

*Ex rebus peculiaribus.* Debiendo entenderse que si no se trata de nuevas adjunciones, sino de un aumento procedente de las cosas mismas del peculio, como, por ejemplo, del aluvion de los campos, de la cría de los animales, etc., aunque ocurrida despues del *dies cedit*, estos aumentos corresponden al legatario.

*Ita divi Severus et Antoninus rescripserunt.* Los emperadores Diocleciano y Maximiano han dado la misma decision en una constitucion inserta en el Código de Justiniano (1): el esclavo manumitido entre vivos lleva consigo su peculio, si el señor se lo permite, porque el consentimiento del señor no puede ménos de manifestarse: si en vez de retener el peculio, permite al esclavo que se lo lleve, es claro que quiere dárselo. El esclavo manumitido por testamento no tiene, por el contrario, derecho al peculio, á no ser que le haya sido legado, pues no hay de parte del señor ningun acto que manifieste la intencion de dárselo.

*Idem rescripserunt.* Las palabras de este rescripto nos han sido transmitidas por Ulpiano: « *Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecunie quam se in rationem domini impendisse dicit* » (2). No hay verdadera deuda entre el señor y el esclavo que tenga un peculio, pues en definitiva, no sólo el peculio, sino hasta el mismo esclavo son del señor. Pero de hecho puede haber cuentas entre ellos, como, por ejemplo, si el esclavo ha adelantado alguna cosa de su peculio por cuenta de su señor. Estos adelantos son los que en el rescripto de Severo y Antonino no se permite que el esclavo pida cuando le ha sido legado su peculio, á ménos que el difunto no hubiese manifestado intencion ó deseo de que le fuesen reembolsados dichos adelantos. Pero lo que no puede pedir directamente podria retenerlo por compensacion, si por su parte tuviese alguna cuenta con su señor (3).

*Peculium videri legatum.* Este es un legado indirecto del peculio; en efecto, si la intencion del testador era necesaria, no era indispensable que fuese terminantemente expresada: bastaba que resultase suficientemente de las circunstancias (4).

(1) Cod. 7. 23.

(2) Dig. 33. 8. 6. § 4. f. Ulp.

(3) Ib. — V. Ib. 5. f. Paul., y 6. § 5. f. Ulp., para el caso en que se trate de deudas ó de créditos entre el peculio y no el testador sino el heredero. En este caso siempre debe darse razon de ello. — V. tambien Dig. 15. 1. 7. § 6. f. Ulp. en la misma cuestion, y en el caso del peculio dado al esclavo no por legado sino entre vivos.

(4) Dig. 33. 8. 8. § 7. f. Ulp.

XXI. Tam autem corporales res quam in corporales legari possunt. Et ideo, et quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet, nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur. Sed et tale legatum valet: DAMNAS ESTO HERES, DOMUM ILLIUS REIFICERE, VEL ILLUM ERE ALIENO LIBERARE.

21. Se pueden legar las cosas tanto corpóreas como incorpóreas; por consiguiente, el testador puede legar lo que se le debe, de tal modo que el heredero esté obligado á ceder sus acciones al legatario, á ménos que el testador no hubiese exigido el pago en vida suya; porque en este caso se extingue el legado. El siguiente es tambien válido: MI HEREDERO SEA CONDENADO Á RECONSTRUIR LA CASA DE TAL PERSONA, Ó Á PAGAR LAS DEUDAS DE CUAL OTRA.

El texto vuelve aquí á las cosas que pueden ser objeto de los legados.

*Quod defuncto debetur potest alicui legari.* Esto es lo que se llama el legado de deuda ó crédito (*legatum nominis*) (1). El texto nos indica el efecto general de este legado. La persona jurídica del difunto no pasa al legatario, y no está al alcance del testador que sea otra cosa; sólo el heredero es el que continúa su persona, y él solo es quien, á pesar del legado de la deuda, continúa como representante del difunto, siendo acreedor y teniendo las acciones. El efecto del legado se limitará á obligarle á suministrar al legatario estas acciones (*ut actiones suas legatario præstet*); á cedérselas, lo que no puede hacerse sino constituyendo al legatario como una especie de mandatario, de procurador del heredero, para promover estas acciones; pero procurador en sus propios intereses (*procurator in rem suam*). Por lo demas, á esto se limita la obligacion del heredero; en nada asegura el pago del deudor, ni áun la existencia de la deuda (2).

El texto nos suministra despues ejemplos de legados que consisten en actos impuestos al heredero: poco importa que se trate de actos que consistan en hacer ó en no hacer ó en tolerar, de parte del legatario: salvo lo que sea imposible ó ilícito, el legado es válido (3).

XXII. Si generaliter servus vel alia res legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

22. Si el legado es de un esclavo, ó de otra cosa cualquiera en general, la eleccion pertenece al legatario, á ménos de haber una disposicion contraria por parte del testador.

(1) Dig. 30. 1.º 44. § 6. f. Ulp.

(2) Dig. 30. 1.º 105. f. Julian.; 39. § 3. y 75. § 2. f. Ulp. — 34. 10. f. Julian.

(3) Dig. 30. 1.º 112 §§ 3 y 4. f. Marcian.

Aquí se trata del caso en que el testador ha legado una cosa en su género (*rem in genere; rem generaliter*), y no un cuerpo cierto, un objeto determinado en cuanto al individuo, *speciem*, como dicen los romanos. Esto es lo que los comentadores han llamado el legado de género (*legatum generis*). Para la validez de este legado es indispensable que el género se halle determinado dentro de ciertos límites; porque si se legase, por ejemplo, un animal ó una planta, el legado sería irrisorio, de una cosa incierta, y por consiguiente nulo (1). Lo mismo sucedería si el testador legase una casa, un fundo de tierra, y no los hubiese en su herencia; es tan grande la latitud en esta parte, que el legado más bien es ridículo que útil (*magis derisorium est quam utile legatum*); pero si hay casas ó fundos de tierra en la herencia, esta circunstancia determina bastante el objeto del legado: se deberá una de estas casas ó uno de estos fundos (2). Si, por el contrario, se ha legado un esclavo (*hominem*), ó un caballo, no es necesario que se halle en la herencia. El objeto del legado se halla suficientemente determinado por el género (3).

¿Á quién corresponderá la eleccion, al legatario ó al heredero?— Los antiguos jurisconsultos distinguían: Si el legado era *per vindicationem*, «TITIO HOMINEM DO», lo que no podia tener lugar sino en cuanto hubiese en la herencia objetos de este género, la eleccion correspondia al legatario, porque este legado conferia la accion real, la *rei vindicatio*; mas para vindicar una cosa que se pretende ser suya, es preciso designarla (4). Si, por el contrario, el legado era *per damnationem*, «HERES MEUS DAMNAS ESTO HOMINEM DARE», legado que podia tener efecto, ya hubiese ó no cosas semejantes en la herencia, teniendo sólo el legatario la accion personal, se seguia la regla comun de las obligaciones: el heredero obligado quedaba libre, dando á su eleccion la cosa debida (5). Bajo el imperio de Justiniano, que acumuló en todos los legados

(1) «*Legatum nisi certa rei sit et ad certam personam deferatur, nullius est momenti.*» Paul. Sent. 3. 6. § 13.

(2) Dig. 30. 1.º 71. pr. f. Ulp.—Sin embargo, segun las opiniones de diversos intérpretes, el legado de una cosa *in genere* es siempre nulo, si no hay en la herencia cosas de dicho género.

(3) Ulp. Reg. 24. § 14.—Dig. 30. 1.º 13. f. Pomp., 37. pr. f. Ulp.—Este punto, sin embargo, se disputa entre los intérpretes.

(4) «*Si in rem aliquis agat, debet designare rem... appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.*» Dig. 6. 1. 6. f. Paul.

(5) Ulp. Reg. 24. § 14.—Dig. 30. 1.º 108. § 2. f. Afric., evidentemente interpolado por los redactores del Digesto.

la accion real y la personal, es consiguiente dar la eleccion en todos los casos al legatario: «*Verius dici electionem ejus esse, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii*» (1). Pero hay casos en que á pesar de la decision de Justiniano, no podria tener el legatario accion real: tales son todos aquellos en que la herencia no contiene ningun objeto del género legado: hallándose obligado el heredero sólo por la accion personal, debe tener la eleccion (2).—Salva, en toda especie de casos, la disposicion contraria del testador.

Nada importa á quién pertenezca la eleccion, pues no debe recaer ni sobre el mejor ni sobre el peor de los objetos (3).

XXIII. Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. Et, diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra constitutione additum est, ut sive plures legatarii existant quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant), fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat.

23. El legado de opcion, es decir, aquel por el cual el testador ordena que el legatario elegirá uno de sus esclavos ú otra cosa, en otro tiempo comprendia en sí una condicion: si el legatario moria sin haber optado, no trasmitia el legado á sus herederos. Pero por nuestra constitucion hemos reformado este punto: el heredero del legatario tendrá el derecho de optar, si el legatario no lo ha hecho en vida suya. Extendiendo nuestra prevision, hemos añadido que en el caso en que existiesen, ya muchos *colegatarios de opcion*, ya muchos herederos de un solo legatario, y hubiese entre ellos disentiimiento sobre el objeto que debia elegirse, para evitar que el legado perezca (segun la decision poco favorable de la mayor parte de los jurisprudentes), el azar será juez, y prevalecerá la opinion del que sea designado por la suerte.

Aquí se trata del legado de opcion ó de eleccion, en el cual no es una cosa que se lega, sino una facultad personal, un derecho que ejercer, el derecho de escoger: «*HOMINEM OPTATO ELE-*

(1) Dig. 30. 1.º 108. § 2. f. Afric.

(2) Consúltense sobre este punto los fragmentos siguientes del Digesto: 30. 1.º 20. f. Pomp.—33. 5. 2. § 1. f. Ulp., y 12. f. Julian.—Á los cuales se opondrá: 30. 1.º 47. § 3. f. Ulp.—84. § 3. f. Julian.—33. 6. 4. f. Paul.

(3) «*Id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipatur.*» Dig. 30. 1.º 37. pr. f. Ulp., y 110. f. Afric.

GITO» (1), la opcion, la eleccion misma; tambien se dice: *optio vel electio legatur* (2).

De este primer dato los jurisconsultos romanos habian deducido, con su lógica acostumbrada, las reglas especiales de esta especie de legados. Habiendo sido legada al legatario una facultad personal, es preciso que él mismo la ejerza, pues ejercerla por medio de otro sería modificar el legado. Por consiguiente, la opcion no puede hacerse por medio de procurador (3). Si hay muchos colegatarios, mientras que no se pongan de acuerdo acerca de la eleccion, el legado se halla entorpecido. En fin, si muere el legatario antes de haber hecho él mismo la opcion, no trasmite nada á sus herederos: la facultad personal que tenía se extingue con él; mientras que en el legado de una cosa *in genere*, como es la misma cosa la que ha sido legada, si el legatario no muere hasta despues del *dies cedit*, el derecho eventual pasa á los herederos (4).—Veamos en el texto cómo Justiniano modifica el rigor lógico de estas dos últimas deducciones (5).

*Sive unius legatarii plures heredes.* La cuestion no podia presentarse así por los antiguos jurisconsultos, pues el legado no era transmisible á los herederos; no podia tener lugar sino en el caso de haber muchos colegatarios conjuntos, con la circunstancia de que si morian sin haberse puesto de acuerdo, se extinguía el legado. Bajo el imperio de Justiniano se presenta la cuestion lo mismo en un caso que en otro. El legado no perece ya, es cierto; pero como un desacuerdo perpétuo impediría su efecto y lo haría inútil, es preciso, si se quiere evitar este resultado, que equivale á una pérdida, hallar un medio de terminarlo, separándose del rigor de los principios.

En el legado de opcion es enteramente libre la eleccion del legatario: puede tomar la cosa que quiera, aunque sea la mejor (6). Tiene contra el heredero la accion *ad exhibendum* para hacer que se le presenten las cosas, á fin de poder verificar la eleccion (7).

(1) Ulp. Reg. 24 § 6.

(2) Un título especial del Digesto está destinado á esta materia: Dig. 33. 5. *De optione vel electione legata*.—Cicer. *De invent.* 2. 40.

(3) Conf. Dig. 50. 17. 77. f. Papin., con 123. f. Ulp.

(4) Conf. Dig. 36. 2. 12. § 7. con 8. f. Ulp.

(5) V. la constitucion de que habla el texto, en el Cod. 6. 43. 3.

(6) Dig. 4. 3. 9. § 1. f. Ulp.—33. 5. 2. pr. y § 1. f. Ulp.

(7) Dig. 33. 5. 4. f. Paul.; 5. f. Afric.; 8. § 3. f. Pomp.; 22. f.—33. 6. 2. § 1. f. Pomp.

*Del legado de una parte de la herencia (partitio).*

Pocas palabras dirémos acerca de esta especie de legados para terminar la materia de las cosas legadas. El testador, en vez de legar objetos determinados en su individualidad (*speciem*), ó en su género (*in genere*), ó universalidades particulares, como un rebaño, un peculio, etc., áun podia legar una parte cualquiera de la universalidad de sus bienes (*pars bonorum*), una parte de su herencia: «HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM MEAM PARTITOR, DIVIDITO», tal es una de las fórmulas de este legado, que Ulpiano nos ha trasmitido (1). La parte era la expresamente fijada por el testador, y no fijándose, se entendía la mitad (2). Esta especie de legado se llamaba *partitio* (*quæ species legati partitio vocatur*), y el legatario, legatario parciario (*legatarius partiarius*) (3).—Esta disposicion del testador, aunque hubiese legado al legatario todos sus bienes, no lo hacía heredero continuador de la persona del difunto. Era heredero el que como tal habia sido admitido por los comicios; posteriormente, el que habia comprado el patrimonio; despues, el que habia sido instituido con formalidades ménos rigurosas; pero siempre era precisa una institucion en esta calidad y con las formas requeridas. El legatario parciario era una persona que adquiría los bienes por universalidad, pero no un sucesor de la persona; la existencia de su legado dependía de la existencia del heredero. Si la institucion se invalidaba por una causa cualquiera, la *partitio* seguía la misma suerte.—Se sigue de aquí que los créditos y las deudas, á pesar de la existencia de semejante legado, no dejaban de pasar al heredero; éste era el único que podia perseguir á los deudores del difunto, ó ser perseguido por sus acreedores: de donde se deduce que tanto el heredero cuanto el legatario parciario se hallan en la necesidad de darse cuenta respectivamente de las consecuencias de estas acciones. Se obligaban recíprocamente por medio de estipulaciones denominadas *stipulationes partis et pro parte*, sobre la ganancia ó la pérdida que entre sí debían comunicar (*de lucro et damno pro rata parte communi-*

(1) Ulp. Reg. 24. § 5.

(2) Ib. y Dig. 50. 16. 164.—§ 1. f. Ulp.

(3) Ib. y Gay. 2. § 254.—Dig. 36. 1. 22. § 5. f. Ulp.

cando); casi en estos términos, según los ejemplos que nos ha dejado Teófilo en su paráfrasis: «De las sumas que tú obtengas de tu deudor hereditario, ¿prometes darme tal parte de ella? Prometo.»—«Las sumas que yo estuviese obligado á pagar á cualquiera acreedor hereditario, ¿prometes restituírmelas en tal parte de ellas? Prometo.»—Pero estas estipulaciones tenían siempre algún peligro, tanto para el heredero cuanto para el legatario; porque en caso de insolvencia de alguno de ellos, el otro perdía la parte, ya de crédito, ya de deuda, de que tenía derecho para hacerse dar cuenta (1).—Por lo demás, el heredero no se halla absolutamente obligado á dar al legatario parciario su parte de los bienes hereditarios en especie: respecto de las cosas que no pueden dividirse sin experimentar perjuicio, da el precio; respecto de las demás, es libre de escoger entre la parte en especie ó en precio (2).

En la época en que el legado parciario era absolutamente distinto del fideicomiso de herencia (3), parece haber sido de un uso bastante frecuente, si se ha de juzgar por los escritos de los jurisconsultos. En tiempo de Justiniano, en que sus efectos se confundieron enteramente con el fideicomiso, casi llegó á desaparecer. Las Institutas no hablan ya de él.

*De las personas á quienes se puede legar.*

XXIV. Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est. 24. No se puede legar sino á aquellos con quienes se tiene faccion de testamento.

Respecto de aquellos con quienes existe faccion de testamento, es menester referirse á lo que hemos dicho.

XXV. Incertis vero personis neque legata neque fide commissum olim relinqui concessum erat: nam nec miles quidem incertis personis poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, veluti si quis ita dicat. QUICUMQUE FILIO MEO 25. En otro tiempo no podia ninguno hacer á personas inciertas ni legado ni fideicomiso; ni aun militar, como se decide en un rescripto de Adriano. Pero se entendia por persona incierta aquella que el testador no tenía presente en la memoria de una manera precisa; como, por ejemplo, si decia: CUALQUIERA QUE DÉ SU

(1) Sobre estas estipulaciones, véase: Gay. 2. § 254.—Ulp. Reg. 25. § 15.—Paul. Sent. 4. 3. § 1.—Instit. tit. 23. § 6, y Teófilo, paráfrasis del mismo párrafo.

(2) Dig. 30. 1.º 26. § 2. f. Pomp., y 27. f. Paul.

(3) Véase una notable diferencia en él: Dig. 36. 1. 22. § 5. f. Ulp.

IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM DEDEDIT, EI HERES MEUS ILLUM FUNDUM DATO. Illud quoque quod his relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt æquæ incertæ personæ legari videbatur: et denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertæ personæ dari, quia placebat nominatim servos liberari. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ, recte legabatur, veluti: EX COGNATIS MEIS, QUI NUNO SUNT, SI QUIS FILIAM MEAM UXOREM DUXERIT, EI HERES MEUS ILLAM REM DATO. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

HIJA EN MATRIMONIO Á MI HIJO, QUE MI HEREDERO LE DÉ TAL FUNDO. O si legase á aquellos que con posterioridad al testamento fuesen nombrados consules los primeros; con otros ejemplos semejantes. La libertad no podia dejarse tampoco á una persona incierta, porque por regla los esclavos sólo nominalmente podian ser manumitidos, y para tutor no se podia nombrar tampoco sino una persona cierta. Pero hecho bajo una designacion cierta, es decir, á una persona incierta elegida entre personas determinadas, el legado era válido, por ejemplo: QUE MI HEREDERO DÉ TAL COSA Á AQUEL DE MIS COGNADOS AHORA EXISTENTES QUE SE CASE CON MI HIJA. Sin embargo, si el legado ó fideicomiso dejado á personas inciertas se hubiesen pagado equivocadamente, las constituciones prohibian la repetición del pago.

Este párrafo no es más que una exposicion del antiguo derecho que Justiniano va á reformar. «*Legatum nisi certæ rei et ad certam personam deferatur, nullius est momenti*», decia Paulo (1). El texto caracteriza suficientemente lo que se entendia por persona incierta (2). El motivo que los jurisconsultos daban era que el testador debia tener una intencion determinada: «*Quoniam certum consilium debet esse testantis*» (3).

*Neque fideicommissa.* En virtud de un senado-consulto del tiempo de Adriano, como ya hemos dicho; porque al principio sólo se dejaban fideicomisos á las personas á quienes no se les habia podido legar (4).

*Nec miles.* Así el privilegio militar aún no se habia extendido á la dispensa de esta regla.

*Libertas quoque.* La ley FURIA CANINIA, cuyo espíritu hemos dado á conocer, aún exigió la designacion nominal del esclavo manumitido por testamento: «*Lex FURIA CANINIA jubet nominatim servos liberari*» (5).

(1) Paul. Sent. 3. 6. § 13.

(2) Estas explicaciones están tomadas casi textualmente de Gay. 2. § 238, y de Ulp. Reg. 24. § 18.

(3) Ulp. Reg. 22. § 4.—34. 5. 4. f. Paul. 5. pr. f. Gay.

(4) Gay. 2. § 287.

(5) Ib. § 236.

*Repeti non posse.* La *condictio indebiti*, accion personal para la repetición de lo que se ha pagado con error, no podía aplicarse, en virtud de las constituciones imperiales, á este caso, ni para los legados ni para los fideicomisos (1).

Respecto de las personas inciertas es preciso referirse á lo que de ellas hemos ya dicho.—Las ciudades que se hallaban consideradas en el número de estas personas habian sido, sin embargo, reconocidas en tiempo de Nerva como capaces de recibir legados, cuya capacidad fué más especialmente constituida por un senado-consulta del tiempo de Adriano (2).

XXVI. Postuma quoque alieno inutiliter legabatur: est autem alienus postumus qui, natus, inter suos heredes testatoris futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepus extraneus erat postumus avo.

Véase lo que ya hemos dicho de los póstumos.—Siendo el póstumo una persona incierta, no podía como tal ser instituido heredero ni recibir por testamento.—Ya hemos visto por qué pasos se habia llegado á modificar este rigor de principios respecto del póstumo *suus heres*.

XXVII. Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione derelicta cum in nostro Codice constitutio posita est, per quam et huic parti medevimus, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis; quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suæ posteritati cavere.

*In nostro Codice constitutio posita est.* Esto se aplicaba á la primera edicion del Código; en la segunda, que ha llegado hasta nosotros, no se ve ya más que un análisis muy breve de la consti-

(1) Véase sobre este punto á Gayo 2. § 283; en este tiempo habia todavía acerca de esto ciertas diferencias entre los legados y fideicomisos.

(2) Ulp. Reg. 24. § 28.

26. Era inútil tambien legar al póstumo extraño; es decir, al póstumo que á su nacimiento no debe de hallarse en el número de los herederos suyos del testador: tal es, con respecto al abuelo, el nieto concebido de un hijo emancipado.

27. Este punto no ha quedado tampoco sin prudentes reformas: cuando hemos inserto en nuestro Código una constitucion que ha remediado mucho en esta parte, tanto respecto de las herencias, cuanto respecto de los legados y fideicomisos; lo que aclarará de todo punto la lectura de esta misma constitucion. Pero queda siempre prohibido, aun por nuestra constitucion, que se nombre por tutor á una persona incierta, porque con juicio cierto debe proveerse á la tutela de su posteridad.

tucion de Justiniano. Las personas inciertas, y entre éstas especialmente los póstumos aun extraños, las diversas corporaciones y los pobres, pueden recibir legados ó fideicomisos. La regla se extiende aún á legados de libertad, pero no al nombramiento de un tutor (1).

XXVIII. Postumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest, nisi in utero ejus sit quæ jure nostro uxor esse non potest.

28. Sin embargo, el póstumo extraño podía en otro tiempo, como puede hoy, ser instituido heredero, á ménos que no se halle en el seno de una mujer que no pueda ser esposa nuestra.

*Et antea poterat.* Los póstumos extraños no han podido nunca ser instituidos herederos segun el derecho civil (ya lo hemos suficientemente explicado) (2); pero su institucion, nula por el derecho civil, se halla confirmada por derecho pretoriano, que les deba la posesion de los bienes (3). Sabemos que Justiniano les concedió la capacidad para ser instituidos.

*Quæ jure nostro uxor esse non potest.* Si esta expresion se tomase en un sentido general (el hijo de una mujer que no pueda ser esposa, que no tenga el *connubium* con ningun ciudadano romano), no ofreceria dificultad, aunque tampoco nada útil que decir; porque siendo en general extraño el hijo nacido de tal mujer (á ménos que se trate de una religiosa), es evidente que no puede ser instituido.—Si, por el contrario, se toma dicha expresion, como nos lo indica la paráfrasis de Teófilo, en un sentido particular (el hijo de una mujer que el testador no puede tomar por esposa) y á la letra, ofrece consecuencias inadmisibles; así como el testador no puede evidentemente tomar por esposa á su hija, á su hermana, á sus parientas más próximas ó afines; como no puede casarse con ninguna mujer ya casada con otro; como siendo él casado, no puede casarse con ninguna otra mujer, sería ilusoria la facultad de instituir á un póstumo. La excepcion sería mucho más general y más extensa que la regla, y recaeria precisamente sobre aquellos que se hallasen más próximos al testador por los vínculos de la sangre. Resulta de la sana interpretacion de un fragmento de Paulo, que forma una ley del Digesto, que se trata aquí de un

(1) Cod. 6. 48. const. unic.

(2) Gay. 2. §§ 242 y 287.

(3) Véase Inst. 3. 9. pr.—Dig. 37. 11. 3. f. Paul.

póstumo que pertenezca al mismo testador, de un hijo habido de él y de otra mujer. Si no pudiese casarse con ésta, no puede instituir al hijo póstumo en ella habido (1).

XXIX. Si quis in nomine, cognomine, prænominem legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilominus valet legatum; idemque in heredibus servatur, et recte: nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligatur, nihil interest.

XXX. Huic proxima est illa juris regula falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legaverit: STICHUM SERVUM MEUM VERNAM DO LEGO; licet enim non verna, sed emptus sit, de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit: STICHUM SERVUM QUEM A SEIO EMI, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.

XXXI. Longe magis legato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis dixerit: TITIO, QUIA, ABSENTE, ME, NEGOTIA MEA CURAVIT, STICHUM DO LEGO; vel ita: TITIO, QUIA PATROCINIO EJUS CAPITALI CRIMINE LIBERATUS SUM, STICHUM DO LEGO: licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet. Sed si *conditionaliter* enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo: TITIO, SI NEGOTIA MEA CURAVERIT, FUNDUM DO LEGO.

Los tres párrafos que preceden, aunque colocados en el orden en que la Instituta trata de las personas á quienes se hacen legados, se refieren tanto á las cosas legadas cuanto á los legatarios.

(1) Dig. 28. 2. 9. §§ 1. y sig. f. Paul.

29. Si el testador se ha equivocado en el nombre, sobrenombre ó pronombre del legatario, con tal que la persona sea real y efectiva, el legado es válido; lo mismo sucede respecto de la institucion del heredero, y con razon, porque los nombres se han inventado para designar á los hombres, é importa poco que éstos sean designados de cualquiera otra forma.

30. A esta regla de derecho es semejante la que sigue: Una falsa designacion no hace nulo el legado. Si, por ejemplo, el testador ha dicho: LEGO Á ESTICO, NACIDO DE MI ESCLAVA, aunque Estico no haya nacido en su casa, sino que le haya comprado, no hay duda acerca de la identidad, el legado es válido. Del mismo modo por esta designacion: EL ESCLAVO ESTICO, QUE HE COMPRADO Á SEYO, cuando lo ha comprado á otro; con tal que se acredite de qué esclavo se trata, el legado es válido.

31. Con mayor razon una causa falsa no impide la validez del legado; por ejemplo: LEGO Á ESTICO Á TICIO, PORQUE HA ADMINISTRADO MIS NEGOCIOS DURANTE MI AUSENCIA; ó bien: LEGO Á ESTICO Á TICIO, PORQUE EN VIRTUD DE SU DEFENSA HA HECHO QUE SEA ABSUELTO DE UNA ACUSACION CAPITAL: aunque Ticio no haya prestado ningunos servicios al testador, el legado es válido. Otra cosa sería si la causa fuese expresada *bajo forma de condicion*; por ejemplo: LEGO TAL FUNDO Á TICIO SI HA CUIDADO DE MIS NEGOCIOS.

Es preciso, para hacerse cargo de esta materia, distinguir bien tres cosas: 1.º, la designacion; 2.º, la determinacion ó limitacion; 3.º, la causa.

El objeto de la designacion es mostrar, designar y dar mejor á conocer, ya la persona á quien se lega, ya la cosa legada: en esta parte la regla es la que se nos da en el § 30: *Falsa demonstratio legatum non perimit*. Lo que importa es que la intencion del testador se halle suficientemente manifiesta (1); pero si las indicaciones son de tal modo inexactas, vagas ó contradictorias, que el testador se haya equivocado en lo que ha querido expresar, ó que no haya sabido lo que haya querido, la disposicion errónea en su base misma ó ininteligible, á la que no puede darse con exactitud ninguna interpretacion, se reputa por no escrita (2).

El objeto de la determinacion ó limitacion se reduce á señalar los términos y los límites en que deben ser comprendidas la persona á quien el testador ha querido legar, ó la cosa que ha querido legar; por ejemplo, se ha dicho: Lego al primer hijo que nazca de tal mujer ó á los hijos habidos de tal matrimonio, ó yo lego el dinero que se halle en mi cofre; la suma que me debe Gayo: si no nace ningun hijo dentro de un plazo determinado, ó si muere, ó si no hay dinero en el cofre, ó si Gayo no debe nada, en todos estos casos es nulo el legado (3), porque no se puede exceder en nada la voluntad del testador y porque sus palabras han expresado, no ya una designacion, sino un límite. Esto es lo que ha dictado la diferencia de las dos decisiones del § 15, que precede, relativamente al legado de la dote ó de tal suma que ha sido llevada en dote, cuando de hecho nada ha sido llevado.

En cuanto á la indicacion de la causa, es decir, del motivo que puede haber conducido ó determinado al testador á legar, es absolutamente superfluo; el testador no tiene que dar cuenta á nadie de los motivos que ha tenido para obrar de tal ó cual manera, é importa poco que sean falsos los que ha expresado. La causa que

(1) Ulp. Reg. 24. § 19.—Dig. 35. 1. 17. pr. f. Gay.; 33. f. Marc.; 34. f. Florentin.—37. 11. 8. § 2. f. Julian.—30. 1.º 4. pr. f. Ulp.—Cod. 6. 23. 4. const. Gordian.—6. 27. 7. § 1. const. de Anton.

(2) Dig. 28. 5. 9. § 1. f. Ulp.—30. 1.º 4. f. Ulp.—31. 2.º 30. f. Cels.—33. 1. 14. f. Ulp.—34. 5. 3 y 4. f. Paul.—36. 1. 34. f. Marcian.—50. 17. 73. § 3. f. Quint. Muc. Scevol.—Que provenga la duda de las expresiones del testador, de la escritura ó de las circunstancias, se llega aquí á la cuestion tan delicada *de rebus dubiis*, á lo que los redactores del Digesto han dedicado un título especial. Dig. 31. 5. *De rebus dubiis*.

(3) Dig. 30. 1.º 51. f. Papin.; 75. §§ 1 y 2. fr. Ulp.