

nes transferentur; et res quæ remanent, apud heredem, sine ullo onere hereditario, apud eum remanet, 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.

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-consulto TREBELIANO, segun el cual pasan las acciones al fideicomisario, ó el senado-consulto PEGASIANO, segun el cual quedan todas al heredero? Y se respondia: El senado-consulto TREBELIANO. En efecto, retener la cuarta por la voluntad ó por indicacion del mismo testador no es lo mismo que retenerla en virtud del senado-consulto PEGASIANO. En el primer caso el testador realmente no ha encargado al heredero que restituya más que los tres cuartos; no hay

parar ántes un objeto ó una suma determinada, que todas las acciones pasan al fideicomisario y contra él en virtud del senado-consulto, 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, áun 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.

ninguna necesidad de invocar el segundo senado-consulto, 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 (quarta) 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-consulto 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. 36. 1. 30. § 3. f. Marcian.

(2) Dig. 36. 1. 1 § 16. 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-consulto 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 jurisconsulto 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 rursus 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 pratoris* no queriendo usar de sus derechos y restituyendo toda la herencia al fideicomisario, éste tendría 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.—Ulp. 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-consulto.

(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. 18. 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, quaestor sacri palatii, suggestit, 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 calumnia juravit*, necesse eum habere vel jusjurandum subire quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coartari, 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.

12. Al principio dependían 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.

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-

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 quauvis 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 relinquitur, 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 podía 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 podía encargársele: «*Neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hereditate pervenit*» (2).—Sin

(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 sometidose á la carga que se le imponia (1).

Aut æstimationem 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 directè 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 (*supponiendo 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*. Aquel 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 adquiriera 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. § 18.—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. § 265.

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 cœperunt, 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 implesset, 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 suasisse 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 debia segun todo el rigor del derecho. Se dice que convocó Augusto varones sabios, entre los cuales se halló Trebacio, que gozaba entónces de grande autoridad; y les preguntó si podía 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 entónces, 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.—Paul. Sent. 3. 6. § 92 y 4. 1. § 10.—Cod. Hermog. tit. *De donationibus*, l. 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 κωδικιλλων (*de los Codicilos*).

(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 codicillos 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 (*tabula, 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) Cicer. Epp. ad. Famil. IV. 12, y VI. 18.—Sénec. Epp. 55. in fin.

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

La introduccion de los codicilos fué de la mayor utilidad, y aún 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 aún sin hacer otro. Este es el carácter distitivo 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, aún 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. Juricons.*, esta constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano: « *Codicillis autem, sine testamento, legatum nec adimi nec dari potest.* » — Gay. 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. Scævola. Vemos por este fragmento que este principio habia sido objeto de controversia entre los Sabinianos y los Proculyanos.

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 fideicommittere 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.

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 sería, 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 valere 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. 2.

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 consiguiendo 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 aun 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. f. 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 también Cod. 1. 3. 13. y Dig. 42. 1. 5. §. 1.

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

(5) Dig. 6. 2. 13. f. Scevul.

(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 basilica en

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

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

(3) Dig. 6. 2. 13. f. Scevul.

(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 aún 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 populares 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 día 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 POPPEA, 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 aún 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. 32. 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. 22. 6. *De nr. 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, también 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 eriscunda*, 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 entonces 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 tabullas hereditatem transmittunt.*

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

(3) Dig. 30. 1.º 69 § 5. f. Gay., y 82 pr. f. Julian.—32. 3.º 29. § 3. f. Labeon.

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

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

En el caso particular en que no pueda exigirse inmediatamente la prestacion 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* ó una *actio ad exhibendum*, ó una *condictio indebiti* ó una *actio in factum* (5).

Hay también 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 tenían en otro tiempo los fideicomisarios, para reclamar su entrega, sino un recurso extraordi-

(1) Cod. 6. 43. 1. 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. Scæv.

(5) Dig. 35. 2. 26. f. Scæv.—10. 4. 5. § 1. f. Ulp.—35. 2. 1. § 11. f. Paul.—Cod. 6. 50. 1. const. de Sever. y Ant., y 9. const. de Gordian.—31. 2.º 77, § 2. f. Papin.

(6) Dig. 43. 3. *Quod legatorum*, 1. 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 peticion de herencia, que habia sido acomodada á su derecho: *fideicommissaria hereditatis petitio* (2); y la action útil de participacion, *utilis familiae eriscundae* (3).

(1) Gay. 2. 278.

(2) Dig. 5. 6.

(3) Dig. 10. 2. 24. § 1. f. Ulp.—40. 1. f. Gay.

Lic. José Siles

RESÚMEN DEL LIBRO SEGUNDO.

(DESDE EL TIT. XX AL XXV.)

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 (*donatio*) 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*).