

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

# LA LIBERTAD DE TESTAR EN NUESTRA LEGISLACION

TRABAJO DE GRADUACION PRESENTADO POR

MYRIAM MARGARITA QUEZADA DE RODRIGUEZ

PREVIA OPCION AL TITULO DE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS



*San Salvador, El Salvador, C. A.*

*Abril 1982*

T  
346.054  
Q3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR: Dr. Miguel Angel Parada

SECRETARIO GENERAL: Lic. Ricardo Ernesto Calderón

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y

CIENCIAS SOCIALES.

TRIBUNALES EXAMINADORES

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. Arturo Argumedo h.

Primer Vocal: Dr. Mauricio Alfredo Clará

Segundo Vocal: Dr. Juan Hernández Segura

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Mauricio Roberto Calderón

Primer Vocal: Dr. Salvador Valencia Robles

Segundo Vocal: Dr. Manuel Adán Mejía Rodríguez

Asesor Trabajo Graduación: Dr. Salvador Valencia Robles

Tribunal Calificador Trabajo de Graduación

Presidente: Dr. Oscar de Jesús Zamora

Primer Vocal: Dr. José Ramón Flores Berríos

Segundo Vocal: Dr. Oscar Mauricio Carranza



A:

Oscar Antonio ... el amor en mi camino.

Arcadia y María Cristina la dulce compañía orientadora  
de mi vida.

Mis hijos: Oscar, Ana María, Cristina Patricia, Nelson  
y Gerardo Antonio.-

## I N D I C E

### INTRODUCCION

CAPITULO I.-	Los actos de declaración de la <u>vo</u> luntad. Concepto. La autonomía de la voluntad.
CAPITULO II.-	La Herencia. Generalidades.
CAPITULO III.-	El Testamento. Concepto. Caracte- res Generales.

CAPITULO IV.-

Relación de la libre testamentifacción en el Derecho Romano. El Testamento en Roma. Evolución. -- Capacidad para testar.

CAPITULO V.-

La libre testamentifacción en la legislación Salvadoreña. Alcances. Limitaciones.

CAPITULO VI.-

Puntos de Semejanza y separación - entre ambos Derechos en cuanto a - la libertad para testar.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

## INTRODUCCION.

La norma jurídica, como reguladora de la conducta humana es dinámica, nunca estática, porque la naturaleza del hombre tiene aquella característica y todas las instituciones han tenido su desarrollo desde la forma más embrionaria, hasta su culminación en doctrinas universales; algunas, que no llenaban las aspiraciones, ni podían seguir el rumbo cambiante, desaparecieron al poco tiempo de nacidas.

El tema que me ha sido asignado, representa tan solo una parte de esa institución que nació casi simultáneamente con el hombre, y que ha sido quizás de las únicas que han visto su plena culminación; que ha sufrido los más fuertes embates, que apasiona a los hombres en su defensa como en sus ataques y que ha llegado a enfrentar a la humanidad, dependiendo de la situación de preeminencia que se le coloque frente al hombre o de dependencia del mismo. Naturalmente me refiero al derecho de propiedad.

Ha alcanzado la propiedad su máxima expresión, cuando la legislación le reconoció carácter absoluto y perpetuo e hizo de su dominio, un uso exclusivo, y utilitario por parte de un solo individuo; su protección, como antes dije, ha puesto al hombre mismo, que es el sujeto de la norma jurídica, en la disyuntiva, de ser el sujeto o el objeto de tal derecho; al acondicionar toda su actuación y conciencia, sobre bases eminentemente emanadas de tal

derecho.

La libertad de testar, el derecho de disponer de sus bienes y que tales disposiciones tengan su efecto después de la muerte, o sea que aún después de desanarecida la persona pueda su voluntad actuar, no está desligada del concepto que los distintos pueblos le han dado al derecho de propiedad.

La libre testamentifacción, que pertenece a la esfera privada en las relaciones del individuo, alcanzó en nuestra legislación la importancia de disposición constitucional. Es la manera, la fuerza y la convicción de nuestros legisladores en el derecho de propiedad.

El concepto Romano del derecho de Propiedad y todas las instituciones que emanan del mismo pasaron a nuestra legislación, -- únicamente reformadas en cuanto a la despersonalización de tal derecho, para introducirlo en conceptos puramente económicos y jurídicos.

Ante lo cambiante de la conducta humana y de la norma jurídica que la regula, es objeto fundamental de este trabajo el tratar de determinar en la medida de mis capacidades, el analizar si la referida disposición constitucional de la Libre testamentifacción ha sido provechosa para nuestra población y se justifica que continúe plasmado o si por el contrario, tal expresión del derecho absoluto e individualista de la propiedad, ha dejado de tener vi-

gencia en las relaciones de nuestro pueblo se hace necesaria su -  
reforma o derogación.



## CAPITULO I.

### ACTOS DE DECLARACION DE LA VOLUNTAD. CONCEPTO.

### LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Los hechos humanos que presuponen no solamente la actividad del hombre, sino también la actividad humana consciente o voluntaria se llaman actos jurídicos. Estos constituyen la categoría más importante de los hechos jurídicos. Los actos pueden distinguirse en actos (simplemente) voluntarios y en actos de voluntad. Son -- actos simplemente voluntarios aquellos que presuponen como existencia una determinación de voluntad, la que constituye sin embargo un momento interno, mientras que lo que se toma en consideración es más bien la actividad que desarrolla después como acontece en el abandono de una cosa o en la ocupación. Actos de voluntad son aquellos en que su contenido típico consiste en la determinación volitiva, la que se toma en consideración por el Derecho, como el antecedente inmediato material con fundamento en el cual la norma hace producir consecuencias jurídicas, al acto.

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho. En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien por actos que

revelan en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Es importante llamar la atención de que el acto jurídico no es necesariamente una declaración de voluntad, aun cuando esta si constituye su forma normal, pues puede exteriorizarse la voluntad mediante actos que revelen claramente un propósito en el sujeto para producir determinadas consecuencias de derecho.

En este sentido quedarían comprendidos como actos jurídicos todos aquellos actos que generalmente se clasifican como hechos, porque no hay manifestación declarada de voluntad, por ejemplo en la anreheñsion de cosas sin dueño. El acto mismo de tomar posesión de una cosa sin ser dueño, que se ejecuta con la intención de adquirir la propiedad, aún cuando no exista manifestación declarada del sujeto para alcanzar ese resultado, es un acto jurídico y no un hecho jurídico. En la doctrina francesa hay sin embargo tendencia a considerar como hechos jurídicos estas formas de manifestación de voluntad que se exteriorizan a travez de acciones. En cuanto a la declaración de voluntad, que puede llevarse a cabo por cualesquiera de las manifestaciones del lenguaje, deberos distinguir la manifestación recepticia y la no recepticia. Es decir, aquella declaración de voluntad que no va dirigida a otro pero --

se propone, como tal declaración unilateral, producir consecuencias de derecho, ej.: la oferta. En cambio en la llamada declaración unilateral de voluntad, puede no existir una manifestación dirigida a otro sujeto como en el caso del testamento, esta constituye manifestación no recepticia. En la definición del acto jurídico se indica que la manifestación de la declaración de voluntad debe realizarse con el propósito de producir consecuencias de derecho. Generalmente se objeta, estimando que el autor de un acto jurídico nunca puede prever todas las consecuencias de derecho de su manifestación de voluntad, considerándose incluso que no puede haber manifestación encaminada a alcanzar determinadas consecuencias, si es que el sujeto no ha previsto toda y cada una de ellas, pues no podrán desear aquello que ignore.

Como en el acto jurídico no es esencial que el sujeto sea consciente de todas las consecuencias que va a producir su declaración de voluntad, no debe éntonces definirse ese acto tomando como base el deseo en el autor o la intención de producir determinados efectos de derecho.

La objeción anterior que se formula no es correcta, por cuanto debe considerarse que el autor del acto jurídico no necesariamente debe conocer las consecuencias que se proponga al hacer su declaración de voluntad, simplemente debe estar consciente que en

su acto jurídico hay una declaración de voluntad que crea consecuencias de derecho. Es lo único que se requiere desde el punto de vista subjetivo o sea de que el sujeto sea consciente de que por su declaración de voluntad y en atención a la misma, se van a producir por el derecho objetivo determinadas consecuencias, pero puede ignorar todas las que seguirán a su declaración de voluntad o proponerse consecuencias mayores o menores de aquellas que la ley reconozca, de tal manera que la ley operando sobre una declaración inicial, después, adminta una serie de efectos que el autor del acto no pudo prever.

Los actos jurídicos pueden clasificarse atendiendo diferentes puntos de vista. Pero para el caso que nos ocupa trataremos únicamente la que se basa en el número de voluntades que intervienen en el acto mismo. Así diremos que existen actos unilaterales, bilaterales y plurilaterales según intervengan una, dos o varias voluntades, entendida la voluntad para ser considerada como unilateral, bilateral o plurilateral no como la voluntad de una o más personas sino formando una parte en el acto mismo y ello porque en determinadas circunstancias varias personas pueden formar, para los efectos, una sola parte.

Como el punto principal en el presente trabajo es la sucesión y en ella especialmente el testamento, únicamente nos intere

sa el acto jurídico como la expresión de la declaración de voluntad de una sola persona, el testador. Por consiguiente el acto -- que interesa, es el acto unilateral, o sea paquel en el que interviene la voluntad de una sola parte.

Se ha discutido cual es el papel de la voluntad en el acto -- jurídico o sea que se trata de determinar si las consecuencias -- de derecho que produce el acto jurídico dependen exclusivamente -- de la voluntad o si bien si la voluntad tiene un papel concurrente con otra causa o un papel secundario.

Se han sostenido en el derecho Civil tres posiciones.

1. La voluntad tiene un papel exclusivo y determinante de -- las consecuencias de derecho en el acto jurídico.

2. La voluntad concurre con la ley para producir esas consecuencias; y

3. La voluntad cumple una función en plano secundario, co---rrespondiendo a la ley el papel principal.

Nuestra legislación civil que es de corte individualista está basada casi en su totalidad en la primera posición limitándose la ley a normar la licitud de los actos es decir que la única limitación a la voluntad es la de no ir contra el orden público, y las buenas costumbres.

## LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

El concepto de la autonomía equivale, en el ámbito individual, al de soberanía y libre decisión en la propia esfera de actuación del hombre. La facultad humana que permite al individuo trazarse una norma a la que sujeta su independiente actividad es reconocida en la técnica filosófico-jurídica bajo el concepto general de autonomía de la voluntad. Tras esta idea se ha venido significando en el campo del derecho privado que todo individuo tiene la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal que éstas no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma, naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana la suprema ley que rijan dichas relaciones.

En aplicación a esta teoría, en aras del individualismo que inspira a nuestro Código Civil y en general en mayor o menor grado según ha ido evolucionando, muy lentamente, a toda nuestra legislación, tenemos la libre testamentifacción como principio constitucional que como veremos lejos de haber traído progreso, sobre todo familiar y socialmente ha creado en un sinnúmero de casos, que dejan de ser considerados como esporádicos, individuales o casuales, que podrían decirse no inciden en la generalidad que deben tener las normas, serias e irreparables consecuencias.

## CAPITULO II.

### LA HERENCIA.

Partiendo de la existencia y del reconocimiento de nuestra so-  
ciedad del derecho de propiedad individual, la legislación tiene --  
que aceptar consecuentemente, la existencia de la herencia. Térm--  
no amplio que no sólo pertenece al campo de la ciencia jurídica si--  
no también a las Ciencias Naturales, pero ligado tanto a la histo--  
ria de la humanidad que el enfoque hacia la herencia ha dependido -  
y continúa dependiendo, del concepto que ese pueblo haya tenido o--  
tenga con respecto al patrimonio, bienes personales e institucio--  
nes sociales.

Es natural, donde no existió la propiedad común o colectiva, -  
no podría tener cabida la institución de la herencia, entendida co--  
mo transmisión de los bienes, porque quien nada tiene nada puede--  
transmitir; y esta es corrientemente la característica de los pue--  
blos en los primeros estadios de la civilización.

Cuando la propiedad en común da paso a la propiedad familiar--  
\*estamos en los albores de la herencia y no solo entendida material  
mente, como masa de bienes y prerrogativas; sino también como un--  
derecho personal, en una facultad, resultante no de la sola volun--  
tad de las personas, sino que de un hecho natural, cual es el naci--  
miento dentro del grupo familiar.

Así, el sólo hecho del nacimiento convierte en heredero. Es entonces la naturaleza, o la voluntad divina, según la apreciación religiosa de los pueblos, quien determina la transmisión de los bienes y derechos. La institución de la herencia, en términos así concebidos llena una función que se adapta a los conceptos que prevalecían dentro de esos pueblos. No se involucra únicamente aspectos económicos del patrimonio, sino la obligación de que la familia como base fundamental de la sociedad, tenga la unidad y la responsabilidad de los procreadores para con los nacidos.

Pero es interesante destacar, que la unidad familiar no sólo se hace depender del patrimonio que en común se posea, sino también en otros elementos que se elevaban a la categoría de sagrados, tales como el nombre y el culto familiar, que regidos por una persona como autoridad debería pasar a otros a su muerte, como privilegio; en este sentido la designación del sucesor en los rituales era muy importante y tal hecho estaba lleno de formalismos.

Los historiadores patrios han sido parcos en la investigación de la herencia en nuestra vida precolombina, y es que, aceptando como cierto, por la multiplicidad de hechos que la justifican, que la existente era la propiedad común, no podríamos



- 0 -

hablar, como antes dije de una institución de la herencia; porque ni siquiera ha tenido cabida entre nosotros la propiedad familiar.

### CAPITULO III.

#### EL TESTAMENTO. CONCEPTO, CARACTERES GENERALES.

La evolución del derecho de propiedad, especialmente con el impulso del derecho Romano, que le da caracteres absolutos y perpetuos y sobre todo individuales, influyen de manera decisiva en la herencia, siendo ésta desde esa época estudiada desde sus distintos ángulos y perfeccionándose por así decirlo, la voluntad como elemento decisorio en la transmisión de los bienes.

Naturalmente a la par de esta cultura existieron otras, que siguieron manteniendo la preeminencia de la ley sobre la voluntad, es decir el reconocimiento de obligaciones naturales de un individuo, a las cuales no puede olvidar ni apartarse, tal es el caso del derecho germánico y francés.

Pero, cuando existe facultad para que un individuo pueda designar a otro, para que después de su muerte pueda ejercer las prerrogativas de que goza en vida o bien la disposición de bienes, - aunque fuesen familiares, se agrega un nuevo elemento a la herencia; y ésta es la voluntad, y la forma ritual, formal o simple como se va a expresar esta voluntad para que pueda ser reconocida por la sociedad, es lo que los romanos habían designado como "testamentium" o bien el testimonio de última voluntad, o como le de-----signamos el testamento.

El origen etimológico del término deriva de dos expresiones latinas: "testario mentis" que quieren decir testimonios de la voluntad y en efecto en el testamento se manifiesta la última voluntad del que lo otorga.

Rafael Pojina Villegas lo define como un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios o declara y cumple deberes para después de la misma.

Nuestro Código Civil en el inciso 1º del Artículo 996 estatuye: "Se llama testamento la declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días".

Es un acto jurídico porque es una declaración de voluntad -- llamada a producir efectos jurídicos, hecha con la intención de -- generar dichos efectos, ya que da lugar a la sucesión por causa-- de muerte. Y es un acto jurídico unilateral, el caso más típico -- de esta clase de actos, puesto que para hacer a la vida jurídica -- requiere de la sola voluntad del testador, y en nuestra legisla-- ción es además un imperativo al estatuir el Art. 1000: "El testa-- mento es un acto de una sola persona .....". Es pues el acto-

en que UNA persona dispone de sus bienes; no un contrato. Es un--  
acto que se perfecciona por la voluntad de una sola persona: el -  
testador; el heredero o el legatario no intervienen en el testa--  
mento. Aunque una vez otorgado con las formalidades legales el --  
testamento que de perfecto, el heredero, herederos, legatario o -  
legatarios que en el figuren como tales no adquieran derecho algu  
no sino hasta la muerte del testador.

+ Se comprenderá que el testamento no tiene naturaleza contracu  
tual, si se considera que es esencialmente un acto unilateral, del  
cual el heredero o el legatario no tiene en muchos casos siquiera  
conocimiento; además, el testamento deja al heredero, la libertad  
de aceptar o no la liberalidad del testador; y principalmente, --  
el testador conserva la libertad de revocar el testamento a su aru  
bitrio mientras viva; falta pues en el testamento todo convenio,-  
la obligación recíproca que todo contrato supone.

Se dice que es un acto personalísimo porque no puede desempeu  
ñarse por conducto de representante. La mayoría de los actos juríu  
dicos se pueden ejecutar por medio de un representante.

Nuestra legislación es bien clara al disponer en el Artículo 1001  
C. "La facultad de testar es indelegable. Así, no puede conferir-  
se poder para testar".

Por regla general, todo acto o declaración de voluntad puede

ser hecho no sólo por la persona misma que declara su voluntad, -  
sino por medio de otra persona que hace la declaración a su nom--  
bre, y ha sido facultada para ello o está autorizada por la ley -  
para representarla: y en tal caso, lo que esta tercera persona --  
ejecuta como mandatario o representante legal de otra persona, --  
produce respecto del representante iguales efectos que sí el mis-  
mo lo hubiera hecho.

→ Aplicando al testamento este criterio general de la represen-  
tación un mandatario podría otorgar un testamento por su mandante  
y un representante legal, padre de familia, tutor o procurador no----  
dría también testar por el hijo de familia o por su pupilo. Pero,  
según el referido Art. 1001 de nuestro Código Civil el acto de --  
testar no puede ser delegado.

→ Como se ha dicho otra de las características del testamento-  
es la de que es esencialmente revocable. El testamento puede ser  
dejado sin efecto por la sola voluntad del que lo otorgó. Es esta  
una característica de la naturaleza misma del testamento. Art. --  
998 C.

En cuanto a la capacidad para testar nuestro Códi o Civil la  
regla general es que todo ser humano es capaz, la incapacidad vie  
ne por excepción así, el Art. 1002 C. dice:

No son hábiles para testar:

1° El impúber

2° El que se hallare en interdicción por causa de demencia.

3° El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ---  
ebriedad y otra causa.

4° Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar-  
su voluntad claramente.

Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles  
para testar.

Como se ve, las inhabilidades están basadas en que el testa-  
dor no tenga capacidad absoluta para expresar su voluntad, es ca  
si la misma capacidad para contratar, con excepción del número --  
1°ya que, el individuo no siendo impúber, aun cuando no sea legall  
mente mayor de edad o habilitado, puede testar.

#### CAPITULO IV.

RELACION DE LA LIBRE TESTAMENTIFICACION CON EL DERECHO ROMANO.

EL TESTAMENTO EN ROMA, EVOLUCION, CAPACIDAD PARA TESTAR.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR.

EL TESTAMENTO EN ROMA. La idea fundamental del testamento aparece desde los primeros tiempos de la historia en todos los pueblos, hasta el punto de que aún en aquellos en que la propiedad era más rigurosamente familiar existía la tendencia del jefe de familia de disponer de los bienes de algún modo, sin embargo, fué en Roma donde llegó a perfeccionarse hasta servir de modelo a las legislaciones posteriores.

La evolución del testamento en Roma consiste en cuanto a su forma en pasar de lo más difícil y complicado a lo más fácil y -- en aparecer sucesivamente nuevas formas para atender a casos diferentes, así tenemos que el testamento en Roma fué distinto en el Antiguo Derecho, en el Derecho Pretorio y en el Derecho Imperial.

Hay quien cree que los romanos solo conocieron al principio la sucesión ab intestato, lo mismo que los germanos y los griegos y que la sucesión testamentaria fué introducida por la ley de las XII Tablas. Pero mal se aviene esta opinión con la referencia -- bien marcada que los romanos tuvieron siempre por este último mo-

DO DE SUCESION. Por otra parte, los historiadores hacen referen--  
cia al testamento desde la fundación de la ciudad, algunos histo--  
riadores pues sostienen que la sucesión testamentaria y el ab int--  
estato han coexistido desde el origen de Roma y la ley de las XII  
Tablas no ha hecho sino sancionar costumbres que desde luego dura--  
ron largo tiempo.

Si bien los romanos tuvieron en gran aprecio el derecho de --  
testar, es exagerado decir que en Roma se consideraba como desho--  
nor morir intestado. Lo deshonroso era no dejar heredero alguno,  
por ser ello, a la vez que indicio de una mala sucesión, si te--  
nían los acreedores que hacerse pago con los bienes herenciales --  
(*herorum venditio*), presagio de infamia, en fin la extinción de--  
la *sacra privata*.

Como se ha dicho el testamento en Roma pasó por varias eta--  
nas siendo las más conocidas las siguientes:

I. DERECHO CIVIL. Testamento *Calatis Comitibus* y testamento *in pro-*  
*cinctu*. Al principio, se pudo testar de dos maneras: *calatis comi-*  
*tibus*, en tiempos de paz; *in pro-cinctu*, durante la guerra. (1)

El testamento *calatis comitibus* se hacía ante los comicios, --  
por curias convocados al efecto, *calata*, y en presencia de los --  
pontífices, pues la entrega de la sucesión no solamente implica la  
transmisión del patrimonio, sino también la del culto privado. El

(1) Eugenio Petit: Tratado Elemental de Derecho Romano pag. 522  
y sig.



jefe de familia declaraba ante los comicios reunidos su designación de heredero, dando los comicios su aprobación a esta elección, lo cual hacía del testamento una verdadera ley.

Fran libres las curias de ratificar o de rechazar las disposiciones testamentarias que les estaban sometidas? Es una cuestión oscura, difícil de resolver de un modo exacto, por falta de documentos. Sin embargo, desde la ley de las XII Tablas ya no es posible admitir la libertad de apreciación de los comicios, en presencia de la disposición que sanciona de una manera absoluta la voluntad del testador: *uti legassit..... ita jus esto*".

El testamento *in procinctu* se hacía delante del ejército equipado y bajo las armas. El jefe de familia soldado, que quería testar antes de marchar al combate, declaraba su voluntad delante de sus compañeros de armas, que reemplazaban la Asamblea del pueblo.

Este testamento no era practicable sino en tiempo de guerra, y por otra parte, los comicios sólo se reunían, para los testamentos, en Roma y dos veces por año. El ciudadano que sucumbía en el intervalo sin haber tomado estas precauciones moría, pues, intestado. Para remediar estos inconvenientes se imaginó otra manera de testar.

TESTAMENTO PER AFS ET LIBRAM, los jurisconsultos aplicaron al pa-

patrimonio, familia, el modo de transmisión usado por las cosas más apreciadas, la mancipatio. El padre de familia que no había podido testar calatis comitiis y sentía aproximarse su fin, mancipaba su patrimonio a un amigo, y le encargaba oralmente de dar efecto a las liberalidades que destinaba a otras personas: tal es el testamento per aes et libram. El adquirente del patrimonio se llamaba el familia emptor y jugaba el papel de un heredero.

Este nuevo procedimiento, que aseguraba al testador la facilidad de testar cuando quisiera, debió coexistir por bastante tiempo con los testamentos calatis comitiis e in procinctu, sin hacer desaparecer su uso. Presentaba, en realidad, muchas imperfecciones. El jefe de familia no podía usarlo en favor del hijo que tenía bajo su potestad, puesto que la mancipación no era posible entre ellos. Además la enajenación debía producir un efecto inmediato, y parece que el testador no tenía ningún medio jurídico de revocarla si recuperaba su salud. Por eso, desde el fin del siglo VI, el testamento per aes et libram fué perfeccionado, y este progreso indudablemente trajo consigo el desuso de las otras formas.

TESTAMENTO PER AES ET LIBRAM PERFECCIONADO. El familia emptor, en vez de ser tratado como heredero, no es más que una persona complaciente, en la que tiene el testador confianza, y que está encargada de entregar la sucesión al verdadero heredero. El hombre de -

éste era escrito sobre las tablillas que quedaban en poder del testador.

El testamento per aes et libram comprendió en adelante dos diferentes operaciones: a) la mancipatio. Las palabras pronunciadas por el familia entor sufrían una modificación: declaraba comprar el patrimonio, no para guardarlo, sino para tenerlo a título de depósito y para prestarse a la confección del testamento. b) La nuncupatio, o declaración que hace el testador, teniendo en la mano las tablillas, que contienen el nombre del heredero y el conjunto de sus disposiciones testamentarias. En la práctica, frecuentemente hacíase conociesen al heredero; pero también podía guardarse el secreto. Esta nuncupatio era la parte principal del testamento, pues la mancipatio no intervenía más que para la forma, dicis gratia: aunque íntimamente vinculadas una a la otra, estas dos formalidades debían cumplirse uno contextu, es decir, sin tener interrupción, por ningún acto extraño al testamento.

TESTAMENTO NUNCUPATIVO. En fecha incierta, pero seguramente posterior al perfeccionamiento del testamento per aes et libram admitióse en derecho civil que un ciudadano pudiese testar oralmente con ayuda de una simple nuncupatio, expresando en alta voz el nombre del heredero, y sus últimas voluntades, delante de siete testigos. Tal era el testamento nuncupativo. Ofrecía menos garan-

tía que el testamento *per as et libram*, pero tenía la ventaja de hacerse más rápidamente y de no requerir ningún escrito.

DERECHO PRETORIANO. Es probable que el pretor ofreciese al principio la sucesión pretoriana, la *honorum possessio secundum tabulas*, al heredero constituido en un testamento hecho en forma, según el derecho civil. Pero en tiempo de Cicerón, bastaba para la concesión de esta *honorum possessio* que el testamento estuviese escrito sobre tablillas que llevaran el sello de siete testigos. Podían éstos servirse del mismo sello (*signare*), pero entonces cada uno debía escribir cerca del sello, que había puesto, su nombre y la del testador (*Adscribere*). Cuando un testamento se atenía a estas formas, el pretor no exigía que fuesen cumplidas las formalidades del derecho civil, dando al heredero instituido la *honorum possessio secundum tabulas*. Bajo el reinado de Antonio el Piadoso, esta *honorum possessio* llegó a ser *cum re*, es decir que el *honorum possessor* pudo descartar las pretensiones de los herederos ab intestato, oponiendo la *exhercitionis actio* a la petición de herencia.

DERECHO DEL BAJO IMPERIO. En el Bajo Imperio se simplificó la legislación sobre los testamentos. De la fusión de las reglas del derecho pretoriano y del derecho civil ha surgido una nueva forma de testar. Es el testamento *tripertitum*, llamado así porque toma sus reglas del derecho civil, del derecho pretoriano y de las consuetudines

tituciones imperiales. Este nuevo testamento lo describe una constitución de Teodosio II, del año 430, y queda en vigor bajo Justiniano.

Veamos en qué consiste: Habiendo escrito el testador por adelantado su testamento sobre tablillas, reúne a siete testigos. Les presenta las tablillas, cerradas en parte, si quiere guardar el secreto de sus disposiciones. Cada testigo, como también el testador, pone su subscriptio al pie del testamento. Luego se cierran las tablillas y cada testigo pone su sello (signare) y escribiendo cerca de éste su nombre (adscribere). Estas formalidades deben ser cumplidas uno cortextu. La presencia de los testigos y la necesidad de hacer todo uno cortextu, provienen del derecho civil. El número de testigos, los sellos y la adscripcio, están tomados del derecho pretoriano. La subscriptio está impuesta por las constituciones.

El testamento nuncunativo subsiste siempre para los que quieran testar oralmente.

DE LA FORMA DEL TESTAMENTO MILITAR. (I. De militari testamento, II). Al elevarse Julio César al poder, gracias a sus victorias había empezado a conceder privilegios, y tomaron carácter definitivo. Bajo el Imperio, con el deseo de los emperadores de granjearse el apoyo del ejército, se extendieron estos privilegios, cons--

tituyendo el derecho común para los militares, a partir de Nerva y Trajano. Estos privilegios alcanzaban a un tiempo a la forma y al contenido del testamento; pero aquí sólo hablaremos del privilegio referente a la forma.

En principio la voluntad del soldado constituye un testamento válido, de cualquier modo que sea manifestada. Puede testar --- confiando su última voluntad a un compañero de armas, escribiéndola con su sangre sobre su escudo, o trazándola sobre la arena, -- con la punta de la espada. Pero es preciso, en todos estos casos -- que la voluntad sea cierta, y que haya sido expresada seriamente.

Para justificar este privilegio de forma, Gayo alega la ignorancia del soldado: *nimiam imperitiam*. Se puede decir con mayor exactitud que a los militares les es difícil realizar en campaña las formalidades ordinarias de los testamentos. Esta consideración es la que hizo admitir durante los primeros siglos el testamento *in precinctu*.

La duración del privilegio es limitada. En la época clásica, el militar disfrutaba de él en el transcurso de todo su servicio. Pero Justiniano limitó este favor al espacio de tiempo en que el soldado estuviese en campaña, *in expeditionibus*. Por otra parte, el testamento militar, hecho en este período privilegiado, queda-

ha únicamente válido por el término de un año después de licencia de el testador, post missionem.

Igual duración es aplicable a los otros privilegios militares relacionados con el contenido del testamento. Los ireros indicando a menos que la ocasión se presente.

CAPACIDAD PARA TESTAR. Ahora bien, en Roma, para hacer un -- testamento válido, el testador debía de tener el derecho de testar o testamenti factio. Pero un ciudadano que tenga este derecho --- puede encontrarse en la imposibilidad de ejercerlo por circunstancias especiales. Conviene distinguir pues entre el derecho de dejar una sucesión testamentaria y el ejercicio del derecho de testar.

DEL DERECHO DE DEJAR UNA SUCESION TESTAMENTARIA. La transmisión de una sucesión por testamento es de derecho natural, como -- la propiedad, de que es atributo. Pero en Roma, el derecho de testar no tocaba solamente a intereses privados; afectaba también a la sociedad y a la religión. Por eso, siempre ha sido reglada por el derecho civil y considerada como de orden público. No basta, -- pues, tener el commercium para poseer el derecho de testar: es necesaria una concesión especial de este derecho, y no lo tiene --- aquel a quien ninguna ley se lo ha otorgado.

En principio, tienen la testamenti factio los ciudadanos re-

manos sui juris. Están por el contrario, privadas de ella las per-  
sonas siguientes:

1. Los peregrinos. Estos pueden testar según el derecho de su ciudad.

2. Los latinos Junianos y los dediticios. Los latinos junianos poseen el commercium; pero la ley Juria les priva del derecho de testar. En cuanto a los dediticios, tampoco pueden testar en forma alguna, por no ser ciudadanos de ninguna ciudad.

3. Los esclavos, exceptuando a los servi publici, que tienen un patrimonio y pueden disponer por testamento de la mitad de sus bienes.

4. Las mujeres ingenuas sui juris, que permanecían agnadas y en su familia civil, no pudieron testar en los orígenes, según testimonio de Gayo y de Cicerón. Era, indudablemente, para asegurar la transmisión de sus bienes a los agnados. Por el contrario, la mujer tenía el derecho de testar cuando una capitis deminutio-minima la había hecho salir de su familia civil: de ahí el uso de la coemptio fiducia causa, que rompía el vínculo de agnación, permitiéndole hacer su testamento con la autoritas del tutor. Gayo refiere que un senadoconsulto dictado bajo Adriano hizo desaparecer esta incapacidad.

5. Los hijos de familia, como también las mujeres in manu-



las personas in mancipio, que no tiene patrimonio.

Referente a los hijos de familia, el día en que han llegado a hacerse propietarios de ciertos peculios, el derecho de testar no es para ellos según el principio expuesto más arriba, una consecuencia del derecho de propiedad. Únicamente lo obtienen en virtud de una concesión expresa. Tal concesión se hizo, ante todo, para el peculio castrense; bajo los primeros emperadores, para los hijos de familia, militares; y luego, bajo Adriano a título definitivo, aún después de terminado el servicio. Para el peculio ----- quasi castrense el derecho de testar no se otorgó de una manera -- general más que bajo Justiniano; antes de él, sólo se produjeron -- especiales. Los hijos de familia jamás han tenido el derecho de -- testar sobre los bienes adventicios.

6. Tampoco tenían derecho de testar los que, habiendo sido -- testigos, habían denegado su testimonio. La ley de las XII Tablas -- los declaraba improbi et intestabiles y no podían testar ni ser -- testigos, ni ser instituidos herederos.

DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE TESTAR. Para hacer un testamen-- to válido, no basta tener el derecho de testar. Es necesario po-- seer también el ejercicio de este derecho en el momento en que se -- testa. Puede perderse enseguida, sin que el testamento sufra nin-- gún perjuicio. Pero no sucede así cuando se pierde la testamenti-

factio.

He aquí las personas que no tienen el ejercicio del derecho de testar:

1. Los impúbers sui juris. Carecen del discernimiento necesario para un acto tan importante. Pero es el solo ejercicio del derecho el que les falta, y pueden dejar una sucesión testamentaria, si el jefe de familia testó por ellos cuando estaba bajo su potestad.

2. Los Locos. Estos sólo pueden testar válidamente en un intervalo lúcido.

3. Los pródigos interdictos, porque ya no tienen el commercium, si bien permanece válido el testamento que hayan hecho antes de la interdicción.

4. Los sordos y los mudos, es decir, los que no oyen y los que no hablan: pero si su enfermedad es accidental y han hecho el testamento antes de estar atacados por ella, produce todos sus efectos. Por otra parte, Justiniano ha permitido a los que hubiesen quedado sordos o mudos por accidente, testar según ciertas formas. Desde su tiempo, la incapacidad no alcanza más que a los sordos y mudos de nacimiento, que, por tanto, no han podido recibir ninguna instrucción.

DEL TESTAMENTO DE UN CAUTIVO. El esclavo no tiene el derecho.

de testar; pero el cautivo es un esclavo que se encuentra en situación especial, puesto que goza del *jus postliminii*. Para exponer la influencia que este derecho puede tener sobre su testamento, hay que distinguir según haya testado estando cautivo o antes del cautiverio.

1. El testamento que el cautivo haya hecho durante su cautiverio es nulo, aun fugándose el testador y volviendo a sus lares, puesto que ha testado siendo esclavo. El *postliminium* puede devolverle retroactivamente la *testamenti factio*, pero no el ejercicio del derecho de testar: el hecho de la cautividad es indeleble:

2. El testamento hecho antes del cautiverio es válido en todos los casos. En efecto, o regresa al testador o muere cautivo:-

a) Si vuelve, se le considera, gracias al *postliminium*, como no habiendo jamás perdido el derecho de testar, y el testamento hecho en regla conserva toda su fuerza. b) Si muere en poder del enemigo, el testamento debería ser nulo, porque el testador, muerto esclavo, no puede dejar sucesión testamentaria. Pero luego prevaleció una solución más favorable. Una ley Cornelia, de fecha dudosa, decidió que en semejante caso el testamento fuese válido, como si nunca el testador hubiese estado cautivo. El testamento es, pues, válido en este caso, *beneficio legis Corneliae*.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR. Hemos estudiado la importancia del testamento dentro del Derecho Romano, se ha establecido quienes tenían capacidad y derecho de testar: veremos si entre los romanos había libertad de testar.

También en este sentido el Derecho Romano atravesó por varias etapas; originalmente, y según la Ley de las XII Tablas, la voluntad del Jefe de Familia expresada en su testamento era ley. Investitido de una potestad paterna que le daba derecho de vida y de muerte sobre sus hijos, podía con mayor razón privarlos de la herencia si lo consideraba conveniente. Sin embargo, los jurisconsultos viendo de lo injusto de dicha actuación, hicieron surgir una reforma de verdad favorable para los hijos. Aquellos que el Jefe de Familia tenía bajo su potestad directa, podía ser considerados como investidos de una especie de copropiedad latente sobre los bienes paternos, teniendo derecho a la sucesión como herederos suyos (heredes sui).- Pero aún con esa reforma si bien el jefe de familia debía respetar los herederos sui o desheredarlos expresamente, pues de lo contrario el testamento sería nulo, todavía gozaba del privilegio de que no era necesario que puntualizara las causas de la desheredación. No fue sino más tarde cuando en un nuevo progreso de las costumbres, se llegó a impedir que el padre despojase a sus hijos sin justo motivo. Las reglas de la desheredación definitivamente aceptadas en-

la época de Cicerón fueron modificadas por el Derecho Pretoriano y más tarde por Justiniano.

La desheredación y más tarde la institución de la Legítima fueron las principales restricciones de la libertad de testar en el Derecho Romano. Veamos su evolución:

DE LA DESHEREDACION SEGUN EL DERECHO CIVIL. En un principio, el padre de familia estaba obligado a instituir o a desheredar a los herederos suyos. No debía tampoco omitirlos, es decir, pasarlos en silencio.

Los herederos suyos, a quienes debe instituir o desheredar, son los herederos suyos presuntivos, esto es, los hijos y descendientes directamente colocados bajo su potestad y que a su muerte se harán sui juris.

SANCION DE LA REGLA. Debe hacerse distinción entre dos categorías de herederos suyos: por una parte, los hijos, y por otras las hijas y demás descendientes más lejanos, cualquiera que sea su sexo.

OMISION DE UN HIJO. Implica la nulidad del testamento. Según los sabirianos, el testamento era nulo ab initio, y ya no podía validarse por ningún acontecimiento posterior, quedando asimismo nulo aunque el hijo omitido hubiese muerto antes que el testador. Los proculyanos opinaban de otra manera: sólo admitían la nuli-

dad iricial del testamento si el hijo omitido, que debía aprovechar esta nulidad, existía aún al fallecimiento del testador. La solución de los sabinianos, deducida de los principios con más rigor, ha prevalecido en el derecho de Justiniano, si bien fue menos racional.

La nulidad del testamento lleva consigo la caída de todas -- las disposiciones que contiene, incluso de las desheredaciones. -- Todos los herederos suyos recoger la sucesión que se abre ab intestato; podía ocurrir también, que siendo nulo el testamento ab initio, el desheredado tomase solo la sucesión: esto era cuando el hijo omitido hubiese muerto antes que el padre.

OMISION DE UNA HIJA O DE UN DESCENDIENTE MAS LEJANO, SIN DISTINCCION DE SEXO. Aquí admitía el derecho civil un sistema más racional que el precedente. El testamento no era nulo; pero como había una omisión, se reparaba cortando al hijo omitido entre los herederos instituidos, de los que venía a acrecer el número. Por eso se dice que tiene el jus adcrecendi. Obtenía una parte viril cuando concurría con herederos suyos instituidos, y una mitad de la sucesión cuando concurría con instituidos extranei.

Las desheredaciones y las otras disposiciones testamentarias quedan vigentes. El hijo omitido contribuye, por su parte, al pago de los legados; y si muere antes que el testador, el testamen

to se ejecuta tal cual ha sido hecho.

Más allá de esta distinción especial establecida por el derecho entre estas dos categorías de los herederos suyos, había otra relativa a la forma de la desheredación. Los hijos debían ser desheredados nominativamente. Además la institución o la desheredación de un hijo, hecho bajo condición, era irregular, a menos de tratarse de una condición potestativa para él. Ahora bien: una institución o una desheredación irregular equivalía a una omisión y acarrea las mismas consecuencias. En cuanto a las hijas y los demás herederos suyos, el testador podía desheredarlos inter ceteros. Le bastaba decir: ceteri o cetera exheredes sunt. Podía también, de no existir irregularidad, instituirlos o desheredarlos bajo condición.

DE LA DESHEREDACION SEGUN EL DERECHO PRETORIANO. El pretor concedió una gran extensión al principio de la desheredación, en cuanto a las personas que debían ser instituidas o desheredadas, y modificó su sanción. Esta reforma aparecía realizada ya al principio del Imperio, por cuanto era conocida del jurisconsulto Laeón, que vivió bajo Augusto.

El derecho pretoriano impone al testador la obligación de instituir o desheredar, no solamente a los herederos suyos presuntivos, sino también a todos los descendientes que serían herede-

ros suyos, de no haber sufrido una *capitis diminutio minima*, y -- que no forman parte de otra familia. Así, el padre debe instituir o desheredar a sus hijos emancipados. Igual obligación se le impone al padre natural para con el hijo que ha dado en adopción, cuando el padre adoptivo lo ha emancipado.

Las reglas de la desheredación cambian, de este modo, de motivo. En vez de estar fundadas, como en derecho civil, sobre la co-propiedad de familia, reposan sobre el parentesco natural; es el padre quien debe decidir si sus hijos serán o no sus herederos, a causa del lazo de sangre que a él les une. Pero el pretor no ha dado a este principio toda la extensión de que es susceptible. No ha obligado al testador a instituir o desheredar a los descendientes por parte de mujeres: por ejemplo, los nietos nacidos de una hija-pretoriente: sin duda porque tienen los derechos de agnación en la familia de su madre.

El pretor no establece diferencia entre los hijos omitidos y aplica, en todos los casos, la misma sanción. Al hijo omitido, le concede la parte que habría de corresponderle si hubiese venido a recoger la sucesión ab intestato, como heredero suyo. A esta sucesión pretoriana se le llama *bonorum possessio contra tabulas*.

Al no hacer el pretor ninguna diferencia entre los hijos, una hija omitida tenía los mismos derechos que un hijo, cuando el de--



recho civil no tenía más que el jus ad crescendi. El emperador Antonino el Píadoso decidió que las hijas no obtuviesen más por la honorum possessio contra tabulas que por el jus ad crescendi.

Por lo que procede, se ve que el pretor no tenía en cuenta las disposiciones del testamento cuando eran contrarias a las reglas que había expuesto en materia de desheredación. Pero no consideraba radicalmente nulo, al testamento, como lo hacía el derecho civil. De ahí dos soluciones equitativas:

1. Si el hijo omitido moría antes que el testador, o si, respetuoso con la voluntad del difunto, no pedía la honorum possessio el testamento se ejecutaba tal como estaba escrito.

2. La desheredación escrita en el testamento era mantenida. El hijo desheredado no se beneficiaba por la omisión de su hermano.

3. En fin, aun cuando la honorum possessio contra tabulas era dada por el todo a un omitido, ciertos legados, sin embargo, se mantenían: eran legados hechos a un descendiente, a un ascendiente o a la mujer de un difunto.

En cuanto a las formas de la desheredación, el pretor se separaba también de las reglas del derecho civil. Hacía distinción de sexos. Todos los descendientes del sexo masculino, hijos o nietos, deberían ser herederos nominativamente: las hijas o nietas interce-  
teros.

REFORMAS DE JUSTINIANO. Justiniano reformó las reglas de la desheredación:

1. Suprime toda distinción entre los descendientes, para la forma de la desheredación. Todos deben ser desheredados o instituidos nominativamente.

2. Confirma el derecho pretoriano, exigiendo que el padre de familia instituya o desherede a los descendientes que habrían tenido la calidad de herederos suyos si no hubiesen sufrido una *capitis deminutio minima*.

3. Decide, conforme a la doctrina *sabiniana*, que toda omisión de un heredero suyo importa la nulidad ab initio del testamento, y consecuentemente, suprime el *ius ad crescendi*.

4. En fin mantiene la teoría del derecho civil a la par que la del derecho pretoriano, en cuanto a los efectos de la omisión: nulidad del testamento, si el omitido es un heredero suyo; y apertura de la *bonorum possessio contra tabulas*, si es un emancipado.

Restáanos hacer dos observaciones:

1. Los soldados no estaban sometidos a las reglas de la desheredación cuando hacían su testamento. Para ellos la omisión de un heredero suyo equivalía a una desheredación en forma.

2. Dichas reglas tampoco eran aplicables al testamento de -- la madre o de un ascendiente materno, que no podía tener here-- deros suyos. El silencio que guardaban con respecto a un descen-- diente equivale a desheredación. Es sin embargo, está observa---- ción, ya no es exacta en el último estado del derecho de Justi-- niano, a partir de la novela 115: por la cual en 541, ha refor-- mado por completo la teoría de la desheredación.

Un testamento válido puede también ser invalidado por una--- causa totalmente especial: esto ocurre cuando se le declara ino-- ficiosum.

Ya hemos visto cómo, en virtud de lasley de las XII Tablas, el jefe de familia es libre de disponer de sus bienes, como me--- jor le plazca, en su testamento, uti legassit..... ita jus esto. La teoría de la desheredación sólo se impone más tarde para ----- los descendientes que tenga bajo su potestad directa, y queda-- dueño, por otra parte, de desheredarlos sin motivo. Pero hacia -- el fin de la República, suavizadas las costumbres, abrióse nasc-- una nueva idea; la de que el testador tenía deberes que cumplir-- para con sus parientes más próximos; descendientes y ascendien--- tes, y aún hermanos y hermanas. Debe dejarles una parte de su --- fortuna. Es un deber de afección y habiéndole desconocido, pue--- den atacar su testamento como inofficiosum (contra officium ni---

tatis factum), hacerlo anular, y la sucesión se abre ab intestato. La acción que ejercer para llegar a este resultado se llama: querela inofficiosi testamenti.

El pretexto para la anulación del testamento es que el testador no estaba en su sano juicio cuando lo hizo. Es un pretexto y no una realidad, puesto que el testamento de un loco sería nulo ab initio, mientras que ahí se trata de un testamento válido, pero es invalidado como inoficioso.

Esta institución existía ya en tiempo de Cicerón. Proviene de la costumbre, y se fijó gracias al tribunal de los centuviros que estatuyó sobre las cuestiones de sucesiones.

Fue una conquista de la equidad y del derecho natural sobre el derecho estricto. Por eso en su principio difiere profundamente de la desheredación. La necesidad de instituir o desheredar a los herederos suyos descansa sobre la organización de la familia civil y sobre la idea de copropiedad entre sus componentes. La demanda de inoficiosidad deriva, al contrario, del parentesco natural y del deber de afección que de él dimana. Puede hacer caer el testamento de la madre como el jefe de familia. Es por tanto un derecho anormal, contrario al rigor de los principios, y sobre el cual Gayo guarda silencio en sus institutas.

Para seguir históricamente el desarrollo de esta institu---

ción vamos a estudiar la querrela de ineficacia en el derecho clásico, durante el Bajo Imperio y bajo Justiniano]

QUE PARIENTES TIENEN LA QUERRELA?. Las personas que pueden ejercer la querrela son: los descendientes, los ascendientes, los hermanos y las hermanas. Un texto de Ulpiano demuestra también que esta determinación estaba hecha en su tiempo, puesto que aconseja a los que no tienen esta cualidad que eviten los gastos inútiles de una demanda mal fundada.

Los descendientes y ascendientes tienen este derecho, sean agrados o cognados del difunto. El hijo emancipado puede atacar el testamento del padre: el hijo puede también atacar el testamento de la madre, y recíprocamente. Para los hermanos y hermanas, el derecho es más limitado, porque sólo pueden ejercerlo si el testador ha instituido a una persona vil, turpis persona por ejemplo, un gladiador o a un hombre o a una mujer tachados de infamia.

EN QUE CONDICIONES PUEDE SER EJERCIDA LA QUERRELA. Para que un pariente pueda ejercer la querrela, se requieren las condiciones siguientes:

1. TENER DERECHO A LA SUCESION AB INTESTATO DEL DIFUNTO. Si hay varios parientes que tengan calidad para obrar, se sigue el orden de la sucesión ab intestato. Así, el testador que separa --

a su hijo y a su hermano los ha excluido para instituir a un extraño a la familia: el hijo heredero ab intestato en primera línea, puede ejercer la querela, y si queda inactivo, el derecho de proceder pasa al hermano, heredero en segunda línea.

2. SEP EXCLUIDO DE LA SUCESION TESTAMENTARIA SIN MOTIVO LEGITIMO. La exclusión resulta, para los herederos suyos, de una desheredación en regla; para los otros, de la simple omisión. Si el testador ha tenido contra algún pariente justos motivos de exclusión, éste no tiene la querela. En el derecho clásico, no se determinan estos motivos: los certuviros aprecian y estatuyen según su conciencia.

3. NO TIENE OTRO RECURSO PARA OBTENER LA HERENCIA. La querela es, un efecto, una vía de recurso extraordinario, que sólo se concede a falta de todo otro.

He aquí algunos ejemplos de casos en que un heredero no podía ejercer la querela por tener otro recurso: a) Un heredero suyo ha sido omitido en el testamento del jefe de familia: no tiene la querela, porque el testamento es nulo ab initio. Igual solución-- si es una hija, puesto que tiene el jus ad crescendi, que le permite recoger una parte de la sucesión. b) Un hijo emancipado ha sido omitido; no puede atacar el testamento como inoficioso, porque obtiene del pretor la honorum possessio contra tabulas. c) Un a--

drogado impúber es desheredado sin justo motivo por el adrogante: se le deniega la querela por tener el derecho al cuarto de la succesión, conforme a una constitución de Antonio el Piadoso.

A menudo ocurría que algún pariente, del número de los que - podían ejercer la demanda de inoficiosidad, no estaba completamen- te excluido, por haberle dejado el testador cierta parte de suce- sión inferior a la que habríale correspondido ab intestato. En es- te caso era necesario establecer la cuota que le habría sido deja- da para que el officium pietatis quedara satisfecho: de aquí proce- de la institución de la legítima.

DE LA LEGITIMA. En los orígenes no hubo regla fija sobre es- ta cuota. Los centurviros resolvían la cuestión a su arbitrio en- cada caso, lo que presentaba graves inconvenientes, por serle --- tier difícil al testador prever la fortuna que dejaría a su falle- cimiento, y si la parte atribuida a los parientes investidos de -- la querela sería suficiente para impedir que el testamento fuese- anulado como inoficioso. Poco a poco sentóse jurisprudencia y se- decidió que esta parte fuera del cuarto de los bienes que el here- dero habría recogido ab intestato. Este progreso data de los pri- meros emperadores. El cuarto así determinado recibió la denomina- ción de cuarta legítima y por abreviación la legítima; de aquí--- que los intérpretes llamasen legítimarios a los parientes que tie

nen derecho a ella.

La legítima fué, por tanto, introducida por la práctica judi  
cial de los centurijs, inspirándose, sin duda, en la Ley Falci--  
dia (año 714 de Roma) que aseguraba al heredero testamentario, --  
gravado con legados considerables, el cuarto de los bienes de la  
sucesión. Pero el nombre de legítima no viene de que una Ley lo -  
hubiese establecido: es, en realidad, una porción de la sucesión--  
legítima, de la que el heredero habría recogido ab intestato (---  
quarta legitima partis).

Puede ser definida así: la parte que ciertos parientes deben  
haber recibido del testador para que no puedan atacar al testamento  
como inficioso. No es, en modo alguno, la parte que tienen de  
recho de exigir, porque en el derecho clásico no tienen acción pa  
ra reclamar la legítima ni para hacerla completar. Si no la han -  
recibido ejercer la querrela: el testamento cae, y la sucesión se-  
abre ab intestato.

De lo anterior podemos establecer que en Roma si bien se dió  
preponderancia a la autonomía de la voluntad en materia testamen-  
taria no fue absoluta, por el contrario las restricciones fueron  
de peso en aras de la justicia, se colocaron los deberes familia--  
res en el lugar que debía corresponderles.



CAPITULO V.

LA LIBRE TESTAMENTACION EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA. ALCANCES. LIMITACIONES.

Es necesario señalar, que no obstante que nuestra legislación civil, tiene su ascendencia en la Chilena, que a su vez se inspira en la legislación francesa; en lo concerniente a la disposición de sus bienes, se aparta. La legislación francesa no autorizaba la libre disposición de los bienes, por que reconoce que el hombre dentro de la sociedad tiene responsabilidades que cumplir; que por el hecho del nacimiento nacen derechos y uno de ellos es el de la herencia, tal como se estatuye en la sucesión intestada.

La legislación chilena recoge esta misma filosofía y la incluye también dentro de la legislación; impone una limitación a la voluntad del testador en beneficio de aquellas mismas personas que forman su parentela.

Cabría preguntarse, por qué razón entre nosotros se omitieron tales limitaciones; primeramente en la constitución y después en la legislación secundaria; porque es imposible pensar que se dio mayor preponderancia a la autonomía de la voluntad, que a las naturales obligaciones que el hombre tiene para con su familia; creemos que el liberalismo tan fervientemente -

defendido no sólo se refiere a la propiedad, sino también a los derechos de una persona, que llamándolos inherentes a su calidad de tal, no solo están constituidos por su propiedad, sino también derecho a su educación, mantenimiento, establecimiento.

La ley que manda disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan capacidad para heredar, solo contiene la restricción de " las reducciones a que se halla sujeto el patrimonio con arreglo a las leyes"; y ¿cuáles son estas reducciones?, fuera de las deudas hereditarias, los costos de apertura de la sucesión y los impuestos fiscales, las asignaciones alimenticias forzosas.

Las tres primeras restricciones en nada se relacionan con el aspecto humano de la ley, pues son consecuencia directa del patrimonio, de su cuantía y de los derechos y las obligaciones que genera.

Solamente encontramos, como un recuerdo de las otras legislaciones las asignaciones alimenticias forzosas, a las cuales se dedica el mismo Código un solo artículo, Art, 1141 C. Quien tiene derecho a alimentos tiene que justificar la necesidad de los mismos, mediante una acción sujeta a los procedimientos más amplios.

La disposición de carácter privado que hemos citado, es un -

derecho garantizado en el régimen de derecho y garantías de la --  
Constitución del siglo pasado, aún cuando en la Ley secundaria --  
quedó redactado el Art. 996 C. en la forma en que se encuentra --  
en la actualidad al adicionarse el inciso 2° que estatuye: "El --  
testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de ----  
una o varias personas que tengan la capacidad legal para here----  
dar sin perjuicio de las reducciones a que se halle sujeto su ---  
patrimonio con arreglo a la ley" , el 14 de Agosto de 1902 desa--  
rollándose así el principio constitucional de 1886 que dice : --  
"Toda propiedad es transmisible en la forma que determinan las --  
leyes quedando en consecuencia, prohibida toda especie de vin---  
culación" y estableciendo así la libertad de testar (que aunque--  
se quiera sostener que no es absoluta en la práctica las res-----  
tricciones se han vuelto ilusorias.

Fué la Asamblea Constituyente de 1950, la que no conside----  
raha aún suficientemente protegido el principio de autonomía ----  
de la voluntad con la redacción de la antigua disposición cons--  
titucional y agrega, en el Régimen de derechos individuales, ----  
el artículo en referencia, la disposición "habrá libre testa-----  
mentifacción".

Traté de encontrar alguna razón para tal disposición, den---  
tro de los documentos históricos de dicha Constitución, que ----

creemos reflejan la forma oficial, las discusiones, pero ahí no--  
encontramos sino tratados en forma somera como se puede deducir -  
de lo que fue la discusión del Artículo pertinente: ""Toda perso-  
na tiene derecho a disponer libremente de sus bienes de conformi-  
dad con la ley. La propiedad es trasmisible en la forma en -----  
que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción

El Bachiller Rubio no creyó conveniente que quede elevado --  
El rango constitucional al libre testamentifacción. Esta existe -  
aquí desde hace mucho tiempo, en la ley secundaria; no es preci--  
so que quede estatuido en leyes constitucionales. El Bachiller --  
Rubio explica el sistema que faculta al poseedor de bienes a ----  
disponer de una parte de ellos conforme a él le parezca, dando otra  
parte de ellos, la llamada legítima, a los parientes cercanos: --  
y dice que si dentro de algunos años el sistema que está como ---  
precepto constitucional quiere cambiarse, no se podía por es----  
tar ya en la Constitución; y hay quienes creen, dijo, que el ---  
otro sistema es más justo. Se ha visto a personas que han de-----  
jado su fortuna a otros y que no han dejado nada para sus hi-----  
jos, y esto es injusto; por eso, es mejor que el legislador or---  
dinario ven <sup>la</sup> la conveniencia, sin que el precepto qued~~en~~ en la ----  
Constitución.

Salazar le explicó que la Comisión considera que los hi-----

jos están suficientemente garantizados por el principio que establece la obligación de los padres de darles alimentación, vestido, adecuada educación, conforme su condición social y económica; lo cual significa el derecho de los hijos durante viva el padre de ellos, estarán así, pero ya muerto él, puede dejar sus bienes a quien quiera y fuera de ello, toda otra cosa que pudiera hacerse, la Comisión considera que es un abuso, si una persona quiere dejar sus bienes a la generalidad, sin la libre testamentifacción no podría hacerlo, porque vendría el derecho de los parientes a tratar de heredar. Así pues, la obligación primaria de dar alimentos congruos a los hijos queda garantizada en el Código, pero ya la cuestión de heredar, satisfecha esta obligación, ya es cosa -- del testador que puede dejar sus bienes, por quien sienta afecto y crea que merece dejarle sus bienes, y acaso ésto evite el fenómeno de la desheredación que produce la ignominia en las familias de donde surgen abusos que perjudican a esas familias. (1)

Aunque volvieron a tomar la palabra los mismos representantes Salazar y Rubio, e inclusive Romero Hernández, el artículo -- fué aprobado como lo propuso la Comisión'". (1)

Soy de opinión que la disposición constitucional "Habra libre testamentifacción" no ha modificado en nada el estatus jurídico de la herencia; no es más que una reafirmación del respeto--

(1) DOCUMENTOS HISTORICOS DE LA CONSTITUCION POLITICA SALVADOREÑA DE 1950- Página 109

que se ha tenido a la autonomía de la voluntad.

Si desde el punto de vista del derecho privado hemos analizado las características de la transmisión testamentaria de los bienes y de su apartamiento a la doctrina de donde emana; solo nos queda analizar a la luz del derecho público, los alcances de una disposición como es el Art. 996 del Código Civil y de un artículo constitucional.

A partir del año de mil novecientos cincuenta, nacen dentro de nuestro país ideas de transformación de la estructura económica; y se pretende convertir a un país eminentemente agrícola en industrializado. Con la industria se implementan las relaciones comerciales y se da paso a cuerpos de leyes de carácter social que son una consecuencia de aquellas actividades.

Las obligaciones nacidas del comercio, requieren garantías estables, que no van a terminarse por la muerte de una persona; los patrimonios a veces en su totalidad o en una elevada cuota están enajenados y como tal deben conservar su unidad, so pretexto de mantener la seguridad en las inversiones.

Cuando en la sociedad la relación industrial o comercial sustituye a la familiar y aquella goza de toda la protección del derecho, por ser una actividad pública, tiene necesariamente del derecho de familia que emerger de ese carácter privado en

que se ha mantenido. Cuando las estadísticas presentan a la sociedad impresionantes cuadros de analfabetismo, desnutrición y en -- fin toda clase de desamparos, es cuando nos estamos dando cuenta- que algo ha fallado. Que las legislaciones de las cuales proviene la nuestra tenían toda su razón de ser. Que el hombre, al dejarse actuar conforme a su soberana voluntad, difícilmente cumple con - sus obligaciones que la naturaleza le impone.

Las instituciones de carácter público como es la Procuradu-- ría General de Pobres es un espejo donde se reflejan los efectos- de la libre testamentifacción; familias numerosas, sobre todo me- nores acuden diariamente en busca de amparo, porque el dueño de - las propiedades, haciendo uso de su "autónoma voluntad" quizo --- que el fruto del trabajo de todos fuese a manos extrañas.

Aquí el Artículo de las asignaciones alimenticias, puesta-- como una reducción al patrimonio, es una ilusión. ¿Cuáles ----- son los medios para que una familia que no dispone de fondos, --- pueda seguir una acción?; ¿Cómo puede sobrevivir el tiempo de --- estos trámites, si siendo ordinarios su duración es de años?; --- y si finalmente se logra una sentencia condenatoria, ocurre que-- los bienes ya no existen, que se ha consumido, gravado, traspaa--- sado o constituido cualquier otro derecho.

Llama poderosamente la atención que dentro de la misma cons

titución se habla que la familia es la base fundamental de la sociedad y que debe ser protegida especialmente por el Estado, el cual dictará las leyes y disposiciones necesarias para su mejoramiento..... es decir que por un lado se pretende la protección del individuo y por otro se olvida del mismo, en aras de su mejoramiento económico.



## CAPITULO VI.

### PUNTOS DE SEMEJANZA Y SEPARACION ENTRE AMBOS DERECHOS EN CUANTO A LA LIBERTAD PARA TESTAR.

El Derecho Romano y el Salvadoreño, en cuanto a la libertad de testar tienen más puntos de diferencia que de semejanza. El Romano aún cuando se fundó en el principio de la autonomía de la voluntad, en materia de sucesión, si bien permitió que aquellos que tuvieran capacidad para testar, pudiesen hacerlo con alguna libertad, las restricciones eran mucho mejores que las impuestas en la legislación salvadoreña. En El Salvador, se puede instituir heredero a la persona natural o jurídica que le parezca conveniente, sin pensar en las necesidades de aquellas personas a las que legalmente está obligado y éstas no tienen como en el Derecho Romano la facultad de declarar nulo el testamento o de que se les reconozca la parte en que el testamento les ha disminuído aquello a lo que la ley les da derecho.

Entre los Romanos como hemos visto bastaba la simple omisión de un hijo para poder anular el testamento; la desheredación debía ser expresa con justo motivo. En nuestro derecho no; la madre, el padre, los hijos sean estos legítimos o naturales, no tienen ni idea porque se les excluyó, ni tienen derecho a saberlo.

En conclusión únicamente se asemejan en el principio general de poder testar, no como en algunas legislaciones en las que los hijos y el cónyuge se consideran como copropietarios del causante y solamente opera, al fallecimiento de éste una especie de acrecimiento.

Esto solamente en cuanto a la libertad para testar, puesto que con relación a la capacidad, solemnidades y otras, si existen más semejanzas pero ello no es objeto de este trabajo.

Las diferencias si son sustanciales parece ser que los Romanos fueron más justos y si gozaban de autonomía de la voluntad era en aras de lo más apegado posible a la justicia, con errores, como resultado de la actividad humana que era, pero no tomando primordialmente intereses económicos, por el contrario, en el tema que nos ocupa prevalecieron más los lazos de familia.

## CONCLUSIONES.

Aún las sociedades donde la industrialización y relaciones comerciales ha llegado a sus niveles más altos, no han descuidado el punto fundamental de la herencia.

Y es muy significativo, que en muchos casos no han abandonado en ningún momento la restricción en este sentido a la autonomía de la voluntad, poniendo por encima a la misma Ley o sea las reglas de la sucesión intestada.

El desarrollo económico también ha enseñado a las sociedades que toda familia en cuanto a sus bienes constituye una co-propiedad y en la medida que se acrecienta el trabajo o se dilapidan los bienes acrecerá o disminuirá su derecho: esto motiva a la labríosidad, evitando que haya verdaderos parásitos sociales, cuya existencia está determinada por una herencia.

El fuerte gravámen a los herederos ha hecho también que el hombre abandone la idea de amasar fortunas para distribuir las.

Nuestra sociedad no ha pasado de un incipiente desarrollo industrial y comercial pero ha adoptado leyes de mucha protección social, pero creemos que ha fijado sus objetivos más que todo en el bienestar económico.

Solamente pequeños indicios resultan cuando determinadas instituciones traspasan bienes al grupo familiar en sí, con la

vinculación de Bien de Familia y se trate de vivienda o de pequeñas parcelas rústicas.

Estoy segura que debe encararse de lleno el problema; no puede un individuo que tiene bienes dejar una carga a la sociedad, solamente porque su voluntad es que otras personas que no son aquellos con quien está responsabilizado, disfruten de sus bienes.

La situación creada por la libre testamentifacción exige que ningún hombre puede disponer libremente de sus bienes, cuando tiene obligaciones que atender. A los hijos menores, a la esa sobreviviente, a los padres que no pueden trabajar deben corresponder los bienes por el sólo hecho de la defunción, como en el caso de la sucesión intestada.

Quien no tiene obligaciones familiares, quien no tiene gravado su patrimonio cabe disponer de sus bienes; pero aquellos que fuesen beneficiados deberá corresponder pagar una fuerte cantidad de impuestos; esta es una fórmula que ha incentivado la actividad del hombre.

Ojalá que lo expuesto sólo sea válido por muy corto tiempo; la situación cambiante de El Salvador, en la manera vertiginosa que se encuentra, exige el abandono de instituciones que no funcionaron y que es imposible que lo hagan, cuando la función social sustituye en todos los campos a la voluntad individual.

## B I B L I O G R A F I A

1. Luis Claro Solar. "DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO".
2. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEGA.
3. Eugenio Petit. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO".
4. Rafael Rojina Villegas. "DERECHO CIVIL MEXICANO"
5. Pedro Rocamora Valls. "LIBERTAD Y VOLUNTAD EN EL DERECHO".
6. CODIGO CIVIL DE EL SALVADOR. CONSTITUCIONES POLITICAS DE --  
1886, 1950 y 1962.