

aquí produce el derecho no consiste en tal ó cual motivo que haya podido determinar la intencion del testador, sino en su intencion de usar de liberalidad. Basta que exista esta intencion, y no importa por qué: una misma es la regla para la causa falsa que para la falsa designacion. « *Neque ex falsa demonstratione, neque ex falsa causa legatum infirmatur* » (1). Sin embargo, si la existencia de la misma intencion se hallase ligada á la verdad del motivo expresado, la decision sería diversa. Esto es lo que evidentemente tiene lugar cuando el testador ha expresado el motivo en forma de condicion (*conditionaliter*): « *Lego tal fundo á Ticio si ha administrado mis negocios; Lego tal fundo á mi hijo Ticio si su hermano ha tomado tal suma de mi cofre* » (2); no es ésta una verdadera condicion, porque no se trata de un hecho futuro é incierto (3); el legado es puro y simple, pero no existe sino en cuanto fuese real el hecho ya verificado que el testador ha tenido presente, y en consideracion al cual solamente ha declarado que queria legar. Sucede aquí absolutamente como en el caso de determinacion y de limitacion: fuera del límite designado no existe ya la voluntad del testador.— Cuando el difunto no ha empleado esta forma condicional, el legado, en principio y á pesar de la falsedad del motivo expresado, permanece válido. Sin embargo, si los herederos probasen completamente que sin este motivo el testador no hubiese hecho el legado, podrian, para rechazar al legatario, obtener comunmente la excepcion de dolo (4).

Por lo demas, todo lo que concierne á la designacion, limitacion ó causa, no debe confundirse con los diversos modos del legado, de que vamos á hablar (5).

XXXII. An servo heredis recte legamus, quaeritur. Et constat, pure inutiliter legari; nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum si statim post factum testamentum decessisset testator,

32. Se pregunta si se puede legar válidamente al esclavo del heredero. Es constante que, hecho puro y simplemente, es nulo tal legado, y que aun para nada serviría que en vida del testador hubiese salido el esclavo de la potestad del heredero, porque un legado que habria sido

(1) Ulp. Reg. 24. § 19.

(2) Dig. 35. 1. 17. §§ 2 y 3. f. Gay.

(3) Ib. 34. § 1. f. Florent.

(4) Dig. 35. 1. 72. § 6. f. Papin. — Véase el título especial acerca de esta materia en el Código, 6. 44. *De falsa causa adjecta legato vel fideicommisso*.

(5) Las dos materias se hallan tratadas en el Digesto en un título comun: 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus*.

hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

nulo si el testador hubiese muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, no puede valer porque el testador haya vivido más tiempo. Pero bajo condicion puede hacerse el legado, y será preciso averiguar si en el dia de la fijacion del derecho cesó el esclavo de estar en poder del heredero.

La combinacion de los principios acerca del *dies cedit* con los de la regla Catoniana explica fácilmente este texto.

Regularmente no puede ser ninguno en la misma sucesion heredero y legatario; es decir, á un mismo tiempo su propio acreedor y su propio deudor (1). Si hay muchos herederos, cesa en parte la imposibilidad: uno de ellos puede recibir un legado, ya como una mejora, ya de otro modo; pero entónces puede decirse con verdad que el legado no existe sino en la parte que grava á sus coherederos, y no en la suya propia (2). Si no hay más que un solo heredero, la imposibilidad es completa.

Pero ¿qué se habrá de decidir si el legado se hace al esclavo del heredero ó al hijo que se halla bajo su potestad, ó en otro tiempo á aquel que estaba *in mancipio*, ó á su mujer *in manu*? Si esta persona debe adquirir el legado, éste será nulo, pues de otro modo el jefe de familia sería á un mismo tiempo heredero en virtud de su institucion, y legatario por medio de la persona sometida á su poder. Si, por el contrario, adquiere el legado para otro, el legado será válido, pues no se opone á ello ninguna incompatibilidad.— Esto supuesto, recordemos que los esclavos y las personas *alieni juris* adquieren los legados, no para el jefe que tienen en el momento de la formacion del testamento, sino para el que tienen en el momento del *dies cedit*; recordamos tambien que para juzgar de la validez de un legado es preciso, según la regla Catoniana, suponer al testador muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento, y juzgar lo que en aquel tiempo sería el legado. Combinemos estos dos principios y hagamos su aplicacion.

Si el legado hecho al esclavo es puro y simple, se aplica á la regla Catoniana. Supongamos al testador muerto inmediatamente despues de haber hecho su testamento: el *dies cedit* para un lega-

(1) « *Heredi a semetipso legari non potest.* » Ulp. Reg. 24. § 22. — Dig. 30. 1.º 34. § 11. f. Ulp.

(2) « *Heredi a semetipso legatum dari non potest, á (te) coherede potest.* » Ib. 116. § 1. f. Florent. — 104. §§ 3 y 5. f. Julian.

do puro y simple tiene lugar en el día de la muerte, el esclavo legatario adquiere para el señor á quien correspondia en aquel momento; adquiria, pues, para el mismo que ha sido instituido; éste sería á un tiempo legatario y heredero: luégo el legado es nulo. Los hechos supuestos no se realizarán tal vez; quizá á la muerte del testador el esclavo habrá variado de señor ó sido manumitido; nada de esto importa; la circunstancia de que el testador haya vivido más tiempo no puede dar al legado una fuerza que no tenía en su principio. Tal es el efecto de la regla Catoniana.

Si el legado es condicional, no se aplica la regla Catoniana; y si se aplicase, no resultaria seguramente la nulidad del legado, pues el *dies cedit* en los legados condicionales no tiene lugar, cuando más, sino al cumplimiento de la condicion, y no se sabe á quién pertenecerá el esclavo en aquel momento: es preciso, pues, saberlo para juzgar de la suerte del legado. Si en el momento del *dies cedit* se halla todavía el esclavo en poder del mismo señor, el legado será nulo; si ha pasado á otras manos ó ha sido emancipado, el legado, como adquirido en este caso por otra persona distinta del heredero, será válido.

La cuestion tratada en este párrafo habia sido controvertida en tiempo de los antiguos juriconsultos. No considerando Servio Sulpicio sino la realidad que podia sobrevenir en adelante, queria que se pudiese legar al esclavo del heredero, ya pura y simplemente, ya bajo condicion, salvo esperar en todos los casos el resultado ulterior para juzgar de la suerte de estos legados. Los proculyanos por su parte, no considerando más que el estado en el momento mismo de la formacion del testamento, querian que el legado no pudiese nunca hacerse válido, ni pura y simplemente, ni bajo condicion, cualquiera que fuese el resultado ulterior. En fin, Sabino y Cassio, para la aplicacion de la regla Catoniana, dieron una solucion que era á un mismo tiempo un término medio y la aplicacion á la especie de los principios generales de la materia (1). Esta permanece en el derecho de Justiniano.

XXXIII. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam, et si statim post factum

33. En sentido inverso se puede, aun bajo condicion, legar al señor del esclavo instituido heredero. En efecto, supóngase al testador muer-

(1) Gay. 2. § 244.

testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius quam jussu domini adeat, inalterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum; quod si in eadem causa permanerit, et jussu legatarii adierit, evanescit legatum.

to inmediatamente despues de la formacion del testamento; no está seguro todavía de que el derecho al legado se fije en cabeza del que será heredero; porque la herencia se halla aquí separada del legado, y podrá hacerse que otro distinto del legatario se haga heredero por medio de este esclavo: si ántes que su señor le haya hecho hacer adición es enajenado, ó si habiendo sido manumitido hereda él mismo: en estos casos el legado será útil. Pero pierde todo su valor en el momento en que el esclavo, permaneciendo en la misma condicion, hace adición por órden del legatario.

Los mismos principios del párrafo que precede, pero con la circunstancia además, y es, que cuando un esclavo ha sido instituido heredero, adquiere, no para el señor que tiene en el momento de la muerte del testador, sino para aquel por cuya órden hace la adición; de donde se sigue que el legado hecho al señor del esclavo instituido heredero no es nunca nulo en principio.

En efecto; supongamos al legado puro y simple; apliquémosle la regla Catoniana; el testador ha muerto inmediatamente despues de la formacion del testamento: el *dies cedit* ha tenido lugar al punto para el legado: el derecho eventual de este legado se halla fijo en cabeza del señor; pero ¿será éste también heredero? Nada se sabe todavía; el esclavo no adquirirá la herencia sino para el señor que tenga en el momento de la adición, es decir, tal vez para otro, tal vez para él mismo, si ha sido vendido ó emancipado. No es, pues, cierto, aun suponiendo al testador muerto inmediatamente, que reuna aquél en sí mismo las cualidades de heredero y de legatario: el legado es, pues, regular en su origen, salvo esperar las circunstancias ulteriores para decidir acerca de su suerte (1).

A cargo de quién y cómo se puede legar.

Ya sabemos que el verdadero legado no puede hacerse sino á cargo del heredero y del heredero testamentario. No se puede legar ni á cargo del heredero *ab intestato* ni á cargo del legatario

(1) Gay. 2. § 245.—Dig. 36. 2. 17. f. Julian.—35. 2. 20. f. Scevol.

(*a legatario legari non potest*) (1), ni á cargo de un fideicomisario : se les puede rogar, recomendarles, confiar en su buena fe, pero no se puede imponerles obligacion á título de legado : la historia nos ha dado á conocer el motivo. Es preciso que haya un continuador de la persona del difunto, elegido, no por ley general, sino por la ley particular del testamento, para que se le pueda ordenar, mandar, imponerle obligacion, ley (*legem dicere, legare*). El mismo principio habia dictado la decision del párrafo que sigue.

XXXIV. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamentaria vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipse antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem : per nostram constitutionem et hoc vitium emendavimus, ut liceat, et ante heredis institutionem, et inter medias heredum institutiones, legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

Era preciso que el futuro continuador de la persona hubiese sido admitido por los comicios ; posteriormente, que se hubiese hecho comprador de patrimonio por mancipacion (*familiae emptor*) para que pudiese imponérsele una ley. Nada puede preceder á esta creacion del heredero, que da al testador el derecho de ordenar « *Quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit* » (2). Regla inevitable y lógica mientras que las instituciones primitivas de Roma fueron una cosa real ; que no parece sutil y sin fundamento racional sino cuando estas mismas instituciones llegaron á ser una mera ficcion ó un recuerdo.

El nombramiento de tutor se hallaba sometido al rigor de esta

(1) Ulp. Reg. 24. § 20.

(2) Ulp. Reg. 24. § 15.—Paul. Sent. 3. 6. § 2.—Gay. 2. § 229.

regla ; y los sabinianos se empeñaron en sostener esto ; pero los proculeyanos juzgaron que se debia exceptuar de ella, pues no gravaba la herencia con ninguna carga (1) ; el dictámen de éstos prevaleció : era una derogacion del verdadero derecho civil romano. Pero ninguna razon semejante habia en favor del legado de libertad, que era una carga para el continuador de la persona.

Desde Augusto, la admision de los codicilos como capaces de comprender legados, principió ya á modificar la regla.—En tiempo de Justiniano poco importaba el lugar de las disposiciones (2). Ya áun los legados, puestos á cargo de cualquiera otro que no fuese el heredero testamentario, eran válidos como fideicomisos.

Nada tenemos que decir acerca de los términos en que deben hacerse los legados : la materia ha sido tratada. En cuanto á la forma de los actos, volverémos á ocuparnos de este punto cuando tratemos de los codicilos (tít. 25).

De los diversos modos de legados.

Se entiende por modo de un derecho las modificaciones que afectan su misma existencia, su extension, su ejecucion, y que constituyen, respecto de este derecho, otros tantos diversos modos y diversas maneras de ser. Este asunto se trata, respecto de los legados, en un título especial del Digesto y del Código (3).—La condicion (*conditio*), el destino de la cosa legada indicado al legatario (*modus*), el término (*dies*), son otros tantos modos de legados que afectan la disposicion en su existencia, extension y ejecucion.

El legado es condicional cuando el testador ha subordinado su disposicion á un acontecimiento futuro é incierto : existe el legado, pero condicionalmente, en calidad de legado condicional, es decir, como dependiente del hecho futuro. Ya sabemos que despues de una discusion entre las dos escuelas opuestas de jurisprudencia, habiendo prevalecido la opinion de los sabinianos, se admitió definitivamente que en los testamentos, las condiciones imposibles ó ilícitas, en vez de anular la disposicion, debian reputarse por no escritas, y ejecutarse la disposicion como si fuera pura y

(1) Gay 2. § 231.

(2) Véase un fragmento de su constitucion. Cod. 6. 23. 24.

(3) Dig. 35. 1. *De conditionibus et demonstrationibus, et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur.*—Cod. 6. 46. *De conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus.*

simple. — El caso en que la condicion consiste en un hecho negativo, que se prohíbe al legatario hacer (*quæ in non faciendis sunt concepta*), ofrece una particularidad bien notable. Por ejemplo, si el testador ha dicho: Lego cien sueldos de oro á Ticio si no sube al Capitolio (*si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit*): como mientras viva es posible que suba al Capitolio ó que manumita á Estico, la condicion no podia considerarse como cumplida ántes de su muerte, y así le era imposible aprovecharse de la liberalidad del difunto. En este caso, y por un favor especial á las disposiciones testamentarias, se habia aplicado un remedio al rigor del derecho. El legatario á quien así se habia legado, tomaba el legado inmediatamente; pero dando al heredero una fianza, una seguridad para la restitution á que quedaba obligado si contraviene á la prohibicion del testador.

Consiste esta fianza en una satisfaccion, cuya fórmula fué el primero que la introdujo el jurisconsulto Quinto Mucio Scevola, y que se llama caucion Muciana (*Muciana cautio*) (1). Se aplica tambien á las instituciones de heredero hechas bajo semejantes condiciones (2).

El legado se hace bajo un modo (*sub modo*), cuando el difunto ha ordenado al legatario el destino de la cosa legada: por ejemplo, para alzar un monumento al testador, para dar una comida á los municipales, ó para restituir á otro una parte del legado (3). Tal es esta especie: «*Lucius, Publius, Cornelius ad monumentum meum edificandum, mille, heres meus, dato*» (4). No debe confundirse el modo con la condicion (5). No suspende, como ésta, el efecto de la disposicion: el *dies cedit* tiene lugar en este legado como en los puros y simples: el legatario puede pedir la cosa inmediatamente, pero se halla obligado á cumplir el destino indicado por el difunto; á dar fianza al heredero (6); y si no lo hace, puede ser obligado á ello, ó volverse á pedir la cosa legada. — Sin embargo, se halla á veces en el texto la palabra *modus*, tomada en un sentido más lato (7).

(1) Dig. 35. 1. 7. pr. f. Ulp.; 67. f. Javol.; 72. pr. §§ 1. y 2.; 73. 77. § 2. f. Ulp.; 101. § 3. f. Papin.; 106. f. Julian.

(2) 28. 7. 4. § 1. f. Julian.

(3) Dig. 35. 1. 17. § 4. f. Gay.

(4) Ib. 40. § 5. f. Javolen.

(5) Ib. 80. f. Scevol.

(6) Dig. 32. 3.º 19. f. Valent. — 35. 1. 40. § 5. f. Javol.; y 80. f. Scevol.

(7) Cod. 6. 45. De his que sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.

Un término (*dies*) puede ponerse en el legado, y esto establece una diferencia marcada entre el legado y la institucion de heredero: el motivo de esta diferencia se da bastante á conocer segun lo que ya hemos dicho. El legado no es una continuacion de la persona, sino una adquisicion de propiedad ó de crédito: nada, pues, se opone á que se fije un término. — Mas es preciso distinguir entre el término cierto (*dies certus*): por ejemplo, en tales calendas, ó tres años despues de mi muerte; y el término incierto (*dies incertus*): por ejemplo, á la muerte de mi heredero (*heres meus cum morietur*): es seguro que el heredero morirá; pero ¿cuándo? Esto es lo que no se sabe. — En fin, es preciso tener presente la siguiente regla, formulada por Papiniano: «*Dies incertus conditionem in testamento facit*» (1); y tambien por Ulpiano hablando de los legados: «*Dies incertus appellatur conditio*»; regla que ya hemos explicado. Para que el legatario tenga un derecho fijo en beneficio suyo, en el caso de término incierto, es preciso que este término haya sobrevenido en vida suya, pues en otro caso habrá muerto sin derecho y nada habrá transmitido á sus herederos. Cuando el testador ha dicho: «Lego diez sueldos de oro á Gayo, á la muerte de mi heredero», es como si hubiese dicho: Lego diez sueldos de oro á Gayo, si mi heredero muere ántes que él. Esto supuesto, ¿quién no ve que el hecho mismo es dudoso, y que es una verdadera condicion? (2). — Pero si el término, aunque incierto, debe necesariamente cumplirse en vida del legatario, no existen ya las mismas razones: no forma condicion. Véase el único ejemplo de los jurisconsultos: Lego á Ticio, cuando muera (*cum ipse legatarius morietur*) (3). El término es incierto, pero llegará indudablemente en vida del legatario, porque se vive todavía en el momento en que se deja de vivir: no se reputa, pues, el legado como condicional; el legatario lo percibirá sin duda, y lo transmitirá á sus herederos. Esto es sutil, pero lógico. — ¿Cuáles son las consecuencias de esta máxima: *Dies incertus conditionem in testamento facit*? Respecto de la institucion de heredero, puede hacerse bajo un término semejante, aunque por regla general la institucion bajo un término sea nula. Respecto del legado, se aplican al que

(1) Dig. 35. 1. 75. f. Pap.

(2) Dig. 35. 1. 1. § 2. f. Pomp.; 79. § 1. f. Papin. — 31. 2.º 12. § 4. f. Paul.

(3) Dig. 35. 1. 79. pr. f. Papin. — 36. 2. 4. f. Ulp.

se hace bajo un término incierto las mismas reglas, en cuanto al *dies cedit* y al *dies venit*, que las del legado condicional.

XXXV. *Post mortem quoque heredis aut legatarii* simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat: CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO; item: PRIDIE QUAM HERES AUT LEGATABIUS MORIETUR. Sed simili modo et hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne vel in hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniatur.

35. No se podía hacer un legado útil después de la muerte del heredero ó del legatario; por ejemplo: LEGO CUANDO MI HEREDERO HAYA MUERTO; ó bien: PARA LA VÍSPERA DE LA MUERTE DE MI HEREDERO Ó DEL LEGATARIO. Pero hemos igualmente corregido esto, dando fuerza á semejantes legados, á ejemplo de los fideicomisos, á fin de que la condicion de los legados no sea en esta parte inferior á la de los fideicomisos.

Estas sutilezas sobre el término fueron suprimidas por Justiniano.

Post mortem quoque heredis. El legado no podía hacerse bajo un término semejante, porque no hubiese sido hecho verdaderamente *ab herede*, sino más bien *ab heredis herede*; habría sido una carga, no para el heredero, sino para el heredero del heredero (1). Sólo los fideicomisos podían hallarse en esta situación. Justiniano asimiló á ellos los legados.

Aut legatarii. Estas palabras están añadidas al texto de Gayo, y la razón es evidente: en el legado *post mortem legatarii* es indudable que el término incierto sólo se realizará después de la muerte del legatario; que, por consiguiente, no habiéndose fijado su derecho en cabeza suya en virtud del mismo, nada habrá transmitido á sus herederos.

La sutileza de los jurisconsultos romanos consistía en haber distinguido con cuidado, tanto en uno como en otro caso, la diferencia que hay entre la expresión *cum morietur* y la *cum mortuus fuerit* ó *post mortem*. En el primer caso, el *dies* tendrá lugar todavía en vida del heredero ó en vida del legatario; luego el legado podrá ser válido; en el segundo caso no puede llegar el *dies* absolutamente hasta después de la muerte del heredero ó del legatario; el uno no habrá principiado nunca á ser acreedor ni el otro á ser deudor; luego el legado no puede tener valor (2). Hallaremos la

(1) « Ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur. » Ulp. Reg. 24. § 16. Paul Sent. 3. 6. § 5. — Gay. 2. § 232. — En cuanto al nombramiento de un tutor, se dudaba que pudiese hacerse *post mortem heredis*, Gay. 2. § 234.

(2) Véanse los textos citados arriba, y principalmente á Paul. 3. 6. § 6, donde se ve que el legatario se halla comprendido en estas reglas lo mismo que el heredero.

misma sutileza en materia de estipulaciones (Véase más adelante, lib. 3, tit. 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 (*pœna nomine*).

XXXVI. *Pœna quoque nomine inutiliter legabatur et adimebatur vel transferebatur.* Pœnae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquatur, quo magis 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 STICHUM 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 pœna nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamentis 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 aún en los testamentos militares, á pesar del favor otorgado á las demás disposiciones testamentarias de los solda-

(1) Gay. 3. § 100. — Teóf. Paráf. *hic*.

(2) Gay. 2. § 232.

(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.

El legado á título de pena (*legatum pœnæ nomine; quod coercendi 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 disposicion; por manera que para castigarlo por no haber cumplido, y como medio de coaccion, 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 quæ pœnæ causa relinquuntur.—Cod. 6. 41. De his quæ pœnæ nomine in testamentis vel codicillis (scribuntur vel)

dos. Además, ni la libertad podía dejarse de esta manera: y Sabino juzgaba que no se podía tampoco hacer una adjuncion ú asociacion 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 coaccion empleado contra Ticio, y que sea ya la dacion de un legado ó la adjuncion de un coheredero? Tales escrúpulos nos han disgustado. Segun nuestro mandato, para toda disposicion, ya sean legados, revocaciones ó traslaciones de legados, no se distinguirá ya si se hace ó no á título de pena; salvadas, 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.

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 orden 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 orden 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 coaccion.—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, podría haberse creído 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) Teof. hic.

(2) Gay. 2. § 236.

(3) Ib. 2. § 243.

(4) Ulp. Reg. 25. § 13.

(5) En cuanto á la dacion de un tutor, dice Gayo, no ofrece ninguna cuestion; pues no puede ser un medio de coaccion contra el heredero: «De tutore vero nihil possumus querere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere, aut non facere: ideoque nec datur pœnæ nomine tutor (et si) datus fuerit, magis sub conditione 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 deduccion 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 revocacion (*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 entónces, ¿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 aun 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. 34. 6. 2. f. Marcian.

demas, 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.

DE ADEPTIONE ET TRANSLATIONE
LEGATORUM (2).

TÍTULO XXI.

DE LA REVOCACION Y DE LA TRASLACION
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 traslacion (*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 adimatur: 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 traslacion ó la revocacion que á ellas se hallan subordinadas.

(2) Dig. 34. 4. *De 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 odio 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 Teofilo, *hic*.

(3) Dig. 35. 1. 107. f. Gay.—34. 4. 10. f. Julian.

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

(5) Dig. 34. 4. 3. § 11; 4. f. Ulp.; 22. f. Papin.; 31. § 2. f. Scevol.

(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.*

1. 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 jurisconsulto 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 iussus 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 translaciones. 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, podría suceder que el testador hubiese querido hacer, no una traslacion, sino una sustitucion ó una conjuncion de legatarios: es preciso atenderse 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. Pañin.—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. Pañl.—Cod. 6. 37. 6 y 7. const. de Anton.

(5) Arg. Dig. 32. 3.º 18. 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 viado 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 arrebatársele (*legatum aufertur, 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 cautum 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

(1) Dig. 34. 9. *De his que ut indignis auferuntur*. — Cod. 6. 35. *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur*. — Volveremos 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: Baslicas, lib. 41. *περί ωσκληθίου* (de la Falcidia).

totorum bonorum, id est, ut sive los bienes; es decir, que haya uno unus heres institutus esset, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret. 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 ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.*» Á lo que añade que esta ley no conseguia su objeto, pues nada impedia 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 nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.*» Esta disposicion presenta un vicio semejante, añade el jurisconsulto; 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.* 5. — *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 interés fiscal tuvo, pues, una buena parte en la publicación de la ley Falcidia.

Las disposiciones de esta ley, hechas al principio para legados solamente, se extendieron después. Primero por el senado-consulto Pegasiano á los herederos fideicomisarios y á los fideicomisos con que el heredero instituido hubiese sido gravado (1); después 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 después 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 minuunt, 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 heredibus 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 ningún legado, ó con los que ha sido gravado no se le priva sino de la mitad de su porción, ¿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 porción. 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. Al-jan.—8. 57. 2. const. Gordian.—Dig. 30. 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 entonces? ¿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 antes; 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. Fué 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 hereditarium aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum (aureis) legatorum nomine erogatis heres 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 legatis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

¿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 aun pérdidas 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) Seria 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.

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, aun despues de haber pagado las cien monedas de oro dejadas en legados. Éstos 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 aun 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.

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 Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs 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 decidirá la cuarta. En efecto, es preciso ántes 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.

Æs 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 comun, 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 árduas, 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 HEREDITATIBUS.

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

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 aún una universalidad, como un peculio ó un rebaño : es lo que el derecho romano llama fideicomiso de una cosa particular (*fideicommissum singule 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 invitus cogebatur prestare 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 popolare erat*, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem ; tantisque 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