

presencia de los testigos ó de hombres buenos, entre la segunda y décima hora del día; despues de sacada una copia, el testamento será de nuevo sellado por los magistrados en presencia de los cuales se haya verificado la apertura.»

§ 3.º « El voto de la ley es que el testamento sea abierto inmediatamente despues de la muerte del testador; así, aunque los rescriptos hayan variado acerca de este punto, la apertura debe verificarse, si las personas se hallan presentes, entre el tercero y el quinto día despues de la muerte; ó si son ausentes, en el mismo plazo despues de su vuelta; importa, en efecto, que los herederos, los legatarios y los esclavos manumitidos experimenten el menor retardo posible » (1).

Al oficio del pretor corresponde obligar á los que han puesto sus sellos, á comparecer á la convocacion, á fin de que reconozcan aquéllos ó nieguen haberlos puesto (2). Basta el mayor número de ellos. Si todos se hallan ausentes y hay sin embargo urgencia, debe el magistrado hacer que se verifique la apertura en presencia de hombres de la más acrisolada reputacion; despues que haya sido reconocido el testamento y que se haya sacado copia de él, se sella por los que han asistido á la apertura y se envía á donde se hallan los testigos ausentes á fin de que reconozcan sus sellos, pues al testigo ausente no se le obliga á concurrir á la apertura, sino que se envía el testamento al punto donde se halla (3).

Si hay duda acerca de la muerte del testador, el pretor debe resolver con conocimiento de causa y no permitir la apertura del testamento cuando se halla probada la existencia del testador (4).

La disposicion del edicto es general; á cuantos lo desean, tanto en su nombre como en el de otro, concede el pretor la facultad de examinar (*inspiciendi*) el testamento, y aún de sacar copia de él (*describendi*) (5). Sin embargo, hay ciertas disposiciones que no se hallan abiertas ó de las cuales no es permitido tomar conocimiento ni sacar copia: tales son las que el testador ha prohibido que se publiquen sino en tal tiempo ó bajo tal condicion: tales son las instituciones pupilares cuando han sido selladas por separado,

(1) Paul. Sent. 4. 6.

(2) Dig. 29. 3. 4. f. Ulp., y 5. f. Paul.

(3) Dig. 29. 3. 7. f. Gay.

(4) Ib. 1. pr. f. Gay.

(5) Dig. 29. 3. 8. f. Ulp.

ó las partes del testamento que pueden cubrir á alguno de ignominia; ni, en fin, la indicacion del día ni del cónsul por temor de falsificacion (1).

Si el que tiene las tablas del testamento se niega á presentarlas, se le obligará á ello; si niega que las tiene, dará el pretor contra él un interdicto especial *de tabulis exhibendis* (2). En cuanto al heredero que pretende en calidad de tal que las tablas del testamento son suyas como cosa perteneciente á la herencia, tiene para reivindicarlas la *vindicatio*; ó para llegar á esta vindicacion, la accion *ad exhibendum*, que es menester no confundir con el interdicto que precede (3).

La ley PAPIA POPPÆA, con objeto fiscal, y para aumentar los peligros de caducidad, habia dado todavía más importancia á la solemnidad de la apertura del testamento. — Así es que respecto de las herencias, habia prohibido que pudiese hacerse la adición antes de la apertura de las tablas (*ante apertas tabulas*) (4). Parece, sin embargo, que exceptuaba al heredero *ex asse*, es decir, al heredero de la totalidad (5). En efecto, la falta de semejante heredero no habria dado lugar á una caducidad útil; pero haciendo caer por tierra todo el testamento, habria llamado simplemente la sucesion *ab intestato*, y no tendria el fisco nada que ganar. — En cuanto á los legados, habria retrocedido la época del *dies cedit* (6) hasta esta misma apertura de las tablas, como ya hemos dicho antes. — Justiniano en uno y otro punto volvió al derecho primitivo. El heredero podrá hacer adición aún antes de la apertura de las tablas, con tal que tenga pleno conocimiento de su derecho (véase más adelante); y el *dies cedit*, respecto de los legados, tendrá lugar como en las cosas pasadas, desde la muerte del testador, si se trata de disposiciones puras y simples (7).

Una constitucion de Teodosio y Valentiniano habia dado un nuevo interes, por cierto bien notable, á esta apertura de las tablas del testamento, estableciendo que si los hijos instituidos por

(1) Dig. 2. § 6. f. Ulp. — Cod. 6. 32. 3. const. de Diocl. y Maxim.

(2) Dig. 29. 3. 2. § 8. f. Ulp. — Dig. 43. 5, y principalmente el fragmento primero, que contiene los términos de este interdicto.

(3) Dig. 29. 3. 3. f. Gay. — 10. 4. 3. § 8. f. Ulp.

(4) Cod. 6. 51. *De caducis tollendis*, 1. § 1. const. de Justin.

(5) Dig. 22. 6. *De iur. et fact. ign.* 1. § 4. f. Paul.

(6) Ulp. Reg. 24. § 31.

(7) Cod. 6. 51. *De cad. toll.* 1. § 1.

un ascendiente ó por una ascendiente cualquiera muriesen ántes de dicha apertura, habiendo tenido ó no conocimiento de su institucion, transmitian á sus propios hijos sus derechos de herencia (1). Este es un punto que examinaremos en breve al tratar de esta transmision.

Acciones relativas á los legados y fideicomisos.

Respecto de los legados, hemos suficientemente explicado cómo era en el antiguo derecho romano la fórmula usada para constituir el legado que determinase su naturaleza y efectos, y por consiguiente, tambien la accion conferida al legatario: la accion real, *rei vindicatio*, para el legado *per vindicationem*; la accion personal, *condictio*, para los legados *per damnationem* ó *sinendi modo*, y la accion *familix eriscundæ*, para el legado *per preceptionem*.

Hemos visto igualmente que Justiniano decidió que los legados tuviesen todos una sola y única naturaleza, y que los legatarios obtuviesen todos, cualesquiera que fuesen los términos de la disposicion, tres acciones para reclamar sus derechos:

1.º La accion real (*rei vindicatio*), por medio de la cual puedan vindicar de manos de cualquier poseedor la cosa que les ha sido legada, y cuya propiedad les ha sido trasferida por efecto del legado (2). Bien entendido que esta accion, á pesar de la generalidad de los términos de la constitucion de Justiniano, tendrá lugar únicamente en los casos en que habrá sido posible que la propiedad haya sido producida por el legado. Si se trata de una desmembracion de la propiedad, usufructo ó servidumbre, la accion real es entónces la *actio confessoria*.

2.º La accion personal, llamada *actio* ó *conditio ex testamento* (3), ó simplemente *actio legati* (4), que se da contra el heredero cargado con el legado, á fin de obtener la prestacion de éste á que se halla personalmente obligado.

3.º En fin, la accion hipotecaria (*hypothecaria actio*) que resulta del derecho de prenda ó hipoteca legal, que Justiniano concedió

(1) Cod. 6. 52. *De his qui ante apertas tabullas hereditatem transmittunt.*

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

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

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

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

En el caso particular en que no pueda exigirse inmediatamente la prestacion del legado, como en el caso de que éste sea por término (*a die*), ó bajo condicion (*sub conditione*), ó si, siendo puro y simple, hay un impedimento para su inmediata entrega, como, por ejemplo, una contestacion, el pretor, para asegurar entre tanto al legatario la conservacion de sus derechos, introdujo en su favor una facultad especial. Tenía el derecho de exigir que aquel que tenía sobre sí la carga del legado, le suministrase una satisfacion, es decir, una caucion por fideiuyosores para la conservacion del legado (*legatorum seu fideicommissorum servandorum causa cautio*) (2); y si esta caucion no se daba, el legatario era puesto en posesion de los bienes del difunto (3).

El heredero por su parte puede tener, en materia de legados, diversos derechos que hacer valer, y se le facilitan para ello diversos medios, cuya exposicion detallada nos llevaria demasiado lejos.

Así, para obtener la cuarta que le atribuye la ley Falcidia, tiene la excepcion *doli mali* contra la accion del legatario con respecto á todo aquello en que el legado deba ser reducido (4); y si éste se encuentra ya en la posesion del legatario, puede el heredero tener, ó *rei vindicatio* ó una *actio ad exhibendum*, ó una *condictio indebiti* ó una *actio in factum* (5).

Hay tambien un caso particular que merece ser examinado: si el legatario, haciéndose en cierto modo justicia á sí mismo, se hubiese puesto por su propia autoridad en posesion del legado, daba el pretor al heredero un interdicto, llamado vulgarmente, segun nos dice Ulpiano, interdicto *quod legatorum*, y cuyo objeto era obligar al legatario á la restitucion (*ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupaverit, id restituat heredi*) (6).

Respecto de los fideicomisos, no tenian en otro tiempo los fideicomisarios, para reclamar su entrega, sino un recurso extraordi-

(1) Cod. 6. 43. 1. const. de Justin.

(2) Dig. 36. 3. *Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.*—Cod. 6. 54.

(3) Dig. 36. 4. *Ut in possessionem, legatorum vel fideicommissorum servandorum causa, esse liceat.*—Cod. 6. 54.

(4) Dig. 35. 2. 16. f. Scæv.

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

(6) Dig. 43. 3. *Quod legatorum*, 1. f. Ulp.—Cod. 8. 3. *Quod legatorum*.

nario al cónsul ó al pretor especialmente encargado de esta materia, con la atribucion de imponer su autoridad y de hacer cumplir los fideicomisos (1); pero bajo el imperio de Justiniano, si se trataba de objetos particulares, tenía el fideicomisario las mismas acciones que el legatario, y si se trataba de herencia fideicomisaria, tenía una especie de petición de herencia, que habia sido acomodada á su derecho: *fideicommissaria hereditatis petitio* (2); y la acción útil de participación, *utilis familiae eriscundæ* (3).

(1) Gay. 2. 278.

(2) Dig. 5. 6.

(3) Dig. 16. 2. 24. § 1. f. Ulp.—40. 1. f. Gay.

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*).