

las deudas; y en la L. 8. §. 8. *De inoff. testam.* se llama á la legítima *cuarta de la porcion debida*, y por tanto respecto del padre es como deuda. 2º Hai claros vestigios de este Derecho en la L. 6. *pr. C. SC. trebell.*, donde no solo se concede al hijo la cuarta trebeliánica, sino tambien la falcidia; por la cual se entiende en aquella lei la porcion legítima que dijimos introdujo la lei falcidia, §. 527. 2. 3º Para que se dividan las obligaciones á prorata entre el fiduciario y fideicomisario, esto es, que pague el fiduciario tanta parte de deudas, cuanta parte de bienes retenga; y cuanta parte llegue tambien al fideicomisario, tanta pague de las deudas, §. 7. *Inst. h. t.* Sin embargo cesa esta conclusion, (a) si instituido uno heredero en cosa determinada, se le mandase entregar las otras, pues en aquella cosa determinada se le tiene por legatario, y el legatario no paga ninguna deuda, §. 9. *Inst. h. t.* (b) Si el fiduciario acepta forzado la herencia, pues entónces parece indigno del beneficio que las leyes conceden, por cumplir con la confianza del testador, §. 7. *Inst. eod.* 3º Que puede ser obligado el heredero á aceptar y entregar la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*, pues si aún en otro caso la misma equidad nos dicta la regla de que *estimos obligados á hacer lo que no nos daña y aprovecha á otro*, ¿cuánto mas obligado no estará aquel, á quien las leyes no solo libertan de las cargas, sino que le remuneran con algun interes, á saber, el que pueda sacar para sí la cuarta parte de toda la herencia, si la acepta voluntariamente?

§. DCLXXII. Vimos hasta aquí lo que es la cuarta trebeliánica, y cómo puede sacarse; falta que observemos cuándo cesa esta rebaja. Cesa 1º en el testamento del militar, porque la voluntad de este ha de cumplirse, cualquiera que ella sea, L. 7. *C. Ad leg. falcid.* 2º Si el testador prohíbe la rebaja, *Nov. 4. c. 2. §. 2.* Pero ya obser-

vámos en el §. 666. que Justiniano introdujo esta reforma contra el espíritu y contra los mismos principios de los legisladores; pues habiéndose inventado la cuarta falcidia y trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituido, ¿cómo pudo concederse al testador sin ofensa de la justicia renunciar al Derecho introducido en favor de otro? No obstante así lo permitió Justiniano en la *Nov. 4.* 3º Si el heredero por ignorancia del Derecho entregase toda la herencia, L. 9. *C. Ad leg. falcid.*; pues aunque por otra parte, lo que se paga indebidamente, puede repetirse por la condicion *indebiti*, sin embargo no puede hacerse otro tanto en lo que se paga por error de Derecho, L. 40. *C. L. 9. pr. ff. De jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si, por ejemplo, entrega uno toda la herencia, porque ignora que existe en su favor este beneficio del senadoconsulto trebeliano, no puede repetir lo que paga por este error. Pero si entrega toda la herencia juzgando que el testador era militar, no siéndolo, puede repetir lo que diese mas del dodrante. 4º Si deja de hacer inventario; y 5º si ya tiene esta cuarta á juicio del testador. Mas de estos dos casos ya hablamos en el *tit. de la L. falcid. §. 654. 40. 41.* 6º Si admitiese por fuerza la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*; de cuyo caso hemos tratado en el párrafo anterior.

TÍTULO XXIV.

DE LAS COSAS SINGULARES DEJADAS POR FIDEICOMISO.

§. DCLXXIII y DCLXXIV. Hemos tratado de los fideicomisos universales, que Justiniano llama con propiedad *herencias fideicomisarias*: siguen los *fideicomisos singu-*

ares, de que hablaremos con mas brevedad, por cuanto ya en el §. 606. 2. advertimos, que Justiniano igualó en un todo estos fideicomisos y los legados, de manera que no hai ninguna diferencia entre ellos en cuanto á su efecto. Todas las disposiciones pues del Derecho que notamos acerca de los legados, valen en los fideicomisos. Los que pueden legar, tambien pueden dejar fideicomisos: á los que se puede dar legados, tambien fideicomisos: las cosas que se pueden legar, tambien se dejan por fideicomiso. Para decirlo de una vez, de tal modo se han igualado los legados y fideicomisos, que seria necesario repetir aquí todo el prolijo título de los legados, si quisiésemos tratar todas las cuestiones de los fideicomisos singulares.

§. DCLXXV. Pero aunque, en cuanto al efecto del Derecho, no conozcamos ya ninguna diferencia entre los legados y fideicomisos singulares, no obstante todavia existe alguna. 1º *En las palabras*, pues los que se dejan con palabras imperativas, se llaman legados: los que con palabras de ruego, fideicomisos, §. 2. *Inst. h. t.* 2º *En el modo de dejar el fideicomiso*, pues los legados no pueden dejarse sino en presencia de cinco testigos; y en los fideicomisos no se requiere ningun testigo, si el testador ruega al heredero personalmente, que cumpla con el fideicomiso, *L. ult. C. De fideicomm.* Si se pregunta, cómo puede probarse que el testador dejó el fideicomiso, si no lo presencié ningun testigo; la respuesta puede tomarse de la misma lei; á saber, se puede exigir juramento al heredero de si se le ha dejado encargado algo, y de no querer jorar, tendrá que cumplir el fideicomiso. Y si jura en falso? Entónces no hai que responder: no hai otro medio de averiguar la verdad. El juramento; como diceel Apóstol, es el fin de todo pleito.

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

§. DCLXXVI. Nada falta de la doctrina de ultimas voluntades sino el título de *codicilos*. Trátase de ellos en este último lugar, porque así como las herencias pueden dejarse solamente por testamento, así los legados y fideicomisos se mandan tambien en los codicilos, como que son cuasi testamentos. Por tanto se ha de considerar, 1º qué significa la palabra codicilo, §. 677.; 2º cuál es el origen de los codicilos, §. 678 y 679.; 3º qué es codicilo, y de cuántas maneras, §. 680 y 681.; 4º cómo se hacen, §. 682 al 684.; 5º qué es cláusula codicilar, §. 685 al 687.

§. DCLXXVII. Iº En cuanto á la significacion, los codicilos son lo mismo que *cartas*; y así usa Ciceron frecuentemente de este vocablo, *lib. IV. Ep. 12. lib. IV. ep. 18. lib. XII. ad. Att. ep. 8.* Y de aquí es que tambien son codicilos de los principes los rescriptos ó epistolas de los emperadores, *L. 41. ff. De excus. L. A. C. Ut omn. jud. Sueton. Claud. c. 29.* No obstante al principio se denotaban con esta voz las cartas que se enviaban, no á los ausentes, sino á los que habitaban en la misma ciudad; cuyas cartas solemos hoi dia llamar *billetes*. Y á esto se refiere el elegante pasaje de Séneca que se lee en su *Ep. 55.*

§. DCLXXVIII y DCLXXIX. IIº Acerca del origen de los codicilos se ha de repetir todo lo que se dijo arriba en el §. 663. del origen de los fideicomisos; á saber, 1º que muchas veces los testadores escribian codicilos á los herederos, encargándoles en ellos que hiciesen ó diesen algo,

y estos codicilos se escribian en forma de cartas; de suerte que hasta vemos en ellos la fórmula solemne epistolar: Lucio Ticio saluda á su heredero Seyo, *L. 56. ff. De fideicomiss. hered.* 2º Así como la epístola no obliga á nadie á que haga lo que se le encarga, igualmente estaba en la facultad de los herederos cumplir ó no con los codicilos, hasta el tiempo de Augusto. 3º Ya referimos arriba, §. 663., cómo Augusto impuso á los herederos la obligacion de hacer lo que se les encargase, esponiendo toda la historia de L. Léntulo, que nombró heredero á Augusto, y le gravó en los codicilos con varios fideicomisos. Puede añadirse aquí la disertacion del doctísimo Nicolas Gerónimo Gundlingio *sobre el jurisconsulto C. Trebacio Testa.*

§. DCLXXX y DCLXXXI. IIIº Llegamos á la definicion y division. Codicilos son *la voluntad ménos solemne de los testadores ó de los intestados.* Por tanto los testamentos y codicilos convienen en que unos y otros son la espresion de la voluntad; mas se diferencian, 1º en que el testamento es una última voluntad *solemne*: el codicilo *ménos solemne.* 2º Cuando se hace testamento, no pueden suceder los herederos abintestato; y los codicilos pueden hacerse, ya quiera uno morir testado ó intestado. 3º En que en el testamento la cabeza y fundamento es la institucion de heredero, y en los codicilos no puede dejarse heredero, y sí solamente legados y fideicomisos (1). De aquí se infiere claramente de cuántas maneras son los codicilos. Unos son *escritos*, que se reducen á escritura; otros *nuncupativos*,

(1) Como por las leyes de España se requieren las mismas solemnidades para el codicilo que para el testamento, valdrá la institucion de heredero que en él se haga, bien que entónces dejará de ser codicilo, y pasará á la categoría de testamento; pero en el codicilo cerrado no valdrá, y esto es sin duda, porque para el codicilo cerrado bastan cinco testigos, cuando en el testamento de igual clase son necesarios ocho y escribano.

que se profieren de viva voz; pues aunque los codicilos sean cartas, §. 677., y por otra parte parezca, que envuelve contradiccion que la epístola sea de palabra, no obstante ha de subsistir esta division de los codicilos, porque se ha de introducir á ejemplo de los testamentos, que tambien dijimos (§. 491.) que se dividian en escritos y nuncupativos. Además se ha de tener presente otra division; á saber, que los codicilos se hacen por el que muere *testado*, ó por el que queda *intestado*, §. 4. *Inst. h. t.* Aquellos son, cuando se hace testamento; estos, cuando uno muere sin hacerlo. Aquellos se llaman tambien *codicilos confirmados por testamento*, bien preceda el testamento á los codicilos, ó bien sea posterior á ellos. No importa que se haga ó no mencion de ellos en el testamento, §. 4. *Inst. h. t.*, sin que obste la *L. 5. ff. h. t.*, pues solamente quiere Papiniano que el testamento no contradiga á los codicilos hechos anteriormente.

§. DCLXXXII — DCXXXIV. IVº Tocante á los derechos de los codicilos, se derivan de su misma definicion. De ella inferimos, 1º que el que no puede hacer testamento, tampoco puede hacer codicilos, *L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. ff. De jur. codic.*; pues los codicilos no son otra cosa que testamentos ménos solemnes. 2º En los codicilos no puede nombrarse heredero, pues la institucion de heredero es solemne, y por tanto no puede hacerse sin solemnidades. De lo que tambien resulta, que ni la desheredacion ni la sustitucion pueden hacerse en los codicilos, *L. 6. pr. L. 40. ff. h. t.* Qué puede pues hacerse en los codicilos? Legar, dejar fideicomisos, donar por causa de muerte, y aún puede darse tutor en codicilos confirmados por testamento, §. 213. 2. Si se ha dado el tutor en codicilos no confirmados por testamento, no está bien dado; pero no obstante suele confirmarse por el magistrado, §. 216. Véase la *L. 3. pr. ff. De test. tut. L. 4.*

§. 2. ff. *De confirm. tut.* 3º Pueden hacerse muchos codicilos, con tal que no se contradigan unos á otros, §. 3. *Inst. h. t.* En los testamentos es mui diverso, porque ningun paisano puede morir con dos testamentos, §. 494. 4.; y por tanto el posterior siempre rompe el anterior; pero en los codicilos, por cuanto no disponemos de todos los bienes, fácilmente pueden tener efecto muchos de aquellos. 4º Los codicilos no exigen ninguna solemnidad. Con todo confesamos que requieren la presencia de cinco testigos, *L. 20. §. 6. ff. Qui test. fac.*, ó de seis en el codicilo del ciego, *L. 8. C. Qui test. fac.*; pero estos testigos no concurren por solemnidad, sino para prueba. De aquí es que ni debian ser rogados solemnemente, y podian serlo las mujeres (1), como demostrámos en los escolios contra el parecer del ilustre Reinoldo. Advertimos ademas que en el testamento no pueden ser testigos los herederos, y sí los legatorios; al contrario de los codicilos, donde pueden serlo los herederos, y no los legatorios. La razon es, porque en el testamento se hace el negocio entre el testador y el heredero; y en los codicilos parece que es entre el testador y el legatario; y ni en uno ni otro caso puede uno ser testigo en causa propia, §. 40. 41. *Inst. de test. ordin.*

§. DCLXXXV — DCLXXXVII. Vº Resta saber qué es *cláusula codicilar*, y qué efecto tiene. Esta cláusula suele añadirse á los testamentos, y estar concebida en estos

(1) Entre los romanos se cuestionaba si las mujeres podian ser testigos en los codicilos, por no haber en sus códigos lei expresa que lo prohibiese; y como entre ellos se diferenciaba hastante este instrumento del testamento, no faltó quien asegurase podian serlo. Entre nosotros no puede haber duda, por cuanto en un todo se igualan y tienen unas mismas solemnidades, tanto que son unos segundos testamentos; y si contienen cláusulas especiales y derogatorias, se elevan á igual categoría, dejando de existir los testamentos que los precedieron.

términos: *si el testamento no fuese válido como testamento, quiero que valga en clase de codicilo*. Así se halla esta cláusula en la *L. 44. §. 3. De vulg. et pupill. subst.* Á lo que suelen añadir los escribanos: *valga como legado, fideicomiso, donacion por causa de muerte, ó por cualquier otro mejor modo que pueda valer*; pero todo esto es inútil y superfluo. Con todo se atribuye á esta cláusula tanto efecto, que los pragmáticos la llaman *yerba betónica*, que sana todos los vicios de los testamentos. Sin embargó manifestámos que no sana, 1º el defecto de solemnidad interna, por ejemplo, la pretericion de los hijos. 2º El defecto de voluntad; pues, si, por ejemplo, se forzase al testador á testar, ó no estuviese en su cabal juicio, no aprovecharia esta cláusula. 3º El defecto de adición de la herencia; pues repudiada esta, queda abandonado el testamento, y se destruye, aunque contenga mil cláusulas semejantes. Qué uso tiene pues esta cláusula? Que si asisten cinco testigos, vale el testamento como fideicomiso, *L. 29. §. 1. ff. Qui test. fac. poss.* Todos los demas efectos que ponderan Gailio, Estrikió y Sandio, son meras habladurías de los juriseconsultos.