

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 adquiera 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 lejos 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 TUE 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 ceperunt, 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 impleret, deinceps reliqui ejus auctoritatem secuti fideicommissa præstant; 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 abscondens 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 CODICILLOS (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 podia adoptarse esta innovacion, si el uso de los codicilos se hallaba en armonía 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*.—Después de Justiniano: *Basilicas*, lib. 36. *περί κωδικιλλίου* (*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 (*tabulæ, lignum, codex, chartæ*), 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 *tabulæ, 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. Scevol.

La introduccion de los codicilos fué de la mayor utilidad, y aún puede decirse que era de indispensable necesidad en una legislación 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. Quería 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. Juriscons.*, 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. Scevol. 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 fidei committere codicillis potest. Sed ante testamentum factum codicilli cum facti erant, Papinianus ait non aliter vires haberé, 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.

1. Se pueden hacer codicilos, no sólo habiendo hecho su testamento, sino que tambien se puede, muriendo intestado, dejar fideicomisos en codicilos. En cuanto á los hechos ántes del testamento, dice Papiniano que no son válidos *si despues no son especialmente confirmados*. Mas los divinos Severo y Antonino han decidido por un rescripto, que se podrá, en virtud de codicilos anteriores al testamento, pedir los fideicomisos, si parece que aquel que ha hecho un testamento posterior, *no se ha separado* de la voluntad expresada en los codicilos.

*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. Marc. «*Si quos codicillos reliquero valere volo.*»

(4) Paul. Sent. 3. 6. § 22. — 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 exheredatio 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 consiguiente 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 si 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 aún 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 solennitatem 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 procedit, 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 tambien Cod. 1. 3. 13. y Dig. 42. 1. 5. § 1.

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

(5) Dig. 5. 2. 13. f. Scevol.

(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 subentende 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 basílica en

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

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

(3) Dig. 5. 2. 13. f. Scevol.

(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 ποίω τρόπω ανοίγονται καί μεταγράφονται.* (De los testamentos, y cómo son abiertos y transcritos.)

(5) Dig. 29. 3. 1. § 1. f. Gay.

(6) 1b. pr.