

# ¿Legado de deuda?

*A vueltas*

*con la*

*Pandectística*

Consuelo Carrasco García



**¿Legado de deuda?  
A vueltas con la Pandectística**



**¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística**

**Consuelo Carrasco García**

**UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID**

**2011**

© 2011 Consuelo Carrasco García

**Venta:** Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

**Diseño:** TALLERONCE

ISBN: 978-84-15454-41-0

Depósito Legal: M

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/12823>

## Índice

I. Introducción . . . . .	9
II. Una afirmación que induce a la reflexión . . . . .	15
1. Historia e identidad del jurista . . . . .	18
2. Continuidades y discontinuidades . . . . .	28
III. Indagando en las fuentes . . . . .	35
1. Orden clarificador . . . . .	37
2. Anticipando conclusiones . . . . .	40
IV. Explicaciones a un por qué: <i>Legatum debiti et utilitas</i> . . . . .	43
V. Lo que la apariencia esconde: “ <i>Legatum debiti</i> ” et “ <i>Fraus legi</i> ” ..	51
1. “ <i>Legatum debiti</i> ” - Leges Furia testamentaria et Voconia . . . . .	57
2. “ <i>Legatum debiti</i> ” - Lex Falcidia . . . . .	59
3. “ <i>Legatum debiti</i> ” et Leges Iulia de maritandis ordinibus et Pappia Poppaea . . . . .	63
a. contenido . . . . .	63
b. Personas incapaces (caelibes, orbi, pater solitarius, feminae probosae) . . . . .	71
c. Excepciones (heredis institutio ex asse, sucesores ab intestato) . . . . .	74
d. Medios para defraudar (alargamiento plazos adquisición capacidad, fideicomiso tácito, constitución de dote in fraudem legis, noviazgo ficticio) . . . . .	76
e. Exteriorización del fraude: vindicatio caducorum . . . . .	83

VI. Recapitulando . . . . .	89
VII. A vueltas con la Pandectística . . . . .	95
1. Su verdadera faz . . . . .	95
2. Principales personajes . . . . .	105
a. Georg Friederich Puchta . . . . .	106
b. Friederich Ludwig von Keller . . . . .	110
c. Ludwig Arndts . . . . .	112
d. Aloys Brinz . . . . .	113
e. Bernhard Windscheid . . . . .	113
f. Heinrich Dernburg . . . . .	116
g. Otto Bähr . . . . .	117
VIII. A modo de conclusión: Historia, continuidades y discontinui- dades . . . . .	119
Bibliografía . . . . .	133
Apéndice documental . . . . .	141

# I

## INTRODUCCIÓN

Objeto de esta investigación es el denominado *legatum debiti*. Disposición testamentaria en virtud de la cual el *de cuius* atribuye a su acreedor una cosa o cantidad en consideración de una deuda que con él tenía.

Con este nombre no encontramos en los textos romanos ningún tipo de legado, aunque las fuentes sí acreditan la existencia de varios supuestos de hecho que reflejan la realidad mencionada (legado realizado en consideración de una deuda previa con el propio legatario).

Tampoco los códigos civiles iusnaturalistas (francés, italiano y español) nombran un legado de deuda, aunque en sus artículos 1023, 659 y 873, respectivamente, recogen el supuesto en que un deudor dispone un legado a favor de su acreedor. Según los mencionados códigos, tal legado no se imputará al pago del crédito (por tanto, no sería legado de deuda) salvo que así se diga; expresamente, según el Código civil español; o haciendo una simple alusión a la deuda, según el *Code civil* y el *Codice civile*. A falta de esa imputación del legado a la extinción de la deuda primigenia, el acreedor conservará el crédito íntegro y podrá, además, reclamar el legado.

La doctrina, tanto del Derecho civil como del Derecho romano, sin embargo, alude en los estudios relativos al Derecho de sucesiones o Derecho hereditario a un *legatum debiti*. Legado que se analiza de forma conjunta con el *legatum liberationis* y el *legatum nominis*, y en relación con el que se cuestionan aspectos tales como las posibles formas de ordenarlo, los efectos que produce (si novatorios, según unos, o de dación en pago, según otros...); su posible relación con las obligaciones naturales; el problema de la liberalidad, o su identificación con el reconocimiento de

deuda, por poner sólo algunos ejemplos. Aspectos todos éstos que si bien tienen sentido a la luz de las fuentes romanas, como tendremos ocasión de comprobar, no se sostienen a partir de la parca regulación que ofrecen los códigos. Las mencionadas fuentes romanas, sin embargo, no son contempladas en esos trabajos; al menos no de forma pormenorizada y a partir de un verdadero estudio histórico-crítico de las mismas.

Siendo esto así, la pregunta es ¿de dónde deriva esta construcción dogmática del *legatum debiti*?

Propósito de este trabajo es poner de manifiesto que la concepción del denominado legado de deuda que revelan los estudios de civilistas y romanistas hunde sus raíces en el Derecho romano. Ahora bien, no directamente en las fuentes clásicas y justinianas, sino en la elaboración que de éstas hizo la doctrina pandectista, de la que se toman de forma mediata o indirecta.

En este sentido, no es casualidad que las primeras alusiones a un denominado *legatum debiti* provengan, como tendremos ocasión de ver, del pandectista Friederich Puchta, artífice de la Jurisprudencia de Conceptos (*Begriffsjurisprudenz*)<sup>1</sup>. Así como el hecho de que éste lo incluya junto a los legados de crédito y de liberación de deuda. Sistemática que ha dificultado, a quienes se han ocupado de su estudio, la determinación de su objeto: ¿la deuda u obligación, o la cosa o cantidad debida? Por tanto, ni la elección nominal, ni la sistemática por las que Puchta opta, son inocuas a efectos de configurar jurídicamente esta disposición *mortis causa*. Tampoco el que la equipare al *legatum dotis*, considerando este último un subtipo de *legatum debiti*. Así fue en época justiniana; para la clásica las fuentes acreditan la existencia del *legatum dotis* con carácter previo al *debiti*. Todo ello ha influido en el modo en que esta disposición *mortis causa* ha sido interpretada por civilistas y romanistas.

El detonante de esta investigación se encuentra en la afirmación de una civilista que sostiene, con carácter previo al análisis del legado de deuda en el Derecho civil español, la nulidad de éste en el Derecho romano clásico.

Dos cuestiones nos llaman la atención: el recurso al Derecho romano como preámbulo al análisis de una cuestión relativa al Derecho vi-

1 F. PUCHTA, *Pandekten* (Fünfte vermehrte Auflage von D. U. RUDORF), Leipzig, 1850, pp. 707 y ss.

gente; el que esto se haga sin las debidas cautelas, obviando la distancia de siglos y circunstancias que media entre ambos momentos históricos.

Por este motivo, iniciamos el estudio con una reflexión acerca del papel que la Historia desempeña en la configuración de la identidad del jurista, insistiendo en las continuidades y discontinuidades que ésta presenta y que no pueden ser preteridas en ninguna investigación.

Dado que esta autora analiza el legado de deuda en el Código civil español, hemos recurrido a los precedentes de éste (*Code civil* y *Codice civile*) para comprobar hasta qué punto en éstos se aprecia la influencia ejercida por el *ius commune*. El mejor ejemplo para el Derecho patrio lo aporta la Partida VI, título IX, Ley 19, claro precedente del artículo 767 del Código civil. En ella se contempla uno de los supuestos en los que más hincapié haremos en este trabajo en relación con el Derecho romano: “validez del legado hecho en consideración de una deuda que el testador tiene con el legatario, aun cuando quede acreditado que la mencionada deuda no existe, o no responde a la causa o cantidad declarada en el legado”.

Acto seguido analizamos la posible existencia en el Derecho romano de un denominado *legatum debiti*. Legado del que no encontramos ningún epígrafe específico en el Digesto, pero sí numerosos casos en los que se hace referencia a que el deudor legaba al acreedor lo que le debía. Por las más diversas causas (mutuo, depósito, tutela). Sirviéndose de distintos expedientes jurídicos (legado damnatorio, legado vindicatorio) y pudiendo revestir la deuda distintas características en cada caso (sometida a condición o término, o no; siendo todavía exigible o habiendo vencido; estando garantizada con garantías personales o reales; pudiendo ser el deudor un particular, o una colectividad). Se plantea, incluso, la posibilidad de que el legado se estableciese en consideración de la deuda de un tercero, surgiendo el interrogante de a quién habría que considerar en este caso legatario, ¿al tercero o al acreedor?

La cuestión más inmediata que se plantea en relación con estos supuestos y a la que hemos intentado dar respuesta es: ¿qué podría perseguir el testador con esa disposición testamentaria por la que legaba algo que ya debía en virtud de otra relación obligatoria?

Anticipando conclusiones que esperamos poder demostrar en las siguientes páginas, diremos que podría tratarse tanto de un propósito lícito (a veces hasta encomiable) como mejorar la posición del acreedor que

lo era sin disponer de ningún medio que lo acreditase, o en virtud de una obligación natural y, en consecuencia, no exigible jurídicamente aunque produjese el efecto de la *soluti retentio*. Podía tratarse, simplemente, de introducir algún cambio en la relación obligatoria originaria que se traducía en una ventaja para el acreedor: purificación de la obligación que se debía a condición o término, sustitución de la acción honoraria por acción civil, renuncia implícita a una excepción o exigibilidad inmediata o en lugar más conveniente para el acreedor. Este expediente jurídico pudo servir, asimismo, para dar satisfacción al deseo del testador de beneficiar a alguien sin tener que reconocerlo abiertamente (hijo natural u otra persona a la que lo unían especiales vínculos afectivos).

Ahora bien, podía tratarse, igualmente, de un fin ilícito como por ejemplo, intentar favorecer a través del testamento a alguien que de otro modo no habría podido heredar (*caelibes*), o al menos no en la proporción deseada: *orbi* (casados sin hijos), *pater solitarius* (divorciado/a o viudo/a con prole), *feminae probosae* (meretrices, prostitutas, adúlteras, actrices, entre otras), así como los senadores y sus familiares directos (hijos y nietos) casados habiendo contravenido las prohibiciones establecidas por la ley –unión con libertas, mujeres dedicadas al arte escénico e hijas de artistas, entre otras–.

Así sería mientras que estuvieron vigentes las *leges Iulia* (18 a.C.) *et Papia* (9 d.C.) de las que es *auctor* Augusto, pero que rigieron en Roma hasta que Justiniano procedió a su derogación expresa. Es más, previstas en un primer momento para limitar la capacidad de adquirir en virtud de testamento, fueron extendidas por emperadores posteriores a otras disposiciones *mortis causa* como fideicomisos y donaciones. En la constitución a través de la que procede a su abolición (C. 6,51,1), Justiniano alude expresamente al odiado vigor que las caracterizaba lo que supuso, dice él, que los propios jurisconsultos inventasen distintos caminos para que no se diese la situación de caducidad “ ... *ita et a nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum ne fieret*”. Previamente habían mostrado una actitud igualmente crítica respecto de las mismas, por su finalidad demográfica y recaudatoria, autores como Propercio (cuando estas normas eran sólo un proyecto), Tácito y Suetonio.

Igualmente, el *legatum debiti* pudo ser un instrumento, como por

ejemplo el fideicomiso tácito, para *circunvenire* otras normas como la *lex Falcidia*, datada en el siglo I a.C., unos años antes (40 a.C.) que las anteriores. Es posible que ésta, como *lex republicana*, propuesta por el tribuno *P. Falcidius* y aprobada por los comicios, hubiese suscitado menos reticencias que las mencionadas leyes del Principado.

A juzgar por los textos conservados, bien pudo suceder que se hubiese recurrido inicialmente a este impropriadamente denominado *legatum debiti* para dar cobertura a las “obligaciones naturales” existentes entre dueño y esclavo, o para posibilitar que la mujer recuperase la dote en un momento histórico en que ésta todavía se consideraba propiedad del marido. Y más tarde (siglo I a.C.) pudo haberse utilizado con otros fines, como soslayar las leyes que limitaban la capacidad de disponer del testador (*Falcidia*) o la de recibir por testamento de determinadas personas (*Iulia et Papia*).

Ahora bien, de ser así las cosas, los interrogantes que surgen son muchos: ¿Cómo habría salido a la luz el fraude?; ¿Cuáles serían sus consecuencias jurídicas?; ¿Sería el heredero el que contribuiría a sacarlo a la luz oponiendo la *exceptio doli* a la *actio ex testamento* cuando se trataba de un legado damnatorio? ¿a la *reivindicatio*, en su caso?; ¿Es imaginable esta actitud de un heredero frente al *de cuius* en un ordenamiento jurídico como el romano que veía con malos ojos hasta el *beneficium abstinendi*?; ¿Qué valor tendría en este caso el reconocimiento de la deuda hecho en el testamento?, ¿constitutivo de la misma de modo que al legatario le bastaría ejercitar la *actio ex testamento* para cobrar el legado?, ¿meramente probatorio?; ¿Quién correría con la carga de probar la existencia de la obligación?; ¿Podrían contribuir a sacar a la luz el fraude los particulares –casados con hijos– o, el erario o fisco, en su caso, persiguiendo con una *vindicatio* esos *bona caduca* que de no haber existido el legado habrían acrecido proporcionalmente su cuota hereditaria –directamente o a través del *delator*–? De todo ello nos ocuparemos en las páginas que siguen.

Una vez realizado el análisis de las fuentes romanas nos hemos centrado en los tratados de pandectas, tanto de autores pertenecientes a la primera generación de alumnos de Savigny como Puchta y Keller, como de otros pertenecientes a la ciencia jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XIX tales como Arndts, Brinz, Windscheid, Dernburg, y Bähr. Nuestro propósito ha sido comprobar cuál es el tratamiento que éstos dieron al *legatum debiti*. Siendo presupuesto programático de la

Escuela Histórica de la que ellos procedían “un profundo respeto por la **historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos**”, nos interesa conocer cómo abordaron éstos el estudio de las fuentes romanas; en qué aspectos centraron su atención.

¿Podríamos hallar en sus escritos reflexiones acerca de las causas que pudieron llevar al recurso generalizado en época romana de legar como debido más de lo que se debía, o de lo que no se debía en absoluto? Nos interesa saber si sus conclusiones nos permiten afianzar las nuestras o, por el contrario, nos obligan a revisarlas.

En último lugar habría que destacar, que habiéndonos referido a los códigos iusnaturalistas y a la influencia que denotan del *ius commune*; así como a la doctrina civilista y romanista, imbuida, asimismo, por el Derecho romano pero vía pandectismo, hemos querido comprobar si el BGB, tan influido por las construcciones dogmáticas de estos autores del siglo XIX alemán, contiene alguna alusión al legado de deuda o, al menos, al supuesto de hecho en que el testador dispone de un legado a favor de quien es su acreedor.

Ninguna referencia existe al respecto en los párrafos 2147-2191 relativos a los legados del *Bürgerliches Gesetzbuch*. ¿Quizá ésta se percibió como cuestión de escasa repercusión práctica? Como se desprende del título de la obra de Savigny (*Derecho romano actual*) y como concreta Windscheid, uno de sus epígonos, lo que interesa a esta corriente de pensamiento no es cómo el Derecho romano llegó a ser en una determinada época, sino cómo es posible aplicarlo en el momento actual. Si, como se dice en las Pandectas de Windscheid, este recurso a legar como debido “no rige en la práctica alemana”, quizá por haber sido abrogado por el Derecho consuetudinario, según apunta el autor, es normal que la comisión encargada de elaborar el BGB, de la que formó parte, inicialmente, el propio Windscheid, no incluyese tal supuesto.

## II

### UNA AFIRMACIÓN QUE INDUCE A LA REFLEXIÓN

Como ya hemos anticipado, el detonante del presente estudio está en la afirmación hallada en un artículo, elaborado por una docente de Derecho civil, publicado en 2006 en un libro Homenaje<sup>1</sup>. El mencionado artículo lleva por título “Algunas consideraciones en torno al legado de deuda” y comienza con las siguientes palabras:

El legado de deuda se estimaba nulo en el Derecho romano antiguo, debido a que no reunía como requisito la liberalidad que corresponde a toda manda. Por el contrario, el Derecho justiniano admitió su validez si el legatario obtenía un beneficio sobre el crédito que ya tenía.

Una aseveración como ésta, si bien pone de manifiesto el reconocimiento del valor cultural de disciplinas históricas como el Derecho romano, revela, asimismo, y aunque pueda resultar paradójico, un cierto desconocimiento de su historicidad.

Una civilista que va a abordar el tratamiento del denominado legado de deuda en el Derecho civil español, se ve en la necesidad de comenzar haciendo referencia al que éste pudo recibir en el Derecho romano. Se trata, una vez más, de volver la mirada al pasado, a nuestra concreta historia jurídica, para hallar en ésta argumentos que refuercen la legitimidad de las propias afirmaciones. En este caso se trata de respaldar éstas con la *auctoritas* del mencionado Ordenamiento.

Si, como dice Marina a partir de las reflexiones de Sartre, cada uno

<sup>1</sup> C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “Algunas consideraciones en torno al legado de deuda”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol* vol. II, Valencia, 2006, pp. 1663-1672.

elige su pasado, en el sentido de decidir qué parte de éste desea mantener como presente<sup>2</sup>, la Historia jurídica de Europa demuestra que ésta, al menos hasta la codificación, eligió el Derecho romano como principal fuente informadora.

Ahora bien, en este caso se trata de un respeto por el Derecho romano como venerable precedente mal entendido, ya que no responde a un verdadero estudio histórico crítico de sus fuentes.

De haberse realizado éste, habría llevado a una conclusión bien distinta de aquella con la que de modo tan rotundo se inicia el trabajo afirmando, en primer lugar, la existencia en el Derecho romano de un tipo de legado denominado *legatum debiti*; en segundo, aseverando su nulidad en el Derecho ¿clásico? (“antiguo”, dice la autora).

Por el contrario, semejante planteamiento bien podría estar en consonancia con la exposición que en tema de legados hacen algunos pandectistas. Éstos, al ser su propósito otro bien distinto que el de conocer en profundidad el Derecho romano de los romanos<sup>3</sup>, faltaron también en muchas ocasiones al rigor histórico respecto de sus fuentes; dando muestras de una clara tendencia uniformadora, clasificadora y dogmática. Y ello pese a que su ascendencia savigniana y, en consecuencia, su entronque con la Escuela Histórica del Derecho, nos haga pensar lo contrario.

Si se aceptan las afirmaciones de estos autores sin las debidas cautelas, se corre el riesgo de poner de manifiesto, no sólo el desconocimiento del Derecho romano, sino de la propia doctrina pandectística o *Rechtswissenschaft* a la que tanto debe la ciencia del Derecho civil.

Como es sabido, pretensión de ésta nunca fue profundizar en el conocimiento de dicho Ordenamiento jurídico romano como experiencia de este pueblo de la antigüedad. Éste no era un fin en sí mismo. Por el contrario, era sólo el instrumento a partir del cual sentar las bases de un nuevo Derecho que sirviese para dar respuesta a las necesidades de la mercantilizada sociedad alemana del siglo XIX.

La *immissio* que estos autores pandectistas realizaron en el Derecho romano y su tradición perseguía identificar en éste los elementos que habían sido objeto de recepción –*ius commune*– para, a partir de ahí, comprender el presente y dar respuesta a sus demandas; aprovechando

2 J. A. MARINA, *Por qué soy cristiano*, Barcelona, 2006, p. 13.

3 R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano*, Madrid, 1997, p. 491 (trad. de la versión italiana de M. ABELLÁN VELASCO).

todo lo que de la tradición romanística siguiese siendo útil, y desechando, a su vez, cuanto hubiese caído en desuso. En palabras de Ihering “a través del Derecho romano, más allá del Derecho romano”.

Hablamos de una ciencia jurídica que practicaba no el historicismo crítico, sino un historicismo en el que el respeto por la tradición llevaba implícita la idea de cambio.

De este peculiar modo de entender la Historia como instrumento o medio y no como fin, los tratados de los pandectistas ofrecen muchos ejemplos. Personalmente tuve ocasión de comprobarlo al hilo de un estudio sobre el tratamiento que éstos dieron a la *exceptio non numeratae pecuniae*, mecanismo procesal del Derecho romano vinculado a los préstamos de dinero formalizados mediante estipulación. Intenté encontrar en los tratados de pandectas respuestas a cuáles pudieron ser los supuestos de hecho que motivaron la aparición de esta excepción en el Derecho clásico (con sus singularidades en materia de carga de la prueba), y comprobé que en lo que verdaderamente pusieron el acento fue en la previsión justiniana de otorgar valor incontestable al documento en el que la deuda se había reconocido, transcurridos dos años sin haber sido impugnado (Inst. 2,21). Y ello por el valor que dicho reconocimiento de deuda podía tener como constitutivo de la obligación, favoreciendo la independización de la misma de su causa jurídica. De ahí a la construcción dogmática del reconocimiento y promesa abstracta de deuda que recogerían los parágrafos 780 y 781 del BGB había sólo un paso, y éste lo dio otro pandectista de segunda mitad del siglo XIX, Otto Bähr. Estaba claro que yo no había sabido hacer la correcta prolepsis respecto de los tratados de pandectas<sup>4</sup>.

El *legatum debiti* nos ofrece otro clarificador ejemplo del modo de proceder los pandectistas respecto de las fuentes romanas, así como de la repercusión que sus contrucciones dogmáticas han tenido no sólo en la elaboración del Código civil de la nación alemana, sino en la doctrina jurídica desde el siglo XIX hasta nuestros días.

4 Vid. C. CARRASCO, “La ‘exceptio non numeratae pecuniae’ en los tratados de pandectas: una aproximación al método de la pandectística y sus resultados”, *LABEO. Rassegna i Diritto romano*, Napoli, vol. 49 (maggio-agosto 2003) pp. 160-194 (también en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXIII, pp. 425- 457).

## 1. Historia e identidad del jurista

En el modo de proceder los civilistas al abordar el estudio de las instituciones del Derecho privado comprobamos cómo, una vez más, la Historia se revela como disciplina necesaria para configurar la identidad del jurista; en su formación como tal y en el ejercicio de su actividad.

No es extraño, como advierte Mantovani, que desde hace al menos doscientos años, las facultades de Derecho europeas hayan acogido una o más cátedras de historia jurídica. Ésta se ha considerado disciplina necesaria para introducir al jurista en ciernes, en la comunidad de juristas<sup>5</sup>; por esto, las materias históricas se ubican en los primeros cursos de los estudios de Derecho<sup>6</sup>. Comunidad caracterizada por un complejo *habitus* que implica, desde un modo de razonar, hasta un lenguaje sectorial propio, pasando por un particular método que, en palabras de Fioravanti, nace de la idea compartida de que el Derecho tiene dos caras, una práctica y otra teórica<sup>7</sup>.

Esta dinámica de legitimación buscada en el pasado se manifies-

5 D. MANTOVANI, “El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista ciudadano europeo” (trad. de la versión italiana de C. CARRASCO), *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, vol. 9 (2006), pp. 353-386 “La matrícula en la Universidad implica el acceso a un grupo social en sí mismo, y familiarizar a sus miembros con el pasado colectivo de ese grupo es el esfuerzo principal para asimilarlos a él”. Es lo que Mantovani vincula con la teoría de la “naturaleza social de la memoria”. Esta dinámica de legitimación buscada en el pasado se manifiesta, también, en otros aspectos. Pensemos, dice Mantovani, en el dato de que la mayoría de los organizadores de cualquier evento universitario intenten que su celebración tenga lugar en un aula histórica. Y, como éste se pregunta, ¿a quién no le ha sucedido, mientras presentaba la Facultad en una conferencia de orientación, escuchar a un colega positivista hacer llamamiento, como argumento de los más convincentes, a la tradición de la sede, a las aulas y hasta a los orígenes medievales del *Studium*?

6 Considerándose, al menos en España, asignaturas “troncales”; “básico-formativas” en virtud de los nuevos planes de estudios adaptados al Espacio Europeo de Educación Superior (EEES).

7 M. FIORAVANTI, “El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, 9 (2006), p. 344, quien previene de la amenaza que para los estudios jurídicos caracterizados hasta ahora por esa doble faz teórico-práctica, supone el *nuevo dominio cultural del saber técnico-económico*. Es la primera vez, dice, que se presenta en la historia, desde el punto de vista cultural, una ruptura tan clara entre “saber” y “saber hacer”.

ta, también, en otros aspectos como el que ahora analizamos, referido al ámbito de la investigación. Se trata del recurso por parte de los iuspositivistas a los precedentes romanos en busca de una sólida base sobre la que edificar las propias teorías.

¿Podría un romanista mostrarse en desacuerdo con este modo de proceder? No, siempre que ello no suponga aprehender el pasado como un todo monocorde y sin fisuras. Si existe una constante en la Historia, ésta es el cambio. De modo que carece de sentido recurrir al Derecho romano en busca de meras identidades formales (lexicales) que no vayan acompañadas de una continuidad material<sup>8</sup>.

Si importante es, por tanto, lo mismo en la docencia que en la investigación, apreciar lo que del ordenamiento romano permanece en los actuales (terminología, instituciones), no lo es menos percibir lo que ha cambiado (sistema de fuentes de producción, por poner sólo un ejemplo).

La gran aportación del pueblo romano fue su sensibilidad para concebir el Ordenamiento jurídico como traje que ha de adaptarse a un cuerpo social y servir a las necesidades de su convivencia; en consecuencia, únicamente útil al saberse adaptar a las inevitables mutaciones.

Sólo siguiendo éstas, en su contexto temporal y espacial, es posible entender la esencia del derecho como producto histórico.

Sólo contando con referentes como éste, proporcionados por la historia, es posible salir de la estrechez de lo conocido y desterrar falsos mitos. Así, el que ha vinculado, al menos durante toda la edad moderna, el Derecho, con la Ley (Qué mejor instrumento para relativizar este presupuesto que un Ordenamiento en el que existiendo leyes –comiciales, constituciones imperiales, *leges* generales–, éstas no fueron ni la única ni siquiera la principal fuente de producción del Derecho). Aunque esto último también está cambiando en los últimos tiempos (¿posmodernidad?), quizá en una dirección que nos aproxima más a la Roma antigua; y ello por el importante papel que vuelve a asumir el jurista (teórico y práctico) como intérprete de una variedad y complejidad de fuentes, que dista mucho de circunscribirse a los códigos y leyes especiales de la estatalista Edad Moderna.

8 De “continuidad homófona” habla Caroni cuando se interroga acerca de las intenciones de los codificadores decimonónicos: “¿perseguían éstos *cambiar o confirmar* a través de otros caminos el derecho objeto de su atención? Vid. P. CARONI, *La soledad del historiador del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid, 2010, p. 180 (trad. de A. MORA CAÑADA/M. MARTÍNEZ NEIRA).

Sólo adentrándonos en ordenamientos jurídicos distintos del propio, del experimentado es posible apreciar la diferencia, que es lo que nos hace cuestionarnos y, en consecuencia, aprender.

Se trata no tanto de apreciar la continuidad como la discontinuidad.

Es lo que Grossi resume de forma magistral en una palabra, “alteridad”; y explica con una bellísima metáfora, “el punto y la línea”.

Los distintos momentos históricos cada uno de los cuales representa una madurez autónoma de los tiempos, no son islas separadas, sino puntos de una línea larga, puntos marcados por fuerzas propias y peculiares, las únicas respecto a las cuales pueden ser medidos y evaluados, pero puntos siempre, fragmentos tan sólo de una línea. El historiador no ofrece modelos, sino que señala el sentido de la línea<sup>9</sup>.

Resulta, pues, que cualquier afirmación relativa, en este caso, al Derecho romano de los romanos, implica conocer bien las distintas fases evolutivas que éste vivió en sus trece siglos de historia. Así como, para extraer conclusiones de su recepción, es preciso conocer cada uno de aquellos puntos de la línea que trazan la historia de la cultura jurídica europea desde el siglo XII, en que se redescubre el *Corpus Iuris* justiniano, hasta el XIX en que se inicia el movimiento codificador.

La tarea es tan ardua que no bastan las fuerzas de un especialista del Derecho (ni civilista, ni romanista, ni historiador) para lograrlo. Razón por la que se hace necesario un trabajo conjunto, interdisciplinar (de “alianza de juristas” habla Fioravanti)<sup>10</sup>. Cada uno dentro de la especialidad que domina, pero en permanente comunicación con las demás. Para favorecer, como se dice ahora, constantes sinergias, haciendo honor al principio histórico de “unicidad de la ciencia jurídica”<sup>11</sup>.

De no hacerlo así puede ocurrir, como en el supuesto que ahora analizamos que, con la mejor de las intenciones, se incurra en relevantes

9 P. GROSSI, “El punto y la línea. Historia y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo”, *Acto Solemne de Investidura Doctor Honoris Causa Doctor D. Paolo Grossi, Universidad de Sevilla 1998*, p. 29.

10 M. FIORAVANTI, “El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo...” cit., p. 347.

11 M. FIORAVANTI, “El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo...” cit., p. 343.

faltas de precisión; que en el encomiable afán de mostrar respeto por la Historia, sólo se contribuya al falseamiento de la misma.

La dificultad aún es mayor en los últimos tiempos en que ya no es posible pensar en términos nacionales, ni siquiera europeos, sino “globales”. El escenario jurídico, impregnado de factores socioeconómicos y avances técnicos, es cada vez más cambiante: aumentan los personajes y se complica la trama. En palabras de Grossi “Estados y fuerzas sociales extraestatales; legisladores pero también jurisprudencia teórica, jurisprudencia de los prácticos y praxis cotidiana; textos autorizados e intérpretes; Constituciones y leyes ordinarias... un espacio ilimitado. El Novecientos jurídico está plagado de protagonistas”<sup>12</sup>. **Obligados a actuar, por otra parte, conforme a distintos, que no necesariamente contrapuestos, guiones: *civil law-common law*.**

Dicho esto, antes de proceder a la cuestión que es objeto de nuestro interés: *¿legatum debiti?*, y dadas la prevenciones que hemos manifestado ante el recurso al Derecho romano para justificar el presente, deseáramos concluir esta reflexión aludiendo a los riesgos, no menores, que existen cuando esa inmersión romanística se hace en aras de la construcción del futuro. Más exactamente, con miras a la creación del que se viene denominando Derecho privado europeo. Nos referimos a esas tendencias que desde hace unos años han sido bautizadas, con mayor o menor acierto, como neopandectismo y comparativismo en perspectiva histórica.

Una caracterización concisa y clara de ambas corrientes metodológicas la aporta Cuenca a partir de las consideraciones que realizan algunos de los más significativos representantes de cada una de ellas<sup>13</sup>. Tal es el caso de Andreas Wacke y su discípulo Christian Baldus, respecto del

12 P. GROSSI, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Madrid, 2011, p. 62 (trad.C. ÁLVAREZ).

13 F. CUENA, “El Derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción del nuevo Derecho común europeo (y extraeuropeo)” en *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, pp. 265-288; Íd., “Derecho romano y dogmática”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 9 (2006), pp. 336 y ss.; Íd., “La investigación de Derecho romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular”, *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 70, Universidade de Coimbra, 2003, pp. 129 y ss.

neopandectismo<sup>14</sup>; Reinhard Zimmermann o Alan Watson, respecto del comparativismo en perspectiva histórica<sup>15</sup>.

Tal y como expone Cuenca, la corriente neopandectista se caracteriza por ser una orientación que se plantea el significado de la historia jurídica para la dogmática, especialmente en la perspectiva de la unificación europea. Su aportación debería consistir en “el análisis preparatorio del acervo de la tradición con vistas a una armonización jurídica apropiada que sirva de base a la creación de ese previsible derecho privado europeo que se espera se materialice en un código; al menos en materia de obligaciones y contratos”<sup>16</sup>. Esto como propuesta de futuro, pues lo más inmediato parece conseguir cierta armonización entre los distintos ordenamientos jurídicos. Presupuesto del neopandectismo es “el reconocimiento de la vitalidad de una tradición o cultura jurídica común a la que la codificación no puso el fin definitivo que en el primer momento pudo parecer”<sup>17</sup>.

Entre los representantes de esta corriente, además de los ya mencionados, se encuentra Rolf Knütel, quien ha intentado demostrar que la tradición romanística actúa en los sistemas jurídicos modernos y se adapta al futuro, no ya como genérico valor cultural, sino como repertorio de normas sustanciales<sup>18</sup>.

Respecto del comparativismo en perspectiva histórica, su objetivo es impulsar la comparación histórico-jurídica de los derechos privados modernos, preferentemente de aquellos que pertenecen a la tradición jurídica occidental, como una vía eficaz para contribuir al mejor conocimiento de los mismos y, en su caso, al acercamiento y la superación de sus diferencias.

14 CH. BALDUS-A. WACKE, “Frankfurt locuta, Europa finita? Zur Reinen Rechtsgeschichtslehre in Band 12, 1993, des Rechtshistorischen Journals (RJ) und zu anderen Zweifeln am Gegenwartswert des Römischen Rechts”, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR)* 17 (1995), pp. 283-292.

15 R. ZIMMERMANN, “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischen Rechtseinheit”, *Juristen Zeitung* 47 (1992), pp. 10 y ss. 18 y ss.; A. WATSON, *Roman Law and Comparative Law*, Athens, Georgia, 1991, p. ix.

16 F. CUENA, *Derecho romano y dogmática...*, cit., p. 336.

17 Totalmente contrario a este planteamiento se muestra P. CARONI, “Una ‘Historia’ para después del Código”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, vol. 9 (2006), pp. 305 y ss.

18 R. KNÜTEL, “Rechtseinheit in Europa und römisches Recht”, en *ZEuP*(2/1994), pp. 244 y ss.

En la perspectiva de la formación de algo que pueda llegar a ser en el futuro un nuevo *ius commune* europeo, “la integración de las dos ramas de investigación jurídica, la histórica y la comparativa, debe ser percibida como algo deseable y necesario a los fines de impulsar un proceso de ‘europeización’ de la ciencia, la literatura y la enseñanza jurídicas que pueda complementar y servir de contrapunto (y también de contrapeso) a la unificación legislativa”<sup>19</sup>.

Se trataría, por tanto, “de impulsar una comparación histórico-jurídica de esos derechos, labor que es posible y fructífera por la propia continuidad del papel jugado por el Derecho romano y la tradición romanística en el desarrollo jurídico europeo (y extraeuropeo en el caso de los países antiguamente colonizados por las potencias europeas) prácticamente hasta las vísperas de nuestro tiempo”<sup>20</sup>. En palabras de Watson, “dado el papel central del derecho privado romano para el desarrollo subsiguiente del derecho occidental, el estudio del derecho comparado exige familiaridad con el derecho romano; no se trata de que el conocimiento de éste facilite por sí solo la comprensión de los modernos ordenamientos, pero la pregunta de por qué los ordenamientos modernos son como son en sus reglas y estructuras no puede ser respondida sin el conocimiento de dicho ordenamiento”<sup>21</sup>.

La razón principal que justifica la aparición de estas nuevas orientaciones metodológicas parece, pues, clara. No es otra que la de hacer extensible el propósito de una Europa Unida, propósito materializado hasta ahora sólo parcialmente en el terreno económico, al ámbito jurídico<sup>22</sup>.

Realizaciones de esa propuesta en el ámbito científico han sido: además de la multiplicación de reflexiones científicas con ese argumento;

19 F. CUENA, “El Derecho romano entre el deseo y la realidad...”, cit., p. 273.

20 F. CUENA, “La investigación en Derecho romano...”, cit., p. 126, donde recoge las reflexiones de R. ZIMMERMANN, “Das römisch-kanonische *ius commune*...”, cit., pp. 10 y ss. y 18 y ss.

21 A. WATSON, *Roman Law and Comparative Law...*, cit., p. ix.

22 Remontándonos a los orígenes, el primer paso vendría dado por el Tratado de Roma de 1957 en que se plasma la voluntad de recuperación de la identidad europea mediante la común adhesión al sistema de valores propio de un estado de Derecho. En el ámbito jurídico habría que citar la resolución del Parlamento Europeo de 1989 encaminada a iniciar los trabajos para la elaboración de un Código europeo común en materia de Derecho privado. Resolución de 26 de junio de 1989, Diario Oficial de la Comunidad Europea C 158/400-401.

la multiplicación de los foros para someterlas a debate, así como la aparición de numerosas revistas destinadas a contener los trabajos orientados en esta dirección.

Entre los numerosísimos trabajos, además de los surgidos en los años noventa –fundamental pero no exclusivamente en Alemania–, y de todos conocidos, de Zimmermann, Schulze y Vacca<sup>23</sup>, los de más reciente publicación y que citamos sólo a modo de ejemplo, de Lanza, Cerami, Di Chiara e Micelli, Hamza, Baldus y Zoz<sup>24</sup>. Entre los romanistas españoles que han reflexionado sobre estas cuestiones, entre otros: Núñez Paz, Valiño del Río, Valiño Arcos, Casinos Mora y Pérez Álvarez<sup>25</sup>.

23 R. ZIMMERMANN, “Römisch-kanonisches ius commune als Grundlage europäische Rechtseinheit...”, cit.; Íd., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1992; Íd., *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000; R. SCHULZE, “European Legal History. A New Field of Research in Germany”, *The Journal of Legal History* 13 (1992), pp. 270-295; L. VACCA, *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatista*, Milano, 1992.

24 C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno. Processi di “decontestualizzazione”*, Torino, 2000; P. CERAMI/G. DI CHIARA/M. MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giurídica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino, 2003; G. HAMZA, *Le développement du droit privé européen. Le Rôle de la traditio romaniste dans la formation du droit privé moderne*, Budapest, 2005; CH. BALDUS, “Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la ‘falta de conformidad de escasa entidad”, *ADC*, tomo LIX, fascículo IV, 2006, pp. 1611-1640; M. G. ZOZ, *Fondamenti del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino, 2007.

25 M. I. NÚÑEZ PAZ, *Derecho romano, Derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, 2000; E. VALIÑO DEL RÍO, “Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del derecho privado patrimonial. Los principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanística”, *Derecho patrimonial europeo*, Madrid, 2003, pp. 403-417; A. VALIÑO ARCOS, “Observaciones preliminares sobre el Anteproyecto ‘Gandolfi’: hacia la consecución de un ‘Code Européen des Contrats’”, *Derecho patrimonial europeo*, Madrid, 2003, pp. 383-402; J. CASINOS MORA, “¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. Notas críticas”, *Derecho patrimonial europeo*, Madrid, 2003, pp. 67-81; PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., “El Derecho romano y la formación de un futuro Derecho europeo”, *Actas X Congreso Internacional y XIII Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, Toledo, 2008; Íd., “Reflexiones sobre la unificación del Derecho privado europeo y el método histórico comparativo”, *Revista General de Derecho romano* 6 (2006); Íd., “La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho privado europeo”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, XIV (2006), pp. 148-199.

Hay que destacar, asimismo, numerosos eventos organizados con este argumento<sup>26</sup>.

Así como la proliferación de revistas surgidas con el fin de hacer públicos los distintos trabajos relativos a la construcción del Derecho privado europeo<sup>27</sup>.

La recepción por parte de la comunidad científica respecto de las mencionadas orientaciones romanísticas ha sido desigual. Como aspecto encomiable, en opinión de muchos entre quienes nos incluimos, estaría el de prevenir contra la artificial separación entre Derecho positivo e Historia del Derecho. Como advierte Mazzacane, es preciso sustraer la construcción del Derecho europeo a la guía de las directivas de Bruselas. Es preciso, dice él, “que el proceso esté imbuido de la conciencia de la historicidad de las categorías jurídicas; no puede prevalecer la visión administrativa o meramente práctica o, mucho peor, informada de los mitos ideológicos de la ‘libertad de mercado’”<sup>28</sup>.

Entre sus inconvenientes, algunos más inocuos que otros, se encuentran el de partir de una consideración falaz, ya que no es comparable la situación del *ius commune* con la actual. En este sentido, dice Cuenca que “la idea de Imperio y la unidad de la Cristiandad nos faltan por com-

26 Así, por poner algún ejemplo, el auspiciado, en 1992, por el *Institut des Hautes Etudes de Belgique*; el organizado en Roma en 2000 por la *Università degli Studi “Roma Tre”* con el título *Ricerca storia e indagine comparatistica*, de cuyos resultados quedó reflejo en una publicación supervisada por Leticia Vacca (*Ricerca Storica e indagine comparatistica* a cura di Letizia Vacca, Torino, 2001). Como pone de manifiesto Mazzacane, prueba del eco que estos planteamientos han tenido en Italia es, también la fundación, en el año 2000, del “*Consorcio di alta formazione giuridica ‘Ius Commune Europeum’* entre las universidades de Módena-Reggio Emilia, Roma ‘La Sapienza’, Nápoles ‘Federico II’, Catania y Bonn con el fin de “costruire le fundamenta per la formazione di una comune esperienza giuridica all’interno dello spazio europeo, nell’essenziale cornice generale offerta dal diritto romano e dalla tradizione romanistica”. Vid. A. MAZZACANE, “Il leone fuggito dal circo’: pandettistica e diritto comune europeo”, *INDEX. Quaderni camerti di studi romanistici*, 29 (2001), p. 107, n. 1. De cómo en Alemania es un debate superado, según Mazzacane, es una prueba el hecho de que en el *Rechtshistorikertag* (2000) el tema Derecho romano y construcción del Derecho europeo no apareciese en las comunicaciones.

27 Entre otras: La sección inaugurada por *RIDA*, a partir de 1992, titulada “*Le Droit Romani et l’Europe*”; desde 1993 la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* fundada por historiadores y comparatistas; desde 1999 la revista *Diritto romano attuale. Storia, método, cultura nella scienza giuridica*.

28 A. MAZZACANE, “Il leone fuggito dal circo...”, cit., p. 99.

pleto en esta ocasión”<sup>29</sup> o, como acertadamente advierte Mazzacane, “en dirección opuesta a aquella de Savigny y la Pandectística, la nueva situación requiere la ‘invención’ de un Derecho sin nación y sin nada que se asemeje al estado tal y como hasta ahora lo hemos conocido. Impone la edificación de un derecho procedimental”<sup>30</sup>. En el mismo sentido se pronuncia Capogrossi para quien se pueden sacar más conclusiones acerca de las diferencias que postular paralelismos<sup>31</sup>.

Por otra parte sucede que, en determinados ámbitos (en materia de derechos humanos, por ejemplo), la aportación de los estudios romanísticos puede servir de muy poco<sup>32</sup>.

Por no hablar del hecho de que el recurso indebido a los precedentes romanos puede llevar a incurrir en trivialidades que no van a hacer un hueco al Derecho romano entre los civilistas, y sí pueden suponer su *relegatio* como materia histórica. No hay más que ver los ejemplos que expone Cuenca acerca de una incorrecta utilización del Derecho romano por parte de los tribunales europeos y de otros organismos de ámbito supranacional<sup>33</sup>.

Hay quienes se muestran absolutamente críticos respecto de estas nuevas orientaciones metodológicas; tal es el caso de Guarino<sup>34</sup>, que cali-

29 F. CUENA, “El derecho romano entre el deseo y la realidad...”, cit., p. 268.

30 A. MAZZACANE, “Il leone fuggito...”, cit., p. 102. Mazzacane desmonta la idea de autores como Zimmerman de parangonar la situación de la Europa actual con la de Alemania en el siglo XIX, así como la propuesta de un programa de unificación jurídica confiado a una ciencia capaz de reapropiarse de un material heredado. Para Mazzacane tal parangón no es posible en la situación actual (globalización).

31 L. CAPOGROSSI COLOGNESI, “Tradizione romanistica e metodo storico-giuridico. I fondamenti storici di un diritto comune europeo”, *Index. Quaderni camerti de studi romanistici* 30 (2002), pp. 163-182. Desde la primera línea de este trabajo, advierte Capogrossi, no va a apostar por la utilización del Derecho romano para la construcción de un común derecho europeo.

32 D. MANTOVANI, “El derecho romano después de Europa...”, cit., p. 376 y ss.

33 *Vid.* F. CUENA, “El derecho romano entre el deseo y la realidad...”, cit., pp. 275 y ss.

34 A. GUARINO, “Il secolo breve della giusromanistica contemporanea”, *Seminari complutenses de Derecho romano* 1997-1998, IX y X, p. 37. Advierte Guarino que así como en relación con el Derecho público romano nadie se plantea hoy día confrontarlo con los derechos públicos contemporáneos, sí existen algunos que se proponen “raffrontare” derechos modernos al derecho privado romano “in un senso alquanto ambiguo e forse

fica el neopandectismo de hibridismo, esto es *mescolanza disarmonica di elementi eterogenei*<sup>35</sup>. También Caroni<sup>36</sup> quien, entre muchas otras observaciones, expresa: “me resulta muy difícil compartir el culto a la continuidad al que se dedica el neopandectismo, sobre todo si la continuidad se queda –como sucede en muchos casos–, únicamente en correspondencia de palabras. Y me molesta la consiguiente concepción de la historia jurídica como *comparación vertical*”. Añade, “quien considera el pasado una mina de la que se extrae a conveniencia, y sin demasiados escrúpulos, todo cuanto se estima útil para el presente, no hace ciertamente obra de historiador”<sup>37</sup>.

El propio término neopandectismo (que utilizó ya Diosdi en 1973)<sup>38</sup> encierra una connotación despectiva.

Hay quienes justifican el surgimiento de estas corrientes metodológicas en Alemania, aunque luego se hayan extendido a otros países, como reacción ante la pérdida de peso específico que el Derecho romano (y no sólo romano, también Derecho germánico y Derecho canónico)<sup>39</sup> viene experimentando desde hace unos años en las Facultades de Derecho alemanas. De este modo, los trabajos de aquellos que han sido calificados de neopandectistas o comparatistas perseguirían encontrar hueco entre los cultivadores del Derecho positivo, y ello en una especie de “*Aktualisierung*” que, como todos sabemos, ya propugnó Koschaker en 1939 en su obra *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswis-*

---

erroneo. Nel senso, voglio dire, di procedere ad un’artificiosa ed ibrida utilizzazione del ius privatum come ‘precedente’ tutora vitale dei soli istituti moderni che ad esso sembrino in qualche modo ricollegarsi, lasciando il resto al dimenticatoio od all’antiquariato”.

35 A. GUARINO, “Il secolo breve...”, cit., p. 37. El Derecho romano es, según él, un derecho muerto y algo totalmente distinto de los derechos modernos.

36 P. CARONI, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel/Genf/München 2005, pp. 43 y ss., 117 y ss., 149 y ss.

37 P. CARONI, “Una ‘historia’ para después del código...”, cit., p. 308.

38 Se puede encontrar en *Labeo* 19 (1973) en que se hacen públicas las respuestas dadas por distintos romanistas a la pregunta formulada por la misma revista en 1971 y relativa al método en Derecho romano: *Inchiesta. Conversazioni sul método*. G. DIÓSDI, p. 57 “Vengono pubblicate assai spesso, infatti, monografie romanistiche d’una sterilità sconcertante: alludo, essenzialmente a quei lavori ‘neopandettisti’ nei quali gli autori si limitano a recercar nelle fonti le tracce di un concetto giuridico moderno, con la scoperta intenzione di dare attualità alle indagini romanistiche”.

39 D. MANTOVANI, “El derecho romano después de Europa...”, cit., p. 362.

*senschaft*. En ella criticaba los excesos de la dirección neohumanista y abogaba por un regreso a Savigny, en el intento de superar uno de los numerosos momentos de crisis por los que ha pasado el Derecho romano<sup>40</sup>. De *usus modernissimus Pandectarum*, habla Torrent<sup>41</sup>.

## 2. Continuidades y discontinuidades

Retomando el trabajo citado, cuyo objeto es analizar el tratamiento del “legado de deuda” en el Derecho civil español, hay que recordar, como se hace en éste, que la única referencia (indirecta) a tal legado de deuda en nuestro código se halla en el artículo 873, libro III (De los diferentes modos de adquirir la propiedad), título III (De las sucesiones). En él se dice:

El legado hecho a un acreedor no se imputará en pago de su crédito, a no ser que el testador lo declare expresamente.

En este caso el acreedor tendrá derecho a cobrar el exceso del crédito o del legado.

Este artículo, por las razones que expondremos más adelante, ha de ser complementado con el 767, párrafo I, y en el que se establece:

La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.

De modo muy semejante, que no idéntico, se expresan los códigos que precedieron al español: artículo 659 del vigente *Codice civile* –copia literal del art. 845 del de 1865<sup>42</sup>– y, como precedente de éste, el artículo 1023 del *Code Civil*<sup>43</sup>.

40 P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955.

41 A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-“ius commune”- derecho europeo*, Madrid, 2007, p. 341.

42 Art. 659 Codice Civile (Libro II, Delle successioni; Título III, Delle successioni testamentarie; Capítulo V, Dell’istituzione di erede e dei legati; Sección III, Dei legati). Vid. *Commentario del Codice civile, libro II, Successioni (art. 587-712)* UTET, 1978, pp. 273 y ss.

43 Art. 1023 Code civil (Libro III, Des différentes manières dont on acquiert la

Se il testatore, senza fare menzione del debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per soddisfare il legatario del suo credito.

Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni legs fait au domestique en compensation de ses gages.

Respecto de las dos disposiciones contenidas en el artículo 873 de nuestro código, como acertadamente resalta Albaladejo, ninguna se refiere a la regulación del legado de deuda; simplemente éste aparece contemplado en ellas<sup>44</sup>.

En el *Codice civile*, en el que todos los artículos van precedidos de un epígrafe que anticipa el contenido, el que se refiere al art. 659 no habla de *legato di debito*, sino de *legato a favore del creditore*. El art. 658, sin embargo, sí anuncia tanto el *legato di credito* como *di liberazione da debito*.

El artículo 873 establece una regla general y una excepción a la misma al disponer, que tal legado no se imputará al pago del crédito a no ser que así lo declare expresamente el testador. Es decir, que si éste adeuda a otro una cantidad y se limita a ordenar a su favor un legado de cantidad –ya sea ésta igual, menor o superior a la debida–, el acreedor conservará el crédito íntegro y podrá, además, reclamar la entrega de la cantidad legada<sup>45</sup>.

Si el Código civil exige una declaración expresa del deudor-testador imputando el legado al pago de la primitiva obligación, el *Codice civile* se contenta con que el testador haga mención de la deuda para considerar que el legado está destinado a satisfacer el crédito del legatario (norma de naturaleza interpretativa). La mención es necesaria. Si, por el contrario, el testador dispone un legado a favor de su acreedor sin aludir al débito que tiene frente a él, se presume que la disposición no mira a satisfacerle su crédito, sino a atribuirle una liberalidad; de modo que el acreedor puede exigir tanto el crédito originario como el legado<sup>46</sup>.

propriété; Titre II, Des donations entre vifs et des testaments; Chapitre V, Des dispositions testamentaires; Section VI, Des legs particuliers).

44 M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. 1, 1998, Artículos 858-891. Vid. art. 873, pp. 239-249.

45 J. M. OSSORIO SERRANO, El legado de deuda, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVIII, fascículo IV, 1985, pp. 941-977; “Comentario al artículo 873 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil. I Ministerio de Justicia*, vol. II, pp. 2132 y ss.

46 *Commentario al Codice civile, volumen secondo (art. 456-809)*, UTET, 1991, pp. 282 y ss.

El *Codice* no hace sino reproducir la norma interpretativa que estableció su predecesor el *Code civil*, art. 1023. Al ser el testamento una disposición a título gratuito parece natural, interpretaba Demolombe, presumir que aquel que escribe en su testamento una disposición en beneficio de otra persona tiene la intención de reconocerle una liberalidad; la circunstancia de que el beneficiario sea acreedor del testador no es incompatible con la presunción. Se trata, no obstante, de una presunción simple que cederá ante la voluntad contraria del testador<sup>47</sup>.

En el *Bürgerliches Gesetzbuch* (*Buch 5 [Erbrecht]; Abschnitt 3 [Testament]; Titel 4 [Vermächtnis]* 2147-2191), no encontramos ninguna previsión de características semejantes.

Pese a no existir referencia alguna en estos artículos citados (1023, 659 y 873) a un *legatum debiti* y a la parca regulación que en ellos se establece, existen distintos trabajos civilísticos dedicados a este argumento en los que hallamos epígrafes como los siguientes: Concepto de legado de deuda; Diferencias con otras figuras: legados de crédito, de liberación o perdón y reconocimiento de deuda; Formas de ordenarlo; Efectos que produce; Validez del legado de deuda. El problema de la liberalidad; Supuestos especiales: legado nulo, legado ordenado en pago de una obligación natural, legado de deuda pluripersonal, legado de deuda ajena, legado de deuda inexistente, entre otros<sup>48</sup>.

Estas discrepancias entre código y doctrina son el reflejo de dos tradiciones en las que el Derecho romano es protagonista, pues es común a ambas. Los códigos denotan la influencia del *ius commune*; la doctrina denota la influencia de la Ciencia Pandectística. Pero estamos adelantando conclusiones que esperamos se desprendan con mayor evidencia en el desarrollo de este trabajo.

Dicho esto, objetivo inicial de esta investigación ha sido averiguar si existió en Derecho romano, y a qué fines pudo servir el que se ha venido denominando *legatum debiti*. Legado del que, como ya hemos anticipado, no encontramos ningún epígrafe específico en el Digesto, aunque sí numerosos textos en los que se hace referencia a que el deudor legaba al acreedor lo que le debía, y ello por las más diversas causas.

En efecto, si acudimos al Digesto comprobamos que en sede de

47 C. DEMOLOMBE, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, tomo IV, París, 1872, pp. 629 y ss.

48 J. M. OSSORIO SERRANO, El legado de deuda..., cit., p. 944 y ss.; "Comentario al artículo 873 del Código Civil...", cit., pp. 2132 y ss.

legados y fideicomisos no hay ningún título que se corresponda con esta figura y eso que, como ya advirtiera Schulz, los juristas clásicos estudiaron el derecho de legados con no disimulada predilección<sup>49</sup>. Tanto es así, que de los cincuenta libros de los que éste se compone, siete son relativos a los legados, más concretamente del treinta al treinta y seis. Y si los tres primeros se refieren a cuestiones generales relativas a éstos, los cuatro restantes abordan pormenorizadamente las más diversas figuras, tales como: legado de uso, de renta, de habitación, de servidumbre, de dote, de opción; legado de trigo, vino o aceite, de cosa provista, de los utensilios, de peculio. Éstos, entre muchos otros. Ninguna mención específica a un *legatum debiti*<sup>50</sup>.

Una búsqueda en las fuentes de otro tipo, no atendiendo a los títulos del Digesto, sino sirviéndonos de esos utilísimos instrumentos que la tecnología ha puesto a nuestra disposición desde los años 90, como es el archivo *Biblioteca Iuris Antiqui* (BIA) –cuya virtud reside, como ya expusiera en sus primeros años de funcionamiento Mantovani, no sólo en la riqueza de datos contenidos en sus archivos, sino en las múltiples posibilidades de búsqueda<sup>51</sup>–, nos encontramos con referencias del siguiente tenor:

–*debitor creditori suo legat;*  
–*debitor creditori legaverit;*

49 F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, p. 302 (trad. de J. SANTA CRUZ TEIGEIRO de la versión original *Classical roman Law*, Oxford, 1951).

50 Un conocimiento completo de la jurisprudencia clásica exige adentrarse en el estudio de los legados. Una de las materias que, como expresara P. VOCI, *Legato*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, p. 709, dicha jurisprudencia elaboró con mayor diligencia y finura dado el amplio uso que de los legados se hizo, especialmente, por parte de quienes acudían a los jurisconsultos; los pertenecientes a la clase de los *beati possidentes*. El legado (y el fideicomiso en su caso) se consideró expresión de espíritu cívico (construcción de obras públicas, fundación de instituciones benéficas); sirvió para colmar lagunas del régimen de la sucesión *ab intestato* (situación del cónyuge supérstite con expectativa sucesoria reconocida sólo por el pretor con posterioridad al resto de parientes. El marido que desease beneficiar a la propia viuda debía hacer testamento, y si bien es cierto que podía designarla heredera, lo más común era recurrir a un legado de usufructo o de propiedad respecto de una o más cosas). El legado sirvió, asimismo, para evitar algunas consecuencias no deseadas de la estructura patrimonial de la familia clásica (prelegado del peculio del hijo); o con fin alimentario. Estos entre muchos otros.

51 D. MANTOVANI, *Il CD-Rom BIA: note sull'uso e l'architettura del sistema*, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 24 (1996), pp. 598-612.

- debitor decem legavit creditori quae ei post annum sub pignore debebat;*
- debitor creditori leget;*
- si quod ego Titio debeo, ei legavero;*
- si quis creditori suo quod debet legaverit.*

Sólo esta primera aproximación nos lleva a comprobar que son varios los textos romanos en que se hace alusión al legado que se realiza tomando en consideración algo que se debe; que tiene por objeto algo que se debe. En una acepción estricta del que se ha venido a llamar legado de deuda, éste aparece referido a aquel que dispone el deudor a favor de su acreedor de aquello que ya le debía, pudiendo responder la deuda a las más variadas causas:

- Se lega la cosa prometida por *stipulatio* o por otra causa (D. 32,3,2; D. 30,28,1).
- Se lega la cantidad que se debía: por derivar de rendimientos de bienes que el testador había administrado para el acreedor legatario (D. 22,3,27); los 10 gastados por el tutor en el ejercicio de la tutela (D. 34,3,28,10); los 50 recibidos en mutuo con quirógrafo para invertir en negocios (D. 34,3,28,13); la cantidad recibida en depósito (D. 31,88,10); los 10 que se debían pagar pasado un año y que habían sido garantizados con una prenda (D. 31,82pr.).
- A veces, incluso, se hacía referencia de forma genérica a que se legaba “lo que se debía”, sin indicación de cosa o cantidad (D. 35,2,1,10).

A estos efectos, el deudor-testador podía servirse de distintos expedientes jurídicos. Tratándose de una cosa, podía servirse del legado vindicatorio (D. 32,3,2; D. 30,28,1), o del legado damnatorio (D. 35,1,40,4; D. 30,84,2; D. 31,66 pr.). Tratándose el legado de cantidad, se recurriría al legado damnatorio (D. 34,3,28,10; D. 34,3,28,13).

Aunque como es sabido, esta diferenciación entre legados vindicatorios-legados damnatorios fue poco a poco corregida a medida que la importancia de las formas fue pasando en el ordenamiento jurídico romano a un segundo plano, erigiéndose en protagonista la voluntad (*voluntas testatoris*, en este caso), los compiladores justinianos respetaron la

precisa formulación de las consultas realizadas a los juristas. Así, vemos cómo el legado de la cosa debida podía haberse dispuesto *per vindictionem*, transmitiendo por sí mismo la propiedad de dicha cosa y ello por emplearse las formas “*do lego legatum*”; mientras que dispuesto “*heres meus damnas esto*” habría implicado la posibilidad de exigir del heredero el cumplimiento de la obligación de entregar la misma. El primer caso presupondría que el testador era propietario de aquello que legaba; en el segundo podía ser él el propietario, serlo el heredero, o serlo un tercero del que el heredero debería conseguir adquirirlo.

La deuda, por su parte, podía revestir distintas características, pudiendo estar sometida a condición o término, o siendo pura (D. 31,66 pr.); siendo todavía exigible, o habiendo vencido; estando gravada a través de garantías reales o personales, o no (D.31,82 pr.); pudiendo ser el acreedor un particular, o una colectividad (D. 35,2,5).

De las fuentes se desprende, incluso, la validez del legado aun cuando la deuda no existiese –bien porque no hubiese existido nunca, bien porque hubiese sido saldada, bien porque se hubiese convertido en inexigible tras la muerte del obligado–, siempre que se indicase la cantidad o cosa debida (D. 34,3,25). Si en los anteriores casos el propósito perseguido por el testador era extinguir una relación obligatoria, en estos otros parece a la inversa: constituir una obligación hasta entonces inexistente.

Se podría plantear, incluso, la posibilidad de que el legado se estableciese en consideración de la deuda de un tercero, surgiendo el interrogante relativo a quién habría que considerar legatario, si al tercero o al acreedor (D. 34,3,3,4; D. 30,49,4; D. 34,3,3,5).



### III

#### INDAGANDO EN LAS FUENTES

Para abordar las cuestiones que esta singular figura jurídica plantea, nuestra metodología de trabajo ha sido la que sigue. A través de BIA, como ya se ha anticipado, hemos procedido a una selección de textos en los que aparecían expresiones del tipo: *debitor creditori suo legat; debitor creditori legaverit; debitor decem legavit creditori; debitor creditori leget; si quod ego Titio debeo, ei legavero; si quis creditori suo quod debet legaverit*.

Éstos se han visto complementados con otros, resultado de una minuciosa lectura de los libros 30 a 32 del Digesto, en los que bajo un título único se trata de “legados y fideicomisos en general”; también algunos del libro 33 “de dote prelegada”; asimismo el libro 34, título III relativo al *legatum liberationis*. Libro 35, título I sobre “las condiciones, demostraciones, causas y modos” y título II sobre “*lex Falcidia*”; Libro 36, título II “de cuándo corre el término de los legados o de los fideicomisos”. También, libro 22, título III sobre “pruebas y presunciones” y libro 23 sobre “derecho de dote”. También, algunas constituciones imperiales relativas a esta materia como C. 6,44,2 y algunos textos de las Instituciones justinianeas.

Entre la bibliografía consultada: además de las obras del siglo XX consideradas clásicas en materia de Derecho sucesorio (Fadda, Biondi, Grosso, Voci, Ferrini, entre otras)<sup>1</sup>, las de algunos de los más importan-

1 C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli, 1900; B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, pp. 462 y ss. (trad. de M. FAIRÉN de la versión originaria *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955); P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. 2, Milano 1963, pp. 323 y ss.; G. GROS-

tes pandectistas, con las debidas cautelas (Puchta, Keller, Arndts, Brinz, Windscheid, Dernburg, y Bähr)<sup>2</sup>. Entre los trabajos específicos sobre legado de deuda hay que destacar los de Astolfi<sup>3</sup>, Bernasconi<sup>4</sup> y, mucho más reciente, el de Di Salvo<sup>5</sup>.

Para la parte del trabajo en la que se indaga acerca de los fines a los que pudo servir este expediente jurídico denominado *legatum debiti*, se ha realizado una exhaustiva consulta de fuentes literarias que serán citadas en el momento correspondiente: Propercio, Horacio, Ovidio, Suetonio, Dión Casio, entre otros.

Seleccionados los textos jurídicos hemos procedido a ordenarlos cronológicamente, y ello a fin de poder comprobar el orden en que aparecen las cuestiones más importantes que afectan a esta figura.

El orden cronológico se ha visto complementado con aquel en el que los textos han sido recogidos por los compiladores en el Digesto; de lo contrario nos encontraríamos con textos imposibles de interpretar aisladamente considerados y que, sin embargo, atendiendo a la sistemática del Digesto, arrojan importante luz acerca de cuestiones que quedan apuntadas pero no resueltas en otros textos directamente relacionados con el legado de deuda (ej. D.34,3,4 de Pomponio con D. 34,3,35 de Ulpiano, o D. 34,3,13 de Juliano con D. 34,3,14 de Ulpiano).

---

SO, *I legati nel diritto romano*, Torino 1960; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano*, Roma 1976 (reimpresión de la edición de 1889).

2 G. F. PUCHTA, *Pandekten* (Fünfte vermehrte Auflage von D. U. RUDOLF), Leipzig, 1850, 707 y ss.; F. L. KELLER, *Pandekten*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861, pp. 569 y ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, primera trad. italiana de C. FADDA-E. BENSÀ, vol. III, parte II, Unione tipografico editrice, Torino, 1930, pp. 512 y ss.; H. DERNBURG, *Pandekten*, 3 vols., Berlín, 1884-1887. La edición que aquí citamos es la primera traducción italiana de F. CICALA a la sexta edición (*Diritto di familia e diritto dell'eredità*), Torino, 1905, pp. 429 y ss.; O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Civiltische Abhandlung)*, Georg Wigang, Göttingen, 1867. K. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, vol. III, Bologna, 1875, pp. 279 y ss.; A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Dritter Band, 1886, pp. 326 y ss.

3 R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, vol.II, Padova, 1969.

4 S. BERNASCONI, "Il legato di debito nel diritto romano", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 42 (1976), pp. 23-98.

5 S. DI SALVO, "Legatum debiti' e riconoscimento dell'obbligazione", *Fides, Humanitas, Ius: Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, pp. 1531-1542.

1. Orden clarificador

En apéndice documental se recogen, en el mencionado orden, los textos referidos para facilitar su consulta a medida que éstos van siendo citados. A continuación se hace sólo indicación del texto y su correspondiente *inscriptio*; respecto de los textos del Digesto. Las constituciones imperiales aparecen con el nombre del emperador que las propone.

1. D.33.4.6pr. *Labeo libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatum*
2. D.35.1.40.3 *Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*
3. D.35.1.40.4 *Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*
4. D.30.84.2 *Iulianus libro trigesimo tertio digestorum*
5. D.34.3.11 (vid. D. 34,3,10) *Iulianus libro trigesimo sexto digestorum*
6. D.34.3.13 *Iulianus libro octagesimo primo digestorum*
7. D.34.3.4 *Pomponius libro septimo ex Plautio*
8. D.30.69.2 *Gaius libro secundo de legatis ad edictum praetoris*
9. D.34.3.28.6 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*
10. D.34.3.28.10 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*
11. D.34.3.28.13; 14 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*
12. D.32.93.1 *Scaevola libro tertio responsorum*
13. D.32.34.3 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*
14. D.22.3.27 *Scaevola libro trigesimo tertio digestorum*
15. D. 32,37,5; 6 *Scaevola libro octavo decimo digestorum*
16. D.31.88.10 *Scaevola libro tertio responsorum*
17. D.35.2.8 *Papinianus libro quarto decimo quaestionum*
18. D.31.66pr. *Papinianus libro septimo decimo quaestionum*
19. D.35.2.5 *Papinianus libro octavo responsorum*
20. D.30.29 *Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam*
21. D.35.2.1.10 *Paulus libro singulari ad legem Falcidiam*
22. D.31.82pr. *Paulus libro decimo*
23. D.34.3.25 *Paulus libro decimo quaestionum*
24. D. 30,75,1 *Ulpianus libro quinto disputationum*
25. D.32.3.2 *Ulpianus libro primo fideicommissorum*
26. D.32.7.2 *Ulpianus libro primo fideicommissorum*
27. D.32.11.22 *Ulpianus libro secundo fideicommissorum*
28. D.34.3.14 *Ulpianus libro primo fideicommissorum*

29. D.30.28pr.; 1 *Ulpianus libro nono decimo ad Sabinum*
30. D.30.49.4 *Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum*
31. D.30.49.5 *Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum*
32. D.34.3.3.5 *Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum*
33. D.30.49.6; 7 *Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum*
34. D.34.3.7.3 *Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum*
35. D.23.3.29 *Ulpianus libro trigesimo sexto ad Sabinum*
36. C.6.44.2 *Imp. Alexander A. Faustinae*
37. C.7.72.1 *Imp. Antoninus A. Atticae*
38. Inst.2.20.14

Como se puede apreciar, las fuentes jurídicas relacionadas con el legado de deuda provienen, si nos referimos a las soluciones jurisprudenciales, de Labeón (libro segundo de las obras póstumas recopiladas por Javoleno), Javoleno (Doctrina de las obras póstumas de Labeón. Libro II)<sup>6</sup>, Juliano (Digesto, libro XXXVI<sup>7</sup> y libro LXXXI<sup>8</sup>), Pomponio (Doctrina de Plaucio, libro VII)<sup>9</sup>, Gayo (Comentarios al edicto del pretor urbano. Libro II<sup>10</sup>), Cervidio Escévola (Digesto. Libro XVI<sup>11</sup>; Digesto libro 33<sup>12</sup>; Respuestas libro III<sup>13</sup>), Papiniano (Cuestiones, libro XIV<sup>14</sup> y libro XVII<sup>15</sup>;

6 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Graz, 1960, vol. 1, p. 306, n° 186 “*De legatis*”.

7 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. 1, p. 414, n° 526 “*De legatis, quae servis vel filiis familias relinquuntur*”.

8 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *Ad legem Papiam. De inutiliter legatis*, p. 479, n° 811.

9 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p. 84, n° 363.

10 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *De legatis*, p. 183, n° 16.

11 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p. 235, n° 57.

12 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *Ad legem Iuliam et Papiam*, p. 269, n° 128.

13 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p. 298, n° 258.

14 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *De bonis libertorum*, p. 842, n° 226.

15 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *De legatis*, p. 847, n° 261.

Respuestas, libro VIII<sup>16</sup>), Paulo (Libro VI *ad legem Iuliam et Papiam*<sup>17</sup>; Libro singulari *ad legem Falcidiam*<sup>18</sup>; Cuestiones, libro X<sup>19</sup>) y Ulpiano (Disputas, libro V<sup>20</sup>; De los fideicomisos, libro I y libro II<sup>21</sup>; Comentarios a Sabino, libros XIX<sup>22</sup>, XXIII<sup>23</sup>, XXXVI<sup>24</sup>).

La mayoría pertenecen a ese grupo de obras que Schulz denominó “Literatura problemática”; obras dedicadas a las más complejas cuestiones jurídicas<sup>25</sup>. De especial interés, precisamente por ello.

Algunos de esos textos ponen de manifiesto de forma mediata las opiniones de autores anteriores a los mencionados. Este es el caso de Servio Sulpicio Rufo referido en un texto de Labeón y otro de Javoleno, sirviéndose, respectivamente, de los testimonios de Alfeno Varo, discípulo de Servio, y Aufidio Namusa (D. 33,4,6pr.; D. 35,1,40,3).

A veces, como en el primer texto, la referencia a un jurista anterior se utiliza como argumento de autoridad –presentando la propia solución (de Labeón, en este caso) como doctrina prevalente avalada por otro de prestigio (su antecesor, Servio)–. Otras, como en D. 35,1,40,3, se hace para ofrecer una respuesta diferente (Javoleno frente a Servio respecto del modo de calificar y regular las posibles “relaciones obligatorias” entre dueño y esclavo).

También de forma indirecta nos llegan las opiniones de los juristas del siglo I a.C. Aulo Ofilio y Trebacio Testa, maestro de Labeón, a través

16 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *De legatis*, p. 922, n° 608.

17 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *De his quae lege Papia caduca fiunt*, p. 1130, n° 958.

18 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *Ad legem Falcidiam liber singularis*, p. 1123, n° 921.

19 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. I, *De legatis*, p. 1206, n° 1364.

20 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p. 403, n° 99.

21 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De fideicommissis*, libro VI. Liber I “*Quorum fideicommissi item quibus fideicommissum relinqui possit*”, p. 904ss, n° 1852; n° 1855;1869.

22 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis*, p. 1076, n° 2597.

23 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis. De dote relegata*, p. 1099, n° 2654;2657.

24 O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis...*, cit., vol. II, *De legatis. De liberatione legata*, p. 1153, n° 2816.

25 F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 418 (Trad. de G. NOCERA de la versión *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953).

de un texto recogido por Javoleno. De Juliano, además de sus propios *responsa*, sabemos algunas de sus opiniones a través de las referencias que a las mismas hacen Papiniano o Ulpiano (D. 31,66 pr.; D. 30,49,6). Este último refiere también, en algún caso, opiniones relativas al legado de deuda de juristas que le precedieron como por ejemplo Marcelo (D. 30,28,1; D. 34,3,3,5).

## 2. Anticipando conclusiones

Resulta, pues, que las referencias más antiguas relativas al “*legatum debiti*” provienen de juristas republicanos del siglo I a.C. (Servio Sulpicio Rufo, Alfeno Varo y Aufidio Namusa).

Textos que vinculan este legado con la dote, así como con las relaciones de *debito/credito* entre dueño y esclavo en un momento en que éstas eran ya consideradas “obligaciones naturales”. De Labeón es la opinión recogida en D. 35,1,40,3 (dueño que lega cinco áureos que “debe” a su esclavo); A Labeón se atribuye, asimismo, el reconocimiento de las mencionadas obligaciones naturales (D. 4,3,20 *Paulus libro XI ad Edictum*).

El “*legatum debiti*” sería, por tanto, posterior al *legatum dotis* (siglo II a.C.) –legado por el que el marido atribuye a la mujer la dote que recibió de ésta con ocasión del matrimonio<sup>26</sup>–, y anterior a la aparición del *legatum liberationis* (I d.C.) –cuyo objeto es la extinción de la deuda que

26 Existen referencias a él procedentes de Alfeno Varo (D.23,5,8), si bien se retrotrae su uso a una época anterior, coincidente con la aparición de la *actio rei uxoriae* (II a.C.) y consiguiente cambio en la concepción de la naturaleza jurídica de la dote: de aportación patrimonial para contribuir a las cargas del matrimonio de la que el marido se convertía en propietario, a la consideración de éste como mero administrador. Consecuencia de la generalización de la disolución de las uniones por causas distintas a la muerte (divorcio) y consiguiente la necesidad de que la mujer pudiese recuperar los bienes dotales (con las oportunas deducciones, eso sí). No podemos entrar en estos momentos en las relaciones existentes entre *legatum dotis* y *legatum debiti*. Somos conscientes de la importancia del estudio del primero, así como del *edictum de alterutro*, para una mejor comprensión de las particularidades del *legatum debiti*, si bien es algo que excede los límites impuestos al presente estudio. Vid. R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano...*, cit., pp. 127 y ss.; N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano, 1968, pp. 95 y ss.

el legatario tiene frente al testador, o de una carga que grava sobre una cosa del legatario<sup>27</sup>—; legados, ambos, con los que guarda cierta relación<sup>28</sup>.

De los juristas del siglo I a.C. Marco Antistio Labeón, Aulo Ofilio y Trabacio Testa provienen las primeras aplicaciones de la *regula iuris* “*falsa demonstratio non nocet*” a la *interpretatio* de los actos de última voluntad (D. 35,1,40,3); más concretamente al “*legatum debiti*”. A ella continúan haciendo alusión textos de Paulo (D. 34,3,25) y Ulpiano (D. 30,75,1)<sup>29</sup>. A veces existe falsa indicación por legarse cosa distinta de la realmente debida, o cantidad superior; otras la deuda ni siquiera existe y, no obstante, los juristas se muestran a favor de la validez del legado.

Siguen las noticias de los juristas de la época clásica alta o central como Labeón y Javoleno.

De los juristas clásicos del siglo II d.C. tenemos información relativa al legado de deuda de Juliano, Cervidio Escévola, Pomponio y Gayo.

Creo interesante llamar la atención acerca de que, según se desprende de los textos, es a partir de Escévola, que para referirse a la disposición *mortis causa* por la que el testador dispone a favor de su acreedor de lo que ya le debía, se habla indistintamente de legado y de fideicomiso; ocurre, incluso que en un mismo texto se emplean ambos instrumentos jurídicos como fungibles.

También son de Escévola los textos en los que observamos, por primera vez, otra de las cuestiones importantes relacionadas con el lega-

27 En ello coinciden autores como B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit.p. 468 ss., para quien son los juristas Nerva y Atilicinio los primeros que se refieren a él; *Vid.* también, B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio enl diritto romano*, Napoli, 1964; M. TALAMANCA, “Intorno ad una recente hipótesis sulla *liberatio legata*”, *Studi Economico-Giuridici*. Facoltà Giurisprudenza Università di Cagliari, 44 (1966), p. 629 y ss.

28 De figura particular de *legatum debiti* habla B. BIONDI, *Sucesione testamentaria...*, cit., p. 464. a propósito del *legatum dotis*. R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano...*, vol. II, cit., p. 128, por su parte, afirma que las fuentes no permiten decidir si el *legatum dotis* fue considerado o no un *legatum debiti*. Éste sostiene la prevalente influencia del *legatum dotis* respecto del *legatum debiti*, dada la prioridad cronológica del primero respecto del segundo.

29 Sobre la misma existen importantes estudios: G. DONATUTI, “Falsa demonstratio non nocet”, *Studi in onore di S. Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 313-325; G. GROSSO, “Sulla ‘falsa demonstratio’ nelle disposizioni d’ultima volontà”, *Studi Bonfante*, vol. II, Milano, 1930, pp. 187-216; O. FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull’interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano, 1973.

*tum debiti*: el valor del reconocimiento de la deuda realizado a través de la disposición *mortis causa* (¿constitutivo?, ¿meramente probatorio? D. 22,3,27; D. 32,35, 5 y 6). Esto es, ¿hasta qué punto dicho reconocimiento de la deuda realizado a través del legado es constitutivo de la misma, de modo que al legatario le baste ejercitar la *actio ex testamento* para cobrarlo? De no ser constitutivo, ¿podría considerarse un medio de prueba privilegiado que, invirtiendo el *onus probandi*, obligue al heredero a acreditar la inexistencia de la deuda? ¿Es simplemente un medio de prueba “indiciario” de que la deuda existe pero que no exime al legatario de probarla ayudado de otros medios de prueba?<sup>30</sup>

Al mismo jurista pertenecen los textos en que se hace uso de la expresión *fraus legi* a propósito de “*legatum debiti*” (D. 22,3,27; D. 32,37,5-6).

Obsérvese, asimismo, que muchos de los textos relativos al “legado (fideicomiso) de deuda” están contenidos, según la Palingenesia de Lenel, en comentarios de los juristas tanto *ad Legem Falcidiam* como *ad Legem Iuliam et Papiam*. ¿Acaso se recurrió a este expediente de legar como debido para escapar a las prohibiciones de estas leyes? Sobre ello insistiremos en la segunda parte de este trabajo.

El resto de noticias proceden de los juristas de la última época clásica, los severianos, Papiniano, Paulo y Ulpiano.

30 La distinción de Derecho sustantivo, entre documento constitutivo y documento probatorio pertenece al Derecho actual, si bien la utilizamos por su utilidad para explicar ciertos aspectos del Derecho romano de obligaciones. Vid. L., DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Florencia, 1935, p. 110. Desde el punto de vista procesal todos los documentos son esencialmente probatorios, si bien por exigencias de Derecho sustantivo el documento puede alcanzar distintos grados de importancia.

## IV

### EXPLICACIONES A UN POR QUÉ: “LEGATUM DEBITI” ET UTILITAS

De cuanto hemos venido diciendo y tras una lectura, aunque sea somera, de los textos, el rasgo que se va perfilando como común es que ya en época clásica, para que el legado en el que el testador legaba a su acreedor lo que ya le debía fuese válido, hacía falta que fuese útil, pues sólo en este caso sería eficaz. Y sólo era útil si aportaba alguna ventaja. En otro caso era inútil; que no nulo, pues cuando propiamente parece tener sentido hablar de nulidad es cuando el legado se ha dispuesto sin indicación de la cantidad o cosa debida (D. 34,3,25)<sup>1</sup>. Veamos algunas de esas posibles ventajas tanto sustantivas como procesales que el legado podía aportar.

#### a) Concurso alternativo de acciones

La ventaja podría venir determinada por ser éste un modo con el que reforzar la obligación. Parece que si se lega la cantidad o cosa que ya se debía en virtud de una relación obligatoria anterior, el acreedor se encuentra ahora con la posibilidad: bien de actuar con la acción derivada de la primera obligación, bien con la acción derivada del legado<sup>2</sup>.

1 C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli 1900, p. 92 “... secondo l’opinione prevalente nel diritto classico non si ammette il legatum debiti se non vi è qualche interesse speciale appunto perchè non si vuole un inutile duplicato”.

2 Esta cuestión ha dado pie a muchas discusiones doctrinales: ¿Estaríamos ante un caso de novación? A favor B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación...*, cit., p. 462; en contra: F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1959, p. 67 ss.; S. BERNASCONI, *Il legato di debito nel diritto romano...*, cit, p. 55; R. ASTOLFI, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, cit. p. 116.

Habiéndose dispuesto el legado como vindicatorio (por ejemplo respecto de la cosa que se debía por estipulación D. 30,28,1; D. 32,3,2) la ventaja es clara: la cosa que antes únicamente podía reclamar en virtud de una acción personal derivada de la estipulación, se hace directamente de mi propiedad desde el momento de adquisición de la herencia, teniendo que reclamar al heredero del deudor simplemente la posesión si es que no la tengo en mi poder; pudiendo reclamarla directamente con la reivindicatoria si es que está en poder de un tercero. Como es lógico, con la reivindicatoria se podría reclamar la cosa y los frutos<sup>3</sup>. No se precisaba acto alguno de transmisión por parte del heredero. Tampoco se exigía al legatario un acto de aceptación<sup>4</sup>. Se podría decir, pues, que la adquisición tenía lugar *ipso iure*.

Ésta es, por tanto, una posible ventaja que justifica la validez del legado de lo debido: que se legue en virtud de legado vindicatorio, en consecuencia, haciendo inmediatamente propietario al legatario, la cosa que antes se debía en virtud de una relación obligatoria:

D. 32.3.2 ULPIANUS libro primo fideicommissorum

Si rem quis debeat ex stipulatu ei cui rem legaverit, fidei committere eius non poterit, licet ex legato commodum sentire videatur, quod dominium nanciscitur statim nec exspectat ex stipulatu actionem: fortassis quis dicat et sumptus litis, quem sustineret, si ex stipulatione litigaret, eum lucrari. sed nequaquam dicendum est huius fidei committi posse.

D. 30.28.1 ULPIANUS libro nono decimo ad Sabinum

Marcellus libro vicesimo octavo putat rem quam ex stipulatu mihi debes si legaveris, utile esse legatum, ut neque Falcidia hoc minuta.

Habiéndose dispuesto el legado como damnatorio, el día de la adquisición de la herencia el legatario se convertiría en acreedor del heredero, y podría exigir el cumplimiento del legado; también la adquisición del

3 Dado que todo aquello que la herencia adquiere pertenece al heredero, los frutos producidos por la cosa mientras la herencia permanece yacente le corresponderán a él. Los producidos tras la aceptación pertenecen al legatario (D. 9,2,13,3; D. 9,2,15; D. 30,82,6).

4 Lo que sí podía hacer el legatario era rechazar el legado. Este rechazo tendría efecto retroactivo y sería como si la cosa no hubiese sido nunca suya.

crédito tenía lugar *ipso iure*<sup>5</sup>. El medio para exigir el cumplimiento sería la *actio ex testamento: actio certae pecuniae ex testamento* cuando se trataba de un *certum*; *actio incerti ex testamento* cuando se trataba de un *incertum*<sup>6</sup>. Particularidad de esta acción personal de derecho estricto<sup>7</sup> es la litiscrescencia al doble en caso de *infitiatio*<sup>8</sup>. Esta ventaja procesal no parece haber sido estimada como suficiente por los juristas, pues de haber sido así todos los legados damnatorios deberían haberse considerado válidos —a excepción de aquellos en que la acción derivada de la primitiva obligación ya fuese de las que *infitiatio crescunt in duplum*—, cosa que no ocurre, ya que los textos ofrecen ejemplos de legados damnatorios inválidos por inútiles.

5 La renuncia, por su parte, debe tener la forma de remisión de la deuda (*solutio per aes et libram* o *pactum de non petendo*); un acto puro y simple de repudio unilateral no bastaría.

6 Para la reconstrucción de las fórmulas de una y otra *vid.* D. MANTOVANI, *Le formule del proceso privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, p. 48 y 51:

*Actio certae pecuniae ex testamento*: “C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia ex testamento dare oportere —Gai 2,204; D. 30,82,1— *qua de re agitur tantam pecuniam et alteram tantam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito* —Gai 4,9; 2,282—.

*Actio incerti ex testamento*: “*Quidquid heredem ex testamento dare facere oportere... —Gai.2,213—*”.

7 Entre sus ventajas ejecutivas que aseguran el derecho del legatario; en época clásica: *Separatio bonorum* después de quedar satisfechos los acreedores hereditarios; *Cautio legatorum servandorum gratia*, en caso de quedar suspendido el legado por condición o término; *Missio in bona* cuando se ejercitaba la *actio ex testamento* y no se conseguía la satisfacción del legado en seis meses. En época justinianeana: hipoteca legal sobre los bienes heredados por el heredero gravado con un legado; Declaración de inalienables, impignorables e inusucapibles de los bienes legados. *Vid.* A. D’ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2006, p.391.

8 El legado tiene el mismo carácter autoritario y absoluto de la *damnatio* judicial respecto de la que se utiliza la misma terminología y régimen; en ambos casos la *obligatio* es indiscutible, de lo contrario, se corre el riesgo de la condena al duplo. Este carácter que en la *damantio* judicial deriva del acuerdo de las partes (*litis contestatio*) y del *iussus iudicandi*, deriva en el legado de la misma voluntad autoritaria del disponente, a la que la ley atribuye la misma fuerza vinculante del *ius (ita ius)*. Todo lo que es *ius* es absoluto, y una declaración de *ius* es lo que hay en la *damnatio*, tanto del *iudex* como del testador. *Vid.* B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación...*, cit. p. 278.

D. 34.3.25 PAULUS libro decimo quaestionum

Legavi Titio quod mihi debetur vel adiecta certa quantitate sive specie vel non adiecta, aut ex contrario aequae cum distinctione, veluti ‘Titio quod ei debeo’ vel ita ‘Titio centum quae ei debeo’: quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit. et plenius rogo quae ad haec spectant attingas: cottidiana enim sunt. **respondi: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit ut eum liberaret an prohibeat eum exigere: utroque enim modo liberandus est debitor et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio.** quod si etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est: quod si nihil debeat, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti quod comprehensum est posse. sed poterit hoc dici si ita legavit: ‘centum aureos, quos mihi debet’ vel ‘Sticho, quem debet, heres meus damnas esto non petere’. quod si sic dixit: ‘heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare’, etiam illud temptari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. contra autem si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget. sed et si id demonstrat, quod debere se confitetur, nulla utilitas est nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. quod si centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum, quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum: certa enim numerorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa: idque et divus Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptae nomine legata.

La ventaja, en este caso, debía de ser de otro tipo. Por ejemplo, que el legado sirviese para alguna de las finalidades que a continuación exponemos.

b) Reconocimiento *post mortem* de una obligación natural

D. 35.1.40.3 IAVOLENUS libro secundo ex posterioribus Labeonis

Dominus servo aureos quinque legaverat: ‘heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato’. nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.

Este es el más característico ejemplo de obligación natural en la época clásica, junto con las contraídas por el *filius familias* con el *pater*, o

entre sí<sup>9</sup>. De no existir esta previsión del dueño de legar los cinco áureos debidos al siervo, éste, una vez manumitido, habría quedado a merced de que el heredero, voluntariamente, saldase la “deuda” del *de cuius*. A partir de ese momento se produciría el efecto de la *soluti retentio* para el liberto, ante la eventualidad de que el heredero, una vez advertido de que la obligación era inexigible, hubiese pretendido el ejercicio de la *condictio indebiti*. Gracias a la previsión del testador, el liberto podría, con la *actio ex testamento*, reclamar del heredero los cinco áureos que se le adeudaban<sup>10</sup>, salvando la inicial situación de incertidumbre.

Hay que tener en cuenta que, según se dice en el texto, ya al jurista republicano Servio debió someterse una cuestión semejante, si bien su respuesta fue, en este caso, “servo nihil debere potuisset”. Como ha sido puesto de manifiesto por algún sector de la doctrina<sup>11</sup>, las relaciones entre esclavo y patrono en este momento se habrían resuelto, exclusivamente, sobre la base de la *actio de peculio: creditor peculiaris* sería el dueño del esclavo que habría adquirido un crédito frente a su peculio, lo que supondría que el peculio se viese disminuido; *debitor peculiaris* sería el dueño que se habría convertido en deudor frente al peculio del esclavo, lo que implicaría que el peculio se viese aumentado. Para Servio, dice Vazny, “non v’era che l’alternativa: o spettanza del debitum dominicae rationis al peculio, o debitum civile; altra ipotesi non era possibile”.

La jurisprudencia del siglo I d.C., sin embargo, da un paso hacia delante, pues Javoleno, en el texto referido, declara “ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum”. Aquello que el patrono debe al esclavo se puede concebir sin referencia al peculio<sup>12</sup>. Ahora bien, como pone de manifiesto Vazny, esta alusión a

9 Son los casos típicos acordes con la organización familiar y social de la Roma clásica. En todos los demás, la inclusión en la categoría de obligación natural es, según P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, vol. III, p. 48, obra de los compiladores, quienes parecen haber tendido a incluir en esta categoría una serie de casos excluidos de la *condictio indebiti*.

10 El hecho de escribir el *dominus* en sus *rationes* una deuda respecto de un esclavo no es suficiente para considerar existente la misma si falta un mutuo u otra causa debendi D.15,1,49,2; D.39,5,26. Vid. S. DI SALVO, “Legatum debiti’ e riconoscimento dell’obbligazione...”, cit., p. 1539.

11 J. VÁZNY, “Naturalis obligatio”, *Studi Bonfante*, vol. IV, Milano, 1930, pp. 131-150.

12 Frente a la idea de que el crédito del esclavo tiene como única función au-

*naturale debitum* no es una invención de Javoleno quien dice “poner en práctica un derecho ya consolidado –et eo iure utimur–”; por el contrario, se da la circunstancia de que el citado texto de Javoleno forma parte de su obra *ex posterioribus Labeonis*, pudiéndose atribuir a Labeón, por tanto al siglo I a.C., estando vigente el Principado, la construcción de la obligación natural (D.4,3,20).

### c) Renuncia implícita a una excepción

D. 34.3.13 IULIANUS libro octagesimo primo digestorum

Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. at si idem debitor creditori legaverit, intellegendum erit exceptionem eum remitti creditori voluisse.

Se trata de legar al acreedor lo que se debe en virtud de una relación obligatoria que comportaría la posibilidad para el deudor de oponer una excepción a la que en este caso éste, implícitamente, estaría renunciando.

### d) Purificación de la obligación que se debía a condición o término

D. 30.29 PAULUS libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sin autem neque modo neque tempore neque condicione neque loco debitum differatur, inutile est legatum.

### e) Sustitución de la acción honoraria por acción civil

D. 30.28pr. ULPIANUS libro nono decimo ad Sabinum

Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria

El acreedor-legatario dispondrá ahora de la *actio ex testamento*, civil e imprescriptible, frente a la prescriptible acción honoraria.

---

mentar el peculio del éste, existe aquí un cierto progreso. Javoleno ha dado un paso adelante: también sin referencia al peculio, aquello que el patrono debe al esclavo y viceversa, existe independientemente del peculio. Vid. J. VÁZNY, “Naturalis obligatio...”, cit., p.1 45.

## f) Exigibilidad inmediata

D. 30.29 PAULUS libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sin autem neque modo neque tempore neque condicione neque loco debitum differatur, inutile est legatum.

Lo que se habría debido tras el transcurso de un tiempo es exigible de forma inmediata con el legado.

## g) Exigibilidad en lugar distinto y más cómodo para el deudor

D. 30.29 PAULUS libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Sin autem neque modo neque tempore neque condicione neque loco debitum differatur, inutile est legatum.

## h) Obtención de un reconocimiento escrito de la deuda

D. 32,37,5 SCAEVOLA libro octavo decimo digestorum

Codicillis ita scripsit: Volo, omnia quae infra ordinata sunt, firma esse. Maximo, domino meo, denarium quindecim millia, quae accepi in depositum a patruo eius, Iulio Maximo, ut ei viro facto reddam cum usuris, quae sunt triginta millia, ei dari volo; ita enim patruo iuravi; quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficiant verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura.

## i) Hipoteca tácita

C. 6,43,1 Imp. Iustinianus A. Demostheni

... omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere, et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcunque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta ...

Además de las ya mencionadas, en época justiniana, una ventaja resultaría, no tratándose de una deuda garantizada con hipoteca, de la hipoteca tácita existente a favor de los legatarios.

Sólo el plus o ventaja es tenido en cuenta a efectos de aplicación de la *lex Falcidia* (D. 35,2,5); así como sólo respecto de esa parte que incor-

para la ventaja respecto de la primitiva obligación, puede el legatario ser gravado con un fideicomiso (D. 32,7,2).

## V

### LO QUE LA APARIENCIA ESCONDE: *“LEGATUM DEBITI ET FRAUS LEGI”*

En todos los casos hasta ahora analizados hemos partido de la existencia real de la deuda. Los textos, sin embargo, refieren también otros en que se lega en consideración de una deuda inexistente, declarando, no obstante, la validez del legado, pues en este caso éste supone claramente una ventaja:

D. 34.3.25 PAULUS libro decimo quaestionum

Legavi Titio quod mihi debetur vel adiecta certa quantitate sive specie vel non adiecta, aut ex contrario aequae cum distinctione, veluti ‘Titio quod ei debeo’ vel ita ‘Titio centum quae ei debeo’: quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit. et plenius rogo quae ad haec spectant attingas: cottidiana enim sunt. respondi: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit ut eum liberaret an prohibeat eum exigere: utroque enim modo liberandus est debitor et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. quod si etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est: quod si nihil debeat, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti quod comprehensum est posse. sed poterit hoc dici si ita legavit: ‘centum aureos, quos mihi debet’ vel ‘Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere’. quod si sic dixit: ‘heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare’, etiam illud temptari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta: quod mihi nequaquam placeat, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. contra autem si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget. sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. quod si centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum, quod si non fuit debitor, pla-

cuit utile ese legatum: certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa: idque et divus Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptae nomine legata.

D. 30,75,1 ULPIANUS libro quinto disputationum

Si mihi quod Titius debet fuerit legatum neque Titius debeat, sciendum est nullum esse legatum. et quidem si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum: nam et si quod ego Titio debeo ei legavero quantitate non adiecta, constat nullum esse legatum, cum, si decem quae Titio debeo legavero nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non peremit legatum, ut in legato dotis Iulianus respondit.

El interrogante sería ¿por qué legar como debido lo que en realidad no se debe? Habría que diferenciar dos variantes: legar lo en absoluto debido; legar una cantidad superior. En ambos casos se podría haber recurrido a legar, sin más, aquello que se deseaba fuese a manos del legatario, ¿por qué legarlo como debido?

Obsérvese que, a juzgar por el modo apremiante en que el interesado hace la consulta (*quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit. et plenius rogo quae ad haec spectant attingas*), debía tratarse de una situación que se planteaba con frecuencia (cada día, dice exactamente el texto “quotidiana enim sunt”), y acerca de cuya solución debían existir discrepancias; esa es la causa que motiva la *quaestio*.

La respuesta del jurista (Paulo en el primer texto; Ulpiano en el segundo) es a favor de la validez, pues la *falsa demonstratio*, entendida ésta como expresión accesoria con la que el testador intenta caracterizar el objeto o la persona a los que se refiere la disposición misma, no invalida el legado<sup>1</sup>.

Ya existían precedentes como (D. 33,4,6pr.) en que se legaba más de lo debido a título de dote (50 y no 40) y, no obstante, Servio se pronunciaba a favor de la validez del legado de 50; o D. 35,1,40,4, en que Labeón, Ofilio y Trebacio daban por válido el legado del fundo Corneliano, legado como dotal cuando, aun existiendo el fundo, éste no era debido como dote. En los ejemplos citados lo relevante eran los 50; el fundo Corneliano, o los cien áureos (D. 34,3,25). La expresión *quae pecunia propter*

1 Coinciden en caracterizar así la *demonstratio*: G. DONATUTI, *Falsa demonstratio...*, cit., p. 314; G. GROSSO, “Sulla falsa demonstratio...”, cit., p. 188; O. FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana...*, cit., p. 147.

*uxorem meam ad me venit; quem illa mihi dite dedit; quae Titio debeo* en cada caso, era una *demonstratio* y, como tal, irrelevante para la validez del legado, aunque no existiese deuda alguna.

Hay quien sostiene, por otra parte, que la aparición de la regla se justifica en el intento de tutelar las relaciones familiares, muy especialmente de otorgar protección jurídica a las mujeres<sup>2</sup>.

Retomando la cuestión acerca de cuál podría ser la causa para legar como debido lo que no se debía, o debiéndose menos:

Una primera respuesta, atendiendo a las normas generales existentes en materia de Derecho sucesorio sería que el testador perseguiría, así, otorgar al legatario que aparece como acreedor, la posibilidad de cobrar antes que lo habría hecho como simple legatario. Es generalmente aceptada la idea de que, así como de las deudas responde el heredero no sólo con el patrimonio hereditario, sino también con el propio —al menos hasta la época justiniana en que se admite la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario—, de los legados responde, exclusivamente, con el del *de cuius*; pudiendo, en consecuencia, el legatario “simple” quedarse sin cobrar.

D. 35,2,66,1 ULPIANUS libro octavo decimo ad legem Iuliam et Papiam  
Sicuti legata non debentur, nisi deducto aere alieno aliquid supersit ...

D. 35.3.1.12 ULPIANUS libro septuagesimo nono ad edictum

In quibusdam autem testamentis Falcidia quidem locum non habet, verumtamen ita observatur, ut, licet quadrantem heres non retineat, tamen hactenus legata debeantur, quatenus patrimonii vires sufficiunt, utique deducto aere alieno, item deductis pretiis eorum, qui libertatem in testamento vel directam vel fideicommissariam acceperunt.

O lo que es lo mismo, el legado grava necesariamente el activo hereditario y, por tanto, es válido en la medida en que existan medios para cumplirlo. El heredero puede aceptar una herencia pasiva y, por tanto, responder frente a los acreedores *ultra vires hereditatis*. No tiene, sin embargo, la obligación de satisfacer a los legatarios<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> O. FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana...*, cit., p. 126 y 130.

<sup>3</sup> P. VOCI, *Legato*, Enciclopedia del diritto...cit., p.709; B. BIONDI, *Diritto ereditario...*, cit., p. 343.

Ahora bien, entendemos que también podría ser ésta una clara **manifestación de fraude de ley: un modo de soslayar las prohibiciones legales a las que se veía sometido el testador a la hora de disponer de legados (D. 35,2,5). O un medio de evitar ciertas limitaciones impuestas por el Ordenamiento jurídico a determinadas personas a la hora de adquirir por testamento en general (D. 22,3,27; D. 32,37,6).**

D. 35,2,5 y D. 22,3,27, son ejemplos ilustrativos de lo que decimos; a ellos volveremos más adelante.

**D. 35,2,5 PAPINIANUS libro octavo responsorum**

Verbis legati vel fideicommissi non necessarie civitati relinquitur, quod ex causa pollicitationis praestari necesse est. itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum dumtaxat Falcidia minuetur. quare nec fidei committi legatarii poterit. quod si dies aut condicio legatum fecerit, non utilitatis aestimatio, sed totum petetur quod datum est. nec si vivo testatore dies venerit aut condicio fuerit impleta, fiet irritum, quod semel competit”.

**D. 22,3,27 SCAEVOLA libro trigesimo tertio digestorum**

Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: “Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti’. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse.

Al emplear aquí la expresión *fraus legi* lo hacemos siendo conscientes de las dificultades que la concreción de una precisa construcción dogmática del fraude de ley en Derecho romano clásico, comporta.

Aunque todos podemos estar de acuerdo en que las actuaciones *in fraudem legis* son tan antiguas como la misma ley —norma, en sus distintas manifestaciones, diríamos mejor en referencia al Derecho romano—, no existe esa unanimidad a la hora de atribuir a la jurisprudencia clásica la elaboración dogmática del *fraus legi* como figura jurídica autónoma respecto del acto *contra legem*.

En opinión de Rotondi, tal construcción se debería a los estudio-

sos del Medioevo, quienes habrían incluido el elemento intencional como requisito del *fraus legi*; los juristas romanos, por el contrario, habrían designado con esa expresión, según él, cualquier forma, directa o indirecta, de violación de la ley<sup>4</sup>.

Quienes se muestran partidarios de atribuir a la jurisprudencia romana esa construcción jurídica del *agere in fraudem legis*, lo hacen a partir de la consideración de que esto sólo sería posible desde el momento en que el jurista actúa como intérprete de la ley. Únicamente un método interpretativo dirigido a desvelar la *sententia* de una disposición permite definir el *fraus legi* con los términos empleados por Paulo (D. 1,3,29) y Ulpiano (D. 1,3,30): actuación que, respetando aparentemente las palabras de una ley, viola su sentido.

Asimismo, es opinión generalizada, que si bien se conservan fuentes literarias en las que se alude a actos *in fraudem legis* y testimonios epigráficos de leyes que incluyen cláusulas de salvaguarda contra el fraude anteriores al Principado, las primeras fuentes jurisprudenciales que califican propiamente un acto como fraudulento no son previas al siglo I d.C.<sup>5</sup>.

El fraude de ley se mueve, por tanto, entre los límites de una interpretación literal, ajustada a los *verba* de la ley, y una interpretación amplia, preocupada por desvelar su *sententia* o *voluntas*<sup>6</sup>. El *fraus legi* supone una indirecta violación de la ley, porque lo realizado no se identifica con lo expresamente prohibido. En cambio, el acto *contra legem*

4 G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911; Íd., “Ancora sulla genesi della teoria della *fraus legi*”, *BIDR* 25 (1912), pp. 221-225.

5 *Vid.* el riguroso, minucioso y completísimo estudio de M. BUENO SALINAS, “*Fraus legi*: un estudio sobre D. 1,3,29 (Paul. Ad Leg. Cin.)”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXII, 1996, pp. 139 -233.

6 Entre los más importantes estudios a propósito de este tema, destacan: de autores del siglo XIX: I. PFAFF, *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Wien, 1892; P. NEFF, *Beiträge zur Lehre von der fraus legi in den Digesten*, Stuttgart, 1895; de autores del siglo XX: H. KRÜGER/M.KASER, “*Fraus*”, *SZ* 63 (1943), pp.117-174; D. DAUBE, *The lex Fufia Caninia and King Arthur*, Collected studies in roman Law, 2, Frankfurt am Main, 1991, pp. 1083-1085; J. BRÉJON, “*Fraus legis*”, I, *Travaux juridiques de l'Université de Rennes* 17 (1941), pp.28-149; 18 (1954 ), pp.1-94; O. BEHREND, *Die fraus legis. Zum Gegensatz von Wortlaut und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation*, Göttingen, 1982; L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983.

contraviene directamente la ley, ya que hace exactamente lo que está prohibido. El fraude a la ley no califica la violación de la *sententia legis*, sino precisamente su elusión, el *circunvenire* de la misma.

Sólo se podrá hablar de *agere in fraudem legis* en relación con aquella actuación no subsumible en el supuesto de hecho previsto por la disposición legislativa defraudada, después de haber sido ésta interpretada *ex sententia*.

Entre los textos seleccionados a propósito de *legatum debiti*, aquellos que califican el acto de *in fraudem legis agere* pertenecen a Escévola (D. 22,3,27 y D. 32,37,6). Que no se conserven otros de épocas anteriores no significa que no existiesen. De hecho, una de las referencias más antiguas al *agere in fraudem legis* se atribuye a Próculo, citado por Juliano (D. 40,9,7,1). En dicho texto se alude a una manumisión *quoniam fraus legi facta esset*, siendo las leyes vulneradas la *Lex Fufia Caninia* (2 a.C.) y *Lex Aelia Sentia de manumissionibus* (4 d.C.); finales del siglo I a.C., principios I d.C. respectivamente<sup>7</sup>. De la misma época, aproximadamente, que las *leges Iulia de maritandis ordinibus* y *Papia* a las que aquí nos vamos a referir como motivadoras del *fraus*.

El recurso a legar como debido lo que no se debía era un modo de *circunvenire* las prohibiciones de adquirir *mortis causa* de determinadas personas.

<sup>7</sup> D. 40,9,7,1 “*Minor annis viginti cum servum manumittere vellet nec iustam causam ad consilium manumittendi haberet, tibi eum ut manumitteres dedit: negavi eum Proculus liberum esse, quoniam fraus legi facta esset*”.

Como es de todos sabido, el año 2 a.C., la *Lex Fufia Caninia* estableció límites al número de manumisiones dispuestas en testamento (Gai. 1,44-47). Algo más tarde (4 d.C.), una nueva ley (*Lex Aelia Sentia de manumissionibus*) reguló la condición de los libertos e introdujo nuevos límites para las manumisiones. Una de las disposiciones de dicha ley prohibía al menor de veinte años manumitir esclavos propios, salvo que dicha manumisión se realizara *vindicta*, previa aprobación de un *consilium* que, presidido por el pretor, estaba integrado por ciudadanos romanos. La actividad de este *consilium* se dirigía a constatar si en la manumisión concurría una causa conforme a Derecho (*iusta causa manumissionis*). La manumisión realizada sin los requisitos señalados era sancionada como ineficaz. En el supuesto referido por Juliano, la inexistencia de una *iusta causa manumissionis* conduce a que un menor –*dominus* de un esclavo– pretenda su manumisión a través del siguiente subterfugio: lo entrega en propiedad a un tercero para que éste lo manumita. Próculo niega los efectos de dicha manumisión *quoniam fraus legi facta esset*. Vid. M. BUENO SALINAS, “Fraus legi: un estudio sobre D. 1,3,29...”, cit., p. 148, n. 51.

## 1. “*Legatum debiti*” — *Leges Furia testamentaria et Voconia*

Entre las primeras normas destinadas a limitar la facultad del testador de disponer legados destacan las *leges Furia testamentaria* y *Voconia* (*Gai* 2, 224 y ss.). Leyes cuya finalidad no era limitar los legados perjudicando a los legatarios. Por el contrario, miraban a evitar la caída del testamento —por renuncia del heredero que abriría la sucesión *ab intestato*—, y con él la de los legados, causada por el abuso de éstos. Se debían, pues, principalmente, al deseo de que no dejara de cumplirse la voluntad del testador (*favor testamenti*)<sup>8</sup>.

La *lex Furia*, datada entre 204 y 169 a.C.<sup>9</sup>, establecía que nadie podía adquirir por legado, y en general por cualquier otro concepto *mortis causa*, más de 1000 ases (excepto los *cognati* hasta el sexto grado, y en el séptimo el sobrino *natus*)<sup>10</sup>. Dado que se trataba de una ley *minus quam perfecta*, su incumplimiento sólo acarrearba una multa que ascendía al cuádruplo. Si alguien adquiría más de 1000 ases, la *lex Furia* concedía al heredero contra él una *legis actio per manus iniunctionem* para obtener el cuádruplo (*Gai* 4,23).

La *lex Voconia*, plebiscito del 169 a.C., propuesta por el tribuno *Quintus Voconius Saxa* y apoyada por Catón, además de restringir la capacidad receptiva de las mujeres al prohibirles ser instituidas herederas de los ciudadanos con más de 100.000 ases (según Gayo); 125.000 (según Gelio), prohibió que se pudiera recibir por legado más de lo que recibió el heredero. La sanción la desconocemos.

8 Dentro de esa voluntad entra también el deseo de conservar los legados, como lo prueba el senadoconsulto Neroniano al convalidar los legados nulos *vitio verborum*, considerándolos *per damnationem*. Vid. P. DE LA ROSA, “Algunos aspectos de la *Lex Falcidia*”, *Estudios homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero*, vol. II, pp. 111-121: “Cuando únicamente existía el legado *per vindicationem*, que parece la figura más antigua, el legado únicamente podía referirse, por su propia naturaleza, al patrimonio hereditario; una vez aparecido el *damnationem*, mientras que no existen limitaciones a la facultad de legar, éste podía sobrepasar el patrimonio hereditario dado su carácter obligacional”.

9 G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milán, 1922, p. 282.

10 R. ASTOLFI, “Note per una valutazione storica della ‘Lex Iulia et Papia’”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1973, pp. 205 y ss., añade a la tradicional finalidad de salvaguarda del testamento y de la institución de heredero, la finalidad antisuntuaria y la de evitar la dispersión del patrimonio familiar favoreciendo su concentración en aquellos que sucedían a título de herederos. “Non sembra perciò azzardato ritenere la *lex Furia* una espressione degli interessi conservatori della aristocrazia romana”.

Sin duda, el testador que en el siglo II a.C., fecha de la que datan estas normas, se disponía a hacer testamento podía sentir la tentación de disponer como debido aquello con lo que miraba, únicamente, a beneficiar a alguien a título de legado. Ahora bien, que esto fuese así efectivamente no podemos concluirlo a partir de la información que nos aportan las fuentes dado que, como ya hemos advertido, las primeras referencias al impropriamente denominado legado de deuda datan del siglo I a.C. Si sabemos, por el propio Gayo, que la finalidad de la *lex Furia* podía verse truncada si, por ejemplo, el titular de un patrimonio de cinco mil ases, distribuía éste en cinco legados de mil ases cada uno; o si, en el caso de la *lex Voconia*, se reservaba al heredero un escasísimo lucro al haber dispuesto de la mayor parte del patrimonio a través de pequeños legados (*Gai*, 2, 225-226).

Sí habría servido, asimismo, para eludirlas, el recurso al fideicomiso, exento de las limitaciones que afectaban a otras disposiciones *mortis causa*. Bien es cierto que, como es de todos sabido, con nula o muy escasa protección jurídica en caso de que el fiduciario no fuese fiel a la confianza que el testador depositó en él<sup>11</sup>. Así debió ser al menos hasta que, según las noticias que nos aporta Justiniano (Inst. 2,23,1), Augusto, ordenando a los cónsules que interpusiesen su autoridad<sup>12</sup>, y más tarde Claudio, creando unos pretores *ad hoc* que conocerían del asunto a través de la *cognitio extraordinem*, favorecieron que el cumplimiento del fideicomiso dejase de estar exclusivamente en manos de la *fides* del fiduciario, para adquirir obligatoriedad jurídica.

La posibilidad de recurrir al fideicomiso como modo de soslayar las limitaciones de normas como la *lex Furia* o *Voconia* habría sido posible, como es sabido, hasta que, en época de Vespasiano, un senadoconsulto propuesto por los cónsules Pegaso y Pusio extendió a los fideicomisarios *coelibes et orbi* las incapacidades que afectaban anteriormente a herederos y legatarios<sup>13</sup>.

Por otra parte, hablar de *fraus legi* parece tener sentido cuando se

11 J. ARIAS RAMOS, "Fideicomisos y leyes caducarias", *Revista de Derecho Privado*, 1940, p.153 "Durante mucho tiempo fue el fideicomiso en el Derecho romano una de esas válvulas de escape que la corriente de la vida social logra abrirse cuando el excesivo formalismo y anquilosamiento de los cauces jurídicos hacen a éstos inadecuados para contenerla".

12 "Iussit consulibus auctoritatem summa interponere".

13 Inst. 2,23,5

trata de normas de *ius cogens* cuya vulneración tenga como consecuencia la nulidad de los actos realizados para eludirlas. Se da la circunstancia de que la *lex Furia* es *lex imperfecta* cuyo incumplimiento acarrea sólo una multa; la sanción de la *lex Voconia* la desconocemos.

Ahora bien, volviendo a la cuestión relativa al legado de deuda que es la que aquí nos interesa, sí se podría haber recurrido a este expediente jurídico para intentar soslayar la *lex Falcidia* (*Gai.* 2,227; *D.* 35,2,1,pr.).

## 2. “*Legatum debiti*” — *Lex Falcidia*

Datada en el 40 a.C., reservó al heredero la cuarta parte de la herencia. En el caso de varios herederos la interpretación ha llevado a aplicar la *lex Falcidia* respecto de la cuota de cada uno de ellos, quienes deben tener a salvo un cuarto de dicha cuota (*Inst.* 2,221; *D.* 35,2,77).

Propuesta por el tribuno *P. Falcidius*, disponía que no se pudiese legar<sup>14</sup> más de las tres cuartas partes de la herencia (*dodrans*), y lo restante (*quadrans*), que pronto se denominaría cuarta Falcidia, debía quedar para el heredero en cualquier caso: *Ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant*<sup>15</sup>.

14 En virtud del *SC Pegasianus* (75 d.C.) se extendió a los fideicomisos cuando éstos adquirieron rango de instituciones jurídicas. Antonino Pío lo extendió a los fideicomisos dejados *ab intestato*. Septimio Severo la amplió a la donación *mortis causa*. Justiniano a las cargas impuestas al heredero bajo forma de condición. Otras extensiones fueron obra de la jurisprudencia. Su aplicación se va ampliando y perfeccionando dado su carácter general; éste va siendo logrado cada vez más y, por tanto, toda excepción tendrá que venir expresa en una ley.

15 La *quarta Falcidia* debe su existencia al *favor testamenti*. Éste se traducía en una atención especial a los *heredis institutio* ya que sin ella todo el testamento decaía. A su vez, el *favor testamenti* se entiende por la consideración como interés público del testamento. Esto explica la rigidez de la cuarta que era considerada como *ius publicum*. Era inderogable y tampoco podía el testador condicionar la herencia obligando al heredero a aceptar una cantidad de dinero en vez de la cuarta, aunque sí podía poner un legado con esa misma condición, puesto que de esta manera no se impedía que se pudiera aplicar la cuarta y sí de la otra forma. Había una tendencia legal y de la jurisprudencia a darle una aplicación estricta. En época justiniana se observa una reacción contraria en relación con la cuarta. El *favor testamenti*, punto clave de la tendencia clásica a favor de la Falcidia, ya no tiene por qué unirse a la *heredis institutio*, puesto que sin esto el testamento no decae forzosamente, aunque hubiera muchos casos en que sí y, por otra, la *heredis institutio* pierde simultáneamente importancia en sí misma.

Dado que la función de la *quarta* era evitar la caída del testamento, y no reservar algo del transmitente a un tercero, sólo era aplicable al heredero, no al legatario gravado con un fideicomiso.

El testador no tenía poder alguno para ordenar su no aplicación. Era inderogable (*ius publicum*). Por tanto, era también nula la promesa exigida por el testador al heredero de no hacer valer la Falcidia.

Para el cómputo de la cuarta se consideraba el patrimonio hereditario neto en el momento de la muerte del testador; sin tener en cuenta cualquier aumento<sup>16</sup> o disminución<sup>17</sup> posterior (aunque fuesen anteriores a la *aditio hereditatis*)<sup>18</sup>. Este patrimonio neto se obtenía añadiendo al activo los créditos y deduciéndole el pasivo: el activo libre de toda carga. No entraban las relaciones personales intransmisibles, que perecían con el testador<sup>19</sup>.

En la cuarta del heredero se imputaba todo cuanto éste recibiese *iure hereditario*. Entraba aquello que le quedaba al heredero por invalidez o ineficacia de un legado; también por causa sucesiva, ya que el título de adquisición era siempre la herencia.

Los objetos hereditarios se calculaban según su precio común en el momento actual en el lugar, y no según el particular valor de afecto o utilidad que pudiesen tener para ciertas personas<sup>20</sup>.

El heredero había de recibir la cuarta parte de ese patrimonio neto. Se calculaban en el patrimonio los créditos y se detraían las deudas; también, aquellas respecto del heredero que por efecto de la herencia se extinguían por confusión.

Las limitaciones de la *lex Falcidia*, dicen expresamente los textos, no afectaban al legado de deuda<sup>21</sup>; excepto para el exceso.

---

16 Adquisiciones del esclavo, partos de la esclava, frutos.

17 Incendios, naufragios, muertes.

18 D. 35,2,73 pr., Inst. 2,22,2.

19 En consecuencia, en el legado *per vindicationem* el legatario adquiere la propiedad de las tres cuartas partes, y en el *per damnationem* sólo tiene acción para exigir el legado en esa misma medida (en otro caso habría incurrido en plurispetitio -Inst. 4,6,33-). Contra el legatario que mantiene la posesión de toda la cosa, siempre que sea divisible, el heredero puede realizarla *vindicatio pro parte*, y si ha pagado todo el legado puede acudir a la *condictio indebiti*, alegando error de hecho que no de derecho. El legatario obtiene todo el legado, pero el heredero, por medio de una *exceptio doli*, obtiene la *quarta* de la *aestimatio*; si no es poseedor, la obtiene por una *actio in factum*.

20 D. 35,2,5 D. 35,2,1,10.

21 La *Lex Falcidia* no se aplicaba: Al *testamentum militis*; a las manumisiones;

D. 35,2,5 PAPINIANUS libro octavo responsorum

Verbis legati vel fideicommissi non necessarie civitati relinquitur, quod ex causa pollicitationis praestari necesse est. itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum dumtaxat Falcidia minuetur. quare nec fidei committi legatarii poterit. quod si dies aut condicio legatum fecerit, non utilitatis aestimatio, sed totum petetur quod datum est. nec si vivo testatore dies venerit aut condicio fuerit impleta, fiet irritum, quod semel competit”.

D. 35.2.1.10 PAULUS libro singulari ad legem Falcidiam

Si quis creditori suo quod debet legaverit, aut inutile legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur, aut si (propter repraesentationis puta commodum) utile eri, lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit.

Entendemos que, si dispuesto el legado como de deuda para soslayar la *lex Falcidia*, se ponía de manifiesto la inexistencia de dicha deuda, las consecuencias serían las previstas por la ley vulnerada. Al tratarse de una *lex perfecta*, todo lo legado por encima de lo permitido sería nulo; quedaría reducido *ipso iure* en la proporción necesaria (D. 35,2,5 “Itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum dumtaxat Falcidia minuetur”) <sup>22</sup>. Cosa distinta sería la existencia de una posible sanción añadida por el hecho del fraude; circunstancia que desconocemos.

Ahora bien, ¿cómo saldría a la luz dicho fraude? ¿Sería el heredero quien lo pondría de manifiesto a través de la *exceptio doli* opuesta a la *actio ex testamento*, o a la *vindicatio* en su caso? ¿Con qué posibilidades de éxito? ¿Es previsible esta conducta del heredero frente al *de cuius* en un ambiente socio-cultural como el de la Roma clásica, que estimaba censurable, por suponer un acto contra la memoria del testador —sancionado con la infamia—, incluso el *beneficium abstinendi*?<sup>23</sup>

al legado hecho a la esposa de las *res uxoris causa empatae partae*. Además, Justiniano en la Nov.131 excluyó su aplicación *ad pias causas*.

22 R. ASTOLFI, “Note per una valutazione della Lex Julia et Papia...”, cit., p. 208, atribuye la vitalidad de la *lex Falcidia* al hecho de que Antonio y Octavio tenían necesidad de dinero y gravaron los legados con un impuesto. Dado que la validez del legado estaba condicionada a la *aditio*, procuraron al heredero un interés en aceptar. Este interés satisfacía una exigencia general, destinada a permanecer también cuando los impuestos sobre los legados desaparecieron.

23 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, “Tradicón e innovación en el desarrollo normativo del Derecho sucesorio romano”, *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 88, Coimbra, pp. 25-55.

Esto nos obliga a hacer una referencia al valor atribuible al reconocimiento de la deuda realizado a través de la disposición *mortis causa*. ¿Sería suficiente para considerar existente dicha deuda? O lo que es lo mismo, ¿tendría valor constitutivo? Pensamos en los casos en que, como veremos más adelante, la deuda no existe y, no obstante, el legado se considera válido.

¿Podría considerarse un medio de prueba privilegiado? ¿Supondría una inversión de la carga de la prueba? ¿Cómo podría probar el heredero la inexistencia de la deuda? Si había sido saldada no sería tan complicado, pero si es que no había existido nunca, ¿cómo podría probarse ese hecho negativo?

O, por el contrario, no eximía al legatario de probar la existencia de la deuda por otros medios distintos del reconocimiento *mortis causa*.

La duda tiene especial sentido si se tiene en consideración el valor que el documento tuvo en ambientes helenísticos<sup>24</sup>. Obsérvese la procedencia de quienes dirigen la pregunta al jurista en los siguientes textos de Escévola:

D. 32,37,5; 6 SCAEVOLA libro octavo decimo digestorum

5. Codicillis ita scripsit: Volo, omnia, quae infra ordinata sunt, firma ese. Maximo, domino meo, denarium quindecim millia, quae accepi in depositum a patruo eius, Iulio Maximo, ut ei viro facto reddam cum usuris, quae sunt triginta millia, ei dari volo; ita enim patruo iuravi; quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficiant verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura./6. Titia honestissima femina cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavit: Titia testamentum condidi, et volo dentur Callimacho mercedis gratia denaria decem millia; quaero, an haec pecunia ex causa mercedis ab heredibus Titiae exigi possit. Respondi non idcirco quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum.

No se trata en estos casos de actuar con base en el legado sino de hacer valer la acción derivada del contrato (depósito irregular en el primer texto; *locatio-conductio* en el segundo), si bien utilizando como medio de

<sup>24</sup> Acerca de la relación *instrumentum-negotium* (aspectos sustantivos y procesales) vid. C. CARRASCO, *Supuestos de hecho de la "exceptio non numeratae pecuniae" en el Derecho romano*, Madrid, 2000, pp. 78 y ss. con amplia bibliografía al respecto.

prueba el reconocimiento realizado a través de la disposición de última voluntad (en este caso un fideicomiso)<sup>25</sup>.

Si nos atenemos a cuanto dice D. 22,3,27, el reconocimiento de la deuda realizado a través del legado (o del fideicomiso, en su caso) no tiene valor constitutivo, ni invierte siquiera la carga probatoria. Por el contrario, es el legatario quien tiene que probar la existencia de la deuda, sirviéndole a este fin el reconocimiento de la misma hecho en el testamento, como mera prueba “indiciaria”.

Esta doctrina, que niega validez al reconocimiento de deuda siempre que pueda encubrir un fraude, encontrará eco en los comentaristas. Así Cuyacio afirmaba que cuando uno lega a otro como si se lo debiese, no se puede pedir el débito como éste no se pruebe. Y tampoco como legado, si el favorecido es incapaz “Quando quis legat alteri tamquam illi debitum, nec ut debitum petitur, nisi probetur debitum: nec ut legatum, si legati erat incapaz”<sup>26</sup>.

D. 22.3.27 SCAEVOLA libro trigesimo tertio digestorum

Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: ‘Titio centum do lego, quae mihi perulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi etsolvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti’. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse.

### 3. “Legatum debiti” et Leges Iulia de maritandis ordinibus et Papia Poppaea

#### a) Contenido

De finales del siglo I a.C., principios del I d.C., época en la que los textos

<sup>25</sup> S. DI SALVO, “Legatum debiti e riconoscimento dell’obbligazione”..., cit., p. 1533.

<sup>26</sup> F. PASTOR RIDRUEJO, “Reconocimiento y legado de deuda”, *Estudios de Derecho público y privado*, Valladolid, p. 723.

sitúan las primeras referencias al *legatum debiti*, datan también las leyes *Iulia de maritandis ordinibus* (aprox. 18 a.C.) y *Pappia Poppea* (9 d.C.).

Horacio (*Quintus Horatius Flaccus* 65-8 a.C.), *Carmina* 17-20

...diva, producas subolem, patrumque prosperes decreta super iugandis, feminis prolisque novae feraci, lege marita ... di, probos mores docili iuventae...

Suetonio (*Caius Suetonius Tranquillus* aprox. 70-140 d.C.), *Augustus* 34, 1

Leges retractavit et quasdam ex integro sanxit, ut sumptuaria et de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus. 2. Hanc cum aliquanto severius quam ceteras emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit nisi adempta demum lenitave parte poenarum et vacatione trienni data auctisque praemiis ...<sup>27</sup>.

Leyes con las que Augusto se propuso incentivar la celebración de matrimonios (*iustae nuptiae*) duraderos y prolíficos restaurando de este modo las costumbres como medio para dotar de estabilidad al Imperio<sup>28</sup>.

Ilustrativos de la degeneración de las costumbres durante los últimos años de la república son, por citar sólo algún ejemplo, los textos de Cicerón y, escrito un siglo y medio más tarde, otro de Tácito:

Cicerón (*Marcus Tullius Cicero* 106-43 a.C.), *Ad Brutum* 18.3

Includimur enim, Brute, tum militum deliciis, tum imperatorum insolentia. Tantum quisque se in re publica posse postulat, quantum habet virium; non ratio, non modus, non lex, non mos, non officium valet, non iudicium, non existimatio civium, non posteritatis verecundia.

<sup>27</sup> Entre las fuentes literarias en que queda constancia de ello *vid.* Dión Casio (*Lucius Claudius Cassius Dio Cocceianus* aprox. 163-¿? d.C.), 54,16, 1-7 y 56,10, 1-3. (*vid.* versión bilingüe griego-italiano recogida por T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, Napoli, 2010, p. 112, texto n° 46 y p. 169, texto n° 113).

<sup>28</sup> En palabras de T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus...*, cit., p.19 "(...) il rifugio nel privato, negli amori senza vincoli, nelle raffinatezze letterarie, nella passione per la scena o nell'emozione dell'arena. Sono, su piani diversi, alcuni degli aspetti piú appariscenti della corrosione istituzionale, politica, etica, che segnò gli ultimi decenni della repubblica e che indusse aspettative diffuse ad una rigenerazione della morale e del diritto. Significativamente, sia Pompeo (come solo console nel 52) sia Cesare (praefectus moribus nel 46) furono incaricati di correggere i costumi; ed entrambi progettarono un'ampia codificazione del diritto".

Tácito (*Publius Cornelius Tacitus* 56-120 ó 123 d.C.), *Annales* 3,28,1  
 Tum Cn. Pompeius, tertium consul corrigendis moribus delectus et gravior remediis quam delicta erant, suarumque legum auctor idem ac subversor, quae armis tuebatur, armis amisit. Exin continua per viginti annos discordia, non mos, non ius; deterrima quaeque impune ac multa honesta exitio fuere.

Así, cuando Augusto interviene haciendo uso de las leyes, no lo hace por un ideal de perfección ética, sino por interés del imperio<sup>29</sup>. Para que Roma no se viese constreñida a recurrir a provinciales para el desempeño de funciones directivas, era preciso potenciar los matrimonios y la natalidad, especialmente entre las clases elevadas<sup>30</sup>.

En efecto, el 18 a.C., en los primeros años de su mandato como emperador (27 a.C.-14 d.C.), y haciendo uso de las facultades que la tribunicia potestas le confería, propuso a los concilios de la plebe la aprobación de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* destinada a propiciar los matrimonios de las ciudadanas romanas en edad comprendida entre los 20 y 50 años, y de los ciudadanos entre 25 y 60; no se exceptuaba ni a los viudos ni a los divorciados<sup>31</sup>.

Res Gestae (cap. 6)

Consulibus M. Vinicio et Q. Lucretio et postea P. Lentulo et Cn. Lentulo et tertium Paullo Fabio Maximo et Q. Tuberone senatu populoque Romano consentientibus ut curator legum et morum summa potestate solus crearer, nullum magistratum contra morem maiorum delatum recepi. Quae tum per me geri senatus voluit, per tribuniciam potestatem perfeci, cuius potestatis conlegam et ipse ultro quinque a senatu depoposci et accepi.

29 Sobre la legislación augustea como instrumento para la realización del diseño político de Augusto *vid.* B. BIONDI, “La legislazione di Augusto”, *Conferenze Augustee nel bimillenario della nascita*, Milano, 1939, pp. 139-162 (especialmente pp: 153; 163; 169; 172). Con Augusto, dice Biondi (p. 153), surge no sólo el imperio, sino el concepto moderno de ley como voluntad normativa del Estado. También a propósito de la estrecha relación entre legislación augustea y edificación del principado *vid.* T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus*, cit., p.17.

30 De ahí la propia denominación de la ley: *de maritandis ordinibus*, en la que las prohibiciones matrimoniales entre senadores y sus descendientes y libertas, o mujeres dedicadas al teatro, ex prostitutas, entre otras, ocupaban un puesto principal. *Vid.* V. ARANGIO RUIZ, “La legislazione”, *Augustus. Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma, 1938, p. 116.

31 A la mujer se le concedía una breve *vacatio* que la *lex Iulia* fijaba en un año para el caso de muerte y en seis meses para el de divorcio; la *lex Papia* amplió esos plazos a dos años y dieciocho meses respectivamente.

Ello a través de la amenaza de sanciones y la promesa de beneficios. Entre las sanciones: imposibilidad de asistir a espectáculos públicos<sup>32</sup>; postergación en la asunción de los fasces consulares<sup>33</sup> y, sobre todo, limitaciones a las personas solteras para adquirir por testamento.

*Gai 2,111*

Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur; item orbi, id est qui liberos non habent.

*Gai, 2,144*

... aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, (quibus casibus) pater familias intestatus moritur...

*Gai, 2, 286*

Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse.

Entre los beneficios: la posibilidad de convertirse en destinatarios de los bienes no adquiridos por los solteros (*bona caduca*)<sup>34</sup>.

Además, establecían medidas tendentes a suprimir posibles obstáculos al matrimonio, tales como: el reconocimiento al pretor de la posibilidad de constreñir al *pater familias* a que consintiese el matrimonio de los hijos<sup>35</sup>; declaración de nulidad de las disposiciones *mortis causa* dirigidas a impedir el matrimonio<sup>36</sup>; supresión del juramento de no contraer matrimonio impuesto a los libertos<sup>37</sup>, y revalorización del noviazgo hasta

32 CIL 6,4,2 32323,53. La Lex Iulia ampliaba considerablemente las facultades de los casados en el ámbito del Derecho público: la regla de que los cónsules se alternen en el privilegio de hacerse acompañar por los *fasces* se aplicaba en el sentido de que el casado precedía en el turno al soltero y que el casado con hijos (*pater*) precedía al que no los tenía; entre los *patres* prevalecía el que más descendencia tenía. Por cada hijo se ahorrraba un año en los intervalos que las reglas del *cursus honorum* exigían que transcurriesen entre el desempeño de una y otra magistratura. En el reparto de las provincias entre quienes habían sido magistrados el año precedente, normalmente por sorteo, los casados tenían posibilidad de elegir, quedando reducido el sorteo para las sedes remanentes. Vid. V. ARANGIO RUIZ, "La legislazione...", cit., p. 118.

33 Gelio 2,15,4

34 Acerca de éstos trataremos con más detenimiento más adelante.

35 D. 23,2,19.

36 D. 35,1,64; D. 35,1,63,1; D. 35,1,74.

37 D. 38,1,37 pr.

equiparlo en muchos aspectos al matrimonio<sup>38</sup>, así como revalorización de la dote.

Asimismo, y siempre con la misma finalidad, se preveían disposiciones orientadas a limitar los divorcios. Así, la liberta no podía divorciarse del patrono que se opusiese a ello<sup>39</sup>; el marido estaba obligado a restituir a la mujer, disuelto el matrimonio, los beneficios obtenidos tras la manumisión del esclavo dotal<sup>40</sup>. Asimismo, se potenciaba el derecho de la mujer a la restitución de la dote, desincentivando al marido para pedir el divorcio.

La *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, con la que se intenta revitalizar los valores de la familia tradicional romana, establemente unida, la propuso Augusto nueve años después de acceder al poder como emperador; estando casado, ya en terceras nupcias, con Livia Drusila. Ésta, para unirse a él, hubo de divorciarse de su marido, Tiberio Claudio Nerón, del que estaba embarazada de varios meses<sup>41</sup>. Por su parte, el moralizador Augusto, ostentaba un abultado *curriculum* amoroso<sup>42</sup>: durante el primer triunvirato había contraído matrimonio con Clodia Pulcra, la hija de Fulvia, mujer de su colega Marco Antonio. Para proceder a esta unión tuvo que romper otro noviazgo concertado por su madre Azia. Tras la guerra de Perugia, que supuso la ruptura de toda relación con Fulvia, en el 41 a.C., Clodia fue repudiada. Recurriendo de nuevo al matrimonio como modo de estrechar alianzas políticas, Augusto desposó a Escribonia, hermana del suegro de Sexto Pompeyo. Esta unión duraría tres años, del 40 al 38

38 Por ejemplo, las prohibiciones matrimoniales se hacen extensivas al noviazgo: D.23,2,44 pr.; los novios no son considerados *caelibes* a efectos de la *capacitas*, siempre que su noviazgo no dure más de dos años.

39 D. 24,2,11; D. 38,11,1,1.

40 D. 24,3,64.

41 Livia Drusila (58 a.C.-29 d.C.) había contraído matrimonio con *Tiberius Claudius Nero*, el año 43 a.C. El 42 dio a luz a su primer hijo, el futuro emperador Tiberio y el 38 a.C., estando ya casada desde hacía tres meses con Octavio, a su segundo hijo, *Nero Claudius Drusus*. Esta unión reportó a Octavio importantes relaciones políticas pues el padre de Livia, *Marcus Livius Drusus Claudianus*, pretor o *iudex quaestionis* en el 50 a.C. pertenecía, al parecer, a la prestigiosa familia patricia de los Claudios Pulcros, habiendo sido adoptado en su juventud por el célebre tribuno plebeyo del 91 Marco Livio Druso, cuya muerte fue uno de los detonantes de la guerra social.

42 Vid. A. FRASCHETTI, *Augusto*, Laterza, Roma/Bari, 2004, pp. 30 y ss.

a.C.<sup>43</sup>. Un dato más de que su propia vida no constituía un ejemplo del modelo de vida familiar que pretendía instaurar<sup>44</sup>, es que en el año 2 a.C. moriría en el exilio su única hija, Julia, fruto de su matrimonio con Escribonia, desterrada por su padre de Roma como consecuencia de su conducta licenciosa. Augusto dispuso en su testamento que ésta no hallase sepultura en su mismo mausoleo.

La *lex Iulia de maritandis ordinibus*, por su contenido, es una norma mediante la cual el emperador se inmiscuye en aspectos hasta entonces reservados al ámbito privado; implica la transformación de lo que hasta entonces eran deberes morales, cuya observancia se reservaba al sentido de responsabilidad del ciudadano<sup>45</sup>, en deberes jurídicos<sup>46</sup>. Deberes a los que, por lo que parece, el propio Augusto se sustraía, lo que no debía ser visto con muy buenos ojos por parte del resto de los ciudadanos. Para estos, sin embargo, las consecuencias del incumplimiento eran muy gravosas.

No habiéndose cumplido con esta ley el fin perseguido (otra prueba de cuanto decimos acerca del rechazo que las normas supusieron), Augusto promovió, en este caso a través de los cónsules *suffecti*<sup>47</sup> (*M. Papirius Mutilus* y *C. Poppaeus Sabinus*)<sup>48</sup>, la aprobación de una nueva norma en

43 Si se da crédito al relato de Dion Cassio (54.16.1-7), incluso casado con Livia, fueron frecuentes las infidelidades de Augusto.

44 Con razón se decía que respecto de las Iulias *princeps legibus solutus est*; en tanto que era el único dispensado de las limitaciones que éstas establecían a la capacidad de adquirir y disponer *mortis causa*. V. ARANGIO RUIZ, *La Legislazione*, cit., pp.1 20; 126.

45 O, en todo caso, a la indirecta presión de los censores.

46 Al igual que la *lex de adulteriis* también del 18 a.C. mediante la que Augusto otorga al adulterio la calificación de *crimen* (así como a su tolerancia por parte del marido). Conducta ésta que hasta entonces había sido considerada, a lo sumo, como causa de repudio, o justificativa del ejercicio del *ius vitae necisque* por parte del padre respecto de la hija *in potestate*, o del marido de la esposa *in manu*.

47 En definitiva, que no sólo hay que considerar a Augusto auctor de las leyes por él propuestas en virtud de sus poderes magistratuales, sino también de aquellas sugeridas por otros magistrados a instancia del emperador. En este sentido resulta vano propósito distinguir entre leyes y senadoconsultos o disposiciones imperiales; todos son procedimientos legislativos manifestación de la voluntad de Augusto. Vid. B. BIONDI, "La legislazione di Augusto...", cit., p.148.

48 Se da la circunstancia de que ni Marco Papio Mutilo ni Quinto Poppeo estaban casados ni tenían hijos, según cuenta Diógenes Casio 56,10,3.; circunstancia que ponía claramente de manifiesto la oportunidad de la ley.

la que endurecía las sanciones impuestas a solteros y, persiguiendo un aumento de la natalidad, limitaba la capacidad de suceder por testamento a casados sin hijos, entre otros (9 d.C.).

Se trata de la *lex Papia*, aprobada 27 años después de la primera cuando, como dice Tácito, “... *senior Augustus*”, pues contaba 72 años.

Tácito, *Annales* 3,25,1

Relatum dei de modernanda Papia Poppaea, quam señor Augustus post Iulias rogaciones incitandis caelibum poenis et augendo erario sanxerat...

Aun siendo distinto el procedimiento para la aprobación de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del de la *lex Papia*, no difieren en la esencia. De ambas es inspirador, *auctore*, Augusto:

Ovidio (20-43 a.C.), *Metamorphoses* 15.832-4

Pace data terris animum ad civilia vertet iura suum legesque feret iustissimus auctor exemplo suo mores reget...

Pese a esta distancia temporal entre la promulgación de una y otra, ya los juristas del siglo II d.C. se refirieron a ambas, indistintamente, como *Leges Iulias*<sup>49</sup>, atribuyéndoles la misma finalidad demográfica<sup>50</sup>.

Al no conservarse íntegramente se analizan en bloque y parece de una coherencia total que la una instase a los matrimonios y la otra estableciese las sanciones<sup>51</sup>.

49 Comentarios *ad legem Iuliam et Papiam* escribieron Gayo (15 libros), Terencio Clemente (20 libros), Mauriciano y Marcelo (6 libros entre ambos), Paolo (10 libros) y Ulpiano (20 libros). El *Index Florentinus* se refiere a ellos como βιβλία *ad leges*.

50 Se trata, no sólo de favorecer los matrimonios, sino también de que éstos tengan descendencia, y cuanta más mejor. Así, se reduce la capacidad de recibir por testamento a los casados sin hijos a la mitad, si se trata de la sucesión de un extraño; a una décima parte si se suceden entre sí. Se precisan dos hijos para que el liberto quede exento de la obligación de prestar *operae* al patrono. Son necesarios tres hijos para que el liberto excluya al patrono de su sucesión

51 Precisamente porque no se conservan íntegras, a lo largo de la historia han existido numerosos intentos de reconstrucción de las mismas: Desde J. GODOFFREDO, *Fontes quattor iuris civilis*, Ginebra, 1726, o J. HEINECIO, *Ad legem Iuliam en Papiam Poppaeam commentatio*, 1726; 2º ed. 1741; 3ª ed. 1767, a R. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, Padova, Cedam, 1970 (ID: “Note per una valutazione storica della *Lex Iulia et Papia*”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1973, pp. 187-238 o T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta*

Previsión de esta norma habría sido la eliminación absoluta de la capacidad de adquirir por testamento (a título de heredero o de legatario) de los solteros<sup>52</sup>, y limitado la de los casados sin hijos, a la mitad si se sucedían entre sí; a una décima parte cuando sucedían a terceros. Con que la pareja tuviese un hijo en común su capacidad se consideraba completa.

Se habrían visto afectados por las prohibiciones de la ley, asimismo: el *pater solitarius*, o, lo que es lo mismo, el divorciado o viudo con hijos y las mujeres *probosae* (esto es, meretrices, ex prostitutas, adúlteras, mujeres dedicadas al arte escénico, entre otras).

Es más, en la medida en que las leyes establecían la prohibición de contraer matrimonio a senadores (y sus decendientes) con libertas, mujeres de teatro –o hijas de “artistas”– (D. 23,2,44 pr.)<sup>53</sup>, y siendo la consecuencia de la vulneración, no la nulidad de los mismos, pero sí su ineficacia a efectos de las *leges Iulia et Papia*<sup>54</sup>, también se habrían visto afectados por estas prohibiciones de suceder por testamento: los senadores, sus hijos y nietos casados con las personas mencionadas.

Se ha hablado en este sentido de que una de las finalidades de las *leges* habría sido la potenciación de la dignidad social de la familia. La nulidad del matrimonio aumentaría las ocasiones de ilegitimidad de la prole, alcanzando un efecto que Augusto quería evitar<sup>55</sup>.

La pregunta que nos hacemos es: ¿No habría sido una tentación para el *de cuius* que quería beneficiar en su testamento a algunas de estas personas y que se veía imposibilitado de hacerlo, recurrir a legar como debido aquello que no debía en absoluto, o que sólo debía en parte?

*Domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, Jovene editore, 1998 (3º ed. 2010), pasando por P. JÖRS, “Über das Verhältniss der lex Iulia de maritandis ordinibus zur lex Papia Poppaea” (1882) y “Ehegesetze des Augustus” (1894) *Festschrift Th. Mommsen zum funfzigjährigen Doktorjubiläum*; ambas obras de P. Jörs son recomendadas por todos los autores posteriores como “insuperadas” en su particularizado análisis de los procedimientos propios de cada una de las *leges Iulias* (*de maritandis ordinibus y Papia Popea*).

52 No si están “comprometidos”. Éstos no se consideran *coelibes* a efectos de la *capacitas* siempre que su noviazgo no dure más de dos años.

53 S. SOLAZZI, “Glossemi nelle fonti giuridiche romane”, *Scritti di diritto romano*, IV 1938-1947, Napoli, 1963, p.183.

54 Así habría sido hasta época de Marco Aurelio. Vid. R. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia...cit.*, p. 218.

55 Vid. R. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia...*, cit., p. 191.

b) **Personas incapaces (caelibes, orbi, pater solitarius, feminae probosae)**  
Antes de responder a esta cuestión veamos en detalle el alcance de la prohibición contenida en la norma.

Entre las personas consideradas incapaces hay que distinguir las total y parcialmente incapaces. Incapaces totalmente son los *caelibes*:

*Gai* 2,111

Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur; item orbi, id est qui liberos non habent.

*Gai*,2,144

... aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, (quibus casibus) pater familias intestatus moritur...

*Gai*,2, 286

Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse.

Según dice Gayo, la incapacidad para suceder de los solteros establecida por la *lex Iulia* se habría referido tanto a la adquisición de herencia, como de legado (*qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur*).

La prohibición se extendería, asimismo, a otras disposiciones *mortis causa* como el fideicomiso, en virtud del Senadoconsulto Pegasiano de época de Vespasiano (*Gai* 2, 286<sup>a</sup> “... Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt,”). A las donaciones *mortis causa* se aplicaría, también, en virtud de otro senadoconsulto (D.39,6,35 pr. “Senatus censuit placere mortis causa donaciones factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non licere”)<sup>56</sup>.

Esta extensión del ámbito de aplicación de las leyes *Iulia et Papia* justificaría aún más el recurso a un expediente jurídico como el legado de deuda para soslayarlas.

<sup>56</sup> La fecha de este senadoconsulto es desconocida. Se ha sugerido que la imposibilidad de escapar de la *lex Iulia et Papia* disponiendo de fideicomisos a favor de los incapaces, haya podido determinar el aumento del recurso a las donaciones *mortis causa*, siendo ésta la causa de la extensión a éstas de la ley. Vid. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia...*, cit., p. 80.

Todos los textos jurídicos referidos a la limitación de la capacidad de los solteros hacen referencia a supuestos de sucesión testamentaria: *Gai. 2,111 (testamentum militis)*; *Gai. 2,144 y 286 (heredis institutio* y legado); *Ep. Ulp. 17,1*, se refiere al legado; *Ep. Ulp. 22,3* pertenece a la rúbrica *qui heredes institui possunt*.

El momento en el que se valora la *capacitas* del destinatario de una disposición *mortis causa* (herencia, legado, fideicomiso o donación) es el de la delación; esto es, el momento de la muerte del testador o del cumplimiento de la condición y no el de la perfección del testamento<sup>57</sup>.

*Ep. Ulp. 22,3*

Latinus Iunianus si quidem mortis testatoris tempore ... civis Romanus sit, heres esse potest ... Idem iuris est in persona caelibis propter legem Iuliam.

Quien fuese soltero en ese momento disponía de cien días para cumplir las exigencias de la *lex Iulia*<sup>58</sup>.

*Ep. Ulp. 17,1*

Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibis ... legatum fuerit nec intra dies centum ... caelebs legi paruerit.

Por otro lado, incapaces parcialmente son los *orbi*, *pater solitarius*, *feminae probosae* y senadores.

*Orbi*. Los casados sin hijos veían reducida su capacidad para adquirir por testamento, a la mitad si sucedían a un extraño, a una décima parte si se sucedían entre sí<sup>59</sup>.

57 La regla Catoniana no tiene aplicación respecto de las leyes *Iulia et Papia* D.34,7,5 “*Regula Catoniana ad novas leges non pertinet*”. Vid. P. VOCI, *Diritto ereditario romano...*, cit., p. 433, n. 12.

58 Hay quien sostiene que el testador podía también fijar libremente el término dentro del cual se adquiriría la capacidad. Ello de dos modos: subordinando la eficacia de la *heredis institutio* a la adquisición de la capacidad dentro de un término por él fijado; estableciendo un término cualquiera dentro del cual el instituido debía aceptar la herencia y, por tanto, adquirir la capacidad. Vid. R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia...*, cit. p. 92.

59 De ahí que la ley mereciese el calificativo de “*decimaria*”. Podían *capere* tantas *decimae* cuantos hijos *superstites* tuviesen de un anterior matrimonio “*Quod si ex alio matrimonio liberos superstites habent, praeter decimam, quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiunt*”.

*Gai.2, 286a:*

Item orbi qui per legem Papiam (ob id, quod liberos non habebant) dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt ...

*Ep. Ulp. 15, 1:*

Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt ...

**La capacidad era completa, si tenían un hijo dentro del año posterior a la delación.**

Respecto de los casados que habían tenido hijos, y habiéndolos perdido antes de la delación: la muerte de tres hijos permitía sustraerse a la incapacidad de los *orbi*. No parece infundado, no obstante, que se reconociese la *capacitas* a quienes hubiesen perdido un hijo púber o dos impúberes.

Los hijos debían ser fruto de *matrimonium iustum secundum ius civile*. Generalmente se niega que se tomasen en consideración los hijos adoptivos; dada la finalidad demográfica de la ley debían tenerse en cuenta los hijos naturales.

Un hijo era suficiente tanto para el hombre como para la mujer, siendo indiferente el sexo de éste.

*Pater solitarius*

*Ep. Ulp.13*

de caelibe et orbo et solitario patre.

Se trataría del divorciado/a o viudo/a con prole<sup>60</sup>.

*Feminae probosae*. Meretrices (siempre que la actividad se desempeñe públicamente); prostitutas; mujeres dedicadas al arte escénico; la adúltera descubierta *in fraganti* y aquella *iudicio publico damnata*; la mujer *iudicio publico damnata* por un delito distinto del adulterio y, eventualmente, por un delito que no sea de naturaleza sexual; ex prostitutas, ex meretrices y ex actrices.

La *Lex Papia* habría reducido su capacidad de adquirir *mortis causa* a un cuarto. Más tarde, Domiciano, se la habría suprimido por entero (Quintiliano, Inst. orat. 8,5,19 “... *placet hoc ergo, o leges diligentissimae pudoris custodes, decimus uxoribus dare, quartas meretricibus?*”).

60 Vid. por todos R. ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia...*, cit., p. 109.

Senadores, sus hijos y nietos unidos en matrimonio contraviniendo las leyes *Iulia et Papia*.

Retomamos la pregunta anteriormente formulada: ¿No habría sido una tentación para el *de cuius* que quería beneficiar en su testamento a algunas de estas personas y que se veía imposibilitado de hacerlo, recurrir a legar como debido aquello que no debía en absoluto, o que sólo debía en parte?

Téngase en cuenta que estas normas, pese al juicio desfavorable que, como más adelante veremos, merecieron a buena parte de los contemporáneos de Augusto, no sólo se mantuvieron vigentes durante todo el mandato de éste, sino que, como ya hemos dicho, fueron extendidas por los emperadores siguientes a supuestos distintos de los inicialmente comprendidos en ellas —fideicomisos y donaciones *mortis causa*—. La incapacidad de *coelibes* y *orbi* no sería abolida hasta el siglo IV d.C. por Constantino, en coherencia con sus principios cristianos de defensa del celibato y del matrimonio con vocación de procrear, pero no bajo coacción. Hasta el año 410 permanecieron vigentes algunas de las restricciones de heredar respecto del otro cónyuge que sólo serían abolidas en virtud de un procedimiento establecido por Teodosio y Honorio (*C.Th.*8,17,2 = *C.*8,57,2 “... inter virus et uxorem rationem cessare ex lege Papia decimarum...”).

Por tanto, las posibilidades de servirse del recurso a legar como debido lo que no se debía con tal de soslayarlas, son muchas. Téngase en cuenta que entre los textos que hablan de *falsa demonstratio* para hacer referencia al legado de lo que no se debe, varios datan de épocas posteriores a la *augustea*, como ya hemos visto.

c) Excepciones (heredis institutio ex asse, sucesores ab intestato)

Antes de responder a esta cuestión convendría hacer, todavía, unas aclaraciones de carácter general:

- La *heredis institutio ex asse* se sustrae a las normas relativas a la devolución de los caduca.
- Las leyes *Iulia et Papia* no limitan la capacidad de los sucesores *ex lege*, sean civiles o pretorios; de aquí el instituto de las *exceptae personae*. Un principio fundamental de la *Lex Iulia y Papia* es el del respeto a la sucesión *ab intestato*<sup>61</sup>. Quien es llamado a suceder

61 Es opinión general que la legislación caducaria, tan íntimamente ligada al

*ab intestato* goza, si es llamado a suceder por testamento, de una *capacitas* completa aunque no cumpla las prescripciones de las leyes *Iulia* y *Papia. Exceptae personae* serían (dejando aparte los *gentiles*), los *sui* y los *cognati* dentro del sexto grado y del séptimo los hijos de primos; estas dos categorías comprenden los posibles sucesores civiles y pretorios<sup>62</sup>.

- Es posible que los afectados por las prohibiciones de adquirir fueran sólo los varones solteros cuyo patrimonio superaba los 100.000 Hs.; 50.000 en el caso de las mujeres. Esto avalaría la opinión de aquellos que sostienen que la legislación matrimonial augustea perseguía un incremento demográfico entre las clases elevadas; las llamadas al desempeño de las funciones directivas y las únicas con un patrimonio del que poder disponer a su muerte.

Decimos “es posible”, pues de esta información tenemos únicamente constancia a través de un papiro encontrado en Egipto y hoy conservado en el Museo de Berlín: Γνώμων ἴδιος λόγος<sup>63</sup>. Se trata de un magnífico ejemplo de *mandata principium* o instrucciones expedidas desde Roma (Cancillería Imperial) a los gobernadores y a otros funcionarios de la administración provincial. Normalmente estas instrucciones reunían disposiciones previstas en las leyes, en los senadoconsultos, resúmenes de edictos del em-

derecho de acrecer, no tuvo aplicación sino en la sucesión testada. Vid. V. FERRINI, “I commentarii di Ulpiano e di Paulo *ad legem iuliam et papiam*”, *Operae*, vol. II, Milano, 1929, p. 244.

62 Para los *sui* vid. R. ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia...*, cit., p. 168 (Frag. Ver. 14 Pap. 5 resp. 528 “(Et si a) s(ec)undo exheredatus non fuit, pu(to contra) nuncupationem peti posse bonorum possessionem. (Cad)ucariae enim non offenditur, cum (vocatur) suos herees, qui legem exclu(dit c)aducaria(m)”. Para los *cognati*: Ep. Ulp. 16,1 “... vir et uxor inter se solidum capere possunt ... si cognati inter se coierint usque ad sextum gradum”. En apoyo de esta tesis, Astolfi arguye que también la *Lex Furia testamentaria* excluía a estos parientes de la sanción de la incapacidad y la propia *Lex Iulia et Papia* los sustraía de la carga de intervenir como testigos.

Entre estas *exceptae personae* habría que incluir a los parientes dentro del séptimo grado, si hijos de primos, y los *sui*: ambos eran sucesores *ab intestato* para el pretor. Los *sui* lo eran, incluso, para el *ius civile*.

63 *Aegyptische Urkunden aus den staatl. Museen zu Berlin*. Vid. texto W. SCHUBART, 1919 y comentario a cargo de W. UXHULL-GYLLENBAND, 1934; E. SECKEL/P. M. MEYER, Zum so. Gn. Des. I. L., *SitzBer. Berliner Akad.*, 1928, n. 26; O. LENEL/J. PARTSCH, Zum so. Gn. Des. I. L., Heidelberg, 1920. Vid. V. ARANGIO RUIZ, “La Legislazione...”, cit., p. 146.

perador; a veces, también, disposiciones totalmente nuevas. El documento que aquí referimos fue enviado en época de Antonino Pío al secretario de *Theadelphia*, para facilitar la administración financiera y, entre otras cosas, determinar el modo de recaudar la administración pública, las cuotas hereditarias que no habían podido recibir herederos y legatarios (*res privata principis*). Es opinión generalizada la de que las instrucciones fundamentales contenidas en este documento (γνώμων)<sup>64</sup> provenían de Augusto si bien pudieron haberse añadido disposiciones de emperadores posteriores; incluso instrucciones de los prefectos de Egipto. Es muy probable, pues, que la norma aquí referida relativa a la aplicación de las prohibiciones de *las leges Iulias* a solteros con un patrimonio superior a 100.000 Hs. y solteras de 50.000 Hs. no fuese aplicable únicamente en Egipto, sino también en el resto del imperio por ser previsión contenida en las leyes augusteas.

Pese a las observaciones hechas, en nuestra opinión, los efectos de la norma no son despreciables si se tiene en cuenta que estas restricciones que en los tiempos actuales pueden parecer de escasa importancia, dado que, como advierte Arangio, “... ai nostri tempi è raro di trovarse contemplati nel testamento di lontani congiunti o di amici ...” tenía gran importancia en Roma “ove el ricordarsi di amici e conoscenti con lasiciti più o meno importante negli atti di ultima volontà era altrettanto doveroso quanto oggi il mandare a capodaano biglietti da visita o fiori agli sposi novelli”.

d) Medios para defraudar (alargamiento plazos adquisición capacidad, fideicomiso tácito, constitución de dote in fraudem legis, noviazgo ficticio) Respondiendo, ahora sí, al interrogante de si podría haberse recurrido a legar como debido lo que no se debía en absoluto, o se debía en cuantía menor, y ello con la finalidad de soslayar las prohibiciones de las leyes augusteas, habría que decir que sí.

64 V. ARANGIO-RUIZ, “La Legislazione...”, cit., p. 131 “...il modesto massimario dell’idiologo è nelle parti conservate un mezzo di prim’ordine per lo studio dei varii ordinamenti di diritto privato in vigore ai primordii del Principato; e, mentre mette ordine nelle conoscenze di diritto ellenistico od antico egiziano ...porta contributi notevoli anche alla conoscenza del diritto romano puro, rivelando ad esempio particolari altrimenti ignoti della legislazione matrimoniale e della sua interpretazione”.

Esta opción se nos presenta como muy probable si tenemos en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la opinión adversa o contraria que distintos personajes de la vida romana explicitaron en sus textos respecto de las mismas; tanto por su espíritu (demográfico-recaudatorio), como por su (dudosa) eficacia: Propercio, Tácito, Suetonio y el propio Justiniano (C. 6,51,1).

*Sextus Propertius* (aprox. 58/55-14 a.C.), Elegías 2,7

Gavisa es certe sublatam, Cynthia, legem qua quondam edicta flemus uterque diu, ni nos divideret: quamvis diducere amantis non queat invitos Iuppiter ipse duos. "At magnus Caesar". Sed magnus Caesar in armis: devictae gentes nil in amore valent. Nam citius paterer capuz hoc discedere collo, quam possem nuptae perdere more faces, aut ego transirem tua limina clausa maritus, respiciens udis prodiva luminibus...

Propercio se congratula junto con su amada *Cynthia*, de que hubiese sido retirado (*sublata*) aquel proyecto de ley (*rogatio*) que tanto sufrimiento les había causado ante el temor de que pudiese suponer la separación de los amantes.

Muy probablemente Propercio se está refiriendo a una *lex edicta* que Augusto habría propuesto en torno al 28-27 a.C. (mucho antes, por tanto, de la *lex Iulia de maritandis ordinibus*) aunque encaminada ya a esa reforma ético matrimonial en inmediata conexión, no sólo causal sino también cronológica, con el final de las guerras civiles y la restauración de la República. De la Elegía de Propercio se extrae la conclusión de que objetivo de la norma era ya el de favorecer los matrimonios y la filiación y que ello no era mirado con buenos ojos por la población<sup>65</sup>.

*Tacitus, Annales* 3,25,1

Relatum dein de moderanda Papia Poppaea, quam senior Augustus post Iulias rogationes incitandis caelibum poenis et augendo aerario sanxerat. Nec ideo coniugia et educaciones liberum frequentabantur praevalida orbitate; ceterum multitudo periclitantium gliscebatur, cum omnes domus delatorum interpretationibus subverteretur, utque antehac flagitiis ita tunc legibus laborabatur.

Recuerda Tácito una sesión del senado en la que se discutió acerca

65 Vid. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus...*, cit., pp. 19 y ss.

de la oportunidad de mitigar la *lex Papia* que Augusto, ya anciano, había aprobado tras la *lex Iulia*; ello para agravar las penas de los célibes y aumentar los ingresos del erario. Pese a ello, dice Tácito, no aumentaron los matrimonios ni la natalidad, existiendo gran aversión a la prole. Por el contrario, se produjo el efecto adverso de aumentar el número de personas sometidas a las arbitrariedades de los delatores.

En el momento de su promulgación Augusto se vio en la necesidad de invocar otros precedentes de época republicana que persiguieron el mismo fin de saneamiento de las costumbres.

*Suetonius, Augustus 34,1-4*

1. Leges retractavit et quasdam ex integro sanxit, ut sumptuariam et “de adulteriis et de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus. 2. Hanc cum aliquanto severius quam ceteras emendasset, prae tumultu recusantium perferre non potuit nisi adempta demum lenitate parte poenarum et vacatione trienni data auctisque praemiis. 3. Sic quoque abolitionem eius publico spectaculo pertinaciter postulante equite, accitos Germanici liberos receptosque partim ad se partim in patris gremium ostentavit, manu vultuque significans ne gravarentur imitari iuvenis exemplum. 4. Cumque etiam in maturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret, tempus sponsas habendi coartavit, divortiiis modum imposuit.

Suetonio hace referencia, tanto a las violentas protestas que suscitó la reforma de la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (¿aprobación *lex Papia*?), como a distintos expedientes de los que se servían los ciudadanos para eludirlos, como por ejemplo, noviazgo con mujeres muy jóvenes. A esta práctica fraudulenta quiso poner freno Augusto reduciendo el tiempo de dicho noviazgo. Fueron tales las protestas de los opositores de la ley, dice Suetonio, que Augusto sólo consiguió su aprobación tras mitigar parte de las penas y aumentar los premios.

Ejemplo de la ineficacia de la actuación de Augusto en lo que a la restauración de la moral republicana se refiere, es el éxito con el que contó un poeta como Ovidio. Un poeta que, como dice Amatucci “... non si limitava, como Tibullo, a maledire la guerra, o, como Properzio, a odiarla...; ma giungeva al punto di affermare che non è desidia l’amore, come non lo è el combattere (Amor., I,9), e che Roma, fondata dal figlio di Venere, doveva essere la sede dell’amore (Ars am., I, 66) ... un poeta che parlava degli dèi e delle feste in loro onore con scandalosa irriverenza, colui che

aveva trasformato l'amare in un'arte, Ars amatoria". Un poeta, por todo ello, visto con muy malos ojos por Augusto<sup>66</sup>.

C. 6.51.1pr. A 534 D.K.IUN.CONSTANTINOPOLI DN.IUSTINIANO PP.A.III ET PAULINO VC.CONSS.

Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se populus romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperio temporibus ab orbe romano recluyere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret. Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit, et per desuetudinem abolita, ita et a nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum ne fieret. Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, ut et substitutiones introducerent, ne fiant caduca et, si facta sint, apud certas personas recurrere disponent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis; quod et nos fieri concedimus. Et quum lex Papia, ius antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus et angustiis circumcludens, solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere iugum erubuit, ius antiquum intactum eis conservans, nos omnibus nostris subiectis sine differentia personarum concedimus.

Justiniano, en el momento de proceder a la derogación de las mencionadas leyes (*De caducis tollendis*), alude al odiado vigor de éstas que desagradó hasta a los más instruidos jurisconsultos, quienes inventaban dice, caminos para que no se llegase a la condición de la caducidad (*ita et a nobis circa caducorum observationem invidiosum suum amittat vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum ne fieret*. Añade, que a quienes otorgaban testamento les resultaba onerosísima (*gravissima*) la observancia de las disposiciones relativas a la caducidad, razón por la que introducían substitutiones para que los bienes no se hicieran caducos. Respecto de la *lex Papia* habla de *imponere iugum*.

En segundo lugar, por el reflejo en los textos jurisprudenciales de supuestos de hecho en los que quedó de manifiesto esa voluntad de vulnerar la ley que fue calificada por los juristas como *fraus legi*.

66 Vid. A.G. AMATUCCI, "Augusto negli scrittori del suo tempo", *Conferenze Augustee nel bimillenario della nascita*, Milano, 1939, p. 61.

**D. 35,2,5 PAPINIANUS libro octavo responsorum**

Verbis legati vel fideicommissi non necessarie civitati relinquitur, quod ex causa pollicitationis praestari necesse est. itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum dumtaxat Falcidia minuetur. quare nec fidei committi legatarii poterit. quod si dies aut condicio legatum fecerit, non utilitatis aestimatio, sed totum petetur quod datum est. nec si vivo testatore dies venerit aut condicio fuerit impleta, fiet irritum, quod semel competit.

**D. 22,3,27 SCAEVOLA libro trigesimo tertio digestorum**

Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: 'Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti'. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse.

En tercer lugar, porque, además, el recurso a legar como debido lo que en realidad no se debía tenía que ser, incluso en el siglo III, una práctica frecuente a tenor de lo que se dice en textos como D. 34,3,25 (Paulus): *quotidiana enim sunt*. La actitud apremiante del solicitante del responso frente al jurista tampoco deja dudas de la importancia que a estas cuestiones se daba, y de las posibles opiniones divergentes al respecto "... quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit, et plenius rogo, quae ad haec spectant, attingas, quotidiana enim sunt".

En cuarto lugar, por las noticias que poseemos del recurso a otros expedientes jurídicos para la misma finalidad. Tales como alargamiento de los plazos para la adquisición de la capacidad, fideicomiso tácito, constitución de dote *in fraudem legis* y noviazgo ficticio.

- Alargamiento por el testador de los plazos fijados por las *leges* para adquirir la capacidad<sup>67</sup>.

- Fideicomiso tácito. Primero fideicomiso sin más; cuando en vir-

67 El momento que había que tener en cuenta para determinar si el beneficiario de la disposición testamentaria (legado, o fideicomiso a partir del SC Pegasiano) tenía capacidad o no, era el de la delación (D. 49,14,3,1), ampliado con los cien días que la legislación caducaria concedía para poder ponerse en condiciones de eximirse de sus prohibiciones (Ulpiano, Reglas, 17,1 y 22,3).

tud del senadoconsulto pegasiano se extendieron a los fideicomisos las prohibiciones de adquirir solteros y casados sin hijos, se recurrió al fideicomiso tácito<sup>68</sup>.

Existía fideicomiso tácito cuando el causante designaba al fideicomisario secretamente, e indicándoselo sólo al fiduciario. La amplia libertad formal en materia de fideicomisos lo permitía.

Es precisamente en relación con el *fideicommissum tacitum* que los textos jurisprudenciales utilizan la expresión *fraus legi*. No nos atrevemos a decir “el concepto” pues no existe seguridad de que existiese tal en Derecho romano diferenciado del de los actos *contra legem*<sup>69</sup>, como ya hemos dicho en páginas anteriores.

D. 30.103 IULIANUS libro octagesimo tertio digestorum

In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei qui capere non potest.

D. 49.14.3pr. CALLISTRATUS libro tertio de iure fisci

Non intellegitur fraudem legi fecisse, qui rogatus est palam restituere. sed cum quidam testamento suo ita scripsisset: ‘vos rogo, ut in eo, quod a vobis peti, fidem praestetis: perque deum, ut faciatis, rogo’ et quaereretur, an id palam datum intellegeretur: Iulianus respondit non quidem apparere, quid ab heredibus ex huiusmodi verbis petitum est. quaeri autem solere, quando intellegatur quis in fraudem legis fidem suma accommodare: et fere eo iam decursum, ut fraus legi fieri videatur, quotiens quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione et chirographo obligaret se ad praestandum ei qui capere non potest: ideoque dici posse ex supra dictis verbis non esse legi fraudem factam.

D. 34.9.10pr. GAIUS libro quinto decimo ad legem Iuliam et Papiam

In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id quod relinquitur vel aliud tacite

68 La posibilidad de burlar los derechos de los interesados en la herencia testamentaria que pudiesen ejercitar el *ius caduca vindicandi* cuando el fideicomisario fuese un incapaz, no sería empresa siempre fácil ya que éstos tendrían la posibilidad de utilizar el medio procesal de la *interrogatio in iure* para determinar, como diligencia preparatoria de la *vindicatio caducorum*, la persona del fideicomisario. Vid. J. ARIAS RAMOS, *Fideicomisos y leyes caducarias...*, cit., p.160; M. ABELLÁN VELASCO, “Notas para el estudio del fideicomiso tácito y su regulación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 70 (1983), pp.119-128.

69 Vid. pp. 16 y ss. de este artículo. En contra de aceptar el fideicomiso como caso típico de *fraus legi*, G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge...*, cit., pp.76 ss.

promittit restitutum se personae quae legibus ex testamento capere prohibetur, sive chirographum eo nomine dederit sive nuda pollicitatione repromiserit.

Del frecuente recurso al fideicomiso tácito para burlar las prohibiciones del senadoconsulto Pegasiano y de las leyes caducarias es una prueba la preocupación que ello supuso para los juristas; al menos dos de ellos, Gayo y Paulo, escribieron sobre el asunto sendos trabajos monográficos, aparte de los textos relativos al fideicomiso contenidos en los comentarios *ad legem Iuliam et Papiam*. No obstante, el fideicomiso tácito no se prohibió.

Dado que la fecha del senadoconsulto Planciano se desconoce, es imposible saber con exactitud la relación entre la aprobación del senadoconsulto pegasiano, que extiende la incapacidad de adquirir en concepto de herederos o legatarios de solteros y casados sin hijos a los fideicomisarios, y recurso a fideicomiso tácito para vulnerar las leyes caducarias<sup>70</sup>.

Al afirmar esto nos vienen a la memoria las palabras de Justiniano en C. 6,51,1,1 ya citadas acerca de las distintas vías recorridas por los juristas para evitar las prohibiciones de las leyes augusteas.

El fideicomiso tácito a favor del incapaz, era considerado *caducum* y correspondía al fisco (D. 35,2,59,1)<sup>71</sup>.

– Constitución de dote *in fraudem legis Papiae*. Se trata de un supuesto contemplado en C.Th. 2,21,2 *Costantius A. et Iulianus C. Pomponiano* “Dote ab uxore marito data filios ex priore matrimonio, si neque ultra dodrantem neque in fraudem legis Papiae constituatur, de hac repetenda nullam habere constat actionem”.

La mujer, en previsión de no poder disponer en su testamento a favor de su segundo marido cuanto ella desearía, lo dispone en vida a título

70 Este senadoconsulto fija la sanción de indignidad para el fiduciario que colaborase con el causante en la vulneración de las normas. Justiniano, a pesar de que en su tiempo las sanciones ordenadas por el senadoconsulto Planciano no tendrían aplicación más que en el caso de que la fideicomisaria designada tácitamente fuese una *femina probosa*, nos ha transmitido en el *Corpus iuris* bastantes textos referentes a dicho senadoconsulto. Éstos y un breve pasaje de las Reglas de Ulpiano (XXV, 17), son los datos de que disponemos acerca del contenido y alcance de dicho senadoconsulto. Presupuestos para su aplicación parece que fueron: Otorgamiento de fideicomiso de forma tácita; que el fideicomisario careciese de *ius capiendi*; que existiese colaboración dolosa del fiduciario. Vid. ARIAS RAMOS, J., “Fideicomisos y leyes caducarias...”, cit. 161.

71 E. NARDI, *I casi d'indignità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937.

de dote. La impugnación, que iría referida a la parte de la dote excedente de la *capacitas* del viudo, seguiría las mismas normas que, como veremos más adelante, disciplinaban la devolución de los *caduca*, y correría a cargo de los perjudicados<sup>72</sup>.

– Noviazgo ficticio. Dado que la *lex Iulia* equiparaba a novios y casados en lo que al reconocimiento de privilegios se refiere (prioridad en la asunción de los *fasces consulares*, sustracción de las normas que conminan a prestar testimonio, entre otras), así como sustraía a los novios de las limitaciones de los solteros, se hicieron frecuentes los noviazgos sin término. Que fue así lo demuestra el hecho de que la *lex Papia* limitase la duración del noviazgo a dos años. Norma aplicable tanto a los hombres como a las mujeres (Suetonio, Augusto 34,2 y Dión Casio 54,16,7).

Por último, en quinto lugar, por la existencia de la figura de los delatores. A ellos nos referimos a continuación. Y es que cuanto se ha dicho hasta ahora lleva a otra pregunta:

e) Exteriorización del fraude: *vindicatio caducorum*

¿Cómo podría salir a la luz la existencia del fraude y cuáles serían las consecuencias jurídicas? O lo que es lo mismo ¿quiénes saldrían beneficiados de la exteriorización del fraude? Se hace imprescindible hablar del destino de los *bona caduca*.

Los bienes no adquiridos por quienes había previsto el testador, dada su condición de incapaces, reciben el nombre de *caduca*<sup>73</sup> y se adjudican en virtud de lo previsto por la *lex Papia* (*Ep. Ulp.* 19,17. *Lege nobis adquiritur velut caducum... ex lege Papia Poppaea*)<sup>74</sup>.

En primer lugar, si se trataba de una cuota hereditaria, ésta correspondía al *heres coniunctus qui liberos habet*. En ausencia de éste, a los otros coherederos *patres*. Siendo éstos varios, tendrían preferencia quienes tuviesen más hijos. Si ninguno de los herederos tiene hijos, la cuota hereditaria que deviene *caduca* corresponde a los *legatarii patres*,

72 R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia...cit.*, p.116.

73 También se consideran *bona caduca* aquellos bienes que el designado por el testador no ha podido aceptar por causas distintas a la falta de capacidad, tales como: pérdida de la ciudadanía por parte del heredero voluntario; rechazo del heredero o falta de cumplimiento de la condición después de la muerte del testador. También en relación con los bienes de los que se privaba al *indignus*. Vid. S. SOLAZZI, *Attorno ai caduca*, Scritti di diritto romano..., cit. p.265.

74 Razón por la que la *Lex Papia* se conocía también como *lex caducaria*.

quienes de esta forma se convertirían en herederos. Si ninguno de éstos tiene hijos, la cuota caduca corresponderá a los *legatarii patres*, quienes se convertirán, asimismo, en herederos. A falta de legatarios o fideicomisarios *patres*, el *caducum* correspondía al “Estado”.

En segundo lugar, en el caso del legado caduco, éste se devolvía a los colegatarios *patres*; en ausencia de éstos a los *heredes patres* con preferencia de aquellos que tenían más hijos. No existiendo *heredes patres*, podían solicitar el legado los otros *legatarii patres* (teniendo siempre preferencia el que tuviese más hijos). En ausencia de todas estas personas, se beneficiaría el “Estado” representado primero por el erario; más tarde por el fisco<sup>75</sup>.

*Gai. 2, 206-208*

206. Quod autem diximus deficientis portionem (in) per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario adscrescere, admonendi sumus ante legem Papiam id iure civili ita fuisse; post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit ed ad eos pertinet qui in eo testamento liberos habent.

207. Et quamuis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.

208. Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.

En tercer lugar, la suerte del legado caduco fue extendida por el Senadoconsulto Pegasiano al fideicomiso.

<sup>75</sup> Hasta ahora hemos hablado genéricamente de “Estado”; ahora bien, es preciso especificar. La *lex Papia* atribuyó la reivindicación de los *caduca* al *aerarium populi romani*. Con posterioridad, entre el imperio de Marco Aurelio y Lucio Vero y el de Caracalla, en el ámbito del proceso de absorción del erario en el *fiscus principis*, los *caduca* correspondieron a éste último. El régimen de los *caduca* se aplicaba sólo si la herencia no era *damnosa* (D. 28,5,73); la adquisición de los *caduca* por parte del estado tenía lugar *ipso iure*.

*Gai. 2,286 a*

Item orbi qui per legem Papiam (ob id, quod liberos non habebant) dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos qui (in eo) testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt.

Por último, en cuarto lugar, el emperador Caracalla abolió el privilegio de los *patres*, de modo que los *bona caduca* fueron devueltos al fisco no obstante la presencia, en el testamento, de quienes *liberos habent*. De aquí que se considere que, a partir de este emperador, la inicial finalidad demográfica de las leyes *Iulia et Papia*, fue claramente sustituida por la recaudatoria.

Ep. Ulp. 17,2

Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus.

El mecanismo procesal para reclamar los *bona caduca* de aquellos herederos o legatarios testamentarios que no habían podido adquirir, por falta de capacidad, fue la *vindicatio caducorum*<sup>76</sup>.

*Gai. 2,207*

Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebun.

*Vat. Fr. 195*

Ex filia nepotes non prodesse ad tutelae liberationem sicuti nec ad caducorum vindicationem palam est, nisi mihi proponas ex veterano praetoriano genero socerum avum effectum...

*Ulp. 17,2*

Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus.

76 M. ABELLÁN VELASCO, “Notas para el estudio del fideicomiso tácito...”, cit., p.

*Ulp. 25,17*

Si quis in fraudem tacitam fidem accomodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadrantem eum deducere senatus censuit nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat.

*Fr. De iure fisco 1,3*

Sane si post diem centesimum patres caducum vindicent, omnio fisco locus non est.

*D. 28,4,3pr.*

Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et onis eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est.

La mencionada *vindicatio caducorum*, introducida por la *lex Papia*<sup>77</sup>, se interponía ante el *praefectus erarii*. Estaban legitimados activamente para su ejercicio: los particulares y el *Populus Romanus*.

Todo ciudadano romano estaba legitimado para accionar con la *vindicatio caducorum* para hacer valer el derecho del “Estado” a los *bona caduca* (se trataba de descubrir al evasor de una ley dictada para tutelar los intereses patrimoniales del *populo*).

Respecto de la acción se puede hablar de una legitimación general, en la medida en que se confería *quavis de populo*, salvo particulares limitaciones taxativamente fijadas por la ley<sup>78</sup>. Se trataba, por otra parte, de una legitimación exclusiva en el sentido de que, en ausencia de denuncia por el particular (*delator*<sup>79</sup>), resultaba imposible al *aerarium* hacer valer judicialmente sus propios derechos<sup>80</sup>.

77 Algunas de las particularidades de la *vindicatio caducorum* serían reguladas sucesivamente a través de senadoconsultos y constituciones imperiales, extendiéndose su ejercicio a la reclamación de *bona vacantia* y *bona ereptoria*.

78 La *delatio* estaba taxativamente vedada a: las mujeres; los senadores; quienes hubiesen sufrido condena en un proceso penal; los veteranos; los militares; el delator que hubiese sido citado tres veces en vano a comparecer ante el *praefectus aerarii*; los tutores, curadores y, más en general, quien *qui quasi procurador negotia gessit*, respecto de los bienes del pupilo, de los menores o del *dominus negotii*. También el vendedor respecto de la cosa vendida.

79 En las fuentes se habla de *delator* (de *deferre*, *delatio*) para hacer referencia tanto al autor de una denuncia fiscal como criminal. Vid. G. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964, p. 8, n. 6.

80 Vid. G. PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano...*, cit., p. 31.

Con la sustitución del erario por el fisco se impuso la participación en el proceso, junto con el *delator*, del *advocatus fisci*.

Constantino abolió toda forma de delación y transfirió del *delator* al *advocatus fisci* la legitimación para actuar con la *vindicatio caducorum*.

Mientras existió la figura del *delator (inditi custodes)* a éste se le asignó, en caso de victoria un premio (*praemis inducti*) consistente en una cuota del *caducum*, de medida incierta pero superior a un cuarto (Tá-cito, Annales 3,25 y 3,28 “Relatum deinde de moderanda Papia Popaea multitudo periclitantium gliscebat, cum omnis domus delatorum interpretatione subverteretur utque antehac flagitiis, ita nunc legibus laboratur”. “Acriora ex eo vincla, inditi custodes e lege Papia Popaea premiis inducti, ut, si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret”. Suetonio, Nerón 10 “... praemia delatorum Papiae legis ad quartam redigit”).

Existía un caso particular de la “autodenuncia del *incapax*”. En virtud de una disposición del emperador Trajano se permitió al *incapaz* denunciarse a sí mismo al erario, recibiendo a cambio, a título de premio la mitad del *caducum*. Podía el *incapax* estar en posesión de los bienes o no estarlo (D. 49,14,13 pr.).

Legitimados pasivamente estaba cualquier poseedor del *caducum*. Podía tratarse del propio heredero o legatario incapaz, pero podía tratarse también de un tercero, cualquiera que fuese la calificación de su posesión (ya poseyese *pro herede*, *pro possessore*, o en virtud de un título particular de adquisición); el poseedor del *pretium*, cuando el *caducum* hubiese sido destruido; quien hubiese dejado dolosamente de poseer el *caducum*.

Hasta aquí algunas de las reflexiones que consideramos relevantes respecto del impropriamente denominado *legatum debiti*.



## VI RECAPITULANDO

Iniciábamos este trabajo preguntándonos si existió en Derecho romano y a qué fines pudo servir un legado denominado *legatum debiti*. Ello a partir de la afirmación de una civilista acerca de “la nulidad de éste en Derecho romano ‘antiguo’ debido a que no reunía como requisito la liberalidad que corresponde a toda manda”.

### 1. El análisis de las fuentes romanas revela:

- La inexistencia de un legado que recibiese tal nombre.
- La existencia, sin embargo, de numerosas referencias a un legado que se realiza tomando en consideración algo que se debe: cosa o cantidad.
- Que tal legado podía disponerse como vindicatorio, transmitiendo *ipso iure* la propiedad de la cosa al legatario.
- Que tal legado podía disponerse como damnatorio, generando a favor del legatario el derecho de reclamarlo al heredero.
- Que respecto del legado vindicatorio no existe duda alguna de su validez.
- Que respecto del damnatorio éste sólo era válido si suponía alguna ventaja para el acreedor respecto de la primitiva obligación (se legaba más de lo adeudado; o la deuda era exigible en lugar más conveniente; o se renunciaba implícitamente a una excepción; o se legaba de forma pura lo se debía a condición o a término; o lo debido en virtud de obligación natural...; éstas entre muchas otras).
- Que la aparente ventaja procesal derivada de ser la *actio ex testamento* de las que *infitiando crescunt in duplum* no fue estimada

como suficiente por parte de los juristas romanos para entender válido el legado damnatorio, si no iba acompañada de alguna de las citadas en el punto anterior.

- Que en muchas ocasiones tras el legado, o bien existía una deuda de cosa distinta o cantidad inferior a la legada o, incluso, quedaba probado que tal deuda no existía.
- Que en estos últimos casos, muy frecuentes a tenor de lo que los textos reflejan, los juristas se pronunciaron a favor de la validez del legado, naciendo así la *regula iuris* “falsa demonstratio non nocet”.
- Que en relación con esos supuestos quedaba claramente de manifiesto que no se podía hablar de *legatum debiti* y, no obstante, se consideraba existente el legado.
- Que, a efectos dogmáticos, esto acredita que objeto del legado no podía ser la deuda u obligación como muchas veces se dice, y sí ocurre respecto de otros legados como el *liberationis* o el *nominis*.
- Que objeto del legado en este caso es la cosa o cantidad, y que por ello resulta confuso usar la locución, tantas veces citada, *legatum debiti*.

2. El análisis de las fuentes no revela, sin embargo, al menos de forma directa, qué finalidad pudo esconderse tras esa frecuente práctica de legar como debido menos de lo que se debía o, con mucha más frecuencia, lo que no se debía en absoluto. El supuesto es especialmente llamativo si se tiene en cuenta que no se circunscribe a un momento histórico determinado, sino que se extiende desde el siglo I a.C. hasta época justiniana. ¿Por qué legar como debido lo que se podía legar, sin más?

- Quizá porque se perseguía otorgar al legatario (acreedor) la posibilidad de cobrar antes que lo habría hecho como simple legatario. Si de las deudas responde el heredero con todo el patrimonio (*ultra vires hereditatis*), de los legados responde exclusivamente con el del *de cuius*, pudiendo el legatario simple quedarse sin cobrar.
- Quizá porque era un modo de beneficiar a través del testamento a alguien que de otro modo no habría podido heredar, o al menos no en la proporción deseada. En el primer supuesto estarían los casos en los que el testador, vigentes las *Leges Iulia et Papia* dispuso por legado a favor de personas solteras (*caelibes*); en el segundo,

a favor de casados sin hijos (*orbi*) –más de la mitad de la herencia si se trataba de un extraño, más de la décima correspondiente en función del número de hijos si se trataba de su cónyuge–; a favor de un divorciado/a o viudo/a con prole (*pater solitarius*); a favor de una meretriz, adúltera, actriz ... (*feminae probosae*) más de un cuarto –hasta Domiciano que las habría declarado totalmente incapaces–; a favor de un senador (también su hijo y nieto) unido en matrimonio con liberta, actriz o hija de actores. También si su propósito fue disponer mediante legado sin respetar el derecho del heredero a que se le reservase un cuarto de la herencia.

Perjudicados en estos casos, y en consecuencia legitimados activamente para el ejercicio de las acciones correspondientes serían:

- Tratándose de un legado caduco, los colegatarios *patres*. En ausencia de éstos los *heredes patres* con preferencia de quienes más hijos tenían. No existiendo *heredes patres*, podían solicitar el legado los otros *legatarii patres* (siendo preferente siempre quien más hijos tuviese). En ausencia de todas estas personas, se beneficiaría el “Estado” representado primero por el erario; más tarde por el fisco. Así sería hasta el momento en que Caracalla abolió el privilegio de los *patres*, de modo que los *bona caduca* fueron devueltos al fisco no obstante la presencia en el testamento de quienes *liberos habent*. De aquí que se considere que, a partir de este emperador, la inicial finalidad demográfica de las leyes *Iulia et Papia* fue sustituida por la recaudatoria.
- A las personas mencionadas les correspondería hacer uso de la *vindicatio caducorum*, acción introducida por la *lex Papia* que se interponía ante el *praefectus erarii*. Legitimados activamente para su ejercicio estaban los particulares afectados (*patres qui liberos habent*). También cualquier ciudadano romano en defensa de los intereses patrimoniales del *populo*, el llamado *delator*. Se trataba de una legitimación exclusiva pues en ausencia del *delator* el fisco o erario, en su caso, no podía hacer valer por sí mismo sus derechos; al menos así fue hasta Constantino. Asimismo, podía ejercitar la acción el propio incapaz que se autodenunciaba para obtener como premio la mitad del *caducum*.

Legitimado pasivamente estaría cualquier poseedor del *caducum*, del *pretium*, y quien hubiese dejado dolosamente de poseer.

Es importante resaltar que existe una coincidencia en el tiempo entre aparición de la republicana *lex Falcidia*, y las *leges* del Principado *Iulia et Papia* y uso del expediente de legar en consideración de una deuda de cosa o cantidad: siglo I a.C. Respecto de las segundas hay que decir que, pese al rechazo social que suscitaron tal y como reflejan numerosos textos literarios y jurídicos, estuvieron vigentes hasta época de Justiniano. Promulgadas por Augusto, su uso se extendió, por decisión de emperadores posteriores, a otras disposiciones *mortis causa* como fideicomisos y donaciones. El recurso a legar como debido se dice en un texto de Paulo es cuestión de cada día (*quotidiana enim sunt*).

3. Tampoco aparece la figura del “legado de deuda” en los códigos ius-naturalistas (francés, italiano y español), aunque sí se aprecia en éstos la influencia del Derecho romano recibida a través del *ius commune*. Como ejemplo de ello se puede citar la Partida VI, título IX, Ley 19 y el art. 767 del Código civil:

Partida VI, título IX, Ley 19 (claramente influida por el Derecho romano):  
Cierta cuantía de maravedís mandando el testador en su testamento a otro, diciendo así: Cien maravedís, que yo debo a Fulano, mando que se los den. Si por ventura acaeciére que no le debiese ninguna cosa, tenido es el heredero del testador de dar la cuantía sobredicha a aquel a quien manda, porque se entiende que se lo quiso dar. E si se los debiese el testador, por tal manda como ésta no sería el heredero tenido de darle más de aquello que de debía dar por razón del deudo.

Art. 767 Código civil:

*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.*

Los códigos no hablan en ningún caso de legado de una obligación o “legado de deuda”, pero sí de la posibilidad de que un deudor legue algo a su acreedor. Si no indica que lo hace imputando el legado a la extinción de la primera obligación, se entiende que el acreedor podrá accionar tanto en virtud de la deuda como del legado. No existiendo la deuda o siendo diferente de la declarada, el legado será válido igualmente “a no ser que del

testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiere conocido la falsedad de la causa” (trasunto de la regla romana *falsa demonstratio non nocet*).

Ahora ya sabemos de dónde derivan muchas de las cuestiones que la doctrina civilística se plantea respecto del denominado “legado de deuda”: relación con las obligaciones naturales, valor del legado como reconocimiento de la deuda... Los civilistas se basan no tanto en lo prescrito en los códigos, sino en la casuística recogida en los textos romanos, aunque éstos raramente se citan.

¿De dónde deriva esa particular concepción dogmática de este tipo de legado y la sistemática que lo sitúa junto a los de crédito y liberación?

A ello intentamos responder en el siguiente epígrafe:



## VII

### A VUELTAS CON LA PANDECTÍSTICA

#### 1. Su verdadera faz

En el siglo XII d.C. se redescubre el *Corpus Iuris* justiniano –versión florentina o pisana del Digesto– . En el XIX se inicia en Europa el movimiento codificador.

Entre ambos hitos de la historia jurídica europea se produce un amplio proceso de expansión de los estudios de Derecho romano, en virtud del cual la realidad jurídica de este pueblo, recogida en los textos, es apprehendida y reinterpretada de acuerdo con la mentalidad y espíritu de cada una de esas épocas. Es lo que se ha venido a llamar, quizá impropia-mente, tradición romanística<sup>1</sup>.

Esa reapropiación del Derecho romano no se justifica, exclusiva-mente, en un interés teórico o intelectual, sino en un interés práctico, en tanto que el *Corpus Iuris* se consideraba utilizable en la *praxis* de los tri-bunales. Al fin y al cabo se trataba de Derecho y no de Filosofía<sup>2</sup>.

Teniendo esto en cuenta, se puede hablar de la recepción del Dere-cho romano diferenciando momentos en que ha predominado su acogida como Derecho vigente y, por tanto, se ha atendido a él desde un punto de vista dogmático (Glosadores y Comentaristas). Así, en el Medievo, el *Cor-pus Iuris*, en comunión con los comentarios de los glosadores, adquirió casi el valor de un libro sacro y sus contenidos se aceptaban como dogma de fe. En otros, por el contrario, ha predominado su aspecto de Derecho histórico (Humanismo jurídico).

1 Impropiamente pues parece obviar la singularidad de fenómenos como la legislación visigótica, el *ius commune* o la codificación.

2 A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 14.

Una síntesis la constituyen aquellos períodos que, en su persistencia en el tiempo, han dado muestras de ambas tendencias histórica y dogmática. El ejemplo más significativo al respecto lo ofrece la Pandectística alemana del XIX que, hundiendo sus raíces en la Escuela histórica del Derecho, acabó sentando las bases de la dogmática que sirvió de estructura al código civil alemán (BGB) de 1900. A ella nos vamos a referir a continuación. Antes es preciso hacer algunas observaciones respecto del mencionado proceso codificador: colofón de la recepción para unos; un hito más en un proceso inacabado para otros, como ya hemos tenido oportunidad de indicar en el primer epígrafe de este trabajo.

La codificación supone, sin duda, un importante punto de inflexión en la tradición romanística. No sólo porque a partir de ese momento el Derecho romano dejaría de interesar como derecho vigente, sino también por el cambio de mentalidad que implicó en el ámbito jurídico el paso de un derecho jurisprudencial, a un derecho legal o codificado.

Tal y como pone de manifiesto Caroni<sup>3</sup>, hay un antes y un después del proceso codificador: “son dos vidas, dos regímenes, dos estructuras políticas y sociales”. El sistema que Caroni llama “antiguo” conocía la primacía del derecho común y de la ciencia que, a partir del siglo XI, lo había elaborado pacientemente. Culminaba éste en la *interpretatio sapiencial* a la que asignaba la tarea de poner en armonía las dispersas y concurrentes fuentes inherentes al sistema. El sistema “moderno” celebra, por el contrario, la primacía de la ley, en su forma codificada que es aplicada y no interpretada. En el “sistema de fuentes del derecho común” todo parece obvio y natural. La orientación histórica es determinante, literalmente “constitutiva”, ya que el sistema asigna a la Historia la tarea de establecer qué parte del derecho pasado está vigente y vivo y por eso se aplica. En el “actual sistema de fuentes” el papel de la historia es menos evidente y nítido. El Derecho positivo no se verifica por una investigación histórica, sino que se sanciona oficialmente por la autoridad política, es decir, está dominado por la ley.

Esto, evidentemente, en lo que a la recepción en el continente europeo se refiere. Como advierte Schiavone, estamos acostumbrados a diferenciar un modelo continental en el que se aprecia una presencia muy clara del Derecho antiguo, de un ejemplo inglés (y, con algunas importantes variantes, americano), en el que la influencia habría sido menos directa.

3 P. CARONI, “Una ‘Historia’ para después del Código...”, cit., pp. 300 y ss.

Sin embargo, tal y como él recuerda, no se debe dejar de lado el hecho de que también en el ámbito inglés y escocés, “de Bracton a Hobbes, al círculo de Smith, incluso Bentham y Austin” la influencia del *Corpus Iuris* se habría materializado de mil formas. Muy probablemente, dice Schiavone, la razón del éxito en Francia, Italia y Alemania esté relacionada con las peculiaridades de la relación que se establece en estos países entre supervivencias del Antiguo Régimen y la generalización de un uso del Derecho romano que servía como antídoto contra la tenaz resistencia de los ordenamientos particulares<sup>4</sup>.

Retomando nuestro discurso acerca de derecho e historia como ingredientes del concepto de Derecho romano, podríamos decir que dogmatismo e historicismo no son más que dos formas del pensamiento para interpretar una misma realidad: el dogmatismo es una exacerbación del aspecto jurídico del Derecho romano, característica de todas aquellas épocas en que se ha visto en el Derecho romano un derecho vigente y aplicable<sup>5</sup>; el historicismo, por el contrario, es una exacerbación del aspecto histórico<sup>6</sup>. Como exacerbaciones ambas de una realidad que se integra

4 A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente...*, cit., 14 y ss.

5 En la propia época clásica del Derecho romano existió ya un cierto hábito de enunciar reglas fruto de la influencia de la dialéctica griega, si bien la canonización de dichas reglas no aparece en las fuentes romanas sino hasta época tardía. Esas opiniones son las que, convertidas en premisas doctrinales ciertas e indiscutibles, recibirán la calificación de “dogmas” por parte de La Escuela Racionalista del Derecho natural. *Vid.* X. D'ORS, *Presupuestos programáticos para el estudio del Derecho romano*, Santiago de Compostela, 1979, p. 19. Según este autor los fundamentos de la concepción dogmática deben buscarse, en primer lugar, en las Escuelas de Derecho bizantinas en las que los profesores, contagiados por una metodología teológica, buscaban la fijación de principios o reglas inmutables mediante la “canonización” de determinadas opiniones. Tal concepción “dogmática” del Derecho se dejará notar decisivamente en la Compilación justiniana aunque aparecía ya esbozada en el *Codex Theodosianus*. Justiniano, al hacer suya la voz de la antigua jurisprudencia, prohibió comparar el nuevo texto con el original que había sido profundamente alterado para su acomodación a los nuevos tiempos. El *Corpus Iuris* contiene, así, un derecho dogmático.

6 Los hitos de esa corriente historicista que se propone la reconstrucción del derecho clásico son de todos conocidos: 1816, descubrimiento por Niehbur del palimpsesto de las Instituciones de Gayo; 1820, presentación por Bluhme de la “Teoría de las Masas”; 1824, proposición por Dirksen de una reconstrucción del texto de las “XII Tablas”; 1869, primer intento de reconstrucción por Rudorff del Edicto Perpetuo, superada más tarde por la reconstrucción de Lenel (1893).

de esos dos factores indisolubles, resultan ser posturas parciales y, en consecuencia, inviables.

Ejemplo paradigmático de corriente científica que, inicialmente histórica, devino claramente dogmática es la Pandectística o *Rechtswissenschaft*.

En efecto, en el *iter* descrito, la Pandectística alemana del Ocho-cientos constituye un hito especialmente significativo, pues la elaboración dogmática llevada a cabo por estos autores a partir de las fuentes romanas ha influido, considerablemente, en la ciencia del Derecho civil; no siempre para bien, tal y como queremos poner de manifiesto respecto del artículo relativo al legado de deuda que ha dado pie a la presente investigación; así como de muchos otros trabajos no sólo de civilistas sino también de romanistas.

La influencia se deja sentir, asimismo, en el enfoque docente de nuestra asignatura –Derecho romano–, determinando que sea pandectista tanto la sistemática como la terminología que se sigue en los manuales de Derecho romano a la hora de exponer las instituciones<sup>7</sup>.

Basta con poner como ejemplo su construcción acerca del negocio jurídico, a partir de la generalización de las soluciones que los juristas romanos habían dado a casos concretos en materia de contratos y testamentos. En cuanto a la influencia terminológica, sabemos que conceptos como los de derechos reales/derechos personales, sobre los que gira toda la teoría del Derecho civil patrimonial, son una elaboración romanística llevada a cabo por los autores pandectistas, y son términos de los que nos servimos los romanistas aun cuando en rigor debiéramos hablar de *actiones in rem-actiones in personam*<sup>8</sup>.

Los legados, en general, y el *legatum debiti* aquí tratado, en parti-

7 Esta sistemática pandectística no se sigue en la exposición de la materia Derecho romano en su conjunto, pues es habitual contravenir el orden pandectista de explicar el proceso como medio de defensa del derecho subjetivo con posterioridad a las instituciones. En la búsqueda de una mayor fidelidad con el modo de proceder de los romanos, para quienes es la tenencia de la acción la que condiciona la titularidad del derecho, la sistemática de los manuales de Derecho romano recoge la materia relativa al proceso con anterioridad a las instituciones.

8 Atentos los juristas romanos más al modo de proteger procesalmente las pretensiones de los particulares, que a la declaración y conceptualización de sus “derechos subjetivos”, prefirieron hablar de *actiones in rem-actiones in personam*, poniendo así el acento en el aspecto dinámico de la acción, antes que en el estático del derecho subjetivo.

cular, constituyen otro ilustrativo ejemplo del modo de operar la ciencia jurídica alemana a partir de las fuentes romanas. Así como de la influencia ejercida entre quienes cultivan el Derecho civil y, entre los propios romanistas, como ya hemos dicho.

Si es indudable este carácter dogmático atribuido a la Pandectística, es de todos sabido que esta corriente de pensamiento antes de devenir dogmática se presentó como histórica, siendo en principio, como ya hemos anunciado, historicismo y dogmática presupuestos metodológicos poco conciliables, si no contrapuestos<sup>9</sup>. La pregunta que se impone es: ¿De qué modo recibieron los autores pandectistas la herencia romanística (historicismo) y cómo hicieron para integrar esa tradición en su presente (dogmática)?

Para poder dar respuesta a esta cuestión lo primero que hay que tener presente es que fueron muchos los autores que formaron parte de la corriente pandectista a lo largo de más de un siglo. Ello dificulta hablar, como expresa Mazzacane<sup>10</sup>, de un programa rígido y con autónomos instrumentos organizativos e institucionales. Sin embargo, se atribuye a las obras pandectísticas de Derecho romano elaboradas en Alemania desde comienzos del siglo XIX una afinidad de técnicas y de orientación que permiten diferenciar estos trabajos de aquéllos que se habían realizado en la época de la Ilustración.

¿Cuáles son esos rasgos diferenciales de esta corriente científica respecto de aquéllas otras que la precedieron?:

a) Su origen está en la Escuela Histórica del Derecho, encabezada por Savigny, lo que determina que su rasgo principal sea un profundo respeto por la historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos.

Se trata de la rama romanista de esta escuela, de la que descende

9 En este sentido advierte J. MIQUEL, *Historia del Derecho romano*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 151 y ss. que dogmática e historia son los dos polos en torno a los cuales ha girado la percepción que en las distintas épocas se ha tenido del Derecho romano. La actitud dogmática y la histórica, dice Miquel, responden a dos posturas fundamentales de la existencia humana.

10 A. MAZZACANE, "Pandettistica", *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, pp. 592-608. Íd., «Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 9 (1980), Milán, 1981, pp. 217 y ss. También de A. MAZZACANE, "Savigny e la storiografia giuridica. Tra storia e sistema", *Scritti in onore di Salvatore Pugliati*, vol. IV, Milán, 1978, pp. 515 y ss.

también la Germanística<sup>11</sup> volcada en el estudio de la tradición jurídica de las antiguas poblaciones germánicas y su evolución. Ambas, Pandectística y Germanística, habrían seguido una orientación claramente opuesta a la del Iusnaturalismo y Racionalismo, corrientes científicas que las precedieron.

A diferencia de éstas para las que el Derecho consistía en un sistema de leyes naturales con validez universal según el Iusnaturalismo-, en un producto emanado de un legislador racionalista -según la *Science du droit* de ascendencia cartesiana-, la Escuela Histórica habría adoptado como premisa metodológica una visión histórica de los ordenamientos jurídicos que comportaría la imposibilidad de comprender el presente de un pueblo y de su Ordenamiento desconectado de su concreto pasado, de su devenir histórico.

En definitiva, el Derecho debía ser considerado como resultado de la evolución histórica y manifestación del espíritu del pueblo, del *Volksggeist*<sup>12</sup>. Éste iba a ser el argumento que iba a servir al fundador de la Escuela Histórica para paralizar las iniciativas codificadoras propugnadas por Thibaut, y a sus discípulos pandectistas para, tomando como precedente el Derecho romano, sentar las bases de la dogmática del Derecho civil.

Concretamente, esta vocación historicista de la Escuela Histórica se habría hecho explícita ya al inicio de la obra de Savigny *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, o «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho» (1814), en la que este autor atacaba la época de la Ilustración por “haber perdido el sentido y la sensibilidad para comprender tanto la grandeza y particularismo de otras épocas, como la evolución natural de los pueblos, es decir, todo lo que puede salvar y fecundar la Historia”. En su lugar, afirmaba Sa-

11 R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano, op. cit.*, p. 248 “De la misma matriz cultural nace y se confirma, siempre dentro del ámbito de la Escuela histórica, una paralela y análoga transferencia hacia el estudio y la reivindicación de las tradiciones jurídicas de las antiguas poblaciones germánicas y de su evolución, de donde las investigaciones, cada vez más numerosas, marcharán en una doble vía, la de los romanistas y la de los germanistas, animados unos y otros por un igual sentimiento y fervor en la comparación de las vicisitudes comunes”.

12 Concepto tomado de Hegel que podría traducirse por “conciencia jurídica común”, *vid.* T. MAYER-MALY/R. DOMINGO, “George Friedrich Puchta”, *Juristas Universales*, vol. III, p. 142.

vigny, “se ha impuesto una esperanza ilimitada en la época presente que se cree llamada, nada menos, que a una auténtica síntesis de la perfección más absoluta”.

Esa tendencia a la historicidad se habría materializado, asimismo, en la fundación en 1814 de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* o Revista para la ciencia histórica del Derecho en cuyo primer número apareció un artículo de Savigny titulado «Sobre el fin de la Escuela Histórica»<sup>13</sup>, en el que éste exponía los principios programáticos de la misma<sup>14</sup>.

No hay que olvidar tampoco la publicación, ese mismo año, del primer volumen de su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, o Historia del Derecho romano en la Edad Media.

b) Analizado desde una perspectiva predominantemente historicista, o predominantemente dogmática, el objeto de estudio de estos autores pandectistas es el Derecho romano; si bien en un momento histórico en que éste se encontraba en franca decadencia, entre otras razones, como hace ver Koschaker, por la crisis política del imperio –el sacro imperio de la nación alemana desaparece en 1806<sup>15</sup>–, y el auge del Derecho natural.

Que el precedente más venerable de la historia jurídica europea en general y alemana en particular lo constituye el Derecho romano, especialmente, el Derecho romano justiniano<sup>16</sup>, es cuestión indiscutible<sup>17</sup>.

---

13 Vid. *La Escuela histórica del Derecho (documentos para su estudio por SAVIGNY, EICHORN, GIERKE, STAMMLER)*, trad. del alemán por R. ATARD, Madrid, 1908. Los principios programáticos a los que hacíamos referencia se contienen en el artículo de F. K. SAVIGNY, “Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica”, pp. 11-29.

14 Revista vigente con la denominación *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*.

15 P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* (Trad. del alemán de J. SANTA CRUZ TELJEIRO), Madrid, 1955, p. 306 “El sacro imperio de la nación alemana desaparece en 1806 y se suprime el Tribunal cameral del imperio. A partir de este momento ya no hubo un derecho imperial, sino únicamente un Derecho general constituido por el contenido concordante de los distintos derechos territoriales. El Derecho romano, el viejo Derecho imperial, fue privado, en amplios territorios (Prusia, Austria, territorios del Code civil) incluso de su validez subsidiaria, por efecto de las codificaciones iniciadas a fines del siglo XVIII”.

16 Vid. G. IMPALLOMENI, “Pandettistica”, *NNDI*, pp. 350 y ss.; A. MAZZACANE, “Pandettistica”, *op. cit.*, p. 592.

17 Vid. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 341 “Cuando al

También son de interés, aunque en menor medida, el Derecho canónico y el Derecho consuetudinario alemán<sup>18</sup>. En este sentido dice Wieacker “el Derecho romano era para Savigny, el elemento constitutivo de la cultura jurídica alemana, ya que se le veía como acontecimiento educador, de modo que devenía impropio la censura contra la recepción del mismo pues no hubiera ocurrido nunca sin una íntima necesidad”.

El nombre con el que se conoce a esta corriente científica tampoco es casual; se habla de Pandectística o *Pandektenrecht* porque si bien a efectos de servir a este historicismo el *Corpus Iuris* en su totalidad merece el interés de estos autores, no es menos cierto que su máxima atención recae sobre aquella parte de esta obra en la que se recogen las opiniones jurisprudenciales, es decir, sobre el *Digestum* o Pandectas. En este sentido se podría denominar pandectística a toda la jurisprudencia europea de la Edad Media y de inicios de la Edad Moderna, en la medida en que se construía sobre el *Corpus Iuris*. Si se circunscribe este término a la ciencia del derecho privado alemán del siglo XIX es por haber sido la forma literaria característica de ésta los manuales de Pandectas (*Pandektenlehrbücher*). Pese a denominarse manuales, estaban pensados, como tendremos ocasión de comprobar, más para satisfacer las necesidades de la doctrina jurídica y la praxis judicial que para los estudiantes<sup>19</sup>.

Dado que el contenido del Digesto o Pandectas, al menos tal y como ha llegado hasta nosotros, es, predominantemente, Derecho privado, esta vertiente jurídica más que el Derecho público va a ser la que va a centrar el interés de los pandectistas.

final del s<sup>o</sup> XV se advirtió la ineludible necesidad de un Tribunal imperial supremo, estable y constituido por funcionarios designados de entre los juristas, se creó en 1495 el Tribunal cameral del imperio, si bien era ya demasiado tarde para admitir la posibilidad de crear un Derecho privado imperial. Por otra parte el Derecho romano estaba llamando ya con violencia a las puertas del imperio. Derecho romano que llegaba apoyado en la idea cultural de Roma; un Derecho que venía a abolir la fragmentación y el particularismo jurídico, y a vivificar mediante la reforma del Reich la idea imperial. El Derecho romano llega, además, como Derecho de juristas provisto de una abundante casuística”.

18 B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traducción italiana de C. FADDA/E. BENSÀ, vol. I, Unione tipografica editrice, Torino, 1902, pp. 14 y ss. “Entre las fuentes de las que se nutren los pandectistas está: el Derecho canónico –*Decretum gratiani concordantia discordantium canonum*, decretales de Gregorio IX y Decretales de Bonifacio VIII–, Leyes imperiales alemanas y Derecho común consuetudinario alemán”.

19 U. FALK, “Bernhard Windscheid”, *Juristas universales*, vol. III, Madrid, 2004, p. 293.

Finalmente hay que decir que se va a tratar de un estudio sistemático, generalmente comprensivo de todas las instituciones del Derecho privado.

Ahora bien, para poder valorar como novedoso o no el planteamiento savigniano de defensa del Derecho como producto histórico es preciso profundizar, previamente, en su particular modo de entender esa historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos. Sólo así será posible concretar si las diferencias entre la corriente científica encabezada por Savigny, y aquéllas otras que la precedieron en el tiempo son tan sustanciales como el propio Savigny pretendía o si, por el contrario, como sostienen entre otros Wieacker, Orestano, Wesenberg y Wesener, parece posible encontrar significativos precedentes de esta postura en la historia de la cultura europea; por ejemplo en el Humanismo jurídico del siglo XVI<sup>20</sup>, y mucho más próximos a Savigny, entre los mismos ilustrados<sup>21</sup>:

-Voltaire<sup>22</sup>;

-Montesquieu<sup>23</sup>;

---

20 R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, op. cit., p. 249.

21 Vid. en este sentido F. WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno (con particolare riguardo alla Germania)*, vol. II, Milano, 1980, pp. 13 y ss. trad. italiana de U. SANTARELLI/S. FUSCO de la segunda edición alemana: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967. Hay trad. española de la primera ed. alemana de 1952: *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, por F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Editorial Comares, Granada, 2000. Wieacker reconoce que los fundamentos que hicieron posible la Escuela Histórica estaban ya latentes antes del romanticismo.

22 Destaca Orestano la figura de Voltaire (1694-1778) filósofo e historiógrafo de diferentes civilizaciones que sustrae las evoluciones históricas al carácter absoluto de los postulados racionalistas, y las abre a la consideración de la peculiaridad de las características de una época, de un pueblo, de un período, que constituyen su *esprit*, su *génie*.

23 Montesquieu (1689-1755) quien especialmente en el *L'esprit des lois* de 1748 confirma y precisa “yo no trato de las leyes, sino del espíritu de las leyes (...), un espíritu que consiste en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con diferentes cosas (...) y como las leyes son hechas siempre por una sociedad, la principal de estas relaciones es la que las leyes mantienen con la sociedad que las alumbró”. En este sentido, según expresa F. GONZÁLEZ VICEN, “La Escuela histórica del Derecho”, separata de *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XXI, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 18-19, Granada, 1978-1979 “ésta es la intuición más genial de Montesquieu pues lo que él tiene presente no es la sociedad, como en las teorías políticas iusnaturalistas, sino cada una de las sociedades que se han dado en la historia, es decir, la sociedad en su individualidad, determinada por

- Shaftesbury<sup>24</sup>;
- Hume<sup>25</sup>;
- Edward Gibbon<sup>26</sup>;
- Gian Vincenzo Gravina<sup>27</sup>;
- Giambattista Vico<sup>28</sup>;
- Möser<sup>29</sup>;
- Herder<sup>30</sup>.

Al margen, como decimos, de que al menos a primera vista la cesura entre la época inaugurada por Savigny y la que la precedió no sea tan radical, una completa valoración del carácter innovador de los postulados savignianos no es posible sin profundizar previamente en su particular modo de entender esa historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos.

Por esto, los interrogantes que surgen de modo inmediato son: ¿cuál es la clave para entender el “sentido de la historicidad” que propugna la Escuela Histórica en su vertiente Pandectística? Por otra parte,

factores físicos, humanos, económicos, cuya confluencia hace de cada sociedad un dato único animado por un espíritu propio. Las sociedades entendidas así en su individualidad constituyen el verdadero sujeto y motor de la historia”.

24 Shaftesbury (1671-1713) de quien resalta Orestano su insistencia en el “sentimiento de la historia”. Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, op. cit. p. 249 n. 8.

25 David Hume (1737-1776).

26 Edward Gibbon (1737-1794) historiador que en su obra *The history of the Decline and Fall of the Roman Empire* estudia las vicisitudes de los pueblos que giran en torno a Roma en su individualidad, y atendiendo a sus particulares condiciones.

27 Gian Vincenzo Gravina (1664-1718).

28 Giambatista Vico (1668-1744).

29 Justus Möser (1720-1794) cuya obra está dirigida contra el pensamiento analítico y abstracto de la época. Fue una de las primeras voces que se alzaron en contra de la idea codificadora, postulando por el carácter autóctono del Derecho, variable en el tiempo, pero siempre vinculado a una realidad concreta.

30 Johann Gottfried Herder (1744-1803) quien opone al mundo cerrado del espíritu y del raciocinio, el mundo inmediato de la experiencia vital. Entiende que a un pueblo no se le puede describir ni caracterizar de modo general, sino que en cada uno de ellos hay que tener presente “todo el cuadro vivo de su forma de vida, costumbres, necesidades, peculiaridades geográficas”. La interacción de todas estas circunstancias es la que convierte al pueblo en entidad histórica propia. Vid. F. GONZÁLEZ VICEN, “La Escuela histórica del Derecho”, cit., pp. 9 y ss.

¿existe, realmente, esa radical cesura desde el punto de vista de los presupuestos metodológicos entre Pandectística y corriente iusnaturalista?<sup>31</sup>

Para intentar responder a estas cuestiones hemos optado por servirnos del método defendido por Savigny como ideal en el desarrollo de la actividad del jurista, esto es, la combinación entre la inducción propia de los racionalistas, y la deducción, de modo que el protagonismo recaiga en el análisis de lo concreto<sup>32</sup>. En esta ocasión vamos a utilizar como instrumento de análisis, una vez que ya hemos desvelado sus características en el Derecho romano, el denominado *legatum debiti*.

Vamos a analizar las obras de pandectas de algunos de los autores más significativos, tanto de la considerada “primera generación de alumnos de Savigny” como Puchta y Keller; como de algunos autores de la ciencia jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XIX, tales como Arndts, Windscheid, Brinz, Dernburg y Bähr.

Dos aspectos van a requerir nuestra atención: el lugar que en estas obras ocupa el legado que un deudor hace a su acreedor (*¿legatum debiti?*), y las características de éste en las que estos autores centran su atención, así como las posibles consecuencias que extraen de ello.

¿Nos servirán estos trabajos para profundizar en los motivos que justificaron, en la práctica romana, un uso frecuente del recurso a legar algo en consideración de una deuda? ¿Ofrecerán argumentos para avalar nuestra tesis de que el recurso al “*legatum debiti*” era sólo un pretexto para *circunvenire* leyes como la *lex Falcidia* o las *leges Iulia et Papia*, logrando beneficiar, a través del legado, a personas incapaces o que, en el mejor de los casos, podían recibir *mortis causa* pero en cuantía inferior de la deseada por el testador?

## 2. Principales personajes

Antes de abordar el estudio pormenorizado de sus obras, una primera

31 En opinión de P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, op. cit., p. 353 “La Escuela histórica y el Derecho natural eran en realidad posiciones antípodas, pero como verdaderas antípodas se tocaban con los pies; de este modo se produjo el contacto que había de generar una fuerte corriente espiritual que partiendo del *ius naturale* actuaría

32 Vid. en este sentido R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, cit., p. 278.

cuestión acerca de la que hay que llamar la atención es la relativa a la sistemática que respecto de los legados (*Vermächtniss*) siguen estos tratados de Pandectas.

Todos los autores aquí analizados, a excepción de Dernburg, esto es, Puchta, Keller, Arndts, Windscheid y Brinz insertan el legado como disposición a título singular al final del apartado dedicado al Derecho de sucesiones, tras el estudio completo de la herencia, incluida la *delatio* de la misma (testada e intestada). No respetan, pues, el orden en que la materia aparece tanto en las Instituciones de Gayo (*Gai* 2, 191), como en las de Justiniano (Inst. 2,20).

Gayo justifica su sistemática diciendo que, aunque pueda resultar extraño tratar de los legados cuando se está haciendo referencia a las adquisiciones a título universal, él lo considera oportuno por haberse tratado de los testamentos y de los herederos testamentarios.

*Gai* 2, 191

*Post haec videamus de legatis. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de his iuris figuris quibus per universitatem res nobis adquiruntur; sed cum omni modo de testamentis deque heredibus qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari.*

El orden gayano es, por otra parte, el que siguen los códigos iusnaturalistas (francés, italiano y español) al tratar esta materia.

Según Dernburg, la sistemática de sus predecesores pandectistas está lógicamente justificada pero, en su opinión, y en coherencia con el argumento de Gayo, resulta débil porque interrumpe la exposición de las disposiciones de última voluntad. Por esta razón él aborda el tratamiento de los legados en conexión con la delación testamentaria mostrando mayor fidelidad a los precedentes clásicos.

a) Georg Friederich Puchta (1798-1846)

Dentro de la primera generación de discípulos de Savigny hay que destacar a Georg Friederich Puchta, considerado junto con su maestro, el más destacado representante de la Escuela histórica del Derecho.

Hijo de un famoso juez de Ansbach estudió en el Gimnasio de Nürenberg (1811-1816) bajo la influencia de Hegel. Se doctoró en 1820

con una tesis sobre servidumbres de paso (*De itinere, actu et via*)<sup>33</sup>. Fue profesor en Munich (1828), Marburgo (1835), en Leipzig (1837) y desde 1842 sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín. En 1844 fue nombrado consejero privado del Real Tribunal Superior Prusiano y, en 1845, consejero de Estado y miembro de la Comisión legislativa prusiana<sup>34</sup>.

De él se ha dicho que supo fijar de manera definitiva los caracteres metodológicos de la ciencia del Derecho romano actual, desarrollando el pensamiento de Savigny en dirección a una dogmática jurídica que influyó su misma obra y tuvo profunda incidencia en la ciencia del Derecho civil del siglo XIX. A propósito del tema que estamos tratando “*legatum debiti*” vamos a comprobar que es exactamente así.

Llevó a sus últimas consecuencias la noción savigniana de “sistema jurídico” y el principio conexo de “función productiva de la jurisprudencia”<sup>35</sup>.

Si el “Derecho científico” que defendía Savigny debía aunar método histórico, del que venimos hablando hasta ahora, y que supone una investigación del pasado en toda la variedad de sus formas, y método sistemático, que implica relacionar la variedad de los fenómenos contemporáneos con la unidad informadora de los mismos, Puchta parece que hizo prevalecer el segundo de estos métodos; en él predomina, según Orestano, “una tendencia rígidamente racionalista”.

El propio Puchta, dice Orestano, en su *Cursus der Institutionem*

33 De la servidumbre de paso (*Wegservitut*) se servirá en su *Cursus der Institutionem* (1841) para explicar su pensamiento. La servidumbre de paso, en cuanto concepto, se encontraría en la base de la pirámide a modo de derivación por deducción lógica del concepto de “derecho subjetivo”. Mediante progresivas deducciones concatenadas se hallarían conceptos intermedios como el de derecho real (*ein Recht an einer Sache*), el de “cosa ajena” (*fremde Sache*), el de derecho de uso (*Benutzung*). Vid. T. MAYER-MALY/R. DOMINGO, “Georg Friedrich Puchta ...”, cit., pp. 140 y ss.

34 Sobre la biografía, escritos y trascendencia de la obra de Georg Friederich Puchta vid. R. STINTZING/E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halband 2, Text, (Neudruck der Ausgabe München 1910), Scientia Verlag, 1978, pp. 438 y ss.; G. WESENER/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª ed. alemana *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* de J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 284; A. MAZZACANE, “Pandettistica”, *op. cit.*, p. 603; R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

35 Vid. A. MAZZACANE, “Pandettistica”, *op. cit.*, p. 603.

reconoce estos dos aspectos de la ciencia del Derecho (sistemático e histórico), si bien resulta sintomático que ya en el enunciado invierta el orden y coloque la sistemática por delante de la historia<sup>36</sup>.

En palabras de Mazzacane “Puchta concibió la ciencia del Derecho privado como metodología de la dogmática, lo que implicaba un aislamiento del sistema jurídico, aislamiento que venía condicionado por su propia autonomía y ausencia de lagunas. De este modo, el paso definitivo a una concepción formalista de la ciencia jurídica estaba cumplido”<sup>37</sup>.

Labor de la Ciencia jurídica era, según Puchta, reconducir el Derecho a un sistema de conceptos universalmente válidos (jurisprudencia de conceptos o *Begriffsjurisprudenz*); un planteamiento bastante alejado, por tanto, del historicismo savigniano.

Su trabajo discurrió más por los cauces de la dogmática que por los del historicismo que comenzó propugnando su maestro.

¿Con qué actitud se aproximó Puchta a las fuentes jurídicas romanas?; ¿en qué sentido se benefició del estudio de ese Derecho romano por el que, como su maestro, profesó profunda devoción? Derecho del que opinaba que había calado hondo en Alemania, no en virtud de una imposición externa, sino por la fuerza de su persuasión científica; *imperium rationis no ratio imperii*, del mismo modo que lo habían hecho la filosofía griega y otros tesoros de la antigüedad.

La primera edición de su tratado de Pandectas data de 1838 (*Pandekten*)<sup>38</sup>. De los nueve libros de los que éste se compone, los legados se tratan en el libro octavo relativo al Derecho hereditario (*Das Erbrecht*), capítulo quinto, parágrafo 535.

Haciendo honor a su concepción del Derecho como sistema de conceptos y su querencia por el método lógico- deductivo, observamos en su Tratado de Pandectas que, tras analizar, respecto de los legados, formas (*Form*) y sujetos (*Personem*), Puchta se ocupa de los tipos (*Gegenstand*) de éstos, sirviéndose de una sistemática que en ningún momento encon-

36 Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano*, cit., pp. 284 y ss.

37 A. MAZZACANE, “Pandettistica”, cit., p. 603 y ss.

38 Sobre la primera edición de 1838 vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, (primera traducción italiana de C. FADDA/E. BENZA), vol. I, Unione tipografico editrice, Torino, 1902, p. 33. La edición del Tratado de pandectas de Puchta que aquí utilizamos es: G. F. PUCHTA, *Pandekten* (Fünfte vermehrte Auflage von D. U. RUDORF), Leipzig, 1850, 707 y ss.

tramos en el Digesto (*Genus und Alternativum; natürliche uns juristische Mehrheit von Gegenständen; Rechte*).

Dentro del último grupo (*Rechte*), derechos, distingue, expresamente, entre *legatum nominis*, *liberatio legata* y *legatum debiti*, pese a que, como ya hemos tenido oportunidad de comprobar, nunca las fuentes jurídicas romanas llegadas hasta nosotros usan tal significante (*legatum debiti*).

A partir de este momento, el resto de pandectistas se van a referir con la misma expresión al caso en el que *Der Erblasser kann seinem Gläubiger legieren, was er ihm schuldet*<sup>39</sup>. Y por influencia de ellos aparecerá así en buena parte de las obras de romanistas y civilistas.

Más importante que el uso de ese término *legatum debiti*, en conexión con los de *legatum nominis* y *liberationis*, es el que agrupe a los tres bajo el término más genérico *Rechte*, pues de este modo está introduciendo uno de los elementos que mayor confusión ha generado respecto de esta figura; esto es, la determinación de su objeto. Objeto que la mayoría de los pandectistas identifica con la deuda u obligación. Interpretación que suscita serios problemas respecto de aquellos casos contemplados en las fuentes en que abiertamente se dice que quedó acreditado que la deuda mencionada en el legado no existía, y no obstante, los jurisconsultos optaban por la validez de éste a partir de la cláusula “falsa demonstratio non nocet”. Objeto de esta disposición *mortis causa* no podía ser, pues, la obligación, sino la cosa o el dinero.

Creemos también significativo de su modo de proceder respecto de las fuentes romanas, que la primera fuente citada a propósito de este supuesto de hecho en el que un deudor lega a su acreedor lo que ya le debía, sea Inst. 2,20. Éste, dice el texto, será nulo si no hay más en el legado que en el débito (*nihil plus est in legato, quam in debito*). Como ya dijimos anteriormente, el interés de los pandectistas por el Derecho romano se centra, fundamentalmente, en las previsiones del Derecho romano justiniano.

Entre los aspectos relativos al “*legatum debiti*” que llaman la atención de Puchta está la posibilidad de que se recurra a éste para reconocer una deuda que en realidad no existe, lo cual no invalida el legado. Esto es, recoge aquellos textos en que se alude a la cláusula *falsa demonstratio non nocet*, pero sin ninguna precisión acerca del momento histórico

39 G. F. PUCHTA, *Pandekten...*, cit., p. 709.

concreto de su aparición, y sin caer en la cuenta de lo ya observado. Esto es, si quedaba acreditado que la deuda no existía y los juristas estimaban, no obstante, válido el legado siempre que se indicase la cosa o cantidad, objeto de éste no podía ser la deuda.

La misma ausencia de tratamiento verdaderamente histórico de las fuentes se aprecia cuando expone que el legado de dote ha de ser considerado un tipo de “*legatum debiti*”, desconociendo, como ha sido puesto de manifiesto tanto por Astolfi<sup>40</sup> como por Palazzolo<sup>41</sup>, la primacía del segundo respecto del primero. También esto es consecuencia de tomar como referente el Derecho justiniano. Para Justiniano, en efecto, el *legatum dotis* es a todos los efectos un *legatum debiti* (Inst. 2,20,14-15)<sup>42</sup>.

A partir de lo dicho podríamos concluir que Puchta, cumpliendo con el postulado savigniano, dirige su mirada al pasado y en este sentido convierte al Derecho romano en objeto de su estudio. Ahora bien, no diferencia las distintas fases por las que pasó este Ordenamiento jurídico y de este modo no distingue entre épocas clásica, postclásica y justiniana, por el contrario, fija fundamentalmente su atención en esta última etapa, sin explicitar ninguna razón que justifique la elección; parece directamente identificar Derecho romano con Derecho romano justiniano.

No se observa, por otra parte, ninguna crítica textual; la posible existencia de interpolaciones (prejustinianas y justinianas) no es objeto de su interés.

Por supuesto, no encontramos en sus páginas reflexión alguna a las circunstancias sociales, políticas o económicas que pudieron dar lugar a un uso tan frecuente del recurso a legar como debido lo que no se debía.

#### b) Friederich Ludwig von Keller (1799-1861)

El sucesor de Puchta en la cátedra de Berlín fue Friedrich Ludwig von Keller, discípulo también de Savigny. Nacido en Zurich, estudió Derecho en las universidades de Berlín y Gotinga doctorándose en 1822 con un trabajo de Derecho romano (*Commentatio ad l. 32. § 1. ff de peculio*)<sup>43</sup>.

40 R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano...*, cit., pp. 127 y ss.

41 N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano*, Milano, 1968, pp. 95 y ss.

42 N. PALAZZOLO, *Dos praelegata. Contributo alla storia del prelegato romano...*, cit., p. 137.

43 Vid. R. STINTZING/E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, op. cit.*, pp. 465 y ss.

Cuando Keller se estableció en Berlín tenía ya en su haber una amplia carrera como romanista y como juez en Suiza. De 1825 a 1844 fue profesor en el Instituto Político de Zurich y en la Universidad inició una importante tradición en la enseñanza de las teorías de la Escuela Histórica, enseñanzas que tendrían repercusión en todas las universidades suizas. Fue un firme defensor del Derecho romano del que opinaba que podía representar un importante elemento para la formación de los juristas alemanes<sup>44</sup>. De él se ha dicho que volvió a situar a la Pandectística en la senda del historicismo.

Keller, quien como Puchta emplea el término *legatum debiti*, trata de éste en la quinta parte de su Tratado de Pandectas (*Pandekten*), obra publicada por Emil Friedberg en 1861 por indicación del autor que fallecía ese mismo año<sup>45</sup>.

Frente a la ausencia de sistemática del Digesto (libros 33 y 34), Keller, como Puchta, dedica un apartado a los distintos tipos de legados y entre aquellos que él denomina “*Nach dem Rechte, welches dem Bedachten bestimmt ist*” o “Según el derecho destinado al legatario”, incluye: propiedad (*Eigenthum*); *ius in re* y, en un mismo grupo, *nomen, liberatio y debitum* con las consecuencias en orden a la determinación del objeto del legado que ya hemos indicado al hablar de Puchta: legado de obligación y no de cosa o cantidad debida.

Así, en el párrafo 565 trata del *legatum debiti*, haciéndose eco de la denominación utilizada por Puchta para hacer referencia al supuesto en que: “*man kann auch seinem Gläubiger legiren, was man ihm, schuldig ist*”.

Igual que para Puchta su referente es, principalmente el Derecho justiniano. Así, contempla el *legatum dotis* como un tipo de *legatum debiti*.

Atiende a la necesidad de que el legado, para que fuese válido debía aportar un plus a la deuda ya existente, hablando de la liberalidad como de uno de los elementos consustranciales a esta disposición *mortis causa* (“... von einem diez, von einer condicio, oder von einer exceptio...”).

Asimismo, reconoce la posibilidad de que aun no existiendo la

44 Vid. G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 284.

45 F. L. KELLER, *Pandekten*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861, pp. 569 y ss.

deuda declarada como existente, el legado se entienda como válido (*falsa demonstratio non nocet*) y cita para avalarlo una constitución de Alejandro Severo (C. 6,44,2).

c) Ludwig Arndts (1803-1878)

Perteneciente a una familia con larga tradición jurídica. Estudió en Bonn, Heidelberg y Berlín. Fue profesor de Derecho romano en la universidad de Bonn y de Derecho civil en la de Munich. Como miembro de la Comisión Legislativa de Baviera estuvo involucrado en la elaboración del Código civil y Procesal civil que no llegaron a ver la luz dado que en 1847 la comisión fue disuelta. Su manual de pandectas sí influyó, no obstante, en la elaboración del Código civil alemán<sup>46</sup>.

Éste data de 1852<sup>47</sup> y de él dice Serafini, traductor al italiano de la octava edición alemana, que aun cuando son muchas las obras clásicas sobre derecho de pandectas en Alemania, ninguna es equiparable a la de Arndts que ofrece tanta variedad de materiales y de cuestiones que la convierten en la más acorde con las condiciones jurídicas de Italia. El resto, en opinión de Serafini, o bien sólo contemplan una parte de este Derecho, o son demasiado elementales y no responden al estado actual de la ciencia, o exponen el desarrollo histórico de los institutos antes que el derecho práctico.<sup>48</sup>

Como los anteriores autores citados, Arndts dedica un apartado especial a los diferentes tipos de legados, distinguiendo entre estos, el de cosa determinada, de universitas, de suma o cantidad, de alimentos, de

46 Vid. R. STINTZING/E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 493 y ss.; G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 289.

47 La versión que aquí hemos utilizado es la primera italiana realizada por F. SERAFINI a partir de la octava edición alemana enriquecida con notas, apéndices y comparaciones con el Codice civile. K. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, vol. III, Bologna, 1875, pp. 279 y ss.

48 El interés que la obra de Arndts despierta es resaltado en el proemio del traductor italiano con las siguientes palabras: “Aun cuando son muchas las obras clásicas sobre derecho de pandectas en Alemania, éstas, o bien sólo contemplan una parte de este Derecho, o son demasiado elementales y no responden al estado actual de la ciencia, o exponen el desarrollo histórico de los institutos antes que el derecho práctico. Ninguna es equiparable a la de Arndts que ofrece tanta variedad de materiales y de cuestiones que la convierten en la más acorde con las condiciones jurídicas de Italia”.

dote y de crédito y débito. Una vez más, los dos últimos ocupan un solo bloque.

Respecto del legado de dote, denotando la misma influencia justiniana que Puchta y Keller, cita Inst. 2,20,14-15 y entiende que éste es un tipo de *legatum debiti* cuya ventaja consiste en poder obtener la restitución de los bienes dotales antes con la *actio ex testamento* de lo que se conseguirían con la *actio rei uxoriae*, evitando, además, las disminuciones a las que en el segundo caso la dote se podría ver sometida.

Dos particularidades más nos interesa destacar: Keller se hace eco de las previsiones de las fuentes clásicas en las que se excluye este legado de la Falcidia, excepto en aquella parte que implique una ventaja respecto de la primitiva obligación.

Además, y siempre en la línea de reparar en las novedades introducidas por Justiniano, recoge el texto en que este emperador previó una hipoteca tácita a favor de los legatarios, lo que introducía una importante ventaja respecto de la primitiva relación obligatoria (C. 6,43,11).

#### d) Aloys Brinz (1820-1887)

Licenciado en filología clásica en Munich en 1841 y en Derecho en Berlín en 1844. En Berlín asistió a las lecciones de los grandes romanistas del momento, Puchta y Rudorff. Asimismo, a las lecciones de Filosofía de Schelling. A partir de 1844 compatibiliza la elaboración de su tesis (*Notamina ad usum fructum*), con su trabajo como abogado. Entre 1861 y 1866 llevó a cabo una importante actividad política. En 1871 fue llamado a Munich para ocupar la cátedra de Windscheid<sup>49</sup>.

Brinz trata del *legatum debiti* en la tercera parte de su *Lehrbuch der Pandekten*, dentro del apartado dedicado a los legados que tienen por objeto una obligación (*Das Vermächtniss von obligationem*).

Es el único autor que advierte (en nota) que en las fuentes romanas no aparece la denominación *legatum debiti*.

#### e) Bernhard Windscheid (1817-1892)

A Windscheid se le ha considerado, junto a Ihering, una de las figuras más notables de la que se conocería como “nueva escuela histórica” en la segunda mitad del siglo XIX alemán.

49 M. SIXTO, “Alois (Aloys) von Brinz”, *Juristas Universales*, vol. III, pp. 320-322.

Nació en Dusseldorf y se licenció en Derecho en Bonn. Su admiración por Savigny le llevó a abandonar el estudio de las ciencias del lenguaje por el Derecho. Fue profesor en 1847 en Basilea, en 1852 en Greifswald, de donde deriva su amistad con Ihering, en 1858 enseñó en Munich, en 1871 en Heidelberg y en 1875 en Leipzig. Desde 1880 hasta 1883 formó parte de la primera comisión para el proyecto de Código Civil<sup>50</sup>.

Su tratado de Pandectas (*Lehrbuch des Pandektenrechts*) ha sido considerado como la obra más representativa e influyente de toda la elaboración pandectística. El primer volumen es de 1862, el segundo corresponde al año 1865 y el tercero data de 1870<sup>51</sup>.

Desde el momento de su aparición a esta obra se le reconoció autoridad científica e influyó enormemente en la práctica jurídica. La razón de su oportunidad hay que buscarla, quizá, como apunta Wieacker<sup>52</sup>, en que sirvió perfectamente al fin de suplir la ausencia de una codificación del Derecho privado que respondiese a las necesidades de la sociedad alemana de ese momento histórico. A la inexistencia, asimismo, de un Tribunal Supremo para la confederación germánica que actuase como instancia superior decisoria, y cuyos dictámenes hubiesen podido tener carácter unificador.

De este modo, las Pandectas de Windscheid aunaron en sí la autoridad que más tarde compartirían la ley, la jurisdicción y la ciencia jurídica.

Del tratado de Pandectas de Windscheid se ha dicho, también, que representó la síntesis de toda la elaboración dogmática precedente y de todas las investigaciones históricas y exegéticas de la nueva tradición romanística<sup>53</sup>, una verdadera *summa* del saber pandectístico. Windscheid

50 Vid. R. STINTZING/E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, pp. 854 y ss.; A. MAZZACANE, “Pandettistica”, *op. cit.*, p. 607; G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

51 La última edición revisada por Windscheid es la séptima y data de 1891 (*vid.* F. WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno...*, *op. cit.*, p. 145). La edición a la que aquí hacemos referencia es la traducción italiana de C. Fadda y P. E. Bensa, a la edición alemana de 1886, comenzada en 1888 en la que se incluyen numerosas notas y referencias al Derecho civil italiano. *Vid.* B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, primera trad. italiana de C. FADDA/E. BENSA, vol. III, parte II, Unione tipografica editrice, Torino, 1930, pp. 512 y ss.

52 *Vid.* F. WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno*, *op. cit.*, p. 145.

53 *Vid.* A. MAZZACANE, “Pandettistica”, *op. cit.*, p. 607.

ha sido considerado, por ello, “un Accursio de la Pandectística alemana del siglo XIX”; sus Pandectas han venido a desempeñar el papel de la *Glossa ordinaria*.

Esta obra gozó de tanto éxito que poco a poco fue sustituyendo a los otros tratados de pandectas y constituyó el punto de referencia para la *praxis* del Derecho civil.

A propósito del tema que aquí analizamos, tratamiento del *legatum debiti*, hay que decir que es el único de los pandectistas estudiados que se desmarca de la sistemática de Puchta y trata del *legatum debiti* (parágrafo 658) entre los tipos de legados pero de forma separada respecto del *liberationis* y *nominis* (parágrafo 657).

De hecho, diferencia legado de obligación, de *legatum debiti*. Expresamente dice que el legado de deuda no es en ningún caso legado de una obligación, sino siempre legado del objeto debido. Por ello, dice, sólo es válido en la medida en que otorgue al legatario alguna ventaja que el crédito no le concedía.

A propósito de la invalidez o no del legado cuando no incorpora ventaja, Windscheid hace referencia a los textos más significativos del Digesto que se ocupan de esta cuestión. Pero no sólo eso, se hace eco de las reflexiones de contemporáneos suyos como Rosshirt, Krüger, Ihering, Hanquet y Hartmann. Recoge, asimismo, la observación de este último acerca de que tal postura de considerar inválido el legado hecho al acreedor que no incorpora ventaja para éste no opera o rige en la práctica alemana. Añade Windscheid un interrogante: ¿Ha sido abrogada por el Derecho consuetudinario?

Se trata de un detalle mínimo pero es indicativo del valor de la obra de Windscheid y sintomático, asimismo, del modo de operar la Pandectística sirviéndose de la historia para hacer Derecho “Derecho científicamente entendido”.

Windscheid, como bien dice Mazzacane<sup>54</sup>, es un profundo conocedor de los pronunciamientos judiciales, de ahí que su interés por el Derecho romano no se circunscriba a un conocimiento histórico de éste, sino que pasa a plantearse en qué medida puede ser aplicado “actualmente”. Windscheid no cultiva un Derecho profesoral, es un práctico.

En este sentido resalta Orestano en referencia a Windscheid que “supo tomar distancia respecto a la relevancia de la historicidad situán-

54 Vid. A. MAZZACANE, “Pandettistica”, *op. cit.* p. 607.

dose como mediador entre la Escuela Histórica y la Escuela Filosófica, reconociendo que, para la jurisprudencia como ciencia práctica, la investigación histórica tiene que considerarse sólo como un medio para un fin, y no ser un fin en sí misma”<sup>55</sup>.

El propio Orestano dice “la función que Windscheid asigna a la ciencia del Derecho es altísima. Parte ésta de la interpretación de las normas, pero después, los conceptos que se deducen de ella tienen que ser desarrollados a través de dos órdenes de operaciones, las analíticas y las constructivas”.

Respecto del *legatum debiti*, Windscheid contempla, también, la postura de Bähr y Ardnts a propósito de la relación entre legado de deuda y reconocimiento de la misma.

Respecto del *legatum dotis*, entiende éste como una modalidad de *legatum debiti*.

#### f) Heinrich Dernburg (1829-1907)

Hijo del abogado, juez, catedrático y miembro de la Corte Suprema de Apelación de Darmstadt, Jacob Heinrich Dernburg. Heinrich Dernburg estudió en Giessen y Berlín donde se doctoró en 1850 con una tesis sobre la *emptio bonorum*. En 1851 fue habilitado en Heidelberg con un trabajo sobre la *hereditatis petitio* cuyas conclusiones se dice que fueron tenidas en cuenta para la elaboración del BGB. En 1854 enseñó como catedrático en Zurich. Inicialmente se dedicó al Derecho romano para, posteriormente, cultivar el Derecho civil prusiano e, incluso, el Derecho mercantil<sup>56</sup>.

Si bien nunca renunció a los principios de la Escuela Histórica, siempre tuvo en cuenta la transformación que el Derecho romano había experimentado a través del *usus modernus*.

Del *legatum debiti* trata Dernburg en el libro III de su tratado de Pandectas<sup>57</sup> junto con el de crédito y liberación en un apartado que engloba a los que él considera legados que tienen por objeto una obligación. De él dice que si bien en Roma se consideraba nulo si no incorporaba alguna

55 Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano, op. cit.*, pp. 292 y ss.

56 E. RUBIO, TORRANO, “Heinrich Dernburg”, *Juristas Universales*, Madrid, vol. III, pp. 392-396.

57 H. DERNBURG, *Pandekten*, 3 vols., Berlín, 1884-1887. La edición que aquí citamos es la primera traducción italiana de F. CICALA a la sexta edición (*Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*), Torino, 1905, pp. 429 y ss.

ventaja para el acreedor, el Derecho común lo considera válido a pesar de ello, pues en cualquier caso es un modo de facilitarle la satisfacción de su derecho. Si la deuda existe, él habla de concurso cumulativo de acciones (y no alternativo como habíamos visto sostenían los juristas romanos).

Como Windscheid, hace alusión al valor del reconocimiento de la deuda en la disposición *mortis causa*, no atribuyéndole a éste más valor que el de prueba indiciaria.

g) Otto Bähr (1817-1895)

De este jurista nos ocupamos en el siguiente capítulo.



## VIII

### A MODO DE CONCLUSIÓN: HISTORIA, CONTINUIDADES Y DISCONTINUIDADES

Iniciábamos este apartado intentando averiguar el modo en que los autores pandectistas habían abordado el estudio de las fuentes jurídicas romanas, y la finalidad que con ello perseguían. Nos proponíamos determinar si el historicismo que había propugnado Savigny se había concretado en un estudio histórico del Derecho romano que hubiese profundizado en la crítica de sus fuentes.

En este intento de aproximarnos al *modus operandi* de la Pandectística, a su método, optamos por averiguar el tratamiento que en sus tratados de pandectas daban estos autores al legado que un deudor hacía a favor de su acreedor en consideración de la deuda que entre ellos existía.

Hemos podido comprobar que carece de sentido dirigirse a los textos de los pandectistas con el propósito de ahondar en el conocimiento del Derecho romano de los romanos, pues su interés por el estudio de este Ordenamiento es sólo instrumental, es el presupuesto para, en palabras del propio Savigny, “determinar, entre todo aquello que rige en el momento presente en Alemania, qué es de verdad de origen romano, así como para eliminar aquello que, pese a tener este mismo origen, esté muerto”. Como se desprende del propio título de la obra de Savigny “Derecho romano actual”, y como muy bien concretaría otro de sus epígonos, Windscheid, “lo que interesa no es cómo el Derecho romano llegó a ser en una determinada época, sino cómo es posible aplicarlo en el momento actual”<sup>1</sup>.

Este propósito condiciona su modo de anticipar preguntas y hacer la exégesis de las fuentes jurídicas romanas.

1 Vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., vol. I, p. 10.

Cuestiones como qué realidad social, política o económica se escondía tras la práctica romana de legar como debido lo que no se debía, no son objeto de su estudio. Primero porque, como ya hemos dicho, su historicismo está orientado al presente; no se trata de historicismo crítico. Esta última función correrá a cargo de otros autores entre los que se encuentran Niehbur, Lenel, Mommsen y Mitteis, entre otros. El respeto por la tradición que defiende la Pandectística lleva implícita la idea de cambio y necesita de una ciencia jurídica que huya del inmovilismo<sup>2</sup>.

En segundo lugar, la pregunta que formulábamos implica una serie de consideraciones de carácter económico- social, normalmente ausentes en los trabajos de los autores pandectistas. En palabras de Wieacker “se tiene la impresión de que estos juristas consideran metodológicamente incorrecto, incluso contrario a la ética, a la objetividad, y a la imparcialidad de la ciencia, no sólo el intento de justificar con intereses sociales y económicos sus construcciones y sus elecciones, sino incluso hablar de éstos”<sup>3</sup>.

No deja de ser sorprendente esta postura si tenemos en cuenta que hablamos de una doctrina jurídica que desarrolla su actividad en el seno de una sociedad que está experimentando profundos cambios, pues vive en plena revolución industrial.

Y de unos juristas que no permanecen ajenos a dichas transformaciones tal y como se desprende de la trayectoria vital y profesional de muchos de ellos. Sabemos que Savigny, en Prusia, fue en 1842 ministro para la legislación, en 1847 accedió al cargo de Presidente del Consejo de Estado prusiano, y en 1861 formó parte de la comisión que elaboraría el Código de Comercio alemán. Además de que su procedencia de una

2 Como ha puesto de manifiesto A. MORA CAÑADA, “Savigny o el jurista contra la ley”, *Història del Pensament jurídic (Curso 1996-1997 dedicat a la memòria del professor Francisco Tomás y Valiente)*, Edició a cura de T. DE MONTAGUT, Publicacions Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 1999, pp. 175-187, quizá la insistencia de Savigny en la defensa de la historicidad del Derecho y la consagración del mismo tal y como ha llegado a ser históricamente, pueda dar una idea de inmovilismo en los planteamientos de la Escuela Histórica. Nada más lejos del planteamiento de Savigny cuyo propósito no es hacer historia sino ciencia jurídica, y quien se sirve de la historia para justificar porqué no ha llegado todavía a Alemania el momento de la codificación.

3 Vid. en este sentido F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale* (Trad. de G. LIBERATI de la versión alemana de 1974 “Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung”), Edizione scientifiche italiane, Napoli, 1983, pp. 84 y ss.

noble familia franca<sup>4</sup>determinó que fuese administrador de un notable patrimonio personal<sup>5</sup>. Puchta en 1844 fue consejero privado del Real Tribunal Superior Prusiano y, en 1845, consejero de Estado y miembro de la Comisión legislativa prusiana<sup>6</sup>. Recordemos cuanto hemos dicho en páginas anteriores acerca de la actividad de Keller como juez en Suiza. Windscheid, entre otras importantes funciones prácticas, integró la comisión encargada de la redacción del BGB. Brinz a partir de 1844 compatibilizó sus actividades académicas con el ejercicio de la abogacía y la política.

Se trata, por tanto de juristas para los que no es apropiada la caracterización de Koschaker, quien dice de ellos que cultivan un Derecho profesoral<sup>7</sup>; que forman parte de un “movimiento académico”, según Wesener<sup>8</sup>.

No es éste el final del recorrido, sino que el fin último de la ciencia jurídica alemana del XIX es sentar las bases “romanísticas” de un nuevo Derecho, y es aquí donde cobra sentido la utilización de las fuentes romanas como presupuesto para la dogmática sobre la que habrá de sustentarse éste. Derecho que, por esto mismo, no es un Derecho creado *ex novo*, sino un “Derecho históricamente entendido”, manifestación del espíritu del pueblo (*Volksgeist*).

Lo hemos visto a propósito de la construcción dogmática de los legados y, más concretamente, de aquellos que tienen por objeto un derecho entre los que la mayoría de estos autores incluyen al *legatum debiti*.

La derivación dogmática de la pandectística podría apreciarse todavía con mayor nitidez en otra figura destacada: Otto Bähr (1829-1907).

4 Vid. G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 270.

5 Vid. F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale...*, op. cit., p. 87.

6 Sobre la biografía, escritos y trascendencia de la obra de Georg Friederich Puchta vid. R. STINTZING/E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halband 2, Text, (Neudruck der Ausgabe München 1910), Scientia Verlag, 1978, pp. 438 y ss.; G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4ª ed. alemana *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* de J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 284; A. MAZZACANE, “Pandettistica”, op. cit., p. 603; R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, op. cit., pp. 284 y ss.

7 Vid. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, op. cit., p. 353.

8 Vid. G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, cit., p. 276.

Autor perteneciente a la segunda generación de los discípulos de Savigny cuya tarea científica se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania. A él se atribuye la identificación entre legado de deuda y reconocimiento de la misma. Lo que equivaldría a otorgar al documento en que se realiza el testamento el valor de título constitutivo. Así se desprende de cuánto dice Windscheid<sup>9</sup>. No obstante, tras la lectura de los argumentos de Bähr, hemos de decir que no extraemos la impresión de que así sea. A diferencia de las conclusiones a las que llega respecto de otros documentos en los que se reconoce una deuda y a los que él atribuye valor constitutivo de la misma (*cautio* de mutuo no impugnada ni mediante *querella* ni *exceptio non numeratae pecuniae*), en este caso no creemos que se desprenda claramente que su intención sea atribuir ese mismo valor constitutivo (ni siquiera medio de prueba privilegiado) al testamento en el que se dispone un legado de deuda<sup>10</sup>.

Para explicar cuanto decimos creemos conveniente referirnos a una investigación previa orientada a comprobar de primera mano en qué se traducía la “historicidad” del método pandectístico. En aquella ocasión nos servimos de otra figura del Derecho romano: la *exceptio non numeratae pecuniae*<sup>11</sup>; mecanismo procesal (siglo III d.C.) relacionado con los préstamos de dinero que se habían formalizado mediante estipulación documentada (*cautio*), y en relación con los que acontecía que el compromiso escrito de restituir la cantidad supuestamente prestada no se veía seguido de la *datio* o entrega. La *exceptio non numeratae pecuniae* servía, según la interpretación tradicional, para que el deudor al que se reclamaba la restitución obligase al acreedor a probar la existencia de entrega de la cantidad prestada o, en último término, que probase la causa de la obligación (“... *compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam*”). La oposición de este mecanismo procesal estuvo sometida desde su aparición en torno al año 215 d.C. a un plazo de prescripción, primero de un año, más tarde de cinco (Diocleciano) y finalmente de dos.

De época del emperador Justiniano data una disposición legisla-

9 B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, primera trad. italiana de C. FADDA-E. BENSA, vol. III, parte II, Unione tipografico editrice, Torino, 1930, pp. 516, n. 3. P. 516, nota 3.

10 O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Civililtische Abhandlung)*, Georg Wigang, Göttingen, 1867, pp. 100-104; pp. 202-206.

11 Vid.C. CARRASCO, “La ‘exceptio non numeratae pecuniae’ en los tratados de pandectas: una aproximación al método de la pandectística y sus resultados...”, cit.

tiva (Inst. 3,21) en virtud de la cual se fijaba un plazo de prescripción de dos años para la *exceptio non numeratae pecuniae*. Transcurrido éste sin haberse hecho uso de la misma, decaía la posibilidad de oponerla en un futuro, así como se hacía imposible impugnar el escrito de ningún otro modo. Así, el documento en el que constaba el compromiso del deudor de devolver la cantidad se hacía incontestable. La presunción de entrega del crédito, hasta ese momento entendida como presunción *iuris tantum*, devenía ficción legal, imposible de rebatir con ningún medio de prueba.

El análisis del modo en que los pandectistas abordaron en sus tratados de pandectas esta figura jurídica del Derecho romano de los romanos (las preguntas que se formularon en relación con la misma, la selección textual y su crítica) nos permitió, como lo ha hecho a propósito del *legatum debiti*, adentrarnos en su particular “sentido de la historicidad”.

Por otra parte, las derivaciones o construcciones que llevaron a cabo algunos de estos autores a través de la generalización de esta concreta previsión justiniana relativa a la fijación de un plazo de prescripción para la *exceptio non numeratae pecuniae*, transcurrido el cual el documento de reconocimiento de deuda devenía incontestable, nos sirvieron para acercarnos a la “vertiente dogmática” de esta corriente doctrinal.

En efecto, ninguno de los autores pandectistas estudiados puso en sus tratados el acento en la singularidad del supuesto de hecho para el que se previó ese mecanismo procesal que es la *exceptio non numeratae pecuniae*, mucho menos se plantearon la posibilidad de su uso en supuestos de hecho distintos del mutuo no seguido de *datio* (si algún autor lo hace, por ejemplo Arndts, quien refiere el supuesto de mutuo inferior al documentado, no expone ninguna justificación al respecto, e incluso el apoyo textual es escaso), tampoco repararon en el hecho de que la mayor parte de las referencias textuales al mismo proviniesen no del Digesto, sino del Código y fuesen, en consecuencia, no detalladas soluciones jurisprudenciales, sino respuestas de los emperadores a consultas concretas que les dirigían los particulares en las que rara vez se mencionaba el supuesto de hecho concreto, ni los argumentos jurídicos que motivaban la decisión imperial.

Ahora bien, sí que todos ellos, llevados por su identificación del Derecho romano con el justiniano, destacan las previsiones de dicho emperador respecto de este mecanismo procesal y, especialmente, aquélla que convierte al documento en que se reconoce la deuda, pasados los dos

años, en inatacable. La causa de dicha obligación se encontraría, a partir de ese momento, no en la entrega efectiva del dinero, sino en el compromiso escrito del deudor que reconoce dicha entrega asumiendo el deber de restituir la cantidad prestada. Se establece la ficción legal de que la *datio* ha acontecido efectivamente, sin que sea posible, como lo era antes de los dos años, contestar esa circunstancia a través de cualquier otro medio de prueba distinto del documento.

Así, su interés por la *exceptio non numeratae pecuniae* no estaba en el hecho de que se tratase de un mecanismo con el que se pudo mejorar la posición procesal de aquellos deudores cuya precaria situación económica les llevó a reconocer por escrito la existencia de un préstamo antes de que se produjese efectivamente la entrega, o a reconocer, incluso, más de lo que habían recibido realmente, respondiendo el excedente a unos intereses abusivos que la abstracción de la *stipulatio* permitía ocultar. La *exceptio non numeratae pecuniae* podría haber servido, asimismo, para hacer que emergiese la verdadera causa existente tras la abstracción funcional del negocio estipulatorio (*stipulatio* de mutuo); tampoco a esta circunstancia hacen mención alguna los autores pandectistas.

En sus tratados ponen el acento en el valor que el documento en que se reconoce una deuda adquiere como fuente de la obligación pasados dos años sin haber sido impugnado. De ahí a hablar del documento como fuente de una obligación hay sólo un paso. Es decir, de ahí a crear una nueva categoría de contratos, o mejor, a resucitar la categoría de los contratos *litteris* que inicialmente el Derecho romano había identificado con los *nomina trascripticia* y categoría que, una vez desaparecidos éstos a finales de la época clásica, había quedado vacía de contenido, hay un paso, y este paso lo va a dar la Pandectística.

Dicho de otro modo, que lejos de ocuparse los pandectistas por el interés práctico que la *exceptio non numeratae pecuniae* pudo tener entre los romanos, e incluso en el Derecho vigente en Alemania en el siglo XIX en orden a los problemas que podían aquejar a las personas que intervenían en negocios de préstamo dinerario (o en otro tipo de negocio que se presentase bajo este aspecto, lo cual era posible por la abstracción de la *stipulatio*), lejos de esto, la atención de los pandectistas va a recaer en el aspecto dogmático. Concretamente orientarán sus investigaciones al campo de las construcciones conceptuales formuladas con fines escolásticos.

A partir de la *exceptio non numeratae pecuniae* y su prescripti-

bilidad muchos de estos autores van a reformular la clásica clasificación gayana de los contratos como clasificación cuatripartita (*verbis, litteris, re, consensu*).

Si bien todos los trabajos de los autores analizados apuntan de una u otra forma (implícita o expresamente)<sup>12</sup> en esta dirección al tratar de la *exceptio non numeratae pecuniae*, el tratado de pandectas en el que más claramente se aprecia esta derivación dogmática a propósito de la *exceptio non numeratae pecuniae* y su prescriptibilidad es el de Alois Brinz<sup>13</sup>.

Lo más llamativo en la obra de Brinz (1820-1887)<sup>14</sup>, es que la exhaustiva información que este autor aporta acerca de la *exceptio non numeratae pecuniae* no la encontramos, como cabría esperar, en el §. 296 de su *Lehrbuch der Pandekten (zweiter Band)* elaborada entre 1860-1871)<sup>15</sup> dedicado al contrato de préstamo como prototipo de contrato real, sino que se encuentra en el apartado que dedica a los contratos literales, entre éstos, el que surge a partir del documento en que se reconoce una deuda (§. 311 “*aus Schuldschein*”).

Este autor claramente se está sirviendo de un instrumento que le brinda el Ordenamiento jurídico romano (la prescriptible *exceptio non numeratae pecuniae* vinculada al documento en que se deja constancia de un préstamo) para hacer dogmática.

Brinz no se queda en la relación entre *exceptio non numeratae pecuniae* y posible carácter constitutivo del documento en el que se reconocía una deuda derivada de préstamo o mutuo cuando transcurre el plazo establecido sin que el documento haya sido impugnado, sino que directamente establece la conexión entre *exceptio non numeratae pecuniae*/clasificación de los contratos, e introduce en la sistemática de su obra, junto con la categoría de los contratos reales, verbales y consensuales, la

12 Vid. §. 298 de las Pandectas de Keller que viene precisamente encabezado por Inst. 3,21 (De litterarum obligatione).

13 Autor al que Wesener/Wesenberg califican de genial y de singular personalidad, que procede siempre basándose en una elaboración propia de las fuentes, y en cuya obra se percibe, como decimos, una clara tendencia a abordar el estudio de las fuentes jurídicas romanas como presupuesto para la dogmática G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 289.

14 Vid. R. STINTZING/E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 842 y ss.

15 A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* (zweiter Band), Verlag von Andreas Deichert, 1882, pp. 567 y ss.

categoría de los contratos literales. Es en relación con éstos últimos donde se refiere a la *exceptio non numeratae pecuniae* y a sus singularidades probatorias y plazo de prescripción.

Ahora bien, si se trata de resaltar el modo en que los autores pandectistas dirigen su mirada al Derecho romano con la finalidad de servirse del mismo para llevar a cabo sus particulares creaciones dogmáticas, centrando por tanto su atención en aquellos aspectos de dicha normativa que le sirven a este fin, el mejor ejemplo está en la construcción de la promesa y el reconocimiento documentado de deuda realizada por el también pandectista Otto Bähr<sup>16</sup>; un “*Praktiker*” del Derecho, como lo denominan Wesener/Wesenberg<sup>17</sup>.

Hijo de médico militar. Comenzó sus estudios en Marburgo en 1834 y los continuó en Gotinga. En 1848 fue designado miembro de una comisión que debía elaborar el proyecto de una ley de enjuiciamiento civil. En 1849 fue nombrado juez en Kassel; a partir de 1867 en Berlín, en el Tribunal Superior de Apelación. En 1879 es juez del Tribunal del Reich. Miembro del Parlamento de Alemania del Norte, del Reichstag y del Congreso prusiano. De 1873 a 1887 fue coeditor de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (tomos 12-25)<sup>18</sup>.

Bähr va a destacar porque, sin renunciar en absoluto al historicismo, ya que parte de las fuentes jurídicas romanas y a ellas permanece fiel durante todo el desarrollo de su doctrina, es capaz de ver en ellas algo más que un precedente respecto del que haya que determinar el sentido o no de su vigencia actual. El trabajo de Bähr pone de manifiesto que es posible dar un paso más y utilizar ese precedente por su *auctoritas* científica. Autoridad que permite a partir de él proceder a nuevas construcciones jurídicas. Como si el respaldo ofrecido por el Derecho romano aumentase el valor intrínseco de las propias construcciones conceptuales; como si no se

16 Sobre Otto Bähr vid. R. STINTZING/E. LANSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 639 y ss.

17 Vid. G. WESENBERG/G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, cit., p. 289. Asimismo, F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale...*, cit., p. 87.

18 J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Otto Bähr”, *Juristas Universales*, vol. III, pp. 296-298.

concibiese otra forma de hacer Derecho que no consistiese en un Derecho **históricamente entendido**<sup>19</sup>.

En este sentido Bähr es un significado representante de, en palabras de Cappellini<sup>20</sup>, el filón de “pandectistas prácticos” que comienza a perfilarse a partir de los años cincuenta del Ochocientos entre cuyas funciones se encuentra la de sondear a fondo la naturaleza del Derecho vigente. Para lo cual, dice Cappellini, es indispensable “dominar una masa casi ilimitada de erudiciones anticuarias, pero sin perder de vista que la verdadera ciencia del Derecho ha de tender a una aplicación directa e inmediata de éste (‘die echte Wissenschaft des Rechtes Hat es immer nur mit dem Unmittelbar anzuwendenden zu tun’)<sup>21</sup>”.

En la singular construcción dogmática llevada a cabo por Bähr confluyen, pues, dos circunstancias: su condición de jurista práctico que le hace percibir la necesidad que la sociedad de su tiempo presenta de independizar las promesas obligatorias de su causa jurídica, para facilitar con ello el tráfico crediticio. Por otra parte, su procedencia de la Escuela Histórica del Derecho, con la carga de respeto por la historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos que ello comporta.

Efectivamente, en el seno de una sociedad fuertemente mercantilizada como era la de Alemania en 1850, se hacía necesario dotar al Ordenamiento jurídico de mecanismos que permitiesen escindir la obligación del fin objetivo típico que le servía de fundamento. Este tipo de obligación que podríamos llamar “abstracta desde el punto de vista funcional”, contribuía a agilizar el tráfico mercantil, pues exoneraba al acreedor de la prueba de la causa en el momento de hacer exigible la obligación (“abstracción procesal”), así como mejoraba su posición en la medida en que sólo podían oponérsele las excepciones derivadas de la validez del título, y no las objeciones relativas a la causa (negocio subyacente).

19 Esta idea aparece referida por G. G. ARCHI, “Due riflessioni per una rilettura di Savigny”, *Quaderni fiorentini*, 9 (1980), pp. 369 y ss. A propósito del trabajo de Savigny acerca de la posesión publicado en 1802 (*Recht des Besitzes*) dice Archi: “*Io scritto non intendeva illustrare la storia del possesso entro il diritto romano. Savigny non aveva inteso scrivere un’opera di storia del diritto, ma aveva voluto elaborare diritto storicamente inteso*”. La misma afirmación entendemos que es aplicable al trabajo de Otto Bähr.

20 P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. II “Dal sistema alla teoria generale”, Milano, Giuffrè Editore, pp. 110 y ss.

21 Son éstas palabras literales que P. CAPPELLINI extrae de J. A. SEUFFERT, *Civilistische Erörterungen. Ein Programm*, Würzburg, 1820, p. 7.

La clave para dar respuesta a esta necesidad se la da a Bähr su profundo conocimiento del Derecho romano, y a él va a acudir como argumento de autoridad para apoyar su singular construcción científica (promesa documentada de deuda relativa a dinero y otras cosas fungibles, y reconocimiento de deuda emitido con base en una liquidación). Construcciones dogmáticas de las que se hará eco el Código Civil Alemán (§§. 780 y 781 BGB)<sup>22</sup>.

22 La promesa y el reconocimiento de deuda suelen referirse a prestaciones pecuniarias, si bien pueden concluirse también sobre prestaciones de otra índole. La promesa de deuda es un contrato que contiene una promesa de prestación independiente, es decir, que no recoge la causa de la obligación. Generalmente existe un convenio sobre la causa de la obligación, pero no forma parte del contrato, sino que, de acuerdo con la voluntad de las partes, el contrato está escindido, abstraído del convenio causal. En la mayoría de los casos la promesa de deuda tiende a dar seguridad contra toda duda, a facilitar la fundamentación de la demanda y, consiguientemente, la prueba, si bien puede servir a otros fines como para la novación o para la constitución de obligaciones entre personas vinculadas por relaciones no causales. El reconocimiento de deuda es el contrato por el cual se reconoce una deuda en el sentido de querer considerarla como existente contra el que la reconoce. El reconocimiento de una deuda puede tener lugar con distinto sentido: puede tener como objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba, o para comprometerse a no exigir a la otra parte prueba alguna de la deuda. *Vid.* L. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones, vol. II, Doctrina especial, 2ª parte*, decimoquinta revisión por H. LEHMANN, 3ª ed., Barcelona, Casa editorial Bosch, 1947 (Trad. española con anotaciones de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER por FERRANDIS VILELLA, J).

En lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere, hay que decir, que nuestro código no contiene una regulación específica de los contratos abstractos de promesa y reconocimiento de deuda, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo su posible existencia a partir del art. 1277 en el que se sanciona la eficacia de todo contrato aun cuando en éste no se exprese la causa que, en todo caso, se presume existente. Así, la doctrina sobre el reconocimiento de deuda es, en gran parte jurisprudencial. Admitida la posibilidad del reconocimiento de deuda como negocio jurídico atípico al amparo del principio de autonomía contractual (art. 1255), se le somete, rigurosamente, a las reglas de todos los negocios, particularmente, del contrato. Sólo así se permite la entrada, con eficacia obligatoria y vinculante, al mismo. *Vid.* M. C. GETE-ALONSO y CALERA, "Reconocimiento de deuda -Derecho civil-", *Enciclopedia jurídica civitas*, tomo IV, pp. 5501 y ss. Según esta autora, por reconocimiento de deuda hay que entender la admisión por parte de la posición jurídica pasiva de la relación obligatoria (el deudor), de la existencia del deber jurídico de la prestación (la obligación). Entendido en sentido amplio el reconocimiento es el medio que sirve para identificar una relación jurídica y puede utilizarse para distintas finalidades (renunciar, transigir, novar o interrumpir la prescripción). En sentido

En efecto, el Ordenamiento jurídico romano había conseguido esa finalidad de desligar las atribuciones patrimoniales de su causa a través de la *stipulatio*; contrato solemne y verbal que se caracterizaba por su “abstracción funcional”, dada la ausencia de indicación de la causa que motivaba el nacimiento de la obligación. Lo que hacía, por otra parte, que la estipulación sirviese de cobertura a cualquier causa. Negocio abstracto, asimismo, desde el punto de vista procesal, pues no era preciso que el acreedor probase la existencia de la causa para hacer exigible la obligación. Bastaba la prueba de concurrencia de la promesa y su emisión conforme a las formalidades exigidas (en un principio formalidades verbales: *¿spondenes mihi x dare? - Spondeo*). Incluso negocio abstracto desde el punto de vista material, ya que en una primera época de la historia del Derecho romano, cuando el formalismo imperante hacía de los *verba* una formalidad *dat esse rei*, la validez del negocio estipulatorio era independiente de la existencia y validez de una causa jurídica. La concurrencia de las palabras solemnes hacía nacer por sí misma el vínculo obligatorio.

Ahora bien, la *stipulatio* experimentó a lo largo de las distintas épocas del Derecho romano importantes cambios. Cambios que afectaron tanto a su forma como a su contenido. Así, el negocio que inicialmente había sido verbal y del que sólo con la finalidad de facilitar su prueba en un momento posterior se solía dejar constancia escrita (*cautio stipulatoria*), se convirtió en un negocio en el que el documento llegó a sustituir en la práctica totalmente a la ceremonia verbal, y ello a través de la argucia de incluir en él una cláusula (“*et stipulatus spondi*”) por medio de la cual se quería significar la celebración de un rito verbal que, aunque necesario según el Derecho romano, en realidad no había tenido lugar. Esto en lo que a forma se refiere, ahora bien, también en cuanto al contenido experimentó cambios la *stipulatio*, ya que el negocio que inicialmente se entendía abstracto, pues la causa, cualquiera que fuese, lícita o no, verdadera o ficticia, existente o inexistente, no afectaba a la validez del vínculo -lo que hacía nacer el vínculo era el intercambio de pregunta y respuesta solemne-, se convirtió en eventualmente abstracto, pues se hizo posible que el deudor invocase a la causa de la obligación, primero con la *exceptio*

estricto el reconocimiento es el acto jurídico voluntario, causado, llevado a cabo por quien está obligado en una relación obligatoria preexistente, válida y no extinguida, a través del cual se determina aquélla y en el que se persigue la creación de un nuevo vínculo obligatorio que actúe como garantía (refuerzo) de la misma, sin modificarla ni novarla.

*doli*, asumiendo él la carga de la prueba, más tarde (a partir del siglo III d.C.) con la *exceptio non numeratae pecuniae*, excepción que, invirtiendo el tradicional *onus probandi*, hacía recaer la prueba sobre el acreedor.

El seguimiento de esas transformaciones experimentadas por la *stipulatio* que de contrato verbal pasó a ser, al menos en la práctica, un contrato escrito (aunque esta transformación de la estipulación de *obligatio verbis a obligatio litteris* nunca fue objeto de sanción legislativa). Y, sobre todo, la previsión del emperador Justiniano según la cual la posibilidad de oponerse el deudor a la reclamación del acreedor por la inexistencia o invalidez de la causa con la *exceptio non numeratae pecuniae*, está limitada en el tiempo, de modo que no habiendo sido impugnado el documento en el que se reconoce la deuda en el plazo establecido (dos años), decae definitivamente la posibilidad de contestar su contenido (imposible alegar la *exceptio non numeratae pecuniae* ni tampoco la *exceptio doli*), adquiriendo dicho escrito valor constitutivo de la obligación. A partir de estas transformaciones, decimos, Otto Bähr va a idear dos mecanismos jurídicos como el reconocimiento documentado de deuda emitido con base en una liquidación, y el documento abstracto de deuda relativo a dinero y otras cosas fungibles. En ambos casos se trata de modos abstractos de obligarse, en virtud de los cuales el deudor, que reconoció la deuda por escrito, ha de pagar en todo caso. Eso sí, sin perjuicio de que en otro procedimiento pueda repetir a través de la *condictio indebiti*, siempre y cuando pueda probar que la atribución patrimonial carece de causa, o que ésta estaba de algún modo viciada (principio *solve et repete*).

Prueba de lo que decimos es el índice de la obra de Otto Bähr *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*<sup>23</sup> cuya primera edición data de 1855, si bien la versión que aquí reproducimos es de 1867. En ella se procede a la construcción dogmática del reconocimiento y promesa de deuda, pero sirviéndose del precedente que ofrece el Derecho romano como Derecho histórico: historicismo y dogmática.

Así, la mencionada obra se compone de dos partes: una primera dedicada al Derecho romano (*erster Teil -römischen Grundlagen-*), y una segunda al Derecho “Actual” (*zweiter Teil -heutiges Recht-*). A éstas se suma una *addenda* (Anhang) que contiene un detenido estudio sobre la *exceptio non numeratae pecuniae* de los romanos, planteándose respecto

23 Vid. O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Civililtische Abhandlung)*, Georg Wigang, Göttingen, 1867.

de ella todas aquellas cuestiones relativas a cómo, cuándo y por qué de su aparición, cuestiones que habíamos visto estaban ausentes en el resto de los tratados de pandectas.

En la primera parte de la obra se procede al análisis de las transformaciones experimentadas por la *stipulatio* a lo largo de seis capítulos (*Charakter der Stipulation, Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa, Einfluss der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation, Der Stipulation verwandte Rechtsgeschäfte, Verbergang der Stipulation in die Schuldurkunde, Ansechtung der Urkunde*). En la segunda se trata de los documentos de reconocimiento de deuda en el Derecho alemán en el momento en que Bähr escribe (*Natur der heutigen Verträge, Der Anerkennungsvertrag, Die Anerkennung als Grund der Ausschliessung einer Exception, Die Anerkennung in anderen als obligatorischen Beziehungen, Formen des Anerkennungsvertrag*).

De esta construcción dogmática relativa al reconocimiento y promesa abstracta de deuda a la que procede Otto Bähr tomando como base las fuentes romanas queda constancia en los protocolos de la segunda comisión encargada de elaborar el BGB<sup>24</sup>, pues en la misma se ve la respuesta a la acuciente necesidad de configurar una pretensión del acreedor fácilmente realizable y, a la vez, transmisible a terceros. Terceros adquirentes que tienen la seguridad de que al actuar con base a dicho título no se les pueden oponer excepciones relativas al negocio subyacente.

En nuestra opinión, lo dicho acerca del valor constitutivo del documento en que se reconoce un préstamo; no es extrapolable a otro tipo de documentos como aquellos en que queda constancia de disposiciones *mortis causa* como el testamento. En nuestro caso el testamento en el que se dispone un legado a favor del propio acreedor en consideración de la deuda existente.

Concluimos este estudio afirmando que después de analizar la construcción científica llevada a cabo por Otto Bähr creemos que cobra pleno sentido la afirmación de Orestano para quien la denominación de la ciencia jurídica alemana del XIX como *Rechtswissenschaft* no es casual ni gratuita, sino que está en consonancia con el particular quehacer de esta corriente científica, con su función que no es otra que la de hacer Derecho científicamente entendido<sup>25</sup>.

24 Vid. F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale...*, cit., 98 (n. 45).

25 Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano*, op. cit., pp. 259 y ss.

En este sentido, dice Orestano, la sustitución de los términos *Jurisprudenz*, *Rechtsklugheit*, *Rechtsgelehrsamkeit*, *Rechtsgelehrtheit* (correspondientes a doctrina, conocimiento, aprendizaje) por el de *Rechtswissenschaft* para hacer alusión a la ciencia jurídica alemana que partiendo del *usus modernus Pandectarum* tiene en el *Corpus Iuris* justiniano su eje conductor, no es casual, “ni responde al deseo de enriquecer una terminología ya abundante”. Responde a la necesidad de identificar a esta escuela de pensamiento con el que es su verdadero cometido y el que la distingue de otras, cometido que no es sólo el de saber o conocer, sino “conocer científicamente”. Visión histórica unida a sentido sistemático o filosófico.

Si tras el estudio realizado tanto respecto del *legatum debiti* como de la *exceptio non numeratae pecuniae* nos viésemos compelidos a reducir la definición de la Pandectística a una fórmula, podríamos decir que esta se compone de tres ingredientes: estudio del Derecho romano justiniano, desde una perspectiva actual y persiguiendo un ‘conocimiento científico’.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN VELASCO, M., “Notas para el estudio del fideicomiso tácito y su regulación”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 70, 1983, pp. 119-128.
- ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol. 1, Artículos 858-891. *Vid. art. 873*, pp. 239-249.
- AMATUCCI, A. G., “Augusto negli scrittori del suo tempo”, *Conferenze Augustee nel bimillenario della nascita*, Milano, 1939, pp. 39-62.
- ARANGIO RUIZ, V., “La legislazione”, *Augustus. Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma, 1938, pp. 101-146.
- ARIAS RAMOS, J., “Fideicomisos y leyes caducarias”, *Revista de Derecho Privado* 24 (1940), pp. 153-164.
- ARNDTS, K. L., *Trattato delle Pandette*, vol. III, Bologna, 1875.
- ASTOLFI, R., *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*, vol. II, Padova, 1969.
- ASTOLFI, R., *Lex Iulia et Papia*, Padova, Cedam, 1970.
- ASTOLFI, R., “Note per una valutazione storica della “Lex Iulia et Papia”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1973, pp. 187-238.
- BÄHR, O., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Civilistische Abhandlung)*, Georg Wigang, Göttingen, 1867.
- BALDUS, CH./WACKE, A., “Frankfurt locuta, Europa finita? Zur Reinen Rechtsgeschichtslehre in Band 12, 1993, des Rechtshistorischen Journals (RJ) und zu anderen Zweifeln am Gegenwartswert des Römischen Rechts”, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR)* 17 (1995), pp. 283-292.
- BEHREND, O., *Die fraus legis. Zum Gegensatz von Wortlaut und Sinngebung in der römischen Gesetzesinterpretation*, Göttingen, 1982.

- BERNASCONI, S., “Il legato di debito nel diritto romano”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 42 (1976), pp. 23-98.
- BIONDI, B., “La legislazione di Augusto”, *Conferenze Augustee nel bimillenario della nascita*, Milano, 1939, pp. 139-162
- BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, (trad. de M. FAIRÉN de la versión originaria *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955).
- BRÉJON, J., “Fraus legis”, I, *Travaux juridiques de l'Université de Rennes* 17 (1941), pp.28-149; 18 (1954), pp.1-94.
- BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten*, Dritter Band, 1886.
- BUENO SALINAS, M., “Fraus legi: un estudio sobre D. 1,3,29 (Paul. Ad Leg. Cin.)”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, LXII, 1996, pp. 139-233.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., “Tradizione romanistica e metodo storico-giuridico. I fondamenti storici di un diritto comune europeo”, *Index. Quaderni camerti de studi romanistici* 30 (2002), 163-182.
- CARONI, P., *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel/Genf/München, 2005.
- CARONI, P., “Una ‘Historia’ para después del Código”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, vol. 9 (2006), pp. 297-318 (trad. de la versión italiana de M. MARTÍNEZ NEIRA).
- CARONI, P., *La soledad del historiador del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid, 2010 (trad. de la versión italiana de A. MORA CAÑADA/M. MARTÍNEZ NEIRA).
- CARRASCO, C., *Supuestos de hecho de la “exceptio non numeratae pecuniae” en el Derecho romano*, Madrid, 2000.
- CARRASCO, C., “La *exceptio non numeratae pecuniae* en los tratados de pandectas: una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados”, *LABEO. Rassegna i Diritto romano*, Napoli, vol. 49 (maggio-agosto 2003) pp. 160-194 (también en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXIII, pp. 425-457).
- CUENA, F., “La investigación de Derecho romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular”, *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 70, Universidade de Coimbra, 2003, pp. 129-149.
- CUENA, F., “Derecho romano y dogmática”, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, 9 (2006), pp. 319-342.

- CUENA, F., “El Derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción del nuevo Derecho común europeo (y extraeuropeo)” en *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, pp. 265-288.
- DAUBE, D., “The lex Fufia Caninia and King Arthur”, *Collected studies in roman Law*, 2, Frankfurt am Main, 1991, pp. 1083-1085.
- DE SARLO, L., *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Florencia, 1935.
- DEMOLOMBE, C., *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, tomo IV, París, 1872.
- DERNBURG, H., *Pandekten*, 3 vols., Berlín, 1884-1887. La edición que aquí citamos es la primera traducción italiana de F. CICALA a la sexta edición (Diritto di famiglia e diritto dell’eredità), Torino, 1905.
- DI SALVO, S., “Legatum debiti’ e riconoscimento dell’obbligazione”, *Fides, Humanitas, Ius: Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, pp. 1531-1542.
- DONATUTI, G., *Falsa demonstratio non nocet*, Studi in onore di S. Perozzi, Palermo, 1925.
- F. PASTOR RIDRUEJO, Reconocimiento y legado de deuda, *Estudios de Derecho público y privado*, Valladolid, pp. 707-733.
- FADDA, C., *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli, 1900.
- FALK, U., “Bernhard Windscheid”, *Juristas universales*, vol. III, Madrid, 2004, pp. 291-294.
- FASCIONE, L., *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., “Tradición e innovación en el desarrollo normativo del Derecho sucesorio romano”, *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 88, Coimbra.
- FERRINI, C., *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Roma, 1976 (reimpresión de la edición de 1889).
- FERRINI, V., *I commentarii di Ulpiano e di Paulo ad legem iuliam et papiam*, Operae, Milano, 1929 vol. II, pp. 236-250.
- FIORAVANTI, M., “El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad*, 9 (2006), pp. 343-351.

- FORZIERI VANNUCCHI, O., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano, 1973.
- FRASCHETTI, A., *Augusto*, Laterza, Roma/Bari, 2004.
- GODOFFREDO, J., *Fontes quattor iuris civilis*, Ginebra, 1726.
- GONZÁLEZ VICEN, F., “La Escuela histórica del Derecho”, *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XXI, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 18-19, Granada, 1978-1979.
- GROSSO, G., *Sulla ‘falsa demonstratio’ nelle disposizioni d’ultima volontà*, Studi Bonfante, vol. II, Milano, 1930, pp. 185-216.
- GROSSO, G., *I legati nel diritto romano*, Torino, 1960.
- GUARINO, A., “Il secolo breve della giusromanistica contemporanea”, *Seminarios complutenses de Derecho romano 1997-1998*, IX y X, pp. 33-44.
- HEINECIO, J., *Ad legem Iuliam en Papiam Poppaeam commentatio*, 1726; 2º ed. 1741. 3ª ed., 1767.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Algunas consideraciones en torno al legado de deuda”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, Valencia, 2006, pp. 1663-1672.
- IMPALLOMENI, G., “Pandettistica”, *NNDI*, pp. 350-353.
- JÖRS, P., “Über das Verhältniss der lex Iulia de maritandis ordinibus zur les Papia Poppaea” (1882) y “Ehegesetze des Augustus” (1894) *Festschrift Th. Mommsen zum funfzigjährigen Doktorjubiläum*.
- KELLER, F. L., *Pandekten*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861.
- KOSCHAKER, P., *Europa y el derecho romano*, Madrid, 1955 (Trad. del alemán de J. SANTA CRUZ TELJEIRO).
- KRÜGER, H./KASER, M., “Fraus”, *SZ* 63 (1943), pp.117-174.
- LENEL, O., *Palingenesia iuris civilis*, Graz, 1960.
- MANTOVANI, D., *Il CD-Rom BIA: note sull’uso e l’architettura del sistema*, Index. Quaderni camerti di studi romanistici 24 (1996), pp. 598-612.
- MANTOVANI, D., *Le formule del proceso privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999.
- MANTOVANI, D., “El Derecho romano después de Europa. La Historia jurídica para la formación del jurista ciudadano europeo” (trad. de la versión italiana de C. CARRASCO), *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, vol. 9 (2006), pp. 353-386.
- MARINA, J. A., *Por qué soy cristiano*, Barcelona, 2006.

- MAYER-MALY, T./DOMINGO, R., “George Friedrich Puchta”, *Juristas Universales*, vol. III, Madrid, 2004, pp. 390-396.
- MAZZACANE, A., “Pandettistica”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, pp. 592-608.
- MAZZACANE, A., “Savigny e la storiografia giuridica. Tra storia e sistema”, *Scritti in onore di Salvatore Pugliati*, vol. IV, Milán, 1978, pp. 515-557.
- MAZZACANE, A., “Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 9 (1980), Milán, 1981, pp. 217-244.
- MAZZACANE, A., “Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto commune europeo”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29 (2001), 97-111.
- MIQUEL, J., *Historia del Derecho romano*, Barcelona, 1990.
- NARDI, E., *I casi d'indignità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937.
- NARDI, E., “Sui divieti matrimoniali delle leggi Augustee”, *SDHI*, 1941, pp. 112-146.
- NEFF, P., *Beiträge zur Lehre von der fraus legi in den Digesten*, Stuttgart, 1895.
- ORESTANO, R., *Introducción al estudio del Derecho romano*, Madrid, 1997 (trad. de la versión italiana de M. ABELLÁN VELASCO).
- ORS, A. D', *Derecho privado romano*, Pamplona, 2006.
- ORS, X. D', *Presupuestos programáticos para el estudio del Derecho romano*, Santiago de Compostela, 1979.
- OSSORIO SERRANO, J. M., “Comentario al artículo 873 del Código Civil”, *Comentarios del Código Civil. I Ministerio de Justicia*, vol. I, pp. 2132 y ss.
- OSSORIO SERRANO, J. M., El legado de deuda, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVIII, fascículo IV, 1985, pp. 941-977.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., El Derecho romano y la formación de un futuro Derecho Europeo, *Actas X Congreso Internacional y XIII Congreso Iberoamericano de Derecho romano*, Toledo, 2008.
- PFÄFF, I., *Zur Lehre vom sogenannten in fraudem legis agere*, Wien, 1892.
- PROVERA, G., *La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Torino, 1964.
- PUCHTA, F., *Pandekten* (Fünfte vermehrte Auflage von D. U. RUDORF), Leipzig, 1850.

- ROSA, P. DE LA, “Algunos aspectos de la *Lex Falcidia*”, *Estudios homenaje al Profesor Francisco Hernández-Tejero*, vol. II, pp. 111-121.
- ROTONDI, G., *Gli atti in frode alla legge nella dottirna romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911.
- ROTONDI, G., *Ancora sulla genesi della teoria della fraus legi*, BIDR 25 (1912), pp. 221-225.
- ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milán, 1922.
- SANTALUCIA, B., *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964.
- SCHIAVONE, A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.
- SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, p. 302 (trad. de J. SANTA CRUZ TEIGEIRO de la versión original *Classical roman Law*, Oxford, 1951).
- SCHULZ, F., *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968 (Trad. de G. NOCERA de la versión *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953).
- SCHULZE, R., “European Legal History. A New Field of Research in Germany”, *The Journal of Legal History* 13 (1992), pp. 270-295.
- SIXTO, M., “Alois (Aloys) von Brinz”, *Juristas Universales*, vol. III, pp. 320-322.
- SOLAZZI, S., “Glossemi nelle fonti giuridiche romane”, *Scritti di diritto romano*, IV 1938-1947, Napoli, 1963, pp. 181-275.
- SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Casta domus*, Napoli, 2010.
- STINTZING, R./LANDSBERG, E., *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halband 2, Text, (Neudruck der Ausgabe München 1910), 1978.
- TALAMANCA, M., “Intorno ad una recente hipótesis sulla *liberatio legata*”, *Studi Economico-Giuridici. Facoltà Giurisprudenza Università di Cagliari*, 44 (1966), pp. 629-691.
- TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-“ius commune”-derecho europeo*, Madrid, 2007.
- VACCA, L., *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatista*, Milano, 1992.
- VÁZNÝ, J., *Naturalis obligatio*, Studi Bonfante, vol. IV, Milano, 1930, pp. 131-180.
- VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. 2, Milano, 1963.

- VOCI, P., *Legato*, Enciclopedia del diritto, vol. XXIII, pp. 707-719.
- WATSON, A., *Roman Law and Comparative Law*, Athens, Georgia, 1991.
- WESENBERG G./WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4<sup>a</sup> ed. alemana *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* de J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, Valladolid, 1998.
- WIEACKER, F., *Storia del Diritto privato moderno (con particolare riguardo alla Germania)*, vol. II, Milano, 1980 (Trad. italiana de U. SANTARELLI/S. FUSCO).
- WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, primera trad. italiana de C. FADDA/E. BENZA, vol. III, parte II, Unione tipografico editrice, Torino, 1930.
- ZIMMERMANN, R., “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischen Rechtseinheit”, *Juristen Zeitung* 47 (1992).
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1992.
- ZIMMERMANN, R., *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000.



## APÉNDICE DOCUMENTAL

### 1. D. 33,4,6,pr. *Labeo, libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum*

*Cum scriptum esset: 'quae pecunia propter uxorem meam ad me venit quinquaginta, tantundem pro ea dote heres meus dato', quamvis quadraginta dotis fuissent, tamen quinquaginta debere Alfenus Varus Servium respondisse scribit, qui proposita summa quinquaginta adiecta sit.*

Habiéndose escrito: 'en lugar de la dote de cincuenta, que por causa de mi mujer vino a mi poder en dinero, dé mi heredero otro tanto'. Escribe Alfeno Varo que respondió Servio, que aunque hubiesen sido cuarenta los de la dote, se deben, sin embargo, los cincuenta, porque se añadió la expresada suma de cincuenta.

---

### 2. D. 35,1,40,3 *Iavolenus, libro secundo ex posterioribus Labeonis*

*Dominus servo aureos quinque legaverat: 'heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato'; nihil servo legatum esse, Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.*

Un *dominus* había legado cinco áureos a su esclavo: “dele mi heredero a Estico, mi esclavo, que dispuse en el testamento que fuese libre, los cinco áureos que en mis libros le debo”; escribe Namusa que respondió Servio, que nada se le legó al esclavo, porque el señor no habría podido deberle nada al esclavo. Yo opino que, conforme a la intención del testador, se ha de atender más a una deuda natural, que a una civil, y este derecho observamos.

---

3. D. 35,1,40,4 *Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*

*Qui dotalem fundum nullum habebat, ita legaverat: 'fundum Cornelianum, quem illa mihi doti dedit, ei heres dato'. Labeo, Ofilius, Trebatius responderunt fundum nihilo minus legatum esse, quia, cum fundus Cornelianus in rerum natura sit, demonstratio falsa legatum non peremit.*

Uno, que no tenía ningún fundo dotal, había legado así: 'dele mi heredero el fundo Corneliano que ella me dio en dote'. Labeón, Ofilio y Trabacio respondieron que, esto no obstatne, fue legado el fundo porque existiendo realmente el fundo Corneliano, la falsa designación no invalida el legado.

---

4. D. 30,84,2 *Iulianus libro trigésimo tertio digestorum*

*Si Sempronius Titium heredem instituerit et ab eo post biennium fundum dari iusserit Maevio, Titius deinde ab herede suo eundem fundum Maevio praesenti die legaverit et Maevius pretium fundi ab herede Titii acceperit: si ex testamento Sempronii fundum petere velit, exceptione repelli poterit si pretio fundi contentus non erit.*

Si Sempronio hubiere instituido heredero a Ticio, y mandado que por éste se le dé un fundo a Mevio después de dos años, y luego Ticio le hubiese legado de presente a Mevio el mismo fundo a cargo de su heredero, y Mevio hubiere recibido del heredero de Ticio el precio del fundo; si quisiera pedir el fundo en virtud del testamento de Sempronio, podrá ser repelido con excepción si no se hubiere contentado con el precio del fundo.

---

5. D. 34,3,11 *Iulianus libro trigésimo sexto digestorum*

*Si debitor fideiussorem suum ab herede suo liberari iusserit, an fideiussor liberari debeat? respondi debere. item quaesitum est, an, quia mandati actione heredes tenerentur, inutile legatum esset, quemadmodum inutile legatum est quod debitor creditori suo legat. respondi, quotiens debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione. nam et si Titius mandaverit Maevio, ut pecuniam promitteret, deinde liberari eum iusserit a stipulatore, manifestum est, quantum intersit promissoris liberari potius quam praestare ex stipulatu, deinde mandati agere.*

Si el deudor hubiere mandado que por su heredero sea liberado su fiador, ¿deberá ser liberado el fiador? Respondió que debía. También se preguntó si porque los herederos estarían obligados con la acción de mandato, es inútil el legado que el deudor lega a su acreedor. Respondió que siempre que el deudor legase a su propio acreedor era inútil el legado si nada le interesase al acreedor reclamar por el testamento más bien que en virtud de la primitiva obligación; porque también si Ticio le hubiere mandado a Mevio que prometiese dinero, y luego hubiere dispuesto que él quedase liberado por el estipulador, es evidente cuánto le interesa al que prometió ser liberado más bien que dar en virtud de lo estipulado, y que ejercitar después la acción de mandato.

---

#### 6. D. 34,3,13 *Iulianus libro octagesimo primo digestorum*

*Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. at si idem debitor creditori legaverit, intellegendum erit exceptionem eum remitti creditori voluisse.*

Si a un deudor que se podía amparar con excepción perpetua, le hubiere legado el acreedor lo que le debiese, el legado será de ningún valor. Mas, si el mismo deudor le hubiere legado al acreedor, se habrá de entender que quiso que se le remitiera al acreedor la excepción.

---

7. D. 34,3,4 *Pomponius libro séptimo ex Plautio* (nota: los compiladores lo sitúan a continuación de un texto de Ulpiano D. 34,3,3,5 relativo al legado que un tercero hace en consideración del deudor).

*Quid ergo est, cum agere poterit creditor ex testamento? non aliter heres condemnari debebit, quam si caveatur ei adversus debitorem defensu iri. Ítem agente debitore nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat.*

¿Qué se dirá, pues, cuando el acreedor pudiere ejercitar la acción del testamento? Que el heredero no deberá ser condenado de otra suerte, sino si se le diera caución de que habrá de ser defendido contra el deudor. Asimismo, ejercitando la acción el deudor, el heredero no debe responder de nada más, sino de que lo defenderá contra el acreedor.

---

8. D. 30,69,2 *Gaius libro secundo de legatis ad edictum praetoris*

*Si testator quosdam ex heredibus iusserit aes alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri. Nec solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dari iussit, sed alio quoque, veluti si filiae nomine genero aut sponso dotem dari iusserit; non enim gener aut sponus, sed filia habet actionem, cuius maxime interest indotatam non esse.*

Si el testador hubiere mandado que algunos de los herederos pagasen las deudas, no tendrán contra ellos acción los acreedores, sino los coherederos, a quienes interesa que se haga esto. Y no solamente en este caso tiene la acción otro distinto de aquel a quien mandó el testador que se le diera la cosa, sino también en otro, por ejemplo, si hubiere mandado que en nombre de la hija se diese la dote al yerno o al esposo, porque no tiene la acción el yerno o el esposo, sino la hija, a quien principalmente interesa.

---

9. D. 34,3,28,6 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*

*Legatum est testamento hoc modo: 'Seio concedi volo, quidquid mihi ab eo debitum est, vel fidem meam pro eo obligavi': quaero, utrum id solum, quod testamenti facti tempore debebatur, legatum sit, an etiam, si quid ex ea summa usurarum nomine postea accessit, legato cedat. respondit videri omnem obligationem eius debiti per fideicommissum solvi voluisse.*

Se legó de este modo en un testamento: “quiero que se conceda a Seyo todo lo que por él se me debió, o aquello por lo que obligué mi fianza”; pregunto si no se habrá legado solamente lo que se debía al tiempo en que se hizo el testamento, o si también cederá al legado lo que por esta suma se agregó después a título de intereses. Respondió que parece que quiso que se disolviera por el fideicomiso toda obligación de esta deuda.

---

10. D. 34,3,28,10 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*

*Eum, qui tutelam ipsius administraverat, et fratrem suum et alios quosdam scripsit heredes et tutori legavit, quae impenderat in se et fratrem ipsius, decem; quaesitum est, an utile esset in persona eius fideicommissum. respondit, si id dederit per fideicommissum quod debebatur, peti non posse.*

Uno instituyó herederos al que había administrado la tutela del mismo, a su propio hermano y a algunos otros, y le legó al tutor los diez que para él y para su hermano había gastado. Se preguntó si sería útil respecto a la persona de éste el fideicomiso. Respondió, que si hubiere dado por fideicomiso lo que se debía, no se podía pedir.

---

11. D. 34,3,28,13; 14 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*

13. *Quidam ita legavit: 'Semproniae uxori meae reddi iubeo ab heredibus meis quinquaginta ea, quae mutua acceperam chirographo particulatim in negotia mea': quaesitum est, an, si vere uxoris debitor fuerit, fideicommissum constituerit. respondit, si debita fuissent, nullum esse fideicommissum.*

14. *Idem quaesit, an, si hanc pecuniam ut debitam apud iudicem petierit et victa fuerit, an fideicommissum peti possit. Respondit secundum ea quae proponuntur posse ex causa fideicommissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causa debitum.*

13. Uno legó así: “mando que por mis herederos se le den a Sempronia, mi mujer, los cincuenta que yo había recibido en mutuo con quirógrafo particularmente para mis negocios”. Se preguntó si subsistiría el fideicomiso si verdaderamente hubiese sido deudor de su mujer. Respondió que si hubiesen sido debidos, era nulo el fideicomiso.

14. El mismo preguntó, si habiendo pedido ella ante el juez este dinero como debido, y habiendo sido vencida, se podría pedir el fideicomiso. Respondió que, según lo que se expone, se podía pedir por causa del fideicomiso lo que hubiese aparecido que no se debió por otra causa.

---

12. D. 32,93,1 *Scaevola libro tertio responsorum*

*'Semproniae, mulieri meae reddi iubeo ab heredibus meis centum aureos, quos mutuos acceperam'; quaesitum est, si hanc pecuniam ut debitam Sempronia petens victa sit, an fideicommissum peti possit. Respondit secundum ea quae proponerentur, posse ex causa fideicommissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causa debitum.*

“Mando que por mis herederos se le devuelvan a Sempronia, mi mujer, los cien aureos que recibí en mutuo”; se preguntó si, habiendo sido vencida Sempronia al pedir como debida esta cantidad, se podría pedir el fideicomiso. Respondió, que según lo que se exponía, se podía pedir por causa de fideicomiso lo que hubiese aparecido que no fue debido por otra causa.

---

13. D. 32,34,3 *Scaevola libro sexto decimo digestorum*

*Pater filio et filia heredibus institutis cum singulis certa praedia et kalendaria praelegasset, ita cavit: ‘a te autem, fili carissime, peto, quaecumque legavi, praestari volo, et si quid evenerit aeris alieni, si quod in tempus pro mutuo acceperam et debuero, a te solvi volo, ut quod sorori tuae reliqui, integrum ad eam pertineat’; quaesitum est, an quod ex quacumque causa debuit pater, a filio sit praestandum. respondit, posse filiam ex fideicommisso consequi, ut levaretur, quo magis integrum, quod testator dedisset, ad eam pervenisset.*

Un padre, habiendo instituido herederos a su hijo y a su hija, y habiéndoles prelegado a cada uno ciertos predios y créditos, dispuso así: “pero te pido carísimo hijo, y quiero que se dé todo lo que he legado, y quiero que si apareciera alguna deuda, si por cierto tiempo yo hubiere tomado en mutuo alguna cantidad, y la debiere, sea pagada por ti, a fin de que le pertenezca íntegro a tu hermana lo que a ella le he dejado”; se preguntó si se deberá pagar por el hijo lo que por cualquier causa debió el padre. Respondió que en virtud del fideicomiso podía conseguir la hija que se le aliviase a fin de que más bien fuese íntegro a poder de ella lo que hubiese dado el testador.

---

14. D. 22,3,27 *Scaevola libro trigésimo tertio digestorum*

*Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: ‘Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redditibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti’. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecisse.*

Uno que hacía testamento legó a otro, que podía adquirir hasta cierto límite, una cantidad lícita, y después se expresó de este modo: “Doy y lego a Ticio ciento que me entregó, y de los que no le di caución, porque sin caución alguna tuve en mi poder toda la fortuna y los bienes que había recibido de su madre. Además, quiero que de mis bienes se entreguen y paguen al mismo Ticio ciento cincuenta monedas que yo gasté de las rentas de sus predios, cuyos frutos yo mismo percibí. Asimismo, con arreglo al dietario, si algo había recibido Ticio de su madre y lo convertí en mi provecho”. Pregunto, ¿puede Ticio reclamar estas cantidades? Respondió que si Ticio hubiere podido probar que las sobredichas cantidades fueron de su cuenta propia a poder del testador, las exija, porque se considera que, como él no podía percibir más, el testador añadió estas partidas en el testamento en fraude de ley.

15. D. 32,37,5;6 *Scaevola libro octavo digestorum*

5. *Codicillis ita scripsit: Volo, omnia, quae infra ordinata sunt, firma ese. Maximo, domino meo, denarium quindecim millia, quae accepi in depositum a patruo eius, Iulio Maximo, ut ei viro facto reddam cum usuris, quae sunt triginta millia, ei dari volo; ita enim patruo iuravi; quaesitum est, an ad depositam pecuniam petendam sufficiant verba codicillorum, cum hanc solam nec aliam ullam probationem habeat. respondi: ex his quae proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator adfirmavit, credenda est scriptura.*

6. *Titia honestissima femina cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavitt: Titia testamentum condidi, et volo dentur Callimacho mercedis gratia denaria decem millia; quaero, an haec pecunia ex causa mercedis ab heredibus Titiae exigi possit. respondi non idcirco quod scriptum est exigi posse in fraudem legis relictum.*

5. Uno escribió así en los codicilos: “Quiero que sea váido todo lo que a continuación ha sido dispuesto. Quiero que a Máximo, mi señor, se le den los quince mil denarios que en depósito recibí de su tío paterno, Julio Máximo, para que hecho hombre se los entregara con los intereses que importan treinta mil; porque así se lo juré a su tío paterno”; se preguntó, si para pedir el dinero depositado bastarán las palabras de los codicilos, no teniendo más que esta sola prueba, y no otra alguna. Rspndí: en virtud de lo que se exponía, por supuesto, habiendo afirmado el testador que sobre esto prestó juramento, ha de ser creída la escritura.

6. Ticia, mujer honestísima, habiendo utilizado siempre para sus negocios los servicios de Calímaco, quien no podía adquirir por testamento, dispuso así en testamento hecho de su propia mano: “Yo, Ticia, hice testamento y quiero que se le den a Calímaco por vía de merced diez mil denarios”; pregunto si se podrá exigir de los herederos de Ticia por vía de merced este dinero. Respondí que no que no porque se escribió se podía exigir lo dejado en fraude la la ley.

---

16. D.31,88,10 *Scaevola libro tertio responsorum*

*‘Quisquis mihi heres erit, sciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quae etiam protinus reddi et solvi eis iubeo’: quaesitum est, an, si non deberentur, actio esset. respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.*

“Sepa cualquiera que fuere mi heredero que yo debo a Demetrio, mi tío paterno, tres denarios, y que en mi poder fueron depositados por Seleuco, mi tío paterno, tres denarios, los que mando que también inmediatamente les sean devueltos y pagados”; se preguntó si en el caso de que no se debiesen, había acción. Respondí que, si no se debiesen, no hay ninguna acción como por deuda, sino en virtud del fideicomiso.

---

17. D. 35,2,8 *Papinianus libro quarto decimo quaestionum*

*In legem Falcidiam aeris alieni rationem in hereditate relictī, quod unus ex heredibus solvere damnatus sit, ipse solus habebit.*

En la ley Falcidia la cuenta de una deuda dejada en la herencia que uno solo de los herederos haya sido condenado a pagar, le corresponderá a este sólo.

---

18. D. 31,66,pr. *Papinianus libro septimo decimo quaestionum*

*Maevius fundum mihi ac Titio sub condicione legavit, heres autem eius eundem sub eadem condicione mihi legavit; verendum esse Iulianus ait, ne existente condicione pars eadem ex utroque testamento mihi debeatur. voluntatis tamen quaestio erit: nam incredibile videtur, id egisse heredem, ut eadem portio bis eidem debeatur, sed verisimile est de altera parte eum cogitasse. sane constitutio principis, qua placuit eidem saepe legatum corpus non onerare heredem, ad*

*unum testamentum pertinet. debitor autem non semper quod debet iure legat, sed ita, si plus sit in specie legati: si enim idem sub eadem condicione relinquatur, quod emolumentum legati futurum est?*

Mevio nos legó a mí y a Ticio un fundo bajo condición, pero su heredero me legó a mí bajo la misma condición; dice Juliano, que se ha de temer que, cumpliéndose la condición, se me deba la misma parte en virtud de ambos testamentos. Pero la cuestión es sobre la voluntad, porque parece increíble que el heredero haya hecho esto para que a uno mismo se le deba dos veces la misma porción; pero es verosímil que él se haya referido a la otra parte, a la verdad, la constitución del príncipe en que se dispuso que la cosa legada muchas veces a uno mismo no gravaba al heredero, es aplicable a un solo testamento. Mas no siempre el deudor lega válidamente lo que debe sino en este caso, si importara más la especie del legado; porque si se decía lo mismo bajo la misma condición, ¿qué emolumento ha de resultar del legado?

---

#### 19. D. 35,2,5 Papinianus libro octavo responsorum

*Verbis legati vel fideicommissi non necessarie civitati relinquatur, quod ex causa pollicitationis praestari necesse est. itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum dumtaxat Falcidia minuetur. quare nec fidei committi legatarii poterit. quod si dies aut conditio legatum fecerit, non utilitatis aestimatio, sed totum petetur quod datum est; nec si vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritum, quod semel competit.*

Con palabras de legado o fideicomiso no se deja necesariamente a una ciudad lo que es necesario que se le dé por causa de promesa. Y así, si en el testamento el dueño se excedió de la cuantía de la deuda, solamente el exceso se disminuirá por la Falcidia; por lo cual ni podrá ser encomendado a la fidelidad del legatario. Pero si el término o la condición constituyere el legado, no se pedirá la estimación de la utilidad, sino todo lo que se dio; y si viviendo el testador llegare el vencimiento, o se hubiere cumplido la condición, no se hará irrito el que una vez correspondió.

---

#### 20. D. 30, 29 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

*Sin autem neque modo, neque tempore neque condicione neque loco debitum differatur, inutile est legatum.*

Mas, si ni por el modo, ni por el tiempo, ni por la condición, ni por el lugar se diferenciase lo debido, es inútil el legado.

---

21. D. 35,2,1,10 *Paulus libro singulari ad legem Iuliam et Papiam*

*Si quis creditori suo quod debet legaverit, aut inutile legatum erit, si nullum commodum in eo versabitur, aut si (propter repraesentationis puta commodum) utile erit, lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit.*

Si alguno hubiere legado a su acreedor lo que le debe, o será inútil el legado si en él no resultare ningún provecho, o si fuere útil, por ejemplo, por el provecho del pago en efectivo, también tendrá lugar la ley Falcidia respecto a este provecho.

---

22. D. 31,82 pr. *Paulus libro decimo quaestionum*

*Debitor decem legavit creditori, quae ei post annum sub pignore debebat; non, ut quidam putant, medii temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt: nec tollitur petitio, si interim annus supervenerit, nam sufficit, quod utiliter dies cessit. quod si vivo testatore annus superveniat, dicendum erit, inutile effici legatum, quamquam constiterit ab initio. sic et in dote praelegata responsum est totam eam ex testamento peti posse. alioquin secundum illam sententiam, si interusurium tantum est in legato, quid dicemus, si fundus legatus sit ex die debitus? nam nec pecunia peti potest, quae non est legata, nec pars fundi facile inveniretur, quae possit pro commodo peti.*

Un deudor legó a su acreedor los diez que le debía pagar bajo prenda después de un año; en virtud del testamento no se debe, como opinan algunos, solamente el beneficio del tiempo intermedio, sino que se pueden pedir íntegros los diez. Y no se pierde la acción para pedirlos, si mientras tanto transcurriere el año, porque basta que el término haya corrido útilmente. Pero si el año transcurriere viviendo el testador, se habrá de decir que se hace inútil el legado, aunque haya sido útil al principio. Así se respondió también respecto a la dote prelegada, que toda ella podía ser pedida en virtud del testamento. De otra suerte, conforme a aquella opinión, si en el legado se comprenden solamente los intereses del tiempo intermedio, ¿qué diremos si hubiera sido legado un fundo debido desde cierto día porque ni se puede pedir el dinero, que no se legó, ni fácilmente se hallaría una parte del fundo, que se pudiera pedir por las utilidades?

---

23. D. 34,3,25 *Paulus libro decimo quaestionum*

*Legavi Titio quod mihi debetur vel adiecta certa quantitate sive specie vel non adiecta, aut ex contrario aequae cum distinctione, veluti 'Titio quod ei debeo' vel ita 'Titio centum quae ei debeo': quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit. et plenius rogo quae ad haec spectant attingas: cottidiana enim sunt. respondi: si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum iussit ut eum liberaret an prohibeat eum exigere: utroque enim modo liberandus est debitor et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. quod si etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit, si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est: quod si nihil debeat, poterit dici quasi falsa demonstratione adiecta etiam peti quod comprehensum est posse. sed poterit hoc dici si ita legavit: 'centum aureos, quos mihi debet' vel 'Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere'. quod si sic dixit: 'heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare', etiam illud temptari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adiecta: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. contra autem si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget. sed et si id demonstrat, quod debere se confitetur, nulla utilitas est nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. quod si centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum, quod si non fuit debitor, placuit utile esse legatum: certa enim nummorum quantitas similis est Stichogato cum demonstratione falsa: idque et divus Pius rescripsit certa pecunia dotis acceptae nomine legata.*

Le legué a Ticio lo que se me debe, habiendo expresado cierta cantidad o especie, o no habiéndola expresado, o, por el contrario, igualmente con la distinción, por ejemplo: “a Ticio, lo que le debo”; pregunto si crees que en todo caso se ha de averiguar si se haya debido, y te ruego encarecidamente que trates las cuestiones que a esto se refieren, porque son de cada día”.

Respondí, que si aquel a quien Ticio le debía, quiso remitirle la deuda, nada importa que hubiere mandado a su heredero que lo libere, o que prohíba que lo exija; porque de ambos modos ha de ser liberado el deudor, y en uno y otro caso le compete además al deudor acción para ser liberado. Pero si también hizo mención de cien áureos, o de un fundo debido, ha de ser liberado si se probase que verdaderamente fue deudor; mas si no debiera nada, se podrá decir que también se puede pedir lo que se expresó, como si se hubiere hecho una falsa demostración. Pero se podrá decir esto, si legó así: “los cien áureos que me debe”, o: “esté condenado mi heredero a no reclamarle el esclavo Estico que me debe”. Mas si

dijo de este modo: “los cien áureos que Ticio me debe, esté condenado a dárselos mi heredero”, también se podrá intentar que los pueda pedir, como si se hubiese añadido una falsa demostración; lo que a mí de ningún modo me parece bien, porque el testador estimó referir la palabra dar a la deuda. Mas por el contrario, si el deudor lagara al acreedor, no veo ninguna utilidad si le legara sin expresión de cantidad. Pero también si indicara lo que confiesa que debe, no hay ninguna utilidad sino en cuanto a las especies en que se amplía el emolumento de la deuda. Mas si legó los cien áureos que dijo que él debía, el legado es inútil, si verdaderamente los debe; pero si no fue deudor, se determinó que el legado es útil porque una cantidad cierta de monedas es semejante a Estico legado con falsa demostración; y esto respondió también por rescripto el Divino Pío habiéndose legado una cierta cantidad a título de dote recibida.

---

24. D. 30,75,1 *Ulpianus libro quinto disputationum*

*Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum, et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debetur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; nam et si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adiecta, constat, nullum esse legatum, quum si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut inlegato dotis Iulianus respondit*

Si se me hubiere legado lo que debe Ticio y Ticio no debiera, e ha de saber que es nulo el legado y, a la verdad, si no se hubiera añadido una cantidad, por evidente razón no se deberá nada, porque no aparece cuánto se haya legado; porque también si lo que le debo a Ticio se lo hubiere legado sin haber expresado la cantidad, es sabido que es nulo el legado, porque si yo le hubiere legado los diez que le debo a Ticio, y yo no le debiera cosa alguna a Ticio, esta falsa demostración no extingue el legado, como respondió Juliano respecto al legado de la dote.

---

25. D. 32,3,2 *Ulpianus libro primo fideicommissorum*

*Si rem quis debeat ex stipulatu ei cui rem legaverit, fidei committere eius non poterit, licet ex legato commodum sentire videatur, quod dominium nanciscitur statim, nec exspectat ex stipulatu actionem; fortassis quis dicta, et sumtum litis, quem sustineret, si ex stipulatione litigaret, eum lucrari. sed nequaquam dicendum est, huius fidei committi posse*

Si alguien debiera en virtud de estipulación alguna cosa a aquel a quien se le

hubiere legado la cosa, no podrá encomendársela por fideicomiso, aunque parezca que en virtud del legado obtuvo algún beneficio, porque adquiere inmediatamente el dominio y no espera a la acción de la estipulación; y quizá diga alguno que él gana también los gastos del litigio que soportaría si litigase en virtud de estipulación; pero de ningún modo se ha de decir que se le puede encomendar el fideicomiso.

---

26. D. 32,7,2 *ULPIANUS libro primo fideicommissorum*

*Si quis creditori suo legaverit id quod debet, fidei committi eius non poterit, nisi commodum aliquod ex legato consequatur, forte exceptionis timore vel si quod in diem debitum fuit vel sub condicione.*

Si alguien le hubiera legado a su acreedor lo que le debe, no se le podrá encomendar a éste un fideicomiso si no obtuviera provecho, acaso por temor de la excepción o si se debió alguna cosa a término o bajo condición.

---

27. D. 32,11,22 *ULPIANUS libro secundo fideicommissorum*

*Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero fideicommissi petitio vel legati competit, ut puta si fidei heredis committatur, ut ipse publicum pro Titio praestet, fideicommissum hoc vel legatum non publicanus petit, licet ei sit adscriptum, sed ipse petere poterit, pro quo legatum relictum est. multum autem interesse arbitror, cui voluit prospectum cuiusque contemplatione testator fecerit. plerumque autem intellegendum est privati causa hoc fecisse, licet emolumentum publicano quaeratur.*

A veces se escribe en el testamento el nombre de uno, pero le compete a otro la reclamación del fideicomiso o del legado, como, por ejemplo, si se encomendase a la fidelidad del heredero que él mismo pague por Ticio el tributo público. Este fideicomiso o legado no lo pide el publicano, aunque a él se le haya dejado, pero podrá pedirlo el mismo por cuyo interés fue dejado el legado. Pero juzgo que importa mucho saber por quién quiso mirar, y por contemplación de quién lo haya hecho el testador, pero las más de las veces se ha de entender que esto lo hizo por causa de un particular, aunque se adquiera emolumento para el publicano.

---

28. D. 34,3,14 *ULPIANUS libro primo fideicommissorum*

*Idem est et si in diem debitor fuit vel sub condicione.*

Lo mismo es también si el deudor lo fue a término o bajo condición.

---

29. D. 30.28 pr.; 1 *Ulpianus libro nono decimo ad Sabinum*

*Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.*

*Marcellus libro vicesimo octavo putat rem quam ex stipulatu mihi debes si legaveris, utile esse legatum, ut neque Falcidia hoc minuat.*

Si, estando yo seguro contra él con una excepción, le legara a mi acreedor lo que le debo, el legado es útil porque se le considera remitida a aquel la excepción, pues según dice Aristón, si se me legara lo que se me debe por acción honoraria, es válido el legado, porque se me da la acción civil en lugar de la honoraria.

Opina Marcelo en el libro vigésimo octavo, que si me hubieres legado la cosa que me debes por estipulación, es útil el legado, de suerte que ni lo disminuya la Falcidia.

---

30. D. 30,49,4 *ULPIANUS libro vicesimo tertio ad Sabinum*

*Si Titio decem quae ego debeo legavero et rogavero eadem creditori praestare, fideicommissum quidem in creditoris persona non valet, quia nihil eius interest, heres vero potest cum legatario agere, quia ipsius interest creditori solvi, ne eum conveniat: ergo propter hoc valebit legatum.*

Si yo le hubiere legado a Ticio los diez que yo debo, y le hubiere rogado que se los entregue al acreedor, no es válido el fideicomiso, ciertamente en cuanto a la persona del acreedor, porque nada le interesa, pero puede el heredero ejercitar la acción contra el legatario, porque a él mismo le interesa que se pague al acreedor, para que a él no le demande; luego por esto será válido el legado.

---

31. D. 30,49,5 *Ulpianus libro vigésimo tertio ad Sabinum*

*Sed si testator decem mihi sub fideiussore debuit, fideicommissi petitio non solum heredi, sed et fideiussori competit: interest enim eius solvi mihi, quam ipsum conventum mandati actionem intendere: nec interest, solvendo sit nec ne.*

Pero si el testador me debió diez con fiador, la petición del fideicomiso le compete no sólo al heredero, sino también al fiador, porque le interesa a éste más bien que se me pague, que no intentar siendo él demandado, la acción de mandato y no importa que sea o no solvente.

---

32. D. 34,3,3,5 (en relación con D. 34,3,4 y D. 35,11,22) *ULPIANUS libro vicesimo tertio ad Sabinum*

*Utrique autem legatarii habentur et in hoc casu. nam et si quod ego debeo Titio, sit ei legatum mei gratia, ut ego liberer, nemo me negabit legatarium, ut et Iulianus eodem libro scribit. et Marcellus notat utriusque legatum esse tam deum quam creditoris mei, etsi solvendo fuero: interesse enim creditoris duos reos habere.*

Pero ambos son considerados legatarios también en este caso; porque también si lo que yo le debo a Ticio le hubiera sido legado a éste por consideración a mí, para que yo quede libre, nadie dirá que no soy legatario, como escribe también Juliano en el mismo libro, y observa Marcelo, que el legado es de ambos, tanto mío como de mi acreedor, aun cuando yo fuere solvente, porque le interesa al acreedor tener dos deudores.

---

33. 30,49,6; 7 *ULPIANUS libro vicesimo tertio ad Sabinum*

*Iulianus libro trigesimo nono digestorum scribit, si fideiussor creditori legasset quod ei deberet, an legatum valeret. et ait creditoris quidem nihil interesse, verum debitorem habere ex testamento actionem: interest enim ipsius liberari, quippe conveniri a fideiussoris herede non poterit.*

*Quod si idem fideiussor Titio leget et fidei eius commiserit, ut creditori solvat, et debitor et fideiussoris heres agere cum Titio ex causa fideicommissi poterunt, quia utriusque interest legatarium solvere.*

Pregunta Juliano en el libro trigésimo noveno del Digesto, si cuando el fiador le hubiese legado al acreedor lo que le debiese, sería válido el legado; y dice, que ciertamente nada le interesa al acreedor, pero que el deudor tiene la acción derivada del testamento; porque le interesa a él mismo quedar libre, porque no podrá ser demandado por el heredero del fiador.

Pero si el mismo fiador hiciese el legado a Ticio, y encomendare a su fe que pague al acreedor, podrán ejercitar contra Ticio la acción por causa del fideicomiso, así el deudor como el heredero del fiador, porque a ambos les importa que pague el legatario.

---

34. D. 34,3,7,3 *ULPIANUS libro vicesimo tertio ad Sabinum*

*Sed si duobus heredibus institutis alterum ex his damnaverit creditori solvere, valet legatum propter coheredem eumque ex testamento acturum, ut creditori solvatur.*

Pero si habiendo instituido dos herederos, hubiere condenado a uno de ellos a pagarle a un acreedor, es válido el legado por causa del coheredero, y éste ejercerá la acción de testamento para que se pague al acreedor.

---

35. D. 23,3,29 *ULPIANUS libro trigesimo sexto ad Sabinum*

*Cum pater dotem pro filia promittit et dotem legat, si quidem marito legavit, videndum est, an legatum valeat. et non puto valere: nam cum creditori debitor legat id quod debet, nullum legatum est. quod si filiae legavit, valet legatum: dos enim ex promissione marito debetur, legatum filiae. et si quidem hoc animo testatorem esse filia ostenderit, ut duplicaret ei legatum, habebit utrumque, dotem quam maritus persecutus fuerit et legatum ex causa legati. quod si alterutrum voluit habere: si mulier legatum petat, opposita doli exceptione non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agentem. sed si maritus agat, nihil de indemnitate eum cavere oportebit, verum mulier post eum agens exceptione repellitur, quia semel dos praestita est.*

Cuando el padre promete dote por la hija, y lega la dote, si verdaderamente la legó al marido, se ha de ver si acaso era válido el legado. Y no creo que sea válido, porque cuando el deudor lega al acreedor lo que le debe es nulo el legado. Pero si

la legó a la hija, es válido el legado; porque al marido se le debe la dote en virtud de la promesa, y a la hija el legado. Y si verdaderamente probare la hija que el testador tuvo la intención de duplicarle a ella el legado, tendrá una y otra cosa, la dote, que el marido hubiere reclamado, y lo legado por causa de legado. Pero si quiso que tuviera una u otra cosa, si la mujer pidiera el legado, habiéndose opuesto la excepción de dolo, no será obligado el heredero a pagarle el legado de otro modo que si ella hubiere dado caución de que por tal concepto habrá de quedar indemne el heredero contra el marido que reclame en virtud de la promesa; mas si el marido reclamara, no convendrá darle caución alguna de indemnidad, pero reclamando después de él la mujer, será repelida con excepción, porque ya fue pagada la dote.

---

36. C. 6,44,2 *Imp. Alexander A. Faustinae (222)*

*Etiam si veritas debiti non subest, falsa demonstratio non perimit legatum et ex testamento eius quoque nomine competit actio.*

PP.VII Id. Novemb. ALEXANDRO A. Cons.

Aunque no subsista la verdad de una deuda, su falsa indicación no extingue el legado, y en virtud del testamento compete acción también por razón de aquel. Publicada a 7 de los Idus de noviembre, bajo el consulado de Alejandro, Augusto.

---

37. C. 7,72,1 *Imp. Antoninus A. Atticae*

*In bonis mortui potioem esse causam legatoriorum, qui eum utpote heredem convenire potuerunt, quam eorum, quibus ipse legavit, manifestum est, cum prius legatum quasi aes alienum exigitur, legatum autem a mortuo relictum post debiti detractioem inducitur.*

Es manifiesto, que respecto a los bienes del difunto es preferente la causa de los legatarios que pudieron demandarlo como a heredero, a la de aquellos a quienes él mismo legó, porque el anterior legado es exigido como deuda, pero el legado dejado por el difunto se da después de la deducción de la deuda

---

38. Inst. 2,20,14

*Ex contrario si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum quodsi in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem: quodsi vivo testatore dies venerit aut condicio extiterit, Papinianus scripsit util esse nihilo minus legatum, quia semen constitit. Quod et verum est: non causam pervenit, a qua incipere non potest.*

Por el contrario, si un deudor hubiere legado a su acreedor lo que le debe, el legado es nulo, si no hay más en el legado que en el débito, porque no tiene nada más por el legado. Pero si le hubiere legado puramente lo debido a día fijo o bajo condición, el legado es válido por razón del vencimiento del pago. Mas si en vida del testador hubiere vencido el plazo o se hubiere cumplido la condición, escribió Papiniano, que el legado era, sin embargo, válido, porque subsistió una vez; lo que también es verdad. Pues no fue admitida la opinión de lo que juzgaban que el legado había quedado extinguido, porque llegó a un caso en el que no puede tener origen.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO  
PUBLICACIONES

1. Luis Grau, *Origenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, Oidor, Regente y Consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12762>

8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/12823>