

misma sutileza en materia de estipulaciones (Véase más adelante, lib. 3, tít. 19, § 13). Justiniano hizo desaparecer este análisis riguroso de las palabras.

Pridie quam heres aut legatarius morietur. La misma regla también que para las estipulaciones (Inst. 3, 19, § 13); el legado es nulo, dice Teófilo, repitiendo aquí el razonamiento que hace Gayo para las estipulaciones, porque la víspera de la muerte no podrá conocerse hasta después de la muerte, y por consiguiente, es volver al mismo punto que si se hubiese dicho *post mortem* (1). Mala razón, añade Gayo (*quod non pretiosa ratione receptum videtur*) (2); en efecto, ¿no basta que el derecho se fije en vida del heredero ó del legatario? ¿No es indiferente que haya conocido uno esta determinación ó fijación antes de que hayan muerto? — Bajo el imperio de Justiniano desapareció esta sutileza.

Quam fideicommissorum. En efecto, ninguna de estas reglas se aplicaba á los fideicomisos (3); mas los legados fueron asimilados á éstos por Justiniano.

Sólo nos falta examinar el último modo de los legados; cual es el legado á título de pena (*pœnæ nomine*).

XXXVI. Pœnæ quoque nomine inutiliter legabatur et adimebatur vel transferabatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis si aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit: HERES MEUS, SI FILIAM SUAM IN MATRIMONIUM TITIO COLLOCAVERIT (vel ex diverso, si non collocaverit), DATO DECEM AUREOS SEIO; aut si ita scripserit: HERES MEUS, SI SERVUM STRICHUM ALIENAVERIT (vel ex diverso, si non alienaverit), TITIO DECEM AUREOS DATO. Et in tantum hæc regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur, nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observentur.

36. Los legados, las *revocaciones* y *traslaciones* de legados, á título de pena, eran también inútiles. El legado á título de pena es aquel que se hace como medio de coerción contra el heredero, para obligarle á hacer ó no hacer alguna cosa; por ejemplo: SI MI HEREDERO DA (ó en sentido contrario, NO DA) SU HIJA EN MATRIMONIO Á TICIO, QUE DÉ DIEZ SUELDOS DE ORO Á SEYO: ó bien, SI MI HEREDERO ENAJENA (ó en sentido contrario, NO ENAJENA) EL ESCLAVO ESTICO, QUE DÉ DIEZ SUELDOS DE ORO Á TICIO. Esta regla era tan rigurosamente observada, que muchas constituciones imperiales refieren que el mismo emperador no aceptará legados que se le hagan á título de pena. Tales legados eran nulos aun en los testamentos militares, á pesar del favor otorgado á las demás disposiciones testamentarias de los solda-

(1) Gay. 3. § 100. — Teóf. Paráf. hie.

(2) Gay. 2. § 222.

(3) Ulp. Reg. 25. § 8.

Quin etiam nec libertatem pœnæ nomine dari posse placebat; eo amplius nec heredem pœnæ nomine adici posse. Sabinus existimabat, veluti si quis ita dicat: TITIUS HERES ESTO; SI TITIUS FILIAM SUAM SEIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, SEIUS QUOQUE HERES ESTO: nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed huiusmodi scrupulositas nobis non placuit, et generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alios translata, *nihil distare a ceteris legatis constituimus*, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo; exceptis his videlicet, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa: huiusmodi enim testatorum dispositiones valere secta temporum meorum non patitur.

dos. Además, ni la libertad podía dejarse de esta manera: y Sabino juzgaba que no se podía tampoco hacer una adjunción ú asociación de heredero á título de pena, por ejemplo: QUE TICIO SEA MI HEREDERO: SI DA SU HIJA EN MATRIMONIO Á SEYO, QUE SEYO SEA TAMBIEN MI HEREDERO. ¿Qué importa, en efecto, el medio de coacción empleado contra Ticio, y que sea ya la dación de un legado ó la adjunción de un coheredero? Tales escrúpulos nos han disgustado. Según nuestro mandato, para toda disposición, ya sean legados, revocaciones ó traslaciones de legados, *no se distinguirá ya si se hace ó no á título de pena*; salvas, sin embargo, las que tuviesen por objeto obligar á cosas imposibles, prohibidas por las leyes ó deshonestas; porque las costumbres de mi siglo no toleran la validez de semejantes disposiciones.

El legado á título de pena (*legatum pœnæ nomine; quod coercedi heredis causa relinquitur*) (1) es una especie de legado condicional; pero de un carácter particular. La condicion es potestativa: se trata de una cosa que el testador ordena hacer ó no hacer. Pero esta orden, esta condicion no se impone á aquel á quien se da una muestra de liberalidad, lo que sería un verdadero legado condicional completamente válido, siendo libre el testador en poner á sus liberalidades las condiciones que juzgue convenientes; la condicion se impone al heredero, á aquel que se halla encargado de pagar el legado ó gravado con semejante disposición; por manera que para castigarlo por no haber cumplido, y como medio de coacción, se ha puesto el legado, que para él es una carga; pues disminuye su herencia en la parte que corresponda.—«Lego cien sueldos de oro á Ticio, si da su hija en matrimonio á fulano»: éste es un legado condicional, ordinario y completamente válido; la condicion se impone al legatario, y á él le toca ver si le acomoda el legado á semejante precio. «Si mi heredero no da su hija en matrimonio á tal persona, lego cien sueldos de oro á Ticio»: éste

(1) Gay. 2. §§ 235, 236, 237, 243.—Ulp. Reg. 24. § 17 y 25. 1. § 13.—Dig. 34. 6. *De his que pœnæ causa relinquuntur*.—Cod. 6. 41. *De his que pœnæ nomine in testamentis vel codicillis (scribuntur s. l.) relinquuntur*.

es un legado á título de pena ; la condicion se impone al heredero ; si no cumple, será castigado por medio de la obligacion de pagar el legado ; se halla, pues, en alternativa de obedecer al difunto ó ser gravado con un legado.—El carácter distintivo se halla bien determinado : la condicion, la órden de hacer ó de no hacer se halla dirigida, no al legatario, sino al heredero. En efecto, el legado, cualquiera que sea la condicion bajo que se haga, no puede ser nunca una pena para el legatario, que en definitiva es siempre libre de aceptarla ó no si la condicion no le conviene ; pero para el heredero es una pena, pues estará obligado á pagarlo en castigo de su inobediencia á la órden del difunto.

Semejante legado no era permitido en el derecho romano ; era esencialmente nulo, y esto por dos razones, segun Teófilo en sus paráfrasis : la primera es que este legado se halla absolutamente bajo la dependencia y el arbitrio del heredero, dueño de deberlo ó no : la segunda, la más característica, consiste en que los legados deben tener su origen en un sentimiento de benevolencia, de afecto al legatario, y no en un resentimiento contra el heredero (1). Mas aquí el legatario no es para el testador un objeto de afecto sino un medio de coercion.—La nulidad se aplicaba igualmente, ya al legado de libertad (2), ya á la institucion de heredero (3), ya áun al fideicomiso (4) dejados á título de pena ; porque, que se hubiese querido obligar al heredero, haciéndole que en caso de desobediencia manumitiese á un esclavo, ó partiese la herencia con otro, ó diese un fideicomiso, la razon era la misma (5).

Nec principem quidem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit. Siendo el Emperador superior á las leyes, podria haberse creido que, haciéndosele un legado á título de pena, sería válido ; y que el heredero, para evitar el pagarlo, se veria obligado á cumplir la condicion del testador.

Nihil distare a ceteris legatis constituimus. En tiempo de Justiniano los legados y las demas disposiciones á título de pena eran

(1) Teófil. hic.

(2) Gay. 2. § 236.

(3) Ib. 2. § 243.

(4) Ulp. Reg. 25. § 13.

(5) En cuanto á la dacion de un tutor, dice Cayo, no ofrece ninguna cuestion ; pues no puede ser un medio de coercion contra el heredero : « De tutore vero nihil possumus querere, quia non potest datione tutoris heres compelli quicquam facere, aut non facere : ideoque nec datur pœnæ nomine tutor (et si) datus fuerit, magis sub condicione quam pœnæ nomine datus videbitur », Gay. 2 § 236.

permitidos. Se consideraban como legados condicionales. Pero ¿perdian su carácter particular? No seguramente. Así en el legado condicional ordinario la condicion imposible ó ilícita se considera como no puesta, y el legado se conserva como puro y simple; lo contrario sucede en el legado á título de pena, pues la condicion imposible ó ilícita es causa de nulidad, y el legado es nulo. ¿En qué consiste esta diferencia? En que en el primer caso la condicion se impone al mismo legatario; mas no es preciso castigarlo con la privacion del legado, por no haber obedecido lo que es imposible ó ilícito. En el segundo caso, por el contrario, la condicion se impone al heredero; mas no es preciso castigarlo obligándole á pagar el legado por no haber obedecido á una orden imposible ó ilícita. La diferencia entre estos dos casos, en vez de ofrecer contrariedad, es la deducion de un mismo principio.

Justiniano no habla sólo del legado, de la manumision, de la institucion de heredero ó del fideicomiso á título de pena; pues añade, tanto en nuestro texto, quanto en su constitucion que se halla en el código (1), la renovacion (*ademptio*) y la traslacion de los legados (*translatio*). Esto presenta más dificultad. Aquí la pena no recae sobre el heredero, y la condicion no se le impone á este mismo; porque si se tratase de revocacion de legados, sería un beneficio para él; y en cuanto á la traslacion, ¿qué le importa que el legado sea trasferido á éste ó al otro? La pena es para el legatario á quien se le priva del legado, ya para ser trasferido á otro, ya para extinguirse. A él, pues, se le impone la condicion. Pero entonces, ¿no es esto una condicion ordinaria? ¿El testador no es libre para imponer á sus liberalidades las condiciones que tenga por conveniente, quedando á salvo el legatario para aceptarlas ó no? Y si se decide que aún en este caso la intencion particular que el testador ha tenido de imponer una pena, de aplicar un medio de coaccion, da al legado un carácter particular, ¿cómo podrá distinguirse si se trata de una condicion ordinaria ó de una pena? En este punto se hacía la distincion verdaderamente sutil ó dudosa; y aquí se aplica más particularmente la siguiente observacion de Marciano: «*Pœnam a conditione voluntas testaris separat: et (an) pœna, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque divi Severus et Antoninus rescripserunt*» (2). Por lo

(1) Cod. 6. 41.

(2) Dig. 33. 6. 2. 1. Marcian.

demás, es éste el único fragmento que ha llegado hasta nosotros de los jurisconsultos antiguos, en que se trata de *traslacion*: en ninguno se habla de revocacion (1). Todos hablan únicamente de legados, de manumision, de institucion de heredero ó del fideicomiso á título de pena; respecto de los cuales el carácter que tienen es bien distinto y absolutamente fuera de toda duda.

TITULUS XXI.

TÍTULO XXI.

DE ADEMPZIONE ET TRANSLATIONE
LEGATORUM (2).DE LA REVOCACION Y DE LA TRASLA
CION DE LOS LEGADOS.

Podemos generalizar el asunto de este título, y tratar de las diversas maneras con que se vician los legados; materia que corresponde á la ya expuesta acerca de los testamentos.

Un legado, al que le falten algunas de las condiciones indispensables para su existencia, como capacidad, forma, naturaleza de la cosa legada ú otras que nos son ya conocidas, era nulo desde su principio. Pero puede acontecer que regularmente hechos los legados lleguen á viciarse en lo sucesivo. La revocacion (*ademptio*), la translacion (*translatio*) y otros acontecimientos pueden producir el efecto indicado.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur legata, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit: DO, LEGO, ita adimantur: NON DO, NON LEGO; sive non contrariis, id est, aliis quibuscumque verbis.

La revocacion de un legado es válida, ya se haga en el mismo testamento, ó ya en codicilos; en términos contrarios, por ejemplo, si despues de haber dicho: DOY, LEGO, se dice: NO DOY, NO LEGO: ó en términos no contrarios, es decir, por medio de cualquiera otra expresion.

Eodem testamento. Porque si se tratase de otro testamento posterior, su existencia rompería, no sólo los legados, sino tambien todo el primer testamento, pues ninguno puede tener dos testamentos.

(1) Supóngase un legado trasferido ó revocado de esta manera: «Lego ciento á Primo, y si no se bebe toda el agua del Tiber, si no mata á Gayo, trasfero el legado á Segundo, ó bien revoco el legado.» Estas condiciones, imposibles ó contrarias á las leyes, no serán consideradas como puestas, sino que, conforme á las reglas relativas á las disposiciones á título de pena, harán nula la translacion ó la revocacion que á ellas se hallan subordinadas.

(2) Dig. 34. 4. D. *adimendis vel transferendis legatis.*

Sive codicillis. Porque pueden existir muchos codicilos, que se refieran á un mismo testamento.

Sive contrariis verbis. En el tiempo en que existia la solemnidad de las fórmulas, los legados creados por medio de esta solemnidad debian ser revocados de la misma manera. Así Ulpiano nos dice : « *Legatum quod datum est adimi potest.... dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est* » (1). Si, pues, se trata de un legado dado *per vindicationem*, por la fórmula DO, LEGO, será preciso para revocarlo emplear la fórmula contraria NON DO, NON LEGO. Si la revocacion se ha expresado de otra manera, el legado existe siempre segun el derecho civil ; pero el legatario, si lo solicita, podrá ser rechazado por la excepcion de dolo (2).—En tiempo de Justiniano, cuando la solemnidad de las palabras llegó á suprimirse enteramente, nos dice el texto que ya no era necesario que la revocacion se hiciese en términos contrarios ; poco importaba la expresion con tal que la voluntad se hallase suficientemente declarada.— La revocacion podia hacerse ó pura y simplemente, ó bajo condicion. En el último caso, el legado, de puro y simple que era, se hacía condicional, como si hubiese sido hecho bajo la condicion contraria á la de la revocacion (3).

La revocacion puede, no solamente ser expresa, sino aún resultar de los hechos. Tal es el caso en que el testador ha borrado la disposicion (*inducere quod scriptum est*) (4). Si destruye la cosa, si se hace pagar el crédito que habia legado, ó si pone la cosa fuera del comercio, como, por ejemplo, si la hace sagrada ó religiosa, ó si manumite al esclavo dado y legado, no hay precisamente revocacion, pues el legado no existia, porque no habia objeto. Pero si el testador enajena la cosa, hemos visto que hay, segun los casos, revocacion indirecta.— En fin, la revocacion aún puede deducirse por presuncion de ciertas circunstancias, como, por ejemplo, si ha ocurrido un ódio capital entre el testador y el legatario (5), ó si el testador, en algun escrito posterior, ha añadido á su disposicion alguna nota injuriosa contra el legatario (6).

(1) Ulp. Reg. 24. § 29 ; y 2. § 12.

(2) Véase la paráfrasis de Teófilo, *Atc.*

(3) Dig. 35. l. 107. f. Gay.—34. 4. 10. f. Julian.

(4) Dig. 34. 4. 16. f. Paul.

(5) Dig. 34. 4. 3. § 11 ; 4. f. Ulp. ; 32. f. Papin. ; 31. § 2. f. Scævola.

(6) Ib. 13. f. Marcian. ; 29. f. Paul.

I. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: HOMINEM STICHUM QUEM TITIO LEGAVI, SEIO DO, LEGO; sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simil Titio adimi videtur, et Seio dari.

I. Un legado puede tambien transferirse de una persona á otra: por ejemplo, si el testador ha dicho: ESTICO, QUE YO HABIA LEGADO Á TICIO, LO DOY Y LEGO Á SEYO; ya se haga esto en el mismo testamento, ó en codicilos. En este caso último hay á un mismo tiempo revocacion en cuanto á Ticio, y legado en cuanto á Seyo.

La traslacion de un legado puede hacerse de cuatro maneras, segun el juriconsulto Paulo: ó de un legatario á otro (*a persona in personam*); ó de un heredero gravado con legado á otro de los herederos que sea gravado en su lugar (*ab eo qui dare jussus est, ut alius det*); ó de una cosa por otra (*cum res pro re datur*); ó en fin, dando bajo condicion lo que habia sido dado pura y simplemente (*quod pure datum est, transfertur sub conditione*) (1), es decir, en resúmen, por la variacion de legado, de heredero, de cosa ó de modo en la disposicion; lo que corresponde absolutamente á la votacion ó novacion en materia de obligacion. — En estos cuatro casos el primer legado se halla tácitamente revocado por la sustitucion de otro; pero los efectos no son idénticos.

El texto habla aquí de la primera de estas traslaciones. El legado pasa de un legatario á otro con todos sus accesorios, modos y cargas (*cum sua causa*) (2). Si el segundo legatario es incapaz, ó si hace ó si rehusa el legado, no impide esto la revocacion hecha en el primero, porque la voluntad del testador se ha declarado acerca de la revocacion (3). — Por lo demas, podria suceder que el testador hubiese querido hacer, no una traslacion, sino una sustitucion ó una conjuncion de legatarios: es preciso atenerse siempre á su voluntad (4).

Cuando la traslacion ha tenido lugar respecto de las cosas, habiendo dado el testador una nueva en lugar de la primera, si la segunda no ha sido válidamente dada, subsiste el legado de la primera, porque no puede atribuirse al testador la intencion de privar á su legatario de toda muestra de su liberalidad (5).

El legado, válido en su principio, y respecto del cual no haya

(1) Dig. 34. 4. 6. f. Paul.

(2) Ib. 24. pr. f. Papin.—35. 1. 95. f. Hermog.—34. 1. 13. pr. f. Scevol.

(3) Dig. 34. 4. f. Julian., y 20. f. Pomp. — 30. 1.º 34. pr. f. Ulp.

(4) Dig. 30. 1.º 33. f. Paul.—Cod. 6. 37. 6 y 7. const. de Anton.

(5) Arg. Dig. 32. 3.º 13. f. Pom.

ocurrido ningun cambio de voluntad en el testador, puede, sin embargo, fenecer y extinguirse. — Esto sucede (*legatur extinguatur*): 1.º Si el testamento de que depende el legado se halla viciado por una causa cualquiera (*ruptum, irritum ó destitutum*); porque la suerte de los legados se halla ligada con la institucion del heredero. 2.º Si el legatario muere ó cesa de tener la faccion de testamento ántes de la fijacion de su derecho (ántes del *dies cedit*). 3.º Si la cosa legada perece ó deja de estar en el comercio. Es decir, falta de heredero, de legatario ó de cosa legada; en el primer caso no hay deudor; en el segundo no hay acreedor, y en el tercero no hay objeto debido. — En fin, el legado puede ser retirado al legatario ó puede arrebatarle (*legatum auferatur, eripitur*; — *legatum ereptitium*) por causa de indignidad (1).

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Superest ut de lege Falcidia discipiamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege Duodecim Tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita tantum esset, UTI LEGASSIT SUE REI ITA JUS ESTO), visum est hanc legandi licentiam coarctare. Idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestato moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam *lex Furia*, quam *lex Voconia*, latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consumptionem videbatur, novissime lata est *lex Falcidia*, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem

TÍTULO XXII.

DE LA LEY FALCIDIA (2).

Nos resta hablar de la ley Falcidia, que ha establecido los últimos límites en materia de legados. Antiguamente, segun las Doce Tablas, la libertad de legar era de tal modo ilimitada, que se podia agotar en legados todo su patrimonio; en efecto, se leia en ella; LO QUE HAYA ORDENADO POR LEGADO SOBRE SU COSA, QUE ESTO HAGA LEY. Se trató, pues, de limitar esta libertad excesiva; y esto en el interes mismo de los testadores: muchos, en efecto, morian sin testamento, pues los herederos instituidos se negaban á hacer adiccion por un beneficio nulo ó casi nulo. Habiéndose publicado desde luégo la *ley FURIA* y la *ley VOCONIA*, aunque insuficientes cada una de ellas para conseguir completamente su objeto, hubo al fin de publicarse la *ley FALCIDIA*, que prohíbe legar más de tres cuartas partes de todos

(1) Dig. 34. 9. *De his quae ut indignis auferantur*. — Cod. 6. 35. *De his quibus ut indignis hereditates auferantur*. — Volverémos á tratar de esta materia.

(2) ORIGENES: Ántes de Justiniano: Gay. 2. §§ 224 y sig. — Ulp. Reg. 24. § 32. — Paul. Sent. 3. 8. *Ad legem Falcidiam*. — Bajo Justiniano: Dig. 35. 2. *Ad legem Falcidiam*; y 3. *Si plus quam per legem Falcidiam*, etc. — Cod. 6. 50. *Ad legem Falcidiam*. — Novel. 1. c. 2. *De lege Falcidia et inventario*. — Despues de Justiniano: *Basilicas*, lib. 41. περί ωαλκυδίου (de la Falcidia).

totorum bonorum, id est, ut sive unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret. los bienes; es decir, que haya uno ó muchos herederos instituidos, debe al ménos quedarles la cuarta parte.

Lex FURIA, llamada *testamentaria*; plebiscito el más antiguo de los tres (1), que se coloca hipotéticamente en el año 571 de R., 183 ántes de J. C., y cuya disposicion nos da á conocer Gayo en estos términos: « *Qua, exceptis personis quibusdam cæteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.* » Á lo que añade que esta ley no conseguia su objeto, pues nada impedía al testador que multiplicase el número de legados de mil ases cada uno, hasta agotar toda la herencia (2).

Lex VOCONIA, calificada tambien de *testamentaria*, plebiscito posterior al precedente, que se supone correspondiente al año 585 de Roma, 169 ántes de J. C. Gayo nos ha dado á conocer lo que dispone respecto del punto que nos ocupa, y se explica en los términos siguientes: « *Qua cautum est, ne cui plus legatorum nomina mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.* » Esta disposicion presenta un vicio semejante, añade el juriconsulto; porque nada impide que el testador multiplicase de tal modo el número de los legados que cada uno consistiese únicamente en una porcion mínima de la herencia, á la que pudiese el heredero quedar de este modo reducido (3).

Lex FALCIDIA: plebiscito que precedió en pocos años á la muerte de Ciceron, 714 de Roma, 40 de J. C. (4).

Se conocerá la importancia de esta legislacion, establecida en cierto modo á retazos y con incertidumbre, si se reflexiona que el legatario en el sistema romano no es más que una persona que adquiere bienes, que el heredero es el único que continúa la persona jurídica del difunto, y que de él depende la existencia de todas las disposiciones testamentarias: si no admite la herencia, todo cae por tierra para dar lugar á la sucesion *ab intestato*. El interes de que el heredero instituido no se viese reducido á una porcion tan pequeña de la herencia, que lo pusiese en el caso de despreciar ésta,

(1) Este punto se halla fuera de duda: Ciceron, *Pro Balbo*, 8; Gay. 2. § 226; Teófilo en su paráfrasis, *hic*.

(2) Gayo 2. § 225, y 4. § 23; y despues de él, Teófilo, *hic*.

(3) Gayo 2. § 226, y Teófilo, *hic*. Este plebiscito es probablemente el mismo que habia impuesto á las mujeres cierta incapacidad para recibir ó ser herederas por testamento. Ciceron, *de Senect.* 8 — *In Ferr.* 1. 43. — Gayo 2. § 274. — Paul. Sent. 4. 8. § 22.

(4) Cass. Dio. 48. 33.

era, pues, mayor. — El tesoro público era también interesado en una parte notable: el impuesto sobre los testamentos, que ya por este tiempo se hallaba establecido, y que formaba una parte muy considerable de las rentas públicas, quedaria reducido á la nulidad si los testamentos quedaban sin efecto. El interes fiscal tuvo, pues, una buena parte en la publicacion de la ley Falcidia.

Las disposiciones de esta ley, hechas al principio para legados solamente, se extendieron despues. Primero por el senado-consulto Pegasiano á los herederos fideicomisarios y á los fideicomisos con que el heredero instituido hubiese sido gravado (1); despues por rescripto de Antonino Pío á los fideicomisos impuestos al heredero *ab intestato* (2); posteriormente en virtud de rescripto de Severo y Antonino á las donaciones por causa de muerte (3); y despues á las donaciones entre cónyuges (4). Todos estos actos de liberalidad quedaron sometidos á la reserva prescripta. En fin, trasladada á otra materia, la idea de la ley Falcidia dió origen á la teoría de la *porción legítima*, que ya hemos expuesto.

Esta parte reservada al heredero por la ley Falcidia se llama generalmente en los comentarios cuarta Falcidia, aunque los romanos la llamaban siempre la cuarta (*cuarta*) ó la Falcidia (*Falcidia*).

I. Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem dimidiam minuant, an quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat? placuit posse retinere. Etenim in singulis hereditibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.

1. Se pregunta, si habiendo sido dos herederos instituidos, como, por ejemplo, Ticio y Seyo, el primero de los cuales ha sido gravado con legados que consumen su parte, y que la gravan en más de las tres cuartas, y el segundo no ha sido gravado con ningun legado, ó con los que ha sido gravado no se le priva sino de la mitad de su porcion, ¿será preciso para que éste conserve la cuarta ó más de toda la herencia, que Ticio no pueda retener nada de los legados con que se le ha gravado? Se ha decidido que pueda retener la cuarta parte de su porcion. En efecto, el cálculo de la ley Falcidia debe aplicarse á cada uno de los herederos separadamente.

(1) Véase tit. 23. § 5.—Gayo 2. §§ 254 y 256.

(2) Dig. 35. 2. 18. f. Paul. — Aquí la ley Falcidia se aplica á las herencias *ab intestato*, y se ve cuánto se había separado de su objeto primitivo.

(3) Cod. 6. 50. const. Alejan.—8. 57. 2. const. Gordian.—Dig. 50. 6. 27. f. Marcian.

(4) Dig. 24. 1. 32. § 1.—Cod. 6. 50. 12. const. Diocl. y Maxim.

Hemos visto al tratar del párrafo precedente, sobre qué liberalidades recaía la reducción de la Falcidia. — Es preciso ver acerca de esto á quién pertenece el derecho á ella.

Al heredero, ya testamentario, ya *ab intestato*, según lo que acabamos de decir. — Pero nunca los legatarios ni los fideicomisarios sobre los fideicomisos, con que respectivamente fuesen gravados (1). El mismo origen de la ley Falcidia repugna esto: una vez hecha la adición por el heredero, la voluntad del difunto se encuentra consolidada en todas sus partes (*rata constituitur*) (2).

Pero si hay muchos herederos gravados de diferente modo unos de otros, ¿qué se decide en este caso? Tal es la cuestión que se presenta en nuestro texto, y la solución es muy sencilla: cada uno de ellos debe percibir la cuarta parte de su porción sin mezclarse en la de los demás. Así, pues, hay que considerar cada porción aisladamente, haciendo abstracción de las otras: «*In singulis heredibus rationem legis Falcidiæ componendam esse non dubitatur*» (3). — Sin embargo, si uno de estos herederos llega á faltar, su porción acrece á los demás: ¿qué se hará entónces? ¿Las cuartas quedan separadas ó se confunden? Es preciso distinguir. 1.º Si la parte gravada acrece á la que no lo está, esta última queda intacta como ántes; la cuarta sólo se deduce de la porción gravada; 2.º Si las dos partes reunidas son cada una de ellas gravadas, sucede lo mismo, y se continúa verificando el cálculo por separado en cada parte; 3.º Mas si la parte no gravada es la que acrece á la que lo está, como esta última obtiene todo el beneficio, las dos partes se confunden y la cuarta se retiene del total (4).

II. Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si, verbi gratia, is qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureo legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam

2. Mas en cuanto al patrimonio, al cual debe aplicarse la ley Falcidia, es preciso apreciarlo ó estimarlo en el tiempo de la muerte. Por ejemplo, que aquel cuyo patrimonio valiese cien monedas de oro, haya legado cien monedas de oro, nada

(1) Dig. 35. 2. 47. § 1. f. Ulp.

(2) Es el motivo que da el mismo Papiniano. Dig. 36. 1. 35. § 2. f. Papin. 22. § 5. f. Ulp. — Véase, sin embargo, 35. 2. 32. § 4. f. Marcian. Pero aquí no se trata de la cuarta del mismo legado, sino de repartir equitativamente la retención que el heredero ha hecho.

(3) Dig. 35. 2. 77. f. Gay. Fue ésta una interpretación juiciosa, pero quizá extensiva de la ley Falcidia, porque excedía el objeto. Con tal que uno de los herederos acepte, se mantiene el testamento: ¿qué importa, pues, que hubiese algunos que no la aceptasen por no hallarse contentos con su porción?

(4) Dig. 35. 2. 78. f. Gay.

hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis heredes quartam (partem hereditatis) habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non amplius quam septuaginta quinque (aureorum substantia) vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem. Quæ res efficit ut necesse sit legataris, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

importará á los legatarios, que ya por las adquisiciones de los esclavos, ya por la parte de las mujeres, ó por el aumento de los ganados correspondientes á la herencia, ésta haya de tal modo aumentádose, que todavía quedase la cuarta al heredero, áun despues de haber pagado las cien monedas de oro dejadas en legados. Estos deberán sufrir la reduccion de la cuarta. Por el contrario, que no haya legado más que setenta y cinco monedas de oro, y que ántes de la adición al patrimonio, por incendios, por naufragios ó por muerte de esclavos, se haya disminuido de tal modo que ya no quede más que el valor de las setenta y cinco monedas de oro, ó áun ménos, los legados serán siempre debidos en su totalidad. Y esto no es en perjuicio del heredero, porque es libre en no hacer adición del patrimonio. De donde procede para los legatarios la necesidad de transigir con el heredero, á fin de que no abandone la herencia, en cuyo caso todo lo perderian.

¿Cuál es la época á que es preciso referirse para apreciar comparativamente el valor del patrimonio y el de los legados, para determinar si éstos exceden ó no de la parte correspondiente y en cuánto deben reducirse? Tal es la cuestion de este párrafo. La respuesta se reduce á que es preciso referirse al momento de la muerte del testador. Así es que se considera en abstracto el patrimonio y los legados tales como se hallaban en dicho tiempo; se desatienden (pero de un modo ficticio, y sólo para el cálculo) (1) las creces, disminuciones ó áun perdidas totales que pudiesen haber experimentado, ya el patrimonio, ya los legados: por esta apreciacion retroactiva se calcula la cuarta, sin ocuparse de los hechos posteriores.

Pero ¿por qué la ley Falcidia se ha contraído á la muerte del testador y no al momento de la adición? La idea del principio de que los legados se fijan en general al tiempo de la muerte se con-

(1) Sería un grande error considerar esta abstraccion ficticia como una cosa efectiva. No impide que de hecho el patrimonio hereditario ó los legados se aprovechen ó sufran cada uno, segun las reglas ya expuestas, los aumentos, deterioros ó pérdidas ocurridas despues. De estas modificaciones no se hace cuenta en el cálculo de la Falcidia.

forma hasta cierto punto con la época de la Falcidia; en efecto, la extension del legado debe calcularse en el momento en que el derecho se fija (*dies cedit*). Sin embargo, este principio no domina aquí enteramente, porque el cálculo se refiere al momento de la muerte para todos los legados indistintamente, aunque hay algunos respecto de los cuales llega más tarde el *dies cedit*. Sin duda el motivo de la ley Falcidia, al fijarse la época de la muerte, ha sido que la extension de las liberalidades permitidas al difunto debia fijarse de un modo invariable con relacion á éste, independiente del mayor ó menor tiempo que tardasen sus herederos en llegar á la herencia. Pero ha resultado de esto que en ciertos casos ha podido frustrarse el objeto de la ley. En efecto, en el momento de la adición es cuando los herederos tienen interes en apreciar el patrimonio y sus cargas, á fin de ver si les tiene más cuenta no aceptar la herencia. — Si, pues, las disminuciones fuesen tales que el heredero se negase á aceptar la herencia, los legatarios de este modo amenazados en la existencia misma de sus legados, para no perderlo todo, se verian obligados á transigir con aquél. Tal es la idea que expresa el fin de nuestro texto.

III. Cum autem ratio legis Falcidia ponitur, ante deducitur *res alienum*; item *funeris impensa* et *pretia servorum manumissorum*: tunc demum in reliquo ita rario habetur, ut ex eo quarta pars ad heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuuntur, pro rata scilicet portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse, et patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est; deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

3. Para hacer el cálculo de la ley Falcidia se deducen primero las deudas, los gastos de funerales, el valor de los esclavos manumitidos: de lo que queda retiene el heredero la cuarta parte, y las otras tres restantes se distribuyen á los legatarios en proporcion al valor del legado de cada uno. Así, pues, supongamos un patrimonio de cuatrocientas monedas de oro, y que el total de los legados ascienda á igual suma, en cuyo caso cada legado experimentará una reduccion de una cuarta parte. Si la suma total de ellos es de trescientas cincuenta monedas de oro, cada legado sufrirá una reduccion de una octava parte. En fin, si se han legado quinientas monedas de oro, se principiará por suprimir un quinto, y despues se ^{de}deducirá la cuarta. En efecto, es preciso antes de todo deducir lo que excede el patrimonio; despues de los bienes que quedan, la cuarta, que debe retener el heredero.

¿Cómo se verifica el cálculo? Este es el asunto que aquí se trata.

Es alienum, las deudas del difunto : La expresion es enérgica, pues con razon se dice bienes de otro. Es preciso, pues, separarlos del patrimonio.

Funeris impensa : Los funerales del testador, del bienhechor común, todos deben pagarlos.

Pretia servorum manumissorum. No quedan libres sino por la adición ó sólo por la manumision, si se trata de manumision fideicomisaria : en el momento de la muerte se hallan, pues, todavía en los bienes; sin embargo, es preciso separarlos de ellos, pues se encuentran allí sólo para salir á gozar del beneficio de la libertad. Estas manumisiones son legados, liberalidades del difunto; pero se escapan de la ley Falcidia, porque su misma naturaleza no admite posibilidad de reduccion.

Por lo demas, el cálculo, si se supone de legados condicionales, de legados por término, de legados anuales, de legados que consistan en hacer ó no hacer, y con otras diversas circunstancias, presenta muchas dificultades, muchos casos en que son necesarias apreciaciones y cuestiones árdnas, en que el espíritu sutil de los jurisconsultos romanos se habia ejercitado de un modo ingenioso; pero que sería prolijo reproducir aquí (1).

La ley Falcidia no se aplicaba á los testamentos militares (2), ni en algunos otros casos privilegiados ó excepcionales. Justiniano en una novela concedió al testador el derecho de prohibir expresa y tácitamente su aplicacion (3).

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITIBUS.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Et prius est ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

TÍTULO XXIII.

DE LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS (4).

Pasemos ahora á los fideicomisos, y primero tratemos de las herencias fideicomisarias.

Los fideicomisos corresponden en cierto modo á las instituciones de herederos ó á los legados.—A las instituciones de heredero,

(1) Véase el título especial sobre la materia, Dig. 35. 2.

(2) Dig. 35. 2. 17. f. Scevol.; 92. f. Macer.; 96. f. Scevol.

(3) Novel. 1. c. 2. § 2.

(4) ORIGENES. Antes de Justiniano : Gay. 2. §§ 246 y sigs.—Ulp. Reg. 25. *De Fideicommissis*.—Paul. Sent. 4. 1. *De fideicommissis*: 2. *De sen. cons. Trebelliano*; 3. *De sen. cons. Pegasiano*; 4. *De repudianda hereditate*.—Bajo Justiniano : Dig. 36. 1. *Ad. sen. cons. Trebellianum*.—Cod. 6. 49. *Ad. sen. cons. Trebellianum*.

cuando tienen por objeto la herencia ó una parte alícuota de la herencia; es lo que se llama en el derecho romano, herencia fideicomisaria (*fideicommissaria hereditas*), y en el lenguaje moderno de los comentadores, fideicomisos universales.—A los legados, cuando tienen por objeto cualquiera otra cosa que no sea una parte alícuota de la herencia; por ejemplo, una cosa determinada, ya en su género, ya en su especie, ó áun una universalidad, como un peculio ó un rebaño: es lo que el derecho romano llama fideicomiso de una cosa particular (*fideicommissum singula rei*), y los comentadores, para abreviar, fideicomiso particular.—En el primer caso hace el difunto, en vez de un heredero civil, un heredero fideicomisario; en el segundo, en vez de un legatario, un fideicomisario de objeto particular.

El texto debe tratar primero de las herencias fideicomisarias. Pero el párrafo que sigue expone préviamente el origen histórico de los fideicomisos.

I. Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo inivitus cogebatur præstare id de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquerebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant. Et ideo FIDEICOMMISSA appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus semel iterumque, gratia personarum motus, vel quia *per ipsius salutem rogatus* qui diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam; jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod, quia justum videbatur *et populare erat*, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem FIDEICOMMISSARIUM appellabant.

1. Al principio los fideicomisos se hallaban todos sin fuerza, pues ninguno era obligado á cumplir aquello que se le habia rogado. En efecto, si se queria dejar la herencia ó algunos legados á personas incapaces de recibirlos, se encomendaban á la buena fe de personas capaces. Y estas disposiciones se llamaban fideicomisos, precisamente porque no se apoyaban en ningun motivo de derecho, sino sólo en la buena fe de los que eran rogados. Despues, en dos ó tres casos, ya por consideracion á las personas, ya que se dijese que el moribundo habia hecho que se le prestase juramento de restituirlo *por la salud del emperador*, ya, en fin, á causa de la insigne perfidia de ciertas personas, ordenó á los cónsules el divino Augusto que interpusiesen su autoridad. Como esto pareciese justo, *y fuese popular*, poco á poco se convirtió esta intervencion en jurisdiccion permanente; y fué tal el favor que obtuvieron los fideicomisos, que se llegó á crear un pretor especial, exclusivamente encargado de esta jurisdiccion, y llamado fideicomisario.

El ciudadano que queria disponer de su herencia (instituciones

ó legados), se hallaba encerrado por el derecho civil en límites precisos. No podía hacer su disposición sino por testamento, por medio de las fórmulas establecidas, y en la lengua nacional, que era la latina (1). Era preciso ántes de todo que hubiese un heredero instituido, un heredero que él mismo hubiese creado por su ley particular, y que por consiguiente se hallase á sus órdenes. En cuanto al heredero *ab intestato*, que sólo debía su título y sus derechos á la ley general, nada tenía que mandársele. No tenía tampoco ningun precepto que imponer á los legatarios ni á cualquiera otro que no fuese el heredero testamentario. En fin, el círculo de aquellos á quienes podía extender su liberalidad, era limitado. ¿Quería dar á un peregrino, habitante de las provincias romanas, que fuese quizá amigo suyo, su bienhechor ó su cognado, pero que no gozaba de los derechos de ciudad? ¿A una mujer ciudadana con las circunstancias con que la ley VOCONIA prohibía las liberalidades testamentarias en favor suyo? ¿A un proscrito, á quien la ley CORNELIA prohibía dar por testamento (2)? ¿A un póstumo extraño, ó á cualquiera otra persona incierta, como las municipalidades, los colegios, los pobres ó los dioses? No podía. Vinieron despues, desde el imperio de Augusto, las leyes ÆLIA SENTIA, JUNIA NORBANA, JULIA y PAPIA POPPEA, que crearon nuevas y numerosas clases de incapacidades, como los manumitidos dediticios, los manumitidos latinos junianos, los célibes (*calibes*), y los ciudadanos sin hijos (*orbi*). Nótase que estas últimas leyes, á las que se da demasiada atencion para motivar el uso de los fideicomisos, son muy posteriores á la introduccion de este uso, pues son contemporáneas ó aun posteriores á la sancion de los fideicomisos por la autoridad de Augusto.

En esta situacion, lo que no se podía ordenar se mandaba por ruego ó precativamente, encomendándolo á la buena fe. Se rogaba al heredero por medio de otros actos que no fuesen testamento, á fin de evitar la obligacion de rehacer para una sola disposición el testamento ya hecho, ó bien porque no hubiese posibilidad para ello; se rogaba por cartas, por palabras, importando poco que fuese en latín ó en griego. Se rogaba al legatario, á todos aquellos á quienes se dirigia algun acto de liberalidad, y aun al heredero

(1) Ulp. Reg. 25. § 9.

(2) Cloer. *In Ver.* II. l. 47.

ab intestato. Se instituía á un ciudadano capaz, ó se le legaba, rogándole que restituyese á un incapaz, ya la herencia, ya una parte de ella, ya un objeto particular de la misma. No se dictaban estas disposiciones en términos imperativos, pues no constituían una orden, porque no había el derecho de darla. No era esto más que un fideicomiso, una cosa cometida sólo á la buena fe de aquel á quien se dirigía. Para ligar más esta buena fe, se hizo prestar juramento á la persona encargada del fideicomiso; se la hizo jurar por Júpiter, por los Lares, por algun dios doméstico ó público, ó por su salud: despues, cuando llegó la época de la adulacion imperial, por la salud ó el genio del príncipe (*per salutem, per genium principis*) (1). Era una obligacion de conciencia ó de religion; pero no era todavía un asunto de derecho.

Sin embargo, ya en tiempo de Ciceron, el uso de los fideicomisos, que hacía largo tiempo que se hallaba introducido, había obtenido el asentimiento comun. En los consejos de amigos, cuya costumbre era frecuente en Roma, no se desaprobaban sino los fideicomisos contrarios al texto de las leyes (2); los hombres de probidad áun eran de opinion de que estos últimos debían igualmente cumplirse (3); los mismos pretores vituperaban á aquellos que para sustraerse de su cumplimiento se aprovechaban del rigor de las leyes (4). Augusto, en las disposiciones que adoptó, no hizo más que ceder á la opinion general. El texto nos indica bastante los motivos que tuvo: su resolucion era popular (*quia et popolare erat*). Por lo demas, es preciso no creer que el derecho de los fideicomisos se estableciese entónces por un senado-consulto ó por una constitucion. Vemos en el texto que fué una conformacion de autoridad, una intervencion primero especial, para tal ó cual caso más favorable, ordenando el Emperador á los cónsules que interpusiesen su autoridad (5); despues la creacion de un poder excepcional, de una jurisdiccion permanente, pero extraordinaria, de un pretor particular y excepcional para hacer respetar los fideicomisos. Así estos actos no conferían ninguna accion de derecho

(1) Cicer. *In Ver.* II. 1. 47.—Plin. *Epp.* X. 67.—Dig. 31. 2.º 77. § 23. f. Pap.—12. 2. 13. § 6 y 33. f. Ulp.

(2) Cicer. *In Ver.* II. 1. 47.

(3) Cicer. *De finib. bonor.* II. 17. 18.

(4) Cicer. *In Ver.* II. 1. 47.

(5) Vico: *De uno universi juris principio et fine uno*, lib. I, § CCIX, t. 3, p. 144, edicion de Milan.

civil que debiese ser juzgada segun el procedimiento ordinario de las acciones; sólo resultó de aquí el derecho de dirigirse al pretor fideicomisario que estatua, *extra ordinem* (1).

Per ipsius salutem rogatus. Es el juramento de que acabamos de hablar.

Ob insignem quorundam perfidiam. Por ejemplo, si un manumitido se niega á restituir á su patrono un fideicomiso, sin embargo del juramento que ha prestado al difunto (2).

In assiduam jurisdictionem. La intervencion de la autoridad, al principio especial para tal ó cual negocio, y establecida despues como jurisdiccion *ad hoc*, pero temporal para una sola época del año, y delegada á los magistrados de Roma exclusivamente, fué al fin establecida como jurisdiccion permanente y extendida á las provincias.

Cuando los fideicomisos fueron definitivamente sancionados como capaces de producir un derecho, no se tardó en arregarlos. Así, segun el senado-consulta PEGASIANO (bajo el imperio de Vespasiano), fueron sometidos, respecto de las instituciones y legados, á las disposiciones de las leyes JULIA y PAPIA POPPEA contra los *calibes* y los *orbi* (3). Del mismo modo prohibió un senado-consulta del tiempo de Adriano que pudiesen dejarse á los *peregrini*, ni á las personas inciertas, ni á los póstumos extraños (4). Hemos visto tambien á los jurisconsultos discutir si tales ó cuales expresiones serian suficientes para constituir un fideicomiso (5). Mas el principio general se habia siempre conservado; que tuvieron su origen, no del rigor de derecho civil, sino de la voluntad del difunto: «*Non ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*» (6); y por consiguiente, que deben cumplirse más ámpliamente.

II. In primis igitur sciendum est, opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituat, ejusque fidei committatur ut eam hereditatem

2. Es preciso cuidar primero de instituir un heredero directamente en su testamento; despues se confia en su buena fe la restitucion de la

(1) «*Fideicommissa non per formulam petuntur, ut legata; sed cognitio est Romæ quidem consulum aut prætoris quæ fideicommissarius vocatur; in provinciis vero præsidium provinciarum.*» Ulp. Reg. 25. § 12.—Gay. 2. § 278.

(2) Cicero. *In Verr.* II. 1. 47.—Sueton. Claud. 23.—Gay. 2. §§ 278 y 279.—Ulp. Reg. 25. § 142.

(3) Gay. 2. § 236.

(4) Ib. §§ 285 y 287.—Ulp. Reg. 25. § 15.

(5) Paul. Sent. 4. 1. § 6.

(6) Ulp. Reg. 25. § 1.

alii restituat : *alioquin inutile est testamentum*, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit: LUCIUS TITUS HERES ESTO, poterit adjicere: ROGO TE, LUCI TITI, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, EAM GAIUS SEIO REDDAS, RESTITUAS. Potes autem quis et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.

herencia á otro; porque el testamento en que ninguno es instituido heredero, es *nulo*. Así, cuando un testador ha escrito: QUE LUCIO TICIO SEA MI HEREDERO, podrá añadir: TE RUEGO, LUCIO TICIO, QUE RESTITUYAS ESTA HERENCIA Á GAYO SEYO, DESDE QUE PUEDES HACER ADICION DE ELLA. Se puede tambien encargar á su heredero que restituya sólo una parte de la herencia; y el fideicomiso puede hacerse, ó puramente, ó bajo condicion, ó por término.

Alioquin inutile est testamentum: Nada de institucion de heredero, nada de testamento; lo que no impide que se pueda, como vamos á verlo, § 10, encomendar fideicomisos áun á los herederos *ab intestato*.

Se llama *fideicommittens* aquel que hace el fideicomiso; heredero fiduciario (*fiduciarius*) el que está encargado de restituirlo; y en fin, heredero fideicomisario (*fideicommissarius*), aquel á quien debe restituirse.

III. Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, *nihilominus heres permanet*, is vero qui recipit hereditatem, *aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur*.

3. Una vez restituida la herencia, el que la ha restituido *no deja de ser heredero*: en cuanto al que la ha recibido, debe ser *asimilado, ya á un heredero, ya á un legatario*.

Nihilominus heres permanet: éste es el principio del derecho civil. No hay heredero continuador de la persona jurídica del difunto, sino aquel á quien se han conferido estas atribuciones, ó por la ley general de las sucesiones *ab intestato*, ó por la particular de un testamento conforme á todas las reglas del derecho civil. Él solo representa la persona del difunto, él solo, bajo el título de tal, tiene las acciones, tanto activas cuanto pasivas, que residían en persona de aquél.

Cuando este principio subsistia, ¿cómo se facilitaban los inconvenientes que podían producir sus consecuencias? Porque suponemos que, en virtud de un fideicomiso, la herencia haya sido restituida en su totalidad ó en parte de ella: á pesar de esta restitucion, el fiduciario no deja de ser heredero; sólo él puede perseguir á los deudores, sólo él puede ser perseguido por los acreedores; ¿cómo, pues, se conseguirá que el fideicomisario sufra la parte que le corresponda de las deudas hereditarias, y se aprove-

che en la misma forma de los créditos? Se consigue esto por medio de transacciones, de estipulaciones entre él y el heredero. En efecto, se recurría á la ficcion de una venta. El heredero hacía al fideicomisario la venta ficticia de la herencia con una sola moneda (*nummo uno*); y entónces ocurrían entre ellos las estipulaciones que acostumbraban hacerse entre el vendedor y el comprador de una herencia. El heredero recibía la promesa de aquel á quien restituía la herencia, de que le indemnizaría de todo aquello que se viese obligado á pagar, y que lo defendería en cualquiera persecucion que experimentase en calidad de heredero. Y aquel á quien se hacía la restitucion, recibía á su vez la promesa del heredero, de que éste le restituiría cuanto percibiese en calidad de heredero, y aún que le permitiría reclamar, como procurador, los créditos hereditarios. Estas estipulaciones, cuyo tenor casi nos ha conservado Gayo (1), se llamaban *emptæ et venditæ hereditatis stipulationes*. Se verificaban, ya se tratase de restituir toda la herencia, ó ya sólo una parte, y por la parte de la herencia que se juzgaba vendida; porque entónces aquel á quien se hacía la restitucion no obtenía representacion ni de heredero ni de legatario, sino sólo de comprador: « *Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii; sed potius emptoris* » (2).

Aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur: ésta es la modificacion hecha en el derecho civil. El fideicomisario, segun los principios civiles, no es ni heredero ni legatario; pero por consideracion se llegó á darle el lugar de tal (*loco habebatur*): ya de heredero, cuando se aplicaba al senado-consulto Trebeliano; ya de legatario, cuando se aplicaba el senado-consulto Pegasiano. Se trata de exponer lo que eran estos senado-consultos, y en qué caso tenía lugar la aplicacion de uno y de otro.

IV. (Et Neronis quidem) temporibus, Trebellio Maximo et Annæo

4. En tiempo de Neron, y en el consulado de Trebelio Máximo y

(1) « Tam enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno hereditatem dicis causa venire; et quæ stipulationes (*inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur*) inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur, ab eo cui restituebatur hereditas ut quicquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnitas esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur: ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine etsequi. » Gay. 2. § 252.— V. también Gay. 3. § 85.

(2) Gay. 2. § 52.

Seneca consulibus, senatus-consultum factum est: quo cautum est ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit (omnes) actiones quæ jure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur cui ex fideicommissis restituta sit hereditas. Post quod senatus-consultum prætor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare cœpit.

Anteo Séneca, se expidió un senado-consulto, estableciendo que si la herencia hubiese de ser restituida por fideicomiso, todas las acciones que existiesen segun el derecho civil en favor del heredero y contra éste, pasarian al fideicomisario y se darian contra él. Despues de este senado-consulto dió el pretor acciones útiles al fideicomisario y contra él, como las habia dado al heredero y contra el heredero.

Así, segun el senado-consulto Trebeliano (de 815 de Roma, y 62 de J. C.), cuyas propias palabras nos ha conservado un fragmento de Ulpiano (1), se ve al fideicomisario que obtiene lugar de heredero, se ven aquellos principios que indicaban en otro tiempo tanto celo en la continuacion de la persona jurídica del ciudadano, disiparse completamente. Un simple fideicomisario, designado sin las formalidades del derecho civil, será considerado como sucesor, como que toma sobre sí la persona del difunto; tendrá por su parte las acciones del difunto contra los deudores, y los acreedores las tendrán contra él. Sin embargo, estas acciones sólo se darán en favor ó en contra de él como acciones *útiles* por el ministerio del pretor, y conforme á las disposiciones del *edictio* (*æque in edicto proponuntur*); porque no lo son en virtud del derecho civil (2), sino sólo por utilidad, suponiendo en el fideicomisario una cualidad que no tiene. Los acreedores de la herencia podrán siempre en todo rigor perseguir por acciones directas al heredero instituido; porque este solo es el verdadero heredero, el heredero del derecho civil; más éste, para defenderse de ellos, tendrá una excepcion (*restitutæ hereditatis exceptio*); ha restituido la herencia. Y si por su parte el heredero civil pretendia, usando del derecho rigoroso, proceder contra los deudores por las acciones directas, aún más allá de la parte que le ha quedado, era á su vez rechazado por una excepcion (3).

V. Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel

5. Mas como los herederos inscriptos, rogados de restituir toda ó casi toda la herencia, se negaban á hacer adición de ella por un benefi-

(1) Dig. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. — Gay. 2 § 253.

(2) Gay. ib.

(3) Dig. 36. 1. 1. § 4. f. Ulp., y 27. § 7. f. Julian.

minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegasio (1) et Pusione consulibus, senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permisa est. Post quod senatus-consultum, ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem qui ex fideicommissum recepit partem hereditatis, legatarii partiarum loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur. Quæ species legati *partitio* vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum qui ex fideicommissum recepit hereditatem et heredem: id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

cio nulo ó mínimo, y que así se extinguían los fideicomisos, el senado, en tiempo de Vespasiano, siendo cónsules Pegasio y Pusio, decretó que el heredero rogado de restituir la herencia pudiese retener la cuarta parte de la misma, como es permitido hacerlo con los legados en virtud de la ley Falcidia. La misma retención fué concedida en objetos particulares dejados en fideicomiso. Según este senado-consulta, el heredero quedaba sometido á las cargas hereditarias; y en cuanto al fideicomisario que recibía una parte de la herencia, era asimilado á un legatario parciario, es decir, á aquel á quien había sido legada una parte cuota de la herencia. Esta especie de legado se llamaba *particion*, porque el legatario partía la herencia con el heredero. Así las estipulaciones usadas entre el heredero y el legatario parciario fueron empleadas entónces entre el heredero y el fideicomisario: estipulaciones en que se establecía que los beneficios y las cargas de la herencia serían comunes entre ellos, en proporción á la parte de cada uno.

El senado-consulta TREBELIANO ponía al fideicomisario en lugar de un heredero (*loco heredis*); le atribuía las acciones activas y pasivas en el todo ó en parte, según que la herencia le hubiese sido restituida en su totalidad ó sólo en parte. Pero en el caso en que el heredero instituido hubiese sido encargado de restituir toda la herencia, ó bien una parte tal que no le dejase más que un pequeñísimo beneficio, ¿qué interés tenía en hacer una adición en cierto modo ilusoria? Es verdad que el senado-consulta lo ponía á cubierto del peligro de las deudas, y que esto no era más que por medio de excepciones contra los acreedores; pero no le atribuía ningún beneficio. Así sucedía que en esta situación se negaba al heredero á admitir una herencia inútil para él, y que por su negativa caían por tierra el testamento, todas las disposiciones del difunto y el mismo fideicomiso. Tal fué el inconveniente á que puso

(1) Quizá sea el juriconsulto Pegasio, de que habla Pomponio: Dig. 1. 3. 2. § 47.

remedio el senado-consulta PEGASIANO (entre 823 y 829 de Roma, 70 y 76 de J. C.).

Este senado-consulta, que contenía también otras disposiciones importantes (1), concedió al heredero el derecho de retener de los fideicomisos, lo mismo que de los legados, la cuarta de la ley Falcidia. Era extender á este caso la ley Falcidia: era, pues, tratar al fideicomisario como á un legatario; ponerle en cierto modo *loco legatarii*. Así en este caso particular, que se hallaba fuera de lo que prevenía el senado-consulta TREBELIANO, sufriendo el fideicomisario la reducción de la cuarta, tratado como un legatario, y no como un heredero, no tenía por su parte las acciones activas y pasivas, ¿cómo, pues, se habían de arreglar sus derechos en este punto? Se continuó la asimilación; era tratado como un legatario, pero como un legatario parciario, pues tenía una parte cuota de la herencia: entre él y el heredero intervinieron, pues, entonces las estipulaciones *partis et pro parte*, de que hemos hablado al tratar de los legados (2).

Esta cuarta, retenida por el heredero en los fideicomisos, no se llamó nunca por los jurisconsultos romanos con otro nombre que el de la cuarta (*quarta*), la Falcidia (*Falcidia*), el beneficio de la ley Falcidia (*commodum beneficium legis Falcidiæ*) (3), lo mismo que en los legados. Los comentadores le han dado la denominación de cuarta Trebeliana, que nunca le ha dado el derecho romano, y que tampoco podía corresponderle, pues había dado origen á ella, no el senado-consulta TREBELIANO, sino el senado-consulta PEGASIANO.

En suma, el senado-consulta PEGASIANO no derogaba al que lo había precedido, y cada uno de ellos se aplicaba á circunstancias diferentes. ¿Se trataba del senado-consulta TREBELIANO? Las acciones se dividían de pleno derecho y el fideicomisario estaba *loco*

(1) Así hemos visto más arriba que pone nuevas restricciones á la capacidad de recibir por fideicomiso.

(2) Según nuestro juicio, es un error demasiado general creer que estas estipulaciones, *partis et pro parte*, tuviesen lugar, aun antiguamente, entre el heredero y el fideicomisario. Este último, hasta los senados-consultos, no había sido nunca considerado ni como heredero ni como legatario; no se llegaban á motivar estipulaciones sino simulando una venta total ó parcial de la herencia: solo intervenían las estipulaciones *emptæ et venditiæ hereditatis* (Gay. § 252). El senado-consulta PEGASIANO puso al fideicomisario *loco legatarii*, y se recurrió á las estipulaciones *partis et pro parte* (Gay. 2. § 254). — Para acabar de convenirse, compárese Gay. 2. §§ 252 y 254. — Ulp. Reg. 25. § 15. — Paul Sent. 4. 3. § 1.

(3) Dig. 86. 1. 16. § 9. f. Ulp.; 22. § 1. Ulp.; 23. § 10 f. Julian; 30. pr. f. Marcian.

heredis. ¿Ilegaba el caso del senado-consulta PEGASIANO? El fideicomisario estaba *loco legatarii*; las acciones no se dividían; era necesario recurrir á las estipulaciones *partis et pro parte*. ¿Pero en qué caso debía tener lugar la aplicación del uno? ¿En qué caso la aplicación del otro? Esto es lo que explica el párrafo siguiente.

VI. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatus-consulta restituebatur hereditas, et in utrumque actiones hereditariæ pro rata parte dabantur: in heredem quidem jura civili; in eum vero qui recipiebat hereditatem, ex senatus-consulta Trebelliano, tamquam in heredem. At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatus-consulta; et heres qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit, ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarum legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restitueret, emptæ et venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatus-consulta ut, desiderante eo qui restituere rogatus est, jussu prætoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum qui recipit hereditatem actiones dantur, ac juri est ex Trebelliano senatus-consulta. Quo casu nullis stipulationibus est opus, quia similis et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariæ ei et in eum transferuntur qui recipit hereditatem; utroque senatus-consulta in hac specie concurrente.

6. Si, pues, el heredero instituido no hubiese sido rogado de restituir más de los tres cuartos de la herencia, esta restitucion se hacia bajo el imperio del senado-consulta Trebelliano, y las acciones se daban contra cada uno en porcion de su parte, á saber: contra el heredero, segun el derecho civil; y contra el fideicomisario, segun el senado-consulta Trebelliano, como si fuese heredero. Pero si hubiese sido rogado de restituir toda la herencia ó más de los tres cuartos, entónces era el caso del senado-consulta Pegasiano; el heredero, una vez hecha la adición, con tal que hubiese sido voluntaria, se hallaba él mismo sometido á todas las cargas hereditarias, ya hubiese hecho, ó ya no hubiese querido hacer la retencion del cuarto. Sólo en caso de retencion intervenian las estipulaciones *partis et pro parte*, como entre un legatario parciario y el heredero; mientras que en caso de restitucion total eran las estipulaciones *emptæ et venditæ hereditatis*. Pero si el heredero instituido se niega á hacer adición, alegando que la herencia le parece sospechosa de ser onerosa, establece el senado-consulta Pegasiano, que si aquel á quien se ha encargado restituir lo desea, hará adición por orden del pretor, y restituirá la herencia, dándose entónces las acciones á aquel y contra aquel que reciba la herencia, como bajo el imperio del senado-consulta Trebelliano. En este caso no se necesita ninguna estipulacion, porque hay á un mismo tiempo, por efecto del concurso de los dos senado-consultos, seguridad dada á aquel que restituye, y traslacion de las acciones hereditarias á aquel y contra aquel que recibe la herencia.

La primera parte de este párrafo nos muestra claramente en qué

caso tendrá lugar la aplicación del senado-consulta TREBELIANO, y en cuál otro la del senado-consulta PEGASIANO. Si el heredero no ha sido encargado de restituir más de los tres cuartos (*si quidem non plus quam dodrantem hereditatis*), el senado-consulta PEGASIANO es inaplicable, pues no há lugar á ninguna retencion, y hay que mantenerse en las disposiciones del senado-consulta TREBELIANO. — Si, por el contrario, ha sido encargado de restituir más de los tres cuartos (*at si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem*), es precisamente el caso para el cual ha sido hecho el senado-consulta PEGASIANO: se está, pues, bajo el imperio de este senado-consulta.

Pero la última parte del texto examina dos circunstancias que pueden presentarse :

1.º Si en esta última hipótesis, aquella en que debe aplicarse el senado-consulta PEGASIANO, el heredero, aunque teniendo el derecho de retener la Falcidia, no hace esta retencion, y restituye voluntariamente la herencia íntegra (*si vero totam hereditatem restitueret*), ¿qué se habrá de decir en cuanto á las acciones? ¿pasarán al fideicomisario? No, porque se encuentra uno bajo el imperio del senado-consulta PEGASIANO. El hecho de que el heredero no ha querido verificar su retencion no puede alterar el derecho: en él y contra él continúan residiendo todas las acciones; á él y al fideicomisario no le queda, pues, otro expediente que el de las antiguas estipulaciones (*emptæ et venditæ hereditatis*) (1).

2.º Si, siempre en la misma hipótesis, y no obstante la facultad de retener la Falcidia, el heredero instituido por cualesquiera motivos, alegando que cree la herencia sospechosa, onerosa, se niega á hacer adición (*si recuset scriptus heres adire hereditatem, ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam*), ¿qué se habrá de hacer? ¿Se dejará que caiga por tierra el testamento, y por consecuencia el fideicomiso? Una disposición especial del senado-consulta PEGASIANO provee de remedio para este caso. El heredero hará adición por orden del pretor (*jussu prætoris adeat*),

(1) Gay. 2. § 257.—Modestino, sin embargo, parecía ser de opinión de que, en este caso, haciendo el heredero voluntariamente restitucion de la totalidad de la herencia, era preciso aplicar el senado-consulta TREBELIANO, y transferir las acciones en pro ó en contra del fideicomisario. Pero no consideraba esta opinión suya como muy segura, porque aconsejaba inmediatamente otro expediente (*suaserim tamen.....* etc.): el de hacer adición como obligado por orden del pretor (*jussu prætoris*), á fin de hallarse en la segunda disposición del senado-consulta PEGASIANO. Dig. 36. 1. 45. f. Modest.

restituirá toda la herencia, pero al mismo tiempo serán transferidas por el pretor las acciones de aquel y contra aquel á quien la herencia fuese de este modo restituida, como si estuviese en el caso del senado-consulto TREBELIANO (*perinde..... ac juris est ex Trebelliano senatus-consulto*) (1).

VII. Sed qui stipulationes ex senatus-consulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicent, et quibusdam casibus *captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat*, et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet: ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatus-consulti, placuit, expulso senatus-consulto Pegasiano quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatus-consulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat et vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere *vel repetere solum*, quasi ex Trebelliano senatus-consulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario et adversus eum competant. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatus-consulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones; et hoc transponimus ad senatus-consultum

7. Las estipulationes á que daba lugar el senado-consulto Pegasiano habian desagradado aún á los antiguos; un hombre de genio elevado, Papiniano, *las calificó hasta de captiosas* en muchos casos. En cuanto á nos, preferimos en las leyes la simplicidad á la complicacion; por consiguiente, despues de haber considerado las semejanzas y diferencias de estos dos senados-consultos, hemos derogado el senado-consulto Pegasiano, el más reciente, y atribuido al senado-consulto Trebelliano una auctoridad exclusiva; de tal modo, que, ya tenga el heredero el cuarto por la voluntad del testador, ya tenga más ó ménos, ó nada absolutamente, restituirá la herencia con arreglo al senado-consulto Trebelliano; y si no tiene nada, ó si tiene ménos de la cuarta, podrá retener ó completar dicha cuarta, ó aún *repetir por ella si la ha pagado*; dividiéndose las acciones entre el heredero y el fideicomisario, en proporcion de la parte de cada uno, como se disponia por el senado-consulto Trebelliano; pero si restituye voluntariamente toda la herencia, pasarán todas las acciones hereditarias al fideicomisario y las que hubiese contra él. Hemos tambien trasladado al senado-consulto Trebelliano esta disposicion, que es la principal del senado-consulto Pegasiano, segun la cual, si el heredero se niega á hacer adiccion, puede ser obligado á restituir toda la herencia al fideicomisario que la desea, pasando entónces todas las acciones á dicho fideicomisario, y debiendo responder de las que haya en contra de él. Sólo por el senado-consulto Trebe-

(1) Gay. 2. § 253.

Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

liano se impondrá esta obligacion al heredero, si ademas de negarse á hacer adición, desea el fideicomisario que la herencia le sea restituida, no quedando nada al heredero, ni carga ni beneficio.

La disposicion de Justiniano se reduce en suma á haber reunido los dos senado-consultos en uno solo, dejando subsistir únicamente el nombre del primero. Así el heredero tendrá el derecho de retener la cuarta; y la transmision de las acciones al fideicomisario tendrá lugar en todos los casos. Segun esta nueva legislacion, el fideicomisario es siempre considerado como heredero (*loco heredis*).

Captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianis appellat: Captiosas, porque tanto al heredero quanto al fideicomisario, hacian correr recíprocamente el peligro de su insolvencia (1).

Vel repetere solutum: Es una nueva disposicion de Justiniano, porque el heredero, por el senado-consulta PEGASIANO, una vez que hubiese restituido toda la herencia sin retener la cuarta, no podia ya reclamarla (2).

VIII. Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus, aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus, aut totam partem eam partem, aut partis partem restituere rogatur: nam et hoc casu eadem observari præcipimus, quæ in totius hereditatis restitutione diximus.

8. Poco importa que se trate de un heredero instituido en el todo, encargado de restituir la herencia en todo ó en parte, ó de un heredero instituido en una porcion solamente, encargado de restituir esta porcion en su totalidad ó en parte; porque en este último caso se aplicará lo que hemos dicho acerca de la restitucion de toda la herencia.

IX. Si quis una aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet, veluti fundo vel alia re rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatus-consulta restitutio fiat, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est cum deducta sive præcepta aliqua re vel pecunia restituitur hereditas, in solidum ex eo senatus-consulta actio-

9. Si el heredero ha sido encargado de traspasar toda la herencia, *reteniendo ó conservando un objeto que equivalga á un cuarto de la herencia*, como un fundo ó cualquiera otra cosa, la restitucion se hará segun el senado-consulta Trebelliano, *como si hubiese sido rogado de restituir la herencia, reservándose la cuarta*. Pero hay la diferencia en el primer caso, es decir, cuando el heredero se halla autorizado para deducir ó se-

(1) No ha llegado hasta nosotros ni un fragmento de Papiniano que contenga esta calificación.

(2) Paul. Sent. 4 U. § 4.

nes transferentur; et res quæ remanent, apud heredem, sine ullo onere hereditario, apud eum remanent, quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, id est cum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium; pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam, licet una re aliqua deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur; æque in solidum transferuntur actiones, et secum deliberare debet is cui restituitur hereditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, et si duabus pluribusve deductis præceptisve rebus restituere hereditatem rogatus sit. Sed et sit certa summa deducta præceptave, quæ quarta vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo qui ex asse heres institutus est, eadem transferemus et ad eum qui ex parte heres scriptus est.

parar ántes un objeto ó una suma determinada, que todas las acciones pasan al fideicomisario y contra él en virtud del senado-consulta, y que la cosa queda al heredero libre de toda deuda, como si la hubiese adquirido por legado. En el segundo caso, por el contrario, es decir, cuando el heredero se halla autorizado para retener un cuarto de la herencia, que se le ha rogado restituya, las acciones se dividen: los tres cuartos pasan al fideicomisario, y el otro cuarto queda al heredero. Además, aun cuando el objeto que el heredero instituido está autorizado por el testador para deducir ó separar ántes, constituyese la mayor parte de la herencia, las acciones hereditarias pasarían todas al fideicomisario y contra él, y á él toca ver si le interesa aceptar la restitucion. Todo esto se aplica igualmente, ya que la deducion que el heredero está autorizado á hacer, recaiga sobre dos ó muchas cosas determinadas, ya recaiga sobre una suma de dinero equivalente al cuarto ó la mayor parte de la herencia, ya, en fin, se trate de un heredero instituido sólo en parte.

Aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continet....—
Quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere.
 La cuestion examinada y resuelta en este párrafo corresponde á la época en que los dos senado-consultos no se hallan todavía confundidos en uno solo; tenía entónces mucha más importancia: sin embargo, no perdió todo su interes en tiempo de Justiniano. Se supone que el mismo testador ha rogado al heredero que retenga la cuarta ó un objeto que á ella equivalga, y que restituya lo restante de la herencia: veamos lo que sobre esto se preguntaba bajo el antiguo derecho: ¿será preciso aplicar el senado-consulta TREBELLIANO, segun el cual pasan las acciones al fideicomisario, ó el senado-consulta PEGASIANO, segun el cual quedan todas al heredero? Y se respondia: El senado-consulta TREBELLIANO. En efecto, retener la cuarta por la voluntad ó por indicacion del mismo testador no es lo mismo que retenerla en virtud del senado-consulta PEGASIANO. En el primer caso el testador realmente no ha encargado al heredero que restituya más que los tres cuartos; no hay

ninguna necesidad de invocar el segundo senado-consulta, y se permanece, pues, bajo el imperio del primero; las acciones serán transferidas al fideicomisario. Esta primera parte de la cuestion no existia ya bajo Justiniano.—Pero véase la segunda, que ha conservado su interes: cuando el heredero retiene un objeto determinado equivalente á la cuarta, ¿deben las acciones pasar al fideicomisario en los tres cuartos solamente ó en su totalidad? Se responde: En su totalidad. En efecto, el heredero autorizado para retener objetos determinados es en realidad, con relacion á estos objetos, un legatario particular no sometido á las deudas. Es, pues, importante, dice Marciano, distinguir si hace la retencion por título hereditario ó en objetos particulares: *«Multum interest, utrum qua (cuarta) pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. Nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium: posteriore autem apud fideicommissarium sunt actiones (1).»*

Si los objetos particulares que el heredero hubiese sido autorizado para retener no valiesen el cuarto, la cuestion bajo el antiguo derecho variaba completamente de aspecto. El testador habia realmente excedido en su fideicomiso los tres cuartos de la herencia; se estaba, pues, en el caso del senado-consulta PEGASIANO. Las acciones quedaban todas en el heredero. Pero en la legislacion de Justiniano, segun la cual las acciones se dividen siempre, ya los objetos particulares equivalgan á la cuarta ó ya sean inferiores á ella, la decision queda sometida á los mismos principios: el heredero no participaba de las acciones sino en la parte que toma á título hereditario para completar su cuarta (2).

X. Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam veluti fundum, hominem, pecuniam aliqui restituat: cum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

10. También se puede, en caso de muerte sin testamento, rogar á aquel á quien deban pasar los bienes segun el derecho civil ó pretoriano, que restituyendo á otro, ya la herencia en todo ó en parte, ya un objeto determinado, como un fundo, un esclavo ó una suma de dinero: cuando por otra parte no puede haber legado si no hay un testamento.

Los fideicomisos han tenido por verdadero y primitivo origen

(1) Dig. 33. 1. 30. § 3. f. Marcian.

(2) Dig. 33. 1. 1 § 18. f. Ulp. (probablemente interpretado). Cod. 6. 50. 11. const. de Gordian.

la necesidad de rogar, de confiarse á la buena fe en aquello en que no se podia ordenar. Respecto de los herederos *ab intestato* no existia más que este recurso, porque no teniendo estos herederos su título del difunto, nada tenía éste que mandarles. Nadie duda, por consiguiente, que los fideicomisos en la época misma en que no eran todavía obligatorios, no interviniesen en las sucesiones *ab intestato* lo mismo que en las herencias testamentarias. Cuando en tiempo de Augusto se principió á unir á estos ruegos alguna obligacion de derecho, no se distinguió si eran dirigidos á uno ó á otro de dichos herederos, y vemos positivamente que se pueden dejar codicilos, ya con testamento, ya sin él (1).— Pero los senado-consultos TREBELIANO y PEGASIANO ¿debían aplicarse ó no á los fideicomisos en el caso de herencia *ab intestato*? La cuestion fué debatida entre los jurisconsultos, porque el texto del senado-consulta TREBELIANO suponía positivamente el caso de testamento (*in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset*) (2); lo era todavía por Juliano en tiempo del emperador Adriano (3); mas el jurisconsulta Paulo nos manifiesta que Antonino Pío extendió la aplicacion de estos senado-consultos á los fideicomisos *ab intestato* (4).

XI. Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare ut id rursum alii, aut totum aut pro parte, vel etiam aliquid aliud restituat.

11. Aquel á quien se restituye una cosa puede ser rogado de que á su vez la restituya á otro, ya consista esta cosa en todo ó en parte, ya en un objeto diverso.

Pero el fideicomisario encargado de restituir á su vez á otro no tiene derecho de retener una nueva cuarta. La Falcidia tenía por objeto asegurar al difunto un heredero, y no un fideicomisario, que no era en nada de necesidad. Sin embargo, si el heredero no habia hecho adición sino *jussu prætoris* no queriendo usar de sus derechos y restituyendo toda la herencia al fideicomisario, éste tendria el derecho de retener la Falcidia como habria podido hacerlo el mismo heredero y en cierto modo á su nombre (5).

(1) Gay 2. § 270.—U p. Reg. 25. § 11.—Dig. 29. 7. 16. f. Paul.—Inst. 2. 25. § 1.

(2) Dig. 36. 1. 1. § 2. f. Ulp. reproduciendo los términos del senado-consulta.

(3) Dig. 36. 6. § 1. f. Ulp., que nos indica bien el motivo de la duda: « *Meminisse autem oportebit, de herede instituto senatum loqui; ideoque tractatum est apud Julianum...* etc.»

(4) Dig. 35. 2. 13. f. Paul.

(5) Dig. 36. 1. 63. § 11. f. Gay.

XII. Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent, et tam nomen quam substantiam acceperunt, ideo divus Augustus ad necessitatem juris ea detraxit; nuper et nos eundem principem superare contententes, ex facto quod Tribonianus, vir excelsus, quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem facimus per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit; tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit qui fidem heredis elegerit, et ab eo restitui aliquid voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse *de calumniâ juravit*, necesse eum habere vel jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is a quo relictum dicitur, postquam negaverit, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere.

La institucion de heredero recibe su existencia, no sólo de la voluntad del testador, sino tambien de la forma; sería, pues, inútil que se probase dicha voluntad: si la forma no existe, no hay institucion. Lo mismo sucedia ántes de Justiniano respecto de los legados. Pero respecto de los fideicomisos, la sola voluntad del difunto los constituye; las formalidades exigidas lo son únicamen-

12. Al principio dependian los fideicomisos de la buena fe de los herederos, y de ella habian tomado su nombre y su carácter; pero Augusto los hizo obligatorios: en cuanto á nos, tratando de exceder en esto al emperador Augusto, hemos, con motivo de un hecho de que nos ha dado cuenta el eminente Triboniano, cuestor de nuestro sacro palacio, establecido por una constitucion, lo siguiente: Si un testador ha encomendado á la buena fe de su heredero la restitucion de una herencia ó de un objeto particular, y este hecho no puede ser probado ni por escrito ni por cinco testigos, número que se exige para los fideicomisos, mas el acto ha tenido lugar sin testigos ó ante ménos de cinco, entónces, aunque el que de este modo se ha fiado del heredero y le ha rogado que restituya, ya sea su padre, ya cualquiera otro, si dicho heredero se niega pérfidamente á la restitucion, negando que ha recibido semejante encargo, podrá el fideicomisario, despues de haber *jurado su buena fe*, deferirle el juramento, y será preciso que jure no haber tenido conocimiento de cosa semejante de parte del testador, ó que restituya el objeto del fideicomiso. Así la última voluntad del moribundo, depositada en la buena fe del heredero, no perecerá nunca; la misma regla se observará respecto del legatario ó fideicomisario encargado de alguna restitucion. Si aquel contra el cual se invoca semejante obligacion, despues de haber negado al principio, confiesa despues el hecho, aunque envolviéndose en las sutilezas del derecho, no dejará por eso de ser obligado á pagar.

te para prueba; si dichas formalidades faltan, podrá hacerse la prueba por juramento. El mismo derecho se aplica á los legados, pues estas dos especies de disposiciones fueron asimiladas la una á la otra por Justiniano.

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Potest autem quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, hominem, vestem, aurum, argentum, pecuniam numeratam; et vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non possit.

I. Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed heredis aut legatarii aut fideicommissarii aut *cujuslibet alterius*. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquatur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam redimere et præstare, aut *æstimationem ejus solvere*.

Aut cujuslibet alterius. El fideicomiso tenía, bajo el aspecto de los objetos que podia comprender, la misma latitud que el legado *per damnationem* (1).

Ne plus quam ipse ex testamento ceperit. Esta regla era un principio general, comun igualmente al heredero respecto de los legados de que podia encargársele: «*Neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hereditate pervenit*» (2).—Sin

TÍTULO XXIV.

DE LOS OBJETOS PARTICULARES DEJADOS POR FIDEICOMISO.

Se pueden tambien dejar por fideicomiso objetos particulares, como un fundo, un esclavo, un vestido, oro, plata y moneda acuñada, y rogar acerca de tales restituciones, ya al mismo heredero, ya á un legatario, aunque no se pueda encomendar ningun legado á un legatario.

1. El testador puede dejar por fideicomiso, no sólo sus propias cosas, sino tambien las del heredero, legatario, fideicomisario ó *cualquiera otro*; así se puede rogar á un legatario ó á un fideicomisario, no sólo que restituya lo que se le ha dejado, sino tambien otra cosa cualquiera, aún la cosa de otro, mas á ninguno debe rogársele que restituya *más de lo que ha recibido*, pues en este caso el fideicomiso será nulo en la parte excedente. Cuando se ha dejado por fideicomiso la cosa de otro, el fideicomisario está obligado á comprarla y entregarla ó *pagar su precio*.

(1) Ulp. Reg. 25. § 5.

(2) Dig. 36. 1. 1. § 17. f. Ulp.—40. 5. 24. § 13. f. Ulp.

embargo, no recibe su aplicacion si no se establece la comparacion entre dos cantidades (*si quantitas cum quantitate conferatur*). Así, por ejemplo, si el legatario ó fideicomisario que ha recibido una suma de dinero ha tenido el encargo de dar á otro tal casa ó de manumitir al esclavo perteneciente á otro, y se exige por dicha casa ó por dicho esclavo un precio superior á la suma que ha recibido, no está obligado á comprarlos. Pero si, por el contrario, se trata de una casa ó de un esclavo que le pertenecen, deberá obedecer el fideicomiso, sin poder alegar que su valor es superior al que ha recibido; porque desde el momento que ha aceptado el legado, se juzga que ha hecho la comparacion conveniente y sometídose á la carga que se le imponia (1).

Aut aestimationem ejus solvere. Algunos juriconsultos juzgaban en tiempo de Gayo que en este punto no sucedia con el fideicomiso como con el legado; segun ellos, si el propietario de la cosa se negaba á venderla, se extinguia el fideicomiso sin que la persona á quien se le hubiese encomendado estuviese obligada á dar el precio de dicha cosa. Bajo el imperio de Justiniano no cabia controversia acerca de esta opinion (2).

II. Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, si modo nihil ex iudicio ejus qui reliquit libertatem, recepit: non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differitur; quia possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex causa fideicommissi manumittitur, non testatoris fit libertus, etiam si testatoris servus sit, sed ejus qui manumittit. At is qui directe testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam *Orcinus* appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest,

2. Tambien se puede dar la libertad á un esclavo por fideicomiso, rogando al heredero, á un legatario ó á un fideicomisario que lo manumita. Y poco importa que dicho esclavo sea del testador, del heredero, del legatario ó de otro; si es de otro, se le deberá comprar y manumitir. Si el dueño se niega á venderlo (*suponiendo que no haya recibido nada en virtud de las últimas disposiciones del difunto*), el fideicomiso de la libertad no se halla extinguido, sino sólo diferido; porque el tiempo puede suministrar ocasion de comprar al esclavo y manumitirlo. El esclavo manumitido en virtud de un fideicomiso se hace manumitido, no del testador, sino del que ha hecho la manumision; por el contrario, recibiendo directamente la libertad por testamento, es manumitido del testador, y se llama *Orcinus*. Aquél sólo puede ser manumitido directamente

(1) Dig. 31. 70. § 1. f. Papin.—40. 5. 24. §§ 12 y sigs. f. Ulp.

(2) Gay. 2. § 262.

quam qui utroque tempore testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur. Directa autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat. sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

por testamento que se hallase bajo la potestad del testador al tiempo de la formacion del testamento y de la muerte de aquél. La libertad se da directamente, cuando el testador no encarga á nadie que manumita al esclavo, sino que quiere que adquiera la libertad por efecto del testamento.

Véase un caso en que, á pesar de la asimilacion hecha por Justiniano entre los legados y los fideicomisos, continúa subsistiendo la distincion; siendo diferentes las condiciones y los efectos entre el caso de manumision directa y el de manumision por fideicomiso. Ya hemos expuesto esta materia, á la que el Digesto dedica un título especial (1).

Si modo nihil ex iudicio ejus qui reliquit libertatem, recepit. Porque, aceptando lo que le hubiese sido dejado, habria contraido la obligacion de no poner obstáculo al cumplimiento de la voluntad del difunto (2).

Non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur. Esta decision está tomada, en términos casi idénticos, de un rescripto del emperador Alejandro inserto en el código de Justiniano (3). El que se halla encargado del legado de manumision, no puede dar al esclavo su precio en defecto de libertad. Para él no hay posible ninguna compensacion pecuniaria: será, pues, preciso esperar mejor ocasion para comprarlo y manumitirlo. Vemos por los fragmentos de Ulpiano y por la Instituta de Gayo, que la opinion de estos juriconsultos, anterior por lo demas al rescripto de Alejandro, se reducía á que el fideicomiso de la libertad se extinguía por negarse el dueño del esclavo á venderlo por un precio justo (4). Pero Justiniano en ninguna parte de sus colecciones ha dado lugar á esta opinion; y léjos de seguir aquí la Instituta de Gayo, ha sustituido el rescripto de Alejandro.

Orcinus: de *Orcus*, el infierno, lugar adonde pasaban los muertos.

Si el testador ha manumitido directamente á un esclavo, que no

(1) Gay. 2. §§ 263 y sig.—Ulp. Reg. 2 §§ 7 y sigs., y 25. § 13.—Paul. Sent. 4. 13. *De fideicommissis libertatibus.*—Dig. 40. 5. *De fideicommissariis libertatibus.*—Cod. 7. 4. *De fideicommissariis libertatibus.*

(2) Cod. 7. 4. 6. const. de Alej.

(3) *Ib.*

(4) Ulp. Reg. 2. § 11.—Gay. 2. § 263.

puede ser manumitido sino por fideicomiso, la disposicion, nula como manumision directa, valdria como fideicomiso.

III. Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur: PETO, ROGO, VOLO (MANDO), FIDEI TUÆ COMMITTO. Quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.

3. Los términos más usados en los fideicomisos son éstos: PIDO, RUEGO, QUIERO, ENCOMIENDO Á TU FE. Expresiones de las cuales cada una vale tanto como todas reunidas.

Acerca de estas diversas expresiones, puede verse lo que ya hemos dicho.

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa ceperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum divus Augustus voluntatem ejus impleret, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa præstabant; et filia Lentuli legata quæ jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quæsisse an posset hoc recipi, nec absorans a juris ratione codicillorum usus esset; et Trebatium suavisie Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes quæ apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS (1).

Antes de Augusto no se hallaba en uso el derecho de los codicilos: Lucio Lentulo (2), el mismo que dió origen á los fideicomisos, fué el primero que introdujo los codicilos. En efecto, estando próximo á morir en África, escribió codicilos, que su testamento confirmaba, en los cuales rogaba á Augusto por medio de fideicomiso que hiciese alguna cosa. Augusto llenó sus deseos, y en seguida los demas, imitando su ejemplo, ejecutaron tambien los fideicomisos, y la hija de Lentulo pagó legados que no debía segun todo el rigor del derecho. Se dice que convocó Augusto varones sabios, entre los cuales se halló Trebacio, que gozaba entonces de grande autoridad; y les preguntó si podia adoptarse esta innovacion, si el uso de los codicilos se hallaba en armonia con los principios del derecho, y Trebacio aconsejó á Augusto admitirle como muy útil y necesario para los ciudadanos, á causa de las grandes y prolongadas peregrinaciones que hacian entonces, durante las cuales, si habia imposibilidad de hacer un testamento, al ménos podrian hacerse codicilos.

(1) Antes de Justiniano: Gay. 2. §§ 270 y 273.—Ulp. Reg. 25. § 11.—Fam. Sent. 3. 6. § 92 y 4. 1. § 10.—Cod. Hermog. tit. De donationibus, f. 3. Cod. Teod. 4. 4. De testamentis et codicillis. Bajo Justiniano: Dig. 29. 7. De jure codicillorum.—Cod. 6. 36. De codicillis.—Despues de Justiniano: Basilicas, lib. 36. περί κωδικίλλου (de los Codicillos).

(2) Lucio Cornelio Lentulo, que fué cónsul en Roma año de 751.

quæ tempora, cum et Labeo codicillos tecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

En adelante, habiendo hecho codicilos el mismo Labeon, nadie dudó desde entónces de que fuesen perfectamente admitidos en el derecho.

Entre *codex* y *codicillus* hay la misma relacion que entre tabla y tableta; la una es el diminutivo de la otra. Vemos en Ciceron y en Séneca (1) que se designaba con el nombre de *codicilli* unas tabletas ó pequeñas tablas destinadas al uso diario, como para extender anotaciones y escribir á amigos y vecinos; miéntras que se reservaban las tablas para actos más importantes (*tabulae, lignum, codex, charta*), que ofrecian ó mayor espacio ó más solemnidad, ó que aseguraban una más larga duracion. En primera línea de los actos más graves se hallaban seguramente los testamentos.

Se comprende por esto que el ciudadano, por separado de su testamento, y para evitar el rehacerlo, ó en la imposibilidad de llenar las solemnidades de semejante acto, dirigia al que debia ser su heredero ó su legatario estas tabletas sin forma pública, estos codicilos, especie de correspondencia privada, rogándoles que ejecutasen esta ú otra disposicion, que deseaba tuviese efecto despues de su muerte. De aquí provino que, á la manera que se llamaba simplemente *tabula, lignum, codex*, el testamento, se introdujo el uso de llamar *codicilli* estos actos accesorios, que confiaban á la buena fe del heredero ó del legatario algun acto de la voluntad del testador.

Los codicilos se ligan extremadamente á los fideicomisos; son dos ideas correlativas; el uno es la disposicion y el otro el acto que la contiene. Obsérvese en efecto que en el uso primitivo de los codicilos toda disposicion hecha de este modo no podia ser sino un fideicomiso, pues el derecho civil no reconocia ninguna otra forma sino la del testamento, ya para las instituciones de heredero, ya para los legados. Así vemos que los codicilos, dirigidos comunmente en forma de cartas, se llaman en alguna parte *epistola fideicommissaria* (2). Y en la misma época, bajo el imperio de Augusto fué aprobado el uso ya antiguo de los codicilos, al mismo tiempo que los fideicomisos recibieron una sancion de la autoridad pública. El texto nos da á conocer suficientemente la historia de su aprobacion.

(1) Cic. E. p. ad. Famil. iv. 12, y vi. 18.—Sénec. E. p. 55. *in fin.*

(2) Dig. 32. 3.º 37. § 3; y 31. 2.º 89. pr. f. *Scevol.*

La introduccion de los codicilos fué de la mayor utilidad, y áun puede decirse que era de indispensable necesidad en una legislacion como la romana. En efecto, segun el principio de que no puede existir para un solo ciudadano más que un solo testamento, una vez hecho éste, es imposible que el testador le añada ninguna nueva disposicion. Querria dejar la libertad de un esclavo, reconocer tal servicio que se le habia prestado, ó dar algunos sueldos de oro, poco importaba la naturaleza de la disposicion, pues aunque consistiese ésta en muy poco valor, era preciso rehacer el testamento, y esto en cada ocasion que se ofrecia. Los codicilos suministraron el medio de ejecutar estas disposiciones accesorias con ménos formalidades y sin tocar al testamento ó áun sin hacer otro. Este es el carácter distintivo de esta institucion.

Los codicilos pueden, ó hacerse *ab intestato*, ó referirse á un testamento (1).

En el primer caso existen los codicilos por sí mismos; no tienen otras causas de validez ó nulidad, sino las que pueden hallarse en ellos mismos (*nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent*) (2). Por lo demas, no contienen nunca más que fideicomisos, porque, segun el derecho civil, nada se tiene que mandar á los herederos *ab intestato*, y no se puede poner á su cargo ningun legado (3). Pero estos fideicomisos pueden abrazar ya la herencia toda, ó una cuarta parte, ya objetos particulares (4).

En el segundo caso, es decir, cuando existe un testamento anterior ó posterior, los codicilos se ligan á dicho testamento como cosas accesorias de él. Se reputan como partes del mismo hasta tal punto, que todo lo que en ellos se encuentra se reputa escrito en el testamento (*ut quæcumque in his scriberentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent*), y por consiguiente, es preciso considerar la época de la formacion del testamento, áun para apreciar sus disposiciones (5). Siguen la suerte del mismo testamento, y subsisten ó se invalidan con él (*jus sequuntur ejus, vires*

(1) Dig. 29. 7. 8. pr. f. Paul.

(2) Ib. 16. f. Paul. *in fin.*

(3) Por esto leemos en un fragmento del código Hermogeniano, sacado de la *Consultatio veter. Juriscons.*, esta constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano: « *Codicillis autem, sine testamento, legatum nec adimi nec dari potest.* » — Gray. 2. §. 270.

(4) Ulp. Reg. 25. §. 11. — Dig. 29. 7. 3. pr. Julian; y 8. §. 1. f. Paul.

(5) Dig. 29. 7. 2. §. 2. f. Julian; y 14. f. Severo. Vemos por este fragmento que este principio habia sido objeto de controversia entre los Sabalianos y los Procinleyanos.

ex eo capiunt) (1). — En cuanto á la naturaleza de las disposiciones que pueden contener, es preciso distinguir si se hallan ó no confirmadas por el testamento.

I. Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed intestato quis decedens fidei-committtere codicillis potest. Sed ante testamentum factum codicilli cum facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam *si speciali postea voluntate confirmentur*. Sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum præcedunt, *posse fideicommissum peti*, si apparet eum qui postea testamentum fecit, a voluntate quam codicillis expresserat, *non recessisse*.

1. Se pueden hacer codicilos, no sólo habiendo hecho su testamento, sino que tambien se puede, muriendo intestado, dejar fideicomisos en codicilos. En cuanto á los hechos ántes del testamento, dice Papiniano que no son válidos *si despues no son especialmente confirmados*. Mas los divinos Severo y Antonino han decidido por un rescripto, que se podrá, en virtud de codicilos anteriores al testamento, *pedir los fideicomisos*, si parece que aquel que ha hecho un testamento posterior, *no se ha separado de la voluntad expresada en los codicilos*.

Si speciali postea voluntate confirmentur: Los codicilos pueden ser confirmados ó *in futurum* ó *in præteritum* (2). *In futurum*, cuando el testador, en el mismo testamento, expresa su voluntad de que se observen los codicilos que pudiese extender en adelante: *in præteritum*, cuando en su testamento confirma los codicilos hechos ántes. Su confirmacion podria extenderse á un tiempo á unos y á otros; tal seria, segun la decision de Celso, la que fuese concebida en estos términos: «*Si quid tabulis aliove quo genere ad hoc testamentum pertinens reliquero, ita valere volo*» (3). — Los codicilos confirmados pueden contener, no sólo fideicomisos, como en su primer origen y ántes de su aprobacion pública, sino aún legados, revocaciones de éstos, manumisiones directas, y nombramientos de tutor (4). En cuanto á los codicilos no confirmados, sus disposiciones sólo valen como fideicomisos (5). Papiniano aún creia que si fuesen anteriores al testamento, la formacion de este testamento sin confirmacion los habria anulado. Pero vemos en el texto que un rescripto de los emperadores Severo y Antonino ha decidido otra cosa. Sin embargo, será necesario que algunos indi-

(1) Ib. 3. § 2. f. Julian. — 16. f. Paul.

(2) Dig. 29. 7. 8. pr. f. Paul.

(3) Ib. 18. f. Cels. — Dig. 405. 56. f. Marcell. «*Si quos codicillos reliquero enere volo.*»

(4) Paul. Sent. 3. 6. § 92. — Dig. 40. 4. 43. f. Modest. — 26. 2. 3. pr. f. Ulp.

(5) Paul. Sent. 4. 1. § 10. — Gay. § 27. 3.

cios cualesquiera manifiesten que el testador ha persistido en su voluntad, y que su intencion, al hacer testamento, no ha sido la de anularlos (*si voluntas eorum quocumque indicio retineatur*) (1). — Por lo demas, bajo el imperio de Justiniano no habia interes, salvo los casos de manumision y de nombramiento de tutor, en averiguar si la disposicion vale como legado ó como fideicomiso, pues el derecho es el mismo.

II. *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exhereditatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest, nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere neque substituere directo potest.*

2. Mas no se puede por codicilos ni hacer donacion, ni quitar la herencia, pues esto hubiera sido confundir el derecho de testamento con el de los codicilos; ni por consiguiente desheredar tampoco. Sin embargo, directamente no puede la herencia ser ni dada ni revocada en los codicilos; porque por fideicomiso puede dejarse válidamente en aquéllos. No se puede tampoco en los codicilos añadir una condicion á la institucion de heredero, ni hacer directamente una sustitucion.

La institucion de heredero, la designacion de aquel que tomará en sí la persona jurídica del difunto y la continuará, no puede hacerse nunca sino por testamento. Lo mismo sucederá para revocar esta institucion; para la condicion que se quisiere añadirle, lo que comprenderia á un mismo tiempo revocacion en un caso é institucion en otro; y en fin, para la sustitucion, que no es otra cosa sino una especie de institucion. Pero el fideicomiso de una cuarta parte de la herencia ó ánn de toda la herencia, podrá hacerse por codicilos (2), y sabemos que bajo el imperio de Justiniano el fideicomisario estaba siempre *loco heredis*. Sólo queda ya una sombra del derecho civil.

III. *Codicillos autem etiam plures quis facere potest, et nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

3. Se pueden hacer aún muchos codicilos; y estos actos no reclaman ninguna solemnidad de forma.

Etiam plures: Porque los codicilos sólo contienen legados y fideicomisos; mas el número de legados y fideicomisos que pueden

(1) Dig. 29. 7. 5. l. Ulp.

(2) Gay. 2. § 273. — Dig. 29. 7. 2. § 4. f. Julian., y 6 pr. f. Marcian.

hacerse no es limitado; el uno no destruye al otro, á ménos que no lo haya querido el testador. Cada codicilo sólo revoca, pues, en los anteriores lo que el testador ha declarado expresamente querer revocar, ó lo que es inconciliable con las nuevas disposiciones (1). Mientras que el testamento contiene la institucion de heredero, pero esta institucion abraza por fuerza toda la herencia; no puede haber dos; el uno destruye siempre al otro.

Nullam solemnitate ordinationis desiderant. Los codicilos en su origen no se hallaban sometidos á ninguna formalidad. Eran tabletas y correspondencia privada. Posteriormente se regularizaron tales actos. En el código Teodosiano encontramos una constitucion de los emperadores Constantino y Constante (año 326 de J. C.), que exige la intervencion de siete ó cinco testigos en los codicilos que no se hallen precedidos de un testamento (2). Justiniano, en fin, exigió que en toda expresion de la última voluntad, excepto el testamento, interviniesen cinco testigos. Por lo demas, la voluntad puede ante ellos declararse, ya por escrito, ya simplemente de palabra (3). Y en suma, estas formas no son solemnidades, pues no dan existencia al acto ni se exigen sino para prueba, pues si faltan, hemos visto que se puede deferir el juramento.

Si el testador ha querido hacer un testamento, mas si el acto es nulo como tal, ya porque no se han llenado todas las formalidades ó no han sido terminadas, ya porque la institucion de heredero que constituye la esencia del testamento no es válida ó llega á caducar, el acto nulo como testamento, ¿valdrá al ménos como codicilo? Será válido como tal si el testador así lo ha ordenado expresamente. Por ejemplo, en estos términos, reproducidos por Paulo: «*Hoc testamentum volo esse ratum, quacumque ratione poterit*» (4), ó en éstos: «*Ea omnia fieri volo etiam jure ab intestato*» (5); «*volo hoc etiam vice codicillorum valere*» (6); «*pro codicillis etiam et valere*»; «*ut vice etiam codicillorum scriptura debeat obtinere*» (7).

(1) Cod. 6. 36. 3. const. Diocl. y Maxim.

(2) «*In codicillis, quos testamentum non precedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet... Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum.*» Cod. Teod. 4. 4. 1.

(3) Cod. 6. 36. 8. § 3. Véase tambien Cod. 1. 3. 13. y Dig. 42. 1. 5. § 1.

(4) Dig. 28. 1. 29. f. Paul.

(5) Dig. 5. 2. 13. f. Scevol.

(6) Dig. 29. 1. 3. f. Ulp.

(7) Cod. 6. 36. 8. pr., y § 1. const. de Teod.

ó con cualquier otra expresion. Esta cláusula no se subentiende nunca (1), á no ser en los testamentos militares (2). Los comentadores la han llamado cláusula codicilar (*clausula codicillaris*); mas este nombre no es propio del derecho romano. — Si la nulidad procede de un defecto de capacidad del testador, afecta al acto, lo mismo como testamento que como codicilo (3).

De la apertura y conservacion de los testamentos (4).

El testamento es un título que crea y modifica derechos tan diversos y tan graves, que su apertura, su exámen y su conservacion importan á muchos interesados, y eran considerados en cierto modo por los romanos como un negocio público. En efecto, ninguna transaccion privada, ninguna controversia jurídica que proceda del testamento puede resolverse y determinarse sin la inspeccion y conocimiento de sus términos (5). El pretor, por medio de un edicto, habia arreglado esta materia (6); y encontramos un título del Digesto y otro del código de Justiniano dedicados á la misma materia; en fin, Paulo en sus sentencias nos ha comunicado acerca de éstos algunos pormenores curiosos.

§ 1.º «En Roma, dice, la apertura del testamento se hace con asistencia de los testigos ó de la mayor parte de los mismos que en él han puesto sus sellos; reconocidos éstos, se rompe el hilo, se lee el testamento y se saca una copia (*describendi exempli potestas*); en seguida se sella con el sello público y se deposita en los archivos, á fin de que si llega á perecer la copia, sea siempre posible sacar otras nuevas.»

§ 2.º «Los testamentos hechos en los *municipes*, en las colonias, en las *oppida*, en las prefecturas, en los *vici*, en los *castella* y en los conciliábulos deben ser leídos en el foro ó en la basílica en

(1) Dig. 28. 6. 41. § 3. l. Papin. — 29. 7. 1. f. Ulp.

(2) Dig. 29. 1. 3. const. de Ulp.

(3) Dig. 5. 2. 13. l. Soevol.

(4) Antes de Justiniano, Paul. Sent. 4. 6. *De vicesima*. — Cod. Teod. 4. 4. — Bajo Justiniano, Dig. 29. 3. *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur*; — Cod. 6. 30. *Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur et describantur*. — Despues de Justiniano, *Basilicas*, 86. 6. *περί διαθήκων ποιῶν τρόπον ἀνοίγονται καὶ μεταγράφονται*. (*De los testamentos, y cómo son abiertos y transcritos*.)

(5) Dig. 29. 3. 1. § 1. f. Gay.

(6) lb. pr.

presencia de los testigos ó de hombres buenos, entre la segunda y décima hora del día; despues de sacada una copia, el testamento será de nuevo sellado por los magistrados en presencia de los cuales se haya verificado la apertura.»

§ 3.º « El voto de la ley es que el testamento sea abierto inmediatamente despues de la muerte del testador; así, aunque los rescriptos hayan variado acerca de este punto, la apertura debe verificarse, si las personas se hallan presentes, entre el tercero y el quinto día despues de la muerte; ó si son ausentes, en el mismo plazo despues de su vuelta; importa, en efecto, que los herederos, los legatarios y los esclavos manumitidos experimenten el menor retardo posible » (1).

Al oficio del pretor corresponde obligar á los que han puesto sus sellos, á comparecer á la convocacion, á fin de que reconozcan aquéllos ó nieguen haberlos puesto (2). Basta el mayor número de ellos. Si todos se hallan ausentes y hay sin embargo urgencia, debe el magistrado hacer que se verifique la apertura en presencia de hombres de la más acrisolada reputacion; despues que haya sido reconocido el testamento y que se haya sacado copia de él, se sella por los que han asistido á la apertura y se envia á donde se hallan los testigos ausentes á fin de que reconozcan sus sellos, pues al testigo ausente no se le obliga á concurrir á la apertura, sino que se envia el testamento al punto donde se halla (3).

Si hay duda acerca de la muerte del testador, el pretor debe resolver con conocimiento de causa y no permitir la apertura del testamento cuando se halla probada la existencia del testador (4).

La disposicion del edicto es general; á cuantos lo desean, tanto en su nombre como en el de otro, concede el pretor la facultad de examinar (*inspiciendi*) el testamento, y áun de sacar copia de él (*describendi*) (5). Sin embargo, hay ciertas disposiciones que no se hallan abiertas ó de las cuales no es permitido tomar conocimiento ni sacar copia: tales son las que el testador ha prohibido que se publiquen sino en tal tiempo ó bajo tal condicion: tales son las instituciones pupilares cuando han sido selladas por separado,

(1) Paul. Sent. 4. 6.

(2) Dig. 29. 3. 4. f. Ulp., y 5. f. Paul.

(3) Dig. 29. 3. 7. f. Gay.

(4) Ib. 1. pr. f. Gay.

(5) Dig. 29. 3. 8. f. Ulp.

ó las partes del testamento que pueden cubrir á alguno de ignominia ; ni, en fin, la indicacion del dia ni del cónsul por temor de falsificacion (1).

Si el que tiene las tablas del testamento se niega á presentarlas, se le obligará á ello ; si niega que las tiene, dará el pretor contra él un interdicto especial *de tabulis exhibendis* (2). En cuanto al heredero que pretende en calidad de tal que las tablas del testamento son suyas como cosa perteneciente á la herencia, tiene para reivindicarlas la *vindicatio*; ó para llegar á esta vindicacion, la accion *ad exhibendum*, que es menester no confundir con el interdicto que precede (3).

La ley *PAPIA POPPÆA*, con objeto fiscal, y para aumentar los peligros de caducidad, habia dado todavía más importancia á la solemnidad de la apertura del testamento. — Así es que respecto de las herencias, habia prohibido que pudiese hacerse la adición ántes de la apertura de las tablas (*ante apertas tabulas*) (4). Parece, sin embargo, que exceptuaba al heredero *ex asse*, es decir, al heredero de la totalidad (5). En efecto, la falta de semejante heredero no habria dado lugar á una caducidad útil; pero haciendo caer por tierra todo el testamento, habria llamado simplemente la sucesion *ab intestato*, y no tendria el fisco nada que ganar. — En cuanto á los legados, habria retrocedido la época del *dies cedit* (6) hasta esta misma apertura de las tablas, como ya hemos dicho ántes. — Justiniano en uno y otro punto volvió al derecho primitivo. El heredero podrá hacer adición áun ántes de la apertura de las tablas, con tal que tenga pleno conocimiento de su derecho (véase más adelante); y el *dies cedit*, respecto de los legados, tendrá lugar como en las cosas pasadas, desde la muerte del testador, si se trata de disposiciones puras y simples (7).

Una constitucion de Teodosio y Valentiniano habia dado un nuevo interes, por cierto bien notable, á esta apertura de las tablas del testamento, estableciendo que si los hijos instituidos por

(1) Dig. 2. § 6. f. Ulp. — Cod. 6. 22. 3. const. de Diocl. y Maxim.

(2) Dig. 29. 3. 2. § 8. f. Ulp. — Dig. 43. 5. y principalmente el fragmento primero, que contiene los términos de este interdicto.

(3) Dig. 29. 3. 3. f. Gay. — 10. 4. 3. § 8. f. Ulp.

(4) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis*, l. § 1. const. de Justin.

(5) Dig. 29. 6. *De iur. et fact. ign.* l. § 4. f. Paul.

(6) Ulp. Reg. 24. § 31.

(7) Cod. 6. 51. *De cad. toll.* f. § 1.

un ascendiente ó por una ascendiente cualquiera muriesen ántes de dicha apertura, habiendo tenido ó no conocimiento de su institucion, transmitian á sus propios hijos sus derechos de herencia (1). Este es un punto que examinaremos en breve al tratar de esta transmision.

Acciones relativas á los legados y fideicomisos.

Respecto de los legados, hemos suficientemente explicado cómo era en el antiguo derecho romano la fórmula usada para constituir el legado que determinase su naturaleza y efectos, y por consiguiente, tambien la accion conferida al legatario: la accion real, *rei vindicatio*, para el legado *per vindicationem*; la accion personal, *condictio*, para los legados *per damnationem* ó *sinendi modo*, y la accion *familiae erciscundæ*, para el legado *per praeceptionem*.

Hemos visto igualmente que Justiniano decidió que los legados tuviesen todos una sola y única naturaleza, y que los legatarios obtuviesen todos, cualesquiera que fuesen los términos de la disposicion, tres acciones para reclamar sus derechos:

1.º La accion real (*rei vindicatio*), por medio de la cual puedan vindicar de manos de cualquier poseedor la cosa que les ha sido legada, y cuya propiedad les ha sido trasferida por efecto del legado (2). Bien entendido que esta accion, á pesar de la generalidad de los términos de la constitucion de Justiniano, tendrá lugar únicamente en los casos en que habrá sido posible que la propiedad haya sido producida por el legado. Si se trata de una desmembracion de la propiedad, usufructo ó servidumbre, la accion real es entónces la *actio confessoria*.

2.º La accion personal, llamada *actio* ó *condictio ex testamento* (3), ó simplemente *actio legati* (4), que se da contra el heredero cargado con el legado, á fin de obtener la prestacion de éste á que se halla personalmente obligado.

3.º En fin, la accion hipotecaria (*hypothecaria actio*) que resulta del derecho de prenda ó hipoteca legal, que Justiniano concedió

(1) Cod. 6. 52. *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.*

(2) Cod. 6. 43, 1; y 3, § 2, const. de Justin.

(3) Dig. 30. 1.º 69. § 5. f. Gay., y 83 pr. f. Julian. — 32. 3.º 29. § 3. f. Labeon.

(4) Dig. 36. 2. 75. f. Marcol.

al legatario, en seguridad de su legado, sobre las cosas hereditarias, que había recibido la persona gravada con el legado (1).

En el caso particular en que no pueda exigirse inmediatamente la prestación del legado, como en el caso de que éste sea por término (*a die*), ó bajo condicion (*sub conditione*), ó si, siendo puro y simple, hay un impedimento para su inmediata entrega, como, por ejemplo, una contestacion, el pretor, para asegurar entre tanto al legatario la conservacion de sus derechos, introdujo en su favor una facultad especial. Tenía el derecho de exigir que aquel que tenía sobre sí la carga del legado, le suministrase una satisfaccion, es decir, una caucion por fideiuysores para la conservacion del legado (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio* (2); y si esta caucion no se daba, el legatario era puesto en posesion de los bienes del difunto (3).

El heredero por su parte puede tener, en materia de legados, diversos derechos que hacer valer, y se le facilitan para ello diversos medios, cuya exposicion detallada nos llevaria demasiado léjos.

Así, para obtener la cuarta que le atribuye la ley Falcidia, tiene la excepcion *doli mali* contra la accion del legatario con respecto á todo aquello en que el legado deba ser reducido (4); y si éste se encuentra ya en la posesion del legatario, puede el heredero tener, ó *rei vindicatio* o una *actio ad exhibendum*, ó una *condictio indebiti* ó una *actio in factum* (5).

Hay tambien un caso particular que merece ser examinado : si el legatario, haciéndose en cierto modo justicia á sí mismo, se hubiese puesto por su propia autoridad en posesion del legado, daba el pretor al heredero un interdicto, llamado vulgarmente, segun nos dice Ulpiano, interdicto *quod legatorum*, y cuyo objeto era obligar al legatario á la restitucion (*ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi* (6).

Respecto de los fideicomisos, no tenian en otro tiempo los fideicomisarios, para reclamar su entrega, sino un recurso extraordi-

(1) Cod. 6. 43. l. const. de Justin.

(2) Dig. 36. 3. *Ulegatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.*—Cod. 6. 54.

(3) Dig. 36. 4. *Ut in possessionem, legatorum vel fideicommissorum servandorum causa, esse liceat.*—Cod. 6. 54.

(4) Dig. 35. 2. 16. f. Soev.

(5) Dig. 35. 2. 26. f. Soev.—10. 4. 5. § 1. f. Ulp.—35. 2. 1. § 11. f. Paul.—Cod. 6. 60. l. const. de Sever. y Ant., y 9. const. de Gordian.—31. 2.º 77, § 2. f. Papin.

(6) Dig. 43. 3. *Quod legatorum*, l. f. Ulp.—Cod. 8. 3. *Quod legatorum*.

nario al cónsul ó al pretor especialmente encargado de esta materia, con la atribucion de imponer su autoridad y de hacer cumplir los fideicomisos (1); pero bajo el imperio de Justiniano, si se trataba de objetos particulares, tenía el fideicomisario las mismas acciones que el legatario, y si se trataba de herencia fideicomisaria, tenía una especie de petición de herencia, que había sido acomodada á su derecho: *fideicommissaria hereditatis petitio* (2); y la acción útil de participacion, *utilis familiæ exercundæ* (3).

(1) Gay. 2. 278.

(2) Dig: 5. 6.

(3) Dig. 16. 2. 24. § 1. l. 1. Ulp.—40. 1. l. 1. Gay.

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.

(DESDE EL TIT. XX AL XIV.)

LEGADOS.—FIDEICOMISOS.—CODICILOS.

De los legados.—Su naturaleza.

El legado, cuya última etimología es *legare, legem testamenti discere*, se define en las Institutas: *una especie de donacion dejada por un difunto*.—La palabra donacion (*dono datio*) no debe tomarse en el sentido de que el legado verifique siempre una *datio*, es decir, una traslacion de propiedad, porque puede suceder que sólo confiera derechos de crédito; pero debe entenderse en el sentido general de liberalidad, pues, en efecto, la liberalidad, el dón, es un carácter esencial é indispensable del legado.

El legado se halla en el derecho romano profundamente separado de la institucion de heredero.—La institucion tiene por objeto hacer pasar al instituido la persona jurídica del difunto. Sólo confiere el legado derechos de propiedad, de servidumbre ú otros derechos reales ó de obligacion.—El heredero es el continuador de la persona; el legatario adquiere bienes ó crédito.

Otro carácter esencial del legado, en el verdadero derecho romano, consiste en que el legado es una ley (*lex legatum*) impuesta por el testador al heredero instituido.—Se diferencia radicalmente de las demas disposiciones que hubiesen podido confiarse por el difunto á la buena fe de su sucesor ó de otra persona, sin hacer ley para estas personas, y que por esto se hubiesen llamado fideicomisos (*fideicommissa*).

La materia de los legados, tratada rigurosamente segun estos principios en el derecho romano hasta el tiempo de la República, y despues de algunas modificaciones que experimentó bajo los emperadores, fué completamente variada y desnaturalizada por Justiniano.—Los legados y fideicomisos fueron asimilados el uno al otro, y sólo para mayor claridad ó para recuerdo histórico se han expuesto por separado las dos materias en las Institutas.—Hay aún casos en que el legatario obtiene en parte, y hasta cierto punto, la continuacion de la persona del difunto.

Cómo puede hacerse el legado.

El legado no podía hacerse en otro tiempo sino en el caso de herencia testamentaria, en el mismo testamento y despues de la institucion; porque es preciso primero que el testador haya creado un heredero ántes de imponer á éste ninguna ley.—Segun Augusto, puede hacerse por codicilo, que se refiera á un testamento.—Bajo Justiniano poco importaba su lugar, ya ántes, ya despues de la institucion. Aún puede tener lugar en el caso de herencia *ab intestato*, aunque no haya ningun testamento, pues entónces vale como fideicomiso.

Antiguamente los términos eran de fórmula. Fuera de las fórmulas del derecho civil (*civilia verba*), la disposicion no habria sido una ley para el heredero, es decir, un legado; y la diferencia de las fórmulas usadas atribuía á los legados una naturaleza, una extension y unos efectos absolutamente diversos (*legata per vindicationem; per damnationem; sinendi modo; per præceptionem*).—Sucesivamente modificada por el S. C. NERONIANO, por las constituciones de Constantino II, de Constancio y de Constante, que abolian las fórmulas sacramentales, esta distincion de los legados fué enteramente suprimida por Justiniano; poco importaban ya las expresiones del testador, pues los legados tenian todos la misma naturaleza general, y producian los mismos efectos, al ménos en cuanto lo permitiese la cosa legada.

Dies cedit, dies venit y regla Catoniana.

Dos principios fundamentales dominan la materia de los legados y ejercen su influencia en un gran número de cuestiones, que con-

ciernen, ya á las personas, ya á las cosas, ya á los efectos ó á la validez de los legados; es preciso, pues, presentar su exposicion al frente de esta materia.

El primero de estos principios descansa en las reglas del *dies cedit* y del *dies venit*, expresiones figuradas y generales, que pueden aplicarse á toda adquisicion de derechos, y singularmente á las obligaciones.—La primera, *dies cedit*, significa aquí, en materia de legados, que el derecho eventual al legado se halla fijado en beneficio del legatario, y que la época del vencimiento de la obligacion se acerca; la segunda, *dies venit*, que no se halla en los textos usada especialmente para los legados, pero cuya significacion, sin embargo, es general, indica que ha vencido la obligacion y que ha llegado el momento, y que aquél puede exigirsele.

El *dies cedit* tiene lugar en los legados puros y simples, ó por término cierto, en el dia del fallecimiento.

Esta ley habia sido modificada por la ley PAPIA POPPÆA, que habia hecho retroceder la época del *dies cedit* hasta la apertura de las tablas del testamento (*ex apertis tabulis*); pero Justiniano volvió al derecho primitivo.

En los legados condicionales ó por término equivalente á una condicion, es decir, por término incierto, el *dies cedit* tiene lugar al cumplimiento de la condicion.

En cuanto al *dies venit*, sólo tiene lugar despues de la adiccion, y cuando ademas ha llegado el término ó la condicion se ha cumplido, si hay un término ó una condicion.

Es un error creer que el *dies cedit* no tenga importancia y efecto sino respecto de la transmisibilidad del derecho á los herederos del legatario. La tiene tambien:

- 1.º Sobre la determinacion de las personas que han de adquirir el legado;
- 2.º Sobre las cosas que componen el legado; porque en el *dies cedit* se fija el derecho, tanto con relacion á las personas, cuanto con relacion á las cosas;
- 3.º Sobre la transmision del derecho; efecto que, sin embargo, puede no experimentarse, si el legado tiene por objeto un derecho no transmisible por su naturaleza;
- 4.º En fin, en algunas circunstancias, sobre la pérdida ó la conservacion misma del derecho legado.

Hay ciertos casos particulares en los cuales la determinacion

del *dies cedit* se separa de las reglas generales y exige una atencion especial. Citarémos :—1.º El legado hecho al esclavo del testador ;—2.º, los legados de usufructo, uso, habitacion y otros derechos exclusivamente personales.

El segundo principio, que desde luego establecemos, se apoya en la regla Catoniana, así llamada porque fué definitivamente formulada por Caton el viejo, ó tal vez por su hijo.

Esta regla quiere que todo legado que hubiese sido nulo si el testador hubiese muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, no pueda valer en otra época en que el testador haya verdaderamente muerto, y cualesquiera que hayan sido los sucesos ocurridos desde la formacion del testamento hasta la muerte; por manera que para apreciar la validez de un legado es preciso suponer al testador muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, y ver si en tal estado el legado hubiera sido válido.

La regla Catoniana por su misma naturaleza no es aplicable ni á los legados condicionales, ni á todos aquellos para los cuales el *dies cedit* no tiene lugar á la muerte del testador.

Tampoco se halla hecha para las instituciones de heredero, que se hallan sometidas á las mismas consecuencias, pero por otros principios.

Personas que figuran en los legados : Por quién,—Á cargo de quién,—Y á quién puede legarse.

El legado no podia hacerse sino por el que tenía faccion de testamento ; y antiguamente por sólo el que testaba, pues no habia legado posible fuera de la herencia testamentaria.

Tambien antiguamente no podia hacerse sino á cargo del heredero instituido ; así no podia legarse, ni á cargo de un legatario (*à legatario legari non potest*), ni al del heredero *ab intestato*. En efecto, sólo á aquel que creaba él mismo su heredero, es decir, el continuador de su persona, podia el testador imponer una ley (*legatum*).

Estos dos puntos fueron completamente modificados bajo el imperio de Justiniano, pues la disposicion valia siempre y tanto como fideicomiso.

En fin, no se puede legar sino á aquellos con quienes se tiene faccion de testamento. Es preciso, pues, referirse á lo que se ha

dicho ya sobre este punto al hablar de las instituciones del heredero, y á las innovaciones de Justiniano, relativas á las personas inciertas y á los póstumos.

No se puede legar pura y simplemente al esclavo del señor instituido; se puede al señor del esclavo instituido; se puede, igualmente, en uno y en otro caso, si se trata del legado condicional. La combinacion de los principios sobre el *dies cedit*, con los relativos á la regla Catoniana, explica estas diferencias.

Objeto de los legados.—Cosas que pueden ser legadas.

Pueden ser legadas :

La cosa del testador, la del heredero ó la de otro, con tal que el testador haya sabido que la cosa era de otro. Bien entendido que en este último caso el legado confiere, no la propiedad, pues no la tenía el mismo testador, sino sólo un derecho de crédito, una acción contra el heredero para que dé la cosa ó su precio.

Las cosas actualmente existentes ó futuras, con tal de que haya posibilidad de que existan en adelante;

Las cosas corpóreas ó incorpóreas, hechos ó actos que el heredero puede ser condenado á hacer, á sufrir, ó no hacer.

Entre los legados de cosas incorpóreas, es preciso observar: los legados de usufructo, de servidumbre, de liberacion (*legatum liberationis*), de crédito (*legatum nominis*).—Estos dos últimos están sujetos á la regla de que en derecho romano no puede extinguirse una obligacion de otro modo, sino por los medios jurídicos de solucion de semejante vínculo, y que no puede ser transferida de una persona á otra, áun con voluntad de las partes.

El legado de liberacion no verifica, pues, la extincion, ni el legado de crédito puede transferir la obligacion. Por medio de excepciones ó acciones contra el heredero consigne el legatario obtener el beneficio que el testador ha querido hacerle.

Las cosas legadas pueden ser, ó determinadas en su mismo individuo (*in specie*), ó determinadas sólo en cuanto á su género (*in genere*). Bajo este último aspecto es preciso distinguir bien lo que los romanos llamaban el legado de género (*legatum generis*) del legado de opcion (*legatum optionis*), y notar las modificaciones importantes que Justiniano introdujo en este último legado.—Pueden

ser ó cosas particulares (*res singularis*), ó cosas de agregacion, ó de universalidad (*universitas*), como un rebaño, un peculio, un fundo provisto de los útiles de la labranza (*si grex, si peculium, si fundus instructus vel cum instrumento legatur*). (Acerca de estas divisiones de las cosas, véase nuestra *Generalizacion*, números 48 y 49.)

En fin, el legado áun puede ser de una cuarta parte de la herencia. Semejante legado se llama *partitio*, y el legatario *legatarius partiaris*. — En los principios del verdadero derecho romano, no siendo el legatario más que una persona que adquiria bienes ó créditos, y nunca un continuador de la persona jurídica, no sucedía, áun en este caso, en ninguna accion activa ni pasiva. El heredero y el legatario parciario no conseguían arreglar sus derechos y hacerse justicia respectivamente, sino por medio de estipulaciones recíprocas llamadas *stipulationes partis et pro parte*, relativas á la ganancia ó pérdida que resultase de los créditos y deudas hereditarias, y que debiesen comunicar ó repartir entre sí proporcionalmente (*de lucro et damno pro rata parte communicando*). — Bajo el imperio de Justiniano se confundió semejante legado con el fideicomiso de herencia; y las acciones, activas ó pasivas, se dividían de pleno derecho entre el heredero y el legatario parciario. El legatario tenía por su parte, y hasta cierto punto, la continuacion de la persona.

No pueden ser legadas : las cosas que no están en el comercio; ni los hechos ilícitos, ni la cosa que pertenece ya al legatario, de donde se deduce la consecuencia de que no puede legársele lo que ya se le debe á título de crédito; á ménos que el legado le sea en cierto modo más ventajoso que el crédito.

Pérdida, accrecion ó decrecion de la cosa legada.

Los principios relativos al *dies cedit* ilustran y dominan toda esta materia; porque los derechos eventuales del legatario se fijan sobre la cosa tal como se halla al *dies cedit*.

Si la cosa legada perece en vida del testador, ya sea por accidente ó por un hecho cualquiera, el legado se extingue, porque ya no tiene objeto. — No subsiste aún sobre los restos ó partes accesorias de la cosa; porque la pérdida del principal objeto lleva consigo la extincien del legado, áun respecto de los accesorios. No

sucede lo mismo si se trata de objetos distintos, que tenga cada uno de ellos su individualidad ; el hombre, bajo este concepto, no es considerado nunca como accesorio de otro, ni el niño como accesorio de su madre , ni el vicario como del esclavo ordinario.

Si parece la cosa despues de la muerte del testador, por culpa ó por un hecho simple del heredero, éste debe de indemnizar al legatario. Si no ha mediado hecho suyo, la pérdida es toda del legatario.—Sin embargo, si la pérdida ha sobrevenido despues del *dies cedit*, los derechos del legatario subsisten sobre los restantes ó accesorios.

¿ Se trata de una cosa de agregacion ó de universalidad, como, por ejemplo, de un rebaño ó de un peculio? Es preciso tomarla tal como se hallaba al *dies cedit*, y por consiguiente, los objetos que despues hayan podido añadirsele nuevamente no serán en ellos comprendidos. Acerca de esto es preciso distinguir entre el legado del peculio hecho al propio esclavo del testador y el hecho á un extraño, porque el *dies cedit* no tiene lugar en una misma época para los dos casos.—Bien entendido que la accrecion sobrevenida como producto, ó por consecuencia de las cosas de universalidad, queda siempre comprendida en ella

Modos de los legados.

Se entiende por modo de un derecho las modificaciones que afectan su misma existencia, su extension, su ejecucion, y que constituyen, respecto de dicho derecho, otros tantos diversos modos y diversas maneras de ser.—La condicion (*condictio*), el modo propiamente dicho (*modus*), es decir, el destino de la cosa legada, indicado al legatario, y el término (*dies*), son otros tantos modos de los legados.— Obsérvese respecto de la condicion la caucion Muciana (*Muciana cautio*), que se aplica á los legados lo mismo que á las herencias.—Respecto del modo (*modus*), las diferencias que los separan de la condicion, porque no suspende como ésta el efecto de la disposicion.—En fin, respecto del término, esta regla, comun á los legados y á las herencias : *Dies incertus conditionem in testamento facit*. El legado hecho en estos términos : « Despues de la muerte ó la víspera de la muerte del heredero ó del legatario » era inútil ; pero en éstos : « Cuando mi heredero ó cuando el

legatario muera» era válido. Justiniano suprimió estas sutiles distinciones. La disposicion era igualmente válida en estos diversos casos.

El legado á título de pena (*pœnæ nomine legatum*) era una especie particular del legado condicional; la condicion se imponia, no al legatario, á quien se hacía la dádiva, sino al heredero, que debía cumplir la disposicion, y que era penado en el caso en que no cumpliese la condicion. Por manera que se le imponia este legado para castigarlo por no haber cumplido, y como un medio coercitivo. Semejante disposicion era inútil en otro tiempo; mas Justiniano la declara válida. Se diferenciaba siempre del legado condicional ordinario, en que en ella la condicion imposible ó ilícita no se reputa no escrita, sino que, al contrario, anula el legado.

Es menester distinguir bien de los *modos* lo que se llamaba: 1.º, la *demonstracion*; 2.º, la *determinacion* ó limitacion; y 3.º, la *causa*. — El objeto de la demostracion era mostrar, designar mejor, ya la persona á quien se lega, ya la cosa legada; aplíquese aquí esta regla: *Falsa demonstratio legatum non perimit*. El objeto de la determinacion ó limitacion era marcar los términos, el límite en que deben ser comprendidos la persona á quien el testador ha querido legar, ó la cosa que ha querido legar; fuera de aquí la voluntad del testador se pára ó se contiene. — En fin, en cuanto á la indicacion de la *causa*, es decir, del motivo que ha podido tener el testador para legar, hay tambien esta regla general: *Neque ex falsa causa legatum infirmatur*.

Infirmacion, revocacion y traslacion de los legados.

Quedando válido el testamento, puede hacerse que tal ó cual legado se vicie, ó desde su origen ó en adelante. Esta materia, con relacion á los legados, tiene una grande analogía, aunque en diversos grados, con la misma, en cuanto se refiere á los testamentos.

Esto supuesto, puede suceder:

1.º Que el legado sea nulo desde el principio, porque carezca, ya en la persona del legatario, y en el objeto, ya en la forma, ya de otra cualquiera manera, de alguna de las condiciones jurídicas

indispensables para su validez. Entónces es *nullum ab initio, pro non scripto, inutile*.

2.º Que el legado, aunque válido al tiempo de su formacion, se extingue por falta de objeto; por ejemplo, si ántes del *dies cedit* llega á perecer la cosa legada ó á ser puesta fuera del comercio; si el testador se hace pagar el crédito legado.

3.º Que el testador varie de voluntad, y por consiguiente, que revoque el legado (*adimere legatum — ademptio*); ó aunque lo traslade á otra persona (*transferre legatum — translatio*); lo que comprende á un mismo tiempo revocacion de una parte y nuevo legado de la otra. La revocacion (*ademptio*) puede, no sólo ser expresa, sino tambien resultar de ciertos hechos; por ejemplo, si el testador raya y borra la disposicion (*inducere quod scriptum est*); si enajena la cosa legada.

4.º Que el legatario falte á su legado (*deficere*); cosa que puede verificarse, ya porque el legatario muera ó pierda la faccion de testamento ántes del *dies cedit*, ya porque rehuse el legado (*legatum destitutum*).

5.º En fin, que el legado, aunque válido al principio y fijado en beneficio del legatario en la época de *dies cedit*, le sea arrebatado por indignidad (*ereptorium ó ereptitium; — quæ ut indignis eripiuntur*).

Bien entendido, ademas, que la suerte de los legados va unida á la de institucion de heredero; y que si el testamento se invalida por una causa cualquiera (*ruptum, irritum ó destitutum*), los legados lo son igualmente.

Ademas de las reglas generales del derecho civil, las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA habian introducido causas especiales de incapacidad de recibir, contra los célibes (*cælibes*) y los ciudadanos sin hijos (*orbi*), así como ocasiones de prescripcion respecto de las dádivas testamentarias. — Las disposiciones, tanto institucion de heredero, quanto legados, que aunque válidas segun el derecho civil, eran afectadas de caducidad ó prescripcion por las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA, se llamaron *caduca*, y las que á ellas fueron asimiladas, *in causa caduci*. — Justiniano suprimió unas y otras. Mas las palabras *caducidad* y *disposiciones caducas*, alejadas de su origen histórico, han pasado en los comentadores y en el lenguaje del derecho moderno, con una significacion general, como aplicándose á toda disposicion que, válida en su principio, se invalida

despues por la pérdida de la cosa ó por la falta del legatario (*Código civil*, art. 1.039 á 1.043). No es tal el verdadero sentido del derecho romano.

Derecho de acrecer entre colegatarios.

Un legado invalidado por una razon cualquiera, ya desde su origen, ya posteriormente, aprovechaba por regla general á aquel que se hallaba gravado con él. — Sin embargo, circunstancias particulares pueden trasladar á otros el beneficio de esta invalidacion; tales son el derecho de acrecer entre colegatarios, y el *ius caduca vindicandi* de la ley PAPIA POPPÆA.

Se llaman colegatarios (*colegatarii*), en general, todos aquellos á quienes una misma cosa ha sido legada en un mismo testamento. — Los romanos distinguian dos maneras de que esto pudiese verificarse: ya conjuntamente (*conjunctim*), si era por una sola y única disposicion; ya disjuntivamente (*disjunctim*), si habia en el mismo testamento tantas disposiciones separadas cuantos eran los legatarios. — Posteriormente, bajo la ley PAPIA POPPÆA, se atribuyó tambien cierto efecto al caso en que la misma cosa haya sido legada á muchos, pero con asignacion de partes á cada uno; lo que dió lugar á la division tripartita indicada por Paulo, de los conjuntos *re tantum*, ó *re et verbis*, ó *verbis tantum*; aunque en este último caso no sean realmente los legatarios de ninguna manera colegatarios.

Respecto del derecho de acrecer entre colegatarios, es preciso distinguir con cuidado tres épocas: — 1.º, la época de la distincion de los legados en cuatro clases, pero con anterioridad á la ley PAPIA POPPÆA: aquí la cuestion debe examinarse rigurosamente por las consecuencias mismas de los términos de la fórmula civil; añadiendo el principio jurídico de que los créditos (*nomina*), desde que se atribuyen en comun á muchos, se dividen de pleno derecho por su sola naturaleza; lo que no tiene lugar respecto de los derechos de propiedad; — 2.º, la época de las leyes JULIA y PAPIA POPPÆA. Aquí es preciso distinguir bien del derecho de acrecer el *ius caduca vindicandi*, introducido por estas leyes respecto de los *caduca* ó de las disposiciones que á ellas se asimilan, y notar con cuidado el orden en que se atribuye el derecho de reivindicar las

caducas, trasladado posteriormente por Caracalla á solo el fisco;— y 3.º, en fin, la época de Justiniano, que suprimiendo las cuatro clases de legados y los *caduca*, y las disposiciones *in causa caduci*, forma, sin embargo, un sistema de amalgama en que se reconocen, entre las nuevas disposiciones, vestigios de algunos de los sistemas precedentes.

De la ley Falcidia.

La ley FALCIDIA prohíbe que los legados excedan de las tres cuartas partes de los bienes de la herencia. — Por consiguiente, debe quedar siempre al heredero por lo ménos un cuarto; si no, tiene el derecho de reducir los legados hasta donde sea preciso; esto es lo que los romanos llamaban la cuarta (*quarta*), ó simplemente la Falcidia (*Falcidia*).

Si hay muchos herederos, es preciso proceder aisladamente en cada uno de ellos, hecha abstracción de los demas; por manera que cada uno tenga el cuarto de su parte.

Para hacer este cálculo es menester considerar el patrimonio tal como se hallaba en el momento de la muerte, hecha abstracción de las acreciones ó decreciones que hayan podido ocurrir despues.

La ley Falcidia tuvo por objeto evitar el abandono de los testamentos, que los herederos sobrecargados con legados no dejarían de verificar, y que harían caer por tierra todas las demas disposiciones. — El beneficio de esta ley fué extendido sucesivamente con el tiempo á materias para las cuales no se habia formado la ley Falcidia: á las herencias fideicomisarias, á los fideicomisos particulares, áun á los fideicomisos *ab intestato*, á las donaciones por causa de muerte, á las donaciones entre cónyuges, y en fin, á la queja de testamento inoficioso, donde produjo la teoría de la porcion legítima.

Fideicomisos.

Un fideicomiso, en el sentido más general, es una disposición de bienes á la que falta una cualquiera de las disposiciones necesarias segun el derecho civil para constituir una institucion de heredero ó un legado, y con el que el difunto grava á su heredero,

ya testamentario, ya *abintestato*, ó á cualquiera otra persona á quien deja alguna cosa.

Careciendo al principio estas disposiciones del carácter obligatorio del derecho civil, eran sólo precativas, confiadas á la buena fe de aquel á quien se encargaban (*fideicommissa*). — En tiempo de Augusto principiaron á ser obligatorias, y su ejecucion podia reclamarse por un medio extraordinario (*persecutio*).

Los fideicomisos corresponden en cierto modo á las instituciones de heredero ó á los legados. — A las instituciones de heredero, cuando tienen por objeto la herencia ó una parte cuota de ella (*fideicommissaria hereditas*). — A los legados, cuando tienen por objeto cualquiera otra cosa que no sea una parte cuota de la herencia; por ejemplo, una cosa determinada, ya en su género, ya en su especie, la libertad, ó áun una cosa de universalidad, tal como un peculio, un rebaño, etc. (*fideicommissum singulæ rei*).

La materia de los fideicomisos no se regía por los principios rigurosos del derecho civil, sino por la máxima de que proceden de la voluntad del difunto, y deben tomar su fuerza de su intencion.

Segun el derecho civil, el heredero encargado por fideicomiso de restituir el todo ó parte de la herencia (el heredero fiduciario, *heres fiduciarius*), no deja de ser heredero, y él solo continúa la persona jurídica del difunto; aquel á quien se hace la restitucion (el fideicomisario, *fideicommissarius*) permanece extraño á dicha persona.

Para facilitar los inconvenientes de esta situacion, y para comprometerse á hacerse respectivamente justicia en los créditos y deudas hereditarias, el heredero y el fideicomisario no tienen otro recurso que simular una venta total ó parcial de la herencia, y hacer entre ellos las estipulaciones que tendrian lugar en semejante caso (*stipulationes emptæ et venditæ hereditatis*). En esta época el fideicomisario era sólo considerado como una persona que adquiria la herencia (*loco emptoris*).

Posteriormente sobrevienen: el senado-consulta TREBELLIANO, segun el cual las acciones se dividen de pleno derecho entre el heredero fiduciario y el fideicomisario; este último era considerado entónces como un heredero (*loco heredis*). — Despues el senado-consulta PEGASIANO, que autoriza al heredero á hacer en el fideicomiso de la herencia la retencion de la Falcidia, como si se tratase de un legado; el fideicomisario, en el caso de esta retencion, es

asimilado á un legatario (*loco legatariū*), y entónces intervienen entre él y el heredero, respecto de los créditos y deudas hereditarias, las mismas estipulaciones que entre el heredero y un legatario parciario (*stipulationes partis et pro parte*).

Justiniano reunió los dos senado-consultos en uno solo, con el nombre del primero.—El heredero tendrá siempre el derecho de hacer la retencion de la Falcidia; y las acciones se dividirán en todos los casos, de pleno derecho, entre él y el fideicomisario.

Justiniano funde en una sola materia los legados y fideicomisos, asimilando unas á otras estas dos especies de disposiciones, y queriendo que reciban recíprocamente lo que puedan tener más ventajoso una que otra.—Sin embargo, el legado directo y el fideicomiso de la libertad continúan diferenciándose en sus efectos.

Codicilos.

El codicilo es un acto de la última voluntad, que no es testamento.—Su origen se liga íntimamente al de los fideicomisos; son dos ideas correlativas; el uno es la disposicion, y el otro el acto que la contiene. Su uso fué aprobado bajo el imperio de Augusto, al mismo tiempo que los fideicomisos reciben una sancion de la autoridad pública. Era de la mayor utilidad práctica en una legislacion como la de Roma, donde, segun el derecho civil, por la más mínima disposicion habia obligacion de hacer ó rehacer el testamento.

Los codicilos son : ó *ab intestato*; en este caso sus disposiciones no pueden ser sino fideicomisos; ó asociados á un testamento, ya anterior, ya posterior, cuya suerte siguen. En este último caso debe distinguirse si se hallan confirmados ó no en el testamento. Si se hallan confirmados (lo que puede tener lugar, ya *in futurum*, ya *in præteritum*), pueden contener legados, revocaciones de éstos y nombramientos de tutor, lo mismo que fideicomisos; pero nunca instituciones ó revocaciones de heredero. Si no se hallan confirmados, no pueden contener más que fideicomisos.

Los codicilos no se hallaban sujetos al principio á ninguna forma.—Constantino exigió la intervencion de siete ó cinco testigos.—Justiniano exigió cinco.—Pero estas formas no son solemnidades indispensables á la existencia de la disposicion; en caso de negacion, se puede deferir el juramento.

Haciendo su testamento, se puede añadir que si aparece nulo como testamento, se quiere que conserve al ménos su validez como codicilo. Esto es lo que los comentadores han llamado *cláusula codicilar*.

Apertura y conservacion de los testamentos.

Esta materia se hallaba arreglada por un edicto del pretor; el testamento se abria en presencia de los testigos ó de la mayor parte de éstos que lo habian signado; se sacaba copia de él, y se depositaba en los archivos. El edicto prometia ademas á todos los que lo deseasen la facultad de examinarlos y de sacar copia de ellos; exceptuándose, sin embargo, las disposiciones que por excepcion debiesen permanecer secretas.

La ley PAPIA POPPÆA, para la adiccion de la herencia, y para el *dies cedit* de los legados; posteriormente una constitucion de Teodosio y de Valentiniano para la transmisibilidad del derecho de herencia concedido á los descendientes del testador, habian dado mayor importancia é interes á la apertura de las tablas del testamento (*apertæ tabulæ*).

Acciones relativas á los legados y fideicomisos.

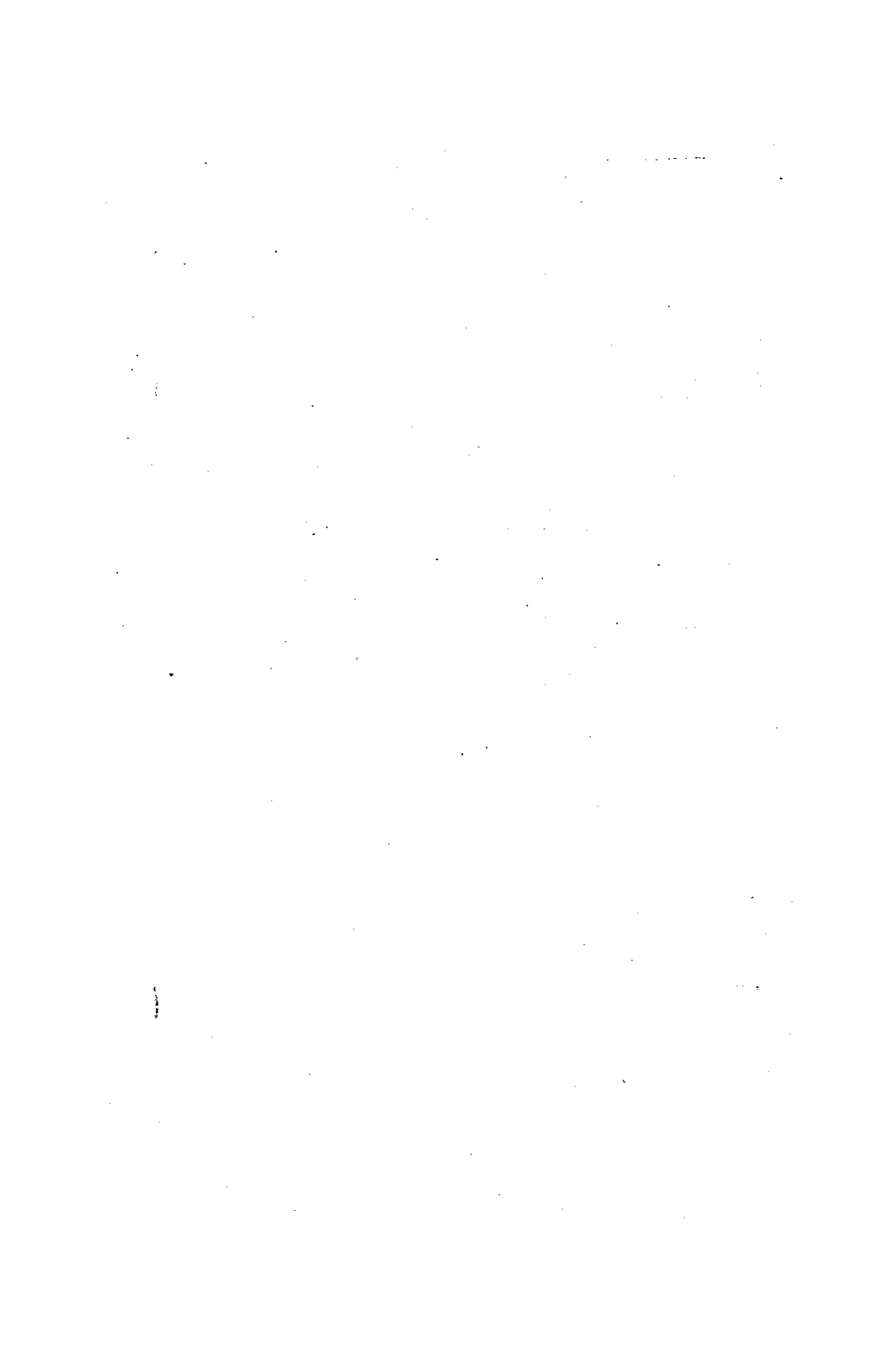
En la época de la distincion de los legados, segun las fórmulas, tenia el legatario: la *rei vindicatio* en el caso de legado *per vindicationem*; la *condictio*, en el de legado *per damnationem* ó *sinendi modo*; y la accion *familiæ erciscundæ* para el legado *per præceptionem*.

Bajo el imperio de Justiniano tenia á su eleccion:—1.º la accion real (*rei vindicatio*), á ménos que el legado no tenga por objeto una cosa tal que no haya podido verificarse la traslacion de propiedad;—2.º, la accion personal (*actio* ó *condictio ex testamento*, ó simplemente *actio legati*);—y 3.º, en fin, la accion hipotecaria (*hypothecaria actio*).

En el caso en que deba suspenderse la ejecucion del legado, el pretor le concede el derecho de exigir satisfaccion para la conservacion de sus derechos (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*).

El heredero por su parte, si el legatario de propia autoridad se ha puesto en posesion del legado, tiene, para hacérselo restituir, el interdicto *Quod legatorum*.

Los fideicomisos particulares daban en tiempo de Justiniano las mismas acciones que los legados; y para las herencias fideicomisarias existia la *fideicommissaria hereditatis petitio*, y la accion *utilis familiae erciscundæ*.



ÍNDICE

DE LAS MATERIAS QUE COMPRENDE ESTE TOMO.

	<u>Páginas.</u>
Explicacion de las principales abreviaturas que se usan en esta obra en las citas de textos.	v
BIOGRAFÍA DEL EMPERADOR JUSTINIANO.	1
DE LAS INSTITUTAS EN GENERAL.	9
PROEMIO.	17

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO.—De la justicia y del derecho.	23
TÍT. II.—Del derecho natural, del derecho de gentes, del derecho civil.	29
TÍT. III.—Del derecho en cuanto á las personas.	45
LIBRES Ó ESCLAVOS.	47
CIUDADANOS Ó EXTRANJEROS.	53
INGENUOS Ó LIBERTINOS.	54
TÍT. IV.—De los ingenuos.	55
TÍT. V.—De los libertinos.	57
<i>Formas públicas de manumision.</i>	61
<i>Formas privadas de manumision.</i>	65
TÍT. VI.—Por quién y por qué causas no pueden hacerse las manumisiones.	71
TÍT. VII.—De la derogacion de la ley Fúria Caninia.	82
<i>De la condicion de los manumitidos.</i>	83
ACCIONES RELATIVAS Á LOS DERECHOS DE LIBERTAD, DE CIUDAD Y DE INGENUIDAD.	85
TÍT. VIII.—De los que son dueños de sí mismos ó se hallan bajo el poder de otro.	86
PODER DEL JEFE SOBRE SUS ESCLAVOS É HIJOS (<i>potestas</i>).	90
TÍT. IX.—De la patria potestad.	94
TÍT. X.—De la nupcias.	98
<i>Efectos de las justas nupcias.</i>	120
<i>Disolucion del matrimonio.</i>	122

	Páginas.
<i>Del concubinato.</i>	124
<i>De las legitimaciones.</i>	126
Tít. XI.—De las adopciones.	132
PODER DEL MARIDO SOBRE LA MUJER (<i>manus</i>).	146 —
PODER SOBRE EL HOMBRE LIBRE ADQUIRIDO POR MANCIPIACION (<i>mancipium</i>).	148
Tít. XII.—De qué manera se disuelve el derecho de potestad.	150
<i>Cómo se disolvian el poder marital (manus) y el mancipium.</i>	163
ACCIONES RELATIVAS Á LOS DERECHOS DE FAMILIA.	164
Tít. XIII.—De las tutelas.	165 —
Tít. XIV.—Quién puede ser nombrado tutor por el testamento.	173 —
Tít. XV.—De la tutela legítima de los agnados.	177 —
Tít. XVI.—De la disminucion de cabeza.	181 —
Tít. XVII.—De la tutela legítima de los patronos.	187 —
Tít. XVIII.—De la tutela legítima de los ascendientes.	188
Tít. XIX.—De la tutela fiduciaria	190
Tít. XX.—Del tutor atiliano y del tutor dado segun la ley Julia y Ticia.	192
<i>De la administracion de los tutores.</i>	199
Tít. XXI.—De la autoridad de los tutores.	206
Tít. XXII.—De qué modo se acaba la tutela.	213
<i>De la tutela de las mujeres.</i>	216 —
Tít. XXIII.—De los curadores.	220
<i>Administracion y fin de la curatela.</i>	228
Tít. XXIV.—De la satisfacion de los tutores ó curadores.	229
Tít. XXV.—De las excusas de los tutores ó curadores.	234
DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA TUTELA Y Á LA CURATELA.	242
Tít. XXVI.—De los tutores ó curadores sospechosos.	244
RESÚMEN DEL LIBRO PRIMERO.	251

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO PRIMERO.—De la division de las cosas.	267
<i>De las cosas en tiempo de la ley de las Doce Tablas.</i>	271
<i>Propiedad en tiempo de las Doce Tablas.</i>	272
<i>Modo de adquirir y transmitir el dominio romano.</i>	272
<i>De las cosas en tiempo de Gayo y Ulpiano.</i>	276
<i>Propiedad en tiempo de Gayo y Ulpiano.</i>	279
<i>Modo de adquirir y transmitir el dominio romano y la posesion in bonis en tiempo de Gayo y Ulpiano.</i>	281
<i>De las cosas segun las instituciones de Justiniano.</i>	287
<i>De la propiedad en tiempo de Justiniano.</i>	300
<i>De la posesion.</i>	302
<i>De los medios de adquirir la posesion y la propiedad en tiempo de Justiniano.</i>	305
<i>De la pérdida de la posesion y de la propiedad.</i>	360

DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA POSESION Y Á LA PROPIEDAD.	362
Tít. II.—De las cosas corpóreas é incorpóreas.	364
Tít. III.—De las servidumbres prediales.	367
Tít. IV.—Del usufructo.	389
Tít. V.—Del uso y de la habitacion.	404
<i>De los trabajos de los esclavos.</i>	409
ACCIONES RELATIVAS Á LAS SERVIDUMBRES.	410
<i>Derechos reales distintos de la propiedad y de la servidumbre.</i>	412
Tít. VI.—De las usucapiones y de las posesiones de largo tiempo.	416
DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LA USUCAPION Y Á LA PRESCRIPCION.	432
Tít. VII.—De las donaciones.	433
<i>De las donaciones por causa de muerte.</i>	434
<i>De las donaciones entre vivos.</i>	440
<i>De las donaciones entre cónyuges.</i>	443
<i>De la dote y de las donaciones por causa de nupcias.</i>	444
DE LAS ACCIONES RELATIVAS Á LAS DONACIONES.	451
Tít. VIII.—Quién puede enajenar ó no.	453
Tít. IX.—Por medio de qué personas se adquiere.	460
<i>Adquisicion por los hijos de familia.</i>	461
<i>Adquisicion por los esclavos de que se tiene la propiedad, el usufructo, el uso ó la posesion de buena fe.</i>	466
<i>Adquisicion por una persona extraña.</i>	472
RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.—DESDE EL TÍTULO I	
AL IX.	477
DE LAS SUCESIONES Ó ADQUISICIONES POR UNIVERSALIDAD.	501
<i>De las herencias.</i>	501
Tít. X.—De las formalidades de los testamentos.	503
Tít. XI.—Del testamento militar.	522
<i>De algunos otros testamentos dispensados de las formas ordinarios.</i>	532
Tít. XII.—De aquellos á quienes no es permitido hacer testamento.	533
Tít. XIII.—De la desheredacion de los hijos.	542
Tít. XIV.—De la institucion de heredero.	553
1.º <i>Qué cosa es la institucion y cómo debe hacerse.</i>	558
2.º <i>Cuáles son los que pueden ser instituidos herederos.</i>	560
3.º <i>Cómo puede dividirse la herencia.</i>	567
4.º <i>Modos y condiciones que pueden ó no imponerse á la institucion de heredero.</i>	573
Tít. XV.—De la sustitucion vulgar.	579
Tít. XVI.—De la sustitucion pupilar.	586
<i>Sustituciones hechas por los soldados.</i>	598
<i>Sustitucion con autorizacion del príncipe.</i>	598
Tít. XVII.—De qué modo se invalidan los testamentos.	599
Tít. XVIII.—Del testamento inoficioso.	607
Tít. XIX.—De la igualdad y diferencia de los herederos.	618
ACCIONES RELATIVAS Á LAS HERENCIAS TESTAMENTARIAS.	634

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.—DESDE EL TÍTULO X	
AL XIX.	637
Tít. XX.—De los legados.	652
<i>Del Dies cedit y del Dies venit relativamente á los legados.</i>	662
<i>De la regla Catoniana.</i>	666
<i>De las cosas que pueden ser legadas.</i>	670
<i>Del derecho de acrecion entre colegatarios.</i>	673
<i>Continuacion : de las cosas que pueden ser legadas.</i>	683
<i>Pérdida, acrecion ó decrecion de la cosa legada.</i>	691
<i>Del legado de una parte de la herencia (partitio).</i>	701
<i>De las personas á quienes se puede legar.</i>	702
<i>Á cargo de quién y cómo se puede legar.</i>	711
<i>De los diversos modos de legados.</i>	713
Tít. XXI.—De la revocacion y de la traslacion de los legados. . . .	721
Tít. XXII.—De la ley Falcidia.	724
Tít. XXIII.—De las herencias fideicomisarias.	730
Tít. XXIV.—De los objetos particulares dejados por fideicomisos. . .	748
Tít. XXV.—De los codicilos.	751
<i>De la apertura y conservacion de los testamentos.</i>	757
ACCIONES RELATIVAS Á LOS LEGADOS Y FIDEICOMISOS.	760
RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.—DESDE EL TÍTULO XX	
AL XXV.	763

