

# ***¿Legatum debiti? ¿Fraus legi?*** **Lo que la apariencia esconde**

Consuelo CARRASCO GARCÍA  
(*Universit  Carlos III de Madrid*)

## *1. Exordio: Quid? Quomodo? Quando?*

Propósito de esta investigación ha sido averiguar si existió en Derecho romano y en qué pudo consistir el que se ha venido denominando *legatum debiti*<sup>1</sup>. Legado del que no encontramos ningún epígrafe específico en el Digesto, pero 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 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>2</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

---

<sup>1</sup> En buena parte de las obras dedicadas al Derecho de sucesiones romano, consideradas fundamentales para el estudio del mismo, se nombra el *legatum debiti* entre las distintas clases de legados: B.BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona 1960, p.462ss. (trad. versión original *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1955); P.VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. 2, Milano 1963, p.323ss.

<sup>2</sup> F.SCHULZ, *Derecho romano clásico*, Barcelona 1960, p.302 (trad. de la versión original *Classical roman Law*, Oxford 1951).

o aceite, de cosa provista, de los utensilios, de peculio. Éstos, entre muchos otros. Ninguna mención específica a un *legatum debiti*<sup>3</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>4</sup>- , nos encontramos con referencias del siguiente tenor:

- . *debitor creditori suo legat* (D.34.3.11).
- . *debitor creditori legaverit* (D.34.3.13 e Inst.2.20.14).
- . *debitor decem legavit creditori quae ei post annum sub pignore debebat* (D.31.82pr.)
- . *debitor creditori leget* (D.34.3.25).
- . *si quod ego Titio debeo, ei legavero* (D.30.75.1).
- . *si quis creditori suo quod debet legaverit* (D.32.7.2; D.35.2.1.10).

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

<sup>3</sup> 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 superviviente 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. Éstos entre muchos otros.

<sup>4</sup> 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.

deudor a favor de su acreedor de aquello que ya le debía<sup>5</sup>, 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.4.3.28.13); 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.31.82*pr.*).

. A veces, incluso, se hacía referencia de forma genérica a que se legaba “lo que se debía”, sin indicación de cosa o cantidad (D.5.2.1.10).

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

---

<sup>5</sup> Los códigos civiles de ascendencia romana como el francés, italiano y español, parten de la consideración de que el legado hecho por un deudor a su acreedor no se entenderá destinado a saldar la deuda existente entre ellos (no será por tanto legado de deuda en el sentido que aquí le atribuimos), salvo que así se diga por parte del deudor-testador (expresamente, según el Código civil; haciendo una simple alusión a la deuda, según el *Code civil* y el *Codice civile*):

Art. 1023 *Code civil* (Libro III –*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*–; Titre II –*Des donations entre vifs et des testaments*–; Chapitre V –*Des dispositions testamentaires*–; Section VI – *Des legs particuliers*– : «*Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni legs fait au domestique en compensation gage ...*»).

Art. 659 *Codice Civile* (Libro II – *Delle successioni* –; Titolo III – *Delle successioni testamentarie* –; Capitolo V – *Dell’istituzione di erede e dei legati* –; Sección III – *Dei legati* – : “*Se il testatore, senza fare menzione al debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per soddisfare il legatario del suo credito*”).

Art. 873 Código Civil (Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad –; Título III – De las sucesiones –: “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”).

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 vindicationem*, 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).

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*, en el que son tratados conjuntamente, dada la estrecha relación que entre ellos existe, los denominados “legado de deuda, de crédito y de liberación”. 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 justinianas.

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>6</sup>), las de algunos de los más importantes pandectistas (Puchta, Keller, Arndts, Brinz, Windscheid, Dernburg y Bähr<sup>7</sup>); ello con las debidas cautelas pues, pese a su ascendencia savyniana, es de sobra conocido su “en ocasiones” ahistórico tratamiento de las fuentes romanas<sup>8</sup>. Entre los trabajos específicos sobre legado de deuda hay que destacar los de Astolfi<sup>9</sup>, Bernasconi<sup>10</sup> y, mucho más reciente, el de Di Salvo<sup>11</sup>. Para la segunda

<sup>6</sup> C.FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, parte prima, Napoli 1900; B.BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona 1960; *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano 1954; P.VOCI, *Diritto ereditario romano...*, cit. pp.323ss.; G.GROSSO, *I legati nel diritto romano*, Torino 1960; C.FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il diritto romano*, Roma 1976 (reimpresión ed. 1889).

<sup>7</sup> G.F.PUCHTA, *Pandekten (Fünfte vermehrte Auflage von D.U.RUDORF)*, Leipzig, 1850, pp.707ss.; F.L.KELLER, *Pandekten*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861, pp.569ss.; B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, primera trad. italiana de C.FADDA-E.BENSA, vol. III, parte II, Unione tipografico editrice, Torino, 1930, pp.512ss.; 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.429ss.; O.BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Civililtische Abhandlung)*, Georg Wigang, Göttingen 1867. K.L.ARNDS, *Trattato delle Pandette*, vol. III, Bologna 1875, pp.279ss.; A.BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten, Dritter Band*, 1886, pp. 326ss.

<sup>8</sup> C.CARRASCO, *La “exceptio non numeratae pecuniae” en los tratados de Pandectas del siglo XIX: una aproximación al método de la Pandectística y sus resultados*, Anuario de Historia del Derecho Español, LXXIII, pp.425-456.

<sup>9</sup> R.ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, vol.II, Padova 1969.

<sup>10</sup> S.BERNASCONI, *Il legato di debito nel diritto romano*, Studia et Documenta Historiae et Iuris 42 (1976), pp.23-98.

parte del trabajo se ha realizado una exhaustiva consulta de fuentes literarias que serán citadas en el momento correspondiente: Propertio, 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 por 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).

Los textos analizados son los que a continuación se indican :

1. D.33.4.6pr. LABEO *libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum*
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* (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).
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.34.3.28.7 SCAEVOLA *libro sexto decimo digestorum*
11. D.34.3.28.10 SCAEVOLA *libro sexto decimo digestorum*
12. D.34.3.28.13 SCAEVOLA *libro sexto decimo digestorum*
13. D.34.3.28.14 SCAEVOLA *libro sexto decimo digestorum*
14. D.32.93.1 SCAEVOLA *libro tertio responsorum*
15. D.32.34.3 SCAEVOLA *libro sexto decimo digestorum*
16. D.22.3.27 SCAEVOLA *libro trigesimo tertio digestorum*
17. D.32.37.5; 6 SCAEVOLA *libro octavo decimo digestorum*
18. D.31.88.10 SCAEVOLA *libro tertio responsorum*

---

<sup>11</sup> S.DI SALVO, '*Legatum debiti*' e riconoscimento dell'*obbligazione*, Fides, Humanitas, Ius: Studi in onore di Luigi Labruna, Napoli 2007, pp.1531-1542.

19. D.35.2.8 PAPINIANUS *libro quarto decimo quaestionum*
20. D.31.66pr. PAPINIANUS *libro septimo decimo quaestionum*
21. D.35.2.5 PAPINIANUS *libro octavo responsorum*
22. D.30.29 PAULUS *libro sexto ad legem Iuliam et Papiam*
23. D.35.2.1.10 PAULUS *libro singulari ad legem Falcidiam*
24. D.31.82pr. PAULUS *libro decimo quaestionum*
25. D.34.3.25 PAULUS *libro decimo quaestionum*
26. D.30.75.1 ULPIANUS *libro quinto disputationum*
27. D.32.3.2 ULPIANUS *libro primo fideicommissorum*
28. D.32.7.2 ULPIANUS *libro primo fideicommissorum*
29. D.32.11.22 ULPIANUS *libro secundo fideicommissorum*
30. D.34.3.14 ULPIANUS *libro primo fideicommissorum*
31. D.30.28pr. ULPIANUS *libro nono decimo ad Sabinum*
32. D.30.28.1 ULPIANUS *libro nono decimo ad Sabinum*
33. D.30.49.4 ULPIANUS *libro vicesimo tertio ad Sabinum*
34. D.30.49.5 ULPIANUS *libro vicesimo tertio ad Sabinum*
35. D.34.3.3.5 ULPIANUS *libro vicesimo tertio ad Sabinum* (en relación con D.34.3.4 y D.32.11.22).
36. D.30.49.6 ULPIANUS *libro vicesimo tertio ad Sabinum*
37. D.30.49.7 ULPIANUS *libro vicesimo tertio ad Sabinum*
38. D.34.3.7.3 ULPIANUS *libro vicesimo tertio ad Sabinum*
39. D.23.3.29 ULPIANUS *libro trigesimo sexto ad Sabinum*
40. C.6.44.2 *Imp. Alexander A. Faustinae*
41. C.7.72.1 *Imp. Antoninus A. Atticae*
42. I.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>12</sup>), Juliano (Digesto, libro XXXVI<sup>13</sup> y libro LXXXI<sup>14</sup>), Pomponio (Doctrina de Plaucio, libro VII<sup>15</sup>), Gayo (Comentarios al edicto del pretor urbano. Libro II<sup>16</sup>), Cervidio Escévola (Digesto. Libro XVI<sup>17</sup>; Digesto libro 33<sup>18</sup>; Respuestas libro

<sup>12</sup> O.LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Graz 1960, vol. 1, p. 306, n° 186 “*De legatis*”.

<sup>13</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. 1, p. 414, n° 526 “*De legatis, quae servis vel filiis familias relinquuntur*”.

<sup>14</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *Ad legem Papiam. De inutiliter legatis*, p. 479, n° 811.

<sup>15</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p.84, n° 363.

<sup>16</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *De legatis*, p.183, n° 16.

<sup>17</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p.235, n° 57.

<sup>18</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol II, *Ad legem Iuliam et Papiam*, p.269, n° 128.

III<sup>19</sup>), Papiniano (Cuestiones, libro XIV<sup>20</sup> y libro XVII<sup>21</sup>; Respuestas, libro VIII<sup>22</sup>), Paulo (Libro VI *ad legem Iuliam et Papiam*<sup>23</sup>; Libro *singulari ad legem Falcidiam*<sup>24</sup>; Cuestiones, libro X<sup>25</sup>) y Ulpiano (Disputas, libro V<sup>26</sup>; De los fideicomisos, libro I y libro II<sup>27</sup>; Comentarios a Sabino, libros XIX<sup>28</sup>, XXIII<sup>29</sup>, XXXVI<sup>30</sup>). La mayoría pertenecientes a ese grupo de obras que, Schulz, denominó “Literatura problemática”; obras dedicadas a las más complejas cuestiones jurídicas<sup>31</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 Alfenio 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 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.31.66pr.; D.30.49.6). Este

<sup>19</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p.298, n° 258.

<sup>20</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *De bonis libertorum*, p.842, n° 226.

<sup>21</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *De legatis*, p.847, n° 261.

<sup>22</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *De legatis*, p.922, n° 608.

<sup>23</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *De his quae lege Papia caduca fiunt*, p.1130, n° 958.

<sup>24</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *Ad legem Falcidiam liber singularis*, p.1123, n°921

<sup>25</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. I, *De legatis*, p.1206, n° 1364.

<sup>26</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis et fideicommissis*, p.403, n°99.

<sup>27</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De fideicommissis*, libro VI. Liber I “*Quorum fideicommissi item quibus fideicommissum relinqui possit*”, p.904ss, n° 1852; n° 1855;1869;.

<sup>28</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis*, p. 1076, n° 2597.

<sup>29</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis. De dote relegata*, p.1099, n° 2654;2657.

<sup>30</sup> O.LENEL, *Pal.*, cit., vol. II, *De legatis. De liberatione legata*, p.1153, n°2816.

<sup>31</sup> F.SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, p.418 (Trad. de G.NOCERA de la versión *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953).



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).

Resulta, pues, que las referencias más antiguas relativas al *legatum debiti* provienen de juristas republicanos del siglo I a.C. (Servio Sulpicio Rufo, Alfenio Varo y Aufidio Namusa). Textos que relacionan 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 (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* (s<sup>o</sup> II a.C.) -legado por el que el marido atribuye a la mujer la dote que recibió de ésta con ocasión del matrimonio<sup>32</sup>-, y anterior a la aparición del *legatum liberationis* (I d.C.) -cuyo objeto es la extinción de la deuda que el legatario tiene frente al testador, o de una carga que grava sobre una cosa del legatario<sup>33</sup>- ; legados, ambos, con los que guarda cierta relación<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Existen referencias a él procedentes de Alfenio 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 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.95ss.

<sup>33</sup> En ello coinciden autores como B.BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit.p.468ss., para quien son los juristas Nerva y Atilicinio los primeros que se refieren a él; Vid. también, B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel 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.629ss.

<sup>34</sup> 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*

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>35</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 *legatum debiti*: el valor del reconocimiento de la deuda realizado a través de la disposición *mortis causa* (¿constitutivo?, ¿meramente probatorio? D.22.3.27; D.32.35.5-6). 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*, obligase al heredero a acreditar la inexistencia de la deuda? ¿Se trata simplemente un medio de prueba “indiciario” de que

---

*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.

<sup>35</sup> Sobre la misma existen importantes estudios: G.DONATUTI, “Falsa demonstratio non nocet”, *Studi in onore di S. Peruzzi*, 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.

la deuda existe, pero que no exime al legatario de probarla ayudado de otros medios de prueba?

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.

## 2. « *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 únicamente parece tener sentido hablar de nulidad es cuando el legado se dispuso sin indicación de la cantidad o cosa debida (D.34.3.25<sup>36</sup>). Algunas de esas posibles ventajas, tanto sustantivas como procesales que el legado podía aportar serían:

### 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>37</sup>. Habiéndose dispuesto el legado como vindicatorio (por

<sup>36</sup> 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”.

<sup>37</sup> Esta cuestión ha dado pie a muchas discusiones doctrinales: ¿Estaríamos ante un caso de novación? A favor B.BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación...*, cit.,

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>38</sup>. No se precisa acto alguno de transmisión por parte del heredero. Tampoco se exige al legatario un acto de aceptación<sup>39</sup>. Se podría decir, pues, que la adquisición tiene 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 damantorio, 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

---

p.462; en contra: F.BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, Napoli 1959, p.67ss.; 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.

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> Lo que sí podrá hacer el legatario es rechazar el legado. Este rechazo tendría efecto retroactivo y sería como si la cosa no hubiese sido nunca suya.

adquisición del crédito tendría lugar *ipso iure*<sup>40</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>41</sup>. Particularidad de esta acción personal de derecho estricto<sup>42</sup> es la litiscrescencia al doble en caso de *infinitio*<sup>43</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 *infinitio crescunt in duplum*-, cosa que no ocurre, ya que los textos ofrecen ejemplos de legados damnatorios inválidos por inútiles.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Para la reconstrucción de las fórmulas de una y otra *vid.* D.MANTOVANI, *Le formule del processo 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 absolvo –Gai.4.9; 2.282.

*Actio incerti ex testamento*: “*Quidquid heredem ex testamento dare facere oportere...* (Gai.2.213)”.

<sup>42</sup> 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 justiniana: 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.

<sup>43</sup> 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 aeque 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 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, placuit utile esse legatum: certa enim nummorum quantitas similis est Stichio 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 naturalD.35.1.40.3 IAVOLENUS *libro secundo ex posterioribus Labeonis*

*Dominus servo aureos quinque legaverat: 'heres meus Stichio 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>44</sup>. De no existir esta previsión del dueño de legar los cinco aureos 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 aúreos que se le adeudaban<sup>45</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>46</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>47</sup>. Ahora bien, como pone de

<sup>44</sup> 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*.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> J.VÁZNY, *Naturalis obligatio*, in *Studi Bonfante*, vol. IV, Milano 1930, pp.131-150.

<sup>47</sup> Frente a la idea de que el crédito del esclavo tiene como única función aumentar el peculio del éste, existe aquí un cierto progreso. Javoleno ha dado un paso adelante:

manifisto Vazny, esta alusión a *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.

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.*

---

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.145.



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 sufficient 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 incorpora la ventaja respecto de la primitiva obligación, puede el legatario ser gravado con un fideicomiso (D.32.7.2).

### 3. '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 aeque 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 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, placuit utile esse legatum: certa enim nummorum quantitas similis est Stichio 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>48</sup>.

Ya existían precedentes como D.33.4.6*pr.* 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 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>49</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 la que se admite la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario-, de los

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> O.FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana...*, cit., pp.126 y 130.

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>50</sup>.

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 PAPIANUS *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”.*

---

<sup>50</sup> P.VOCI, *Legato*, in Enciclopedia del diritto...cit., p.709; B.BIONDI, *Diritto ereditario...*, cit., p.343.

## 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 estudiosos 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>51</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.

Es opinión generalizada, que si bien se conservan fuentes literarias en las que se alude a actos *in fraudem legis* y testimonios epigráficos

<sup>51</sup> G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911; IDEM, *Ancora sulla genesi della teoria della fraus legi*, BIDR 25 (1912), pp.221-225.

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>52</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>53</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* 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.

---

<sup>52</sup> Vid. el riguroso, minucioso y completísimo estudio de M.BUENO SALINAS, *Fraus legi: un estudio sobre D. 1,3,29 (Paul. Ad Leg. Cin.)*, in SDHI 62 (1996) pp.139 -233.

<sup>53</sup> 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 Sinn Geltung 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.

respectivamente<sup>54</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 bien pudo ser un modo de *circunvenire* las prohibiciones de adquirir *mortis causa* de determinadas personas.

#### 4. ‘Legatum debiti’ et Leges Furia testamentaria, Voconia, Falcidia

Entre las primeras normas destinadas a limitar la facultad del testador de disponer legados destacan las *leges Furia testamentaria* y *Voconia* (Gai.2.224ss.). 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>55</sup>).

<sup>54</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.

<sup>55</sup> Dentro de esa voluntad entra también el deseo de conservar los legados, como lo prueba el senadoconsulto Neroniano al convalidar los legados nulos *vicio 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”.

La *lex Furia*, datada entre 204 y 169 a.C.<sup>56</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>57</sup>). Dado que se trataba de una ley *minus quam perfecta*, su incumplimiento sólo acarrea 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 iniectioem* 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.

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 impropriadamente denominado legado de deuda datan del siglo I a.C. Sí 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 eludir las, 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

---

<sup>56</sup> G.ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milán 1922, p.282.

<sup>57</sup> R.ASTOLFI, *Note per una valutazione storica della 'Lex Iulia et Papia'*, SDHI 39 (1973) pp.205ss., 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*".



fiduciario no fuese fiel a la confianza que el testador depositó en él<sup>58</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>59</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>60</sup>.

Por otra parte, hablar de *fraus legi* parece tener sentido cuando se 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.35.2.1pr.). 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 debían 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>61</sup> más de las tres cuartas partes de la herencia (*dodrans*), y lo

<sup>58</sup> J.ARIAS RAMOS, *Fideicomisos y leyes caducarias*, in *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”.

<sup>59</sup> “*Iussit consulibus auctoritatem suma interponere*”.

<sup>60</sup> Inst.2.23.5.

<sup>61</sup> 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

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>62</sup>. Dado que la función de la cuarta 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>63</sup> o disminución<sup>64</sup> posterior (aunque fuesen anteriores a la *aditio hereditatis*<sup>65</sup>). Este patrimonio neto se obtenía añadiendo al activo los créditos y deduciéndole el pasivo: el activo libre se toda carga. No entraban las relaciones personales intransmisibles, que perecían con el testador<sup>66</sup>.

---

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.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Adquisiciones del esclavo, partos de la esclava, frutos.

<sup>64</sup> Incendios, naufragios, muertes.

<sup>65</sup> D.35.2.73pr., Inst.2.22.2.

<sup>66</sup> 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

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 podían tener para ciertas personas<sup>67</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>68</sup>; excepto para el exceso.

#### 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*

---

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*.

<sup>67</sup> D.35.2.5, D.35.2.1.10.

<sup>68</sup> La *Lex Falcidia* no se aplicaba: Al *testamentum militis*; a las manumisiones; 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*.

*dominus excessit, superfluum duntaxat Falcidia minuetur*<sup>69</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>70</sup>?

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 dicha 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>71</sup>. Obsérvese la procedencia de quienes dirigen la pregunta al jurista en los siguientes textos de Escévola:

---

<sup>69</sup> R.ASTOLFI, *Note per una valutazione della Lex Iulia 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.

<sup>70</sup> A.FERNÁNDEZ BARREIRO, *Tradición e innovación en el desarrollo normativo del Derecho sucesorio romano*, in *Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica* 88, Coimbra, pp.25-55.

<sup>71</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.78ss. con amplia bibliografía al respecto.

## D.32.37.5-6 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.*

6. *Titia honestissima femina cum negotiis suis opera Callimachi semper uteretur, qui ex testamento capere non poterat, testamento facto manu sua ita cavuit: 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 prueba el reconocimiento realizado a través de la disposición de última voluntad (en este caso un fideicomiso<sup>72</sup>). Si nos atenemos a cuanto dice D.22.3.27, el reconocimiento de la deuda realizado a través del legado 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 incapax*<sup>73</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*

<sup>72</sup> S.DI SALVO, *Legatum debiti e riconoscimento dell’obbligazione...*, cit., p.1533.

<sup>73</sup> F.PASTOR RIDRUEJO, *Reconocimiento y legado de deuda*, in *Estudios de Derecho público y privado*, Valladolid, p.723.

*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 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.*

##### 5. "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 sitúan las primeras referencias al *legatum debiti*, datan también las leyes *Iulia de maritandis ordinibus* (aprox. 18 a.C.) y *Papia Poppaea* (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* ca. 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 lenitate parte poenarum et vacatione trienni data auctisque praemiis<sup>74</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>75</sup>. Ilustrativos de la degeneración de las costumbres durante

<sup>74</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>75</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

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

*Inludimur 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.*

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>76</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>77</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

---

*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".*

<sup>76</sup> Sobre la legislación augustea como instrumento para la realización del diseño político de Augusto *vid.* B.BIONDI, *La legislazione di Augusto*, in *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.

<sup>77</sup>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*. in *Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma 1938, p.116.

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>78</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 crearet, nullum magistratum contra morem maiorum delatum recepi. Quae tum per me geri senatus voluit, per tribuniciam potestatem perfeci, cuius potestatis conlegam et ipse ultro quinquens a senatu depoposci et accepi.*

Ello a través de la amenaza de sanciones y la promesa de beneficios. Entre las sanciones: imposibilidad de asistir a espectáculos públicos<sup>79</sup>; postergación en la asunción de los fasces consulares<sup>80</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.*

<sup>78</sup> 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.

<sup>79</sup> 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 ahorra 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.

<sup>80</sup> Gai. 2.15.4.



Entre los beneficios: la posibilidad de convertirse en destinatarios de los bienes no adquiridos por los solteros (*bona caduca*<sup>81</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>82</sup>; declaración de nulidad de las disposiciones *mortis causa* dirigidas a impedir el matrimonio<sup>83</sup>; supresión del juramento de no contraer matrimonio impuesto a los libertos<sup>84</sup>, y revalorización del noviazgo hasta equiparlo en muchos aspectos al matrimonio<sup>85</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>86</sup>; el marido estaba obligado a restituir a la mujer, disuelto el matrimonio, los beneficios obtenidos tras la manumisión del esclavo dotal<sup>87</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>88</sup>. Por su parte, el moralizador Augusto, ostentaba un abultado

<sup>81</sup> Acerca de éstos trataremos con más detenimiento más adelante.

<sup>82</sup> D.23.2.19.

<sup>83</sup> D.35.1.64; D.35.1.63.1; D.35.1.74.

<sup>84</sup> D.38.1.37pr.

<sup>85</sup> Por ejemplo, las prohibiciones matrimoniales se hacen extensivas al noviazgo: D.23.2.44pr.; los novios no son considerados *caelibes* a efectos de la *capacitas*, siempre que su noviazgo no dure más de dos años.

<sup>86</sup> D.24.2.11; D.38.11.1.1.

<sup>87</sup> D.24.3.64.

<sup>88</sup> 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.

curriculum amoroso<sup>89</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 a.C.<sup>90</sup>. Un dato más de que su propia vida no constituía un ejemplo del modelo de vida familiar que pretendía instaurar<sup>91</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>92</sup>, en deberes jurídicos<sup>93</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 gravesas.

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

---

<sup>89</sup> Vid. A.FRASCETTI, *Augusto*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp.30ss.

<sup>90</sup> Si se da crédito al relato de Dion Cassio (54.16.1-7), incluso casado con Livia, fueron frecuentes las infidelidades de Augusto.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> O, en todo caso, a la indirecta presión de los censores.

<sup>93</sup> 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*.

suffecti<sup>94</sup> (*M. Papirius Mutilus* y *C. Poppaeus Sabinus*<sup>95</sup>), la aprobación de una nueva norma en 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 exemploque 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>96</sup>, atribuyéndoles la misma finalidad demográfica<sup>97</sup>. Al no conservarse íntegramente se analizan en bloque y parece de una

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> Se da la circunstancia de que ni Marco Papio Mutilo ni Quinto Poppeo estaban casados ni tenían hijos, según cuenta Dión Casio 56.10.3; circunstancia que ponía claramente de manifiesto la oportunidad de la ley.

<sup>96</sup> 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*.

<sup>97</sup> 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.

coherencia total que la una instase a los matrimonios y la otra estableciese las sanciones<sup>98</sup>.

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>99</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.23.2.44pr.<sup>100</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>101</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

---

<sup>98</sup> 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 quattuor iuris civilis*, Ginebra 1726, o J.HEINECIO, *Ad legem Iuliam en Papiam Poppaeam commentatio*, 1726; 2º ed. 1741; 3º ed. 1767, a R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia*, Padova, Cedam 1970 (ID: *Note per una valutazione storica della Lex Iulia et Papia*, cit., pp.187-238 o T.SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta 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 fünfzigjährigen 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*).

<sup>99</sup> No si están “comprometidos”. Éstos no se consideran *coelibes* a efectos de la *capacitas* siempre que su noviazgo no dure más de dos años.

<sup>100</sup> S.SOLAZZI, *Glossemi nelle fonti giuridiche romane*, in *Scritti di diritto romano*, IV 1938-1947, Napoli 1963, p.183.

<sup>101</sup> Así habría sido hasta época de Marco Aurelio. Vid. R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia...cit.*, p.218.

ocasiones de ilegitimidad de la prole, alcanzando un efecto que Augusto quería evitar<sup>102</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?

Antes de responder a esta cuestión veamos en detalle el alcance de la prohibición contenida en la norma.

b) Personas incapaces (*caelibes, orbi, pater solitarius, feminae probosae*)

Entre las personas consideradas incapaces para suceder hay que distinguir aquellas que lo son totalmente y las que lo son sólo parcialmente. 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.39.6.35pr. – *Paulus* – *Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa*

<sup>102</sup> Vid. R.ASTOLFI, *Lex Iulia et Papia...*, cit., p.191.

*haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non licere*<sup>103</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.

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>104</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>105</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.*

<sup>103</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.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> 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.

Por otro lado, incapaces parcialmente eran 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>106</sup>.

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*. Así se denomina al divorciado/a o viudo/a con prole<sup>107</sup>.

Ep.Ulp.13

*... de caelibe et orbo et solitario patre*

- *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,

<sup>106</sup> 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*”.

<sup>107</sup> Vid. por todos R.ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia...*, cit., p. 109.

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*).

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 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 (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>108</sup>. Quien es llamado a suceder *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>109</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 ἰδιος λόγος*<sup>110</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,

<sup>108</sup> Es opinión general que la legislación caducaria, tan íntimamente ligada al 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*, in *Operae*, vol. II, Milano 1929, p.244.

<sup>109</sup> 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) suus 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*.

<sup>110</sup> *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.

resúmenes de edictos del emperador; 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>111</sup>) provenían de Augusto; si bien pudo habersele 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, 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 il ricordarsi di amici e conoscenti con lasciti più o meno importante negli atti di ultima volontà era altrettanto doveroso quanto oggi il mandare a capodanno 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. Esta

---

<sup>111</sup> 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*” .

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 amanti non queat invitos Iuppiter ipse duos. “At magnus Caesar”. Sed magnus Caesar in armis: devictae gentes nil in amore valent. Nam citius paterer caput hoc discedere collo, quam possem nuptae perdere more faces, aut ego transirem tua limina clausa maritus, respiciens udis prodita 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>112</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 subvertere-n-tur, utque antehac flagitiis ita tunc legibus laborabatur.*

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

<sup>112</sup> Vid. T.SPAGNUOLO VIGORITA, *Casta domus...*, cit., pp.19ss.

célibes y aumentar los ingresos del erario. Pese a ello, 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, divortii 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>113</sup>.

C.6.51.1pr. IUST. A. *Senatui urbis Constantinopolitanae* (a.534)

*Et nomen et materiam caducorum ex bellis ortam et auctam civilibus, quae in se Populus Romanus movebat, necessarium duximus, patres conscripti, in pacificis nostri imperii temporibus ab orbe romano recludere, ut, quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret.*

C. 6.51.1.1A IUST. (a.534)

*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 disponerent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis: quod et nos fieri 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 *gravissima* la observancia de las disposiciones relativas a la caducidad, razón por la que introducían sustituciones 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*.

D.35.2.5 PAPIANUS *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”.*

<sup>113</sup> Vid. A.G.AMATUCCI, *Augusto negli scrittori del suo tempo, Conferenze Augustee nel bimillenario della nascita*, Milano 1939, p.61.

## 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 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 por el testador de los plazos fijados por las *leges* para adquirir la *capacitas*<sup>114</sup>.
- Fideicomiso tácito. Primero fideicomiso sin más; cuando en virtud del senadoconsulto pegasiano se extendieron a los fideicomisos las prohibiciones de adquirir solteros y casados sin hijos, se recurrió al fideicomiso tácito<sup>115</sup>. Existía éste cuando el

<sup>114</sup> 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 (Ulp.Regl.17.1 y 22.3).

<sup>115</sup> La posibilidad de burlar los derechos de los interesados en la herencia testamentaria que pudiesen ejercitar el *ius caduca vindicando* 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;

causante designaba al fideicomisario secretamente, e indicándose solo 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>116</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 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

---

M.ABELLÁN VELASCO, *Notas para el estudio del fideicomiso tácito y su regulación*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 70 (1933), pp.119-128.

<sup>116</sup> Vid. pp.16ss. 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.76ss.

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>117</sup>.

El fideicomiso tácito a favor del incapaz era considerado *caducum* y correspondía al fisco (D.35.2.59.1<sup>118</sup>).

- Constitución de dote *in fraudem legis Papiae*.

Se trata de un supuesto contemplado en:

CTh.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 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>119</sup>.

---

<sup>117</sup> 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. p.161.

<sup>118</sup> E.NARDI, *I casi d'indignità nel diritto successorio romano*, Milano 1937.

<sup>119</sup> R.ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia...*,cit., p.116.



- 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 los 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>120</sup> y corresponden, en virtud de la *lex Papia* (Ep.Ulp.19.17. *Lege nobis adquiritur velut caducum... ex lege Papia Poppaea*<sup>121</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*, 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 ».

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> Razón por la que la *Lex Papia* se conocía también como *lex caducaria*.

En segundo lugar, en el caso del legado caduco, éste se devolvía a los colegatarios *patres*; en ausencia de éstos a los herederos *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>122</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 et ad eos pertinet qui in eo testamento liberos habent.*

207. *Et quamvis 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.

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...*

<sup>122</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*.

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>123</sup>.

Gai.2.207

*Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatiorum 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....*

Ep.Ulp.17.2

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

Ep.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.*

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.*

---

<sup>123</sup> M.ABELLÁN VELASCO, *Notas para el estudio del fideicomiso tácito...*, cit., p.120.

La mencionada *vindicatio caducorum*, introducida por la *lex Papia*<sup>124</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>125</sup>. Se trataba, por otra parte, de una legitimación exclusiva en el sentido de que, en ausencia de denuncia por el particular (*delator*<sup>126</sup>), resultaba imposible al *aerarium* hacer valer judicialmente sus propios derechos<sup>127</sup>. 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 (Tácito, 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*

<sup>124</sup> 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*.

<sup>125</sup> 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 negoria gessit*, respecto de los bienes del pupilo, de los menores o del *dominus negotii*. También el vendedor respecto de la cosa vendida.

<sup>126</sup> 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.

<sup>127</sup> Vid. G.PROVERA, *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano...*, cit., p.31.

*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.*).

Legitimado pasivamente estaba cualquier poseedor del *caducum*. Podía tratarse del propio heredero o legatario incapaz, pero podía serlo 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*.

## 6. Epilogus

Iniciábamos este trabajo preguntándonos si existió en Derecho romano y a qué fines pudo servir un legado denominado *legatum debiti*.

a) 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*.

b) 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 reserve 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 herederos *patres* con preferencia de quienes más hijos tenían. No existiendo herederos *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, en virtud de disposiciones 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*).

c) Tampoco aparece la figura del “legado de deuda” en los códigos iusnaturalistas (francés, italiano y español), aunque sí se aprecia en éstos la influencia del Derecho romano recibida vía *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 acaeciere 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 ?

Responder a esta pregunta supone dar un paso más en la investigación, realizando un análisis de la doctrina Pandectística que excede los límites del presente trabajo<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> Vid. al respecto C.CARRASCO., *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid, Dykinson 2011.