremos subrayar la importancia del resultado propuesto mucho más que de la estructura del medio empleado. Parece ocioso desde el punto de vista del derecho vulgar, por ejemplo, negar la calidad de pacto sucesorio a una *donatio* usufructuaria por el hecho que la transferencia de la propiedad sea inmediata: Vismara pretende separar en este caso el efecto económico del efecto jurídico¹⁰, pero si ello es efectivo para el derecho clásico, ¿podemos decir que se pueda apli-

8. Sobre el efecto de las llamadas condiciones meramente potestativas, ver ARANGIO, *Istituzioni di Diritto Romano*¹⁸ (1957), 85 n. 1.

9. Como siempre que nos referimos a la revocabilidad o irrevocabilidad, pensamos en la que se relaciona con la voluntad de quien o quienes han intervenido en el acto: es la que podríamos llamar “interna”. Por cierto que incluso los actos que hemos llamado irrevocables, admiten algunas formas de revocabilidad; como ser, la ingratitud, en ciertas donaciones; el acuerdo mutuo de los pactantes, en los pactos sucesorios, y la enajenación del objeto cierto donado, en toda donación que no transfiera la propiedad *ab initio*.

10. VISMARA, *Patti*, 127.

car el mismo criterio en derecho vulgar, donde se han confundido posesión y propiedad, usufructo y posesión? Lo que realmente pretenden las partes con una *donatio* usufructuaria es que el donante siga gozando en vida de la cosa, y que el donatario tenga la seguridad de que le será dejada a la muerte del donante: destino del patrimonio de una persona viva para después de su muerte, hecho mediante un acuerdo irrevocable. Resulta difícil encontrar un ejemplo más claro de pacto sucesorio¹¹.

* * *

Según una clasificación conocida, existirían las siguientes categorías de pactos sucesorios¹²:

a) Pactos sucesorios positivos, que pueden ser, bien a título universal (institución contractual de heredero o contrato sucesorio en el sentido más estricto), bien a título singular.

El contrato sucesorio puede tomar formas múltiples, como donación *post-obitum*, donación con reserva de usufructo, donación sponsalicia, dote, pero siempre con la característica de ser universal, por el total de un patrimonio o por una cuota de él. Si la disposición no es universal, se trata de un pacto sucesorio positivo a título singular.

b) Pactos sucesorios renunciativos. Consisten en el acuerdo entre el futuro causante y un "legitimario", por el que éste renuncia a ejercer los recursos destinados a reclamar la *pars debita*. Tales pactos sólo se pueden explicar en un régimen de sucesión forzosa, como lo era el derecho vulgar. Por cuanto la *querella inofficiosi testamenti* —y sus similares de dote y donación— es el instrumento procesal destinado a proteger la legítima, el pacto renunciativo se haría por medio de la renuncia a ejercer la querella.

11. La calidad del pacto sucesorio que presentan algunos papiros rave-nenses está fuera de toda duda. En Tjäder, doc. 14-15 y 16, se trata de donaciones usufructuarias universales, ofrecidas y aceptadas, y reconocidas expresamente como irrevocables.

12. VISMARA, *Patti*, 4, n. 2.

c) Pactos dispositivos. Son acuerdos entre dos personas respecto de la sucesión de un tercero aún vivo. No constituyen, pues, disposiciones *post-mortem* respecto de ninguna de las personas que en él intervienen, y por ello los excluimos de nuestro estudio.

No consideramos dentro de la categoría de los pactos sucesorios ni a las estipulaciones sucesorias ni a los testamentos mutuos, o testamentos de hermadad. Los primeros constituyen promesas sucesorias, que en determinados casos pueden adquirir la forma de donaciones revocables¹³. Los testamentos mutuos, en que dos personas o más, en un mismo acto, se instituyen recíprocamente herederos, sólo son pactos sucesorios en la medida que caen dentro del esquema de un pacto positivo, pero no lo son si, por ejemplo, los testadores conservan la libre facultad de revocar¹⁴.

* * *

El derecho romano clásico rechazó determinados tipos de pactos sucesorios, siempre por concretas razones técnico-jurídicas. Justamente advierte Vismara¹⁵ que una prohibición por motivos morales no se advierte entre los clásicos, y es Justiniano quien introduce esta clase de consideraciones para prohibirlos. Tratamiento general tampoco se advierte en derecho clásico, siempre inclinado a la casuística, y cada concreto pacto se prohíbe por determinada razón. El contrato sucesorio es rechazado por dos consideraciones: porque "*supremis indiciis constringere non possit*" (D 17,2,52,9), es decir, porque limita la facultad de revocar, estimada como la esencia misma del derecho testamentario, y porque "*hereditas extraneis testamento datur*" (CI 5,14,5), principio que, aunque expresado en una constitución de Diocleciano, a propósito de un *pactum interpositum vice testamenti*, es en sustancia clásico. Este último principio significa que en derecho clásico, la institución contractual

13. Como cuando junto a la *insinuatio* y la escritura, se promete hacer la tradición.

14. Buenos ejemplos de testamento mutuo que a la vez constituye pacto sucesorio, los encontramos en Fórmulas Visigóticas 23 y 24. Aunque caen estos documentos, por las épocas a que pertenecen, fuera del ámbito de nuestro estudio, los incluimos de manera meramente ilustrativa.

15. VISMARA, *Patti*, 83.

del heredero es incompatible con el ordenamiento sucesorio del pueblo romano, para quien la sucesión (universal) se concibe como un subentrar en la situación misma del *de cuius, in loco et in iure*. En este ordenamiento eminentemente formal, el testamento es el único medio adecuado para lograr tal efecto respecto de extraños¹⁶.

Para los pactos renunciativos, cabe hacer una observación general: que mientras la facultad de desheredamiento del *pater* es amplia, tales pactos son innecesarios. La *querella inofficiosi testamenti* abre la posibilidad práctica de los pactos, que se realizan, precisamente, mediante renuncia a ejercer la querella. El criterio clásico, sin embargo, es opuesto a tal renuncia, porque equivale a renunciar a la calidad de *suus*, lo que resulta incompatible con la estructura familiar romana¹⁷. En cuanto a la sucesión testamentaria, el pacto renunciativo se considera nulo por una razón aún más fundamental, cual es la falta de objeto: sólo puede renunciar quien puede adquirir la herencia, lo que no ocurre para el heredero testamentario sino después de la delación. Agregaremos que respecto de los pactos dispositivos, también se consideraba que no había objeto, como lo encontramos establecido en un pasaje de Pomponio.

D 18, 4, 1. Si hereditas venierit eius qui vivit, aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit.

Vender la herencia del que vive equivale a no hacer nada, porque no existe lo vendido.

Quedaba abierta así, aun en época clásica, la posibilidad de celebrar pactos sucesorios positivos a título singular, y no es de extrañar que las donaciones comenzaran en algún momento a jugar ese papel. Precisamente, la *donatio mortis causa* bajo condición "*si mors secuta fuerit*", en una época en que no está aceptada aún la revocabilidad *mutata voluntate*, ejerce claramente la función de pacto sucesorio.

Pero también las donaciones *mortis causa* —irrevocables *mutata voluntate*— bajo condición resolutoria "*si donator convalue-*

16. Ver D 8, 4, 13, pr. y 2, 3, 9, 1.

17. Véanse los siguientes textos: D 2, 14, 34; 38, 16, 16; 35, 2, 15, 1; CI 6, 20, 3.

rit", pueden, bien miradas, considerarse pactos sucesorios, porque, si bien su efecto es inmediato, están hechas en consideración a la muerte del donante, y su efecto sólo se hace definitivo cuando éste muere. Tales donaciones constituyen el caso más típico de un anticipo testamentario, convencional e internamente irrevocable —salvo por el evento de la condición.

Las donaciones "directas", igualmente pueden ser pactos sucesorios en la medida que constituyen anticipos testamentarios. Cuando en época post-clásica se advierte la tendencia a extender el campo de la eficacia de las donaciones mediante el reconocimiento de todos aquellos tipos en principio inválidos, pero que terminan por equipararse a las donaciones *mortis causa* (ya revocables)¹⁸, se conserva siempre un núcleo en el que parece concentrarse el interés por la irrevocabilidad. FV 249 constituyó, sin duda, un momento importante en el aflorar de esta tendencia, que, sin embargo, no pudo detener la marcha en la evolución ya iniciada. Hasta el final del período que estudiamos, las donaciones "directas", en el sentido más propio, siguen siendo irrevocables, y no sólo en las leyes, sino en los documentos, hay un interés constante por asegurar la irrevocabilidad¹⁹. Esto parece indicar que, en ciertas circunstancias, existía alguna exigencia de seguridad en la institución *mortis causa* que no se alcanzaba a través de ningún tipo de donación revocable, incluida en ésta la institución testamentaria. En tales casos, lo más adecuado viene a ser recurrir a una *donatio* directa, contractual, y sin posibilidad de revocación unilateral, a la que se le adiciona alguna cláusula que garantice económicamente al donante por el resto de sus días.

A) *Donatio reservato usufructu.*

Consiste, como su nombre lo dice, en una donación en que el donante deduce para sí el disfrute de lo donado. Actúa como el

18. ARCHI, *Don.* 240; GAUDEMET, *Perseverantia Voluntatis*, en *Mélanges Meylan I* (1963), 156.

19. Como ejemplos de donación con cláusula de irrevocabilidad podemos citar: TJADER, doc. 13, 14-15, 16, 20, *Form. Visig.* 23 y 24.

llamado *constitutum possessorium*, y el donante permanece sólo como poseedor *nomine alieno*. Característica fundamental de la *donatio reservato usufructu* es que la reserva la hace el donante para sí mismo, y no para un tercero. En este último caso —que puede incluso tener lugar en una donación revocable— lo que se pretende en realidad es el efecto de una sustitución fideicomisaria, en que el primer instituido corresponde al usufructuario y el sustituto equivale al donatario. Aquí se trata, en cambio, de lograr que el donante, cuya donación suele haber comprendido todo o gran parte de su patrimonio, conserve mientras viva los mismos medios de subsistencia que tenía antes de la donación.

Las fuentes postclásicas tratan la *donatio* usufructuaria a propósito de la tradición: sabido es que en época clásica no basta la *traditio* para constituir el usufructo, sino que es necesario un modo de adquisición propio de las cosas mancipables: legado vindicatorio, *in iure cessio*, *mancipatio*. Cuando se constituye por *deductio*, en todo caso la cosa de la cual se deduce ha de ser transferida por dichos modos. Este tratamiento se encuentra todavía en FV 47 y 50, textos que, aunque contenidos en una recopilación postclásica, pertenecen a la época de los Severos.

La *deductio usus fructus pro traditione* terminó por imponerse en la legislación después de algunas vacilaciones. Aceptada por Diocleciano en el año 296 —FV 313—, entra este tipo de donaciones bajo la reglamentación estricta de la constitución del 323: a la *donatio* usufructuaria parece referirse al decir "*ex aliquo notato tempore promissa*".

Reafirmada la necesidad de efectiva tradición en 415 por Honorio y Teodosio II, cae en 417, según una constitución de los mismos emperadores (CTh 8,12,9).

Llama la atención el rápido cambio de la Cancillería Imperial, y como muy bien lo anota Levy²⁰, la explicación no está en un reflejo de la lucha entre legislación imperial y derechos locales, que mediante la *reservatio* entendían superar el difícil requisito de la tradición. Tal contraposición se explicaría en el siglo IV, pero no en el siglo V, donde el asunto ya no tiene importancia: la razón

20. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (1951), 144 ss.

es que la *donatio*, en este tiempo, se ha convertido ya en una manera de disponer *mortis causa* ²¹.

La ITh 8,12,1, que constituye un resumen de la doctrina vulgar sobre donaciones, reconoce dos grandes categorías de donación ²²: directa y *mortis causa*; pero junto a ellas establece la categoría intermedia de donación con reserva de usufructo. Naturalmente que desde un punto de vista estrictamente técnico, la donación usufructuaria constituye una donación directa, o "*inter vivos*", pero la *Interpretatio* ha debido apartarla del género precisamente por sus peculiaridades que la hacían susceptible de ser empleada como pacto sucesorio. Por ello, en cierta manera, la acerca a la *donatio mortis causa*, ya que ambas son modos de disponer *post-mortem*.

Hay un aspecto más, en que se nota aún más paladinamente el acercamiento de la *donatio reservato usufructu* con las disposiciones *mortis causa*: el texto de ITh 8,12,1, para definir la *donatio mortis causa*, dice que es aquella en la cual el donante se reserva (*sibi reservat*) lo donado; lo cual, tratándose de una condición suspensiva, constituye una inexactitud jurídica ²³. Era natural, por otra parte, que ello tendiera a producirse: de un lado, la forma normal de reserva de usufructo era por la vida del donante, con lo cual nos hallamos claramente ante un caso en que éste, al deducir el usufructo en su favor, está asegurando el beneficio económico de la cosa durante su vida, para que, al morir, pueda pasar al donatario: hay, pues, al igual que en la *donatio mortis causa*, una *cogitatio mortalitatis* que sirve de fundamento al acto. De otro lado, se da frecuentemente una tendencia a convertir en un plazo la condición de las donaciones *mortis causa*. Por cierto que mientras el donante conserva la facultad de revocar a su arbitrio, la liberalidad sigue sujeta a condición, pero la incertidumbre se res-

21. Ver ARCHI, *Don.* 244.

22. ARCHI, *Don.* 278, hace notar que, en el fondo, el intérprete de NTh no conoce más que una donación, que puede tener lugar transfiriendo la cosa desde el momento de su celebración o "reservándola" hasta la muerte del causante. No deja de tener razón ARCHI, en cuanto en la *Interpretatio* toda donación constituye un modo de disponer *mortis causa*.

23. VISMARA, *Successione volontaria nella leggi barbariche*, en St. Solmi II (1941), 201, n. 4.

tringe objetivamente cuando el beneficiario es una persona moral, como, por ejemplo, la Iglesia, o cuando se dona a una persona y sus herederos, pues con ello desaparece la posibilidad de que el donatario no sobreviva al donante.

“*Sibi reservat*”, en todo caso, parece ser un ejemplo más de las frecuentes obliteraciones que sufre el término “*conditio*” en el derecho vulgar, lo que ha de ser un indicio de que el concepto mismo de condición se desdibuja, al menos en el campo de las disposiciones *mortis causa*²⁴.

De igual manera es inexacta la frase “*sibi certum tempus possessionis reservat*”, aplicada a la donación usufructuaria. Otra muestra de la confusión entre usufructo y posesión²⁵: se ha perdido la noción de que el usufructuario sólo posee a nombre del nudo propietario, y aflora una especie de naturalismo jurídico que impide la concreción técnica del lenguaje.

La práctica documentaria indica que había dos tipos de reserva de usufructo: real en uno, ficticia en otro²⁶. La reserva real es, generalmente, de por vida, y constituye una verdadera disposición *mortis causa* irrevocable: nos hallamos dentro del campo de los pactos sucesorios positivos en el más estricto sentido de la expresión. La reserva ficticia, en cambio, tiene por fin aprovechar la cualidad que presenta la *deductio* usufructuaria en cuanto supletoria de tradición: se recurre a un usufructo a favor del donante por un plazo breve, y se suele especificar en una cláusula que esta reserva se hace *pro traditione*.

En los casos de reserva ficticia se trata simplemente de una *donatio* directa, lo que no excluye que pueda tener carácter de disposición *mortis causa*: sólo que el donatario entra desde ya en el pleno goce de la cosa. Así, mientras la donación usufructuaria real constituye siempre una disposición *mortis causa* —y, además, para los efectos prácticos, *mortis tempore*— la ficticia suele constituir un anticipo testamentario, sujeto, como tal, a todas las limitaciones y excepciones del testamento.

24. LEVY, *Weströmische Vulgarrecht* (1956), 88 ss.

25. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (1951), 24 ss.

26. Ejemplos de reserva real de usufructo se encuentran en TJADER, docs. 12, 14-15, 16, 17. Con reserva ficticia son los docs. 13, 18.

B) *Donatio post obitum*.

Derivada de la *donatio mortis causa* y originada en ella, se diferencia de ésta en la impropiedad de la condición: mientras en la *donatio mortis causa* el elemento de incerteza en cuanto a su evento es la supervivencia del donatario al donante —que actúa, por tanto, como una *conditio iuris*—, en la *donatio post-obitum* esta incertidumbre desaparece, ya que el donatario es, generalmente, una persona moral²⁷. Así configuran, en general, los autores a la *donatio post-obitum*. Bajo la apariencia de una condición se esconde en realidad un plazo. Tal particularidad explicaría que en más de una oportunidad se pueda haber producido confusión entre esta donación y la usufructuaria.

Resulta difícil precisar la época en que aparece la *donatio post-obitum*, como también delimitar con nitidez sus características y sus efectos. Es posible, por una parte, que se haya generado en la práctica a partir de la *donatio mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis*²⁸, en una época, por tanto, en que tales donaciones eran ya válidas. Además, debieron ser fomentadas por la Iglesia, en tanto propagaban el espíritu de liberalidad y obraban en su propio beneficio: por eso podemos presumir que su auge hubo de sobrevenir en los tiempos en que el cristianismo ya había alcanzado cierta vigencia social.

La expresión “*post obitum relinquere*” u otras similares, no tiene un sentido determinado por la idea de *donatio post obitum* en las fuentes vulgares: más bien suele ser una designación genérica para toda disposición *mortis causa*, sea testamento o donación. Resulta siempre necesario atender cuidadosamente la sustancia de los textos, no sólo los legales, sino con más razón los documentales, pues las expresiones no responden siempre a lo que quieren significar: esto no nos debe extrañar de una época en que por la diso-

27. El resultado de la desaparición de esta incertidumbre sería que la donación no está ya condicionada a la supervivencia del donatario, sino simplemente a la muerte del donante. De ahí su denominación “*post obitum*”, es decir, para después de la muerte (de quien dona).

28. Sobre el origen de la *donatio post obitum*, ver: VISMARA, *Patti*, 220 ss.; MEREJA, *Estudios de Derecho Hispanico Medieval* (1952), 185 ss.

lución de las categorías técnicas se cae frecuentemente en la ambigüedad.

Tomemos como primer ejemplo de empleo de la expresión un pasaje ya varias veces citado:

CE 308, 2. Qui vero sub hac occasione largitur ut post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit.

Más arriba consideramos la posibilidad de que Eurico se refiriese a la *donatio mortis causa*: incluso se podría llegar a pensar que, con la vista más en los resultados que en la naturaleza jurídica del acto, hubiese querido significar por "*ad illum cui donaverit res donata pertinet*", que pertenezca al donatario el disfrute de la cosa, con lo que nos hallaríamos ante una donación usufructuaria, de manera que la desconcertante interpolación de Chindasvinto respecto al modelo euriciano:

LW 5, 2, 6. "Qui vero sub hac occasione largitur ut eandem rem ipse, qui donat, usufructuario iure possideat, et ita post eius mortem..."

tendría sólo un sentido aclaratorio del texto genuino.

Tropezamos, sin embargo, con el obstáculo insalvable de la irrevocabilidad de las donaciones *reservato usufructu*: no debemos olvidar que éstas se configuran como donaciones *inter vivos*, cuyo resultado jurídico es inmediato, en cuanto a transferir la propiedad y "perfeccionarse". Además, no hay ningún testimonio documental, de entre los que hemos visto, que afirme la revocabilidad de una donación usufructuaria: antes bien, el recurso de la reserva ficticia está destinado precisamente a lograr la irrevocabilidad de donaciones "imperfectas". Parece, pues, evidente que LW 5,2,6 no dice lo que quiere, y que se han acumulado conceptos correspondientes a *donatio mortis causa* o *post obitum* con otros propios de la reserva usufructuaria.

En ITh 3,8,2; CTh 3,8,3; ITh 3,8,3; CTh 3,13,3; ITh 3,13,3, y RB 16,2, encontramos el mismo trato inadecuado al usufructo,

que lleva a oscurecer la naturaleza de la donatio *post obitum*. Dice el primero de los textos citados:

ITh 3, 8, 2 Hoc specialius huic legi credidit inserendum, ut mulieri, cum ad alias nuptias venerit, si de filiis, quos ex matrimonio priore susceperat, masculus moriatur, eo casu, ut matrem et sorores aut certe sororem superstitem dimittat et fratrem non dimittat, qui matrem possit excludere, tunc beneficio legis mater cum filiabus vel filia aequali sorte succedat. Si vero filia moriatur et matrem et sorores tantum dimittat, mediam defunctae filiae hereditatem mater adquirat et media sororibus, seu una seu plures sint, proficiat: ea tamen ratione, ut, dum advixerit mater, adquisitam ex hac filii aut filiae medietatem tantummodo in usufructu possideat et reliquis, si supererunt ex priore matrimonio, filiis post obitum derelinquat, ad alias personas in transferendo nec per testamentum nec per donationem habitura licentiam.

El pasaje completo trata de la viuda que pasa a segundas nupcias teniendo hijos del matrimonio anterior. En la parte que nos interesa dice que, en caso de muerte de uno de sus hijos o hijas, tendrá el "usufructo" de lo que de ellos herede, y deberá dejar "*post obitum*" tal herencia a los demás hijos del primer matrimonio, sin que pueda disponer a favor de otras personas ni por testamento ni por donación.

Como se echa de ver fácilmente, el presente caso no se trata de un usufructo, puesto que la madre tiene facultad de disposición de lo heredado, bien que limitada: es un caso del llamado "usufructo legal", que no se puede verdaderamente encuadrar dentro de los genuinos usufructos.

Pero la madre puede disponer *post obitum* siempre que lo haga entre sus hijos del primer matrimonio; es decir, puede libremente alterar las cuotas *abintestato* que habrían tenido los hijos de la herencia de su madre, o de sus hermanos o hermanas si en realidad hubiese correspondido a ellos la nuda propiedad. Tal característica no se puede explicar sino excluyendo la idea de que se trata de un usufructo, y asimilando más bien los bienes heredados por la madre a un patrimonio sujeto a asignación forzosa, con la particularidad de ser forzosa en cuanto al círculo de personas que pueden ser favorecidas, pero no en cuanto a la cuota o al número

de beneficiarios dentro de ese círculo: una situación semejante a la moderna "cuota de mejoras".

Para el intérprete de CTh 3,8,2, ser usufructuario significa, pues, tener la propiedad sobre una cosa con limitación de disponer *mortis causa* de ella a favor de determinadas personas: los hijos se harán dueños *post-obitum*; pero es la madre —usufructuaria— quien determina cuáles hijos o en qué cuotas adquirirán. Tal constituye una disposición *post obitum*, que de igual manera puede ser donación revocable o irrevocable.

Técnicamente, en este caso, tampoco puede haber una donatio *post obitum*, pues la supervivencia del hijo o la madre sigue exigiéndose. Aun en el caso de que no hubiera sino un hijo del primer matrimonio para "heredar" a la madre, la condición de supervivencia persiste en él o sus representantes.

La Novela Teodosiana 14 se refiere a una situación similar al anterior texto analizado, ordenando sea "reservada" a los hijos la parte del patrimonio proveniente del otro cónyuge a título de dote o donaciones esponsalicias. La *Interpretatio* dice al respecto:

INTh 14. Res quae filiis iussae sunt reservari, post quorum obitum si alienatae vel obligatae quoquo pacto fuerint, ubicumque eas potuerint invenire, ad suum dominium filios praecipit revocare.

No nos encontramos tampoco en este caso ante donaciones *post obitum*, sino ante disposiciones *post mortem* de cualquier tipo, sean o no revocables, o inclusive manumisiones testamentarias.

Veamos, por último, el ejemplo de CE 319^{28a}.

El Edicto del rey visigodo, como ya sabemos, replantea el problema contenido en CTh 3,8,3, pero dándole una solución diversa, pues faculta a la casada en segundas nupcias para "poseer" las cosas donadas por su primer marido, y dejarlas a quien quisiere "*post obitum suum*". No se puede, ni siquiera en este caso, afirmar que el texto contenga referencia a la *donatio post obitum*, pues el sentido de la ley euriciana parece estar más bien en relación con

28 a. Ver el texto de CE 319 en pág. 160.

toda disposición *post mortem* igual que en los ejemplos ya aducidos.

* * *

Agotadas las posibilidades anteriores debe, a nuestro entender, replantearse el problema de las donaciones *post obitum* de manera que sea a la vez internamente coherente y se ajuste al examen de las fuentes. Decíamos que lo que diferenciaba una donación *mortis causa* de una donación *post obitum* —siempre dentro de los criterios del derecho vulgar— era que, mientras la primera se halla sujeta a condición, esta última, bajo la apariencia de una condición encierra un plazo. El tema de la revocabilidad, sin embargo, no ha sido suficientemente atendido, ya que es de advertir que mientras exista posibilidad de revocación según arbitrio del donante, la donación está sujeta a condición meramente potestativa de que el donante persevere en su voluntad hasta la muerte. Sentada esta premisa, volvamos al análisis de las categorías de donación *mortis causa* para establecer en qué casos puede haber un plazo *certus an et incertus quando*:

1. *Donatio mortis causa* bajo condición “*si mors, secuta fuerit*”. Según el criterio del derecho vulgar, constituye un testamento, por ser hecha “*in articulo mortis*”.
2. *Donatio mortis causa* bajo condición “*si donator convaluerit*”. Por las mismas razones que la anterior, en el derecho vulgar constituye un testamento.
3. *Donatio mortis causa ex sola cogitatione mortalitatis*.
 - a) Hecha a persona natural. En tal caso, hay siempre una condición, aun cuando en ciertas circunstancias la incertidumbre se pueda reducir al mínimo, como cuando existe gran diferencia de edad entre donante y donatario, o se nombra un sustituto²⁹. Si tal acontece, la

29. Nos resulta incomprensible la afirmación que VISMARA hace (*Patti*, 220), según la cual una donación en que la muerte del donatario sea suficiente para revocarla, pueda ser una *donatio post-obitum*. La incerteza, y por tanto, la condición propia, subsiste siempre, por muy atenuada que la puedan mantener la edad o condiciones de salud del donante. ¿Qué diferen-

incertidumbre ciertamente se hace mucho menor, pero no desaparece totalmente mientras no haya un último sustituto que tenga categoría de persona moral.

- b) Hecha a persona natural y sus sucesores, o bien hecha a persona moral. Mientras quepa la posibilidad de revocación *mutata voluntate*, la donación es condicional. En cuanto la posibilidad de revocación desaparece, también desaparece la incertidumbre del evento, y la donación deja de ser condicional: sólo en tal caso nos hallamos propiamente ante una *donatio post obitum*³⁰.

Creemos que con este análisis el problema ha quedado esclarecido: desde este punto de vista, el ejemplo de C.E. 308,2 no constituye nunca una *donatio post obitum*, porque en ella el donante conserva la libre revocabilidad. Nada importa que el texto use las palabras "*post obitum suum*": si la donación es revocable, será sencillamente una *donatio mortis causa*. Se ve claro también que no tiene sentido discutir, como hacen Vismara y Meréa, si las donaciones *post obitum* pueden revocarse o no; porque. ¿qué diferencia podría haber entre una *donatio post obitum* revocable y una *donatio mortis causa*?³¹.

El modo de hacer desaparecer la revocabilidad es mediante la renuncia a la misma, que tan frecuente es encontrar en fuentes documentales. Falta saber si, conforme a las prescripciones de la

cia hay, entonces, con una donación *mortis causa*? Lo que acontece es que VISMARA se ha dejado seducir por la expresión "*post obitum suum*" u otra semejante que aparece en leyes y documentos. Pero lo que interesa—y más, si cabe, en el derecho vulgar—es calificar los actos por su contenido y efectos.

30. Para AMELOTTI, D M C, 44, una *donatio mortis causa* en la que no existe posibilidad de revocación, de ningún género, es una donación directa. Tiene razón este autor en observar que la *donatio mortis causa* se desnaturaliza, por la exclusión total de la revocabilidad: sólo que en derecho vulgar, cuando la función de la *donatio* ha evolucionado en el sentido de convertirse en una forma de disponer *mortis causa*, tiene importancia, además del hecho de ser o no revocable, el que sus efectos se produzcan *ab initio* o *mortis tempore*. Y esto último es lo que diferencia a la *donatio post obitum* de la directa.

31. MEREÁ, op. cit. 189; VISMARA, *Patti*, 746.

constitución de Constantino del año 323, era posible la realización de una donación de este tipo, o si siendo posible, constituía una especie característica. La utilidad de una *donatio post obitum* no se explica sino admitiendo que el donante conservaba la plena propiedad de la cosa, por una parte, pudiendo disponer de lo donado —a diferencia de la *donatio usufructuaria*—, y que, por otra parte, el donatario tenía la seguridad de su adquisición *post obitum* —a diferencia de la *donatio mortis causa*—. Constituye, pues, su realización el establecimiento de un límite temporal al derecho de propiedad: esta es la primera y gran dificultad técnica de la *donatio post obitum*, que en época clásica habría sido insalvable; sin embargo, los criterios postclásicos varían.

FV 283. Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius que accepit ad te rediret, *donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit*. Si vero usum fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a proprietate alienare non potuisti. Proposita V id. Mart. Maximo et Aquilino cons.

CI 8, 54, 2. Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, *donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda*. PP. vid. Mart. Maximo II et Aquilino cons.

El ejemplo trata de una donación real a término extintivo, pero nos sirve para mostrar el cambio de trato en la solución de un problema de transferencia de propiedad *ad tempus*. Diocleciano niega la validez de la donación, porque según el sentir de la Cancillería Imperial de su época, resulta inadmisibles la limitación temporal de la propiedad. Justiniano interpola el texto dando la solución contraria: parece lícito pensar que la comisión codificadora, de tendencia tan academicista, no llevaría a cabo una reforma de tal manera reñida con el espíritu clásico, sino presionada por una fuerte y constante práctica anterior.

La necesidad de tradición inmediata de lo donado, exigida por FV 249, constituye la segunda dificultad para una *donatio post*

obitum. Si se seguía el mismo sistema de las donaciones *mortis causa*, conforme a ITh 8,12,1, se corría el riesgo de la revocabilidad, con lo que la *donatio* dejaba de ser *post obitum* y perdía su utilidad propia. El modo para conseguir los efectos de la tradición sería entonces el único que la legislación permitía: la reserva ficticia de usufructo; pero en tal caso, la donación se ha convertido en simple *donatio inter vivos*, o *iure directo*, por lo que el donante quedaría a merced de una reclamación de la cosa. Parece haber sólo dos maneras de lograr las ventajas de una *donatio post obitum*. O bien mediante una *donatio* con reserva usufructuaria ficticia adicionada por un pacto en que el donatario se compromete a no reclamar la cosa donada mientras viva el donante, o bien a través de una *donatio mortis causa* conforme a ITh 8,12,1, en que el donante renuncie a la revocación. Según lo que revelan los documentos que se poseen, la práctica parece haber seguido este segundo camino³².

A la luz de estas conclusiones, examinemos ahora CE 308.

CE 308 contiene una donación *mortis causa*, que como tal es revocable, por ser similar al testamento. Ubicada esta ley en un título en que la preocupación fundamental es el discernir la revocabilidad de las donaciones, Eurico deduce la de la donación *mortis causa* por su similitud con el testamento. Es interesante este texto por corresponder en derecho vulgar, junto con CE 307, a CI 8,56,4, de Justiniano, en que el emperador bizantino asimila las donaciones *mortis causa* con los legados y ordena que se celebren conforme a las solemnidades de éstos³³. Pero volviendo a nuestro tema, la similitud con el testamento se habrá diluido grandemente si en la donación el donante ha renunciado a la facultad de revocar, al mismo tiempo que el donatario, por ser persona moral o por comprender a su sucesión es, por decirlo así, "inmortal". Este caso ya no cae dentro de CE 308, ni se puede decir que tenga otra similitud con el testamento que el ser una disposición *mortis causa*.

El carácter plenamente irrevocable de la *donatio post obitum* y

32. MERA, op. cit. 193, n. 56 y 57; 194, n. 59, 60, 62.

33. MERA ya había notado este movimiento paralelo (op. cit. 187), pero pienso que también CE coincide con Justiniano en asimilar la donación *mortis causa* al legado.

su particularidad de someter la propiedad a un término, explica mejor su posterior confusión con las donaciones usufructuarias. Tiene razón Meréa³⁴ al afirmar que no es tan grande la distancia entre ellas como a primera vista parece. Ciertamente, además de la común característica anotada, debemos tener presente que ambas son disposiciones *mortis causa* que actúan en forma de pactos sucesorios positivos. Si a esto se une el hecho de que propiedad, posesión y usufructo tienen entre sí límites nada claros en el derecho vulgar, comprenderemos que una de las dos instituciones pareciera perder su razón de ser, pues desde un punto de vista del derecho tardío, el usufructuario es un verdadero propietario —o poseedor— a plazo, por lo que una donación post-obitum y una usufructuaria quedan virtualmente equiparadas: propiedad plena para el donante mientras viva, y seguridad para el donatario.

La interpolación que Chindasvinto hace en CE 308 (LW 5,2,6) no nos debe, por otra parte, llamar a engaño. A nuestro entender, en ella el rey visigodo sólo se ha querido referir a la *donatio mortis causa*, y ha incurrido en un error de calificación jurídica de la situación del donante respecto de la cosa donada, semejante a la de ITh 8,12,1 con las palabras “*sibi reservat*”³⁵. Observamos aquí que se trata de una donación singular, y no de donaciones universales, para las que la *donatio post obitum* o la usufructuaria solían ser instrumentos más adecuados. Además, el texto sigue afirmando, a igual que CE 308, que la cosa pertenece al donatario sólo “*post eius mortem*” (la del donante). De tal manera que con la expresión “*iure usufructuario possideat*” ha querido significar, simplemente, el dominio; y si la transmisión de éste después de la muerte del donante está sujeta a la condición potestativa de que el donante no revoque, nos hallamos lisa y llanamente en el terreno de las donaciones *mortis causa*.

34. MEREA, op. cit. 193 ss.

35. Es interesante la polémica que ha suscitado esta interpolación de Chindasvinto. RUBIO, *Donatio post obitum y donatio reservato usufructu.* en AHDE (1932), 13, sostiene que ella se produjo por la contaminación con el derecho germánico, que llevó al legislador visigodo a fusionar ambas donaciones. VISMARA, *Successione volontaria nelle leggi barbariche*, en St. Solmi II (1941), 199 ss., cree, en cambio, que el texto interpolado ha querido disciplinar la *donatio post obitum*.

C) *Sponsalitia largitates*.

Llamadas así en Occidente, o donaciones *ante nuptias* en Oriente, constituyen verdaderas donaciones *inter vivos* perfectamente válidas, ya que, realizadas por el esposo antes del matrimonio, no se ven afectadas por la prohibición de donaciones entre cónyuges (FV 96).

La *sponsalitia largitas* es independiente de la dote, y aun a veces, su complemento económico, en cuanto al destino que se le atribuye³⁶, lo que no obsta a que la mujer o su padre, al constituir ésta, puedan integrar en ella la cantidad donada por esponsales. En este caso, es obvio que su regulación posterior será la de la dote³⁷.

Aunque se configuraba como simple donación entre vivos, presentaba la particularidad de ser hecha en vista del futuro matrimonio: sin embargo, no fue considerada en la época clásica o post-clásica temprana ni como *datio ob causam* ni como *datio ex eventu*: sólo Constantino, en el año 319^{37a}, ordenó que fueran repetidas si no se efectuaba posteriormente el matrimonio; salvo que esto ocurriera por voluntad del esposo o de sus padres.

La circunstancia de que su devolución en dote debió de ser práctica frecuente, aproximó la *sponsalia* a las donaciones con reserva de usufructo en cuanto al requisito de la tradición, ya que estaban destinadas a volver al mismo que las había realizado. Como contrapartida, la *allegatio apud acta* fue insistentemente exigida³⁸.

El destino de la *sponsalitia largitas* para después de la disolución del matrimonio, ya lo hemos visto, depende de su aportación a la dote. Debemos entender que las normas dadas sobre tradición son válidas aun en el caso de que la *sponsalia* no haya vuelto al marido en forma de dote, situación en la cual hay entera similitud jurídica con la *donatio reservato usufructu*. El carácter familiar que comienzan a tomar estas liberalidades a mediados del siglo IV, interfiere, no obstante, esta construcción, al considerarse que *post*

36. Ver al respecto, GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium* (1958), 101.

37. BRANDILEONE, *Donatio propter nuptias* (1892), 31.

37 a. Ver CTh 3, 5, 2.

38. Así, en CTh 3, 5, 3; 3, 5, 8; 3, 5, 13; ITh 3, 5, 13; RB 22, 6.

obitum mariti, la *sponsalia* se destina a los hijos comunes independientemente de la dote: CTh 3,8,2, pr.³⁹.

El texto ordena, sin más, que estos bienes deberán ir a los hijos, quedando para la mujer la facultad de poseerlos —Justiniano agregó incorrectamente “y de disfrutarlos”— independientemente de que la *sponsalia* haya sido hecha a mujer *sui iuris* o bajo potestad paterna; es decir, independientemente de si —en caso de haber entregado la dote— es ésta adventicia o profecticia.

Esta disposición, y la constitución de Honorio y Teodosio del año 412, recogida en CTh 3,8,3, que confirma la anterior en lo relativo al “usufructo” de la mujer —ya le da este nombre— y el destino familiar de la *sponsalia*, parecen tener amplia difusión en Occidente: la última citada es reproducida en su sentido por RB 16,2; y CTh 3,8,2, por una ley considerada como germánica: Lex Burgundionum⁴⁰.

LB 24, 1. Si qua mulier dumtaxat Burgundia post mariti mortem ad secundas aut tertias nuptias, ut adsolet fieri, fortasse transierit et filios ex omni coniugio habuerit, donationem nuptialem, dum advivit, usufructu possideat, post eius mortem ad unumquemque filium, quod pater eius dederit, revertatur, ita ut mater nec donandi nec vendendi nec alienandi de his rebus, quae in donatione nuptiali accepit, habeat potestatem.

Respecto del destino *post mortem uxoris* de la *sponsalia* no integrada en la dote, falta una certeza paralela al caso anterior que se apoye en las fuentes: en principio, debió de ser en cuanto propiedad de la mujer, asimilada a los demás bienes que formaban su patrimonio; pero con posterioridad, el carácter familiar de la donación sponsalicia no pudo dejar de influir en su regulación sucesoria. La igualación entre ambas circunstancias ya se hacía sentir en CTh 3,8,2, parte final.

39. Ver el texto citado en pág. 161.

40. El claro origen romano de esta ley burgunda nos lleva a plantearnos la cuestión de si también LB, al igual que CE, no será una colección romano-vulgar.

CTh 3,8,2. Simili etiam ammoneri maritos volumus et pietatis et legis exemplo; quos, etsi vinculo non adstringimus velut inpositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matris imperatur; ne, si ita necessitas suaserit, et circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab his oporteat, quod optari interim sperarique condeceat.

cuyo sentido aparece claramente explicitado en la *interpretatio*

ITh 3, 8, 2. In hac etiam lege similem et patres mortuis uxoribus condicionem, si ad alias nuptias venerint, voluit observare, ut, si de priore uxore filii aut filiae fuerint, ex quibus aliqui moriantur et in suam portionem locum patri faciant, post illius obitum fratribus sororibusque, qui supererunt de ipso coniugio, portio relicta proficiat, nec poterit per patriam potestatem ad alias transire personas.

La sanción legal de un vacío que ya tal vez la misma práctica se había encargado de llenar, será dada en el año 439 por NTh 14, en que se dispone en todo caso la destinación a los hijos de lo donado por el marido antes de las nupcias; sin perjuicio de las facultades administrativas de los padres.

El carácter de disposición *mortis causa* que puede tener la *sponsalitia largitas*, no aparece con toda la claridad que se advierte, por ejemplo, en las donaciones con reserva de usufructo. Más bien se presenta como un tipo de limitación a la facultad de disponer *mortis causa*, semejante a la oficiosidad. No obstante, le es impuesta a ella misma la limitación de las donaciones inoficiosas (RB 47,4).

Sin embargo, el mismo destino familiar que, en época postclásica, toman tanto la *sponsalia* como la dote, hacen de estas liberalidades instrumentos adecuados para constituir pactos sucesorios con sustitución limitada entre los cónyuges. Pactos de sucesión entre ellos, siempre que los constituyentes fuesen el uno de los cónyuges respecto del otro, ya que a la muerte de uno de ellos, el "usufructo" de lo donado o dotado pertenece al sobreviviente⁴¹. Con sustitución

41. Ya hemos visto que no se trata de usufructo, sino de una limitación a la capacidad de disponer *mortis causa*.

limitada, pues, el supérstite deberá dejar a su muerte estos bienes a los hijos comunes. En CE 319, que, como hemos visto, replantea la problemática de CTh 3,8,2, pr., desaparece el elemento de sustitución, pero se mantiene la idea de que la *sponsalia* actúa como un pacto sucesorio ^{41a}.

D) *Donaciones universales.*

El testamento permite la transmisión “en bloque” del patrimonio de una persona a otra. Esta transmisión se opera, fundamentalmente, a través de la *heredis institutio*, por la que una determinada persona asume el lugar jurídico del testador —ya sea al morir éste, ya al aceptar aquélla—haciéndose cargo de créditos y deudas. Mientras la *heredis institutio* se mantiene como la parte esencial del testamento, la construcción conserva perfecta coherencia; y respecto del *fideicommissum hereditatis* se reconoce en época clásica que en determinadas circunstancias, el *onoratus*, mediante un sistema de acciones ficticias y de estipulaciones, puede ser considerado *heredis loco*. Caída que fue la necesidad de *heredis institutio*, por la equiparación de los testamentos a los codicilos, debían modificarse también las normas de responsabilidad. El estudio de esta cuestión no nos corresponde, pero en todo caso ello muestra que la idea básica por la cual no era admisible una donación universal, cual es la imposibilidad de que el donatario asuma las deudas del donante, ha fallado también en el sistema testamentario. Por otra parte, el codicilo sin *heredis institutio* había abierto la posibilidad de “sucesión testamentaria” sin asunción, por parte del beneficiario de una relación global: posibles son los codicilos en que sólo se contienen legados —o para mejor decir, fideicomisos, o tal vez, donaciones— como sucede, por ejemplo, en el “*testamentum porcelli*”. Lo que acontece es que, siempre que no se ha instituido heredero, se debe entender que la herencia es deferida *abintestato*.

Las donaciones universales no parecen así, viables en principio, ya que sólo puede el donatario subentrar en una o múltiples rela-

41 a. Ver texto de CE 319 en pág. 160.

ciones particulares, mas no en el patrimonio como unidad. Pero si consideramos que es posible —desde la constitución contenida en FV 249— cumplir mediante un solo acto específico una donación de todos los bienes, o de una cuota, a favor precisamente del heredero *abintestato*, el problema toma caracteres más complejos.

Estimamos que, en tal hipótesis, no se puede dudar de que el donatario asumirá sobre sí las deudas del donante, en el caso de que se trate de una donación *mortis causa*. Y resulta inútil argumentar que tal asunción se realiza en cuanto a heredero y no en cuanto a donatario, porque precisamente se le ha hecho heredero mediante una donación.

Cuando se trata de una donación *inter vivos*, el resultado práctico no difiere, al tenor de un texto de Ulpiano.

D 39, 5, 12. Qui ex donatione se obligavit, ex Rescripto Divi Pii, in quantum facere potest, convenitur; sed enim id, quod creditoribus debetur, erit detrahendum; haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non debet detrudere

que en Papiniano no significa ya el derecho de deducir las deudas por el donante, sino la obligación de pagarlas por el donatario.

D 39, 5, 28⁴² Papinianus libro III. Responsorum.—Hereditatem pater sibi relictam filiae sui iuris effectae donavit; creditoribus hereditariis filia satisfacere debet, vel si hoc minime faciat, et creditores contra patrem veniant, cogendam eam per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere.

La dificultad, sin embargo, no reside tanto en la asunción de créditos y deudas como en el destino de los bienes futuros del

42. El texto de Papiniano es extraño porque contiene una mención a la *actio praescriptis verbis*. Generalmente se tiene por interpolado (ver *Index*, III, 106), ya sea [*si... verbis*] o bien [*vel... fin*]. Pero nos resistimos a pensar en una interpolación justinianea, porque la *actio praescriptis verbis* bizantina se refiere a los contratos innominados, y en este caso, todo lo más, se puede pensar en una gestión de negocios. Nos inclinamos más bien por la autenticidad del texto, en el que Papiniano se había referido a una acción por vía de *extraordinaria cognitio*, y en la que se hacían necesarias palabras aclaratorias de sus presupuestos.

donante. Fadda⁴³ rechaza la posibilidad de una donación universal basado en el hecho de que, jurídicamente, el donante no puede transferir sus bienes futuros, y en apoyo a su tesis cita el principio enunciado en CI 5,14,5, en el que se declara nula la cláusula por la que, en las tablas nupciales, se instituye contractualmente heredero al marido "*ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent*". La razón de la nulidad la da la misma constitución: "*Hereditas extraneis testamento datur*"; es decir, que el acto es nulo porque no reviste forma testamentaria. El principio, evidentemente, vale para la época en que es enunciado, pero, ¿qué decir de su eficacia en tiempos en que la forma testamentaria se ha confundido con la donación y en que se ha abierto la vía a los pactos sucesorios?

Los ejemplos que nos muestran las fuentes no sirven a nuestro objeto, pues todos ellos son tomados de legislación o de jurisprudencia anteriores al año 323, régimen éste en que, al actuar la donación como causa y tener que cumplirse mediante un acto posterior singular, excluye la posibilidad de donación universal. Papiniano da a entender que, en estos casos, lo que invalida la donación es no su carácter universal, sino la falta de un instrumento jurídico eficaz para la transmisión⁴⁴ (FV 263).

Se puede objetar también otra cuestión, cual es la del requisito de la tradición. Si la donación no es válida sino cuando se ha hecho entrega de lo donado, entonces no es posible sino donar los bienes presentes. Pero esta réplica no vale, repetimos, para las donaciones *mortis causa*, y tampoco para las usufructuarias que han superado el requisito de la tradición mediante la reserva de usufructo.

Creemos así, que no existe ninguna razón para no pensar que en el derecho vulgar pudieron ser realizables las donaciones universales, sobre todo cuando éstas tienen carácter sucesorio. No vemos inconveniente para que se cumplan, ya sea en una donación

43. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto Ereditario Romano* (1949) I, 322. En este mismo sentido, ASCOLI, *Delle donazioni* (1936), 306. BIONDI, en cambio, estima posibles las donaciones universales a partir de la constitución del 323 (*Succ.* 718).

44. Ver BIONDI, *Succ.* 648 n. 3 y 718. Para otros textos que dan una solución similar: FV 287; C, 6, 10-11.

revocable, ya en una *donatio post-obitum*, ya en una donación con reserva de usufructo. En Oriente se llega finalmente a su aceptación (CI 8,53,35,4.5) y nada tiene de extraño que el derecho occidental, menos técnicos y menos academicista, menos apegado a la tradición y más ceñido a las realidades inmediatas, hubiese practicado desde mucho antes estas donaciones.

En CTh 8,13,3 parecen ya reconocerse, y su aceptación es clara en INTh 22,1 y FG 9. Los papiros de Ravena nos traen buenos ejemplos de ellas ⁴⁵.

CAPITULO III

CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA DISPOSICION

A) *Forma del acto.*

1. *Idioma.*—El uso del latín no es requisito para las disposiciones *mortis causa* en el derecho vulgar. Ya desde la última época clásica aparecen testimonios de empleo de lenguas diversas al latín para los testamentos ¹, práctica que había sido el resultado lógico de la constitución de Caracalla, en el año 212, que otorgó ciudadanía a pueblos enteros que no hablaban la lengua de los romanos. Epítome Ulpiano admite que un fideicomiso pueda ser dejado en griego (UE 25,9), lo que, en verdad, no constituye una gran novedad, puesto que los fideicomisos se podían dejar incluso mediante señas (UE 25,3). Será Constancio quien, en el año 339 (CI 6,23,15) admita en forma amplia el uso de otras lenguas. Esta constitución se refiere no sólo al testamento, sino a toda disposición de última voluntad. La nueva norma es recordada en NTh 16,8, pero la *Interpretatio* se desentiende del problema, como si ya en su tiempo el idioma fuera un asunto que no valiera la pena considerar. Fuera de estos textos ninguna fuente vulgar contiene mención al idioma ².

45. Ver TJADER, docs. 14-15; 16; 21.

1. Ver BIONDI, *Succ.* 56.

2. Ya a mediados del s. III se hicieron concesiones locales y limitadas en cuanto al uso del idioma. AMELOTTI, *Un nuovo testamento per aes et libram*, en SDHI 1949, p. 55 ss. trae noticia de una constitución que se debió de

2. *Sollemnia Verba*.—Las palabras solemnes son desterradas en el derecho vulgar para todas las disposiciones *mortis causa*. Las donaciones, antes de la reforma de Constantino, estaban sujetas a la forma solemne de la *mancipatio* o la *stipulatio*, según se tratara de donación *in dando* de *res Mancipi* o de *donatio in obligando*. Después del año 323, reducida la donación a un acto específico, desaparece todo vestigio de palabras solemnes. En cuanto al testamento, ya Diocleciano había suprimido la necesidad de una determinada fórmula para instituir heredero (CI 6,23,7). Constancio, por fin, en la misma constitución del año 339 (CI 6,23,15) suprime los *sollemnia verba* para todas las disposiciones *mortis causa*.

3. *Unidad del acto*.—El requisito se relaja en la medida que la continuidad puede estar representada por la escritura. El acto oral debe ser en general único y sin interrupción, pero la costumbre de consignarlo por escrito terminará por atribuir el valor determinante al documento en que el acto conste, siempre que reúna específicas condiciones: tal es lo que aconteció en época clásica con el llamado testamento pretorio (clásico), mediante el cual el magistrado otorgaba la *bonorum possessio*. La posibilidad de hacer válido un testamento interrumpido se abre cuando CTh 4,4,7,pr,1 (a. 424) considera que éste vale como codicilo que contiene un fideicomiso: ello se aplica aun en el caso de que el testamento sea oral. Si el testamento es escrito, puede incluso prescindir de la simultánea presencia de los testigos: así en NTh 16,4, se exige que los testigos suscriban y sellen conjuntamente el testamento, pero no es necesario que asistan a su confección. Esta misma NTh 16, en su número 6, insiste en la presencia simultánea de testigos para el testamento oral. Debemos creer que se trata de una reacción contra CTh 4,4,7, pues si se aceptaba la sucesión codicilar sin necesidad de que el acto fuese continuo, no se podría conservar la unidad del testamento oral, y ni siquiera sería necesario el requisito para la institución del heredero —si alguna importancia tenía ello—, pues ésta se podía hacer mediante codicilo.

dictar entre los años 224 y 235 d. C., y en que se concede para Egipto la facultad de testar en griego. Pero no se tiene noticias de disposiciones semejantes para la parte occidental del Imperio.

Las últimas fuentes vulgares siguen exigiendo la presencia simultánea de testigos, tanto para el testamento (ET 28) como para la donación (CE 307,2). En las escrituras de donación de Ravena, publicadas por Tjäder, aparece en todas ellas constancia de haberse realizado "*praesentibus testibus*"³.

4. *Escritura*.—La oralidad no es extraña al testamento: hemos visto ya repetidamente que una forma de testamento oral —la *nuncupatio*— subsiste durante toda la primera época vulgar con las formas escritas. Las donaciones, en cambio, desde la constitución de Constantino del año 323, deben ser siempre hechas por escrito. Este sistema, empero, no tardó en relajarse: en ET 51, el requisito de la escritura para donaciones de bienes muebles está sólo recomendado *ad probationem*, pero no preceptuado. Para los inmuebles, en cambio, se sigue manteniendo la obligación de la escritura.

La posibilidad de donaciones orales está admitida en forma amplia por la legislación imperial.

CI 8, 53, 29 (año 428). In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est: et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur.

No es seguro, a pesar de todo, que esta constitución haya tenido vigor en Occidente⁴: aunque no indica el lugar de emisión, está dirigida a Hiero, prefecto del Pretorio de Constantinopla, y no ha sido recogida en el Teodosiano. Además, está en contradicción con los textos vulgares contemporáneos, particularmente con CE 307, que, como sabemos, ordena la forma escrita como general (para las donaciones) y autoriza la oral únicamente en caso de necesidad (para "testamentos").

5. *Testigos*.—Ya hemos visto, a propósito de la unidad del acto, que es necesaria la presencia de testigos tanto en el testamento como en la donación. La necesidad de testigos en el testamento arranca de la época clásica, por lo que en tal sentido su presencia

3. TJÄDER doc. 12, 13, 14-15, 16.

4. Si hemos de atender a las conclusiones de DOMINICIS, M. A., *Il problema dei rapporti burocratico-legislativo tra Occidente ed Oriente* (1954), 446.

no constituye novedad. Lo que sí resulta nuevo es la extensión de la exigencia a los codicilos y a las donaciones.

La equiparación del testamento al codicilo en materia testimonial está marcada por CTh 4,4,1, del año 326?

CTh 4, 4, 1. In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.

La constitución se refiere sólo al codicilo *abintestato*, no haciendo mención de aquel al cual ha precedido un testamento: ¿qué acontece entonces con éste?

Scarlata Fazio⁵ hace notar que Constantino no pretende incluirlo, sino sólo fijar la atención en aquél que, por no existir testamento, absorbía la regulación entera de la sucesión. No resulta muy clara la exactitud de la afirmación de Scarlata Fazio para la época de Constantino: sin embargo sí parece tener razón en que la *Interpretatio* da a entender que la innovación de los testigos se refiere a ambas clases de codicilos.

ITh 4, 4, 1. Si quis non fecerit testamentum, sed vice testamenti fecerit codicillum, in quo codicillo legitima heredis instituto teneatur, et hunc ipsum eodem numero testium, hoc est septem aut quinque, subscriptionibus faciat confirmari: si minus quam quinque, valere non poterit, sicuti et ceterae voluntates. Nam secundum superiorem legem, si conditio testamento post factus fuerit codicillus et in eo alium, quam in testamento fecerat, heredem voluerit nominare, in eo codicillo heredis institutio non valebit.

Para el intérprete, la única diferencia formal entre el codicilo testamentario y el *codicillus vice testamenti* es que aquél no puede contener una institución de heredero. Es posible, así, que hacia el siglo IV el codicilo testamentario fuese todavía considerado como parte del testamento, pero que antes de mediados del siglo V ya se

5. SCARLATA FAZIO, *La successione codicillare* (1939), 200.

había cambiado el criterio en el sentido de que cualquier modificación al testamento —en cuyo contenido la *heredis institutio* ya no era la piedra angular— debía hacerse con las mismas solemnidades testamentarias.

El acercamiento entre las solemnidades de la donación y del testamento debió de ocurrir con base en igual criterio: por cuanto la función se asimilaba, se equiparaba la forma. Resultaba inadmisiblesible que un testamento o un codicilo pudiesen quedar sin efecto en virtud de un acto posterior menos solemne y destinado al mismo fin. Así todo, la necesidad de testimonio en la donación nace por otra causa, cual es el resultado conjunto de la caída de la *mancipatio* y la reducción de todos los tipos de donaciones a la real. La *mancipatio* es reemplazada, en la reforma del año 323, por la tradición en presencia de testigos. No fija la constitución el número de ellos, sino sólo la pluralidad: “*scientibus plurimis*”; “*ipsa rerum traditio praesentium advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebretur*”; “*ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat*”; y en ITh 8,12,1: “*praesentibus plurimis tradantur*”. Pero es posible que persistiese la costumbre de usar el mismo número que en la *mancipatio*, por lo que ya se habría llegado a la asimilación con el testamento no sólo en la circunstancia de intervenir testigos, sino también en el número de los que intervienen.

La cuestión del número de testigos ha sido uno de los temas más abordados por los tratadistas a propósito de la diferencia entre el testamento civil (de cinco testigos) y el pretorio (de siete testigos). Ya nos hemos referido a ello en el párrafo relativo a las formas testamentarias: sólo nos interesa ahora saber si el número de cinco o siete se mantuvo, o si fue deprimido por otras formas más simples, y en qué medida el movimiento de depresión afectó por igual a testamentos y donaciones.

El CTh 4,4,7, en su parte final, hace referencia a una constitución anterior en que se admite el testamento con sólo tres testigos. No hay ninguna oscuridad en esta afirmación en contra de lo que cree Levy⁶, pues se atestigua con suficiente claridad la existencia

6. LEVY, *Besprechung: Alvaro d'Ors, Código de Eurico* (1962), en *Gesammelte Schriften* I, 312.

de la constitución y su contenido: sólo queda oscura la individualización del texto derogado. Pudo tratarse, según d'Ors, de una costumbre recogida por la ley, cuya pervivencia, sin embargo, la demostraría el hecho de que, a pesar de su derogación, fue finalmente restaurada en CE 307.

Respecto de CE 307, es necesario hacer las siguientes observaciones: a) Ya no se hacen distinguos entre testamentos y donaciones: ambos se sumen en la única categoría de donaciones. b) Respecto de testigos, no hay ninguna diferencia entre donación escrita y oral, y c) La exigencia no es de tres testigos, sino de "dos o tres", es decir, en último término, más de uno, como se exige según la letra de las constituciones que reglamentan la donación⁷.

Dos problemas de índole diversa se presentan a propósito de lo dispuesto en CE 307 sobre testigos: ellos son, en primer lugar, la recepción, en compilaciones visigóticas posteriores, de referencias pre-euricianas a testamentos de cinco o siete testigos; y en segundo lugar, la persistencia del mismo tema en fuentes posteriores a CE⁸.

Sobre el primer punto, se debe tener siempre presente que el Breviario de Alarico no se trata de un Código de derecho positivo: CE sigue vigente aun después de la aparición del Breviario, por lo que las referencias a testamentos de cinco o siete testigos no significan la resurrección del derecho anterior. Además, los textos que aparecen en BA hacen mención, juntamente con la cuestión del número de testigos, a otros asuntos, cuya referencia puede haber interesado al recopilador. Así PS 3,4^A,10

PS 3, 4^A, 10. Plures quam septem ad testamentum adhibiti non nocent. Superflua enim facta prodesse iuri tantum, nocere non possunt.

no debió de interesar en cuanto a la mención de siete testigos, sino por enunciar el principio según el cual lo superfluo no daña al derecho. De igual manera CTh 4,4,1 y su *Interpretatio* interesan

7. D'ORS (Eur. 237) sostiene que el empleo de "dos o tres testigos" proviene de una tradición judeo-cristiana (Mt. 18, 16). Es posible, nos parece, que se introdujera a través de la Cancillería de Constantino, en cuya constitución del año 323 (FV 249) exige sólo pluralidad de testigos.

8. Ver supra, pág. 21 n. 3.

en cuanto a la asimilación de codicilo a testamento. NTh 16 hace asimismo referencia a muchas solemnidades, aparte de la testimonial, que pueden haber sido aprovechables en época de Alarico y sin perjuicio de la vigencia de CE.

Más arduo es el problema que crean los textos posteuricianos que mantienen la existencia de testamentos de cinco o siete testigos. Sólo conocemos uno, que es el ya analizado RB 45,2. La respuesta al problema no es posible darla antes de haberse esclarecido el origen hasta ahora enigmático y oscuro de la ley burgunda; pero previamente, y en general, podemos señalar una tendencia mucho más avanzada en CE, o para mejor decir, mucho más arcaizante en RB. La práctica vulgar debió de coincidir con lo que en CE 307 se contiene, y aunque el material documental es escaso, de tal suerte que no permite sino afirmaciones conjeturales o provisionales, el único documento de donación encontrado en Ravena con anterioridad a Justiniano y en que consta el número de testigos, está suscrito por tres⁹. Los posteriores de cinco testigos corresponden a una época en que este territorio, bajo forma de exarcado, se encuentra integrado en el Imperio Bizantino.

¿Se aplicó también a las donaciones el privilegio que, en relación a los testigos, se daba para los testamentos escritos "*per holographam manum*"? Es un problema interesante, que, sin embargo, por la laguna existente en CE 307,2, no es posible tampoco resolver con certeza. Posiblemente la circunstancia de normalidad que era característica de la donación —a diferencia de la premura del tiempo propia del testamento— hacía innecesaria esta especialidad: a pesar de que RB 45,1 da por válido todo testamento ológrafo, no se debe olvidar que los motivos del privilegio se hallan descritos en NV 21,2,1: ... "*Multis... enim... ..denegetur*". Pero si la respuesta para las donaciones es negativa, según parece desprenderse de CE 307,2, tal negativa en este texto se debería de extender a los testamentos: ya hemos visto que CE 307 se refiere a donaciones "revocables" y, por tanto, deben entenderse incluidos los testamentos. En caso de necesidad, el donante —es decir, el testador— no puede prescindir de testigos, sino sólo de escritura (CE 307,3). El mantenimien.

9. TJADER, doc. 13 (491), 298.

to del testamento ológrafo sin testigos, parece, pues, francamente problemático, al menos en el área de influencia visigótica.

6. *Subscripción y sello.*—La subscripción del testamento “pretorio” por el testador está ordenada en NTh 16,2. El requisito —ya lo hemos visto anteriormente— no aparece en la Novela exigido para el testamento “civil”. Es posible, sin embargo, que NTh lo haya tomado de la práctica relativa al testamento civil, dando por sentado que en éste era necesaria la *subscriptio*. Así, ya en la época clásica se acostumbraba a subscribir el documento en el que se dejaba constancia del acto, pues así se podía evitar el “*crimen falsi*” previsto por el senadoconsulto Liboniano, del año 16 d. C.¹⁰ Por otra parte, la razón de que el analfabeto pudiera testar sólo ante siete testigos, podría haber sido el hecho de que en el testamento civil había obligación de subscribir. La *Lex Romana Burgundionum* da a entender que la *subscriptio* es exigida para ambos testamentos, tanto civil como pretorio.

RB 45, 2. Si vero testis adhibentur, ante quos testator vel suscribat vel suum testamentum offerat subscribendum, cives Romani testis adhibendi sunt, numero conptenti, vel V vel VII, qui ad testamentum iure adhiberi possunt quorumque testimonium recipetur, cum quibus est nobis testamenti factio, secundum legem Theodosii et Valentiniani ad Florentium praefectum preturii datam.

En el paralelismo de la lectura, “*vel suscribat*” parece corresponder a “*vel V*”, como “*vel suum testamentum offerat subscribendum*” correspondería a “*vel VII*”¹¹.

Respecto de la donación, la escritura exigía ya el nombre del donante desde FV 249, pero no aparece en esta constitución la necesidad de que el donante subscriba por propia mano. Es en ITh 8,12,1 en que esta solemnidad aparecerá claramente establecida:

10. Ver D 48, 10, 15, 2, 8.

11. Ya nos hemos referido a este paralelismo a propósito de la dualidad testamento civil-testamento pretorio, ver supra, pág. 113.

ITh 8, 12, 1. Quam tamen donationem, si literas novit donator, ipse subscribat: si vero ignorat, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat.

Hay una correspondencia perfecta entre esta disposición y NTh 16,2,3: la subscripción del donante en una es similar a la del testador en la otra; y en ambas, en caso de que el disponente no sepa escribir subscribirá por él un testigo. Cuando en CE testamento y donación quedan confundidos, el requisito de la *subscriptio* sigue vigente.

En cuanto a los testigos, ya desde época clásica es exigido el sello de los siete testigos sobre las *tabulae* por el pretor, para poder otorgar la *bonorum possessio*. NTh 16 prescribe la necesidad tanto de la *subscriptio* como de los sellos de los testigos; los textos posteriores, en cambio, tienden a prescindir del sello: así en NV 21, 2, 4-5; Et 28.

En las donaciones, las subscripciones de los testigos parecen haber sido impuestas por el uso, pues nada se dice de ellas, ni en FV 249 ni en ITh 8,12,1. Los documentos, no obstante, revelan que la práctica era que los testigos subscribiesen¹², y CE 307 hace la exigencia expresamente.

7. *Insinuatio*.—Es la *allegatio apud acta* de Constantino (FV 249,8), que se ha de hacer ante el juez o la curia (ITh 8,12,1, parte final). La solemnidad tiene antecedentes en la legislación romana¹³ —así, por ejemplo, en FV 266ⁿ— pero sólo se establece como generalmente obligatoria en la constitución del 323. La *insinuatio* no se confunde con la escritura, sino que consiste en la entrega y depósito de ésta: un medio de publicidad concorde con toda la política de Constantino en lo que a donaciones se refiere. La insistencia que la legislación posterior emplea en reafirmar tal solemnidad hace pensar en que la práctica de ella fue vacilante y que hubo resistencia a cumplirla. Su necesidad está recalcada en

12. TJADER, docs. 12, 13, 14-15, 16, 17, 18-19, 20, 21, 22.

13. Según C. DUPONT, *Les donations dans les constitutions de Constantin*, en RIDA, 1962, p. 303, el requisito sólo fue generalizado y no creado por Constantino, pues con anterioridad existía para las donaciones imperiales.

CTh 8,12,2 (post. 323); 8,12,3 (post. 323)¹⁴; 8,12,5 (333); 8,12,6 (341).

En el Edicto de Teodorico la *insinuatio* es sólo mantenida para los inmuebles.

ET 52. Si vero praedium rusticum aut urbanum quisquam libero arbitrio conferre voluerit, scriptura munificentiae etiam testium subscriptionibus robarata gestis municipalibus allegetur.

Para los muebles basta la sola *traditio*.

ET 51. Donationes sub hac sollemnitate praecipimus celebrari. Quod si cuiuslibet pretii res mobilis fortasse donetur, vel certe mancipium, solatraditione largientis sit perfecta donatio; quae tamen scripturae fide possit ostendi, cui testium subscriptio adiecta monstretur.

Tal distinción entre muebles e inmuebles parece ser el arma de que se vale el legislador para atenuar un requisito que en la práctica resultaba molesto¹⁵.

El Código de Eurico guarda prudente silencio sobre el tema de la *insinuatio*: posiblemente no se atreviera a abolir una institución de fiscalización imperial en una época en que todavía no se veía clara cuál sería la suerte definitiva que corriera el Imperio de Occidente¹⁶. La práctica siguió, seguramente, la línea más fácil, prescindiendo de la solemnidad, pero la opinión de d'Ors parece confirmarla el hecho de que RB 22, 3 y 4 siga exigiendo la *insinuatio* en los términos de ET.

Ciertas formas testamentarias "públicas" contienen requisitos semejantes a la *insinuatio*; particularmente el testamento "*apud acta conditum*", a que se refiere CTh 4,4,4. No constituye éste un tipo especial de testamento, sino que es una especial publicidad que refuerza la calidad de auténtico de un testamento ya confeccionado conforme al derecho común.

14. CTh 8, 12, 2 y 8, 12, 3 están fechadas en el año 316, pero por su contenido se deduce que debieron ser posteriores a la constitución del 323 contenida en FV 249. Ver BIONDI, *Succ.* 686.

15. Así, ARCHI, *Don.* 266.

16. Ver D'ORS, *Eur.* 238.

CTh 4, 4, 4 (a. 397). Testamenta omnium ceteraque, quae apud officium censuale publicari solent, in eodem reserentur nec usquam permittatur fieri ulla translatio. Mos namque retinendus est fidelissime vetustatis, quem si quis in hac urbe voluerit inmutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem.

El texto no impone en ningún caso preceptividad de la *allegatio*. Por lo demás, parece reglamentar una antigua usanza: “*mos... fidelissime vetustatis*”¹⁷. La *Interpretatio* merece algunos comentarios.

ITh 4, 4, 4. Testamenta omnia vel reliquas scripturas apud censuales in urbem Roman voluit publicari, hoc est, ut in reliquis regionibus apud curiae viros testamenta vel quaecumque scripturae actis firmari solent, gestorum allegatione muniantur. Si vero mortuorum voluntates actis reseratae non fuerint, nihil valebunt.

“*Reliquas scripturas*”, ¿significa que los testamentos orales han caído en desuso? CE 307 parece indicar lo contrario, y la solución, a nuestro entender, es que ITh llama “*testamentum*” al escrito por oposición a “*nuncupatio*”. En todo caso significa que el *testamentum apud acta conditum* no es entregado de palabra, sino por escrito¹⁸. Por otra parte, ¿a qué “*reliquas scripturas*” se refiere? Sin duda que a las de donación: se debe tener presente que, de las tres solemnidades de la donación, una de ellas —la *traditio*— ha caído en la época de ITh, y las otras dos —escritura y depósito *apud acta*— hacían a la donación especialmente similar al testamento público.

El *testamentum principi oblatum* no se diferencia del anterior sino en la circunstancia de ser depositado en una oficina pública para conocimiento del príncipe (CI 6,23,19).²

Aunque la inserción es la más alta solemnidad, presupone las otras: “*etiam*” *conscientiam principis tenet*.

17. BIONDI, Succ. 65.

18. Contra la opinión de Iglesias, *Instituciones de Derecho Privado Romano*² (1953), 316.

B) *Oficiosidad.*

El testamento y la donación han de ser oficiosos, es decir, han de respetar la porción que corresponde a ciertos parientes del disponente. Dicha porción se estima en la cuarta parte de lo que recibirían *abintestato*. A esta "*pars debita*" es frecuente que en los textos vulgares se le denomine "*quarta Falcidia*": se trata, sin embargo, de una confusión entre dos cuestiones diferentes, ya que *quarta Falcidia* es, en realidad, la porción de la herencia reservada al heredero instituido frente a los legatarios o —desde Septimio Severo— a los donatarios *mortis causa*. La oficiosidad, en cambio, protege a determinadas personas —sean o no instituidas— frente a todo beneficiario de un testamento o donación. La equiparación, como anota Arangio-Ruiz¹⁹, es sugestiva, pues envuelve la idea de fondo de que el verdadero heredero es el legítimo, esté o no instituido, siendo los demás simplemente legatarios o donatarios. Si se considera que el modo normal de transmisión *mortis causa* es la donación, o un testamento sin institución, se comprenderá mejor la equiparación.

El hecho es que las fuentes postclásicas legales no se refieren a la Falcidia, sino en calidad de "legítima", y aquellos textos en que aún se conserva aunque sea un vestigio de su antiguo significado, provienen de la "jurisprudencia" vulgar: Sentencias de Paulo, *Interpretatio* a las Sentencias o *Epitome Gai*²⁰. Aunque no hay otras pruebas concluyentes de la caída de la *lex Falcidia*, este hecho nos da motivos para suponer que se dejó de aplicar, trasladándose su problemática a los derechos del "legitimario" frente a los demás beneficiarios del testamento o la donación.

La extensión de la denominación "*quarta Falcidia*" u otras equivalentes tiene aplicación tanto en los casos de donaciones revocables (incluidos los testamentos) como los pactos sucesorios. Veremos algunos ejemplos.

IPS 4,5,6 se refiere a una sucesión testamentaria. Es interesante, en este pasaje, el cambio de denominación de la "legítima" frente al texto interpretado, pues mientras éste se refiere a la parte que

19. ARANGIO, *Instituzioni di Diritto Romano*¹³ (1957) 549, n. 1.

20. PS 3, 8 e Int.; UE 24, 32; GE 2, 6.

el querellante, en la *querella inofficiosi testamenti*, puede reclamar de los beneficiarios del testamento, la *Interpretatio* le da llanamente el nombre de Falcidia.

PS 4, 5, 6. Quartae portionis portio liberis deducto aere alieno et funeris impensa praestanda est, ut ab inofficiosi querella excludantur. Libertates quoque eam portionam minuire placet.

IPS 4, 5, 6. Quoties Falcidia filiis computanda est, de asse hereditatis primo loco defuncti debita detrahuntur et expensa, quae in funere e ius praestita est, sed et collatae libertates nihilo minus debebuntur, et sic liberis Falcidia, id est uniuscuiusque portionis quarta portio, debetur

RB 45,5 nos muestra otro claro ejemplo de confusión entre la *quarta Falcidia* y la "legítima", tanto más sugestiva cuando se considera que el origen de esta fuente está en CTh 2,19,4, en el que la "legítima" es designada por "*modus quartae*". Y otro tanto se puede ver en RB 45,7, texto en el que, por otra parte, relaciona la preterición con la inoficiosidad, pues "*praeterire*" equivale a no instituir en la Falcidia ²¹.

RB 45, 7. Hoc est filius vel filia, sine filiis morientes, matrem sine Falcidia praeterire non possunt, ut valeat testamentum.

El cómputo de la "*quarta Falcidia*" también se aplica en el caso de donaciones, sea que se presenten bajo la forma de revocables, sea que constituyan un pacto sucesorio o una asignación testamentaria anticipada. ITh 8,12,1, queriendo abarcar todas las donaciones, dice refiriéndose a la "legítima":

"Quae tamen omnes donationes superius comprehensae si modum excesserint lege conscriptum, unde possint certae personae de inmodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit, non valebunt".

21. Este es, por lo demás, el principio que finalmente adoptó Justiniano: CI 6, 28, 4.

La alusión que hace el pasaje a una ley, creemos que es a la Falcidia, aunque también cabría pensar que se refiere a la legislación imperial en general.

Titulares de la "legítima" son los ascendientes y descendientes de ambos sexos, haya o no entre ellos vínculos de potestad²². PS 4,5,2 otorga el derecho incluso al hijo póstumo respecto de la madre, "*ad exemplum praeteriti*". Ello parece confirmar la idea de que la preterición comienza a consistir no en el hecho de no nombrar en el testamento a una persona, para instituir la o desheredarla, sino en el hecho de no completarle la legítima. A medida que la libre facultad de excluir de la herencia a los *sui* —o a los *liberi*, para los efectos de la *bonorum possessio*— se restringe, el instituto de la *praeteritio*, concebido tal como en la época clásica, pierde sentido.

Respecto de los hermanos, se sigue una política más vacilante: considerados sin más distinción como "legitimarios" en una constitución de Diocleciano (CI 3,28,21), sólo se reserva esta condición posteriormente —y con restricciones— a los hermanos germanos (CTh 2,19,1. a. 319). Por fin, en RB 45,6, se les niega, en todo caso la calidad de legitimarios.

RB 45, 6. *Frater vero de inofficioso fratris testamento agere non potest.*

Los demás parientes colaterales no son legitimarios (CI 3,28,21, a. 294-300). El patrono y sus hijos siguen siendo "legitimarios" respecto del liberto (NV 25).

La tutela de la "legítima" tiene lugar mediante la querrela de inoficioso testamento, a la cual es asimilada totalmente la querrela de inoficiosa donación por Constancio el año 361, como coronación a una serie de constituciones que habían dado trato parcial a las donaciones inoficiosas.

CTh 2, 20, 1. *Ullud omnino dubitari non convenit quod in modicarum donationum omnis querella ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit inducta et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus.*

22. Ver CI 3, 28, 1.3.15.17.18.19.28; CTh 2, 19, 2; PS 4, 5, 1.

La misma política, y en forma casi contemporánea, sigue este emperador respecto de la *querella inofficiosae dotis* (CTh 2,21,1, a. 358).

El efecto de la querella en el derecho vulgar parece estar también contaminado por la aproximación a la *lex Falcidia*, de suerte que se aparta de los cánones trazados en la época clásica. La sanción por inoficiosidad sigue siendo la caída parcial de la liberalidad (CI 3,29,7,8; 3,28,13). En CI 3,28,22 (a. 294-300) y 3,28,28 (a. 321) se da como sanción la nulidad total, pero ello se debe a que, en estos casos, la cuota *abintestato* del querellante coincide con la totalidad de la herencia. El caso más dudoso es el de RB 45,5, que parece dar a entender que el testamento todo cae por nulidad, pero no se puede asegurar con certeza que no se trate de una situación similar a la anotada en las dos anteriores constituciones.

RB 45, 5. Testamenta vero, quibus filiis aut nepotibus Falcidia non demittitur, nullo iure subsistunt.

El resultado de la querella posiblemente no sea la obtención, por parte del querellante, de toda su cuota *abintestato*, sino sólo de la "*quarta pars*". Así inducen a pensar dos textos:

CI 3, 29, 8, pr. Si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, cum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querellae ratio deposcat, quod donatum est pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti deminuetur.

e incluso el pasaje ya transcrito de ITh 8,12,1, porque si se piensa que las donaciones pueden —y frecuentemente lo están— estar concebidas como liberalidades singulares hechas a múltiples personas en diversas ocasiones, llegaremos a la conclusión de que sólo aquellas que se hicieron después de pasar la medida de las tres cuartas partes de los haberes del donante serán atacables.

Nos atrevemos a conjeturar que esta aplicación tuvo lugar primeramente sólo respecto de las donaciones inoficiosas, pero que se generalizó a medida que la donación se iba convirtiendo en el

modo común de disponer *mortis causa*. Si se tiene en cuenta, además, que entre los "testamentos" que se celebraban, la práctica de los codicilos debió de ser bastante frecuente²³, tenemos motivos para creer que fue naciendo la convicción de que la no institución de los legitimarios constituía una institución tácita, llegándose así a superar el principio, según el cual no se puede morir a la vez testado e intestado. La aplicación generalizada del principio de la oficiosidad, limitado en su efecto a la *quarta pars*, equivalía a la posibilidad amplia de regular la sucesión a la vez por normas legales y voluntarias.

No es presumible que el tribunal de los *Cviri*, competente en época clásica para conocer de la querella, haya sobrevivido a la reforma de Diocleciano, por la que Italia es convertida en una provincia más. El gobernador de la provincia debió de reemplazar a los *centumviri* en el conocimiento de este proceso, que sin duda se realizaría según el esquema único de la *cognitio extra ordinem*. Ya varios textos dan competencia al gobernador: CI 3,28,17; 3,29,2; 3,29,6.

C) *Capacidad*.

Designamos con el término "capacidad" al conjunto de condiciones personales que han de reunir tanto los disponentes como los beneficiarios de una atribución *mortis causa*. No se trata, pues, de requisitos objetivos, o de la propia atribución, y en esto se diferencia de la oficiosidad.

La capacidad se puede considerar tanto desde el punto de vista del disponente como del beneficiario: para el disponente, se trata de requisitos condicionantes de un acto simple, cual es el de disponer; en cambio, para el beneficiario, los requisitos pueden condicionar, ya sea el momento del llamamiento, ya el de la adquisición, ya el de la conservación de lo atribuido. A la capacidad del disponente se le llama *testamentifactio activa*, y a la del beneficiario, según se refiera a cada uno de estos tres momentos, se le da la denominación de *testamentifactio pasiva, capacitas* (en el

23. Véase D'ORS. RIDA 223.

sentido más propio) o dignidad respectivamente. Examinaremos separadamente el destino que corren en el derecho vulgar.

1) *Testamentifactio activa*.

Se refiere fundamentalmente al llamado *status* de las personas, y las normas clásicas se mantienen, por lo general, en derecho vulgar, dentro de las medidas en que el *status* no ha sufrido variación. El principio de que sólo el hombre libre, ciudadano y *sui iuris* puede testar, había, sin embargo, sufrido atenuaciones ya antes de terminar la época clásica, que hará que la *testamentifactio* vaya tomando una nueva configuración. La libertad como requisito para testar se mantiene incluso durante la Edad Media, y no sólo afecta al testamento, sino también a todo acto de disposición y —naturalmente— a toda donación, sea o no revocable, ya que la imposibilidad de disponer del esclavo arranca del hecho de que no tiene patrimonio.

Las únicas atenuaciones a la incapacidad de disponer del que no es libre son: la derivada del *ius postliminii* y el beneficio de la *lex Cornelia* (PS 3,4^A,8)²⁴ y el derecho del *servus publicus populi Romani* a hacer testamento sobre la mitad de su peculio (UE 20,16).

La ciudadanía hubo de transformarse de requisito en un presupuesto después de la *Constitutio Antoniniana*, y se ha de entender en el sentido de súbditos de un mismo rey o jefe en la época en que legislan territorialmente los reyes asentados en provincias del caído Imperio Occidental, como sucede en CE. En las fuentes post-clásicas se encuentran algunas alusiones a la ciudadanía que no pueden ser sino anacronismos, como GE 1,1,4 o UE 20,14, que se refiere al latino juniano en una época en que éste ya se ha convertido en ciudadano. En cuanto a los peregrinos, deben seguir usando su propio derecho para testar, salvo que se trate de “federados” o auxiliares que presten servicios militares a Roma o a sus reinos sucesores (ET 32).

La división entre “romanos” y “bárbaros” suele, no obstante,

24. Véase también GE 2, 3, 5.

en los códigos de los nuevos reyes, subsumirse en la de “*humiliores*” y “*honestiores*” (ET 43-46)²⁵.

Respecto de la donación no se encuentra, desde la constitución del 323, la más mínima alusión a la ciudadanía del donante.

El principio de que sólo los *sui iuris* podían testar, ya se había visto relajado también por la admisión del testamento de los hijos de familia respecto de su peculio castrense. La base del principio, en su absoluta concepción original, es la misma que en caso del esclavo: la imposibilidad por parte del hijo, de ser titular de un patrimonio. La excepción relativa al peculio castrense se debe a Augusto, y aparece también consignada en fuentes post-clásicas: PS 3,4^A,3; UE 20,10. En este sentido, es el derecho testamentario que marca una aproximación al de donaciones, porque la facultad de disponer en vida del peculio castrense era ya amplia. Con Constantino (CTh 6,36,1, a. 326) se amplía la disponibilidad al peculio cuasi castrense, es decir, a lo adquirido en cargos de administración civil.

La falta de *testamentifactio* por incapacidades naturales afecta obviamente, tanto al testador como al donante. Así, el sordomudo analfabeto (UE 20,13) no podrá donar desde el momento en que el acto de donación exige la subscripción o bien la declaración oral (ITh 8,12,1 y CE 307). La incapacidad del *furiosus* (PS 3,4,5 y UE 20,13) y la del pródigo (PS 3,4^A,12) se refieren no sólo al testamento, sino a toda clase de actos. Otro tanto acontece con la falta de pubertad.

El caso del impúber, sin embargo, obliga a la consideración de los actos que por él realiza el tutor. Sabido es que, en virtud del carácter personalísimo que tiene el testamento, no es posible su celebración, sino por el mismo testador (salvo el caso especial de la sustitución pupilar). En la donación se sigue la misma norma, pues al tutor le está prohibido donar bienes del pupilo. (CI 5,37,16).

Es cierto que la disposición es dada no tanto por razón de que la donación sea personalísima, sino para protección de los intereses del pupilo, pero el resultado práctico es idéntico.

Las incapacidades religiosas son también en un principio esta-

25. Ver D'ORS. *Eur.* 246, n. 838.

blecidas sólo para testar (CTh 16,5,17.18.23.25), pero más tarde se hacen extensivas a las donaciones (CTh 16,5,49). Así, a principios del siglo v, se ha llegado a la completa asimilación entre la capacidad de testar y la de donar.

Podemos, por último, incluir en el capítulo de la *testamentifactio* activa, la necesidad que tenía el liberto, en época post-clásica, de contar con la autorización del patrono para disponer *mortis causa* (NV 25; INV 25).

2) *Testamentifactio pasiva.*

Nada varía, fundamentalmente, en época postclásica, respecto de las instituciones de esclavos y de *alieni iuris*. En cuanto a los *peregrini*, se debe tener en cuenta que, subsistiendo *iure civili* la falta de *testamentifactio* pasiva, podían, sin embargo, obtener la *bonorum possessio secundum tabulas*, con lo que, al convertirse este sistema de sucesión pretoria especial en un simple recurso procesal, el peregrino queda equiparado al ciudadano. UE 22,5 y 25,7, que, por seguir manteniendo en el fondo la dualidad *hereditas-bonorum possessio*, niegan al peregrino la *testamentifactio* pasiva, mantienen, como muchos pasajes de los "epítomes" de obras clásicas, un tono de arcaísmo mucho más academicista que con fines jurídicos-prácticos.

Las normas sobre *incertae personae* son, en general, mantenidas, o al menos no hay disposiciones modificatorias, aunque las innovaciones de Justiniano en materia de *fideicommissum hereditatis*, que en la Nov. 159 lo permite hasta la 4.^a generación, unidas a la circunstancia de haberse hecho frecuentes en la Edad Media regímenes en los que un patrimonio se halla vinculado a determinada estirpe, hacen pensar que la caída del principio de la *persona certa* —sobre todo en lo que se refiere a los póstumos— se debió de haber producido anteriormente en la práctica vulgar²⁶. No hay, sin embargo, ningún texto que se refiera a los póstumos como si fuesen *incertae personae*, y el principio de que el póstumo debe

26. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana* (1937), 139 ss.

estar concebido al momento de disponer, sigue vigente, por lo menos en teoría ²⁷.

Las llamadas personas jurídicas, y sobre todo la Iglesia, sí obtienen el reconocimiento que les permite ser titulares de atribuciones por causa de muerte (CTh 16,2,4; CI 1,2,13; 1,3,20). Es sugestivo que el primero de estos textos, del año 321, no usa la expresión "*testamentum*", sino que recurre a una perífrasis, queriendo sin duda incluir en la disposición a toda donación revocable.

CTh 16, 2, 4 (a. 321). *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio decedens bonorum quod optavit relinquere. Non sint cassa iudicia. Nihil est, quod magis hominibus debetur, quam et supremae voluntatis, post quam aliud iam velle non possunt, liber sit stilus et licens, quod iterum non redit, arbitrium.*

El reconocimiento de la *testamentifactio* pasiva de la Iglesia posiblemente no fue más que la confirmación de una situación, al menos en principio, ya jurídicamente establecida, pues anteriormente se había admitido la capacidad de los *collegia* ²⁸. Incluso la Iglesia puede ser heredero *abintestato*, en caso de la sucesión de un eclesiástico que muere sin testamento (CI 1,3,20).

La validez de aquellas atribuciones dejadas a personas inciertas, pero cuya finalidad era la caridad o la beneficencia —*piae causae*— se consiguió a través de su asimilación con las disposiciones en favor de la Iglesia. Ya desde Constantino comienza a surgir la idea de que es a la Iglesia a quien corresponden las preocupaciones derivadas de la caridad y de la atención a los pobres: "*pauperes ecclesiarum divitiis sustentari*" (CTh 16,2,6, a. 326) ²⁹. Valentiniano ordena que lo dejado a los pobres valga como si el beneficiario no fuese persona incierta, y que la atribución se deberá a la Iglesia.

Las *piae causae* son, sobre todo, reglamentadas en el derecho oriental, y en su evolución se advierte claramente que no se trata

27. Al respecto puede verse las siguientes fuentes: CTh 9, 42, 10 (a. 389); ITh 9, 42, 10; GE 2, 3, 2 y 2, 4, 2.

28. BIONDI, *Succ.* 126 y 130.

29. Ver BIONDI, *Diritto Romano Cristiano* (1952) II, 202.

de asignaciones dejadas a la Iglesia, sino más bien administradas por ésta, en razón de perseguir fines semejantes. Carecemos de elementos para establecer si sucedió otro tanto en Occidente³⁰, pero lo que sí resulta cierto es la ruptura de las reglas clásicas en materia de *certae personae*.

Las disposiciones hechas a favor de Jesucristo constituyen una práctica frecuente, a pesar de que los textos occidentales no se refieren a ella³¹. El reconocimiento de la *testamentifactio* de los dioses, por otra parte, bien que limitado, ya venía desde el derecho pagano (UE 22,6). Tales asignaciones a Cristo son consideradas como hechas a favor de la Iglesia por Justiniano (CI 1,2,25, pr).

En época postclásica surgen, además, una serie de privaciones especiales de *testamentifactio*, generalmente de carácter penal, que afectan por igual al destinatario de una disposición testamentaria que al donatario: así, por ejemplo, los hijos varones de “*perduelles*” (CTh 9,14,3, a. 397) o aquellos privados de capacidad por razones religiosas —en los mismos casos en que se les priva de *testamentifactio activa*— o los hijos incestuosos (CTh 3,12,3). Respecto del sucesor del pupilo que, dentro de un año desde la muerte de su padre, no ha proveído a nombrarle un tutor, la NTh 11 establece una inhabilidad de recibir del pupilo sea por testamento, sea *abintestato*, pero la *Interpretatio* de esta Novela entiende que la inhabilidad es extensiva también a las donaciones. Inhabilidad semejante, que comprende tanto los testamentos como las donaciones, se establece para la viuda que no guarda el año de luto (CI 5,9,1.2; 1Th 3,8,1; CE 319; RB 36,4).

Una mención especial merece el caso de la *femina probrosa*, que comienza en época clásica siendo concebida como *incapacitas*, y luego sobrevive a las leyes caducarias, para finalmente, ser incluida entre los casos de falta de *testamentifactio* pasiva. En su origen, tuvo por finalidad equiparar las meretrices, que no podían contraer

30. GAUDEMET, *Les fondations en Occident au Bas Empire*, en RIDA. (1955) 284 ss. afirma que en Occidente, durante los siglos IV y V, las fundaciones se crearon a través de este medio indirecto.

31. Para la forma de operar estas disposiciones en el derecho oriental, ver MURGA, *El testamento en favor de Jesucristo y de los santos*, en AHDE. 1965, p. 370 ss.

matrimonio, con las demás mujeres que por causa de celibato, sufrían la pena establecida en las leyes caducarias. Era, pues, una manera de evitar el fraude a la *lex Iulia et Papia*, ya que, por ser esta ley inaplicable a las mujeres de mala vida, constituía el comercio torpe una vía de escape a la *incapacitas*. Resulta así sorprendente que al desaparecer las leyes caducarias, no cayera consecuentemente la *incapacitas* de la *femina probrosa*: esto tiene su explicación en el afán moralizante que toma la legislación imperial a partir de Constantino. Pero, naturalmente, tal incapacidad no podía ya estar concebida en el sentido clásico.

El ejemplo más claro del cambio de punto de vista lo da la diferencia entre CTh 3,8,1 y su *Interpretatio*.

CTh 3, 8, 1 (a. 381) ³². Si qua ex feminis perditio marito intra anni spatium alteri festinarit innubere parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus probrosis inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsaliorum vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat et sciat nec de nostro beneficio vel adnotatione sperandum sibi esse subsidium.

Interpretatio. Mulier, quae post mortem mariti intra annum alteri viro nubserit, sciat se infamiae subiacere et notabilem usque adeo reddi, ut quaecumque sponsalicia largitate percepit, vel si per testamentum ipsi aliquid prior maritus donavit, amittat, et totum illius filiis cedat: si filii non fuerint, illis profutura personis, qui priori marito gradu proximiore iunguntur et hoc sibi per successionem poterunt vindicare.

En este texto, la *probrositas* todavía es juzgada según las normas de la incapacidad clásica, ya que se reconoce que ha sido llamada a la sucesión del marido: "*consecuta fuerat*". Ciertamente se trata de un caso especial de incapacidad sobreviniente, de tal manera que resultará necesario forzar las reglas sobre adquisición. Pero el pasaje resulta interesante sobre todo porque calla el destino

32. Se observará que así en la *Interpretatio* como en el texto interpretado, la incapacidad está referida lo mismo a las atribuciones testamentarias que a las donaciones.

de los bienes que la mujer pierde. Según las normas relativas al "*caducum*", éste debía ir a los hijos o ascendientes del marido hasta tercer grado, y, por último, al fisco (UE 17,2).

La *Interpretatio* da una solución que no se concilia con los resultados de la *incapacitas*. Se verá que, además de los hijos, admite en la adquisición del "*caducum*" a todos los herederos *abintestato del marido*, excluyendo en todo caso al fisco. El efecto, pues, es el mismo que tiene lugar en caso de falta de *testamentifactio* pasiva, y esta es, precisamente, la línea de evolución que sigue la incapacidad de la *femina probrosa*, tanto en Oriente como en Occidente. Justiniano la encuadra en el concepto de la *testamentifactio*, o general capacidad de recibir.

3) *Capacitas*.

La palabra "*capax*", como su derivado "*capacitas*", presenta la misma raíz que "*capere*". Por lo que en derecho clásico se entiende por *incapacitas* la imposibilidad de adquirir una atribución testamentaria. La diferencia con la *testamentifactio* es neta, porque la ausencia de ésta excluye el llamamiento, en tanto que la *incapacitas* sólo excluye la posibilidad de "*capere ex testamento*". Así, la institución de una persona que no tenga *testamentifactio* hará caer todo el testamento, puesto que el *heres institutus* no es siquiera llamado; en cambio, si se instituye a un incapaz, éste no podrá adquirir pero el testamento quedará firme, pudiéndose, por ejemplo, pagar los legados. El efecto de la ausencia de *testamentifactio*, por otra parte, será el acrecimiento o la apertura de la sucesión *abintestato*, según los instituidos sean varios o sólo el inhábil. En el caso del incapaz, en cambio, la atribución (*caducum*) pasará a aquel que señale la respectiva ley que creó la incapacidad. Por último, mientras la *testamentifactio* pasiva era requerida, tanto al momento de la confección del testamento como en el de la muerte del testador, la *capacitas* se exigía en un momento distinto y posterior: en el de "*capere*".

De las varias leyes que se dieron estableciendo incapacidades en la época clásica, la única que de alguna manera seguía todavía vigente en el período post-clásico era la *lex Iulia et Papia Pop-*

*paea*³³: la *Furia Testamentaria* y la *Voconia* habían quedado derogadas por la *lex Falcidia*, y la *Iunia Norbana* deja de tener aplicación a partir de la *Constitutio Antoniniana*.

Dicha *lex Iulia et Papia*, de época de Augusto, estaba basada, como es sabido, en consideraciones demográficas, y tendía, para ello, a favorecer los matrimonios creando incapacidades para los célibes y los que no tenían hijos (*orbi*). La misma ley establecía una especial incapacidad testamentaria entre cónyuges, los cuales no podían adquirir uno del otro más de la décima parte de su patrimonio (de ahí el nombre de "*lex decimaria*", con que se la suele designar). Se completaba, además, con una serie de aumentos en relación con los hijos habidos, sea en matrimonios anteriores, sea en el propio; con la edad de los cónyuges, o con el parentesco que pudiera haber entre ellos³⁴. Esta última parte de la ley, si bien es cierto que concordaba con la prohibición de donaciones entre cónyuges, no se avenía con el espíritu de la *Oratio divi Severi*, que hace posibles las donaciones revocables entre marido y mujer.

La legislación post-clásica hará ir desapareciendo todas las incapacidades: las relativas a los célibes y sin hijos cae en el año 320 (CTh 8,16,1); la *lex decimaria*, el año 410 (CTh 8,17,2), y en el mismo año se concede universalmente el *ius liberorum* (CTh 8,17,3). Sólo se mantiene la incapacidad de la *femina probrosa*, que ahora es considerada como un caso de falta de *testamentifactio* pasiva.

4) *Dignitas*.

Enunciada en forma positiva en el título del párrafo, para conservar así la armonía con la *testamentifactio* y la capacidad, se funda en una determinada conducta del beneficiario, que por alguna razón parece reprobable. La diferencia de efecto con las otras causas generales de incapacidad es nitida: así como cuando falta la testa-

33. En realidad se trata de dos leyes: la *Iulia de maritandis ordinibus* (17 a. C.) y la *Papia Poppaea* (9 d. C.). Pero en cuanto su material era casi idéntico, suelen designarse como una sola.

34. Para una relación completa de los textos en que se encuentran tales disposiciones, ver BIONDI, *Succ.* 140, n. 6 y 7, y 141, n. 1 a 7.

mentifactio la atribución no es deferida, y cuando falta la capacidad no es adquirida, así en el caso de indignidad, la atribución es deferida y adquirida, pero se confisca en beneficio fiscal o de aquel a quien la ley señala.

La nota característica de la indignidad es que el causante no puede absolver al indigno. Ciertamente es que la mayoría de los casos de indignidad se motivan en actos cometidos por el indigno después de la muerte del causante, de tal manera que no cabe absolución posible, pero, en todo caso, la institución parece estar basada en razones públicas que trascienden a la voluntad del disponente. Como dice Nardi, cuando el Derecho quiere permitir al *de cuius* absolver, le da también el poder de condenar (*exhereditio*).

Estas dos instituciones, indignidad y *exhereditio*, que se basan en idénticos presupuestos morales, presentan, sin embargo, una serie de matices diferenciales, que las destacan una de otra; así

- a) La *exhereditio* se refiere a la sucesión testamentaria; en cambio, la indignidad afecta a cualquier disposición *mortis causa*, sea *abintestato*, sea testamento, sea donación. La época de las interpretaciones marca una decidida tendencia a extender, siempre que ello es posible, el efecto de la indignidad a las donaciones (INTh 11).
- b) La *exhereditio* sólo se aplica a los legitimarios, y la indignidad, a toda persona.
- c) El desheredado es excluido de la sucesión; ni siquiera es llamado a ella; y, en cambio, el indigno es privado de lo que ya ha adquirido.
- d) La indignidad, por fin, como ya hemos visto, no puede ser perdonada por el disponente, en tanto que la *exhereditio*, por cuanto es una facultad del testador, permite la "rehabilitación"³⁵.

Este escueto examen nos ha sugerido un problema, cual es el siguiente: hemos visto que todos los elementos de capacidad, en el sentido amplio del término, han tendido a "pasar" del campo

35. Ver NARDI. *I casi di indegnità in Diritto Romano* (1937), 53.

testamentario al de la donación, como un lógico resultado de la general asimilación de los dos institutos. Sin embargo, decíamos, la *exhereditio* es una figura que únicamente se puede referir a la sucesión testamentaria, y que parece ser inaplicable a la donación. Querria decir, entonces, que siempre queda un campo en que las dos instituciones se mantienen separadas y diversas.

Tal exclusividad del testamento es más aparente que real: lo que interesa en derecho postclásico no es el hecho en sí de la *exhereditio*, sino las causas que autorizan al causante para desheredar a los legitimarios. Verdaderamente en el derecho clásico, donde la libertad testamentaria es amplísima, la facultad de desheredar tiene su expresión más acabada; pero a medida que surge, a través de la *querella inofficiosi testamenti*, la idea de que hay ciertas personas a quienes se les debe una parte del patrimonio, la *exhereditio* se debe configurar a través de causas que la permitan. Dichas causas son las mismas que, bajo el nombre de "ingratitude", autorizan para revocar incluso determinadas donaciones cumplidas como irrevocables, de manera que la correspondencia entre donación y testamento se mantiene también en la *exhereditio* a través del paralelismo de ésta con la ingratitude.

Hay una dificultad, sin embargo, en el paralelismo que hemos propuesto: el hecho de que la expresión práctica de la *exhereditio* es el rechazo de la querella de inoficioso testamento, ya que cuando el potencial heredero ha incurrido en una causa de desheredación, no puede legítimamente intentar la querella (CI 3,28,19; 3,28,22; 3,28,23; CTh 2,19,1.2.3). La relación que con los legitimarios guarda la *exhereditio* no parece tan evidente tratándose de ingratitude. Trataremos de examinar más a fondo este problema.

Todas las veces que los textos se refieren a la ingratitude, lo hacen a propósito de donaciones en las que hay un determinado vínculo de subordinación entre donante y donatario: así CTh 8,13,1 y 8,13,4 facultan a las madres para revocar donaciones hechas a los hijos cuando se pruebe que éstos han sido ingratos; CTh 8,13,2 y 8,13,5, como también FV 248, se refieren a padres y ascendientes en general, y, por fin, FV 272 y CE 310, 2 y 6, tratan de donaciones de patrono a liberto o, en el caso de CE, a comendero.

En los casos de donaciones de padres o ascendientes a hijos, el

paralelismo es completo, y el donante actúa revocando aun aquellas donaciones que por su cuantía alcanzan sólo para pagar la "legítima". En el caso del liberto, en cambio, el paralelismo parece fracasar, pero únicamente acontece que es diverso. La ingratitud en este caso sólo puede tener interés respecto de las donaciones irrevocables, y, además, se trata de un beneficiario al cual no se está obligado en una cuota; se diría que la ingratitud tiene por fin convertir en revocables donaciones que no lo son. En la llamada "legítima" hay, en cierta manera, un derecho adquirido, ya establecido por el sistema jurídico, a favor de ciertas personas, y que impide que pueda ser interferido, a no ser por circunstancias determinadas. Tal concepción ya era sentida en el propio derecho clásico:

D 17, 2, 10 (Ulp. ad Sab.). Et quia plerumque vel a parente vel a liberto, quasi debitum nobis hereditas obvenit.

En el caso de la donación al liberto hay en verdad una situación semejante, pues al hacer el disponente una donación irrevocable, ha creado a favor del liberto una situación firme, semejante a la del legitimario, y que, por tanto, no se puede destruir sino por la específica razón de la ingratitud. El patrono, por lo demás, tiene este privilegio *ad exemplum patri*, justamente por el vínculo de subordinación existente entre ambos.

CONCLUSIONES

Hemos llegado al final de nuestro estudio sobre las formas vulgares de disponer *mortis causa*, y sólo nos resta subrayar los resultados que, a nuestro juicio, aparecen como más notables. El campo del presente trabajo se ha centrado en el tema de las formas de disponer y sus condiciones, y en gran parte no ha tenido otra pretensión que establecer las bases sobre las cuales deberá investigarse en el futuro: inútil decir que el tema no está agotado, máxime teniendo en cuenta que sobre él comienza recién a abrirse la atención de los estudiosos. Tampoco hemos acometido la tarea de arrojar luz sobre el contenido de las disposiciones *mortis causa* en derecho.

vulgar, tema que desde ya sospechamos más arduo de la que a primera vista aparece. Piénsese solamente en cuál será el destino de los legados y fideicomisos en una época en que la forma normal de disponer *mortis causa* es mediante donación. A manera ilustrativa adelantaremos sólo un dato al respecto: las expresiones “*lego*”, “*legatum*”, “*legatarius*” se encuentran sólo cuatro veces en fuentes vulgares que no tengan ligazones de interpretación con derecho anterior, y los términos “*fideicomitto*”, “*fideicommissum*”, “*fideicommissarius*”, también cuatro veces. Siempre, en uno y otro caso, para asimilarlos o incluirlos en alguna enumeración junto con donaciones, herencias o testamentos. Si se recuerda que ITh 3,8,2 admitía la posibilidad de “*donare per testamentum*”, resultará más comprensible nuestra sospecha de que también, por lo que respecta al contenido de las disposiciones, se ha operado un profundo cambio en el derecho vulgar.

Pero volvamos a nuestro tema: la *summa divisio* que hicimos de las formas de disponer, parece, efectivamente, ser la más ajustada al derecho de la época: donaciones revocables, por un lado, y pactos sucesorios, por otro. De entre las primeras, el testamento, que tan acusada personalidad presentaba en el derecho clásico, va gradualmente disolviéndose en una categoría única para, finalmente, no mantener distinción con las demás donaciones revocables. La suerte del testamento en el derecho vulgar es del más alto simbolismo, y sintetiza, acaso como ninguna institución, el proceso de la “regresión a la naturaleza” por la caída de las formas. Típica creación de la jurisprudencia romana, sin antecedentes en derechos anteriores, con su estructura eminentemente formal, con toda la claridad y nitidez que a su construcción imprimía la piedra angular de la “*heredis institutio*”, se presenta como uno de los prototipos del genio jurídico de Roma. La decadencia de la ciencia jurídica tuvo que traer por consecuencia la caída de las formas, que sólo se mantienen por una constante tensión creadora, y entre estas formas hubo de caer la del testamento.

A nuestro entender, el gran momento en la evolución descendente del testamento es aquel en que deja de ser necesaria la *heredis institutio*, es decir, el momento en que queda abierta, en forma amplia, la sucesión codicilar, y que hemos situado a principios del

siglo v. Es la época de NTh 16, que representa uno de los últimos esfuerzos por mantener la forma, ya grandemente deprimida, de los testamentos. A partir de este momento, la disolución se acelera: perdiéndose el interés o la necesidad de determinar en una o varias personas la transmisión del entero patrimonio como unidad, el mismo efecto tiene el usar la vía codicilar o la de las donaciones. Los jalones que van hasta FG 9, muchos de ellos incluso anteriores a NTh 16 —lo que indica que la tendencia codicilar, aunque “consagrada” hacia principios del siglo v. ya se había abierto acaso en tiempos de Constantino—, nos dan buena prueba de ello.

La evolución de las donaciones presenta un panorama algo más complicado: se inicia a principios del siglo III con aquel movimiento de la última jurisprudencia clásica que procuró extender el campo de validez de las donaciones mediante el expediente de considerarlas convalidadas por la muerte del donante. Así, el año 206, por la *Oratio divi Severi*, se obtiene la validez de las donaciones entre cónyuges *post mortem donatoris*, siempre que éste no haya revocado en vida. Hacia el 211 se logra el mismo efecto respecto de las donaciones hechas en contravención a la *lex Cincia*, mediante el principio conocido por la fórmula “*morte Cincia removetur*”. En la misma época, se da similar solución para donación hecha por una mujer sin la *auctoritas* de su tutor, y después de una serie de vacilaciones, se llega, en la segunda mitad del siglo III, a considerar que las donaciones hechas por el padre a un hijo *in potestate* valen para después de la muerte del padre si éste persevera en su voluntad.

Por otra parte, las donaciones *mortis causa*, que en época clásica no permitían otra revocación que la derivada del incumplimiento o no de la específica condición bajo la cual se habían hecho, comienzan a ser revocables *mutata voluntate*, lo que tiene lugar especialmente respecto de aquellas hechas *ex sola cogitatione mortalitatis*. Ello tenía que producir forzosamente un acercamiento entre aquellas donaciones originariamente ineficaces y las donaciones *mortis causa*, pues coinciden en ser ambas exigibles sólo después de la muerte del donante, y en poder ser revocadas en vida de éste a su arbitrio. La época de *Pauli Sententiae*, en que la *donatio mortis causa* se incluye dentro del título de las donaciones entre cónyuges.

es la época en que el acercamiento se ha comenzado a convertir en fusión, y este movimiento se acelera después de la Constitución del año 323, en que queda configurada, para los fines del derecho vulgar, la noción de "*perfecta donatio*".

¿Qué diferencia puede haber entre una liberalidad revocable en vida del disponente, y destinada a tener efecto después de la muerte de éste, y un testamento? La diferencia es que el testamento permite la sucesión universal, y la simple liberalidad, no. Pero el problema de la sucesión de las deudas ya había sido solucionado de un modo práctico por Papiniano, y, además, el testamento —perdida la necesidad de *heredis institutio*— no siempre permite la sucesión universal. Por otra parte, vimos que no aparece inconveniente para que en el derecho posterior se realizasen ciertos tipos de donaciones universales. Así, pues, no aparece ninguna razón para mantener separadas dos instituciones que venían a cumplir exactamente las mismas funciones: el Código de Eurico actuó en este sentido con la más estricta lógica conforme a los principios del derecho vulgar, y fue el primer texto orgánico que vio de manera clara cuál era la verdadera línea de demarcación en el campo de las liberalidades. Parécenos que, hasta hoy, esta institución euriciana no había sido observada ni valorada en la forma que merece: una vez más hacemos notar la superioridad, en cuanto a su consonancia con el panorama real del derecho, del Código de Eurico sobre las demás fuentes vulgares.

Nuestra noción de pactos sucesorios se ha querido ceñir a este mismo realismo euriciano, y por ello hemos dejado de lado todos los criterios que los clasificaban tomando como elemento determinante su ilicitud, o su universalidad —puesto que la sucesión universal no es la única, y acaso tampoco la más frecuente, en el derecho vulgar— o el hecho de disponer del patrimonio de una persona *post-mortem* conforme a una técnica estrictamente clásica. Para nosotros, lo es todo acto perfectamente bilateral —y, por tanto, irrevocable— cuyo fin *natural* sea el de disponer el patrimonio de una persona viva en consideración a su muerte. Fin natural, más bien que jurídico, porque en derecho vulgar las instituciones se han de calificar por sus resultados. Conforme a este criterio, hemos visto que, junto a otras figuras menores, dos importantes tipos de dona-

ción ocupan preferentemente el campo de los pactos sucesorios: la donación con reserva de usufructo y la donación *post obitum*. Sobre todo, el análisis de esta última nos ha llevado a establecer conclusiones no siempre coincidentes con el sentir de la mayoría de los estudiosos. La más importante es que la irrevocabilidad es esencial en ella, porque de ser revocables, no se advierte qué diferencia pueda haber entre ésta y la *donatio mortis causa*. Y su irrevocabilidad no se basa sólo en la exclusión de la posibilidad de premuerte del donatario, sino, sobre todo, en el hecho de que el donante no puede cambiar su voluntad. Por cuanto una donación concebida en tales términos encierra la idea de un plazo en la propiedad, y por cuanto en el derecho vulgar tardío esta situación suele ser considerada como un usufructo, no tiene nada de extraño que *donatio reservato usufructo* y *donatio post obitum* hayan sido más de una vez confundidas, sobre todo en derecho medieval, pues su vecindad era más íntima de lo que a primera vista parecía. Meréa ha tenido el mérito de ver por primera vez claro en este asunto.

Asimilados testamento y donación, ya con asimilación integral, en caso de las donaciones revocables, ya con asimilación funcional, en el caso de las irrevocables, los requisitos de validez debían de comunicarse mutuamente, y en forma más intensa a medida que la fusión se iba haciendo más completa. Hemos visto que la *testamentifactio*, por estar basada en el *status*, tenía una gran relación con la capacidad para realizar cualquier acto —entre ellos, la donación— aun antes de la época en que donación y testamento se aproximan. Pero las reformas postclásicas a la *testamentifactio*, como son las relativas a la religión, o a la *femina probrosa*, afectan por igual a ambos institutos. La *exhereditio*, como serie de causas que la autorizan, coincide con la ingratitude, como motivo de revocación de ciertas donaciones. Desaparecen las leyes caducarias relativas a la *capacitas*, y la indignidad pasa del campo testamentario a la donación.

La idea de que había ciertas personas a las cuales les era debida una cierta porción del patrimonio, habría quedado sin realización práctica si el disponente hubiese podido disminuir arbitrariamente su patrimonio mediante donaciones en vida. En este sentido, la extensión de la querrela de inoficioso testamento a las donaciones es el testimonio más claro de que éstas constituyen, en cierto modo,

un testamento anticipado, y que, por tanto, es imposible dejar de darle tratamiento de tal sin caer al mismo tiempo en aberraciones que permitan burlar al Derecho.

Por fin, producida la completa comunicación, la forma única no podía hacerse esperar, y así se van asimilando todas las solemnidades de una y otra disposición. Hemos visto cómo la reforma del año 323 produjo un gran acercamiento formal entre testamentos y donaciones, sobre todo en lo relativo a la presencia de testigos, y este acercamiento seguirá su camino hasta que el Código de Eurico reconozca las mismas formas para ambos: escritura u oralidad, según el estado de necesidad, subscripción del disponente, presencia de dos o tres testigos, subscripción de éstos. Como en muchos aspectos, el Código de Eurico señala el momento preciso y final de la total asimilación.

FRANCISCO SAMPER POLO

A P E N D I C E S

APENDICE I

FRAGMENTO VATICANO 249 (Constantino año 323)

N.º 3 = CTh 8, 12, 1 = CI 8, 53, 25, pr.

N.º 5 = CI 8, 53, 25, pr.

N.º 5-8 = CTh 8, 12, 1

1. Máximo queridísimo y para Nos gratísimo: tenemos noticia de que muchas son las causas judiciales que nacen de la donación, en las cuales origina controversia lo que se insinúa y se toma por expresado; lo iniciado por perfecto, o lo vario por el todo; siendo así lo que los abogados quieren ver con su ingenio y arte retórica, que, o deforma lo que es claro, o concluye lo inacabado. De ahí las dudas de derecho, y el que no pocas decisiones imperiales parecieran diferir con vacilante doctrina, a consecuencia de los discursos de los abogados. Por esto, pues, si dio hace poco una ley, exceptuando a determinadas personas, en la cual, la alta justicia y la voluntad libre de toda solemnidad —con tal de que sea terminante— produce sus efectos merced a la presente concesión.

2. Entra, pues, en vigor, una providencia oportuna para las donaciones comunes. Dejando aparte lo que es primero porque lo ante-

pone el natural respeto, y considerando el tipo general de donaciones, vemos que todas las demás deben ser registradas con sus nombres y señales, para que, por la propiedad de las declaraciones, se distingan de los contratos corrientes.

3. De modo que, sea la donación directa o instituida *mortis causa*; sea bajo condición suspensiva de hacer o no hacer; sea prometida desde tiempo señalado; sea designada —en cuanto el derecho lo permite— por la intención del que da y del que recibe, obsérvese ante todo esto: que sean dados a conocer los pactos y condiciones que las leyes permitan, y que siendo plenamente conocidos, admítanse si son aceptables, y, rechácense si son perjudiciales.

4. ...

5. Además haga constar en los mismos documentos, principalmente, el nombre del donante, a la vez que se señale el derecho y el objeto. Entonces complétense conforme a derecho las dos (copias) del donante y donatario, y no ocultamente, ni por personas inexpertas, o privadamente, pues en esto es frecuente el fraude clandestino, el cual simulando que lo hecho no lo está, y que lo escrito no está puesto, y haciendo que se regale, y done, y frecuentemente se venda a otras personas y luego a otras, mete en controversias acerca de su propiedad a muchos engañados por la confianza en su derecho.

6. Por tanto, las tablillas o cualquier otra clase de materia de que se disponga, sean redactadas por el mismo interesado o por el que casualmente se prestara a ello, con conocimiento de varias personas; y en esas tablillas, como se dijo más arriba, distíngase el señalamiento de cosas y personas, y celébrese entonces la tradición corporal (en la cual, frecuentemente, muchos defraudan con usurpación ilícita el derecho solemne y aceptado por las partes, simulando que hay tradición o arrebatando los objetos por la violencia) y esa misma tradición de las cosas presentes, se celebre con concurrencia de varias personas, llamando previamente a los vecinos y a todos los árbitros de cuyo testimonio pueda después hacerse uso.

7. Pues la cosa no dejará de pertenecer al donante mas que si se entrega por su voluntad—cuando sea mueble—o apartándose él—cuando se trate de una casa, o de un fundo, o de otra cosa del género—hubiese dejado libre el inmueble al nuevo propietario. Todo lo cual debe consignar en las actas del juez, a fin de que a nadie escape lo que se atestigua en la memoria, la vista y los oídos de muchos, cuya ciencia pueda engañar o cuya simulación pueda encubrir.

8. En el caso de que el juez, a quien se hubiera encomendado el gobierno de la provincia, estuviese ausente, regístrese en las actas de

los magistrados, y que éstos escriban lo mismo en las copias, para que no haya lugar a la suplantación o a la substracción, siendo útil para una y otra parte. Y de este modo no sea equívoco para nadie el testimonio, que está en la conciencia de muchos, en las actas judiciales y los documentos públicos, o se publica a causa de los litigios.

9. Tales deben ser los títulos de los propietarios, cuya posesión continuada destruye muchas veces los legítimos derechos de las propiedades; tal ha de ser la honradez de las liberalidades, que proclamada por doquier, deje tranquilas a las familias de donatarios y donantes por la publicidad de la liberalidad y de la gracia; y de esta manera, al ser notorio que se recibió debidamente la donación, esta gratitud no se disminuya por la amargura de los pleitos.

10. En la vista de la causa y al dar sentencia, si la liberalidad, huérfana del público testimonio, presentara un simple documento de donación y testigos sin evidencia, toda vez que sólo se conoce el fraude legal, no debe admitirse temerariamente la prueba de lo que se dice haberse donado, sino que la enajenación que no sea públicamente atestiguada, siendo rechazada o sobreseída en las donaciones de los vivos, tan sólo aprobamos la que habiéndose celebrado con todos los miramientos, siga rectamente las reglas arriba establecidas.

Así, pues, derogado el derecho que impuso la ley Cincia para determinadas donaciones, y no debiéndose cumplir ya los requisitos que aquella ley ordenaba, negamos que deba exigirse ninguna forma verbal determinada, porque al derogarse la ley, quedan también derogadas las palabras anteriormente necesarias para hacer las donaciones. Y no queremos que se levante controversia alguna para las donaciones ya hechas, toda vez que establecemos el derecho por esta ley para las futuras, la cual, por que todos conozcan lo que ordenamos debe ser publicado en tu edicto.

APENDICE II

INTERPRETATIO a CTh 8, 12, 1

La donación es o bien directa, o bien se redacta por causa de muerte. Hay donación directa cuando se hace la tradición de la cosa inmediatamente. Hay donación mortis causa cuando el donante, mientras vive, se reserva la cosa que dona, escribiendo: "si muriese antes que tú, pase a ti mi cosa", para que entonces a aquél a quien se dona, y no a los herederos del donante, pase la cosa donada, y de manera que si muere antes aquél a quien mortis causa se ha donado la cosa,

permanezca ésta en la propiedad del donante. Y hay otra clase de donación, en que el donante obliga a aquél a quien dona a hacer o no hacer algo, esto es, tanto si mandara se hiciese algo que se juzga imposible, o que parece contrario a la moralidad, como si lo que ordenara hacerse es moral y posible, en razón de que entonces se invalida la donación al no cumplirse las condiciones morales y posibles. Pero si se incluyen condiciones inmorales o imposibles, considerándose removidas tales condiciones, la donación vale.

Hay también otra clase de donación, en la que el donante reserva para sí la posesión por cierto tiempo. Sin embargo, todas las donaciones arriba comprendidas, si excedieran de la cantidad señalada por la ley, por lo que personas determinadas pudiesen litigar por causa de donación excesiva, esto es, si el donante no reserva para sí la cuarta parte de su patrimonio, no valdrán. Además es contra la ley aquella donación en que alguno dona una cosa puesta en litigio; sea que el donante la señale en donación directa, sea bajo condición inmoral, esto es, a causa de cualquier crimen. Respecto de los menores, si algo les fuese ofrecido o atribuido por alguien como donación, sus tutores o curadores deben atender a que no falte la validez de las donaciones. Y si por su negligencia la donación no se llevara a cabo, irá a su cargo, de manera que todo cuanto los menores perdieron de la donación, restitúyanlo los tutores o curadores de su propio patrimonio. En las escrituras de donación obsérvese el siguiente orden: que ante todo se contenga el nombre del donante y de aquel a quien se dona; luego, las cosas que son donadas, ya sea consistan en tierras, en siervos, o en bienes o las cosas que sean. Después se inscribirán separadamente, y no ocultamente, sino en forma pública; no privada ni secretamente, sino en tablas o papiros, o en cualquier lugar donde la donación pueda ser leída. Pero el donante, si supiera escribir, subscriba él mismo la donación, y si no supiera, elija uno entre los varios presentes que subscriba. Y realícese inmediatamente después de esta donación la solemnidad de las gestas y la tradición corporal, de tal manera que si se donan muebles, entréguese ante varios presentes; si en cambio, lo que se dona es tierra o una casa, que no se puede mover, entonces aléjese el donante de ahí, y deje libre la casa donada al nuevo dueño, siempre que el donante no haya reservado para sí el usufructo de esa cosa. La gesta de las donaciones deberá alegarse ante el juez o ante la curia.

APENDICE III

NOVELA TEODOSIANA 16 [BA 9] e INTERPRETATIO
2-8 = CI 6, 23, 21 (Teod. y Val. año 439)

... venimos en ayuda de los deseos de las personas que van a morir, para que cada uno pueda hacer testamento de acuerdo con su propia decisión, para que pueda mantener su propia voluntad en su poder, y para que nadie en contra de sus deseos guarde silencio o hable. Por supuesto, un testamento es el que contiene la verdadera voluntad del testador.

1. La naturaleza de los hombres es tal, que aman a ciertas personas y temen a otras; de ciertas personas son deudores de gratitud y de otras desconfían; entienden que la fidelidad de ciertas personas debería ser escogida y consideran que nada puede ser confiado a otras, y sin embargo, no se atreven a confesar lo que piensan acerca de cada uno. Por eso, los antiguos presentaban a los testigos testamentos y escritos, y en tales tablas se producía el testimonio. Mas ahora la presunción ignorante cambia la cautela del derecho antiguo, y los testigos exigen conocer íntegramente el contenido de un testamento, por lo que más de una vez la gente teme hacer pública sus decisiones, comunicando secretos a sus testigos testamentarios: no sea que ofendan a los que codician sus bienes. Así, suelen morir intestados antes de exteriorizar arriesgadamente los secretos de su mente.

2. Mandamos por esta muy meditada ley, que sea lícita a los que por escrito hacen testamento, si no quieren que nadie sepa lo que en él se halla escrito, presentar la escritura sellada o atada, o simplemente cerrada o envuelta, escrita o de puño del testador, o del de otro cualquiera, y habiendo rogado a testigos, en número de siete, ciudadanos romanos púberes, ofrecérsela juntamente a todos para que la sellen y la suscriban, pero mientras que presentes los testigos el testador dijere que es su testamento el que se les presenta, y él mismo suscribiere en presencia de los testigos con su mano en la restante parte del testamento; hecho lo cual, y suscribiéndolo y sellándolo los testigos en un mismo día y tiempo, sea válido el testamento, y no se invalide porque los testigos ignoren qué es lo que se halla escrito en él.

3. Pero si el testador no supiera escribir o no pudiera suscribir, mandamos que, presentado un octavo testigo que por él suscriba, se observen las mismas formalidades.

4. Más en todos los testamentos que se dictan estando los testigos ya ausentes ya presentes, es superfluo que a un mismo tiempo presen-

te el testador los testigos, dicte su voluntad, y acabe el testamento. Sino que, aun cuando se presente un testamento dictado o escrito en otro tiempo, bastará que en un mismo día, no mediando ningún acto, todos los testigos, a saber, juntamente y no en diversos tiempos, subscriban o sellen el testamento.

5. Y mandamos que el final del testamento sean las subscripciones y los sellos de los testigos. Porque conviene que el testamento no suscrito y sellado por los testigos sea considerado como imperfecto. Mas no queremos que en virtud de un testamento imperfecto tenga validez la voluntad de un difunto, a no ser entre solos los descendientes.

6. Mandamos también que por medio de la nuncupación, esto es, sin escritura, no sean válidos los testamentos de otro modo, sino si habiendo sido reunidos siete testigos, según arriba se ha dicho, juntamente y a un mismo tiempo, hubieren oído la voluntad del testador, como de quien hacía testamento sin escritura, no como quien está anunciando su decisión según acostumbradamente se hace, sino diciendo manifiestamente que hace un testamento sin escribir en presencia de los dichos testigos en ese momento, y sin que valga promesa de futura manifestación de voluntad.

7. Mas si alguien, habiendo hecho uno con arreglo a la ley, quisiere después hacer otro testamento, mandamos que el que antes se hizo no sea invalidado de otro modo, sino si se hubiere acabado con arreglo a derecho el que el testador determinó hacer la segunda vez, a no ser acaso que, instituidos en el primer testamento los que no podían ir abintestato a la herencia o a la sucesión del testador, haya determinado éste instituir en el segundo testamento a los que son llamados abintestato a su herencia. Porque en este caso, aunque parezca imperfecto el testamento posterior, resolvemos que, invalidado el anterior, valga su segunda voluntad, no como testamento, sino como voluntad de un intestato. Para cuya voluntad bastarán las deposiciones de cinco testigos jurados; y no habiéndose hecho esto, valdrá el primer testamento, aunque en él aparezcan instituidos extraños.

8. También hemos considerado que se debía añadir esto en la ley: puesto que ya es permitido testar en griego, los legados, la libertad directa y también las tutelas puedan ser establecidas en testamento por palabras griegas, de suerte que sean considerados tutores, o legados, o libertad directa de la misma manera que si el testador lo hubiere hecho con palabras legítimas.

INTERPRETATIO. — Esta ley confirma muchas cosas escritas acerca de lo testamentos bajo la autoridad del Código Teodosiano, pero amplía su contenido en el sentido de que, si a'guien hiciere tes-

tamento conforme al derecho pretorio, esto es, confirmado por la subscripción de siete testigos, el autor del testamento sea el propio octavo subscribiente, si sabe de letras, y si en cambio no puede o no sabe escribir, subscriba por él un octavo. Y aunque los subscriptores ignoraran el contenido de las páginas del testamento, no por esto se haga inválido. Nada perjudica ciertamente al testamento, si se dice que ha sido dictado durante muchos días, con tal que en un solo día, en presencia del testador, los testigos citados por él conjuntamente, subscriban, y con sus sellos confirmen el testamento suscrito. También el que prefiere hacer pública su voluntad por nuncupación, esto es, sin escritura, citará siete testigos a una y a la misma hora.

Les explicará primero el propósito por el que les ha hecho venir, para que, ya que no ha hecho testamento, ellos publiquen y sostengan la voluntad del difunto "apud gesta". Por lo demás, si alguien ya hubiere hecho legítimo testamento, y después quisiere hacer otro, el anterior no se hará inválido a no ser que el siguiente hubiera sido escrito con toda validez y confirmado por el número legítimo de testigos. Pero aún cuando fuere imperfecta la segunda voluntad, sin embargo valdrá si en el primer testamento hecho habían sido instituídos como herederos personas extrañas y posteriormente en el segundo testamento instituyó o llamó a la sucesión a aquellos que, aunque no hubiese testado, podían suceder abintestato en la herencia del difunto. No obstante, la última voluntad del difunto, aun cuando no fuere perfecta, valdrá en todo aquello que esté escrito, con tal que cinco testigos lo confirmen bajo juramento de que el testador los convocó para ese propósito: establecer la segunda voluntad a favor de sus parientes próximos, la cual, en su anterior primer testamento, no pudo completar. Cuya voluntad será firme en todo y ante todos.