

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*).

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

Cómo puede hacerse el legado.

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

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

Dies cedit, dies venit y regla Catoniana.

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

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

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

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

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

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

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

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

1.º Sobre la determinacion de las personas que han de adquirir el legado;

2.º Sobre las cosas que componen el legado; porque en el *dies cedit* se fija el derecho, tanto con relacion á las personas, cuanto con relacion á las cosas;

3.º Sobre la transmision del derecho; efecto que, sin embargo, puede no experimentarse, si el legado tiene por objeto un derecho no transmisible por su naturaleza;

4.º En fin, en algunas circunstancias, sobre la pérdida ó la conservacion misma del derecho legado.

Hay ciertos casos particulares en los cuales la determinacion

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pueden ser legadas :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pérdida, accreion ó decrecion de la cosa legada.

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

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

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

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

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

Modos de los legados.

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

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

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

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

Infirmacion, revocacion y traslacion de los legados.

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

Esto supuesto, puede suceder:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Derecho de acrecer entre colegatarios.

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

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

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

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

De la ley Falcidia.

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

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

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

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

Fideicomisos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Codicilos.

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

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

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

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

Apertura y conservacion de los testamentos.

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

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

Acciones relativas á los legados y fideicomisos.

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

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

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

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

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

FIN DEL LIBRO SEGUNDO Y DEL TOMO PRIMERO.