

sacar la cuarta. 8ª Si el heredero, ó de su libre voluntad, ó por error de derecho, pagase íntegros los legados. Pero el primero que permitió al testador la prohibición contra el fin y reglas de esta lei, fué Justiniano en la *Nov. I. c. 2.* 9ª Si procura dolosamente el heredero que falte un fideicomiso; pues las leyes jamas favorecen el dolo. 10ª Si el difunto hubiese ya satisfecho en vida al heredero, dándole el valor de la cuarta falcidia. Por ejemplo: te doi este predio con la condición de que no cercenes nada á los legatarios. 11ª Si el heredero no hiciese inventario. En este caso ¿cómo habia de sacarse la cuarta, no pudiendo constar el causal de la herencia, sino por el inventario? (1)

(1) Cuando la cosa legada no tiene cómoda division, se aprecia, y de su importe se deduce la cuarta, previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detracción de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado, segun disposicion terminante de la *L. 2. tit. 11. Part. 6.* Y para poder sacarla el heredero, debe hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes; pues si no lo hace, no podrá, y ademas estará obligado á pagar todas las mandas y deudas que dejó el testador, *L. 10. tit. 6. Part. 6.*; y si lo hace pagando ántes los legados que las deudas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues al heredero por lo que falte, *L. 7. del mismo tit.*

TÍTULO XXIII.

DE LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS, Y DEL SENADO-CONSULTO TREBELIANO.

§. DCLV. Hasta aquí se han examinado dos especies de últimas voluntades; la herencia testamentaria y los legados; resta la tercera, á saber, los *fideicomisos*, de los cuales se trata en los títulos que faltan de este libro.

No podemos encargar nada á la fe de otro, sino rogándole, y de aquí resulta al momento la definicion. *Fideicomiso* es lo que *se deja con palabras de ruego ú oblicuas*. En las herencias y legados vimos que era distinto, requiriéndose en ellos palabras directas y legales, esto es, imperativas, porque legar es dar la lei en sus cosas. Absurdamente obraria el legislador que usase de palabras de súplica. Por lo demas el mismo Justiniano nos manifiesta el origen de los fideicomisos, §. 4. *Inst. h. t.*, inventados en fraude de las leyes (1);

(1) El fideicomiso se cree fué usado en Roma desde Numa Pompilio, segundo rei de aquella nacion, por los que morian fuera del territorio romano, y por los que deseaban dejar sus bienes ó parte de ellos á personas, inhibidas por la lei de ser herederos, pero que no obstante merecian ser remunerados por los servicios que habian hecho á los testadores. Pero estos encargos, encomendados á la buena fe y probidad de los herederos, no tenian fuerza obligatoria, y así estaba en su arbi-

pues á los que no podia dejarse la herencia ó legados, se les daba algo por modo de fideicomiso. Lo cual se mudó despues por el senadoconsulto planciano, como advertimos en los coment. á la *L. jul. y pap. pop. lib. II. cap. 6. p. 492.*

§. DCLVI y DCLVII. Ya sabemos lo que es fideicomiso : ahora se pregunta de cuántas maneras es. Se divide en *universal* y *singular* : *universal* es, cuando se deja á uno por via de fideicomiso, ó toda la herencia, ó parte de ella ; por lo cual semejante fideicomiso se llama con propiedad en la rúbrica de nuestro título *herencia fideicomisaria*. *Singular*, cuando se deja á modo de fideicomiso una cosa singular, como el género, la especie y la cantidad. De este trataremos en el título siguiente. Respecto del universal se ha de observar aquí que requiere siempre tres personas : 1º el que deja el fideicomiso se llama *fideicomitente* : 2º aquel á quien se encarga que restituya la herencia que se le ha dejado, se denomina *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad ha tenido singular confianza el testador. 3º Últimamente aquel á quien se entrega la herencia, es heredero *fideicomisario*, el cual sin embargo por riguroso Derecho civil no es heredero, ni sucede en los derechos del difunto, sino que solamente percibe la herencia y los bienes hereditarios, *L. 88. ff. De her. instit.*

rio cumplir ó dejar de cumplir con ellos, hasta que Augusto se la dió. Desde este tiempo los podemos considerar como unos verdaderos testamentos, en cuanto á su efecto.

§. DCLVIII. Esta es la primera division de fideicomisos : sigue otra, á saber, que el fideicomiso es espreso ó tácito. *Espreso* es, *cuando con palabras espresas y claras se encarga á uno que restituya á otro la herencia, ó parte de ella.* Por ejemplo : Sicilio ruega á Ático que entregue á Ciceron la herencia que se le ha dejado. *Tácito*, cuando no se hace mencion de restitution, y sin embargo se encarga al heredero alguna cosa, de donde puede inferirse que debe restituirla. Por ejemplo : Ático, sé heredero, pero con la condicion de que no hagas testamento. Pues entónces es lo mismo que si hubiese dicho : ruego á Pedro que restituya la herencia á sus próximos parientes. De este modo se constituyen frecuentemente los fideicomisos de las familias ilustres, siempre que el testador grava los bienes hereditarios con el fideicomiso de que permanezcan siempre en la familia. Si pues entónces se ha establecido que el mayor de la familia posea estos bienes, se llama *seniorazgo* ; si se observa el orden de suceder abintestato, de manera que siempre el hermano mayor sea preferido á los mas jóvenes, se llama *mayorazgo*. De estos fideicomisos familiares trató diligentemente Feltmanó en el tratado *De pactis familiarum illustrium*.

§. DCLIX, DCLX y DCLXI. De estos principios se fácilmente se infiere, 1º quién puede dejar fideicomisos, á saber, todo el que puede hacer testamento. Debe pues poder disponer de su herencia, lo que no puede el hijo de familia, el siervo, el extranjero y otros, de que se ha tratado arriba en el *lib. II. tit. 12. 2º* Por medio

de quiénes se pueden dejar fideicomisos? Por medio de todos los que recibieron la herencia ó parte de ella con el título honroso de institucion. No obstante ninguno puede ser mas cargado que favorecido; y así sería absurdo el fideicomiso, si uno fuese instituído heredero en la tercera parte, y se le encargase que entregara toda la herencia. Mas puede encargarse al fideicomisario la restitution; por ejemplo: sé mi heredero, Ticio; pero te encargo que entregues la herencia á Mevio, y que este la pasase á Sempronio, y así hasta el infinito. 3º Á quiénes se puede dejar algo por fideicomiso? Á todos los que tienen la testamentifaccion pasiva, ó que pueden ser instituídos herederos. De aquí es, por ejemplo, que si se me hubiese mandado entregar la herencia á un colegio de música, sería de ningun valor este fideicomiso, porque no puede ser instituído heredero un colegio que no está aprobado, §. 549. 5. 4º Dónde pueden hacerse fideicomisos? En el testamento y codicilos; pues no siendo heredero en rigor de Derecho el fideicomisario, §. 657. 2., no es extraño que pueda dejarse en los codicilos el fideicomiso, y no la herencia. Á esto se agrega que á vezes no hace uno testamento al morir, sino que deja la herencia á los herederos abintestato, y entónces puede ciertamente cargarlos con fideicomisos solo en los codicilos. Por tanto de aquí se infiere que el fideicomiso no requiere en sí ninguna selemnidad, sino solo la presencia de cinco testigos. Por mejor decir, á vezes no hacen falta ni aún los testigos, si el testador, estando presente el heredero

fiduciario, le encarga que entregue á otro la herencia, pues en tal caso, si niega el heredero que se le ha hecho semejante encargo, se le puede pedir un juramento, §. *ult. Inst. h. t.* 5º Cómo se pueden dejar fideicomisos? Puramente, bajo condicion, y hasta cierto dia. Y aquí se ha de notar segunda vez la diferencia entre la herencia y el fideicomiso; pues la herencia no puede dejarse desde cierto dia, §. 544. §. 9. *Inst. De hered. inst.*, y sí el fideicomiso, §. 2. *Inst. h. t.* La razon de esta diferencia se manifiesta en la regla bien conocida, de que ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, *L. 7. ff. De R. J.*; y esto sucedería, si se dejase la herencia hasta cierto dia (1); pero no, si se dejara el fideicomiso para dia determinado.

§. DCLXII y DCLXIII. Se suscita ahora una gran cuestion: ¿está el heredero obligado á cumplir el fideicomiso? Ha de tenerse aquí presente, que antiguamente no producía este ninguna obligacion, sino que se dejaba solamente al pundonor del heredero, si queria ó no cumplir el fideicomiso. Lo cual no se aparta de los principios del Derecho, pues la sola súplica de uno nunca me obliga, á no darle palabra de que accedo, porque toda obligacion nace ó de consentimiento, ó de delito. Y ¿habia acaso prometido el heredero fiduciario

(1) Porque hasta que llegase el dia, quedaria abandonada la herencia, pues no podia ir á los herederos abintestato á causa de haber testamento; ni podia ir á los herederos testamentarios, porque no habia llegado el dia prefijado por el testador; y miéntras quedaba la herencia intestada.

al testador que haria lo que este le suplicaba? Así se observó hasta los tiempos de Augusto, pues refiere Justiniano, que muriendo en África Lucio Léntulo, habia instituído herederos á Augusto y su hija, suplicándoles en los codicilos que entregasen varios fideicomisos; y Augusto no solo los cumplió todos, sino que por consejo del célebre juriconsulto Cayo Trebacio, estableció que todos los herederos estuviesen obligados á prestar los fideicomisos. Como esta historia se refiere solo en las Instituciones, y ademas no se halla ningun Lucio Léntulo en los fastos consulares, algunos la juzgan manifiestamente falsa. Reinesio fué el primero que dispó esta duda en sus *Inscr. class.* 40. n. 3. p. 597., donde claramente manifiesta por un mármol, que este Lucio Léntulo fué cónsul con Marco Mesala el año 751 de la fundacion de Roma. Al principio encargó Augusto á los cónsules que apremiasen á los herederos á cumplir los fideicomisos: despues creó Claudio dos pretores fideicomisarios que no entendiesen en otros asuntos que en los fideicomisos, *Suet. Claud. c. 23.* Sin embargo despues de los tiempos de Claudio se reunió la jurisdiccion de los cónsules y pretores para las herencias fideicomisarias, segun consta de Ulpiano, *Fragm. tit. 25. §. 2.* Quintil. *Inst. orat. lib. III. c. 6.*

§. DCLXIV y DCLXV. Aunque estableció esto Augusto con tan buen acuerdo, nació otro inconveniente mucho mayor, esto es, que se abandonaban la mayor parte de los testamentos, pues sucediendo el heredero en todo el derecho del difunto, está tambien obligado á

pagar las deudas. Y ¿quién seria tan necio que quisiese aceptar la herencia que le constaba debía restituir, de manera que á él le quedasen solo las deudas? De aquí á la verdad resultaba que la mayor parte preferian repudiar la herencia á cargarse con las deudas y dar á otro los bienes, *L. 4. §. 2. ff. ad SC. treb.* Si se hacia esto, ni el heredero ni el fideicomisario recibian nada, y destruyéndose el testamento, venia á quedar la herencia abintestato. Lo cual, siendo contrario á los deseos de los que morian, á quienes tanto favorecian las leyes, en tiempo de Néron meditó el senado el modo de proveer de remedio á este inconveniente, formándose por consejo de aquel el senadoconsulto trebeliano en el año 814 de la fundacion de Roma, en las calendas de setiembre, siendo cónsules L. Aneo Séneca, cuyas obras filosóficas existen, y Trebelio Máximo. Por este senadoconsulto se estableció, 4º que si el heredero entrega á otro la herencia por fideicomiso, no pague él solo las deudas, sino tambien el fideicomisario á prorrata. Si pues se le mandaba entregar toda la herencia, tambien el fideicomisario tenia que pagar todas las deudas: si solo entregaba parte, tambien por razon de ella pasaban las obligaciones al fideicomisario. Así pues, si por ejemplo, el heredero tenia la cuarta parte, tambien pagaba la cuarta parte de las deudas, y lo demas correspondia al fideicomisario. Así se ha de entender el senadoconsulto trebeliano, que se describe en la *L. 4. ff. de SCto. treb. §. 4. Inst. h. t.*

§. DCLXVI, DCLXVII y DCLXVIII. Ni aún así se habia

salvado la dificultad, pues aunque el heredero estaba libre de carga, porque no tenia que pagar ninguna deuda, sin embargo son los hombres de tal naturaleza, que no quieren hacer nada sin esperanza de lucro. De aquí es que los herederos fiduciarios repudiaban las herencias, porque si bien no les sobrevenia daño, no obstante, entregando toda la herencia, tampoco esperaban ningun lucro. Por lo cual segunda vez pensó en el remedio el senado en tiempo de Vespasiano, no se sabe en qué año, si bien nuestro Derecho ha conservado el nombre de los cónsules. Estos eran Pegaso, el celebrísimo jurisconsulto de quien recibieron su denominación los pegasianos, y Pusio. No consta de los fastos el año en que ejercieron su dignidad, y solo sabemos que del primero de ellos tomó este senadoconsulto el nombre de *pegasiano*. Por él se establecieron dos cosas: 1ª que esté obligado el heredero á aceptar la herencia y entregarla: y 2ª que si se le manda restituir toda la herencia ó gran parte de ella, retenga salva la cuarta parte al ménos, y si no la tuviese salva, que la disminuya á ejemplo de la falcidia, §. 2. §. 6. *Inst. h. t.* Tales eran estos senadoconsultos. A uno y otro les faltaba algo: el trebeliano libertaba al heredero de las cargas, pero no le concedia ningun interes; y el pegasiano le proporcionaba lucro, mas no le eximia de las deudas. De aquí es que en aquellos tiempos tenia que mirar el heredero, si le quedaba ó no salva la cuarta. Si lo primero, entregaba la herencia por el senadoconsulto trebeliano; y así se dividian las deudas entre él y

el fideicomisario: si no tenia salva la cuarta, la sacaba en virtud del senadoconsulto pegasiano; pero entónces tenia que pagar todas las deudas, á no ser que mediando estipulacion, obligase al fideicomisario á que se cargase con algunas. §. 6. *Inst. h. t.* En este punto entrambos podian engañarse, si era desconocida la deuda ó se dudaba cuántas habia en la herencia.

§. DCLXIX — DCLXXI. Habiéndolo advertido Justiniano, y pensado en el remedio, reunió en uno los senadoconsultos trebeliano y pegasiano. No existe la constitucion que salió á la luz con este motivo, habiéndose perdido con el Código justiniano; pero el §. 7. *Inst. h. t.* contiene su disposicion en breves palabras; á saber, 1º que se tuviesen en adelante por uno solo los dos senadoconsultos, de suerte que abolido el nombre de senadoconsulto pegasiano, se llamase solo trebeliano; lo que sin duda le agradó así por favorecer mas á los sabinianos que á los proculeyanos, de cuya escuela habia sido uno de los principales secuazos Pegaso. De aquí es que en el dia no existe en las Pandectas el título *De SCto. pegasiano*, sino solamente del trebeliano. 2º Que la cuarta que ha de sacar el heredero (1), se llama trebeliánica, y no pegasiana, no obs-

(1) La cuarta trebeliánica nunca se puede sacar de la legítima de los hijos: bien que como de esta no puede disponer el padre, no dejará, respecto de ellos, herederos fideicomisarios, ni tampoco de los legados destinados á causas piadosas, *L. 4. tit. 11. Part. 6.* Ni el heredero que por error pagó los legados íntegros, puede sacar la cuarta despues de los demas, á no aparecer grandes deudas que no sabia él pudieran existir.

tante que ántes llevaba este último nombre. En cuanto á lo demas, de aquella mezcla de senadosconsultos se sigue: 4º que el fiduciario puede sacar la cuarta, si no la tuviese salva, ó si la pagase por error de hecho, puede repetirla por la condicion *indebiti*, §. 7. *Inst. h. t.* Dijimos que se habia introducido á ejemplo de la cuarta falcidia, entre la cual y la trebeliánica hai sin embargo estas diferencias: 1º que aquella se saca á los legatarios y fideicomisarios singulares; esta á los fideicomisarios universales. 2º Que en aquella solo se considera lo que el heredero recibe por el título honroso de institución; en esta cuanto deja el testador al heredero por cualquier título, y aún los frutos percibidos de la cosa, *L. 48. §. 1. L. 22. §. 2. ff. ad SCtum. trebell.* Por lo demas esta cuarta la saca el heredero fiduciario, y por tanto no el fideicomisario, si se le manda entregar á otro la herencia. De aquí es que si Ticio, dejando una herencia de veinte mil florines, encarga al primer heredero que entregue la herencia al segundo, y á este que la restituya al tercero, el primero saca cinco mil y entrega quince mil; mas el segundo restituye los quince mil sin retener para sí nada, *L. 2. §. ult. ff. eod.* Aquí corresponde la famosa cuestion de si gravado el hijo ó nieto con fideicomiso por el padre ó abuelo (lo que no puede hacerse en la legítima), puede de-

Ya se sabe que los hijos, como herederos, pueden sacar no solo la cuarta, sino toda la herencia, excepto el quinto; y si son en cantidades, todo ménos el tercio, de que pudo disponer el testador.

ducir aquel ademas de la legítima la cuarta trebeliánica. Por ejemplo, Ticio deja un hijo único, y le nombra heredero en sus bienes, que son treinta mil. Ahora bien, no pudiendo el hijo ser gravado en la legítima, deducirá primero su porcion legítima, esto es, diez mil. Pero se pregunta, ¿sacará tambien de los restantes veinte mil la cuarta trebeliánica? Por el Derecho canónico se afirma en los dos célebres capítulos *Rainutius* y *Rainaldus, X. De testam.*; mas por Derecho civil lo niega la mayor parte, aunque á mi juicio falsamente. Pues 1º en la *L. 5. C. ad SC. treb.* se dice, que ántes de sacarse la cuarta trebeliánica, se han de deducir 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 parte 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 *estamos 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 observámos 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 repe-

tirse por la condiccion *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 hablámos en el *tit. de la L. falcid.* §. 654. 40. 44. 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 singulares*, 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 todavía 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 fideicommiss.* 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 jurar, tendrá que cumplir el fideicomiso. Y si jura en falso? Entonces no hai que responder: no hai otro medio de averiguar la verdad. El juramento; como dice el Apóstol, es el fin de todo pleito.

TITULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

§. DCLXXVI. Nada falta de la doctrina de últimas 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. 1º En cuanto á la significacion, los codicilos son lo mismo que *cartas*; y así usa Ciceron frecuentemente de este vocablo, *lib. IV. Ep. 42. lib. IV. ep. 48. lib. XII. ad. Att. ep. 8.* Y de aquí es que tambien son codicilos de los principes los rescriptos ó epístolas de los emperadores, *L. 41. ff. De excus. L. 4. 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. 53.*

§. 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 expresion 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*, 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 introducido á ejemplo de los testamentos, que tambien dijimos (§. 491.) que se dividian en escritos y nuncupativos. Ademas 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

(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 categoria 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.

Papiniano que el testamento no contradiga á los codicilos hechos anteriormente.

§. DCLXXXII — DCLXXXIV. 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 legatarios; al contrario de los codicilos, donde pueden serlo los herederos, y no los legatarios. 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. 44. *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 términos: *si el testamento no fuese válido como testamento, quiero que valga en clase de codi-*

(1) Entre los romanos se cuestionaba si las mujeres podian ser testigos en los codicilos, por no haber en sus códigos lei espresa que lo prohibiese; y como entre ellos se diferenciaba bastante 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 categoria, dejando de existir los testamentos que los precedieron.

cilo. Así se halla esta cláusula en la *L. 41. §. 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 embargo 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, Estrikio y Sando, son meras habladurías de los jurisconsultos.

LIBRO TERCERO.

TÍTULO I. hasta el TÍTULO XIII.

DE LA ANTIGUA SUCESION ABINTESTATO.

§. DCLXXXVIII y DCLXXXIX. Aunque es costumbre de las academias pasar por alto estos trece títulos (1), porque solo comprenden el Derecho antiguo (por cuanto Justiniano, promulgado ya su Código, publicó la Nov. CXVIII, por la cual mudó toda la sucesion abintestato) sin embargo, para que no ignoremos enteramente el antiguo orden de suceder, lo esplicaremos en pocas reglas, siendo la principal y el fundamento de todas las demas, 1º que *los antiguos miraban en la sucesion al estado de la familia;* y por consiguiente todos los que no eran de la familia, tampoco participaban de la herencia. De aquí venia la regla 2º de que *solo se debian admitir á la herencia los hijos suyos, mas no los emancipados;* porque estos ya no son par-

(1) En el apéndice que va al fin de este tomo, se pone una esplicacion mui lata de los trece títulos primeros del libro tercero, sacada de las *Antigüedades romanas* del mismo Heineccio.