

**PABLO HALDÓN CONTRERAS**

***LEX FALCIDIA Y VOLUNTAS TESTATORIS:***

**TESTAMENTO, LEY Y LIBERTAD DE LEGAR EN DERECHO ROMANO**



## ÍNDICE

Pág.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	7
------------------------------	---

### CAPÍTULO 1

NOCIÓN DE <i>LEX PUBLICA</i> EN DERECHO ROMANO E IMPACTO DE LAS <i>LEGES</i> EN EL ÁMBITO SUCESORIO .....	9
1. Las <i>leges publicae populi Romani</i> .....	9
1.1. Etimología del término <i>lex</i> .....	9
1.2. Concepto de <i>lex publica</i> .....	19
1.2.1. Consideraciones previas .....	19
1.2.2. Noción de <i>lex publica</i> .....	29
1.3. El procedimiento legislativo .....	43
2. Evolución histórica: de las <i>leges regiae</i> a la crisis de la República .....	51
2.1. Las <i>leges regiae</i> .....	51
2.2. De las XII Tablas a la época tardorrepblicana .....	55
3. <i>Lex e ius</i> .....	78
3.1. Clasificación de las <i>leges publicae populi Romani</i> en el <i>Ep. Ulp.</i> .....	84

### CAPÍTULO 2

LA LIBERTAD PARA LEGAR EN EL DERECHO ARCAICO Y CLÁSICO .....	93
1. La conservación de la <i>res familiaris</i> como elemento vertebrador del fenómeno sucesorio en el derecho arcaico .....	93
1.1. La sucesión intestada: la antigua institución del <i>consortium</i> doméstico .....	94
1.2. La sucesión testamentaria: formas arcaicas de testamento .....	109
1.2.1. Testamento comicial. Perpetuación de los <i>sacra familiaria</i> .....	110
1.2.2. El <i>testamentum in procinctu</i> .....	127
1.3. Conclusiones: <i>familia</i> , <i>legatum</i> y testamento arcaico .....	133
1.4. La semilla del testamento libral: la <i>mancipatio familiae</i> .....	145
1.5. <i>Testamentum per aes et libram</i> .....	154
2. Sobre las restricciones a las libertades propias del <i>testamentum per aes et libram</i> : la sucesión forzosa y las primeras limitaciones a la <i>libertas legandi</i> .....	164

2.1. Sucesión forzosa. ....	164
2.1.1. Sucesión forzosa formal. ....	164
2.1.2. Sucesión forzosa material.....	166
2.2. <i>Lex Furia testamentaria</i> .....	169
2.3. <i>Lex Voconia</i> . ....	181
3. La promulgación de <i>la lex Falcidia de legatis</i> . ....	196
3.1. La <i>quarta Falcidia</i> como instrumento de protección del heredero.....	196
3.2. Otras posibles motivaciones para la promulgación de la ley.....	203

### CAPÍTULO 3

ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y DE D. 35,2 Y 3.....	215
2. <i>Status quaestionis</i> doctrinal. ....	215
2.1. Controversias a propósito de la ley Falcidia como <i>lex perfecta</i> . ....	215
2.1.1 Planteamiento general. ....	215
2.1.2. Schwarz. ....	216
2.1.3. Bonifacio. ....	221
2.1.4. Di Paola. ....	227
2.1.5. Talamanca. ....	231
2.2. Sobre la existencia de otras circunstancias históricas que contribuyen a la explicación del surgimiento de la ley Falcidia.....	233
2.2.1. Karłowa. ....	233
2.2.2. Ortuño Pérez.....	234
2.3. Otros estudios a propósito de la <i>lex Falcidia</i> .....	235
3. Análisis de D. 35,2 «Ad legem Falcidiam» y D. 35,3 «Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur». ....	237
3.1. D. 35,2 «Ad legem Falcidiam». ....	237
3.1.1. Estructura: ....	237
3.1.2. Juristas y obras. ....	241
3.1.3. Correspondencias entre masas bluhmianas y contenidos.....	258
3.2. D. 35,3 «Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur». ....	273
3.2.1. Estructura: ....	273
3.2.2. Juristas y obras: ....	273
3.2.3. Correspondencias entre masas bluhmianas y contenidos.....	274

3.3. Conclusiones.....	277
CAPÍTULO 4	
EL RÉGIMEN DE LA <i>QUARTA FALCIDIA</i> .....	279
1. Ámbito de aplicación de la <i>lex Falcidia</i> .....	279
1.1. Contenido de la <i>lex</i> y situaciones excluidas de su ámbito. ....	279
1.2. Legados afectados por el régimen de la <i>quarta</i> . ....	284
1.3. Supuestos de reclamación defectuosa de la Falcidia. ....	291
1.4. Extensión del régimen de la Falcidia al ámbito de los fideicomisos: la <i>quarta Pegasiana</i> .....	298
1.5. Legitimación activa y pasiva. ....	304
1.5.1. Legitimación activa. ....	304
1.5.2. Legitimación pasiva. ....	316
1.6. Renuncia y exclusión de la <i>quarta Falcidia</i> . ....	324
1.6.1. Supuestos en los que no existe el derecho de <i>retentio</i> del heredero. ....	324
1.6.2. Renuncia del <i>heres</i> a la <i>quarta</i> . ....	327
1.6.3. Exclusión de la Falcidia por el testador. ....	329
1.6.4. Sustituciones y compensaciones sobre la <i>quarta</i> . ....	331
2. Cálculo de la <i>quarta Falcidia</i> .....	341
2.1. Estimación de los bienes.....	341
2.2. Cálculo del activo. ....	354
2.3. Cálculo del pasivo.....	356
2.4. Bienes imputables y no imputables a la <i>quarta</i> . ....	364
2.5. Problemas relativos al cálculo. ....	388
3. La prestación de la <i>cautio ex lege Falcidia</i> . ....	406
4. Reducción de los legados. ....	417
5. El derecho a la <i>quarta Falcidia</i> en época justinianea y altomedieval. ....	442
CONCLUSIONES.....	457
BIBLIOGRAFÍA .....	471
ÍNDICE DE FUENTES.....	507



## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- AFDUDC: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (Coruña).
- AHDE: Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).
- Annaeus: Annaeus. Anales de la tradición romanística (Sevilla).
- ANRW: Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (Berlin-New York).
- AUPA: Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo (Palermo).
- BIDR: Bulletino dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja» (Roma).
- C: Codex Iustinianus.
- CAH: The Cambridge Ancient History (Cambridge).
- CIL: Corpus inscriptionum Latinarum consilio academiae litterarum Borussicae editum (Berlin).
- CJH: Crónica jurídica hispalense (Sevilla).
- CTh: Codex Theodosianus.
- D: Digesta.
- EDD: Enciclopedia del Diritto (Varese).
- Ep. Ulp.: Epitome Ulpiani.
- FIRA: Fontes iuris Romani anteiustiniani
- Fr. Vat.: Fragmenta Vaticana.
- Gai.: Gai institutionum commentarii quattuor.
- IJ: Institutiones Iustinianus.
- Index: Index. Quaderni camerti di studi romanistici (Napoli).
- Iura: Iura. Rivista internazionale di Diritto romano e antico (Napoli).
- JR: The Juridical Review (Edinburgh).
- Labeo: Labeo. Rassegna di Diritto romano (Napoli).
- NNDI: Novissimo Digesto italiano (Torino).
- PS: Pauli sententiae.

PSI: Pauli sententiarum interpretatio.

RDDR: Rivista di Diritto romano (online).

RE: Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft (Stuttgart).

RIDA: Revue internationale des droits de l'Antiquité (Bruxelles).

RIDROM: Revista internacional de Derecho romano (online).

RISG: Rivista italiana per le scienze giuridiche (Torino-Milano).

SCDR: Seminarios complutenses de Derecho romano (Madrid).

SDHI: Studia et documenta historiae et iuris (Roma).

ZGR: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Berlin).

ZSS: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanist. Abt. (Weimar).



## CAPÍTULO 1

### NOCIÓN DE *LEX PUBLICA* EN DERECHO ROMANO E IMPACTO DE LAS *LEGES* EN EL ÁMBITO SUCESORIO

#### **1. Las *leges publicae populi Romani*.**

##### 1.1. Etimología del término *lex*.

El estudio de las *leges* limitadoras de la *libertas legandi* en Derecho Romano, y en especial de la *lex Falcidia de legatis*, merece iniciarse refiriendo por nuestra parte algunas consideraciones de índole general a propósito de la propia idea romana de ley, y del papel que esta llegó a jugar en la reglamentación de las relaciones jurídico privadas, y muy especialmente, en el ámbito de la sucesión hereditaria. No pretendemos presentar, naturalmente, un estudio exhaustivo sobre la noción de *lex publica* en el mundo romano, tarea esta sin duda extensísima en su objeto, de la que ya se ha ocupado, con buenos

resultados, la doctrina<sup>1</sup>, y cuya realización excedería para nosotros de los límites de lo que permite la naturaleza misma de nuestro trabajo, centrado en el derecho sucesorio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de *lex publica*, véanse, entre otros, E. FORCELLINI, *Lex en Lexicon totius latinitatis*, III (Padova 1864-1926); F. SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (Paris 1902); G. BAVIERA, *Leges imperfectae, minus quam perfectae e perfectae*, en *Studi Fadda* 2 (Napoli 1906); G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani* (Milano 1912); G. ROTONDI, *Osservazione sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en *Scritti giuridici*, I (Milano 1922); C. GIOFFREDI, *Il fondamento della tribunicia potestas e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo* (sacrosanctum – lex sacra – sacramentum), en *SDHI* 11 (Roma 1945) 37 ss.; G. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, en *SDHI* 13-14 (Roma 1947-48); G. TIBILETTI, *Sulle leges romane*, IV (Milano 1956); A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del Diritto Romano*. 3ª ed (Napoli 1959); P. FREZZA, *Il precetto della legge e il precetto della autonomia privata*, en *Studi Zanobini* 5 (Milano 1961) 207 ss.; S. DI PAOLA, *Leges perfectae*, en *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II (Napoli 1964); S. TONDO, *Introduzione alle «leges regiae»*, en *SDHI* 37 (Roma 1971) 1 ss.; A. WATSON, *Law making in the later Roman Republic* (Oxford 1974); J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik* (Berlin 1975); C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (Paris 1976); A. MAGDELAIN, *La loi a Rome: Histoire d'un concept* (Paris 1978); F. SERRAO, *Classi, partiti e legge nella Repubblica romana* (Pisa 1980); G. CLEMENTE, *Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo a.C.*, en A. GIARDINA – A. SCHIAVONE (Coords.), *Modeli etici, diritto e trasformazioni sociali* (Bari 1981); M. DUCOS, *Les romains et la loi* (Paris, 1984); A. BERNARDI, *Le XII Tavole: I contenuti legislativi*, en AA.VV. *Storia di Roma*, I (Torino 1988); A. BISCARDI, *Sul concetto romano di «lex»*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, I (Madrid 1988); F. D'IPPOLITO, *Le XII Tavole: il testo e la política*, en AA.VV. *Storia di Roma*, I (Torino 1988); P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*. 3ª ed. (Torino 1996); G. LOBRANO, *Res publica, res populi. La legge e la limitazione del potere* (Torino 1996); D. MANTOVANI, *Le due serie di «leges regiae»*, en *SCDR* 15 (Madrid 2003) 185 ss.; C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public law in the expansion and decline of the Roman Republic* (Michigan 2005); C. ANDO – J. RÜPKE, *Religion and Law in classical and Christian Rome* (Stuttgart 2006). Rec.: E. JAKAS, en *ZSS* 127 (Weimar 2010) 620 ss.; G. M. OLIVIERO, *Il «diritto di familia» delle leges regiae*, en *SDHI* 74 (Roma 2008) 559 ss.; E. BIANCHI, *«Modernità» e riflessioni teoretiche sul carattere prescrittivo de la lex in Gai. 3.194*, en *SDHI* 79 (Roma 2013).

<sup>2</sup> Las amplias esferas de libertad –nunca ilimitadas, por otra parte– que atribuye al testador el *testamentum per aes et libram* terminaron por desembocar en la posibilidad de que este se viese libre de dispersar la integridad de la masa hereditaria en legados (Gai. 2,224), dando pie, con ello, a una suerte de desheredación de hecho de los propios herederos Cfr. N. TAMASSIA, *La Falcidia nel più antichi documenti del Medio Evo*, en *Atti Reale* 1 (Veneto 1905) 11. Esto se vio paulatinamente limitado por la introducción de las *leges Furia testamentaria*, *Voconia* y *Falcidia* (Gai. 2,225-227). Al estudio de las dos primeras de estas leyes

Puesto que tratamos aquí de *leges publicae populi Romani*, nos enfrentamos, como primer problema, a la cuestión, ya muy estudiada doctrinalmente, de determinar qué puede entenderse etimológicamente por *lex*<sup>3</sup>. Como decimos, han existido puntos de vista encontrados en la doctrina en lo que concierne a la clarificación de la etimología del término, cuyos orígenes, en efecto, no siempre resultan claros, pero cuya evolución e

---

dedicamos parte del segundo capítulo del presente trabajo. Los capítulos tercero y cuarto, por su parte, versan íntegramente sobre la *lex Falcidia* y su sistema de reserva a favor del heredero (D. 35,2 y 3).

<sup>3</sup> Nos centramos aquí en el estudio etimológico del término, entendido en un sentido jurídico. La ley, como señala Biscardi, ha terminado por ser identificada para nosotros como «norma jurídica general», y de esa interpretación amplia, de la que tampoco escapó el pensamiento romano, derivaron otras acepciones extrajurídicas hoy vigentes. Así hablamos, por ejemplo, de la existencia de unas leyes matemáticas o gramaticales, por ofrecer tan solo un par de muestras evidentes. A. BISCARDI, *Sul concetto romano di «lex»*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias* 1 (Madrid 1988) 161 ss. En relación con la cuestión de cómo se desarrolló ese proceso, Biscardi opina que la idea romana de *lex* se formó mediante un proceso de sedimentación por medio del cual experimentó, con el correr del tiempo, una expansión que llegaría a su culmen cuando, a partir de Constantino, el emperador se convierte en único titular del poder legislativo de un Estado absoluto y centralizado. Esta expansión de la idea de *lex* se nos manifestaría, entonces, según el autor, en dos fases diferenciadas: la primera de ellas, presente ya en Cicerón (Cic. *de leg.* 2,4,8-10; 2,5,13; 1,12,33; *de nat. deo.* 2,79; *de re pub.* 3,33; *de off.* 3,31,3,69; *pro Cluent.* 53,146), se caracteriza por la utilización de la palabra *lex* no en referencia estricta a las leyes comiciales y los plebiscitos, sino en el sentido más amplio, de carácter filosófico-retórico, de ordenamiento jurídico de la *civitas*. La segunda fase se materializa en la colocación de la *lex* como fuente primera del *ius civile*, ocupando una posición preeminente incluso sobre la costumbre. Esta última idea «expansiva» de *lex* se observa igualmente en algunos escritos ciceronianos (Cic. *de invent.* 2,22; *topica*, 5,28) y está marcada por un obvio sentido ideológico-político. En este punto, resulta de interés el siguiente texto de Pomponio:

D. 1,2,2,12 (Pomp. *enchir. sing.*): *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.*

Aquí, el jurista enumera cuáles son las fuentes del Derecho situando, en primer lugar, a la ley comicial, seguida de la *interpretatio prudentium*, que al recaer sobre los *mores maiorum* configura el *ius civile*. Siguen a esta, según señala Pomponio, el plebiscito, los edictos de los magistrados de los que deriva el *ius honorarium*, los senadoconsultos y también la *principalis constitutio*, pues la norma emanada del *princeps* tiene eficacia y valor de ley.

influencia hasta la actualidad sí nos son sobradamente conocidos. Un primer factor de importancia a tener en cuenta es el hecho de que todas las derivaciones que ha tenido esta palabra en las lenguas occidentales (castellano, portugués, italiano, francés, etc.) aluden a una realidad que podemos considerar uniforme: «ley» equivale para nosotros, como bien señala Biscardi<sup>4</sup>, a norma jurídica o derecho objetivo, a la fuente del derecho por antonomasia, e incluso al estudio o ciencia del Derecho en una acepción más amplia. La evolución tardía de *lex* puede considerarse, pues, clara; sus raíces etimológicas, en cambio, no lo están tanto, en la medida en la que se hunden en un pasado remoto en el que mito y realidad parecen tender a confundirse y cuyo conocimiento para nosotros tiene mucho de difuso e hipotético. Un texto que ha sido utilizado con el ánimo de clarificar este controvertido asunto, en el que a lo largo de los años se han sucedido tendencias doctrinales diversas –en ocasiones contradictorias entre sí– es el siguiente<sup>5</sup>:

*Cic. de leg. 1,19: Itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea uis sit, ut recte facere iubeat, uetet delinquere, eamque rem illi Graeco putant nomine νόμον <a> suum cuique tribuendo appellatam, ego nostro a legendo. Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus uim in lege ponimus, et proprium tamen utrumque legis est. Quod si ita recte dicitur, ut mihi quidem plerumque uideri solet, a lege ducendum est iuris exordium. Ea est enim naturae uis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris atque iniuriae regula. Sed quoniam in populari ratione omnis nostra uersatur oratio, populariter interdum loqui necesse erit, et appellare eam legem, quae scripta sancit quod uult aut iubendo <aut prohibendo>, ut uulgius appellare <solet>. Constituendi uero iuris ab illa summa lege capiamus exordium, quae, saeculis <communis> omnibus, ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino ciuitas constituta.*

---

<sup>4</sup> Cfr. A. BISCARDI, *Sul concetto. cit.* 157.

<sup>5</sup> Para un reciente estudio sobre el lenguaje jurídico romano, véase A. CASTRESANA HERRERO, *La palabra como ars iuris*, en *DIC MIHI, MVUSA, VIRVM: Homenaje al profesor Antonio López Eire* (Salamanca 2010) 105-112. En relación con la etimología de *lex*, cfr. A. WALDE – J. B. HOFFMAN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg 1938); A. ERNOUT – E. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. 4<sup>a</sup> Édition. (reimp. Paris 1979) 629 ss. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome, cit.* 12 ss.; F. SERRAO, *Classi, partiti, cit.* 8 ss.; M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes, I* (London 1996) 87.

Cicerón<sup>6</sup> habla aquí de ley en un sentido que, en principio, se antoja, ante todo, filosófico: se trataría de la razón suprema que, implantada en la naturaleza, indica qué ha de hacerse y, en sentido contrario, prohibirse. Lo que más nos interesa aquí es la parte final del texto, en la que el arpinate señala que el vulgo acostumbra a llamar *lex* a la norma escrita que señala cuáles son las conductas a observar y a evitar, estableciéndose, entonces, una identificación de este término con la idea de escritura, o mejor aún, con la de lectura, y existiendo, entonces, una relación evidente entre las *leges* y el verbo *lego-ere*<sup>7</sup>. Esta vinculación entre la idea de legislación y la de lectura es la que en los últimos años se ha considerado como la piedra angular para la profundización en el conocimiento

---

<sup>6</sup> Para un estudio reciente sobre la figura de Marco Tulio Cicerón en conexión con la jurisprudencia romana, véase A. CASTRO, *Cicerón y la jurisprudencia romana* (Valencia 2011).

<sup>7</sup> J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano, volumen I: Introducción histórica; derecho de personas y de familia; derecho procesal* (Madrid 2015) 87. No es el único texto que apunta hacia esa dirección. También Varrón establece una vinculación entre la idea de ley y la de leer:

Varr. *ling. lat.*, 6,66: *Legere dictum, quod leguntur ab oculis litterae; ideo etiam legati, quod ut publice mittantur leguntur. Item ab legendo leguli, qui oleam aut qui uvas legunt; hinc legumina in frugibus variis; etiam leges, quae lectae et ad populum latae quas observet.*

La idea de *lex* y la de lectura se entrelazan así: el *populus* asimila la ley pública a lo escrito, esto es, al texto mismo de la *rogatio* que ha sido objeto de *promulgatio* y discutido en *contiones* antes de ser votado. Pocas dudas caben, por tanto, de que *lego-ere* debe interpretarse en el sentido de «leer» estableciendo una relación entre el concepto mismo de ley pública con la lectura que de la misma se efectúa en su propia tramitación. Este requisito de la lectura pública y solemne (*recitare*) de las *leges publicae* justo antes del comienzo de la votación se mantiene vigente durante la totalidad de la República y antecede temporalmente a la publicación final de la *lex*, cuya lectura personal y privada carece de valor ritual. Y las leyes comiciales no son las únicas que precisan, además, de este requisito: la celebración de un tratado (*foedus*) lo requiere, y también lo encontramos con relación a la *lex templi*, que se da, como es sabido, para la dedicación de un templo. Este último acto reviste ante todo un carácter jurídico más que religioso, lo cual explica no sólo la presencia en él de un magistrado, sino el hecho de que el pontífice que lee la fórmula de la *dedicatio* le sirva a aquél de auxiliar. Cfr. E. FORCELLINI, *op. cit.* 68 y F. SERRAO, *Classi, partiti, cit.* 8. Magdelain señala, con razón, que la asociación entre *lex* y la idea de leer se fundamenta en la lectura pública que se hace del texto de la *rogatio* antes de ser votada por los *cives*, y no en el fenómeno de la codificación legislativa, que no es conocida en Roma hasta la legislación decenviral. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome, cit.* 18 s. En relación con texto de la *lex Falcidia de legatis*, disponemos al menos del parte de su *rogatio*, reproducida por Paulo en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), lo cual no ocurre con las precedentes *leges Furia testamentaria* y *Voconia*.

etimológico de *lex*. Magdelain defiende esta relación<sup>8</sup>, sosteniendo que esta es una palabra de origen genuinamente itálico. Para él, *lego-ere* –traducible como «leer» o «recorrer con la vista»– no sería, pues, otra cosa que una evolución propia de las lenguas itálicas del término *lex* –una palabra, para el autor, ajena al ámbito de lo sacral<sup>9</sup>–, evolución esta que,

---

<sup>8</sup> *Ibid.* 12 ss.; F. SERRAO, *Classi, partiti*, cit. 5. Ducos se plantea la posibilidad de que Cicerón, por ejemplo, no se refiera a la *lex* en sentido estricto, sino a la idea estoica de ley natural al escribir, en *de re pub.* 1,32,48 que las leyes rigen a los hombres y los mantienen unidos (*Cum lex sit civilis societatis vinculum*). Véase M. DUCOS, *Les romains*, cit. 191 s. Lo mismo puede decirse, en parte, de Cic. *de leg.* 1,19. El trabajo de Magdelain, a su vez, parte de dos premisas elementales –desvinculación entre la etimología de *lex* y el ámbito de lo sacral y origen estrictamente itálico del término– y consigue alcanzar conclusiones haciendo discurrir su razonamiento por la vía de un descarte de posibilidades que podría considerarse como rígido: entiende como harto inconcluyentes todos los esfuerzos llevados a cabo por relacionar etimológicamente la palabra *lex* con otras lenguas, lo cual le lleva a la conclusión de que, a fin de cuentas, su origen no sea otro que el de la propia lengua latina. Y en ese caso, como Cicerón nos muestra, la propia etimología de la palabra contendría ya en sí misma su propio carácter democrático como principal señal de identidad. *Lex* sería, por tanto, una palabra de origen secular e itálico, que con el correr del tiempo va a difundirse por la península a través de sus distintos dialectos. El estudio de estos últimos, en opinión de Magdelain, nos permite clarificar en cierto modo la difusión del término por Italia, pero sin que ello conlleve en modo alguno ningún nuevo conocimiento del concepto en sí mismo. Cfr. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 12 ss.

<sup>9</sup> Magdelain argumenta, como hemos señalado ya, que *lex* es una palabra perteneciente al lenguaje jurídico, y no al religioso. En este sentido, el mayor esfuerzo por vincular desde el punto de vista etimológico al concepto de ley con el mundo de lo sacral proviene del diccionario de Ernout-Meillet, cuyas conclusiones son atacadas, desde luego, por el autor. Cfr. A. ERNOUT – E. MEILLET, *op. cit.* 629 ss. Estas consisten en la defensa de una posible relación entre *lex*, el avéstico *rāzan* y el védico *rājani*, traducibles, según expone, como uso ritual o ley religiosa. Quizá lo más interesante no sea en este punto que Magdelain niegue tal posibilidad, puesto que, como digo, se muestra contrario a atribuir ningún origen religioso a la palabra *lex*, sino que no tenga problemas en aceptar una influencia de esas mismas palabras en el latín, aunque vinculadas a *rex* y *rego*, a las que emparenta con el avéstico *rāzayeiti* («él dirige») y el sánscrito *rājati* («él reina») y *rāj* («rey»). No niega Magdelain, por tanto, una posible influencia de las lenguas indoiranias en el latín arcaico, cuya presencia, de hecho, confirma, pero sí la atribución de una significación mágico-religiosa a los orígenes etimológicos de *lex*. Y esto lo hace a manera de premisa, con independencia de que hablemos de un supuesto origen indoiraní en la etimología de *lex* o de cualquier otra opción. Su razonamiento se materializa, pues, en la imposibilidad de aceptar ese planteamiento por concebir que *lex* alude únicamente a una realidad estrictamente civil y secular. Una total desvinculación entre las ideas de *lex* y de lo sacro puede resultar, sin embargo, un planteamiento excesivamente rígido y estático, con independencia de que las conclusiones a las que conduce a Magdelain pudieran ser acertadas.

desde luego, discurriría carente en todo momento de influencias foráneas. En un sentido contrario, el término ha sido emparentado no solo con las lenguas indoeuropeas<sup>10</sup>, sino también con las germánicas y con el griego. Con relación al primer caso, se ha tratado de relacionar a *lex* con el nórdico *log*, término traducible en el sentido de «lo que está puesto»<sup>11</sup> y que el germanista Scovazzi identifica con la norma que juran observar los miembros de un clan<sup>12</sup>, o con el viejo término anglosajón *lazu*. Ambas palabras parecen encontrar una raíz común en *legh*, que proviene del alemán *liegen* («ser entendido»). Esta teoría fue elaborada primeramente por Lottner y seguida posteriormente, entre otros, por Mommsen, y ha sido contestada, ya antes que por Magdelain, por Meillet y Walde-Hofmann sobre la base de diferencias fonéticas<sup>13</sup>.

En lo que atañe a una posible vinculación entre *lex* y la lengua griega, esta se sostiene en una interpretación de *legere* en la que el término no se refiere tan solo a la idea de «leer lo que está escrito», sino que podría derivar del griego *λέγειν*, traducible en el sentido de «decir». En opinión de Kaser, la idea romana de ley, caracterizada por el hecho de la formulación ritual y solemne de un enunciado frente al pueblo, que es el encargado de decidir si lo acepta o no, entroncaría claramente con esta idea de «decir»,

---

<sup>10</sup> En esto es tajante Magdelain, si bien admite este tipo de influencias en términos relacionados con el ámbito jurídico diferentes de *lex*. Concretamente, opina que con independencia de que para él la *lex* sea un concepto propio y exclusivo del pensamiento jurídico romano, existen muchos términos vinculados con las magistraturas, los comicios, la justicia, etc., que parecen estar relacionados con el mundo indoeuropeo. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 21.

<sup>11</sup> A. BISCARDI, *Sul concetto*, cit. 158.

<sup>12</sup> Cfr. A. BISCARDI, *Sul concetto*, cit. 159. Para Scovazzi, la simple presencia de un juramento por el cual los miembros de una comunidad se comprometen a obedecer una norma no es suficiente para defender la idea de que esta última quede, en primer lugar, fijada, y en segundo término, jurada. Podría ocurrir al contrario, como sucede, de hecho, en el caso de la legislación comicial romana: la norma queda fijada por ser aceptada. M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico* (Milano 1957) §§ 182-187.

<sup>13</sup> C. LOTTNER, *Zeitschrift für vergleichende Sprachforschung* 8 (Berlin 1937) 167; J. DE VRIES, *Altnordisches etymologisches Wörterbuch* (Leiden 1961) s. v. *Log*; V. PISANI, *Ius, fas, lex, sons e I rapporti fra Roma e il mondo germanico*, en *Studi Scherillo* 1-3 (Milano 1972) 919 s.; T. MOMMSEN, *Le Droit public romain* 6 (Paris 1889) 351. Cfr. A. WALDE – J. B. HOFFMANN, *op. cit.* 790. También al margen de la evolución de las lenguas latinas, se ha llegado a defender la existencia de un cierto paralelismo entre la etimología de *lex* y el irlandés *leig*. Cfr. A. ERNOUT – E. MEILLET, *op. cit.* s. v. *Lex*.

propia de λέγειν<sup>14</sup>. Huelga señalar, naturalmente, que Magdelain, defensor del origen estrictamente itálico de *lex*, no acepta tal posibilidad, y argumenta que sólo en época post-homérica se atribuye a la palabra λέγειν el referido sentido de «decir», sin que exista, por tanto, equivalencia en este punto entre ella y *lego-ere*, que, por otra parte, no parece traducible en ese sentido de «decir». La relación entre *lego-ere* y λέγειν se antoja, pues, para él, poco creíble<sup>15</sup>. Biscardi<sup>16</sup>, en cambio, asume una postura bastante más flexible: para él, el *iter* formativo de la ley es una suerte de diálogo entre el magistrado que confecciona la *rogatio* y el *populus* que debe proceder a votarla. No solo encontramos, pues, la idea de «decir» en la preceptiva lectura solemne de la propuesta legislativa que ha de llevarse a cabo antes de las votaciones, sino que estas mismas consistieron en la formulación de un voto que, como es sabido, antes de la *lex Gabinia tabellaria* del 139 a.C., siempre fue de naturaleza verbal conforme a la fórmula *uti rogas* (VR) / *antiquo* (A)<sup>17</sup>. El planteamiento de Biscardi se antoja sugerente, desde luego, sobre todo por cuanto entronca con un sistema de votación, el de la fórmula verbal, que es el propio de las primeras fases de la evolución histórica de la legislación pública romana.

La posible relación entre la lengua griega y la etimología de *lex* se hace aún más oscura e intrincada desde el momento en el que traducimos *lego-ere* no ya en el sentido hasta ahora apuntado de «leer», sino también en el de «escoger», cuestión esta abordada por Magdelain<sup>18</sup>. Desde este punto de vista, la ley sería, para Cicerón, algo que se lee y

---

<sup>14</sup> El *Lateinisches etymologischen Wörterbuch* de Walde-Hoffmann apunta que la raíz de *lex* estaría en *leg* o *lec*, emparentándose, por tanto, el término, con la idea de fórmula verbal (lo que está dicho; lo que se dice). Este pensamiento ha influido en Siber y en Kaser, Cfr. H. SIBER, *Die ältesten römischen Volksversammlungen*, en *ZSS* 57 (Wien 1937) 233 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht* 1, 2ª ed. (München 1971) 30.

<sup>15</sup> A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 14. A mi juicio, la referencia a la época post-homérica no constituye precisamente un asunto sobre el que quepa hablar con contundencia. Como es sabido, la datación de la *Ilíada* y la llamada «cuestión homérica» constituyen uno de los más clásicos debates entre los expertos en la lengua griega arcaica y los historiadores de la antigüedad.

<sup>16</sup> A. BISCARDI, *Sul concetto*, cit. 158.

<sup>17</sup> Sobre el procedimiento legislativo, *infra*. 42.

<sup>18</sup> Respecto a la relación entre *lex* y *lego*, Magdelain señala cómo a diferencia de lo que sucede con otras palabras como *rex-rego*, el sustantivo no adquiere aquí un sentido institucional, sino que pasa a ser «nombre de acción», y aporta ejemplos similares procedentes de otras lenguas: «Ce sens se retroive en d'autres



que se escoge. Precisamente esta posibilidad de traducir *lego-ere* como algo que se elige y que se percibe por la vista, esto es, que se lee, es otro de los argumentos que han llevado a Kaser a emparentar el término con el arriba referido *λέγειν*, que parece soportar, aunque sea aproximadamente, ambas traducciones<sup>19</sup>. Ni que decir tiene que para Magdelain esta interpretación imposibilita completamente la opción de establecer un vínculo entre la *lex* y la idea griega de *nomos* (*νόμος*), relacionada con el hecho de dar a cada uno lo suyo, y utilizable, como apunta Ducos<sup>20</sup> –también crítico con cualquier posible relación entre ambos términos– para referirse a cualquier clase de norma emanada de una comunidad cívica (usos, costumbres, leyes). De este modo, el concepto romano de ley queda bien diferenciado respecto del griego, de carácter mucho más amplio y genérico. Interpretando el término latino no ya solamente como algo que se percibe a través de la vista, sino en el sentido posible de algo que se escoge, la *lex* romana no se fundaría únicamente sobre la idea de la equidad como pilar esencial, tal y como ocurre con el *nomos* griego, sino que incorporaría en su propio concepto un elemento genuino y diferenciador que no sería otro que su propia vocación democrática<sup>21</sup> en la medida en la que la *lex* es tal porque es el *populus Romanus* quien otorga su asentimiento (*iussum populi*) al magistrado que la propone en sede comicial.

En el mundo griego, por tanto, Derecho y ley se confunden, lo cual explicaría, naturalmente, la importancia dada por él a las leyes; en el romano, en cambio, las *leges publicae* se caracterizan, siguiendo nuevamente a Ducos, por los rasgos de estabilidad, permanencia y precisión, y se identifican, más que con el propio *ius*, con la fórmula que

---

langues chez des verbes de même racine; grec *λέγω* “je cueille”, albanais *mb-l’eth* “je cueille”, gotique *lisan* “cueillir” etc.». A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 14.

<sup>19</sup> M. KASER, *Das Römische Privatrecht* 1, 2ª ed. (München 1971) 30.

<sup>20</sup> El término derivaría a su vez del griego *νέμω*, que significa precisamente distribución, atribución. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 38 ss.

<sup>21</sup> No han faltado, por ejemplo, quienes en fechas más recientes han acentuado este sentido democrático de la *lex* buscando una vinculación del término con *legare*, en el sentido de delegar poder o autoridad, pues la ley pública dista enormemente de ser un acto de imposición por parte del magistrado al exigirse su ratificación comicial. También se ha relacionado *lex* con *ligare*. Cfr. F. SERRAO, *Classi, partiti*, cit. 8.

ayuda a fijarlo<sup>22</sup>. Esa falta de identificación entre *lex* e *ius*, que estudiaremos más adelante en el presente capítulo, es un elemento de capital importancia a la hora de comprender el sentido de las leyes Furia testamentaria, Voconia y Falcidia, sobre las que versa el presente trabajo: tal y como se describe en Gai. 2,224, el *ius civile* no era contrario a la posibilidad de que un testador dispersase la totalidad de los bienes hereditarios en *legata*, sin mencionar a los *sui* más que para la mera *heredis institutio* a efectos de evitar las consecuencias de la preterición o de la desheredación injustificada. Son estas *leges* las que, al buscar la existencia de un reserva a favor del *heres*, ejercen una capital influencia en el ámbito del *ius*<sup>23</sup>.

La *lex publica* romana, como dice Ducos, es entonces el triunfo de la concreción en el Derecho, que se opone a la generalidad del concepto griego, al que no podría, pues, equivaler. Como se ve, tanto Magdelain como Ducos parten, como premisa elemental a la hora de reflexionar sobre este problema, de la idea de que en el sistema de fuentes del Derecho romano la expresión *lex publica* se refiere específicamente al Derecho positivo, a la norma votada por el pueblo, que queda obligado a su cumplimiento, de modo que constituye una verdadera antítesis de la costumbre y otras formas de producción normativa que sí tienen cabida en el más difuso concepto griego de *nomos*<sup>24</sup>.

Con todo, esta negación ciertamente radical de cualquier clase de influencia exterior en el concepto de *lex* romana manifiesta, empero, una visión del problema que puede resultar un tanto cerrada. En este punto, es de nuevo Biscardi<sup>25</sup> quien asume una postura, a mi juicio, más equilibrada, al afirmar que existe al menos una influencia de *νόμος* si no en la misma etimología de *lex*, sí al menos en la idea filosófica y «expansiva» que Cicerón manifiesta a menudo del término, al que vincula frecuentemente, como antes decíamos, no ya con la realidad de la ley comicial o plebiscitaria, sino con la del *ius* en

---

<sup>22</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 39.

<sup>23</sup> Sobre todo este proceso, *infra*. 77.

<sup>24</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 10.

<sup>25</sup> A. BISCARDI, *Sul concetto*, cit. 161.

su integridad, el Derecho de la *civitas* que Cicerón vincula a menudo con el derecho natural<sup>26</sup>.

Sea como fuere, el trabajo de Magdelain, como se ve, parte de dos premisas elementales –desvinculación entre la etimología de *lex* y el ámbito de lo sacral y origen estrictamente itálico del término<sup>27</sup>– y consigue alcanzar conclusiones haciendo discurrir su razonamiento por la vía de un descarte de posibilidades que, si bien puede manifestarse como rígido, resulta efectivo: considera hartamente inconcluyentes todos los esfuerzos llevados a cabo por relacionar etimológicamente a la palabra *lex* con otras lenguas, lo cual le conduce inequívocamente a la conclusión de que, a fin de cuentas, su origen no debería ser otro que el de la propia lengua latina<sup>28</sup>: en ese caso, como Cicerón nos muestra, la etimología misma de la palabra contendría ya en sí su propio carácter democrático como principal señal de identidad.

## 1.2. Concepto de *lex publica*.

### 1.2.1. Consideraciones previas.

Antes de emplearnos a la tarea de tratar de conceptualizar la idea romana de *lex publica*, es de todo punto necesario sumergirse en la historia de la actividad legislativa en la Roma primitiva a efectos de adquirir una visión mínimamente certera de la realidad a definir. En términos estrictamente históricos, es preciso retrotraerse hasta la fase precívica de la historia romana para encontrar los fundamentos de los que germinará posteriormente la idea de *lex publica*. Nos referimos, claro está, a la aparición de los mismos *mores maiorum*, esto es, de la costumbre que, como es sabido, sirve como fuente tanto del *ius* como del *fas*<sup>29</sup>. La dicotomía, empero, entre estos dos conceptos debió partir

---

<sup>26</sup> F. SERRAO, *Classi, partiti, cit.* 5; M. DUCOS, *Les romains, cit.* 191 s.

<sup>27</sup> *Lex* sería, por tanto, una palabra de origen secular e itálico, que con el correr del tiempo va a difundirse por la península a través de sus distintos dialectos. El estudio de estos últimos, en opinión de Magdelain, nos permite clarificar en cierto modo la difusión del término por Italia, pero sin que ello conlleve en modo alguno ningún nuevo conocimiento del concepto en sí mismo. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome, cit.* 12.

<sup>28</sup> *Ibid.* 14.

<sup>29</sup> Estas costumbres nacen indudablemente de las *familiae*, es decir, de los grupos gentilicios que preexistieron a la unidad ciudadana. F. SERRAO, s. v. *Legge* en *Enciclopedia del Diritto* (Milano 1960)

históricamente de un estado originario que ha sido calificado por la doctrina como confuso en lo que concierne a la separación formal (*Serv. in Verg. Georg.* 1,269; *Isid. etym.* 5,2,2) entre las relaciones entre los hombres y la divinidad (*fas*) y las puramente interpersonales (*ius*). En ese primer estado, la costumbre nacida de estas agrupaciones familiares gentilicias debió generar un conjunto de principios normativos en los que en opinión de Ribas Alba y Serrano Vicente «no existía distinción entre derecho, moral o religión y que ha sido identificado con el concepto de *fas*»<sup>30</sup>, y en el que el carácter imperativo de la norma se vincularía con la voluntad divina. El monarca romano, pues, sumaría en tiempos pretéritos su propia normativa regia al *ius*, que habría adquirido así un carácter separado del *fas*, esto es, de lo que concierne al ámbito de lo divino<sup>31</sup>.

El hecho de que *ius* y *fas* sean elementos contrapuestos parece incuestionable: el primero se vincula con el mundo de los hombres y el segundo, como señalamos arriba, con el de los dioses:

*Serv. in Verg. Georg.* 1,269: [...] *id est divina humanaque iura permittunt; nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent.*

---

799; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia en Roma. Introducción al Derecho Electoral Romano*. 2ª ed. (Granada 2009) 31. Sobre la etimología de *fas*, véase A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 56 s.

<sup>30</sup> J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 57 s. En esta misma línea argumental, Guarino entiende que el *ius* vendría a ser entonces una suerte de especificación del *fas*, limitada también por la idea de *nefas*. En el marco del *fas*, de lo permitido por los dioses, el *ius* representa para él aquello que se ha determinado o fijado positivamente: un poder, un precepto, una facultad, etc., de manera que se hace inconcebible un *ius* que sea *nefas* y un *fas* que no sea, al mismo tiempo, *ius*, pues este debe ser *iustum*. La tesis de Guarino consiste, por tanto, en presentar al *ius* como evolución del *fas*, concibiéndolo como el ámbito de actuación humana permitido por los dioses. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 60 ss. Cfr. A. BISCARDI, *Sul concetto*, cit. 160. Este último defiende una tesis inversa: no es el *ius* el que proviene del *fas*, sino al contrario: ese conjunto normativo primario del que hablamos, carente de separación entre los elementos religiosos y los seculares no se identificaría con el *fas*, sino con el *ius*, del que derivaría aquél (*ius est, ius non est = fas, nefas*).

<sup>31</sup> J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 257; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 57 s. Para un mayor abundamiento bibliográfico véanse C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma 1955) 25 ss; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Torino 1967) 102 ss.

Isid. *etym.* 5,2,2: *Fas lex divina, ius lex humana est.*

Esta antítesis entre *ius* y *fas* es producto de una mentalidad evolucionada capaz de distinguir y separar los imperativos estrictamente religiosos de los puramente civiles, superando la teocracia como forma primaria de gobierno, tan propia de pueblos y culturas de escaso desarrollo jurídico. La división de este primer y confuso Derecho en *ius* y *fas* es signo de progreso y de la capacidad de un determinado pueblo de alcanzar la pura abstracción jurídica despojada del mandato religioso, castigando la conducta indeseada bajo parámetros que resultan estrictamente secularizados. Sin embargo, la fractura entre Derecho y *religio* nunca llegará a ser, desde luego, definitiva en la experiencia jurídica de Roma: como se sabe, antes de Gneo Flavio, es el colegio de pontífices quien ostenta la práctica exclusiva de la actividad de la *interpretatio* de los *mores maiorum*; más aún, lo estrecho del vínculo que une a ambos conceptos se manifiesta, además, en el hecho de que, en el ámbito legislativo, se requiera del consentimiento de la divinidad a través de quienes son capaces de interpretarla mediante auspicios durante el *iter* formativo de las leyes: si existen signos desfavorables –relámpagos, crisis epilépticas en alguno de los presentes, etc.– se incurre en el *morbus comitialis* o vicios equivalentes y la reunión debe suspenderse<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> En lo que concierne al *fas*, realmente no es posible comprenderlo sin referir la existencia de su elemento opuesto, esto es, de aquello que es *nefas* y que conlleva, en consecuencia, la ira divina. Es *nefas* aquello que, por estar prohibido, ofende a la divinidad y pone, por ende, en peligro al resto de la comunidad, que reacciona imponiendo la *sacratio capitis* al responsable con el ánimo de restituir de ese modo la *pax deorum*. *Fas* y *nefas* son, pues, elementos inseparables, pues si una cosa es lícita, la otra no lo es. Considero acertada, en este punto, la idea de Guarino de concebir realmente al *fas* como una concreción o especificación del *nefas*, que sería un concepto anterior: el *fas* es una consecuencia de aquél, pues la opinión divina respecto de las actuaciones de los hombres se manifiesta para la mentalidad antigua solo en caso de desagrado. Si *nefas* es lo prohibido, aquello que perturba las relaciones entre la comunidad humana y unos dioses que se han preocupado en manifestarlo de ese modo, *fas* es entonces la esfera de actuación que estos dejan al ciudadano para organizarse e interactuar libremente. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 60 ss. Una mayor profundización en la oscura cuestión de la separación entre *fas* y *nefas* excede, en cualquier caso, de las pretensiones de estas páginas. Sobre el concepto de *pax deorum*, véanse M. SORDI, *Pax deorum e libertà religiosa nella storia de Roma*, en AA.VV., *La pace nel mondo antico* (Milano 1985); E. MONTANARI, «*Tempo della città*» e *pax deorum: l'infissione del clavus annalis*, en *Mito e storia nell'annalistica romana delle origini* (Roma 1990); C. SANTI, *Alle radici del sacro. Lesico e formule di Roma antica* (Roma 2004) 63 y 133 ss.

Cómo se produce, en cualquier caso, la división o fragmentación en dos de ese primer derecho primitivo es una cuestión difícil de resolver, pero parece evidente que la ley, nacida probablemente en el sentido de «fórmula ritual», experimentaría paulatinamente un proceso de racionalización en el que se habría ido despojando cada vez en mayor medida de cualquier fundamentación mágico-religiosa hasta ser entendida simplemente como «proposición imperativa»<sup>33</sup>. El punto álgido de todo este proceso, ya alcanzado sin duda antes de la legislación decenviral, sería precisamente la aparición de la *lex comitialis* en el sentido que venimos desarrollando en estas páginas: no es producto de la *lex rogata* de una imposición unilateral fundada solo en argumentos de índole religiosa, sino más bien el resultado fáctico de la convergencia de voluntades de todos los agentes relevantes (magistrado, Senado, *populus*)<sup>34</sup>. Se pone así de relieve hasta qué punto la agrupación humana se caracteriza ante todo por investirse a sí misma de capacidad autonormativa –sin que ello implique una ausencia de elementos sacrales en el propio procedimiento legislativo, como se señala en este mismo estudio<sup>35</sup>–, signo ello de una forma de gobierno esencialmente democrática<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> P. CERAMI, *Potere*, cit. 116, 118 y 126.

<sup>34</sup> *Infra*. 33 n. 61.

<sup>35</sup> *Infra*. 42.

<sup>36</sup> De hecho, la doctrina partidaria de entender la historia de las reivindicaciones de la plebe al patriciado en un sentido «revolucionario» ha apuntado, partiendo como premisa de la idea –discutible, para nosotros, como veremos más adelante–, que Roma recibe la democracia por primera vez por el impulso de estos movimientos políticos. Así, el primer ejemplo de *lex* en sentido técnico lo constituirían las *leges sacratae*, la primera de las cuales fue, como se sabe, un plebiscito propuesto en el 494 a.C. por L. Junio Bruto que atribuía la *sacrosanctitas* a los tribunos de la plebe (Cic. *pro Tull.* 49). Este planteamiento, negador del carácter esencialmente democrático de la primitiva constitución romana, previa incluso a la estratificación de su sociedad en patricios y plebeyos, es defendido por Serrao para el que Roma desconoce un sistema democrático de gobierno hasta la famosa secesión plebeya del 494 a.C., señalando el autor la conveniencia de estudiar los ejemplos antiguos de *sanctiones* de las *leges sacratae* de la plebe a fin de comprender realmente sus funciones y práctica, y apuntando que su objetivo fue claramente la búsqueda de la aplicación efectiva de la ley mediante la amenaza que implicaba su carácter jurado contra el infractor, al que se podía dar muerte (Liv. 2,35,4; 2,52,5). Con las garantías que preveían estas *leges sacratae*, se buscaría, en suma, hacer realidad la voluntad de la *plebs* de autorregularse, si bien es cierto que la aplicación de la pena capital quedaba reservada en exclusiva a los comicios centuriados a partir de las XII Tablas (Cic. *de re pub.* 2,36,61; *de leg.* 3,4,11). Nuestros planteamientos sobre la idea de democracia en la primitiva Roma y el

Mención especial merecen, naturalmente, las *leges sacratae*, así llamadas por estar sancionadas a través de juramento, de modo que quien las violentase pudiera ser nombrado *sacer*<sup>37</sup>, consagrado a la divinidad (Dion. Hal. 6,89,3; 7,17,15)<sup>38</sup>. Desde este punto de vista, la importancia de estos plebiscitos jurados debió ser considerablemente superior a la de aquellos que no dispusiesen de tal juramento, cuya presencia o ausencia se ha explicado acudiendo a la idea de que la *plebs* contaría con su propio orden de prioridades en lo que concierne a sus reivindicaciones contra el orden patricio, de modo que buscaría producir un especial impacto en aquellas materias que considerase de mayor importancia acudiendo a la práctica de hacer jurar el plebiscito y revestirlo, de este modo, de una fuerza vinculatoria que se viene a relacionar, como digo, con el mundo de lo sagrado<sup>39</sup>. Sin embargo, el hecho de que las fuentes históricas no nos permitan considerar que las disposiciones normativas emanadas de las asambleas de la plebe recibiesen antes de la *exaequatio* la consideración de *leges* nos plantea, aparentemente, un problema de denominación. ¿Realmente se refirió la plebe como tales a estas normas sagradas de las que hablamos? Magdelain lo niega<sup>40</sup>, señalando que para etruscos, volscos y samnitas, la *lex sacrata* no equivale a nuestra idea de *lex rogata*, sino que es una disposición normativa unilateral emanada por la autoridad para castigar con la *sacratio* a quien no respete el juramento a las armas, de modo que para estos pueblos antiguos tendría un carácter militar. Para él, por tanto, la *lex sacrata* tiene un origen itálico y militar, y fue importada a Roma en fecha desconocida, sin que arroje luz alguna en nuestro conocimiento de las leyes públicas, al no ser normas aprobadas por el consenso ciudadano, sino dictadas

---

carácter supuestamente revolucionario de los sucesos del 494 a.C. nos obligan a separarnos de estos de Serrao, como tendremos oportunidad de estudiar más adelante. Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 803; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 261 ss.; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 52.

<sup>37</sup> Sobre la pena de *sacertas*, véase por todos C. SANTI, *op. cit.* 17 ss.

<sup>38</sup> Véase J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 52.

<sup>39</sup> F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 808. Ya Sófocles, de hecho, nos señala en su *Áyax* la importancia del temor como elemento garantizador del cumplimiento de las leyes al manifestar que estas carecerían de su fuerza si no estuviesen sostenidas por el miedo a las consecuencias que implica su incumplimiento (Sof. *Áyax*, 5,1074).

<sup>40</sup> A. MAGDELAIN, *op. cit.* 57 ss.

unilateralmente. Dejando a un lado el hecho, hasta cierto punto contradictorio, de que Magdelain no acepte influencias foráneas en la idea romana de ley y sí lo haga en lo que atañe a la *lex sacrata*, resulta de interés detenerse en el siguiente fragmento de Festo, en el que se nos informa de que estas leyes son las que prevén la consagración a la divinidad con su patrimonio de quien las contraríe, siendo también las juradas por la plebe en el monte Sacro: esto nos permite explicar la designación de las leyes como *sacratae* sin necesidad de salir, pues, de Roma, habida cuenta de que el autor alude a una localización geográfica concreta cual es la del monte Sacro:

Fest. *de verb. signif.* L. 422,25: *Sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui[c] quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum sit cum familia pecuniaque. Sunt qui esse dicant sacratas, quas plebes iurata in monte Sacro scriverit*<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> C. SANTI, *op. cit.* 81 s. Cfr. P. FREZZA, *Corso di storia del Diritto Romano* (Roma 1974) 386 ss. Partiendo de esta idea de *lex sacrata* que nos ofrece Festo, Frezza considera como sacrosantas las leyes que preveían la aplicación de la *sacratio capitis et bonorum*, si bien la cuestión resulta realmente algo más compleja. Cfr. P. CERAMI, *Potere. cit.* 120. Cerami señala en este punto que el planteamiento más habitual a la hora de reflexionar sobre qué hace *sacrata* a una norma es la presencia de una ceremonia (*caeremoniis*) en la que la plebe hace uso de su *ius iurandum*. Los elementos característicos de una *lex sacrata* serían, entonces, los siguientes:

1. Es una deliberación ritual plebeya.
2. Está dotada de juramento.
3. El cumplimiento de lo jurado se garantiza con la *sacratio capitis*, a la que condena ya la *plebs* a los ofensores de los tribunos de la plebe en el 494 a.C. Esto implicaría, por tanto, que este elemento aislado no es el que haría *sacrata* a una *lex*, a la manera en la que lo entiende Frezza, sino que sería uno de sus múltiples rasgos.
4. Como consecuencia de lo anterior, se produce la calificación de *sacrosanctus* de la persona a la que se refiere la decisión jurada. Así lo refiere nuevamente Festo al llamar de ese modo a lo instituido por la vía del juramento, de manera que quien lo viole pueda ser muerto impunemente. Pone inmediatamente después como ejemplos de ello a los tribunos de la plebe y a los ediles, y refiere la opinión positiva de Catón al respecto:

Fest. 422,17: *Sacrosanctum dicitur, quod iure iurando interposito est institutum, si quis id violasset, ut morte poenas penderet. Cuius generis sunt tribuni plebis aedilesve eiusdem ordinis; quod adfirmat M. Cato in ea, quam scripsit, aediles plebis sacrosanctos esse.*



Además, la tradición analística romana, aun empleando la palabra *lex* para referirse a estas normas sagradas de la plebe, no llega a confundirlas nunca con las *leges publicae* de los comicios centuriados y por tribus, y no lo hace porque parte, sin duda, de la premisa de que no existe una noción de ley que tenga realmente un carácter unitario – del mismo modo que se habla de leyes comiciales, también hay otras que reciben el mismo nombre y que tienen un carácter unilateral (*leges datae*)–, de manera que su uso en el marco de los *concilia plebis* no resulta necesariamente conflictivo.

En cuanto al carácter sacrosanto de los tribunos de la plebe<sup>42</sup>, la idea de *sacrosanctus* implica en Roma un modo de actuación, de manera que quien lo infringe es

---

Cicerón, en esta misma línea, escribe en el *Pro Balbo* que es sacrosanto lo sancionado por el pueblo por la vía del juramento y por la de la imposición de la *sacratio*:

Cic. *pro Balb.* 33: *Primum enim sacrosanctum esse nihil potest nisi quod populus plebesve sanxit; deinde sanctiones sacrandae sunt aut genere ipso aut obtestatione et consecratione legis aut poenae, cum caput eius qui contra fecerit consecratur.*

Para el arpinate, por tanto, tiene la condición de sacrosanta cualquier declaración de voluntad del *populus* reforzada con una *sanctio*, precisamente, sacrosanta.

Sobre el proceso de Balbo, cfr. B. PERIÑÁN GÓMEZ, *El proceso contra L. Cornelio Balbo Maior: Estudio jurídico* (Pamplona 2011).

<sup>42</sup> C. SANTI, *op. cit.* 81 s. Con relación al origen de los tribunos de la plebe, Livio señala que aparecen como consecuencia de un *foedus* o acuerdo entre patricios o plebeyos tras la primera secesión plebeya (Liv. 2,33,1-2). P. DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano* (Roma 1926). El autor, al apuntar que *concilia plebis* y tribunos de la plebe nacen a raíz de ese pacto, señala que, desde ese momento la plebe viene a constituir una suerte de Estado dentro del Estado. La misma expresión la encontramos en V. ARANGIO-RUIZ, *Historia, cit.* 60. Ahora bien, la celebración de ese *foedus* entre patricios y plebeyos no puede utilizarse como elemento confirmador de la teoría de que ambos grupos pertenecieran inicialmente a orígenes étnicos diferenciados: Viñas expone la cuestión con brillantez cuando señala que puede, efectivamente, hablarse de *foedus* entre las dos clases aun sin dar por sentada la teoría de la diversidad étnica, pues con independencia de cuales sean los orígenes más remotos de la *plebs*, la realidad fáctica de los siglos V y IV a.C. hace evidente que «existe un dualismo en la primitiva organización de patricios y plebeyos». Además, el autor considera que la institución del tribunado de la plebe debe ser, en cambio, aún anterior en el tiempo, si bien admite que podría haber visto desde entonces reforzado su poder. Concretamente, el autor señala que si «tribuno» era una denominación utilizada propiamente para designar a los oficiales militares, a partir de los sucesos del 494 a.C. queda plenamente justificado que se nombre de este modo a los líderes políticos de la plebe, que centran desde este momento su interés en combatir al patriciado con unas reivindicaciones que, como hemos dicho, afectan a todos los órdenes sociales.

castigado con la *sacratio capitis*<sup>43</sup>. Sobre esta *sacrosanctitas* tribunicia, que parece provenir de la primera *lex sacrata* aprobada en los *comitia curiata* en el 494 a.C. (Cic. *pro Tull.* 49), escribe Livio lo siguiente, en concordancia con Dion. Hal. 6,89,3:

Liv. 3,55,6-10: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur, cuius rei prope iam memoria aboleverat, relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis renovarunt, et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret. Hac lege iuris interpretes negant quemquam sacrosanctum esse, sed eum qui eorum cui nocuerit Iovi sacrum sanciri; itaque aedilem prendi ducique a maioribus magistratibus, quod, etsi non iure fiat—noceri enim ei cui hac lege non liceat—tamen argumentum esse non haberi pro sacro sanctoque aedilem; tribunos veteri iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse.*

Patricios y plebeyos llegaron, como se ve, a un acuerdo (*foedus*) tras la primera secesión de la *plebs* a través del cual el Senado pasó a reconocer a los tribunos<sup>44</sup>. Para

---

«Tribuno» conecta etimológicamente con tribu, y en cuanto a líder de una de ellas, se manifiesta históricamente con carácter militar, punto este en el que Viñas señala que el decisivo papel ejercitado por la plebe en este ámbito ayuda a comprender el hecho de que a sus jefes se les diese un nombre similar al de los oficiales del ejército aun sin tener todas las atribuciones de los tribunos militares. Cfr. A. VIÑAS, *Instituciones*, cit. 34, 168 ss. y 171; F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 803.

<sup>43</sup> A. VIÑAS, *Instituciones*, cit. 173 s.

<sup>44</sup> Es incierto el número originario de tribunos de la plebe, que queda definitivamente fijado en diez a mediados de ese mismo siglo V a.C. J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 259 s. Aunque inicialmente el número de tribunos elegidos no era ese, Livio (Liv. 3,30,7) señala que se alcanzó esta cifra en el 457 a.C., a efectos de que hubiese dos tribunos por cada clase, lo que sugiere, como ha apuntado con acierto Ribas Alba, un esfuerzo por superar la jerarquización primitiva de la asamblea plebeya. Concretamente, el historiador romano dice que inicialmente los tribunos de la plebe eran dos (Liv. 2,33,1-2) y que se crearon, como ya hemos visto, tras la primera secesión. A estos se añadieron tres más por cooptación en el año 471 a.C. (Liv. 2,58,1) –también Dionisio de Halicarnaso refiere esa misma cifra de cinco *tribuni* (Dion. Hal. 6,88-89)–. Finalmente, durante una crisis bélica producida en el 457 a.C. a causa de un ejército sabino que amenazaba con asolar Roma, la cifra alcanzó el número definitivo de diez (Liv. 3,30,4-6).

proteger a estos últimos, L. Junio Bruto reúne entonces a la plebe para legislar su protección mediante una *lex sacrata* que les revistiese de inviolabilidad, lo que suponía en la práctica que quien les obligase a hacer lo que no quisieren, los golpearan u ordenasen a otro a hacerlo, los mataran o llamaren a otro a darles muerte, quedaban (también en el caso de que estas actuaciones se dieran contra los ediles y los jueces decenviros) consagrados a Júpiter –podían ser muertos por cualquier ciudadano sin que por ello fuese condonado<sup>45</sup>– y sus bienes se destinaban a los templos de Ceres, Libero y Libera. Hay autores, sin embargo, que han restado credibilidad a la existencia histórica de esta *lex Icilia de tribunicia potestate*, fechada en el 492 a.C. y que, como se ve, buscaba, a fin de cuentas, que los tribunos no fuesen perturbados en el ejercicio de sus funciones<sup>46</sup>. Para esta última tendencia doctrinal, la *sacrosanctitas* tribunicia no sería obra de leyes ni de juramentos, sino que más bien vendría a ser el resultado de dos fases históricas diferenciadas: en la primera de ellas, la plebe busca fortalecer a sus propios líderes colocándoles bajo la protección divina y declarando sacrílegos a quienes atentasen contra ellos. En la segunda, la comunidad patricia habría acabado reconociendo esta inviolabilidad. Sea como fuere, esta facultad de castigar con la *sacertas* a los ofensores de los *tribuni* se vio temporalmente suspendida durante la experiencia histórica de los dos decenviratos, al no ejercitar estos durante esos años sus funciones. Se ha defendido que su *sacrosancta potestas* debió seguir existiendo, naturalmente, durante ese tiempo, pero quizá sin que hubiera consecuencias para quienes la vulneraran<sup>47</sup>.

Resulta interesante que, en un estudio reciente, Santi ha demostrado cómo existe una relación entre el número de casos de aplicación de la pena de *sacertas* de los que tenemos conocimiento y el progreso político de la plebe. La primera *lex* republicana que recoge este castigo es ya la *lex Valeria de adfectione regni*, propuesta en el 509 a.C. por

---

<sup>45</sup> Festo habla del concepto de *homo sacer* en un sentido más extrajurídico cuando señala que *Ex quo quivis homo malus atque inprobis sacer appellari solet* (Fest. 424 L). Véase C. SANTI, *op. cit.* 78 ss. y 119. Puede hablarse de *sacratio* en un doble sentido: como expulsión del cuerpo cívico y como una suerte de linchamiento legalizado, si bien este último es una posible consecuencia de lo anterior.

<sup>46</sup> E. VON HERZOG, *Über Die Glaubwürdigkeit Der Aus Der Römischen Republik Bis Zum Jahre 387 D. St. Überlieferten Gesetze* (Tubingen 1881) 12; J. BINDER, *Die plebs* (Leipzig 1909) 471; G. ROTONDI, *Leges, cit.* 193.

<sup>47</sup> C. SANTI, *op. cit.* 150 ss. y 193 ss.; A. VIÑAS, *Instituciones, cit.* 173 s.

el cónsul P. Valerius Publicola para aplicar este castigo a quien tratase de restaurar la monarquía<sup>48</sup>. Los casos inmediatamente anteriores a las *leges Liciniae Sextiae* serían, según su exposición, los siguientes:

1. Espurio Casio, cónsul en el 502 a.C. y en el 493 a.C., es un personaje especialmente popular por la celebración del famoso *foedus Cassianum*. En el 486 a.C. es elegido por tercera vez cónsul y estipula un tratado con los hérnicos, pueblo ubicado entre los ecuos y los volscos, y de importancia para la seguridad de Roma. Liv. 2,41,2-3 informa de que las condiciones económicas del tratado, unidas a la presentación de una ley agraria, hicieron temer al Senado que pudiese terminar acaparando un exceso de poder personal pernicioso para la estabilidad de la República, y nada más terminar en el cargo, fue ajusticiado. Hay tres versiones de su muerte: el propio Livio señala que lo mató su padre fustigándolo tras un proceso privado, y que su dinero se empleó en erigir una estatua a Ceres (Liv. 2,41,10), si bien también apunta que, según otros, fue ejecutado tras un proceso público y que su casa fue destruida (Liv. 2,41,11; Dion. Hal. 8,79,1-3; Val. Max. 5,8,2; Plin. *nat. his.* 34,15). Por su parte, Dionisio de Halicarnaso refiere que fue arrojado desde la roca Tarpeya (Dion. Hal. 8,78,5).

2. En el año 439 a.C., Espurio Melio, un ciudadano adinerado, se gana el favor de la plebe, alimentándola en una carestía. El prefecto Lucio Minucio, encargado del abastecimiento, refiere al Senado sus temores de que aquél aspire al *regnum*, lo cual provoca que se nombre dictador a Lucio Quincio Cincinato, que hace *magister equitum* a un tal Cayo Servilio Ahala. En Liv. 4,13 ss. se narra cómo estos dos conminan a Melio a que se defienda de las acusaciones en el Senado, pero él, en lugar de encaminarse con ellos para ser juzgado, reclama la protección de la plebe gritando que quieren asesinarle. Ante su resistencia, Ahala le hiere de muerte, hecho que contó con la aprobación del dictador<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Esta ley, pese a castigar con la *sacratio capitis* al infractor, no recibió la designación de *lex sacrata*, término que parece, por tanto, imposible de desvincular del ámbito de las luchas de la plebe contra el patriciado. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 79 s.

<sup>49</sup> Sobre este episodio concreto, cfr. A. POLLERA, *La carestia del 439 a.C. e l'uccisione di Spurio Melio*, en *BIDR* 82 (Milano 1979) 141 ss.

3. Manlio Capitolino organizó en el 385 a.C. un levantamiento contra el orden republicano por el cual fue sometido a juicio popular en el Campo de Marte, si bien la votación fue interrumpida por temor a que saliese absuelto debido a su prestigio militar, ganado contra los galos. Al día siguiente la sesión se retomó en emplazamiento distinto y fue condenado a caer desde la roca Tarpeya (Liv. 5,47,49; 6,11-20).

Lo verdaderamente interesante es cómo, tal y como apunta Santi, el triunfo de las reivindicaciones plebeyas que se materializa en las *leges Liciniae Sextiae* hace que durante más de dos siglos, concretamente de los años 385 a 133 a.C., no tengamos noticia de casos de *adfectatio regni*: la clase plebeya, al acceder a las altas magistraturas y a los puestos sacerdotales, no se verá tentada por el fenómeno de la demagogia política, en efecto, hasta Tiberio Graco<sup>50</sup>.

#### 1.2.2. Noción de *lex publica*.

Aul. Gell., 10,20,2: *Ateius Capito, publici privatique iuris peritissimus, quid «lex» esset, hisce verbis definivit: «Lex» inquit «est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu».*

Gai. 1,1,3: *Lex est, quod populus iubet atque constituit.*

Estas son las célebres definiciones de *lex* de Capítón y Gayo<sup>51</sup>. Como se ve, para el primero, ley sería sería un *generale iussum populi privatique aut plebis rogante magistratu*, mientras que el segundo se muestra más conciso en palabras aun expresando idéntico contenido. Queda claro, pues, en ambos casos, que el principal elemento característico de la *lex* romana lo constituye para ellos su papel como expresión de la

---

<sup>50</sup> C. SANTI, *op. cit.* 150 ss.

<sup>51</sup> Otras definiciones de *lex* son *quae scisceret plebes aut quae populus iuberet, submota contione, distributis partibus, tributim et centuriatim discriptis ordinibus, classibus, aetatibus, auditis auctoribus, re multos dies promulgata et cognita iuberi vetarique voluerunt.* (Cic. *pro Flacc.* 15); *scitum populi [...]* (Fest. 442 L); *neque populi iussu neque plebis scitu* (Cic. *ad Att.* 4,2). Cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, *cit.* 1. Magdelain considera que *lex* es cualquier texto normativo de carácter imperativo; D'Ors, en cambio, entiende que *lex* solo es un acto del magistrado. Cfr. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, *cit.* 26 n. 12; A. D'ORS, *La ley romana, acto de magistrado*, en *Emerita* 37 (Madrid 1969) 137 ss.

voluntad del *populus* respecto de la propuesta efectuada por el magistrado, autor de la *rogatio*. No se identifica el término *lex* con un mero acto de potestad de aquél, sino más bien con la norma, de obligado cumplimiento para la totalidad de los ciudadanos, que se crea cuando estos aceptan con su *iussum* la propuesta. El elemento democrático, de este modo, se hace consustancial a la propia ley pública, que como interpretamos de Cic. *de leg.* 1,19, lleva en sus genes la idea de «leer» y «escoger», y constituye el elemento clave para que pueda hablarse de las *leges rogatae* como de una categoría unitaria separable de las leyes privadas, impuestas unilateralmente. La *lex* que incorpora, por tanto, el elemento genuinamente romano, el democrático, es la *lex publica*, que amerita, en consecuencia, su habitual designación de ley por excelencia<sup>52</sup>. Las *leges publicae*, pues, pueden interpretarse en el sentido de un acuerdo de voluntades de las distintas fuerzas de gobierno: se trata de actos de potestad del magistrado aceptados por las asambleas ciudadanas, de las que obtiene su legitimidad, para que obligue a la totalidad de los *cives*<sup>53</sup>. Así, cuando Gayo escribe, por ejemplo, que estos pueden sortear las medidas limitadoras de la *libertas legandi* introducidas con la *lex Furia testamentaria* y la *lex Voconia*, nos señala precisamente que estas tenían un carácter imperativo del que era posible sustraerse sin incumplirlas (Gai. 2,225 y 226). En lo que atañe a la posterior *lex Falcidia*, sobre la que versa la mayor parte de nuestro estudio, sabemos bien que lo

---

<sup>52</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 26 s.

<sup>53</sup> A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 9; E. RECODER DE CASSO, *La ley Cincia en sus circunstancias históricas* (Madrid 2005) 6. Las definiciones de Capitón y de Gayo nos permiten así conectar el concepto de *lex* con aquello que el magistrado propone al *populus* y que este recibe, en caso de que el resultado de las votaciones sea favorable. Por esto mismo, al igual que la *lex publica* es la propuesta del magistrado aprobada por los ciudadanos, son *leges privatae* las cláusulas de los contratos y de los testamentos. A propósito de este último, realizado en la forma mancipatoria en el Derecho clásico, ha de recordarse en este punto, lógicamente, la importancia de la regla decenviral *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (Tab. VI,1). Véase sobre este particular J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 87 s. La certeza de que la ley pública es, en suma, la voluntad del pueblo hecha norma, es la que ha llevado a parte de la doctrina a mirar no sin asombro la existencia de *leges* con un contenido tan limitador de las libertades individuales como lo fueron la *Furia* y la *Voconia*, en sede de derecho de sucesiones. Naturalmente, la explicación al fenómeno no puede despacharse en unas pocas palabras y requiere de un análisis detallado de los textos de los que disponemos que nos informan sobre esta legislación plebiscitaria. A la resolución de esta cuestión nos dedicaremos más adelante. *Infra.* 168 ss.

dispuesto en ella no podía ser cambiado, ni menos aún derogado, por voluntad del testador durante el régimen clásico (D. 35,2,15,1 [Pap. 13 *resp.*]).

Llegados a este punto, hay que preguntarse inevitablemente entonces cuál es la relación entre el *populus* y los magistrados, pues al primero corresponde, como es sabido, la votación de las *leges publicae* y al segundo la elaboración de la *rogatio* y su presentación a las asambleas votantes y al Senado<sup>54</sup>. ¿Supone, pues, la ley un acto unilateral? Y en este supuesto, ¿quién lo ejercita, el *populus* o el magistrado? En el caso de la *lex Falcidia*, podríamos hablar entonces de una realidad obrada únicamente por el tribuno Falcidio que durante más de medio milenio desplegó efectos vinculantes, o bien, en un sentido contrario, de una autolimitación ciudadana de la *libertas legandi*. ¿Estamos más bien, acaso, ante un acto bilateral asimilable a un pacto o contrato? No es sencilla la tarea de dar respuesta a estas cuestiones, que han sido objeto de opiniones muy enfrentadas a lo largo del tiempo. El tema de la atribución de la autoría de las *leges publicae* al *populus* o al magistrado es, de hecho, un asunto ya viejo y aún hoy controvertido.

La idea de que la *lex* pueda considerarse como un contrato proviene, como es comúnmente sabido, de Mommsen, y ha sido recibida por una amplia doctrina<sup>55</sup>, que ha dado en considerar que aquella sería el resultado de un pacto o acuerdo entre el *populus* y el magistrado. Los partidarios de esta teoría contractual mommsiana sustentan el fundamento de la misma en el siguiente texto de Papiniano:

---

<sup>54</sup> Las motivaciones que dieron pie a la creación de las leyes Furia testamentaria, Voconia y Falcidia, bien conocidas y expuestas en Gai. 2,224-227, se estudian con detenimiento en el capítulo segundo de este trabajo.

<sup>55</sup> T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 355. Tibiletti defiende la tesis mommsiana, a la que parece sumarse Rotondi, al afirmar que las leyes tienen un carácter bilateral y que representan el «resultato dell'accordo fra il magistrato e il popolo». Véase G. TIBILETTI, *Sulle leges romane* 4 (Milano 1956) 602 s.; G. ROTONDI, *Leges*, cit. 9; ERNOUT-MEILLET, *op. cit.* 354. También Arangio-Ruiz acepta la idea de la ley entendida como contrato sobre la base de D. 1,3,1 (Pap. 1 *def.*). Véase V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 110. Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 841.

D. 1,3,1 (Pap. 1 def.): *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*<sup>56</sup>.

Esta teoría fue especialmente cuestionada por Serrao, quien ha hecho notar que, a diferencia de las definiciones de *lex* ya examinadas de Capitón y de Gayo, esta que nos ofrece de Papiniano no se refiere tan sólo a la ley estrictamente, sino a cualquier norma. En efecto, tal y como señala Ducos, es preciso tener en cuenta el hecho de que Papiniano escribe en una época en la que la *lex* no es precisamente la herramienta de creación jurídica por antonomasia<sup>57</sup>. Realmente, el jurista reflexiona no sobre la idea romana de ley pública, sino sobre una definición griega del *Contra Aristogion* de Demóstenes<sup>58</sup>, que aparece recogida en griego en el Digesto justiniano en un fragmento de Marciano, que contiene una definición similar de Crisipo, insertado por los compiladores inmediatamente después:

D. 1,3,2 (Marc. 1 inst.): *Nam et Demosthenes orator sic definit: τοῦτό ἐστιν νόμος, ᾧ πάντα ἀνθρώπους προσήκει πείθεσθαι διὰ πολλά, καὶ μάλιστα ὅτι πᾶς ἐστὶν νόμος εὐρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ, δόγμα δὲ ἀνθρώπων φρονίμων, ἐπανόρθωμα*

---

<sup>56</sup> Resulta interesante complementar este fragmento de Papiniano con D. 2,14,1 (Ulp. 4 ad ed.). Para Ulpiano, discípulo de Papiniano, pacto proviene de «pacción», de donde también proviene «paz» -*Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est)*- y contiene la idea de «convención»: sería el acuerdo entre dos o más personas sobre una misma cosa, es decir, aquello a lo que consienten quienes tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Peditus nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

<sup>57</sup> F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 839; M. DUCOS, *Les romains*, cit. 123.

<sup>58</sup> También parece hablar de contrato Dion. Hal. 10,4,1 al afirmar que los patricios señalan a los plebeyos que las leyes son un contrato entre la ciudad entera y no entre algunos de sus ciudadanos separadamente. Ducos ve también aquí una influencia griega. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 123. Sobre la extensión de las leyes plebiscitarias a la totalidad de los ciudadanos, fenómeno conocido como *exaequatio* y no exento de controversia, hablaremos profusamente a lo largo del presente capítulo.



δὲ τῶν ἐκουσίων καὶ ἀκουσίων ἀμαρτημάτων, πόλεως δὲ συνθήκη κοινή, καθ' ἣν ἅπασι προσήκει ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει. *sed et philosophus summae stoicae sapientiae Chrysippus sic incipit libro, quem fecit περὶ νόμου· ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεὺς θεῶν τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων· δεῖ δὲ αὐτὸν προστάτην τε εἶναι τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχροῶν καὶ ἄρχοντα καὶ ἡγεμόνα, καὶ κατὰ τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζώων, προστακτικὸν μὲν ὧν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ ὧν οὐ ποιητέον.*

Las únicas fuentes que parecen vincular, por tanto, la idea de *lex* con la de contrato, no se refieren, pues, al concepto de *lex publica* que venimos examinando, sino que están relacionadas con la idea más amplia de *nomos* (νόμος). Esta realidad ha traído consigo que la tesis mommsiana de la ley entendida como contrato entre el pueblo y los magistrados haya sido contestada por autores como Nicolet<sup>59</sup> —junto a Ducos o a Serrao— quien considera incompatibles la concepción de la ley como *iussum* del *populus* y su consideración como resultado de un acuerdo entre este y el magistrado. Por mucho que admita que quizá pueda hablarse de leyes-contrato a propósito de los más antiguos plebiscitos de los siglos V y IV a.C., niega que esa consideración pueda hacerse extensible a los posteriores en el tiempo ni al resto de las *leges publicae*, pues el destacado papel que desempeña el *populus* en la aprobación de aquellas impide considerarle tan solo como una de las dos partes de un supuesto acuerdo bilateral<sup>60</sup>. También Ducos, como decimos, asume una postura crítica con esta tesis mommsiana. Para él, la *lex publica* ciertamente puede antojársenos en apariencia como una convención no solo en su forma, sino en su propia naturaleza, pero el decisivo papel que desarrolla el *populus* en su proceso de creación obliga a concluir, según piensa, que la ley es no el producto de un acuerdo o contrato entre dos poderes diferenciados (*populus* y magistrados) sino una obra debida a

---

<sup>59</sup> C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (Paris 1976) 290. También U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, en *Iura* 7 (Napoli 1956) 47; F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 842; A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 23; M. DUCOS, *Les romains*, cit. 110 & 122 ss.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*. 3ª ed. (Torino 1996) 125.

<sup>60</sup> Serrao refiere que esta teoría contractual parte como premisa, en efecto, de un dualismo entre el magistrado y el *populus* y que, en cambio, desde el punto de vista jurídico-formal, el magistrado es precisamente expresión del pueblo, de modo que no existe necesidad alguna de llegar a ninguna clase de nuevo acuerdo con sus propios electores para el desempeño de sus funciones. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 842.

todos los elementos que conforman la *civitas: populus*, magistrados y Senado<sup>61</sup>. Ducos defiende esta realidad, matizando que realmente existe una primera etapa en la vida de toda ley pública en la que esta solo es relacionable con el magistrado proponente: cuando aún no ha sido votada por el conjunto ciudadano. Ahora bien, el hecho de que tal no haya ocurrido implica entonces que no podemos hablar, pues, de *lex*. En suma, Ducos sostiene

---

<sup>61</sup> En la misma línea de pensamiento de Ducos –la *lex* como producto del acuerdo de voluntades entre los poderes de la *civitas*– parece situarse también Cerami al referir que la ley, como precepto, deriva del empeño común de los magistrados, del Senado y de los *cives*, del que deriva su carácter coactivo, que la distingue de otras disposiciones normativas como los senadoconsultos o los edictos pretorios. Cfr. P. CERAMI, *Potere*, cit. 125. En un sentido contrario, Magdelain afirma que la concepción de la *lex* como emanación del pueblo es también una suerte de «ficción» nacida al ganar importancia el principio democrático durante la República. Así, según sostiene, la ley sería realmente una obra del magistrado –y sólo de este– con el matiz de que recibe el *iussum populi*. Según este planteamiento, la idea de que es el pueblo el que habla queda reducida al ámbito de lo puramente simbólico. Nos encontraríamos, de seguir a Magdelain, ante una ficticia minimización del papel desempeñado por parte del magistrado y una exorbitada maximización del que ejerce el *populus* en las ya apuntadas definiciones de *lex* de Capitón y de Gayo, que encontraría su explicación en un puro homenaje a la democracia por completo ornamental (el autor llega a calificarlo como elemento postizo). La idea puede, desde luego, matizarse, en la medida en la que Magdelain rechaza, como hemos visto, cualquier vinculación posible del término *lex* con la idea griega de *nomos* por considerar que se trata de una realidad única, que lleva en sus genes la idea de democracia y que no bebe, al menos en lo sustancial, de influencias extranjeras: así, pues, las *leges publicae populi Romani* estarían caracterizadas por emanar del principio democrático, como sugiere su propia etimología, pero al mismo tiempo, según dice, la posibilidad de que realmente puedan considerarse como obra del *populus* sería algo irreal que encontramos en las fuentes como una expresión puramente decorativa. Naturaleza y práctica de la ley pública entrarían, así, en colisión. Por nuestra parte, estimamos que la consideración de que la *lex* proviene del *populus* sólo a un nivel simbólico como un «homenaje al principio democrático» vacío de contenido parece chocar con una realidad práctica, en la que si bien el autor de la *rogatio* era ciertamente el magistrado, su elección como tal se debía precisamente al voto favorable del *populus*, que de ese modo, manifestaba su asentimiento con su programa legislativo. De este modo, el principio democrático, lejos de ser un mero barniz simbólico, operaba aquí por una doble vía: la de la elección del magistrado, de un lado, y la de la aceptación posterior de sus leyes, del otro, sin que una cosa condicionase necesariamente a la otra. Cuando aparece una *lex rogata* en la República es porque el *populus* ha manifestado su voluntad libre de que, primero, el magistrado proponente ocupe el cargo, y segundo, de conceder el *iussum* a su propuesta. De hecho, no podemos olvidar que la mayoría de las *leges* que influyeron en el ámbito del *ius privatum* –y tal es el caso, no lo olvidemos, de las leyes Furia testamentaria, Voconia y Falcidia sobre las que versa el presente trabajo– fueron *plebiscita*, y que las asambleas plebeyas se configuraron desde sus orígenes como el instrumento a través del cual la *plebs* hacía oír su voz y reivindicaciones. Cfr. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 75 s. y 88.

que la ley comienza, en su primera fase de confección y presentación comicial de la *rogatio*, siendo obra exclusiva del magistrado, lo cual sería lógicamente cierto si pudiésemos considerar como una fase en la vida de la *lex* aquello que ha sucedido cuando aún no era, precisamente, *lex*<sup>62</sup>. Por supuesto, ni que decir tiene que la idea de que esta pueda considerarse como obra exclusiva del magistrado aun después de haber sido votada por los ciudadanos se antoja, si cabe, mucho más discutible. En un sentido estricto, la cuestión se reduce a lo siguiente: la *lex* nace como creación del magistrado, pero para ser verdadera ley pública precisa del *iussum populi*. De esta realidad indiscutible podemos deducir, entonces, dos posibilidades: 1) que el pueblo no legisla y su papel se sustancia únicamente en refrendar las propuestas, o 2) que sí lo hace, en la medida en la que su participación supone un filtro que decide qué es ley y qué no lo es, con independencia de quien haya acometido la tarea de la redacción del proyecto. Solo la segunda opción parece verdaderamente coherente con cuanto llevamos expuesto, pues tampoco es admisible entender la *rogatio* como una especie de acto de superioridad del magistrado respecto del *populus* (Ducos usa palabras como «imperativo» o «unilateral») en la medida en la que es él precisamente el único que durante el proceso de elaboración de la ley se encuentra

---

<sup>62</sup> Para resaltar la importancia del magistrado Ducos recurre a una interpretación, a nuestro juicio discutible, de Cic. *philipp.* 1,7,18: *Quamquam ea quoque effusa, si ita in actis fuit. Ecquid est, quod tam proprie dici possit actum eius, qui togatus in re publica cum potestate imperioque versatus sit, quam lex? Quaere acta Gracchi; leges Semproniae proferentur. Quaere Sullae; Corneliae. Quid? Pompei tertius consulatus in quibus actis constitit? Nempe in legibus. De Caesare ipso si quaereres, quidnam egisset in urbe et in toga, leges multas responderet se et praeclaras tulisse, chirographa vero aut mutaret aut non daret, aut, si dedisset, non istas res in actis suis duceret. Sed haec ipsa concedo; quibusdam etiam in rebus coniveo; in maximis vero rebus, id est in legibus, acta Caesaris dissolvi ferendum non puto.* En este fragmento de las *Filípicas*, Cicerón reflexiona sobre la idea de que la elaboración de leyes es testimonio indudable de haber ejercido gran poder político, refiriéndose a las legislaciones de Cayo Graco, Sila, Pompeyo y César, de quien dice que si fuese posible preguntarle cuál estimaba haber sido su aportación a la República, él habría respondido probablemente que sus leyes. Estas palabras, que en principio tienen poco de sorprendente, han sido interpretadas por Ducos en el sentido de que el arpinate podría estar diciendo de algún modo que las leyes son obra exclusiva del magistrado –obra de César, en este caso– y no del *populus*. Tal interpretación, favorable a la idea de que la ley pública no es más que un acto unilateral parece algo forzada: que el texto de la *rogatio* se debe a aquél nadie lo discute, y no puede resultar extraña ni sorprendente la idea de asociar la *lex* no a la masa innominada que vota, sino a la persona que acometió su redacción y cuyo propio nombre se usa para designarla. Menos extraña aún debe ser la idea de que el propio magistrado pueda referirse a su trabajo legislativo como algo, en cierto modo, propio. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 118 ss.

en una posición de inferioridad respecto de aquél y del Senado, que deben prestar su asentimiento a la *rogatio*<sup>63</sup>.

La conclusión que se extrae de esta sucinta exposición se sustancia, por tanto, en la idea de que la *lex publica* se produce por el acuerdo de todos los agentes políticos, cuales son el propio *populus*, el magistrado y el Senado, estando estos dos últimos –o eso se supone– empeñados en la tarea del buen gobierno del primero. Esta convergencia de voluntades nace y termina, como se ve, en el *populus*, de manera que la afirmación de que las leyes públicas son expresión de este y constituyen una auto-regulación sea perfectamente comprensible. De hecho, los magistrados elegidos por el pueblo romano habrían adquirido, como se sabe, con el tránsito histórico de la monarquía a la República el poder de gobierno del *rex*, que se remontaría al mismo Rómulo y que podría describirse, en palabras de Ribas Alba, como uno «originario, soberano y omnicomprendido que se transmite del predecesor al sucesor y que sólo se encuentra progresivamente limitado por las normas»<sup>64</sup>. Es ese mismo *populus* quien, para organizarse, designa a sus propios magistrados, con los que, por tanto, no mantiene una relación dualista, siguiendo la argumentación ya expuesta de Serrao: pueblo y magistrados, gobernados y gobernantes, no son poderes opuestos que deban buscar realizar pactos para el adecuado funcionamiento de la *civitas*, sino que más bien los magistrados son expresión de aquél, constituyendo una muestra viviente del principio de soberanía popular. Esta idea que venimos exponiendo proviene realmente de la tesis, especialmente defendida por Lobrano, de que los magistrados desempeñan sus funciones, como decimos, *in potestate* respecto del pueblo<sup>65</sup>. Sabemos, pues, que la ley no puede ser, por tanto, un acto bilateral

---

<sup>63</sup> Sí señala Ducos, con razón, que el magistrado se encuentra en posición subordinada respecto del augur encargado de la realización de los auspicios que preceden a la lectura solemne de la *rogatio*, previa a la votación. En cualquier caso, su pensamiento es muy crítico con el planteamiento de que el magistrado sea tan solo un instrumento (cuya función consistiría principalmente en la presidencia del escrutinio) para que el supuesto *populus*-protagonista haga valer su voluntad. Cfr. *Ibid.* 119 s.

<sup>64</sup> J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 31 ss.

<sup>65</sup> La actividad legislativa, como hemos tenido ya oportunidad de señalar, nace del *populus* a través del magistrado, que es elegido para actuar de modo que sus reivindicaciones y aspiraciones pasen a gozar de cobertura jurídica. G. LOBRANO, Res publica, res populi. *La legge e la limitazione del potere* (Torino 1996) 123 ss. Cfr. J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 41, donde se recogen fragmentos de Livio (Liv. 9,9,4), Varrón (Varr. *ling. lat.* 9,1,6), Cicerón (Cic. *de orat.* 2,40,167; *leg. agr.* 2,7,17; *Rab. perd.* 5) y Paulo

entre el *populus* y el magistrado, pues este último, elegido por el primero, no es un agente extraño para aquél con el que deba establecer relaciones o acuerdos. El *magistratus* es tal por decisión del pueblo, y no puede hablarse de desconexión entre ambos durante el tiempo de la magistratura, dado que toda iniciativa legislativa debe ser sometida al filtro de la votación ciudadana. La ley, por tanto, nunca podría considerarse como un acto de naturaleza unilateral por parte del magistrado, que es por completo incompetente para hacer prosperar por sí mismo sus propias propuestas. La simple redacción del texto de la *rogatio* por su parte no constituye un acontecimiento ni remotamente tan significativo a efectos de su creación como la deliberación ciudadana y la posterior votación. De este modo, aun siendo las *leges publicae* propuestas y redactadas por un magistrado, su procedimiento creador se inicia y ultima, como decimos, en el conjunto ciudadano, cuyo poder no es sino la expresión del de aquellos que lo integran –puesto que como bien señala el propio Ribas Alba, «la relación entre ambos es la del todo con la parte»<sup>66</sup>– amén de estar dotado de voluntad propia en lo que concierne a las fuentes de producción del derecho<sup>67</sup>.

---

(D. 50,16,215 [Paul. *ad leg. Fuf. Can.*]) que refuerzan esta tesis, y conecta el texto de Paulo, que equipara el *imperium* de los magistrados con la patria potestad, con el hecho de que «la toga pretextada de los que no han alcanzado aún la pubertad es atributo también de los magistrados curules, de los sacerdotes más arcaicos y de la persona que se ofrece con la *devotio*. En todos estos casos, la toga pretextada expresa a un mismo tiempo la subordinación y la representación pública o familiar del que la utiliza».

<sup>66</sup> *Ibid.* 30. También P. CERAMI, *Potere*, cit. 142.

<sup>67</sup> Precisamente en esta soberanía de la voluntad del *populus* radica el concepto, más ideológico que jurídico, de *maiestas*, que surge ya en la época arcaica vinculado al ámbito jurídico-religioso y que se atribuye a la totalidad del pueblo, incluyendo a las generaciones pasadas mediante la búsqueda del respeto de los *mores maiorum*. Los pilares constitucionales básicos del Estado republicano y de su realidad jurídica se sustentan, por tanto, en esta idea de *maiestas*, que hace indisponible la estructura básica de la *res publica*. Téngase en cuenta, a su vez, que el *populus* romano es un sujeto con personalidad propia, independiente de la de sus miembros, y de ahí que esté dotado de voluntad, la cual se manifiesta por medio de las asambleas, y que en él tengan participación los difuntos a través de la pervivencia de los *mores maiorum*. La *voluntas* del *populus* se forma, por tanto, a través de la suma de la *voluntas* de sus componentes. Véase a este respecto, J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 29 ss.; 36 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *Introducción a la antropología jurídica romana* (Granada 2013) 44 ss. Sobre los conceptos de *civitas* y de *populus*, P. CERAMI, *Potere*, cit. 21 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *Libertad, la vía romana hacia la democracia* (Granada

A la vista de cuanto llevamos expuesto debemos preguntarnos si es posible conceptualizar la ley pública romana. El estudio de las distintas teorías existentes a propósito de los orígenes etimológicos del término *lex* y el de las fuentes hasta ahora expuestas nos conduce, ya lo hemos visto, a defender el hecho de que en el pensamiento romano la idea de *lex* es algo que se caracteriza por sus connotaciones democráticas. Sin embargo, esto no es predicable de todas las normas que reciben tal nombre. No toda *lex* es *rogata*, es decir, propuesta comicialmente, de lo cual son buena muestra las llamadas *leges datae*, que, como es sabido, son emanadas unilateralmente por el magistrado sin ser votadas por los ciudadanos en ningún momento<sup>68</sup>. También se habla de *leges* para referirse a preceptos

---

2009) 72 ss.; G. ROTONDI, *Leges*, cit. 189 s. Véase G. DE SANCTIS, *Storia dei romani* 1 (Firenze 1956) 397 ss; F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 802 n.70.

<sup>68</sup> En relación con la diferencia entre *lex rogata* (tramitada de forma asamblearia) y *data* (otorgada por el magistrado), son de interés las consideraciones de Crawford, que apunta que es indudable que los magistrados emitieron, de forma individual, *leges* a ciertas comunidades, dentro y fuera de la península itálica (Liv. 34,51,6; Plut. *Sull.* 37; Cic. *in Verr.* 2,2,121; ley 24 de la Tabula Heracleensis). El autor defiende que no puede sostenerse que todas las leyes dadas a estas comunidades se aprobasen en asamblea, de modo que se hace preciso distinguir las dos categorías, si bien tampoco es posible excluir que hubiese *leges* que fuesen emitidas por el magistrado y votadas. Sería errado considerar, entonces, como adjetivos, y no como participios, los términos *rogata* y *data*, creando así dos categorías antitéticas. Así, Crawford sostiene que es lo más probable que la *lex Coloniae Genetivae* y la *lex Tarentina* no fuesen votadas por los ciudadanos a pesar de referirse a sí mismas como *rogationes*, probablemente por tomar parte del texto de otras leyes votadas en asamblea sin modificarlo. Las leyes de las comunidades locales solían elaborarse, por tanto, sobre materiales de otras votadas asambleariamente. Véase M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 5 s.

Realmente proviene de Mommsen la clasificación de las leyes que las distingue entre *rogatae* (propuestas, como hemos estudiado ya ampliamente, por el magistrado o tribuno y aprobadas en la asamblea) y *datae*. T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 354; M. DUCOS, *Les romains*, cit. 24. Estas últimas serían realmente una variedad de las *leges dictae*, al ser emanadas unilateralmente por el magistrado tras una previa deliberación comicial que le otorgaría una suerte de poder delegado. Los casos típicos serían los siguientes:

1. Los estatutos que confiere el magistrado a un municipio, colonia o provincia. En este caso no han de confundirse ni con las procedentes de los comicios locales ni con las romanas que regulan los ordenamientos jurídicos provinciales, pues estas últimas serían *leges rogatae* sobre asuntos amplios referentes a cuestiones de índole organizativa.

puramente sacrales; o de *lex collegii* para los estatutos de una asociación, al cumplimiento de los cuales quedan sus miembros obligados, siendo también ellos los encargados de su fijación; o se usa para aludir a los tratados que establecen las relaciones entre Roma y territorios extranjeros, y quizá también las de derecho privado entre los miembros de las dos comunidades. Añádase a esto que uno de los usos más antiguos de la palabra «ley» en Roma no lo encontramos, precisamente, como referencia a la *lex rogata*: es el caso de la *lex templi*, dada por un magistrado para la dedicación de un templo y ya citada en este trabajo cuando hablábamos del requisito de la lectura pública<sup>69</sup>.

---

2. La concesión de la ciudadanía romana a una sola persona efectuada por un magistrado autorizado por una cláusula de una *lex comicial*. Esta práctica comienza a asentarse a finales de la República –con anterioridad la concesión de la ciudadanía era sometida a votación comicial–. Rotondi señala tres ejemplos históricos: Cayo Mario obtuvo esa facultad en el año 100 a.C. por medio de la *lex Appuleia*; Pompeyo Estrabón la adquirió diez años más tarde, en el marco de la guerra itálica, con una *lex Iulia*; y su hijo Pompeyo el Grande dispuso de ella desde el 72 a.C. gracias a la *lex Cornelia Gellia*. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 18.

3. Algunos ejemplos legislativos de los magistrados extraordinarios (particularmente sería el caso de la dictadura de Sila y del triunvirato del 43 a.C.) así como las procedentes del segundo decenvirato, que redactó las tablas *iniquae* en el marco de la legislación decenviral. Sobre la condición de *leges datae* de las últimas dos Tablas hablaremos más adelante. Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 837.

Al margen de esta clasificación, para Mommsen, partiendo como premisa de la idea de que las más antiguas leyes de Roma pudieron no estar sometidas a los comicios, serían *leges datae* las de Rómulo, los edictos de los magistrados y las instrucciones de estos a sus subordinados, y en particular las disposiciones de los censores referentes a la formación del censo. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 15. Esta clasificación, sin embargo, no se ha visto exenta de críticas doctrinales, que han venido principalmente de la mano de Tibiletti, para el cual los fragmentos conservados en los que se emplean las expresiones *leges dare* o *lex data* se refieren normalmente a la concesión de un estatuto local aprobado por un magistrado o por alguna de las asambleas populares. G. TIBILETTI, *Sulle leges*, cit. VI. 593 ss. y 605 ss. A la tesis de Tibiletti se suma Robinson, que sitúa a la *lex Imitana* como ejemplo de *lex data*, vinculando este concepto con los estatutos concedidos a una colonia o municipio. O. F. ROBINSON, *The sources of Roman Law. Problems and methods for Ancient historians* (Oxon 1997) 30. Se trataría, por tanto, de normas que, aun procediendo del exterior y habiéndose creado sin la participación del interesado seguirían siendo *rogatae*, pues antes de ser recibidas por la comunidad a la que están destinadas habrían sido aprobadas comicialmente. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 837.

<sup>69</sup> *Supra*. 13 n.7. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 25.

Esta «dispersión» del término *lex* se aprecia igualmente en la esfera del derecho privado, en el que existe, igualmente, un uso amplio del mismo para aludir a actos que nosotros no calificaríamos de ese modo, pero que tienen como común denominador el hecho de ser propuestos y aceptados por dos partes que conforman un vínculo jurídico (*lex traditionis, venditionis, mancipationis, lex contractus*, etc.). A estas acepciones elementales de *lex* en el sentido de ley comicial (*lex publica*), obra del *populus* soberano, y de ley como cláusula negocial (*lex privata, pactum*), Biscardi<sup>70</sup> añade dos más: *lex* entendida ampliamente como norma a observar y *lex* en el sentido de ordenamiento objeto de estudio (*legum scientia, leges tradere discipulis, cupida legum inventus*). No existe, por tanto, una categoría unitaria de la *lex* en Roma<sup>71</sup>, de modo que la tarea de definirla, entendiéndola en su conjunto, se hace dificultosa, pero precisamente esta diversidad de acepciones posibles es la que explica que Cicerón diga que Roma está fundada sobre las leyes<sup>72</sup> o que Tito Livio escriba que el imperio de estas sea más fuerte que el de los hombres<sup>73</sup>. La idea de ley como agente regulador de la realidad jurídica se hace, por tanto, omnipresente en el pensamiento romano, disponiendo el nombramiento de los magistrados, la organización política provincial o, entre muchos otros asuntos, la libertad

---

<sup>70</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 7 ss.; A. BISCARDI, *Sul concetto*, cit. 158. Crawford apunta que es claro que desde antiguo existe la separación entre *lex publica* y *privata*, citando al respecto Plaut. *Men.* 587; Cic. *pro Caec.* 6; *pro Balb.* 21; *de leg.* 1,17). Cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit. 6.

<sup>71</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 27.

<sup>72</sup> Cic. *pro Cluent.* 53,146: *Neque me illa oratio commovet, quod ait Accius indignum esse facinus, si senator iudicio quempiam circumvenerit, legibus eum teneri: si eques Romanus hoc idem fecerit, non teneri. Ut tibi concedam hoc indignum esse, quod cuius modi sit iam videro, tu mihi concedas necesse est multo esse indignius in ea civitate quae legibus contineatur discedi ab legibus. Hoc enim vinculum est huius dignitatis qua fruimur in re publica, hoc fundamentum libertatis, hic fons aequitatis: mens et animus et consilium et sententia civitatis posita est in legibus. Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus, ut nervis et sanguine et membris, uti non potest. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus.* Cicerón habla de las leyes como fundamento de libertad y justicia, recalcando que en ellas radica el alma, espíritu, sabiduría y pensamiento de la ciudad. Si a esta se la despoja de sus leyes, funcionaría tan solo como hombre privado de inteligencia, pues todo ciudadano, y especialmente los magistrados y jueces, han de servir a la ley para que exista verdadera libertad.

<sup>73</sup> Liv. 2,1,1: *Liberi iam hinc populi Romani res pace belloque gestas, annuos magistratus, imperiaque legum potentiora quam hominum peragam.*



para legar, como tendremos oportunidad de estudiar a lo largo del presente trabajo. Esta realidad es particularmente evidente en Cicerón, que como señala Cerami, tiende a escribir desde sus convicciones filosóficas y concibe al ordenamiento jurídico como una agrupación normativa heterogénea en valor y eficacia que culmina en la *lex-ratio*, que no puede ser derogada por el Senado ni por los comicios<sup>74</sup>:

*Cic. de re pub. 3,22,33: Est quidam vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat; quae tamen neque probos frustra iubet aut vetat nec improbos iubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus.*

La aceptación de que realmente no existe en Roma un concepto unitario de *lex* hace difícil, como acabamos de señalar, acometer la tarea de definirla a la manera de la moderna teoría general del Derecho, habida cuenta de que tampoco las fuentes parecen ayudar en demasía a ese trabajo, en la medida en la que, como se sabe, el pensamiento romano acostumbra a huir a menudo de la construcción de formulaciones abstractas<sup>75</sup>. Lo

---

<sup>74</sup> Cerami señala cómo en *Cic. de leg. 1,6,18; 1,12,33*, se desliza la misma idea. Esta tendencia a escribir en términos que a veces se antojan más filosóficos que jurídicos lleva a Cerami a argumentar que no podemos considerar a Cicerón como una fuente segura a la hora de intentar reconstruir la experiencia jurídica romana. P. CERAMI, *Potere, cit.* 114. Sea como fuere, se hace evidente que la idea de ley pública experimenta, con el correr del tiempo, una suerte de «expansión» a nuevas acepciones cada vez más amplias y filosóficas, especialmente bajo la influencia, primero, del pensamiento estoico, y segundo, del cristiano. «Ley», por tanto, acaba equivaliendo en el lenguaje filosófico a los principios esenciales que gobiernan al ser humano y al mundo, y en el jurídico se identifica genéricamente con la idea de norma reguladora y coactiva, de precepto o prohibición impuestos por quien es competente para hacerlo.

<sup>75</sup> Un interesante estudio reciente de Bianchi señala que Gayo, en sus *Institutiones*, realiza veladamente una suerte de definición puramente teórica de la idea de *lex* al hablar del *furtum* y sus consecuencias:

*Gai. 3,1,194: Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt, qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura: lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud, de quo superius exposuimus. sed uerius est natura tantum manifestum furtum intellegi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter uel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamuis nihil eorum admisisset.*

extraordinariamente amplio y poco uniforme de las posibles acepciones de la palabra *lex* en Roma nos obliga a centrar nuestros esfuerzos de búsqueda de una definición satisfactoria en aquella parcela de la ley a la que se referían los romanos en un sentido próximo al nuestro y que, por tanto, tiene un carácter unitario y separable: la *lex publica*, que no es otra cosa, como hemos apuntado ya con reiteración, que la propuesta que hace el magistrado a los comicios y que estos aceptan, o la que hace el tribuno de la plebe en las asambleas plebeyas. De este modo, se hace imposible definir ley pública sin hacer referencia a la actividad comicial, de la que es inescindible. No se concibe una *lex rogata* sin la participación popular, pues en buena medida es obra, ya lo hemos dicho, del *populus*. A esta conclusión nos han llevado, como ha quedado ya expuesto anteriormente, las definiciones de *lex* que hacen Capitón y Gayo, similares en contenido aun mediando un siglo entre ambas. En ellas se observan los dos principios que Serrao considera básicos para la comprensión de la *lex publica* romana: por un lado, son la obra del *populus* a través de sus magistrados y asambleas<sup>76</sup> y no el resultado de un contrato, pues ambos comprenden a la ley como un *iussum populi aut plebis*, idea que se opone a la de pacto, como hemos estudiado. Por otro, estas *leges* son expresión manifiesta del poder del *populus* para auto-regularse durante la República: son obra de la voluntad popular. Por esto mismo, porque no puede entenderse la ley pública sin la participación comicial del

---

Como señala Bianchi con acierto, Gayo habla aquí de la ley en dos sentidos bien diferenciados: de un lado se refiere a las XII Tablas, que castigan el hurto; del otro, a un sentido mucho más amplio y genérico de *lex*, según el cual esta última no puede convertir en ladrón, adúltero u homicida a quien no lo es, por mucho que pueda hacerle sufrir la pena aplicable a esos delitos tal y como si fuese realmente responsable de su comisión. Gayo, por tanto, parece estar reflexionando sucintamente sobre la finalidad y los límites de la ley, y acude a los *exempla* (el homicida, el adúltero) para hacernos comprender. Con ello, realiza una especie de «formulación definitoria» de la *lex* en un sentido mucho más amplio que el puramente comicial en el que, por articular «più compiutamente le sue riflessioni, prendendo in esame casi assai eterogenei e soffermandosi espressamente sul valore, per dirla in termini moderni, meramente “prescrittivo” della legge». Cfr. E. BIANCHI, «Modernità» e riflessioni teoretiche sul carattere prescrittivo de la *lex* in Gai. 3.194, en *SDHI* 79 (Roma 2013) 805 ss. y 815.

<sup>76</sup> A diferencia de lo que ocurre con las *leges privatae*, como las cláusulas de los contratos y testamentos. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 12 s.; F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 840. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 9; Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 24 y 27; E. RECODER DE CASSO, *op. cit.* 6; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *El Derecho*, cit. 79 ss. Las definiciones de Capitón y de Gayo nos permiten así conectar el concepto de *lex* con aquello que el magistrado propone al *populus* y que este recibe, en caso de votar afirmativamente.

pueblo reunido, Mommsen y Bleicken<sup>77</sup> consideraron aplicable la denominación de *lex* a todo acto votado por los *cives* que no fuera una elección o un juicio: las *leges rogatae*, caracterizadas por la idea de democracia tal y como hemos venido estudiando a lo largo de estas páginas, sí conforman una categoría unitaria y definible de entre los muchos usos genéricos que admite el término *lex*.

### 1.3. El procedimiento legislativo.

Hemos visto en páginas anteriores que no corresponde al pueblo la iniciativa legislativa, sino a los magistrados dotados de *imperium*, salvedad hecha, claro está, de los tribunos de la plebe, poseedores de *ius agendi cum plebe*. El procedimiento legislativo se inicia, naturalmente, con la redacción de la propuesta (*rogatio*) que se llevará a los comicios<sup>78</sup>. Debió ser sin duda práctica habitual que el magistrado se viese auxiliado en

---

<sup>77</sup> T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 372; J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik* (Berlín 1975) 59.

<sup>78</sup> Las *leges publicae populi Romani* adoptaron, como es sabido, una estructura tripartita (*praescriptio; rogatio; sanctio*). Nada conservamos del texto de las leyes Furia testamentaria y Voconia, de especial importancia en este trabajo, si bien sí disponemos de parte de la *rogatio* de la *lex Falcidia de legatis*, transcrita por Paulo en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*). Estas *rogationes*, como es sobradamente conocido, contenían realmente la propuesta misma del magistrado, consistiendo, pues, el texto mismo de la *lex*, estructurado en capítulos. Crawford señala que de Cic. *de invent.* 2,130-131 se interpreta que quien propone la ley es quien la escribe, si bien sabemos que Servio Sulpicio Rufo ayudó a la redacción de la *lex Tullia de ambitu* (Cic. *pro Sest.* 133), propuesta por el propio Cicerón, en la que se prohibió ofrecer luchas de gladiadores en los dos años en los que se presentase o se fuese a presentar una candidatura para un cargo magistratual. Se podía leer la *rogatio* en las *contiones* (Cic. *de leg. ag.* 2,10-13; Cass. Dio. 38,5,3), y desde luego se leían en la votación final. De Cic. *de leg.* 3,11 se puede interpretar que se depositarían en el *aerarium* copias de las leyes, una vez promulgadas. Por otro lado, la referida división en capítulos de la ley –no mediante un mero espacio en blanco, sino de forma numerada– no parece haberse asentado antes de época flavia (un primer caso sería el de la *lex de Gallia Cisalpina*), si bien Cicerón parece atestiguar ya esa práctica. Cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 7, 9 y 25.

En cuanto a las otras partes de la *lex publica*, la *praescriptio* que antecede a la *rogatio* tiene por finalidad poner de relieve el hecho de que la ley es tal porque ha sido votada por los ciudadanos, y esta necesidad de dejar constancia formal de su vocación democrática explica la necesidad de que exprese el nombre del magistrado proponente –los dos cónsules, el dictador o el tribuno de la plebe–, de la asamblea en la que ha de realizarse la votación y del lugar y fecha de la reunión, datos estos a los que han de añadirse, como se

---

sabe, la referencia a la primera unidad comicial en votar y la identidad del primer ciudadano que lo hizo. Todos estos datos los encontramos en la *praescriptio* de la *lex Quinctia*, promulgada el año 9 a.C.:

*T. Quinctius Crispinus cónsul populum iure rogavit populusque iure scivit in foro rostris aedis divi Iulii pr (idie) [K.] Iulias. Tribus Sergia principium fuit, pro tribu Sex... L. f. Virro [primus scivit].* El texto aparece reproducido en G. ROTONDI, *Leges*, cit. 150.

La *sanctio*, por último, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la *praescriptio*, carecía, como es sabido, de un contenido fijo que se repitiese sistemáticamente en todas las leyes. Sabemos que la *sanctio* integraba un conjunto de cláusulas destinadas a garantizar su aplicabilidad futura, o en casos contados, limitarla. Crawford la define del siguiente modo: «The Word *sanctio* may refer to that part of a statute which attempts to prevent its own subsequent repeal. A version of the formula is preserved by Festus, 416: itaque in sanctione legume adscribitur: 'neve (quis) per saturam abrogate aut derogato (...)'. D. 1,8,8 pr. (Marc. 4 reg.); 1,8,9,3 (Ulp. 68 *ad ed.*); Fest. 420L. Crawford aporta múltiples ejemplos de cómo la *sanctio* viene a ser, en efecto, la parte de la *lex* que obliga a su cumplimiento y penaliza su transgresión. *Ibid.* 20 ss. Seguiremos, en este punto, la exposición de Serrao -cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 830 ss.-, que divide esas cláusulas del siguiente modo:

a) Primeramente tenemos la presencia de aquellas que buscan garantizar la impunidad de quien viola las *leges* o el *ius* anterior para obedecer la nueva *lex* (*caput tralaticium de impunitate*) -Cic. *ad Att.* 3,23,2-. Aunque esta cláusula, que evindencia cómo para la mentalidad romana las *leges* son perpetuas, continuó aplicándose al menos hasta la *lex de imperio Vespasiani* del año 70 d.C. (CIL VI,930), su efectividad práctica ha sido cuestionada desde el momento histórico en el que las XII Tablas instauraron el principio de la preferencia aplicativa de la nueva norma sobre la anterior. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 115.

b) Las leyes provenientes de las asambleas plebeyas de marcado carácter anti-senatorial solían incluir una cláusula en la *sanctio* que obligaba a los magistrados a jurarlas y aplicarlas sin llevar a cabo ninguna actuación en contra de ellas. Serrao y Crawford apuntan varios ejemplos de leyes de este tipo que incluyeron esta cláusula: *lex repetundarum Tarentini*, que se identifica quizá con la *lex Acilia* del 111 a.C., propuesta por el tribuno Acilio Glabrión, próximo a las ideas de Cayo Graco. También aparece esta cláusula en leyes que nos han llegado de tribunos como Saturnino o Glaucia o en la famosa *lex Iulia agraria* del 59 a.C. (reforma agraria de César que se aprobó con la oposición senatorial en lo concerniente al reparto de suelo público a los ciudadanos pobres con tres o más hijos). Véase App. *bell. civ.* 1,131. Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 830; M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 23. Estas cláusulas, que se hacen especialmente frecuentes en los últimos siglos de la República, estaban dirigidas, por tanto, a obligar al cumplimiento de la ley, más allá del mero hecho de no actuar contra ellas. Concretamente, las *sanctiones* contenedoras de estas medidas incluirían cláusulas -quizá de las más antiguas- que preveían la aplicación de multas contra los magistrados, jueces, senadores, etc. que quebrantasen la *lex* o actuarasen contra ella dolosamente. Fue el caso de los plebiscitos una vez que dejaron de recoger la posibilidad de aplicar la pena de muerte (Liv. 4,11,7; 4,40,4; 7,4,1), tal y como reflexionaremos en estas mismas páginas.

---

d) Otras cláusulas de la *sanctio* podían estar destinadas a evitar la prohibición futura de la ley, si bien carecían realmente de valor jurídico (Cic. *ad Att.* 3,23,2). Serrao cita un caso conocido: la *lex Clodia de exilio Ciceronis*. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 831; G. ROTONDI, *Leges*, cit. 395.

e) Por último, a diferencia de las cláusulas vistas hasta ahora, que tienen por finalidad garantizar la efectividad de la *lex*, hubo otras que buscaron preservar ciertos principios fundamentales del *ius* o las *leges* considerados de especial importancia –caso de las *leges sacratae*– mediante la cláusula, según Val. Prob. 3,14, S.Q.S.S.E.Q.N.I.S.R.E.H.L.N.R: *si quid sacri sancti est, quod non iure sit rogatum, eius hac lege nihil rogatur* (véase Plut. *Mar.* 29,6). La *lex latina tabulae Bantinae* ofrece una pequeña variación (*quod non ius sit rogare*). M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 23. La eficacia futura de la nueva ley se somete, así, a su respeto a estas disposiciones y al *mos maiorum*. J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 89.

A la vista de esta clasificación, dos son, a mi entender, las grandes cuestiones que aborda la *sanctio*: las relaciones entre la *lex publica*, la costumbre de los antepasados y el derecho privado, de un lado, y del otro, la búsqueda de la aplicabilidad efectiva de la propia *lex* mediante la inclusión de algunas cláusulas al efecto cuyo origen histórico se circunscribe en el ámbito de lo sacral, lo cual no debe confundirse, como se ha apuntado más arriba, con las eventuales penas que pueda suponer la infracción de la ley, que vienen contempladas en todo caso no en la *sanctio*, sino en la ya examinada *rogatio*. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 114. El estudio de estas cuestiones nos sumerge, por tanto, en el mundo de los *mores maiorum* y de la esfera religiosa. Resulta interesante en este punto referir aquí la afirmación Santi, conforme a lo expresado por Ulpiano en D. 1,8,9,3 (Ulp. 68 *ad ed.*), de que las leyes, que se aprueban en un *templum*, son consideradas *sanctae* precisamente por la presencia de la *sanctio*, en la que pueden contenerse, entre otras cláusulas, las penas previstas contra aquellos que contravengan las disposiciones de la *rogatio*. Así, las *leges sacratae* se modelan sobre la idea de las *leges sanctae*. Si la *lex* dispone de una *sanctio*, es entonces *sancta*. C. SANTI, *op. cit.* 180 ss. El término *sanctitas* es más reciente en latín que *sanctitudo* y *sanctimonia*, y la condición de *sanctus* se predicaba de ciertas cosas –principalmente lugares, como los muros, pero nunca el tiempo, pues un día puede ser *fastus* o *nefastus* pero no *sanctus*– y algunos magistrados. Ahora bien, esta *sanctio* que cierra la *lex* y la hace *sancta*, tal y como señala Cerami, sería una suerte de *genus* dentro del cual caben distintas *species*, una de las cuales sería precisamente la *sacrosancta*, de raíces, como vemos, mágico-religiosas y que se crea por la vía del *ius iurandum*. La protección jurídica de este último no proviene, por tanto, del principio democrático de mayoría, tal y como ocurría en el caso de las leyes comiciales, sino más bien de un vínculo de carácter sagrado con la divinidad. Este juramento de las leyes sagradas no suponía, en consecuencia, su inclusión en el ordenamiento de la *civitas* como *leges publicae*, sino que, en palabras de Ribas Alba, «vinculaba mediante la *religio* a la parte del *populus* no incluida en el grupo plebeyo». J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 261 n. 37. Esta *sanctio sacrosancta* constituiría, al mismo tiempo, otro *genus*, pues puede desempeñar dos funciones elementales: puede entenderse como parte misma de la propia deliberación comicial o como un elemento no connatural a la misma pero que es adoptado para reforzar el cumplimiento de la *lex* mediante una garantía de orden religioso. Véase P. CERAMI, *Potere*, cit. 123 s.

esta tarea, como resulta lógico, bien por técnicos encargados de ello, bien por el propio Senado<sup>79</sup>. Sea como fuere, no era raro que si el objeto de la *lex* versaba sobre cuestiones reguladas en *leges* anteriores, el texto reprodujese, en parte, el contenido de aquellas. Existió también una prohibición, introducida en el 98 a.C. por la *lex Caecilia Didia*, que impedía que englobase asuntos heterogéneos (*leges per saturam*), aunque, naturalmente, era posible llevar a votación diferentes proyectos un mismo día, siempre y cuando se tratase de *rogationes* diferentes. El texto, en cualquier caso, era dado a conocer a través de la *promulgatio*, que consistía en su fijación en un lugar público en tablas blanqueadas (Cass. Dio. 42,32), si bien algunos pudieron grabarse en bronce a efectos de que permanecieran incluso tras las votaciones<sup>80</sup>. En cualquier caso, desde este momento de la *promulgatio* el proyecto no puede ya ser modificado en ninguno de sus aspectos. Así lo estableció una *lex Licinia Iunia* del año 62 a.C., que castigaba con *iudicium publicum* al magistrado infractor y que obligaba también al depósito en el erario de una copia de cualquier *rogatio* llevada a los comicios para controlar que su literalidad no era modificada en ningún punto. La necesidad de esta ley da pie a pensar que quizá en fecha anterior fuese práctica habitual la alteración de las *rogationes* después de ser presentadas. A partir de esta *lex*, en efecto, cualquier modificación del proyecto posterior a la *promulgatio* paralizaba el proceso y conllevaba la necesidad de remitir la ley nuevamente al Senado como si se tratase de una *rogatio* por completo nueva.

---

<sup>79</sup> *Ibid.* 7. Rotondi, de hecho, destaca la riqueza y precisión del texto de las *rogationes*, en las cuales se contenían ya las posibles sanciones que acarrearía el incumplimiento de la ley. Cfr. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 120 s. y 150; V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 110; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 89. Sobre la iniciativa legislativa del Senado véanse F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 826; G. DE SANCTIS, *op. cit.* 523. También G. ROTONDI, *Osservazione*, cit. 15; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 128 y 131. En un sentido contrario, Ducos, que incluso atribuye la supuesta falta de calidad técnica de algunas leyes republicanas al hecho de que tales escribas no fuesen expertos en cuestiones jurídicas. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 110 s.

<sup>80</sup> Cualquiera tenía acceso a la lectura de las leyes públicas desde su promulgación (Cass. Dio. 52,32,3). Sobre todo este proceso, cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 9 ss. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 827 s. También G. ROTONDI, *Leges*, cit. 123 ss.; T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 425.

Sabemos que una vez efectuada la *promulgatio* se abría desde antiguo un lapso de tiempo de tres días de mercado (*trinundinum* o *trinum nundinum*)<sup>81</sup> durante el cual se emplazaba al pueblo a discutir el proyecto en *contiones*<sup>82</sup>, antes de la fecha de la votación definitiva. Estas *contiones* eran reuniones no necesariamente presididas por el magistrado proponente –al que le reportaban la utilidad de conocer el parecer quizá del *populus* y desde luego de los otros magistrados sobre la propuesta–, pues si bien es cierto que este tenía derecho a hacerlo para buscar convencer de la bondad de la ley que va a someter a votación (*suasiones*), no lo es menos que también podían hacer otro tanto los magistrados que no fuesen precisamente *adscriptores*, sino detractores del proyecto a efectos de que

---

<sup>81</sup> Cuestión que ha enfrentado a la doctrina ha sido la de la cuantificación exacta de este período de tiempo. El lapso del *trinum nundinum* existe en época tardo-republicana, desconociéndose los orígenes de esta práctica (Cicerón lo menciona en Cic. *dom.* 41). dice que las *nundinae* se instituyeron para que la gente pudiera trabajar ocho días en el campo y acudir el noveno al mercado a Roma, consiguiéndose también con ello una concurrencia más numerosa en las votaciones de los decretos del pueblo y el Senado. Al anunciarse estos durante tres *nundinae* consecutivos, se conseguía que fuesen ampliamente conocidos antes de la votación final (Macrob. *sat.* 1,16,34). La dificultad del asunto estriba en el hecho de que las fechas marcadas como *nundinae* tenían lugar cada ocho días, y no es posible responder con precisión a la cuestión de si debían pasar diecisiete en total (un período de tres *nundinae*) o veinticuatro. Cfr. A. K. MICHELS, *The Calendar of the Roman Republic* (Princeton 1967) 191 ss. La cuestión es oscura y probablemente irresoluble, pues incluso se ha discutido doctrinalmente acerca de si la observancia de esta obligación fue o no verdaderamente estricta, en la medida al menos en la que sabemos que cabía dispensa por parte del Senado en el caso de que la tramitación del proyecto legislativo fuese considerada como especialmente urgente. Nosotros nos inclinamos a pensar, con el profesor Ribas Alba, que aporta valiosos testimonios literarios al respecto, que el *trinundinum* abarcaría un período total de veinticuatro días: «Teniendo en cuenta la forma inclusiva ya mencionada que utilizaban los romanos para contar los plazos [se refiere a que los períodos de ochos días serían, para nosotros, de nueve], me parece que la interpretación ha de ser que se dejaba otra *nundinae* en medio que serviría para que la población contrastara sus opiniones y, en su caso, se celebrara una *contio* convocada por el magistrado que iba a presidir la asamblea». J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 218 s. Véase también G. ROTONDI, *Leges*, cit. 125 s. Crawford, por su parte, trae aquí a colación Cic. *ad Att.* 49, interpretando de él que el tiempo que medió entre la *promulgatio* y la votación de una *rogatio* correctora del exilio de Cicerón fue equivalente al que se tardaba en viajar de Roma a Vibo, y de aquí a Brundisio, y que ello no sería factible en solo diecisiete días. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 10 s.

<sup>82</sup> Según parece, las *contiones* podían ser convocadas en cualquier fecha, incluso en *nundinae* o *dies nefasti*. Sobre la *contio*, cuya denominación proviene de *conventio*, véase J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 123 ss. También G. ROTONDI, *Leges*, cit. 22 s y 130.

no prosperase (*disuasiones*). Cuestión controvertida es la de cuál era en ellas el papel del *populus*, pues no es claro si los ciudadanos podían o no intervenir en ellas tomando la palabra, habida cuenta de que, en definitiva, su verdadero poder estribaba en el voto. Este último se materializa siempre evitando los días judiciales (*dies fasti*), los *nefasti* y los festivos, así como los *nundinae*<sup>83</sup>. En el caso de que la votación se efectuase en los comicios centuriados esta tenía lugar fuera de los límites del *pomerium* (normalmente en el campo de Marte) dado su carácter militar, mientras que en los supuestos de los comicios por tribus y de las asambleas plebeyas la votación se producía en la ciudad. En todo caso, el magistrado procedía, la noche antes de la votación, a la celebración de auspicios. Posteriormente, reunido ya el *populus*, debía pronunciar una oración (*solemne precationis carmen*) y realizar un sacrificio, tras lo cual se alcanzaba la parte central de la reunión, que recibía también la denominación de *contio*, y que consistía en que el magistrado leía o hacía leer la *rogatio* (Cic. *in Vat.* 5; *phil.* 1,24), preguntado después a los ciudadanos si lo leído debe o no ser ley (*uelitis iubeatis, Quirites*).

El voto se efectuaba, naturalmente, por centurias en el caso de los comicios centuriados y por tribus en los *comitia tributa* y en las asambleas plebeyas, y se sustanciaba en la afirmación o negación<sup>84</sup>. El voto afirmativo se expresaba mediante la fórmula *uti rogas* (VR) -Liv. 6,38; Cic. *ad Att.*, 1,14-, y el negativo con la palabra *antiquo* (A), y se buscaba con ello determinar el parecer de la centuria o de la tribu conociendo el sentido del voto mayoritario de quienes las integraban<sup>85</sup>. El escrutinio (*distributio*) se

---

<sup>83</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 111.

<sup>84</sup> Así ocurre en los tres campos esenciales en los que se desenvuelve toda actividad comicial: electoral, legislativo y judicial. En todos ellos el magistrado interroga y el *populus* debe emitir respuesta afirmativa o negativa. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 44.

<sup>85</sup> El uso de la palabra «*antiquo*» significa, naturalmente, que el votante se inclina por mantener vigente el Derecho anterior, rechazando la propuesta legislativa del magistrado. J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 88. Magdelain apunta que la fórmula «*uti rogas*» era usada, desde luego, en la votación oral, antes de pasar a ser escrita. Liv. 33,25,7. Cfr. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 55. Por otro lado, aunque inicialmente no existía el voto secreto, sino que era oral y se recogía en una tablilla, a partir de la *lex Gabinia tabellaria* (131 a.C.) -Cic. *de leg.* 3,16,35; *de amic.* 12,41- este pasó a efectuarse por medio de otras tablillas que se depositaban en el interior de una urna. Realmente se desconoce si se distribuían a los ciudadanos dos tablillas –una con la fórmula VR y otra con la de A– o si se trataba de una única en la que debía marcarse el voto. Nicolet, en este sentido, interpreta que debieron ser dos tablas separadas con base a un fragmento de las cartas de Cicerón a Ático (Cic. *ad Att.* 1,14,5) en el que denuncia



hacía apuntando los votos a favor y en contra de la ley en tablas separadas, y la sesión concluía con la comunicación del resultado, si bien el ciudadano era ya libre de irse tras haber votado sin necesidad de esperar a esta. En caso de que fuese negativo, el magistrado no podía volver a presentar nuevamente la misma *rogatio* durante su año en el cargo. Aunque todo este procedimiento debía realizarse entre la salida y la caída del sol, podía verse interrumpido, claro está, por el *ius intercessionis*, que, como sabemos, permite la paralización de la eficacia de los actos de un magistrado<sup>86</sup>, pudiendo recurrirse a él tanto por propia iniciativa como por la *appellatio* previa de un ciudadano siempre que no se dirija contra un acto de un dictador o censor (Liv. 2,18,8; 24,43,2)<sup>87</sup>, o la *obnuntiatio* realizada por el augur o el magistrado que preside la asamblea, que queda igualmente suspendida, en este caso, por razones de índole religiosa. Esta práctica, que se llevaba a cabo normalmente aduciendo la existencia de signos celestes desfavorables suponía el aplazamiento de la sesión hasta el siguiente día y fue regulada en las *leges Aelia et Fufia* (158 a.C.), pues, como señala Rotondi en su espléndida exposición de todo este proceso,

---

que cuando Publio Clodio quiso aprobar contra él la *lex Pupia Valeria de incesto P. Clodii* (61 a.C.) se repartieron las tablillas de modo fraudulento. Cfr. C. NICOLET, *op. cit.* 385.

<sup>86</sup> Esta extraordinaria facultad de paralizar cualquier decisión de gobierno es descrita por Viñas como «la expresión más genuina de una verdadera oposición legalmente organizada» y no comparte fundamento con el veto del que disponían, merced a su colegialidad, los magistrados entre sí: el *ius intercessionis* tribunicio no nace de colegialidad alguna, sino precisamente de ese mismo *ius auxilii* de la plebe, que le confiere una naturaleza por completo genuina. Cfr. A. VIÑAS, *Instituciones*, *cit.* 172. Debe tenerse en consideración el hecho de que los tribunos no nacen con la consideración de magistrados, pues ni siquiera los concilios de la plebe van a ser aceptados como órganos representativos del Estado hasta la *lex Hortensia*. Por eso mismo debían vestir la toga común de todos los ciudadanos y se sentaban en un banco llamado *subsellium*. Tampoco les estaba permitido alejarse por más de una noche de la ciudad, marcando el *pomerium* el límite de sus competencias. Cfr. J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, *cit.* 271 s.

<sup>87</sup> Este gran poder, de hecho, termina otorgándoles una *summa coercendi potestas*, que les permite imponer multas, ordenar arrestos e instaurar procesos capitales incluso contra los magistrados, y se complementa con su carácter sacrosanto: el tribuno solo es responsable de sus actos frente a las divinidades de la plebe, y esta relación de proximidad con la divinidad, que le separa de los magistrados, le reviste de *sacrosanctitas* (Dion. Hal. 6,89,3; Liv. 2,33,1; 4,3,6) y le hace progresivamente cada vez más inviolable. Cfr. J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, *cit.* 52 s.; A. VIÑAS, *Instituciones*, *cit.* 122, 170 y 175.

pudo acabar siendo utilizada abusivamente por la oligarquía patricia para frustrar las votaciones de los plebiscitos propuestos por los tribunos de la plebe<sup>88</sup>.

En lo que concierne a la publicación de las *leges*, una vez aprobadas, solo las más importantes parece que fueron expuestas permanentemente, tal y como sabemos que ocurrió con las XII Tablas, que eran visibles en el foro hasta su destrucción, tal y como hemos ya señalado. Inicialmente estas leyes debieron plasmarse utilizando la madera como soporte, y posteriormente se redactaron en planchas de bronce y quizá incluso en otros materiales como el mármol<sup>89</sup>. En el caso concreto de los plebiscitos, la tradición apunta que los originales eran conservados, a cargo de los ediles, en el templo de Ceres. En cuanto al lugar de la exhibición pública de las leyes (foro, templo de Saturno, de Diana, etc.) y a su difusión física por el territorio controlado por Roma, la propia ley, de hecho, solía contener disposiciones al respecto.

Las leyes así aprobadas comicialmente tienen un carácter marcado por su personalismo, pues son aplicables en exclusiva a los ciudadanos. De hecho, su propia denominación de *leges publicae populi Romani* obedece por tanto, a la realidad de que afectan a la totalidad del *populus* de modo que la ignorancia de las mismas no excusa de su cumplimiento, y no sólo por el hecho de que todos deban conocerlas, sino también porque en caso contrario, la ignorancia de la ley constituiría una excusa factible para cualquiera y de imposible refutación.

---

<sup>88</sup> Clodio, durante su polémico tribunado, reaccionó contra esta práctica presentando un plebiscito *de iure et tempore legum rogandarum*. F. SERRAO, s. v. *Legge, cit.* 828; . DE MARTINO, *Storia. cit.* 151 ss.; G. ROTONDI, *Leges, cit.* 147 y 170 s.

<sup>89</sup> Con la conversión de la *rogatio* en *lex* se sustituyen las palabras *velitis iubeatis ut* por una fórmula preestablecida. Señala Crawford que existen referencias epigráficas sobre el deber de exhibir públicamente las *leges* (el autor refiere la *lex de provinciis praetoriis*, la *lex repetundarum*, la *lex Cornelia de XX quaestoribus* y la Tabula Heracleensis). Estas inscripciones serían en bronce o piedra, si bien no puede excluirse que, de forma temporal, se exhibiesen en pizarras. La publicación en bronce sería la usual (Dion. Hal. 3,36,4; 10,32,4; Macrob. *sat.* 1,13,21; Liv. 8,3,5; 8,11,16), y salvo en lo relativo a la Tabula Bembina, no parece que se acostumbrase a escribir en largos renglones de parte a parte del soporte, sino más bien en columnas relativamente pequeñas. Crawford señala que, al menos desde Sila, se acostumbra a escribir la *praescriptio* en letras mayores, sobre las columnas de texto. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, *cit.* 15 ss., 19 s. y 24 s.

## 2. Evolución histórica: de las *leges regiae* a la crisis de la República.

Una vez hechas estas consideraciones generales sobre la noción romana de *lex publica*, se hace necesario estudiar, aunque sea con un carácter somero, cuál ha sido su evolución histórica a efectos de lograr comprender, en el caso de la *lex Falcidia de legatis*, cómo una norma –el plebiscito– que, en principio, ni tan siquiera tenía carácter vinculante para la totalidad de los *cives*, terminó constituyéndose como la forma de legislación asamblearia más utilizada en los últimos años de la República. Resulta claro, en este sentido, que desde el apogeo de esta, la *lex rogata* se nos manifiesta con los rasgos que hemos apuntado en páginas anteriores: las *leges* son sinónimo de deliberación del pueblo y constituyen una expresión democrática de su voluntad respecto de la *rogatio* propuesta por el magistrado manifestada por medio de las asambleas entonces operativas, esto es, los *comitia centuriata*, *comitia tributa* y *concilia plebis*<sup>90</sup>.

### 2.1. Las *leges regiae*.

Desde luego no son los *plebiscita* los primeros ejemplos de ley entendida como resultado de la intervención del *populus*. Estas normas nacen históricamente como respuesta a la necesidad de la clase plebeya de organizarse políticamente y dotarse a sí misma de instrumentos con los que hacer frente a una situación –el monopolio de los cargos magistratuales y sacerdotales por la clase patricia, entre otras ventajas– que consideran injusta<sup>91</sup>. Los plebiscitos, por tanto, no nacen equivaliendo a las *leges publicae*

---

<sup>90</sup> Es más, desde el período aproximado de la segunda guerra púnica (218 a.C.–201 a.C) puede considerarse ya como completo todo el sistema de normas fundamentales que regulan el funcionamiento de la República a través de estas leyes públicas, de las *leges sacratae* y del *mos maiorum*. Cfr. P. CERAMI, *Potere*, cit. 113. Véase a este respecto F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 819. Un estudio, en cualquier caso, mucho más completo de la cuestión es el del profesor Ribas Alba: J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit.

<sup>91</sup> Livio refiere claramente este deseo de la plebe en igualarse a la clase patricia en lo que concierne a la *libertas* política (Liv. 3,31,17). La bibliografía a propósito de las reivindicaciones plebeyas contra el patriciado es, lógicamente, extensísima y su análisis excede con mucho del objeto del presente estudio. Para una mayor profundización sobre este apasionante capítulo de la historia de la *res publica* y de la propia idea de democracia véanse, entre otros, T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 160 ss.; W. LIEBERMAN, s. v. *Comitia*, en *RE IV 1* (Stuttgart 1900); J. BINDER, *op. cit.*; G. W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies*.

---

*From their origin to the end of the Republic* (New York 1909); E. LEFÈVRE, *Du rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile* (Paris 1910); G. BLOCH, *La république romaine, les conflits politiques et sociaux* (Paris 1913); K. J. BELOCH, *Römische Geschichte bu zum Beginn der punischen Kriege* (Berlin-Leipzig 1926); G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe* (Milano 1932); L. HOMO, *Les institutions politiques romaines. De la cité a l'Etat* (Paris 1933); G. NICCOLINI, *I fasti dei tribuni della plebe* (Milano 1934); H. SIBER, *Die plebejischen Magistraturen bis zur lex Hortensia* (Leipzig 1936); P. DE FRANCISCI, *Del regnum a la respublica*, en *SDHI* 10 (Roma 1944); C. GIOFFREDI, *Il fondamento della tribunicia potestas e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo* (sacrosanctum – lex sacrata – sacramentum), en *SDHI* 11 (Roma 1945) 37 ss.; S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano* (Catania 1945); G. LOMBARDI, *Lo sviluppo costituzionale di Roma dalle origini alla fine della Repubblica* (Roma 1945); A. GUARINO, *La formazione de la «respublica» romana*, en *RIDA* 1 (Bruxelles 1948); A. BERNARDI, *Dagli ausiliari del «rex» ai magistrati della «respublica»*, en *Athenaeum* 30 (Pavia 1952); U. COLI, *Tribu e centurie dell'antica repubblica romana*, en *SDHI* 21 (Roma 1955); J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik* (München 1955); R. WERNER, *Der Beginn der römischen Republik* (München 1963); E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni in Roma dal 133 all'88*, en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 57 ss.; A. MOMIGLIANO, *L'ascesa della plebe nella storia arcaica di Roma*, en *Rivista storica italiana* 79 (Napoli 1967); A. MOMIGLIANO, *Osservazioni sulla distinzione fra patrizi e plebei*, en *Entretiens sur l'Antiquité classique* 13 (Genova 1967) 197 ss.; A. CALONGE, *El pontifex maximus y el problema de la distinción entre magistraturas y sacerdocios*, en *AHDE* 38 (Madrid 1968) 5 ss.; J. VOGT, *Die römische Republik* (Freiburg 1955); A. MAGDELAIN, «Praetor maximus» et «comitatus maximus», en *RIDA* 20 (Bruxelles 1969) 257 ss.; P. CATALANO, *Tribunato e resistenza* (Torino 1971); S. MAZZARINO, *Sul tribunato della plebe nella storiografia romana*, en *Helikon* 11-12 (Budapest 1971); F. DE MARTINO, *Storia*, cit. 64 ss.; 297 ss. y 334 ss.; J. ELLUL, *Réflexions sur la révolution, la plèbe et le tribunat de la plèbe*, en *Index* 3 (Napoli 1972) 263 ss.; S. MAZZARINO, *Note sul tribunato della plebe nella storiografia romana*, en *Index* 3 (Napoli 1972) 175 ss.; M. SARGENTI, *Riflessioni sull'attribuzione del potere giurisdizionale a Roma nel passaggio dalla monarchia a la repubblica*, en *Studi Donatuti* 3 (Parma 1973) 1157 ss.; G. GROSSO, *Sul tribunato della plebe*, en *Labeo* 20 (Napoli 1974) 7 ss.; G. POMA, *Gli studi recenti sull'origine della repubblica romana* (Bologna 1974); J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik* (Berlin 1975); P. C. RANOUIL, *Recherches sur le patriciat* (Paris 1975); G. LOBRANO, *Plebei magistratus, patricii magistratus, magistratus populi romani*, en *SDHI* 41 (Roma 1975) 245 ss.; E. FERENCZY, *From the patrician State to the patricio-plebeian State* (Budapest 1976); P. CATALANO, *A proposito dei concetti di «rivoluzione» nella dottrina romanística contemporanea (tra «rivoluzione de la plebe» e dittature rivoluzionarie)*, en *SDHI* 43 (Roma 1977) 440 ss.; A. MOMIGLIANO, *Prolegomena a ogni futura metafisica sulla plebe romana*, en *Labeo* 23 (Napoli 1977) 7 ss.; F. WIEACKER, *Sulla plebe antica*, en *Labeo* 23 (Napoli 1977) 59 ss.; J.-C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéien* (Roma 1978); M. A. LEVI, *Il tribunato della plebe e altri scritti su istituzioni pubbliche romane* (Milano 1978); F. CASSOLA – L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane* (Roma 1991); P. FREZZA, *Secessioni plebee e rivolte servili nella Roma antica*, en *SDHI* 45 (Roma 1979) 310 ss.; G. ALFÖLDY, *Römische*

*populi Romani*, situación esta a la cual solo se llegará tras un largo proceso de evolución histórica culminante en la *lex Hortensia*, y desde luego ni eran votados por la totalidad de los ciudadanos ni, en consecuencia, vinculaban a todos<sup>92</sup>. El estudio de la legislación romana de época arcaica, como se ve, es complejo y oscuro, por cuanto el de las leyes del período monárquico ha dividido a la doctrina entre los negadores de la existencia histórica de las llamadas *leges regiae*<sup>93</sup> y quienes sí la defienden, e incluso dentro de este último

---

*Sozialgeschichte* (Wiesbaden 1979); F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, en *Diritto e società nell'antica Roma* (Roma 1979) 177 ss.; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe* (Milano 1982); A. VIÑAS, *Función del tribunado de la plebe, ¿reforma política o revolución social?* (Madrid 1983); G. FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana 1* (Napoli 1984); G. FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana 2* (Napoli 1988); F. D'IPPOLITO, *Le XII Tavole*, cit.; M. TORELLI, *Le popolazione dell'Italia antica: società e forme di potere*, en AA.VV., *Storia di Roma 1* (Torino 1988); M. TORELLI, *Dalle aristocrazie gentilizie alla nascita della plebe*, en AA.VV., *Storia di Roma 1* (Torino 1988); R. E. MITCHELL, *Patricians and plebeians: The origin of the Roman State* (Ithaca, N.Y. 1990); R. L. TAYLOR, *Roman voting assemblies from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar* (Michigan 1990); G. FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana 3* (Napoli 1995); G. LOBRANO, *Res publica, res populi. La legge e la limitazione del potere* (Torino 1996); R. DE CASTRO-CAMERO, *Consecuencias jurídicas de la dicotomía social «honestiores» – «humiliores»*, en *SDHI 65* (Roma 1999) 309 ss.; M. SORDI, *Populus e plebs nella lotta patrizio-plebea* (Avola 2005); C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public law in the expansion and decline of the Roman Republic* (Michigan 2005); C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public law in the expansion and decline of the Roman Republic* (Michigan 2005); A. VIÑAS, *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República* (Madrid 2007).

<sup>92</sup> M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, cit. 1. Con relación a cuál puede considerarse como el primer ejemplo histórico de ley, entendida como norma coactiva derivada de la voluntad del pueblo, esto es, como muestra de expresión de la voluntad popular en el ámbito de la legislación romana, Serrao ha apuntado que lo constituye la *lex curiata de imperio*, a la que el autor define como acto de investidura del magistrado efectuado con los lictores en representación de las treinta curias. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 800. Con todo, algunos ha rebajado la importancia de la participación del *populus* en lo que concierne a estas *leges curiatae*: De Francisci, por ejemplo, enfoca en ellas la participación del *populus Romanus* desde el punto de vista de una aclamación popular que sigue a una declaración solemne efectuada por el titular del *imperium*, si bien la pura y simple identificación de la *lex* con la declaración del magistrado ha sido también contestada doctrinalmente. Cfr. P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* (Milano 1947-48) 48 s.; F. DE MARTINO, *Storia de la costituzione romana 1* (Napoli 1972) 155 ss. Sobre la *lex curiata*, véase J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 144 ss.

<sup>93</sup> Guarino, por ejemplo, asume una postura muy crítica con cuanto concierne a las leyes romanas anteriores al siglo IV a.C.: no va tan lejos como para negar directamente su existencia histórica, pero sí cuestiona la

grupo, entre los que afirman y los que rechazan su carácter jurídico, que para nosotros resulta innegable aun conteniendo sanciones de orden religioso<sup>94</sup>. Actualmente no parece considerarse ya como en exceso problemática la aceptación de estas leyes como verdaderamente existentes en el pasado monárquico romano: un grupo de estas lo conformarían las del rey Numa Pompilio; otro se integraría, según la tradición analística romana, de las normas de Derecho civil llevadas a los comicios por tribus para su votación ciudadana por los *reges*, desde Rómulo, siendo publicadas después por Marco Arancio y Gayo Papirio. El relato tradicional señala que estas últimas y antiquísimas leyes civilísticas habrían sido posteriormente compiladas, ya a comienzos de la República, por el pontífice Sexto Papirio, conformando así el llamado *ius civile papirianum* (Liv. 1,32,2.; Dion. Hal. 3,36,4; 2,10,15).

D. 1,2,2,2 (Pomp. *enchir. sing.*): *Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc reipublicae curam per sententias partium earum*

---

posibilidad de que en esa época existiesen *leges tribuniciae*, tal y como señala Pomponio en D. 1,2,2,2 (Pomp. *enchir. sing.*), texto en el que se dice que fue el propio Rómulo el primero en dictar estas leyes reales fundacionales, seguido después de los siguientes monarcas (Liv. 1,8,1 y 2; 1,13,6-7; Dion. Hal. 2,9-27). Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 800. Para una exposición de las causas por las que la crítica filológica decimonónica tendió a no dar verosimilitud histórica a esta normativa regia, cfr. J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho romano. Querrela inofficiosi testamenti: Fundamentos y régimen clásico* (Granada 1998) 19 y 110 s. n. 51. Una exposición reciente sobre el problema de la existencia real de esta legislación o sobre la posibilidad de una falsificación posterior la encontramos en J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 59 s. Véase igualmente F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt* (München 1988) 307 ss. Rotondi, por su parte, acepta la existencia real de esta legislación, pero rechaza la idea de que pudiera ser tan antigua como para remontarse a los primeros años de la monarquía: las *leges regiae* conformadoras del *ius civile papirianum* serían, según su opinión, normas pontificales que la historiografía romana buscó remontar a Rómulo para acentuar así su carácter arcaico y venerable. Cfr. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 48 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 96 ss. Sobre estas *leges regiae*, S. TONDO, *Introduzione alle «leges regiae»*, en *SDHI* 37 (Roma 1971) 1 ss.; M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II (London 1996) 562 s. Cfr. D. MANTOVANI, *Le due serie di «leges regiae»*, en *SCDR* 15 (Madrid 2003) 185 ss.

<sup>94</sup> Sobre el carácter jurídico de esta legislación nos atenemos a las palabras de Ribas Alba: «respecto a ellas, la doctrina parece aceptar con creciente facilidad su carácter jurídico, que no es incompatible con la presencia en ellas de una sanción religiosa». J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 19.

*expediebat. et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.*

El fragmento arriba reproducido pone de manifiesto que Pomponio, como se ve, considera a estas *leges regiae* como la fuente primaria del Derecho arcaico, y apunta que habrían sido derogadas supuestamente por una ley tribunicia que se interpreta por la doctrina no como un plebiscito, lógicamente, sino como una ley centuriada propuesta por un *tribunus celerum* patricio<sup>95</sup>. Esta derogación de las leyes regias habría conducido, según el jurista, a un período de incertidumbre jurídica solo resuelto con la posterior compilación escrita del Derecho que suponen las XII Tablas:

D. 1,2,2,3 (Pomp. *enchir. sing.*): *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.*

## 2.2. De las XII Tablas a la época tardorrepublicana.

---

<sup>95</sup> Amplia información sobre los comicios centuriados en J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 163 ss.

Debe enmarcarse la legislación decenviral<sup>96</sup> en el ámbito de estas luchas de la plebe frente al patriciado<sup>97</sup>. Aprobadas con la participación del *populus* (al menos, como

---

<sup>96</sup> La bibliografía a propósito de las XII resulta, desde luego, muy abundante. Véanse, por todos, G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole*, en *ANRW* 1.2 (Berlin-New York 1972) 115 ss.; M. DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables* (Paris 1978); J. BLEICKEN, *Lex publica*, *cit.*; F. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'Editto del pretore*, en *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Padova 1987) 51 ss.; A. BERNARDI, *Le XII Tavole: I contenuti legislativi*, en AA.VV. *Storia di Roma* 1 (Torino 1988); F. D'IPPOLITO, *Le XII Tavole*, *cit.*; A. GUARINO, *Una palingenesia delle XII Tavole?*, en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero* (Madrid 1994) 283 ss.; A. GUARINO, *Il dubio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, en *Labeo* 34 (Napoli 1988) 323 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *Homero y la ley de las XII Tablas: poetas y juristas en la «ciencia nueva» de Vico*, en *Retórica y texto: III Encuentro interdisciplinar sobre retórica, texto y comunicaciones* (Cádiz 1995) 458 ss.; R. MARTINI, *XII Tavole e diritto greco*, en *Labeo* 45 (Napoli 1999) 20 ss.; R. PANERO GUTIÉRREZ, *Reflexiones sobre las XII Tablas: T. 1,6 y 7 pr.*, en *Estudios jurídicos «in memoriam» del profesor Alfredo Calonge* 2 (2002) 763 ss.; M. ZABLOCKA, *Le XII Tavole: fonte dei principi del diritto contemporaneo*, en *Iura* 53 (Napoli 2002) 1 ss.; F. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole* (Napoli 2003); AA.VV., M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (Pavia 2005); P. ARCES, *Appunti per una storia dei tentativi di palingenesi della legge delle XII Tavole*, en *Rivista di Diritto Romano* 8 (Milano 2008) 10 ss.; F. TUCCILLO, *Su un'immagine cinquetentesca delle XII Tavole*, en *Scritti per Alessandro Cobino* 7 (Tricase 2016) 277 ss.

<sup>97</sup> La tradición doctrinal suele vincular el nacimiento de la plebe como clase social contrapuesta al patriciado como una consecuencia posterior, en una fase histórica más evolucionada, del fenómeno migratorio propiciado por la creciente expansión comercial romana, que daría lugar a la aparición de un importante crecimiento demográfico. Frente a esta teoría, que se basa, como vemos, en una supuesta diferencia racial *ab origine* entre patricios y plebeyos, encontramos otra, más convincente a nuestro entender, que sitúa la distinción entre ambos con base a cuestiones de índole social y político: la *plebs*, como movimiento organizado, surgiría como respuesta al monopolio que unas mismas familias ejercitan sobre los puestos de poder. En efecto, desde finales de la monarquía serán plebeyos los no patricios. Cfr. J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, *cit.* 259. Siguiendo la argumentación de Viñas, la constitución del patriciado en una casta cerrada que gracias a la reconstrucción de árboles genealógicos controla las magistraturas, sacerdocios y Senado, debe explicarse principalmente no sobre la base de una supuesta diferenciación étnica, sino más bien a causa de cuestiones políticas y religiosas de las que derivan las razones económicas que hacen reaccionar a la *plebs*. El fenómeno no se resuelve, por tanto, acudiendo sólo al criterio económico, pues este realmente no es más que la consecuencia inescindible de la razón verdadera: la voluntad política de la clase patricia de gobernar la *civitas* con autosuficiencia y sin relacionarse, en consecuencia, con la plebe más que de forma esporádica, principalmente por razones de índole militar. Cfr. A. VIÑAS, *Instituciones*, *cit.* 39 ss. y 165 ss. Niehbur, iniciador de la escuela crítica alemana, defiende que la plebe se compone de los habitantes de las localidades latinas sometidas por Roma durante la monarquía. Mommsen, por su parte,



---

emparentó el surgimiento de la *plebs* con las migraciones humanas. Para él, la plebe se identifica con la institución de la clientela –concretamente considera a los primeros plebeyos como aquellos clientes que pierden a sus patronos como consecuencia de las guerras–, y se nutre de inmigrantes, esclavos manumitidos y necesitados de protección. Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* 3 (Leipzig 1988) 75 ss.; P. FREZZA, *Corso di storia del Diritto Romano* (Roma 1968). Cfr. J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 258 n. 16. Esta teoría ha tenido una amplia recepción en la doctrina a través de figuras tan significativas como Bonfante o De Francisci. Cfr. P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* 1 (Milano 1923) 93 ss.; A. VIÑAS, *Instituciones*, cit. 42; L. HOMO, *Les institutions politiques romaines. De la cité a l'Etat* (Paris 1933); A. VIÑAS, *Instituciones*, cit. 41. Para el primero, el origen de la plebe romana se situaría en una aldea autónoma en el Aventino ocupada por inmigrantes y ex clientes, en concordancia con la idea mommsiana. La influencia de este en De Francisci es también evidentísima, como demuestra Viñas: la *plebs* nace, según dice, como consecuencia de la «extinción de las gentes patricias que dejan sin vínculos especiales a sus propios clientes». La misma idea la encontramos en Homo, que identifica a los plebeyos como clientes emancipados del patriciado, habitantes de territorios sometidos y extranjeros asentados en territorio romano. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 53 ss. El autor, que defiende este planteamiento, sí acierta, de todos modos, en su afirmación de que «la plebe no fue excluida del goce de los derechos políticos y que hubo de formar parte de las tribus, del comicio por curias y de las posteriores organizaciones republicanas. Desde el punto de vista político fue excluida únicamente de los puestos de mando, o sea de las magistraturas, del sacerdocio y del Senado». Más radical es la tesis de Guarino, que defiende que los plebeyos no adquieren la condición de ciudadanos hasta mediados del siglo IV a.C. por mucho que desempeñaran un papel trascendental en la vida de la *civitas* gracias a su actividad artesanal y a su contribución en el ejército. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 94 s.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano* (Napoli 1994). De Sanctis, en cambio, sí defiende que debió existir una primigenia equiparación entre patricios y plebeyos –que, negada la posibilidad de que la plebe se nutra de extranjeros, no es, por tanto, equiparación: más bien existiría un cuerpo ciudadano desprovisto en sus fases más primarias de clases sociales– que debió romperse en algún momento a favor del patriciado. Cfr. G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani* (Firenze 1977) 397 ss. En realidad, la estratificación de la sociedad romana en patricios y plebeyos no era un elemento originario de la constitución de Rómulo (Liv. 1,43,10; Dion. Hal. 4,20,2) –nunca podría serlo al no existir diferencias raciales entre ambos grupos–, sino que es producto del monopolio patricial de los principales órganos de gobierno de la *civitas*. Ribas Alba expone con claridad el fenómeno al señalar que se debe a que «el ejercicio de los cargos civiles y militares –excluido el de *rex*– da forma a un grupo que toma conciencia de su superioridad y que se afana por atribuirse el monopolio de la dirección político-religiosa y económica de la sociedad». J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 257 s. Paralelo al monopolio político del patriciado corre también, como se sabe, el del *ager publicus*, escollo que pudieron salvar los plebeyos ocupando estas tierras vinculándose clientelamente con los patricios. La razón por la que el suelo público quedó reservado sólo a estos últimos se explica por la sencilla razón de que su explotación constituía la actividad más ventajosa económicamente: si el *cursus honorum*, costoso para quien lo realiza, es desempeñado exclusivamente por ellos, es de todo punto lógico pensar entonces que buscaran garantizarse

se sabe, en lo que concierne a las diez primeras tablas, tal y como tendremos oportunidad de comprobar enseguida), la doctrina ha reiterado que recogía materias largo tiempo demandadas por la plebe<sup>98</sup>, que ansiaba la regulación por escrito de las normas fundamentales del *ius*. Pomponio apunta en D. 1,2,2,3 (Pomp. *enchir. sing.*) que la abolición de las *leges regiae* tras la expulsión de Tarquinio el Soberbio y la aparición de la *res publica*, trajo consigo un período de incertidumbre jurídica<sup>99</sup>. Ahora bien, esta situación no debía referirse a la esencia del ordenamiento, como apunta Guarino, sino más bien a lo concerniente a su conocimiento y aplicación como consecuencia directa de la ausencia de una redacción escrita de las normas más elementales concernientes a la dirección política de la República. La reivindicación plebeya de recoger por escrito las normas debe vincularse, por tanto, con el principio de seguridad jurídica y el deseo de

---

en exclusiva la principal fuente económica de la *civitas* con la que poder costearlo y sostener su monopolio. Sobre todo este proceso de transformación social véase F. DE MARTINO, *Storia. cit.* 85 ss. y 117 ss.

<sup>98</sup> También Gioffredi apunta como origen de la norma decenviral la necesidad de clarificar algunas normas de importancia, obteniendo así una aplicabilidad uniforme de las mismas, unida a la pertinencia de regular por escrito ciertas nuevas reglas de conducta. Véase a este respecto G. GIOFFREDI, *Ius, cit.* 41; E. RECODER DE CASSO, *op. cit.* 16.

<sup>99</sup> No quedaba lejos, en época decenviral, el recuerdo de la famosa secesión plebeya del 494 a.C. La historia de estas prolongadas reivindicaciones de la *plebs* frente al orden patricial alcanza los siguientes hitos legislativos, recogidos por Ribas Alba y Serrano Vicente: «1) la Ley de las XII Tablas, 451-450 a.C. (Liv. 3,9-57; Dion. Hal. 10,1-60; D. 1,2,2,4 [Pomp. *enchir. sing.*]; 2) el compromiso formalizado en las *leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C. (Liv. 6,34-42; D. 1,2): *de aere alieno* (deudas), *de modo agrorum* (fijaba un límite cuantitativo en la posesión sobre las tierras públicas) y *de consule plebeio* (admitiendo a los plebeyos al consulado e instaurando dos nuevas magistraturas, la del pretor y la edilidad curul, reservadas a los patricios; D. 1,2,2,26-27 [Pomp. *enchir. sing.*]); 3) las *leges Publilia Philonis* del 339 a.C. (Liv. 8,12,14-16): *de plebiscitis*; *de patrum auctoritate*, introduce la *auctoritas* previa para las asambleas legislativas; *de censore plebeio* creando, establece que uno de los censores, al menos, debía ser plebeyo; 4) la *lex Olgunia* del 300 a.C. (Liv. 10,6,6): cinco augures, de ocho; y cuatro pontífices, de nueve, debían ser plebeyos; 5) la *lex Hortensia* del 286 a.C. (Gai. 1,3; Aul. Gell. 15,27,4; D. 1,2,2,8 [Pomp. *enchir. sing.*], que reconoce de modo definitivo –confirmando las normas precedentes del 449 y del 339 a.C– la obligatoriedad general de los plebiscitos para todo el pueblo». J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano, cit.* 34 s. Sobre todo este proceso de reivindicaciones plebeyas y de sus progresos legislativos, véase también F. WIEACKER, *Sulla plebe antica*, en *Labeo* 23 (Napoli 1977) 59 ss.

evitar los desajustes e injusticias a los que se podía llegar dejando la interpretación de los *mores* en exclusiva a los pontífices, integrantes todos ellos de la clase patricia<sup>100</sup>.

En lo que concierne a la génesis histórica de la ley decenviral, el relato tradicional es muy conocido<sup>101</sup>, si bien ha sido muy atacado por la doctrina, aunque en tiempos

---

<sup>100</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 96 s; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 62.

<sup>101</sup> Según nos transmite Livio, que escribe remontándose a la tradición, el tribuno de la plebe Terentilio Arsa demandó la creación de una magistratura especial integrada por cinco miembros con potestad de controlar el poder de los cónsules, y por tanto, el gobierno del Estado (462 a.C.) -Liv. 3,9-16- cuya finalidad sería la poner límites al poder consular mediante la fijación de leyes escritas. Su propuesta no conoció el éxito, lo cual provocó un recrudecimiento de los enfrentamientos entre la plebe y el patriciado (Liv. 3,31,7). Esto motivaría que ocho años más tarde, las dos clases sociales buscaran la superación de la confrontación mediante el envío de una embajada de tres ciudadanos a Atenas y a otras ciudades griegas con la intención de estudiar las leyes de Solón (Liv. 3,31,9; D. 1,2,2,2 [Pomp. *enchir. sing.*]; Dion. Hal. 10,51,5; Plin. *nat. his.* 34,11,21).

Tres años después del envío de esta embajada –que según Livio regresaría con su cometido cumplido en el 452 a.C (Liv. 3,32,6)– se suspenden por uno las magistraturas ordinarias, incluyendo el consulado y el tribunado de la plebe, y se crea un colegio de *decemviri legibus scribundis* (451 a.C.) presidido por uno de los cónsules y encargado de elaborar las leyes escritas. El historiador romano describe la aparición de estos primeros decenviros como un hecho de importancia extrema, comparando el traspaso de poder que realizan los cónsules a su favor con el que se produjo, a la caída de la monarquía, entre el *rex* y los magistrados, cambiando con ello la realidad política de la *civitas* (Liv. 3,33,1). Los *decemviri* constituyen así una magistratura de carácter extraordinario que absorbió el poder de los cónsules durante la totalidad del período de redacción de la ley, que una vez escrita en diez tablas fue aprobada por los comicios centuriados (Liv. 3,32,5; 3,34,6). Sobre este punto, véase A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 69. Las Tablas quedaron desde entonces expuestas en el foro. Los plebeyos, por su parte, aceptaron en las negociaciones quedar al margen de este colegio decenviral sin imponer que ninguno de sus miembros tuviese que salir necesariamente de entre sus filas. A cambio, el Senado se comprometió a que los decenviros no derogarían las *leges sacrae* de la plebe, especialmente en lo que concernía a la *lex de Aventino publicando*, que concedía el Aventino a la *plebs* (Liv. 3,32,7). Es por ello que Crawford se refiere a las diez primeras Tablas como una auto-regulación patricia, afirmando que, desde luego, no debieron crearlas de la nada los decenviros, sino que podrían provenir de materiales, puede que escritos, de personas con conocimientos jurídicos. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 560. La elaboración de las dos Tablas restantes fue obra, como se sabe, de un segundo decenvirato (esta vez ya de composición mixta pues integró a tres miembros plebeyos) elegido al año siguiente. Cicerón las llama *tabulae iniquae* (Cic. *de re pub.* 2,36,61-63) porque prohibían el matrimonio entre patricios y plebeyos, que se habría permitido en las diez Tablas originarias. En este punto, Crawford considera que Cicerón se equivoca al considerar de ese modo a las

recientes se le atribuye mayor verosimilitud<sup>102</sup>. La historia narrada por Livio, e incluso hasta la propia institución de los dos decenviratos, han sido a menudo consideradas, quizá a veces con un exceso de crudeza, como pura leyenda.

---

Tablas XI y XII en su integridad. Cfr. *Ibid.* Sea como fuere, la tradición romana recogida por Livio deja en mal lugar la gestión de estos segundos *decemviri*, que desarrollaron una conducta tiránica al negarse a abandonar sus cargos una vez expirado el año en curso, razón por la cual acabaron por ser desterrados tras una nueva secesión plebeya que conllevó la reinstauración de las magistraturas ordinarias. La pésima reputación de la que parecieron gozar socialmente estos decenviros se vio, además, acentuada por el famoso episodio de Virginia, una muchacha plebeya demandada como esclava por un cliente de Apio Claudio, el presidente de estos decenviros, quien se habría encaprichado de ella. Según el relato de Livio, la joven, finalmente, fue muerta por su propio padre para salvarla de la deshonra (Liv. 3,44). Concluida la función legislativa del primer decenvirato, se procedió a elección del segundo colegio decenviral, en el que esta vez se integraron algunos miembros de la plebe, a efectos de redactar dos nuevas Tablas que, unidas a las diez anteriores pudiesen dar lugar a un *corpus* completo del Derecho romano. Sea como fuere, como hemos visto, la labor de los segundos decenviros se vio envuelta en un nuevo período de agitación política que concluyó en el restablecimiento del gobierno magistratual ordinario. Cfr. J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 60 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 100 ss.

El relato de Livio obliga a considerar, naturalmente, que constituiría un error, como es sabido, referirse a los *decemviri* únicamente como los encargados de un proyecto legislativo: el historiador afirma que con su aparición, en palabras de Serrano Vicente, “cambió la forma de la *civitas* pasando el poder de los cónsules a los decenviros (Liv. 3,32,5)”. J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 61. Los colegios decenvirales fueron, entonces, la expresión de un gobierno, primero puramente patricial, y finalmente mixto en el segundo decenvirato, que se sostiene jurídicamente sobre la nueva codificación. Si su función hubiese sido simplemente *legibus scribundis* –algo contrario a lo expresado por Livio– no se comprendería la consideración de tiranos de los segundos decenviros ni el reconocimiento de su actividad legislativa, pues esas dos Tablas se incorporaron a las otras diez y fueron consideradas siempre como *fons omnis publici privatiq[ue] iuris*, esto es, fuente de todo el derecho, público y privado (Liv. 3,34,36).

<sup>102</sup> Kunkel critica abiertamente a quienes niegan la historicidad de las Tablas (Ettore Pais; Edouard Lambert), de cuya existencia en la fecha señalada por Livio no duda, como tampoco de la posibilidad de que existiese en ellas una influencia griega, aunque sin alterar, lógicamente, la idea de que la ley decenviral sea una genuina obra romana, pues cierto es que su contenido debía recoger buena parte de los *mores maiorum*. Cfr. W. KUNKEL, *Historia*, cit. 38 s.; C. GIOFFREDI, *Ius*, cit. 34 ss.; Véase J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 60 y 64. También Crawford se muestra crítico con quienes dudan de la verosimilitud histórica del episodio de la embajada a Atenas, aportando bibliografía al respecto, así como con quienes rechazan cualquier influencia griega en el derecho romano de época decenviral. De hecho, el autor pone de relieve la similitud entre ciertas normas de las XII Tablas y de la legislación ateniense. Véase M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 560. Esta influencia griega en la

Aristóteles menciona la legislación de Solón estudiada por los decenviros en su *Constitución de los atenienses*:

Arist. const. 5,1-2: *Τοιαύτης δὲ τῆς τάξεως οὐσης ἐν τῇ πολιτείᾳ, καὶ τῶν πολλῶν δουλευόντων τοῖς ὀλίγοις, ἀντέστη τοῖς γνωρίμοις ὁ δῆμος. ἰσχυρᾶς δὲ τῆς στάσεως οὐσης καὶ πολλὸν χρόνον ἀντικαθημένων ἀλλήλοις, εἴλοντο κοινῇ διαλλακτὴν καὶ ἄρχοντα Σόλωνα,*

*καὶ τὴν πολιτείαν ἐπέτρεψαν αὐτῷ, ποιήσαντι τὴν ἐλεγείαν ἧς ἐστὶν ἀρχή· γιγνώσκω, καὶ μοι φρενὸς ἔνδοθεν ἄλγεα κεῖται, πρεσβυτάτην ἔσορῶν γαῖαν Ἰαονίας κλινομένην·*

*ἐν ἧ ἢ πρὸς ἑκατέρους ὑπὲρ ἑκατέρων μάχεται καὶ διαμφισβητεῖ, καὶ μετὰ ταῦτα κοινῇ παραινεῖ καταπαύειν τὴν ἐνεστῶσαν φιλονικίαν.*

Hacia el año 594 a.C. se produce, según Aristóteles, un levantamiento popular en Atenas que perdura largo tiempo y que conlleva la designación de Solón como arconte, a efectos de solventar la disputa entre nobles y plebeyos mediante la redacción de una constitución que introdujo medidas de tal importancia como la supresión de la entrega del deudor como garantía de cumplimiento de obligaciones (algo a lo que Roma llegará, como hemos visto, con la promulgación de la *lex Poetelia Papiria*); el establecimiento de una cancelación general de deudas y la anulación de las garantías reales para su cumplimiento; la necesidad de que la provisión de magistraturas se hiciera por sorteo; la publicidad de las actuaciones judiciales y la posibilidad de apelación de las mismas; la obligación ciudadana de intervenir en los asuntos públicos; y la represión de la tiranía, privando de todos los derechos al tirano y a su estirpe. ¿Existe, pues, una influencia griega en la legislación decenviral? Gioffredi acepta la posibilidad, por mucho que se niegue a reconocer como histórico el relato tradicional de su elaboración y de la famosa historia de Virginia. Asume una postura moderada:

---

legislación decenviral, y concretamente en su concisión y calidad, es defendida en F. WIEACKER, *Lex publica*, en *Von römischen Recht* (Stuttgart 1961) 45 ss. También Ducos considera evidente esta influencia. Para él se produce una transformación de la *res publica* en sus dos últimos siglos, en la cual la ciudad pasa a estar fundada sobre las leyes, tal y como, según hemos expresado, escribe Cicerón, más influenciado por esta realidad para él contemporánea que por el pensamiento platónico, que Ducos, por otra parte, no niega. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 187.

la necesidad de recoger las normas por escrito es un rasgo propio, según escribe, de las culturas avanzadas, de modo que no niega la realidad histórica de las Tablas ni la posible influencia griega en ellas de la que habla Livio, sino más bien la del relato tradicional que transcribe. No cuestiona, en suma, el fondo, sino la forma<sup>103</sup>.

En efecto, existen varios factores que impiden descartar que existiera una cierta influencia griega en las Tablas<sup>104</sup>. De un lado, no es ningún imposible histórico el envío de la embajada a Atenas, habida cuenta del contacto existente entre Roma y las colonias del sur de Italia (Magna Grecia)<sup>105</sup>. Del otro, la ley de las XII Tablas parece

---

<sup>103</sup> G. GIOFFREDI, *Ius*, cit. 34 ss.

<sup>104</sup> Crawford sí rechaza la idea de Yaron, según la cual habría influencias semíticas en la ley decenviral Cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 561; R. YARON, *Semitic influence in early Rome*, en *Daube noster* (Edimburg – London 1974) 343 ss.

<sup>105</sup> Arangio-Ruiz, en cambio, niega con rotundidad esta posibilidad, argumentando que ni siquiera estas últimas ciudades –caso de la colonia ateniense de Turi– debieron tener, según él, la menor influencia en el trabajo de los decenviros: apunta que por mucho que pueda haber ciertas similitudes entre la legislación decenviral y el pensamiento político griego, en la época de las XII Tablas Roma se relacionaba únicamente con sus territorios limítrofes, de modo que la posible influencia de la Magna Grecia –y no digamos ya de la propia Atenas por medio de la famosa embajada– estaría fuera de sus posibilidades. Para dar rotundidad a esta argumentación, el autor afirma que en las reglamentaciones de la propiedad, del sistema penal, de las formas procesales o de los negocios jurídicos los decenviros muestran ideas «netamente romanas cuyo origen podríamos, quizá, encontrar en los pueblos etrusco o latino si su cultura nos fuese conocida». Esta exposición se sustenta sobre la idea de que la Roma de época decenviral vivía en un absoluto ostracismo cultural en el que ni siquiera podría haber tenido conocimiento de la fama de las leyes de Solón, que solventaron una situación de ruptura social y cuyo conocimiento podía, en consecuencia, ser de utilidad de cara al proyecto legislativo decenviral. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*. 5ª ed. (Madrid 1994) 69 y 80 ss. Tal y como refiere Ribas Alba, nuestro conocimiento sobre la Roma arcaica ha cambiado en gran medida merced a los trabajos arqueológicos e históricos que se han venido sucediendo desde los años centrales del pasado siglo. La visión de una Roma sin relaciones exteriores y ajena a la influencia griega, fundamentada en una filología decimonónica tendente a tachar episodios narrados en las fuentes romanas como de invenciones o falsificaciones se antoja ya, por tanto, como definitivamente superada. En este sentido, son claras las palabras del autor a propósito de la influencia griega en la Roma del siglo V a.C.: «También para esta centuria quedó confirmado el culto griego de Cástor y Pólux con la aparición de una inscripción de Lavinium escrita en una mezcla de latín y griego. Son ejemplos que podrían multiplicarse. Con los nuevos hallazgos quedan confirmados muchos datos aportados por los textos literarios, y la presunción sobre su veracidad ha modificado las valoraciones anteriores. Desde entonces ha aumentado considerablemente el volumen de

desarrollarse hasta cierto punto como reflejo romano de la idea política ateniense de una *polis* integrada por ciudadanos iguales entre sí y dotada de normas escritas. Estas dos características (igualdad ciudadana o isonomía y legislación escrita: las Tablas estuvieron públicamente expuestas en el foro hasta su destrucción) no parecen propias de la Roma inmediatamente anterior a los decenviros, de modo que es más creíble hablar de una cierta influencia griega –máxime cuando las propias fuentes romanas, en nuestro caso Livio, nos hablan de ella– que pensar que esas importantísimas innovaciones políticas se producen en la historia de Roma en tan solo dos años. Además, con sentido común, Coli<sup>106</sup> apunta que la cultura etrusca, una de las semillas, como es sabido, de las que florecería la romana, viniese de donde viniese, era portadora, a su vez, de la cultura griega. Incluso aceptando la posibilidad de que la historia de la embajada a Atenas sea puramente legendaria, lo cierto es que la mentalidad romana es amiga de considerar a las XII Tablas como influenciadas por el Derecho ateniense. Es más, no puede dudarse precisamente de que esta aceptación de lo griego en el pensamiento histórico-jurídico romano se haría mucho más fuerte, precisamente, en el supuesto de que la embajada nunca hubiese existido.

Al margen de la cuestión de la historicidad del relato de Livio a propósito de la gestación de la ley decenviral, otro punto que ha sido especialmente tratado por la doctrina ha sido, naturalmente, el de las dos Tablas finales. Livio no menciona que fuesen llevadas a los comicios centuriados, como sí hace respecto de lo sucedido con las diez anteriores, lo cual ha llevado a Guarino<sup>107</sup> a pensar que las XII Tablas no fueron *leges rogatae*, sino *datae*, sobre la base de este fragmento de Pomponio:

D. 1,2,2,4 (Pomp. *enchir. sing.*): *Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in*

---

información disponible sobre la Italia del primer milenio antes de nuestra era, y especialmente, sobre el mundo etrusco. La Roma arcaica ha transformado notablemente su rostro. Aparece ahora con un aspecto más moderno, compleja en su estructura social, con una economía no exclusivamente agraria y una influencia cultural griega palpable». J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 17 s.

<sup>106</sup> U. COLI, *Il testamento*, cit. 59.

<sup>107</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 100 ss.

*civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris hermodorum quendam ephesium exulantem in italia quidam rettulerunt.*

Los decenviros, siguiendo esta argumentación, habrían recibido *publica auctoritate*, un *ius civile summum* que les facultaba para promulgar su legislación sin necesidad de pasar por el filtro comicial. De no haber sido así, los cónsules Valerio y Horacio no habrían expuesto públicamente, antes de alejarse de Roma, dos Tablas no aprobadas, sumándolas a las otras diez, tal y como narra Livio:

Liv. 3,58: [...] *leges decenvirales, quibus tabulis duodecim est nomen, in aes incisas in publico proposuerunt.*

Esta idea de Guarino, sin embargo, no es la única con la que puede solventarse el problema, que según mi entender, admite tres posibles soluciones:

1. Que Livio, sencillamente, olvide escribir que las dos últimas Tablas fueron llevadas para su votación a los comicios centuriados. Su silencio no tiene necesariamente que interpretarse en un sentido excluyente, y quizá, de hecho, el historiador no mencione el suceso por haber referido ya previamente que la legislación decenviral fue sometida al *iussum populi* al hablar del primer decenvirato<sup>108</sup>. En contra de esta hipótesis podría argumentarse que si es cierto que las dos Tablas elaboradas durante el segundo decenvirato contuvieron medidas socialmente impopulares y claramente perjudiciales para los plebeyos, lo lógico es pensar entonces que podrían no haber prosperado en las votaciones.

2. Que los decenviros tuviesen las atribuciones que Guarino describe en todo momento. Eso implica que los primeros se habrían expuesto a que su trabajo pudiese

---

<sup>108</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 67 s. Arangio-Ruiz es categórico en su opinión de que las dos últimas Tablas no fueron discutidas en *contiones* ni llevadas a los comicios.



encontrarse eventualmente con el voto contrario de los *cives* al llevar las diez tablas originarias a los comicios.

3. Que la legislación del primer decenvirato sea ejemplo de *lex rogata* y la del segundo, de *lex data*, esto es, emanada unilateralmente y sin la participación del *populus*. Esta interpretación cuadraría con el relato de Livio sin contradecirlo ni tratar de posibles olvidos, y sin estar reñida con la lógica. En este escenario, sería el segundo decenvirato el que contaría con ese *ius civile summum* del que habla Guarino, que le habría facultado para promulgar unilateralmente las últimas dos Tablas sin necesidad de llevarlas a los comicios, habida cuenta de que, sin duda, debían ser conocedores de lo impopular de su contenido. Con esta explicación se comprende que su legislación, pese a todo, permaneciese y expuesta junto con la de los primeros decenviros, y además entronca bastante bien con el carácter despótico que la tradición atribuye a este segundo colegio<sup>109</sup>.

Otro punto controvertido para la doctrina es el que concierne al contenido y, sobre todo, a la conservación histórica de la ley decenviral. Las XII Tablas han llegado hasta nosotros, como se sabe, fragmentariamente y por vía indirecta, y su destrucción física<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Actúa, además, en favor de esta teoría el hecho de que los primeros *decenviri* –que sí presentaron su legislación a los comicios– fuesen exclusivamente patricios y no los segundos. Los *latores* que presentaban leyes a los *comitia centuriata* solo podían pertenecer a la clase patricia, lo cual conllevaba, por supuesto, que no sometiesen propuestas a votación ciudadana que fuesen contrarias a sus propios intereses o a los de su clase social. La presencia, en consecuencia, de tres plebeyos en el segundo colegio decenviral excluía la posibilidad de que las últimas dos Tablas fuesen *rogatae*. Los plebeyos, al estar entonces solicitando participar del primer decenvirato estarían también prefiriendo la idea de una *lex data* emanada unilateralmente por un colegio mixto de *decenviri*, tal y como ocurriría finalmente al año siguiente con las dos Tablas finales, a una *lex rogata* elaborada únicamente por patricios y llevada a los comicios por centurias, por mucho que pudieran votar en ellos. Este último factor, de hecho, no debía ser garantía de ningún tipo para la plebe, pues no es asumible que los comicios en los cuales podían votar no aprobasen, a pesar de ello y gracias al voto mayoritario, medidas contrarias a sus intereses. De haber monopolizado la *plebs* el comicio centuriado, fundado según el esquema militar de Servio Tulio, ni siquiera habría tenido necesidad, probablemente, de crear sus *concilia plebis*. Examinada la cuestión desde esta perspectiva, el silencio de Livio sobre el modo de promulgación de estas últimas Tablas tiene, por tanto, poco de sorprendente. Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 104.

<sup>110</sup> Para Pomponio (D. 1,2,2,4 [Pomp. *enchir. sing.*]), las Tablas originales estaban grabadas en marfil, mientras que Livio habla de bronce (Liv. 3,57,10). Su destrucción se suele enmarcar en el incendio de Roma a manos de los celtas en torno al 390 a.C., y para algunos refuerza la idea de que pudiesen estar grabadas

arroja la duda de si su contenido pudo mantenerse estático en la mentalidad romana a lo largo de los siglos o si, en cambio, pudo ir moldeándose conforme a las necesidades marcadas por el paso del tiempo. La pérdida física de las Tablas, en cualquier caso, no supuso el olvido del contenido de sus normas - Cicerón testimonia en plena fase final de la República cómo su contenido era recitado por los niños (Cic. *de leg.* 2,4,9 y 2,23,59)-, pues si bien la tradición señala que no fueron reproducidas, la literalidad de su texto pudo conservarse gracias a la transmisión jurídica y literaria. De hecho, las citas y comentarios sobre ella, algunos incluso de época postclásica, que nos han llegado, son abundantes y nos permiten, precisamente por ello, hacernos una idea de su verdadero contenido<sup>111</sup>.

¿Se mantuvo, ya desaparecidas las Tablas, una idea permanentemente estática de su literalidad o pudo haberse ido modificando y adaptando su latín con el tiempo? Es posible, desde luego, que el latín arcaico en el que debían estar redactadas originariamente terminase siendo difícil de comprender<sup>112</sup>, lo que explicaría que la ley fuese objeto de reelaboraciones y adaptaciones que darían lugar a una nueva versión que sería la conocida a finales de la República, época en la que aún conservaría su prestigio. Esta sería la

---

en madera, como se ha llegado a proponer. Sea como fuere, el hecho de que las Tablas originales desaparecieran durante los estragos ocasionados por un incendio no tiene, necesariamente, que significar que no estuviesen grabadas en marfil o bronce: no es descabellado tampoco pensar que, tras el incendio, pudieran quedar simplemente inservibles (ilegibles, incluso) para su exhibición pública y fuesen retiradas al no poder seguir cumpliendo con su función.

<sup>111</sup> J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 63; Cfr. A. WATSON, *Law making in the later Roman Republic* (Oxford 1974) 113 ss.

<sup>112</sup> Sobre el latín de las XII Tablas, véase M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 571 ss. Sea como fuere, las adulteraciones introducidas en la literalidad de la ley decenviral por la tradición oral nunca debieron ser de tal magnitud como para hacer irreconocible el latín arcaico. Sen. *epist.* 114,13: *Adice nunc quod oratio certam regulam non habet: consuetudo illam civitatis, quae numquam in eodem diu stetit, versat. Multi ex alieno saeculo petunt verba, duodecim tabulas loquuntur; Gracchus illis et Crassus et Curio nimis culti et recentes sunt, ad Appium usque et Coruncanium redeunt.* Aquí nos informa Séneca de que en cuestión de estilo, algunos gustaban en su tiempo (¡un siglo después de Cicerón!) de expresarse de forma arcaica, imitando el lenguaje decenviral, que era venerado por sectores eruditos de la ciudadanía. Otra muestra de esta realidad sería la afirmación de Horacio de que el pueblo romano se caracteriza por reverenciar lo antiguo, citando a las XII Tablas (Horac. *epist.* II, 1,23-27). Ahora bien, como Crawford bien señala, esto no debe interpretarse en el sentido de que para ese tiempo se conservasen ejemplares de bronce con el texto de la ley decenviral. Cfr. *Ibid.* 569.

versión que nos ha llegado solo de modo fragmentario<sup>113</sup>. Evidencia de que hubo modificaciones es la conservación de textos que aluden a las mismas disposiciones normativas decenvirales con diferente literalidad, tal como tendremos oportunidad de ver claramente en el segundo capítulo del presente trabajo, con lo concerniente a las distintas versiones existentes de la Tab. V,3<sup>114</sup>.

Examinadas ya las cuestiones puramente formales de la ley decenviral, pasemos ahora a reflexionar sobre su contenido. Como es lógico, las Tablas recogían en esencia el *ius* preexistente, aunque sería un error resumir la trascendental la tarea de los *decemviri* como una actividad puramente compiladora. De hecho, la consideración de las XII Tablas como fuente de todo el derecho -habrá que esperar casi un milenio para la promulgación de otra compilación jurídica de carácter oficial cual fue el Código Teodosiano del 438 d.C.- no se debió, desde luego, al hecho de que pudiesen haber recogido la totalidad del Derecho de la ciudad a la manera de nuestros modernos códigos, sino más bien a la realidad de que sirvieron como base de toda *interpretatio* futura, lo cual ayuda a comprender que Pomponio escribiera (D. 1,2,2,6 [Pomp. *enchir. sing.*]) que a través de ellas fluía el *ius civile* (*ex his coepit ius civile*). Durante más de un siglo, en efecto, la interpretación de los preceptos decenvirales corre a cuenta del colegio de pontífices —ellos conocían los formularios procesales y negociales con carácter casi exclusivo— y junto a ellos irán apareciendo con el correr del tiempo juristas especializados en esta tarea.

---

<sup>113</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 178. Watson apunta, por su parte, que en la etapa final de la República las XII Tablas eran consideradas como una suerte de monumento venerable heredado del pasado pero despojado de utilidad práctica. A. WATSON, *Law making*, cit. 111 s. Que el contenido de los fragmentos conservados por vía indirecta no siempre sea concordante no tiene por qué ser sintomático de que las alteraciones sufridas por la ley con el paso del tiempo llegasen a penetrar en cuestiones de fondo, y no de lenguaje, como entiende Guarino. Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 107 ss. Más bien habría que preguntarse por qué tendría que hacerlo, habida cuenta de que la ley decenviral compiló una realidad jurídica extraña hasta entonces a la palabra escrita en la que podrían convivir preceptos más o menos encontrados.

<sup>114</sup> Arangio-Ruiz señala que un signo de manipulación en las Tablas lo constituye el hecho de que su latín no parezca tan arcaico como el del sepulcro de los Escipiones (primera mitad del siglo III a.C.), apuntando que a nosotros puede sonarnos arcaico el lenguaje decenviral porque apenas disponemos de textos latinos anteriores a los cómicos del 200 a.C. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 76 s.

Sea como fuere, además de constituir la primera compilación histórica del Derecho romano, la ley decenviral, al delimitar el poder de los cónsules y posibilitar un control público de la actividad jurisprudencial, supuso un verdadero triunfo para la plebe. De hecho, disponía la prohibición de privilegios de la que derivó el principio del obligatorio alcance general de la *lex* a la totalidad de los ciudadanos (Tab. IX,1 [Cic. *de leg.* 3,4,11])<sup>115</sup>.

La reconstrucción del texto decenviral –tarea que se inicia ya en el siglo XVI– debe hacerse sobre la base de aquéllas fuentes indirectas que reproducen la literalidad de fragmentos o que, simplemente, nos informas sobre algún precepto legislado por los decenviros. Las ediciones modernas, partiendo de Dirksen, suelen estructurar la ley del siguiente modo<sup>116</sup>:

Tablas I-III: Normas relativas al derecho procesal.

Tablas IV-V: Referentes a la familia, a las relaciones económicas inter-familiares (*commercium*) y a la sucesión *mortis causa*.

Tabla VI-VII: Relativas al derecho patrimonial.

Tablas VII-IX: Normas concernientes a la represión de los delitos y crímenes.

Tabla X: Materias diversas de derecho público.

Tablas XI-XII: Normas varias, de distintas materias.

La ley decenviral, queda claro, ni recogía, como hemos señalado, todo el Derecho de la *civitas* –sin ir más lejos, no regularon la organización política del Estado ni la constitución judicial– ni debió tampoco ser un código en el sentido moderno: Arangio-Ruiz apunta lúcidamente que la patria potestad solo aparece citada para referir que se pierde si se vende tres veces al hijo (Tab. IV,2); que el testamento solo es aludido en dos

---

<sup>115</sup> Véase J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 87 ss; M. DUCOS, *Les romains*, cit. 49.

<sup>116</sup> Crawford señala que no puede afirmarse que las Tablas solo contuvieran Derecho privado, a la vista de las Tab. VIII,14-15; IX,1-2 y 6; Tab. X; Tab. VII,6,7. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 561. Guarino, por ejemplo, no cree que las XII Tablas contuviesen normas de *ius sacrum*. Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 107 ss.; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 63 s.

ocasiones (para determinar a quién se devuelve el patrimonio si no hay descendiente ni heredero testamentario y para defender la validez de las disposiciones a título particular: Tab. V,4 y V,6); y que no hay una exposición detallada de todos los pormenores del proceso privado<sup>117</sup>. Más interesantes aún me parecen en este punto las reflexiones de Ducos cuando señala que no es de extrañar que las Tablas no puedan asimilarse a un código, pues el papel de la ley romana no suele ser tanto el de establecer reglas generales como el de aportar soluciones y fijar cuestiones de detalle. Para explicarlo utiliza el ejemplo de una *lex* tan íntimamente relacionada con el objeto de la presente investigación como la *Voconia*, que impedía a los ciudadanos de la primera clase del censo instituir como herederas a las mujeres. El escaso número de *leges publicae*, que llevó a Schulz a afirmar que, en el caso de Roma, el pueblo del Derecho no es el pueblo de la ley<sup>118</sup>, se debería, por tanto, a que su papel consistiría en la fijación de estas citadas cuestiones de detalle.

La ley decenviral supuso, en definitiva, un importantísimo triunfo de la plebe, pero esta no acabó por medio de ella con las diferencias discriminatorias a las que se veía sometida por el patriciado. La vieja reivindicación plebeya de la abolición de la responsabilidad personal por deudas, por su parte, solo se vio satisfecha en el 326 a.C., como hemos señalado ya, con la *lex Poetelia Papiria*. En cuanto a permisión de los matrimonios mixtos entre las dos clases, que supuestamente habría sido establecida en las diez primeras Tablas y revocada en las dos últimas<sup>119</sup> como hemos señalado ya, vino después, como se sabe, por medio del plebiscito Canuleio (445 a.C.). Livio (Liv. 4,1), al narrar la historia de este último, refiere que el principal argumento que utilizaba la casta patricia para negar el *connubium* a la plebe y mantenerla alejada del consulado era la supuesta ineptitud de esta última para la celebración de *auspicia* (Dion. Hal. 9,49,5.; Cic. *de leg.* 2,12,31)<sup>120</sup>: tras la propuesta por el tribuno Canuleio de someter a votación un

---

<sup>117</sup> V. ARANGIO RUIZ, *Historia*, cit. 78 s.

<sup>118</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 28 s.; F. SCHULZ, *Principles of Roman Law* (Oxford 1936) 7.

<sup>119</sup> Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 100 ss. El autor niega que las XII Tablas pudiesen contener la prohibición de *ius connubium*, al tratarse de una situación que se daba ya en la práctica y cuya presencia en la legislación de los decenviros era innecesaria.

<sup>120</sup> Véanse G. ROTONDI, *Leges*, cit. 207 s.; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 52.

plebiscito que posibilite el *connubium* entre las dos clases, los dos cónsules intervienen en una de las *contiones*, y la *disuasio* lanzada por uno de ellos indigna a la plebe allí congregada al referir que las Tablas prohíben esos matrimonios expresamente porque de la unión de patricios con plebeyos incapaces de realizar auspicios saldría una nueva generación mixta que no podría acceder a las magistraturas, lo cual, por tanto, no alteraría la situación para la clase plebeya. El plebiscito, sin embargo, es votado a favor, y a partir de esta *lex Canuleia* se inicia un período, por tanto, de mayor integración social de la plebe, que ayuda a explicar el hecho de que desde el 444 a.C. comience a hacerse frecuente entregar el gobierno de la ciudad no a los cónsules, sino a los *tribuni militum consulari potestate*, jefes militares revestidos de poder consular aun sin ser cónsules, entre los que tenían cabida, por tanto, los plebeyos. La *lex Canuleia*, a diferencia de las XII Tablas, que, como denunciaba Cicerón consagraban la división social de la ciudad, es, pues, una ley de vocación marcadamente igualitaria<sup>121</sup>. De este modo, superadas ya las grandes diferencias entre patricios y plebeyos desde la ley Hortensia, la *lex* mantendrá en los siglos finales de la República su papel como instrumento reglamentador de la voluntad popular, manifestándose como deliberación del *populus* en las tres asambleas por entonces operativas<sup>122</sup>: comicios por centurias, por tribus y asambleas plebeyas (englobando esta última exclusivamente a la *plebs*). Si a partir de este momento existe alguna diferencia entre los plebiscitos y el resto de las *leges*, ello será explicable, según el parecer de Serrao, más por causas políticas que jurídicas<sup>123</sup>.

Especial importancia en este proceso de luchas políticas y sociales de la *plebs* frente al patriciado es la cuestión de la igualación de los *plebiscita* a las *leges* comiciales. El paulatino proceso de igualación social entre unos y otros llega, de hecho, a su culmen con esta equiparación, proceso al que, como es sabido, denominamos *exaequatio*. El punto más controvertido a la hora de estudiar esta cuestión es el de tratar de reconstruir con cierta exactitud su *iter* histórico, pues las fuentes (Liv. 3,55,3; 8,12,14; Gai. 1,3),

---

<sup>121</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 107 ss.

<sup>122</sup> Como se sabe, las curias se reúnen para entonces simbólicamente a través de treinta lictores. La *lex curiata de imperio* se mantiene, precisamente, de forma simbólica. F. SERRAO, *Classi, partiti*, cit. 62.

<sup>123</sup> F. SERRAO, *Classi, partiti*, cit. 46 y 62 s. El autor, que defiende la ya expuesta teoría de que la *lex* fue utilizada como arma revolucionaria por la plebe, entiende que para esta época pasó a utilizarse ya como herramienta constitucional de reformas democratizadoras.

sorprendentemente, nos dicen que la equiparación se produjo por medio de tres leyes independientes entre sí y distantes en el tiempo. Como punto de partida elemental, resulta claro que inicialmente los patricios estaban excluidos de las asambleas plebeyas, lo cual motivaba que no quedasen vinculados por los plebiscitos propuestos por los tribunos. Ahora bien, el hecho de que estos últimos careciesen de fuerza obligacional para ellos no excluye que constituyesen un formidable instrumento de presión política al expresar el sentir de la mayoría de la población<sup>124</sup>, como ya se ha apuntado. El primer conjunto de leyes que la tradición considera que establecieron la *exaequatio* fueron las *leges Valeriae Horatiae* del 449 a.C., propuestas por los primeros cónsules tras la experiencia decenviral -L. Valerio Potito y M. Oracio Barbato- en los comicios centuriados<sup>125</sup>. Además de establecer supuestamente el alcance general de los *plebiscita* a la totalidad de los ciudadanos, prohibieron la introducción de magistraturas no expuestas a *provocatio* y establecieron la *sacratio capitis* como castigo para quien buscase impedir que un tribuno de la plebe ejerciese sus funciones por medio de la violencia o la coacción, junto con la venta de sus bienes en beneficio del templo de Ceres. No cabe duda, pues, de que este conjunto legislativo buscaba reforzar políticamente al tribunado de la plebe, y que supone la recepción oficial de esta institución en el marco de las magistraturas constitucionalmente reconocidas<sup>126</sup>, pero la aceptación de la idea de que estableció la *exaequatio* es conflictiva, ya que como apuntaba antes, las propias fuentes otorgan el mismo papel a otras leyes posteriores en el tiempo, cuyo contenido se antoja, en apariencia, similar. La primera de ellas sería la *lex Publilia Philonis* (339 a.C.), rogada también en los *comitia centuriata* por el dictador Q. Publilio Filón, y la segunda, la famosa y ya referida *lex Hortensia* (286 a.C.). Determinar las razones del porqué se sucedieron en el tiempo tres leyes con el mismo contenido –la equiparación de los *plebiscita* a las *leges* comiciales– es, según Rotondi, un problema intrincado y probablemente irresoluble. Con buen criterio, este último apunta que no es lógico defender la teoría de que la igualación fuese ya contenida en la *lex Valeria Horatia* -considerada, de hecho, mítica por parte de la doctrina<sup>127</sup>- y olvidada posteriormente en el

---

<sup>124</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 104; A. VIÑAS, *Instituciones*. cit. 123.

<sup>125</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 203 s.

<sup>126</sup> J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 262 s.

<sup>127</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 60 ss.; 238 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 376.

plano práctico, justificándose así la supuesta reiteración legislativa, pues precisamente en esos siglos la influencia de la plebe es creciente y no menguante. Sencillamente, no es creíble que esta, en pleno apogeo de sus demandas de igualdad frente al patriciado, terminase por olvidar que podía obligar a este último al cumplimiento de los plebiscitos desde fecha muy antigua. Esta aparente incoherencia llevó a Mommsen a pensar que la *lex Valeria Horatia* debía estar referida a los *comitia tributa* y no a los *concilia plebis*, del mismo modo que entendió que ocurriría con la *lex Publilia Philonis*. Livio, según él, habría confundido el amplio término de *populus* con el más restringido de *plebs*, de manera que la relación de antítesis que plantea sería no ya realmente entre estos dos, sino entre tribus y centurias<sup>128</sup>.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, y hasta el propio Mommsen, ha planteado que más bien parece que en esta desconcertante evolución legislativa debió jugar un papel de importancia el Senado<sup>129</sup>, habida cuenta de que Apiano (*App. bell. civ.* 1,59) refiere que Sila, al establecer en el año 88 a.C. con su *lex Cornelia de tribunicia potestate* que los plebiscitos debían prosperar solo si contaban con una decisión preventiva del Senado, no habría hecho más que recuperar una vieja costumbre que aboliría definitivamente Cinna tan solo un año después<sup>130</sup>. Precisamente, uno de los elementos distintivos de los *plebiscita* frente a las leyes comiciales es su falta de ratificación senatorial, una costumbre antiquísima –en claro desuso a finales de la República– que, sin ser una necesidad

---

<sup>128</sup> T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 368. Una teoría más simple, de hecho, sería la de interpretar que la *lex Valeria Horatia* equiparó a las leyes todos los plebiscitos aprobados hasta entonces, pero no los futuros. Lo mismo habría sucedido tiempo después con la *lex Publilia Philonis*, y finalmente, la *lex Hortensia* habría establecido su valor vinculante general y definitivo. Cfr. P. CERAMI – A. CORBINO – A. METRO – G. PURPURA, *Ordinamento costituzionale e produzione del Diritto in Roma antica*, 2ª ed. (Napoli 2006) 40.

<sup>129</sup> *Ibid.* 176. En opinión de De Sanctis, la consecución de la plena equiparación entre los órdenes sociales patricio y plebeyo se manifiesta claramente por medio precisamente de las relaciones entre los tribunos de la plebe y el Senado. G. DE SANCTIS, *Storia*, cit. 4 1. 521; Cfr. J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 87 ss.

<sup>130</sup> Se ha apuntado la posibilidad de que, más que a la *auctoritas patrum*, Apiano pueda referirse a la necesidad de emisión de un senadoconsulto preventivo respecto de los plebiscitos, previo a que estos últimos fuesen llevados a votación. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 119 s.; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 263.



constitucional, fue muy seguida en la práctica legislativa, sobre todo en cuanto concierne a las *leges rogadas* por cónsules y pretores<sup>131</sup>.

El contenido de la *lex Publilia Philonis* es, pues, oscuro y difícil de precisar. Sabemos que estableció la necesidad de que uno de los censores fuese necesariamente plebeyo, ¿pero equiparó los plebiscitos a las *leges comiciales*? La referencia de Apiano a que existía una antigua costumbre por la que aquellos debían ser ratificados por el Senado ha hecho que se piense que este podría haber sido precisamente el verdadero contenido de esta ley: los *plebiscita* vincularían a la totalidad del *populus* siempre y cuando hubiesen sido refrendados por los *patres* con su *auctoritas* con anterioridad a su presentación en los *concilia plebis* a efectos de ser votados. El hecho de que la intervención senatorial se prestara antes de la votación de la ley y no después, como debió

---

<sup>131</sup> En lo que atañe a la datación histórica de esta costumbre, Cicerón escribe que provenía de los primeros tiempos de la República y se refiere a ella del siguiente modo:

Cic. *de re pub.* 2,32,56: *Vehementer id retinebatur populi comitia ne essent rata nisi ea patrum adprobavisset auctoritas.*

El papel del Senado consistiría, pues, en aceptar el proyecto, en discutir posibles enmiendas y modificaciones o en rechazarlo, en cuyo caso normalmente los magistrados no mostrarían oposición alguna, habida cuenta del respeto que ameritan para ellos las decisiones de los *patres*. Hubo proyectos que, efectivamente, no pasaron este filtro senatorial, que en ningún caso fue, por tanto, cuestión baladí, en la medida en la que probablemente incluso el propio texto de la *rogatio* podría haberse gestado hasta cierto punto en el propio Senado. Ducos apunta que, de hecho, el término *auctoritas* no es algo propio exclusivamente del Derecho público, sino también del privado, pues equivale también a la garantía solemne que presta el tutor respecto de los actos de su pupilo, que de por sí mismos carecerían, al menos hasta cierto punto, de valor. Llevando esto al terreno de las *leges publicae*, la prestación de la *auctoritas* supondría, por tanto, para él, un concepto más profundo que el de un simple control de la legalidad de las disposiciones, pues implica asumir la idea de que el pueblo tendría una capacidad limitada, precisando de ella. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 101 y 110. Sea como fuere, realmente el sometimiento de las *rogationes* por parte de los magistrados a los *patres* podía entenderse como un elemento incluso tranquilizador para los primeros, pues superando este requisito –que, cierto es, limitaba su autonomía para actuar comicialmente en el plano legislativo– conseguían garantizar que no hubiese oposición senatorial alguna en la tramitación procesal del proyecto, pues el Senado, en caso de estar descontento con este, podría llegar a dificultarla instando a otros magistrados a bloquearla aduciendo, por ejemplo, la existencia de posibles vicios. Cfr. J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 273. Cicerón se refiere a los senadores como *reprehensores comitiorum*. Cic. *pro Planc.* 3,8. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 102.

ser la costumbre inicial con las *leges publicae*, es muestra evidente de cómo el proceso de formación de esta gana en legitimidad popular con el correr del tiempo: el Senado no puede impedir la aplicabilidad una ley aprobada en los comicios, imponiendo coactivamente una opinión contraria a la expresada libremente por el *populus*. La *lex Hortensia* habría acabado, por último, con esta necesidad, siendo recuperada brevemente, eso sí, por el conservador Sila<sup>132</sup>.

El esquema que define Ducos para reconstruir históricamente el proceso legislativo conducente a la *exaequatio* puede sintetizarse de este modo<sup>133</sup>:

1. Es dudosa la existencia real de las *leges Valeriae Horatiae*. No es la suya una opinión aislada en este punto, pues ha sido compartida por buena parte de la doctrina<sup>134</sup>.

2. Por tanto, si hubo plebiscitos que vincularon a la totalidad del *populus* con anterioridad a la *lex Publilia Philonis* ello debió obedecer más bien al hecho de que hubieran podido presentarse también a votación en los comicios centuriados. Sería el caso, por ejemplo, de la *lex Canuleia*, realmente un *plebiscitum*, y en consecuencia, una norma inútil a efectos de derogar una ley (la prohibición de los matrimonios mixtos aparecería contemplada en la ley de las XII Tablas según Cic. *de re pub.* 2,36,61-63). Esta explicación, desde luego, se me hace más factible que la de concebir que se tratase de un acto «revolucionario» impuesto por la plebe al patriciado, tal y como se ha señalado en páginas anteriores<sup>135</sup>.

3. La *lex Publilia Philonis* simplifica después el sistema, estableciendo la vinculatoriedad general de los plebiscitos que hubiesen contado con la *auctoritas* previa

---

<sup>132</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 266 ss.; A. MAGDELAIN, *La loi a Rome*, cit. 76.

<sup>133</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 105 s.

<sup>134</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 376 & 382. De las *leges Valeriae Horatiae*, *Publilia Philonis* y *Hortensia*, Kunkel, por ejemplo, solo considera digna de crédito a la última. W. KUNKEL, *Historia*, cit. 37 n.36. Arangio-Ruiz, por ejemplo, niega su existencia histórica argumentando que es «incomprensible que, apenas unos decenios después de la institución del tribunado y más de un siglo antes de que la plebe conquistase las magistraturas estatales, obtuviese el extraordinario privilegio, resolutorio de todo conflicto, de vincular, con sus leyes particulares, a todo el pueblo». Cfr. V. ARANGIO-RUIZ. *Historia*, cit. 64 s.

<sup>135</sup> Cfr. E. RECODER DE CASSO, *op. cit.* 16.

de los *patres*<sup>136</sup>. Esta ley habría asentado, pues, la práctica que según Apiano recuperó Sila por corto tiempo. Serrao, en cambio, muestra una opinión contraria a la de Ducos en este punto. Para él, en este momento histórico los plebiscitos debían estar ya sometidos previamente a la *auctoritas* senatorial, lo que daría lugar a acuerdos bilaterales semejantes a leyes-contrato, entre las que se contarían las *leges de Aventino publicando* (456 a.C.), *Canuleia* (445 a.C.), o *Licina Sextia* (367 a.C.), entre otras<sup>137</sup>.

4. La plena y definitiva equiparación y la eliminación del requisito de la intervención senatorial –salvo el muy breve lapso de tiempo ya referido que media entre la ley de Sila y su derogación por Cinna– viene de la mano de la *lex Hortensia*. Hay controversia, empero, en este punto, pues si las leyes comiciales estaban sometidas en época de esta ley al requisito de la ratificación por el Senado, es lógico que también lo estuvieran los plebiscitos que se equiparan a ellas. En efecto, si con la *lex Hortensia* se elimina esta necesidad para los plebiscitos, aun existiendo para las leyes comiciales, estaríamos ante un problema de contradicción, puesto que la equiparación no solo no sería ya tal, sino que realmente asentaría una posición incluso ventajosa para la legislación proveniente de las asambleas plebeyas respecto de las oficialmente magistratuales.

---

<sup>136</sup> Donde sí mantiene Guarino una postura ligeramente discrepante respecto del planteamiento de Ducos es en lo que concierne al papel ejercitado por la *lex Publilia Philonis* en todo este proceso: para él, más que equiparar a las *leges* los plebiscitos que contasen con la ratificación senatorial, esta ley debió contemplar la posibilidad de que fuesen votados en los comicios centuriados, de modo que la *lex Hortensia* habría sido realmente la única en establecer verdaderamente la *exaequatio*. Mientras que Ducos considera, por tanto, que los plebiscitos pudieron votarse en los comicios por centurias hasta el 339 a.C., Guarino defiende que esa posibilidad nace, precisamente, a partir de esa fecha. Lo que habría establecido la ley Publilia habría sido, por tanto, la posibilidad de que los magistrados presentasen a los comicios centuriados para su ratificación senatorial y votación ciudadana aquellos plebiscitos con los que los tribunos quisieran vincular a la totalidad del *populus*. Sería, por tanto, una suerte de simulación consistente en presentar comicialmente un plebiscito como una *rogatio* propia. Este planteamiento de Guarino deja como interrogante sin respuesta el modo en el que pudo prosperar procesalmente el plebiscito Canuleio, cuestión que sí se resuelve mediante la tesis de Ducos. Es más, podría especularse con que quizá precisamente fuese esa posibilidad de llevar los plebiscitos a los *comitia centuriata* el auténtico contenido de las *leges Valeriae Horatae*, consideradas, como hemos visto, legendarias con frecuencia por el hecho de no cuadrar, aparentemente, con el desarrollo histórico de todo este proceso de igualación legislativa. Cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 377 ss.

<sup>137</sup> F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 808.

Guarino<sup>138</sup> coincide, sin embargo, con la opinión de Ducos al opinar que resulta difícil asumir la idea de que en época de la *lex Hortensia* se pudiera exigir para los plebiscitos un requisito (la previa presentación del proyecto a los *patres* para que estos lo refrendasen con su *auctoritas*) que solamente operaba, por motivos de respeto a la tradición, respecto de las leyes rogadas a los comicios centuriados. Para defender esta idea se apoya en un fragmento de Pomponio que refiere que el plebiscito *sine auctoritate patrum est constitutum* (D. 1,2,2,12 [Pomp. *enchir. sing.*]). El hecho de que este jurista se refiera precisamente a un requisito ya inoperante en su tiempo es, para él, garantía de la autenticidad del texto.

También presenta interrogantes el planteamiento, recibido por parte de la doctrina<sup>139</sup>, de que la *lex Valeria Horatia* pudo igualar los plebiscitos a las leyes siempre que contasen con la *auctoritas* posterior del Senado, requisito este que se habría desplazado a una fase anterior a la de presentación comicial del proyecto con la *lex Publilia Philonis*, para desaparecer definitivamente con la ley Hortensia. Asumir esta hipótesis dificultaría comprender por qué Livio escribe que la ley Publilia consiguió hacer los plebiscitos obligatorios para todos los ciudadanos (Liv. 8,12,14: *ut plebi scita omnes Quirites tenerent*), pues el mero desplazamiento temporal de la fase de consecución de la *auctoritas patrum* no supondría alcanzar la vinculatoriedad general de estos, a la que se habría llegado ya previamente en el 449 a.C.

Sea como fuere, que la *lex Hortensia* consagra definitivamente la *exaequatio* es *communis opinio* en la doctrina: los plebiscitos adquieren valor vinculante general, los concilios plebeyos asumen el rango de asamblea constitucional y los tribunos pasan a considerarse magistrados. Desde este momento, los *plebiscita* pasan a llamarse también *leges*, como hemos tenido ya oportunidad de señalar, y los *concilia plebis* se acaban convirtiendo en el principal órgano legislativo romano, dado su procedimiento menos

---

<sup>138</sup> A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 378 s. Cfr. A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, en *BIDR* 48 (Milano 1942) 497 ss.

<sup>139</sup> Cfr. P. WILLEMS, *Le Droit Public Romain* (Louvain 1910) 150 s.; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 264.

formal en comparación con el resto de las asambleas<sup>140</sup>. La plena equiparación de los plebiscitos con las *leges* que hace posible la *lex Hortensia* se nos manifiesta de este modo abiertamente a través de la evidencia histórica y jurídica de que las decisiones legislativas de las tres asambleas existentes tuvieron, a partir de este momento, igual valor, y de ahí precisamente que las diferencias entre ellas resultasen más significativas en lo que concierne a los aspectos políticos que al ámbito de lo jurídico<sup>141</sup>.

Prueba del enorme papel que acaban adquiriendo los *concilia plebis* en la vida legislativa de los últimos tiempos de la República es también el hecho de que durante el siglo y medio en el que se reivindica la equiparación entre leyes y plebiscitos y se obtiene la *exaequatio* al menos la mitad de las *rogationes* de las que tenemos conocimiento histórico fueron, sin duda, plebiscitos, y que desde la *lex Hortensia* hasta la dictadura de Sila no exista ninguna ley que podamos considerar con seguridad como rogada en los *comitia centuriata*. De hecho, dada la práctica de nombrar frecuentemente a la *lex* con el nombre del magistrado proponente seguido de una breve descripción del contenido<sup>142</sup>, nos es a veces difícil saber si nos encontramos ante una ley comicial o un plebiscito, si bien el número de nombres que aparezcan puede servir a modo de pista: si son dos, la ley

---

<sup>140</sup> Ducos excluye que a raíz de la *exaequatio* se difuminen especialmente las diferencias entre los comicios por tribus y las asambleas plebeyas, pues la importancia de los *comitia tributa* no resulta desdeñable desde el siglo III a.C. en adelante. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 106.

<sup>141</sup> Serrao apunta que la gran masa de la plebe cuenta entonces con poder político en las dos asambleas, si bien el gobierno de la *civitas* recae en esencia en el Senado y la *nobilitas*, de la que emanan los magistrados, de manera que la influencia popular en los asuntos públicos no se produce sino de modo indirecto, con la salvedad de que llegue a materializarse a través del veto tribunicio. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 811 s. y 819. En opinión del autor, las *leges* propuestas por los *tribuni* continúan ejerciendo en este sistema su papel de instrumento normativo dirigido a introducir reformas democratizadoras y a obtener la superación de los problemas de orden socio-económico más acuciantes, derivados del cambio que conlleva el paso de un modelo económico esencialmente agrícola a uno basado en el comercio y la industria, favorecidos por la expansión territorial. Cfr. G. ROTONDI, *Leges*, cit. 14, 65 y 119 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 264; A. VIÑAS, *Instituciones*, cit. 122.

<sup>142</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 59 y 148 s.; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 132; F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 809. Arangio-Ruiz expone con claridad cómo para evitar duplicidades en la designación de las *leges*, a veces era necesario añadir el genitivo y hasta el *praenomen* (*lex Publilia Philonis*; *lex Sempronia C. Gracchi*) y cómo, si la propuesta es consular, lleva siempre el nombre de ambos cónsules con independencia de que, realmente, provenga tan solo de uno de ellos. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 113.

habrá sido propuesta presumiblemente por los cónsules o los pretores; si es uno solo, por el tribuno de la plebe o más raramente el dictador (en época antigua), caso este último de haberlo en el año en cuestión.

### 3. *Lex e ius.*

Interesa cerrar nuestra breve exposición a propósito de la idea romana de *lex* con una referencia a sus relaciones con el ámbito del *ius*, pues como es sabido, ambos acaban siendo elementos contrapuestos con el correr del tiempo. ¿Modifica la ley al *ius*? Ambos conceptos constituyen realidades naturalmente dispares<sup>143</sup>, y partiendo de esta realidad, sería lógico pensar que la *lex* desempeñaría respecto del *ius* una función más integradora que subversiva, ejerciendo un papel correctivo y delimitador. Una prueba de ello la encontramos ya en la propia legislación decenviral, que sin introducir modificaciones a los *mores maiorum* ni al derecho preexistente, se promulgó precisamente con la intención de revestirlos de mayor concreción y certeza. Esa misma ley decenviral, además, hace de la *lex* fuente del *ius*, convirtiendo lo que el pueblo aprueba en Derecho (Liv. 7,17,12)<sup>144</sup>. Es indudable, por tanto, que la actividad legislativa pasa a convertirse de este modo, durante el apogeo de la República, en el instrumento del que se va a valer el *populus* para modificar aspectos del *ius* cuyo cambio excede de lo posible a través de la actividad jurisprudencial. Así, huelga decir que del precepto de la Tab. V,3, que estudiaremos en el siguiente capítulo, los jurisconsultos romanos jamás podrían haber interpretado medidas tan restrictivas como las introducidas por las *leges Furia testamentaria, Voconia y Falcidia*, ni haber fijado el complejo sistema de cálculo y retención de la *quarta* en beneficio del heredero. Ello solamente se hace posible merced a una reglamentación de la realidad jurídica preexistente por medio de *leges publicae*. De hecho, en el caso de esta

---

<sup>143</sup> Magdelain hace notar esta evidencia incluso en lo que atañe al lenguaje: ni los magistrados ni el Senado emiten sus resoluciones valiéndose del imperativo, sino más bien del subjuntivo, tal y como se pone de relieve en el edicto pretorio, en el que el pretor también se refiere a sí mismo en primera persona y en términos futuros cuando se trata de conceder o negar algo a quien lo solicita: «En somme le préteur ordonne au subjontif ou promet à la première personne. Il évite systématiquement l'impératif». A. MAGDELAIN, *La loi a Rome, cit.* 26.

<sup>144</sup> J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano, cit.* 89.

legislación sobre legados, la actividad de los *prudentes* recorre un camino, lógicamente, inverso: tal y como lo expresan Ribas Alba y Serrano Vicente, «una vez aprobadas, las leyes se integraban en el *ius* y eran objeto de interpretación jurisprudencial»<sup>145</sup>. Es la propia legislación la que, interpretada por la jurisprudencia, impregna, y desde antiguo, a la propia idea de *ius*. Señalemos aquí varios ejemplos, apuntados por Ribas Alba y Serrano Vicente<sup>146</sup>:

---

<sup>145</sup> *Ibid.* 141 ss. Ambos autores se refieren ya a las leyes *Furia*, *Voconia* y *Falcidia*, de las que nos ocuparemos ampliamente a lo largo del presente trabajo, como ejemplos de intervenciones legislativas plebiscitarias que se integran en el *ius* y, por ende, en los *responsa* de los juristas: «También en materia hereditaria, la *lex Furia testamentaria* (200 a.C.) prohíbe los legados y donaciones *mortis causa* por encima de una cantidad, estableciendo la pena del cuádruplo en caso de que se acepten sin respetar ese límite: la *lex Voconia* (169 a.C.) establece la obligación de dejar una cuota mínima del caudal hereditario al heredero e impide a los ciudadanos de la primera clase instituir como herederas a mujeres no sometidas a su potestad, y la *lex Falcidia de legatis* (40 a.C.) impone al testador el deber de dejar al heredero al menos una cuarta parte del activo hereditario y decide la reducción de los legados en caso de que no se respetase la limitación».

Ahora bien, el hecho de que la *lex*, interpretada inicialmente por el colegio pontifical y después por la jurisprudencia laica, llega a proyectarse sobre el ámbito del *ius*, implica, como ha apuntado la doctrina, que esta deba entenderse también como un instrumento de cambios y reformas del derecho que en no pocas ocasiones buscan defender intereses bien personales, bien procedentes de una facción determinada, pero que no constituye el vehículo a través del cual se crean las grandes instituciones jurídicas, sobre las cuales no suele recurrir a definiciones la mentalidad romana. La *lex Falcidia*, en este caso, con su sistema de reserva a favor del heredero, constituiría una excepción a esto último, aun dándose probablemente con la intención de beneficiar a los titulares de los grandes patrimonios, evitando su dispersión en *legata* más allá de los límites familiares (Gai. 2,227). Para la doctrina según la cual la *lex* clarifica y concreta, pero no define, una prueba de esto último sería el hecho de que la propia práctica legislativa pareció poner coto a la *interpretatio* al pasar de la parquedad del lenguaje de las XII Tablas a la minuciosidad de las *leges* tardorrepúblicas. En el caso de la *lex Falcidia*, sea como fuere, el carácter más o menos minucioso de su *rogatio*, que Paulo reproduce fragmentariamente en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) no fue óbice, como estudiaremos más adelante, para que la jurisprudencia realizase profundas aportaciones, a veces controvertidas, en aspectos de importancia del sistema de cálculo y retención de la *quarta*. Cfr. E. BIANCHI, *op. cit.* 807; P. CERAMI, *Potere. cit.* 116; J. BLEICKEN, *Lex publica. cit.* 415 ss.; M. DUCOS, *Les romains, cit.* 161.

<sup>146</sup> J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano, cit.* 89 s.

- Tal y como hemos tenido ya oportunidad de tratar, la *lex Canuleia de conubio patrum et plebis* fue un plebiscito rogado en el año 445 a.C.<sup>147</sup> por el tribuno C. Canuleius que acabó finalmente con la prohibición del *conubium* entre los miembros del patriciado y la *plebs* (Liv. 4,1-3; Cic. *de re pub.* 2,37,63)<sup>148</sup>.
- La *lex Pinaria*, de la que se desconocen la fecha y el autor de la *rogatio*<sup>149</sup>, modificó el sistema de la *legis actio per sacramentum* al establecer el nombramiento del *iudex* no inmediatamente, sino después de transcurridos treinta días. Designado el juez, las partes debían señalar el día de la comparecencia ante el mismo, tal y como describe Gayo:
 

Gai. 4,15: [...] *postea uero reuersis dabatur. ut autem die XXX. iudex detur, per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem statim dabatur iudex. [...] postea tamen quam iudex datus esset, comperendum diem, ut ad iudicem uenirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem uenerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem exponere; quae dicebatur causae coniectio quasi causae suae in breue coactio.*
- La *lex Genucia de feneratione* (Liv. 7,42; Tac. *ann.* 6,16; App. *bell. civ.* 1,54) cuya aplicación fue temporal, fue un plebiscito del año 342 a.C. rogado por L. Genucius, que prohibía el préstamo con intereses, que pasaba a ser considerado como delito público<sup>150</sup>.
- La *lex Poetelia Papiria de nexi* (Liv. 8,28,8; Cic. *de rep.* 2,34; *de orat.* 2,63,255; Sallust. *Catill.* 33), rogada hacia el 326 a.C. por los cónsules C. Poetelius Libo y

---

<sup>147</sup> Binder duda de la autenticidad de la fecha. Cfr. J. BINDER, *op. cit.* 405.

<sup>148</sup> Para lo que atañe a esta ley, cfr. S. CASTÁN, *Endogamia matrimonial, política y de clase en Roma: un modelo antiguo de exclusión social*, en *SDHI* 81 (Roma 2015) 121 ss.

<sup>149</sup> No hay argumentos seguros para identificar a esta ley con la *lex Pinaria Furia de mense intercalari* del 472 a.C. (Macrob. *sat.* 1,13,21) ni para atribuirle a L. Pinarius Mamercus o Mamercinus, tal y como expone Rotondi. Cfr. G. ROTONDI, *Leges, cit.* 196; 472 s.

<sup>150</sup> Senn considera a esta ley como *lex imperfecta*. Cfr. F. SENN, *op. cit.* 53 s. Rotondi, por su parte, manifiesta dudas sobre esta ley, cuya prohibición considera extraña en época tan pretérita. G. ROTONDI, *Leges, cit.* 226. En este sentido, Karlowa consideraba que la ley solo se referiría al anatocismo. O. KARLOWA, *Rösmische Rechtsgeschichte. Zweiter Band* (Lepizig 1901) 558.



L. Papirius Cursor<sup>151</sup>, establecía el principio *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse*, siempre y cuando la deuda no hubiese nacido de delito, y disponía la necesidad de dejar en libertad a quienes jurasen pagar<sup>152</sup>.

Al tratar de *lex* y de *ius*, merece también la pena detenernos, aunque sea brevemente, en los intentos de compilar el Derecho romano de los que tenemos constancia en época republicana, tras quedar desfasada la ley decenviral<sup>153</sup>. Isidoro de Sevilla nos dice que Pompeyo el Grande proyectó codificar las leyes de Roma siendo cónsul, pero que acabó desistiendo de la idea tras encontrar fuerte oposición al respecto:

Isid. *etym.* 5,1,5: *Leges autem redigere in libris primus consul Pompeius institueret voluit, sed non perseveravit obstrectatorum meto.*

Tras este fracasado proyecto de Pompeyo, el propio Isidoro nos informa en el mismo fragmento de que César planeó el mismo objetivo (*deinde Caesar coepere id facere, sed ante interfectus erat*). La idea de que manifestase estas ideas codificadoras aparece refrendada por Suetonio, lo cual ha hecho que sea mejor recibida por la doctrina

---

<sup>151</sup> También se ha atribuido la ley a C. Poetelius, dictador en el año 313 a.C., sobre la base de Varr. *ling. lat.* 7,105. Cfr. G. ROTONDI, *Leges, cit.* 230.

<sup>152</sup> Sobre la *lex Poetelia Papiria*, cfr. A. MAGDELAIN, *La loi Poetelia Papiria et la loi Iulia de pecuniis mutuius*, en *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d'Ors* 2 (Pamplona 1987) 811 ss.; A. BISCARDI, *La ley Poetelia Papiria y la transfiguración del concepto primordial de obligatio*, en *SCDR* 2 (Madrid 1990) 1 ss.; L. PARENTI, *Lex Publilia de sponsu e lex Poetelia Papiria de nexis*, en *Labeo* 48,1 (Napoli 2002) 104 ss.; M. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La lex Poetelia Papiria*, en *Donum amicitiae: estudios en homenaje al profesor Vicente Picón García* (Madrid 2008) 885 ss.; M. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La posición del deudor en la Historia: de la responsabilidad corporal a la patrimonial*, en *Revista General de Derecho Romano* 16 (2011) [online].

<sup>153</sup> Sobre los intentos codificadores de los que hablamos, véase P. CERAMI – A. CORBINO – A. METRO – G. PURPURA, *Ordinamento, cit.* 182 ss. Si nos ceñimos al ámbito jurisprudencial, debe recordarse que Quinto Mucio Escévola el Pontífice, como se sabe, no contentándose con reunir su colección de *responsa* en libros, elaboró una primera exposición sistemática del *ius civile* que tendría influencia posterior en Servio Sulpicio Rufo. Cfr. A. CASTRO, *Itinerarios Servianos. Servio Sulpicio Rufo ante Quinto Mucio 'Pontifex': Entre la historia y el mito* (Pomp. *Enchir.* D. 1,2,2,43 y Cic. *Brut.* 41,151-42,154) I, en *Studi in Onore di Remo Martini* (Milano 2008) 449 ss. También A. CASTRO, *Crónica de un Desencanto: Cicerón y Servio Sulpicio Rufo a la luz de las «Cartas a Ático»*, en *SDHI* 70 (Roma 2004) 217 ss.

que el precedente caso de Pompeyo, de cuya historicidad se duda al estar únicamente recogido en una única fuente obviamente tardía:

Suet. *div. Iul.* 44,3: *Ius civile ad certum modum redigere atque ex inmensa paucissimos conferre libros.*

Sea como fuere, parece evidente que a finales de la República debía haber un cierto sentimiento de necesidad de unificar el Derecho en un código que pusiera orden en la multitud de normas dispersas y aun contradictorias. En estos proyectos codificadores de Pompeyo y César, por tanto, se habría pretendido probablemente reducir el número de leyes a efectos de clarificar el derecho y que sobreviviesen solo las principales<sup>154</sup>. Tampoco parece haber escapado a estas ideas Cicerón, de quien Aulo Gelio nos dice que escribió un *De iure civili in artem redigendo* que no se ha conservado (Aul. Gell. 1,22,7). El propio Cicerón escribe, en este sentido:

Cic. *de orat.* 1,42,190: *Hisce ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem; nunc complectar, quod proposui, brevi: si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra disperiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram.*

El último hecho llamativo en el que nos detendremos, del que se ha hecho eco la doctrina, no sin cierta controversia<sup>155</sup>, es el de la pronunciada superioridad numérica de

---

<sup>154</sup> M. DUCOS, *Les romains*, cit. 182 ss. Para mayor abundamiento véase J. PARICIO, *Los proyectos codificadores de Pompeyo y César en san Isidoro de Sevilla*, en *Labeo* 50 (Napoli 2004) 31 ss.

<sup>155</sup> Para Rotondi y la doctrina mayoritaria las causas de esta superioridad numérica de los plebiscitos hay que buscarlas en el hecho de que, a diferencia de otros magistrados, los tribunos de la plebe se encontraban permanentemente presentes en la ciudad, de la que no podían ausentarse más que por una noche, –su actuación se circunscribía en el espacio de una milla a partir del *pomerium* (Dion. Hal. 8,87,6)– sin que tuvieran encomendadas otras funciones diferentes que les absorbieran, mientras que los cónsules a menudo se encontraban ausentes u ocupados en cuestiones de orden militar o administrativo, al tiempo que los pretores lo estarían con la *iurisdictio*. G. ROTONDI, *Osservazione sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en *Scritti giuridici*, I (Milano 1922) 14. También J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano*, cit. 89 s. Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 824. Este último sólo acepta

los plebiscitos frente a las otras leyes durante estos siglos de esplendor de la República<sup>156</sup>, siendo este el caso, por supuesto, de las *leges* que acabamos de señalar. De hecho, las leyes Furia, Voconia y Falcidia constituyen, para Arangio-Ruiz, los casos más representativos de *plebiscita* influyentes en el campo del *ius privatum*<sup>157</sup>, junto con la *lex*

---

parcialmente la argumentación de Rotondi y vincula el fenómeno al hecho de que durante estos siglos hubo una clara prevalencia de la actividad legislativa democrática frente a la aristocrática y conservadora, siendo obviamente los *concilia plebis* la asamblea más idónea para que estas reivindicaciones político-sociales pudiesen prosperar.

<sup>156</sup> Apoyándose en Rotondi, Serrao recoge las cifras exactas: entre los años 339 a.C. (fecha de la aparición de la *lex Publilia Philonis*) y el 27 a.C. (fin de la República e instauración del principado augústeo) tenemos constancia histórica de 564 *rogationes*, de las cuales 286 son indudablemente plebiscitos y 164 provienen bien de los comicios centuriados, bien de los comicios por tribus. De las 114 restantes ignoramos realmente si fueron *leges* comiciales o plebiscitos, aunque no cabe duda de que muchas de ellas provendrían de las asambleas de la plebe. No son muchas las *leges* verdaderamente influyentes en el ámbito privatístico. Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 823 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 264 n.54.

<sup>157</sup> Serrao refiere que son apenas una treintena las *leges* posteriores a las XII Tablas que se refieren a aspectos relacionados con el derecho privado. El autor las clasifica en tres grupos diferenciados:

1. Leyes referentes a los grandes problemas de democratización y reforma económico-social del Estado. Aquí engloba a todas las *leges* relativas a las asambleas populares y al *ius suffragii*, las referentes a los principios reguladores de las magistraturas, la *abrogatio imperii*, el sacerdocio, el tribunado de la plebe, las que se refieren al Senado, a las clases sociales, al *crimen repetundarum*, a los procesos criminales, a las cuestiones concernientes a la ciudadanía romana, a la *provocatio ad populum* y las garantías de los ciudadanos frente al Estado, a los *collegia*, y la milicia, así como las leyes agrarias y coloniales, *leges fenebres* y *frumentariae* y las relativas a los ordenamientos provinciales.

2. Leyes que instituyen magistraturas ordinarias o especiales y que regulan sus poderes; *prorrogatio imperii* y asignación de provincias; concesión de honores especiales (triumfos y *ovationes*); reguladoras de las funciones de culto; económicas; crímenes políticos (*crimen maiestatis*, *crimen vis*, *crimen peculatus*, *ambitus*); suntuarias; las relativas a los delitos comunes y al proceso privado. Este grupo, en el que tienen cabida la mayoría de las leyes, abarcaría a aquellas que se refieren a aspectos de la vida social y política susceptibles de apreciaciones distintas en función del momento histórico (represión de crímenes, circulación monetaria, instauración de nuevas magistraturas, etc.). También contemplan situaciones puramente puntuales (concesión de triunfos, etc.) y campos en los que la acción política incide de forma lenta o no siempre relevante (proceso privado).

3. Leyes que no se refieren a las instituciones estables de la República y que no expresan las líneas programáticas de los distintos movimientos políticos: *leges de bello indicendo*, las concernientes a los

*Atilia de tutore dando* (Gai. 1,185) y la *lex Laetoria de circumscriptione adolescentium* (CTh. 8,12,2; Cic. *de off.* 3,15)<sup>158</sup>.

### 3.1. Clasificación de las *leges publicae populi Romani* en el *Ep. Ulp.*

*Ep. Ulp.* 1,1-2: [1] *Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, rescindit, qualis est lex Cincia, quae plus quam donari prohibet, exceptis quibusdam <personis velut> cognatis, et si plus donatum sit, non rescindit.* [2] *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.*

Este es el famoso texto en el que el autor del *Epitome Ulpiani* distingue a las *leges perfectae* de las *minus quam perfectae* y de las *imperfectae* en función del nivel en el que el *ius* se ve por ellas afectado. En él, como se ve, se sitúa a las leyes Cincia y Furia

---

tratados de paz y a las relaciones internacionales; leyes sobre sanciones penales o *quaestiones extraordinariae*.

Cfr. F. SERRAO, s. v. *Legge*, cit. 812 y 820 s. También la observa E. RECORDER DE CASSO, *op. cit.* 25 ss.

<sup>158</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 163 ss. Como es sabido, la *lex Atilia de tutore dando* (186 a.C.) establecía que si el testador no nombra tutor para su descendiente impúber y este no tiene parientes agnados que ejerzan la tutela legítima, el pretor urbano tiene la obligación de nombrar tutor, tras escuchar la opinión de los tribunos de la plebe. Como es sabido, Claudio transfirió posteriormente a los cónsules la función de designar al tutor atiliano, tarea esta para la que Marco Aurelio terminaría creando al *praetor tutelarius*. Por su parte, la *lex Laetoria de circumscriptione adolescentium*, anterior a la *lex Atilia*, introdujo la llamada *cura minorum*: castigaba a quienes se aprovecharan de la inexperiencia de los jóvenes en negocios que les fuesen perjudiciales. Desconocemos el importe de la pena que prevenía, pero sí parece seguro que la ley mantenía como válidos los actos contrarios, de ahí que pueda considerársela como un claro ejemplo de *lex minus quam perfecta*, según la clasificación del postclásico *Ep. Ulp.* 1,1-2. A lo largo del presente trabajo estudiaremos sobradamente a las *leges Furia testamentaria*, *Voconia* y *Falcidia*.

testamentaria como ejemplos de la tercera y segunda categorías, respectivamente, pero no menciona ni a la *lex Voconia* ni a la *Falcidia* –fácilmente relacionables con las anteriores– a propósito de las leyes perfectas, esto es, de aquellas que, como es bien sabido, prevén la nulidad del acto o negocio jurídico contrario, lo cual ha llevado posicionamientos dispares en la doctrina a la hora de encuadrarlas en la clasificación, como tendremos oportunidad de ver cuando las examinemos. En relación con lo dispuesto en *Ep. Ulp.* 1,1-2, ha habido autores que han tratado de explicar la triple distinción de la naturaleza de las *leges* sobre una base dogmática<sup>159</sup>, mientras que otros han entendido que es expresiva de tres fases históricas diferenciadas, de manera que solo en época tardorrepública apareciera la categoría de las *leges perfectae*<sup>160</sup>. Para Guarino, el hecho de que las leyes imperfectas produjesen efectos mediante la atribución de recursos procesales por parte del pretor contra aquellos que las contraviniesen sin que estableciesen sanciones por los actos a ellas contrarios, como sí hacían las leyes menos que perfectas, ni de que previesen la nulidad de los mismos, como las perfectas, justifica lógicamente, que el autor postclásico del *Epitome Ulpiani* les concediese el calificativo de imperfectas, conforme a *Macrob. comm. in somn. Scip.* 2,17,13<sup>161</sup>: se trataría, según

---

<sup>159</sup> G. ROTONDI, *Leges*, cit. 152 ss.; C. GIOFFREDI, *La sanctio della legge e la perfectio della norma giuridica* (Roma 1946) 180 ss.; S. DI PAOLA, *Leges perfectae*, cit. 1075.

<sup>160</sup> Esta doctrina, empero, no ha alcanzado una posición pacífica ni en lo que concierne a las razones por las que ello pudo acontecer ni, menos aún, en cuanto atañe a la cuestión de si realmente se reducen automáticamente los legados que vulneran el derecho del *heres* a percibir la *quarta Falcidia*, como tendremos oportunidad de ver más adelante en el presente trabajo. Véanse, F. SENN, *op. cit.* 104 s.; G. ROTONDI, *Leges*, cit. 158 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 168 ss.; A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit. 133 ss.; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano* (Torino 1965) 129 s. y 290. Serrao opina, con Gioffredi, que la clasificación del *Ep. Ulp.* probablemente no es expresiva necesariamente una evolución histórica, sino más bien de hasta qué punto puede considerarse completa la manifestación de la voluntad de la actuación del legislador, que alcanzaría su nivel máximo con la nulidad propia de las *leges perfectae*. Cfr. F. SERRAO, *Classi, partiti*, cit. 99; C. GIOFFREDI, *La sanctio della legge*, cit. 184.

<sup>161</sup> Que la terminología empleada por el autor del *Ep. Ulp.* es tardía es cosa de la que no puede dudarse, tal y como muestra Murga Gener: «Sin duda la propia denominación de imperfectos que se atribuye a este tipo de plebiscitos nos indica ya lo tardío de la clasificación. Evidentemente solo en una época muy posterior se podría haber olvidado que, no algunos, sino todos los plebiscitos tuvieron ese carácter de no afectar al *ius*, carácter que al jurista posclásico le parece “imperfeción”». J. L. MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico. II. El proceso* (Zaragoza 1983) 196 s.

esta línea argumentativa, de *leges* muy antiguas, propias de un tiempo en el que, a su juicio, la ley aún no constituiría en absoluto un instrumento adecuado para modificar el *ius civile*, considerado inderogable, y que por tanto no serían distintas de meros consejos. En relación con la famosa cláusula de inderogabilidad del *ius* (*si quid ius non esset rogariet, eius hac lege nihilum rogatum*) propia de las *sanctiones* finales, Guarino señala con razón que esta no se encuentra presente en todas las *leges* y que, desde luego, en ningún caso debería interpretarse como la admisión tácita de la posibilidad de que la ley pudiese llegar a modificar el *ius civile* en época aún arcaica, sino más bien en el sentido contrario de que la *rogatio* no pretende vulnerarlo, haciéndose entonces notoria la idea de que la antigua *lex* no nació como una herramienta pensada para modificar el *ius*<sup>162</sup>. De estas *leges imperfectae*, prácticamente inocuas, como se ve, a efectos de alteración de este último, se pasaría en una segunda fase histórica a las *leges minus quam perfectae*, y de ellas, a su vez, a las *perfectae* en los dos siglos finales de la República, respecto de las cuales Guarino admite cautamente que quizá pudieran modificarlo<sup>163</sup>. El *ius* y la *lex* que acaba por desarrollarlo terminan por conformar, de este modo, en época arcaica, tal y

---

<sup>162</sup> Esta idea de que la *lex* no podía alterar al *ius* en época arcaica porque, de hacerlo, los comicios estarían rebasando inadmisibles límites constitucionales, ha sido discutida, por su parte, por Cerami, apuntando que no son pocos los ejemplos de *leges* que, sin embargo, lo hicieron. Bajo el punto de vista del autor, la referida cláusula por la que debe entenderse como no rogado cuanto resulte contrario al *ius civile* no debe interpretarse del modo en que lo hace Guarino, sino en el sentido de que la *lex* sí termina por ser un instrumento capaz de alterar el *ius*, y que precisamente por ser bien consciente de ello, el *populus* autolimita su propia capacidad para hacerlo, del mismo modo que ocurre a propósito de las *leges sacratae* de la plebe. P. CERAMI, *Potere*, cit. 127 ss. y 133 ss. También G. BAVIERA, *Leges imperfectae, minus quam perfectae e perfectae*, en *Studi Fadda* 2 (Palermo 1906) 203; P. FREZZA, *Il precetto della legge*, cit. 207 ss.; S. J. OLIS ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, 2ª ed. (Roma 1964) 310; S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e dell'inefficacia* (Milano 1966) 39 ss.; M. DUCOS, *Les romains*, cit. 217 ss.

<sup>163</sup> En una línea parecida, C. SANTI, *op. cit.* 181 n. 24. Frezza se opone a esta tesis de que no pueda hablarse de *leges perfectae* con carácter previo a la época tardorrepublicana, amparándose en Liv. 41,8,6-12 y 41,9,9-12. Cfr. P. FREZZA, *Il precetto della legge*, cit. 473 ss. A propósito de estos últimos siglos de la República, Ducos, por su parte, advierte que el número de *leges* parece incrementarse sustancialmente, pero no por el hecho de que la noción misma de *lex* cambiase, sino por puras razones de orden político: los importantes cambios del s. III a.C. justificarán el aumento en el número de leyes, así como de la participación ciudadana, por ejemplo, a efectos de otorgar un *imperium* extraordinario, como el obtenido por Pompeyo en su lucha contra la piratería en el mar Mediterráneo en el 67 a.C. Cfr. M. DUCOS, *Les romains*, cit. 154 ss.

como Ducos refiere<sup>164</sup>, un tándem inseparable en el que al final no cabe aceptar la superioridad de ninguno de ellos sobre el contrario.

Las razones por las que las leyes imperfectas antecedieron en el tiempo a los dos otros tipos descritos en el *Ep. Ulp.* deben encontrarse, según Cerami<sup>165</sup>, más bien en aspectos procesales, en la fuerza vinculante de la *solemnia verba* y en la dificultad para crear un concepto como el de nulidad, aspecto este último sobre el que reflexionaremos abundantemente en este trabajo. Las *leges imperfectae*, así, constituirían órdenes privadas de efectiva fuerza coercitiva, estando orientadas entonces a la finalidad de establecer reglas de actuación y patrones de conducta. Estas medidas adquirirían, con el correr del tiempo, un carácter público al pasar a reglamentar todas las disposiciones similares tal y como se desprende, a juicio siempre de Cerami, de Liv. 9,33-34, en donde se nos narra el caso del censor Apio Claudio, que se niega a abandonar su cargo en el plazo de dieciocho meses establecido en la *lex Aemilia*. Este alega que tal ley se promulgó exclusivamente para los censores del año 435 a.C., a lo cual responde el tribuno P. Sempronio que, puesto que desde esa fecha la ley ha sido obedecida por todos los censores, no es admisible que Apio Claudio decida no hacerlo. En época arcaica, la *lex* parece nacer, así, vinculada al caso concreto para terminar trascendiéndolo y convertirse posteriormente en la norma general.

Liv. 7,17,12: *Quia nec per dictatorem plebeium nec per consulem comitia consularia haberi volebant et alter consul Fabius bello retinebatur, res ad interregnum redit. Interreges deinceps Q. Servilius Ahala M. Fabius Cn. Manlius C. Fabius C. Sulpicius L. Aemilius Q. Servilius M. Fabius Ambustus. In secundo interregno orta contentio est, quod duo patricii consules creabantur, intercedentibusque tribunis interrex Fabius aiebat in duodecim tabulis legem esse ut, quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset; iussum populi et suffragia esse. Cum intercedendo tribuni nihil aliud quam ut differrent*

---

<sup>164</sup> El autor incluso apunta incluso que la aparente confusión entre *ius* y *lex* en escritos latinos tempranos como los de Plauto no es tan sintomática de ignorancia jurídica como de la extraordinaria proximidad de ambos conceptos. Véase M. DUCOS, *Les romains*, cit. 221 ss.

<sup>165</sup> P. CERAMI, *Potere*, cit. 127 ss.

*comitia valuissent, duo patricii consules creati sunt, C. Sulpicius Peticus tertium M. Valerius Publicola eodemque die magistratum inierunt.*

Liv. 7,21,4: *Quorum taedio patres L. Cornelium Scipionem interregem concordiae causa observare legem Liciniam comitiis consularibus iussere.*

Cerami utiliza también estos otros pasajes de Livio para referir hasta qué punto en época preclásica la *lex* no era más que una regla invocable salida de los comicios, mas no aún una norma coercitiva<sup>166</sup>. El primero de ellos narra un episodio a propósito de las elecciones consulares del año 355 a.C., a las que concurren tan solo candidatos patricios. Ello provoca el veto de los tribunos de la plebe, que pretenden que con ello se apliquen en la práctica las por entonces aún recientes *leges Licinae Sextiae* (Liv. 6,35,42; Aul. Gell. 17,2,27). Lo llamativo del hecho está en que el *interrex* M. Fabio, que presidía las elecciones, manifiesta que la ley decenviral concedía fuerza vinculante a cualquier deliberación del *populus*, como por ejemplo, cuando este se reúne a efectos de elegir los cargos magistratuales. Los cónsules de ese año, por tanto, fueron los patricios C. Sulpicio Petico, en su tercer consulado, y M. Valerio Publícola, pese a la vigencia de unas *leges Licinae Sextiae* que carecerían aún de fuerza coactiva. En el segundo texto, por su parte, nos encontramos con una referencia expresa al hecho de que estas leyes se hacen observar en el 352 a.C. por el *interrex* L. Cornelio Escipión para restaurar la concordia entre el estamento patricio y el plebeyo de la población romana.

Esta idea de Cerami, según la cual las *leges imperfectae* tienen un carácter inocuo respecto del *ius civile*, puede matizarse acudiendo a razones de orden procesal, y más concretamente, a la figura de la *exceptio*, que, inserta en la *lex*, se erige en una herramienta con la cual esta última es capaz no ya solo de proveer de defensa al demandado, sino, lo que es para nosotros más importante este punto, de transformar el ámbito del *ius*. Nuevamente, es Murga Gener quien expone esta realidad con palabras certeras: «Cualquier alegación incluso no estrictamente jurídica que pudiera oponer el reo: pactos de perdón no revestidos de forma legítima, transacciones, error, dolo, extorsión, etc., etc, podrían ser, gracias a las excepciones y bajo la única jurisdicción del pretor, motivos más que suficientes para anular el pretendido derecho del actor aunque éste tuviese en su favor

---

<sup>166</sup> *Ibid.* 130 ss.



toda la fuerza de las XII tablas»<sup>167</sup>. Las *leges imperfectae*, y la posibilidad de la existencia de excepciones procesales a favor del reo, terminan por ser, pues, herramientas que ejercen una innegable influencia respecto de la aplicación práctica del *ius*, en la línea en la que se expresaba Guarino: con la concesión de la *exceptio*, merced a estas *leges*, el pretor ampara al demandado priorizando sus intereses sobre los de un actor que no sobrepasa en sus actuaciones de lo previsto en el *ius civile*. La ley decenviral, siguiendo el ejemplo que expone aquí el propio Murga, no recogía, por poner un caso, el pacto de perdón, y de ahí que, de contar solo con lo dispuesto en el *ius*, nada obstase a volverse atrás, incumpliendo el acuerdo y exigiendo injustamente la satisfacción íntegra del crédito. La atribución de excepciones (*exceptio pacti; exceptio transactionis*) corrige, pues, la situación incorporando no solo instituciones propias del *ius gentium*, sino asegurando la eficacia de las *leges imperfectae*: «Llegado, pues, este momento y siempre gracias a la *exceptio*, pudo también el pretor dar alguna eficacia a lo dispuesto en esas leyes imperfectas, utilizando la misma mecánica procesal con la que se habían hecho valer las instituciones del *ius gentium* frente a la rigidez del *ius civile*»<sup>168</sup>. Como se ve, el conjunto legislativo integrado por las *leges Furia testamentaria, Voconia y Falcidia*, resulta expresivo de cómo se produce la evolución del nivel de influencia de la *lex publica* romana en el ámbito del *ius*, integrado por las XII Tablas y la *interpretatio* jurisprudencial. El autor del *Epitome Ulpiani* señala a la primera de estas leyes como ejemplo de *lex minus quam perfecta*, tal cual señalábamos antes. Habiendo consenso en la doctrina en el hecho de que esta ley es posterior a la *lex Cincia*, que es imperfecta, resulta claro que el recurso a la pena del cuádruplo supone ya un obvio refuerzo del carácter imperativo de la ley. El proceso, que no solamente tiene un carácter restitutivo, sino también marcadamente punitivo, por el que el legatario que exige el pago de un legado excedente de mil ases es condenado a la *poena quadrupli* es brillantemente tratado por Senn. Ante todo, debe señalarse, como punto de partida lógico, que el heredero debe satisfacer al legatario en su reclamación contraria a la ley, pues esta última es *lex minus quam perfecta*. Como es característico del viejo procedimiento de la *manus iniectio*, el *heres* demandado acudirá a un *vindex* solvente que será quien quede obligado al pago del

---

<sup>167</sup> J. L. MURGA GENER, *Derecho Romano*, cit. 192.

<sup>168</sup> *Ibid.* 197. El autor trata a continuación de la *lex Cincia de donis et muneribus* y la *exceptio legis Cinciae*. Este plebiscito es relacionable, como se sabe, con la *lex Furia testamentaria*, tal y como tendremos oportunidad de estudiar en el segundo capítulo. *Infra.* 173 s.

*duplum* de la cantidad requerida por el legatario: «En exerçant la *manus injectio pura* de la loi Furia testamentaria, le *vindex* réclamaait aut légataire la somme de celui ci avait exigée et reçue en violation de la loi, c'est-a-dire le doublé de l'excédent des mille as, taux légal des legs. D'après les règles mêmes du *manum sibi depellere*, caractérisant la *manus injectio pura*, le légataire se constituant son propre *vindex*, s'il n'y avait eu de sa part payement immédiat, se voyait donc forcé de rendre le doublé de ce qu'il avait reçu, c'est-à-dire, le quadruple de la somme primitive, excédant les mille as de la loi Furia». Hablamos, pues, de una *manus iniectio pura*, esto es, sin la ficción de que se ha producido una sentencia previa, pues la propia *lex* faculta al *vindex* a su ejercicio: el legatario deberá entonces pagar por el *duplum* de lo que recibió de más, lo que equivale, lógicamente, al cuádruplo de la cuantía del legado excedente de mil ases. Realmente, el único punto en verdad problemático de esta cuestión estriba en el hecho de que en Gai. 4,24, se lee que la *lex Furia* da lugar a una *manus iniectio pro iudicato*, en aparente contradicción con la afirmación que hace el jurista inmediatamente antes (Gai. 4,23), cuando afirma que la *manus iniectio* es *pura*: *Ex quibus legibus et si quae aliae similes essent cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere reo licebat. nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IUDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita dicebat: OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO; cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IUDICATO MANVM INICIO nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae PRO IUDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit; quod uidetur nulla ratione factum.* Para Senn, no es problemático aceptar la idea de que la ley Furia previese el ejercicio de una *manus iniectio* que fuese a un mismo tiempo *pura* y *pro iudicato*: *pura* porque se da, obviamente, sin una sentencia juricial previa declarativa del derecho del *vindex* que representa al heredero, y *pro iudicato* porque la propia condena inicial del *vindex* a pagar el *duplum* a favor del legatario equivale a efectos prácticos, obviamente, a una sentencia que implícitamente reconoce la existencia de un legado cuya cuantía excede de lo permitido por la ley, de ahí el recurso a la ficción de que existe una sentencia favorable<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> F. SENN, *op. cit.* 92 ss. En relación con las sanciones penales, véase A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, en *Index 37* (Napoli 2009) 137 ss.; Lógicamente, en la práctica el legatario, lejos de exponerse a este procedimiento, rehuiría de exigir el pago de legados de más de mil ases. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación. Segunda edición revisada*. Trad.: Manuel Fairén (Barcelona 1960) 387; G. GROSSO, *Il legato*, *cit.* 338; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 112; C. RUSSO

Con relación, por último, a las leyes Voconia y Falcidia, se ha discutido ampliamente acerca del modo de entroncarlas en la clasificación de *Ep. Ulp.* 1,1-2 – especialmente en lo que concierne a la última– debiendo, a nuestro juicio, prevalecer la idea de que se trata de *leges perfectae* conforme a lo que expondremos más adelante<sup>170</sup>.

---

RUGGERI, *Leggi sociali e «quadruplicatores» nella Roma postannibalica*, en *Labeo* 47 (Napoli 2001) 365; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 41; G. LONGO, s. v. «Lex Furia», en *NNDI IX* (Torino 1963) 809. Preguntándose por el por qué el exceso de los legados no se hace nulo *ipso iure*, evitando todo este procedimiento, Arangio-Ruiz señala acertadamente que si la mayoría de las leyes prohibitivas fueron *minus quam perfectae* o *imperfectae* ello se debía a que su aprobación por el comicio no suponía la inexistencia del derecho subjetivo contrario (que aquí es el cobro de legados superiores al límite marcado por la *lex Furia*). Estas leyes menos que perfectas, por tanto, son un reflejo de la negativa del pensamiento jurídico romano a abolir la costumbre, constituyendo, pues, un «dique», siguiendo el gráfico ejemplo que propone el propio autor, pensado contra el abuso del derecho pero que, sin embargo, no puede devolver, naturalmente, las aguas a sus fuentes originarias. V. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit. 169 ss. Obsérvese también, de cara a esta *manus iniectio pura*, la similitud que hasta cierto punto guardan las *leges Furia* y *Marcia*. Esta última, en efecto, preveía también su utilización contra el usurero. También data, precisamente, del siglo II a.C. A. FERNÁNDEZ BARREIRO – J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano*. 7ª ed. (Madrid 2007) 57. Las leyes Furia y Marcia son referidas en Gai. 4,23 como un tándem a la hora de explicar esta *manus iniectio pura*.

<sup>170</sup> *Infra.* 182 ss.



## CAPÍTULO 2

### LA LIBERTAD PARA LEGAR EN EL DERECHO ARCAICO Y CLÁSICO

#### **1. La conservación de la *res familiaris* como elemento vertebrador del fenómeno sucesorio en el derecho arcaico.**

A lo largo del primer capítulo del presente trabajo he reflexionado sobre los que considero como algunos de los más importantes rasgos definitorios de las *leges publicae populi Romani* y los plebiscitos, centrándome de manera especial en cuanto concierne a la legislación emanada de las asambleas de la plebe. Mi especial interés en esta última se explica, naturalmente, por el hecho bien conocido por todos de que será precisamente esa legislación plebiscitaria la que ejerza una mayor influencia respecto de las relaciones jurídico privadas de los *cives*.

Esta exposición sobre el papel de la *lex publica* como instrumento de cambio y regulación de la vida jurídica, sin duda superficial dada la enorme amplitud del propio tema y el carácter introductorio que reviste en el presente estudio, debe complementarse ahora con nuevas reflexiones acerca de aquello que buscó limitar a través de las famosas *leges Furia, Voconia y Falcidia*: la libertad de legar, o mejor expresado, la casi absoluta libertad del testador de disponer sin restricciones del futuro del patrimonio familiar tras su muerte. Comenzaremos nuestra exposición refiriendo, en primer lugar, cuanto podemos decir a propósito del propio origen del *legatum* en Roma y de las oscuras formas arcaicas de *testamentum*. Establecida, finalmente, la secuencia temporal que nace en el viejo *testamentum calatis comitiis* y termina en el *testamentum per aes et libram* estaremos en condiciones de estudiar el impacto de la legislación antisuntuaria de la plebe en materia de legados. Nuestro estudio sobre las *leges publicae*, con su especial hincapié en lo concerniente a los *plebiscita*, unido a nuestras consideraciones a propósito de la *successio* arcaica constituyen, por tanto, dos caminos diferentes que, por separado, terminarán confluyendo en el «tridente» legislativo que, como antes referíamos, buscó atenuar la libertad de legar en beneficio de la figura del heredero.

### 1.1. La sucesión intestada: la antigua institución del *consortium* doméstico.

Gai. 3,154: *Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

154a. *Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur *ercto non cito*, id est dominio non diuiso: *erctum* enim dominium est, unde *erus dominus* dicitur: *ciere* autem diuidere est: unde *caedere et secare* [et diuidere] dicimus.*

154b. *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.*

El descubrimiento el pasado siglo en Antinoe (Egipto) de los fragmentos llamados «a» y «b» de Gai. 3,154<sup>171</sup>, inexistentes en el manuscrito veronés, no solo aportó

---

<sup>171</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Gaio* (Firenze 1933); *Il nuovo Gaio*, en *BIDR* 42 (Napoli 1934) 537 ss. Véanse también, entre otros, F. LANFRANCHI, *Appunti sul consortium familiare nei retori romani*, en *SDHI* 1 (Roma 1935) 373 ss.; A. MASCHI, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milano 1935); B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto ereditario antico* (Palermo 1949) 94 ss.; D. DAUBE, *Consortium in Roman and Hebrew Law*, en *JR* 62 (Edinburgh 1950) 71 ss. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)* (Milano 1954) 47; W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische «Consortium»*, en *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul* 4-5 (Istanbul 1955) 56 ss.; C. M. BRETONE, «Consortium» e «communio», en *Labeo* 6 (Napoli 1960) 163 ss.; A. TORRENT, *Consortium ercto non cito*, en *AHDE* 34 (1964) 494; L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, *Del «consortium» a la «societas». «Consortium ercto non cito»* (Madrid 1987); S. TONDO, *Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica*, en *SDHI* 60 (Roma 1994); G. FRANCIOSI, *Ancora sul «consortium»*, en *Labeo* 37 (Napoli 1999) 269 ss.; I. PIRO, «Consortium», «heredium» e storia dello «ius gentilicium», en *Labeo* 45 (Napoli 1999) 268 ss.; A. CALZADA, *Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere uelint*, en *Iura* 59 (Napoli 2011); R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pulso entre heredero y legatario propiciado por la voluntas testatoris: la victoria*

información sobre la arcaica y oscura institución del *consortium*<sup>172</sup> doméstico, primera forma asociativa conocida en Roma<sup>173</sup>, sino que trajo consigo la lógica consecuencia de un tratamiento doctrinal que ha sido recurrente hasta nuestros días, si bien es cierto que el estudio monográfico del fenómeno sucesorio en la Roma arcaica sigue siendo inferior al de otros aspectos «clásicos» tratados por la romanística. La escasez de fuentes, tanto jurídicas como extra-jurídicas, y la distancia que media entre estas y las instituciones de las que nos hablan han podido ser, sin duda, causas de cierta desmotivación a la hora abordar el estudio del derecho sucesorio, y de escepticismo hacia los propios textos conservados cuando este se ha abordado. No sorprende, por tanto, el interés demostrado por aquéllos romanistas del pasado siglo ante el hallazgo del texto gayano que ayudaba a disipar, al menos en parte, las espesas tinieblas de este controvertido asunto.

En los párrafos anteriores a Gai. 3,154 –e incluso en el único fragmento de este pasaje conocido antes del ya referido descubrimiento egipcio– Gayo nos habla sobre las causas de disolución de la *societas*<sup>174</sup>. De la información que nos aportan los ya no tan

---

de la quarta Falcidia, en *Anuario de la Facultad de Derecho* 6 (Alcalá de Henares 2013) 142 s. En relación con la familia romana arcaica y la primitiva *successio* véanse también P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, en *BIDR* 27 (Roma 1914) 97 ss.; G. M. OLIVIERO, *A proposito di successio ordinum nell'eredità intestata delle Dodici Tavole*, en *SDHI* 68 (Roma 2002) 625 ss.; G. M. OLIVIERO, *Il «diritto di familia» delle leges regiae*, en *SDHI* 74 (Roma 2008) 559 ss.

<sup>172</sup> Encontramos referencias al *consortium* en D. 17,2,63 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*); D. 10,2,1 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 28,2,11 (Paul. 2 *ad Sab.*); Fest. 50,72; Aul. Gell. 1,9,12; Quint. *inst.* 7,3,13; Cic. *de orat.* 1,56,237; Serv. *ad aen.* 8,642; Liv. 41,27,2; Plin. *Min. epist.* 8,18,4. S. CASTÁN, *Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El testamentum calatis comitiis y su relación con la sucesión intestada*, en *RIDROM* [on line] (2011-2013) 213 ss.

<sup>173</sup> El *consortium erecto non cito* es el embrión, en efecto, de la futura *societas* romana. A. CALZADA, *op. cit.* 161.

<sup>174</sup> Gai. 3,151-154. Gayo menciona las bien conocidas causas de disolución de la *societas*: renuncia unilateral de cualquiera de los *socii*; muerte, a la que se asimila, como se sabe, la *capitis deminuti* en su mayor gravedad; y venta pública o privada del patrimonio de cualquiera de los socios. Antes del hallazgo de 1933 nada hacía esperar de la lectura de estas líneas que de ellas hubiese sido mutilada una no poco importante mención del más antiguo sistema de ordenación de la *successio* romana. Sobre el contrato de sociedad, véanse, entre otros, V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (1950; reimp. Napoli 1965); C. VELASCO, *La posición del obligado en la «societas» consensual: Una aproximación a la «actio pro socio»* (Sevilla 1986); A. GUARINO, *La società in diritto romano* (Napoli 1988); L. GUTIÉRREZ

nuevos textos descubiertos en Egipto se extrae el hecho de que el autor de la *Instituta* articula su exposición valiéndose de la figura del *consortium* familiar como ejemplo de sociedad nacida del *ius civile* frente a aquella del *ius gentium* de la que nos habla en el párrafo anterior. Una exposición esta de Gayo en la que, como vemos, se remonta muy atrás en el tiempo, hasta una institución que hacía ya mucho que no era más que un recuerdo histórico y que, con toda probabilidad, pareció superflua al copista del texto veronés<sup>175</sup>. Lo que nos transmite el manual gayano en este punto es lo siguiente: la muerte de un *paterfamilias* se ve seguida de la constitución de una sociedad legítima y natural (*legitima simul et naturalis societas*) de *heredes sui*<sup>176</sup> a la que llama *consortium erecto non cito*. Cada uno de los *sui* que integran el *consortium* goza de la propiedad indivisa

---

MASSON, *op. cit.*; C. VELASCO, *La sociedad*, en *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga* (Madrid 1994) 611 ss.; J. PARICIO, *El contrato de sociedad en derecho romano*, en *Derecho de sociedades. Homenaje F. Sánchez Calero 1* (Madrid 2002) 407 ss.

<sup>175</sup> En esta misma dirección, Biondi, que apoyándose en Daube apunta el paralelismo de este *consortium inter fratres* con otras instituciones similares de la Antigüedad –lo cual, dicho sea de paso, vendría chocar con la clásica idea de la genuinidad plena de la *successio* romana– incide en que su carácter arcaico debió ser la causa de que el copista o estudioso del palimpsesto veronés no considerase oportuno referirlo. B. BIONDI, *Diritto ereditario*, *cit.* 47 s.; D. DAUBE, *op. cit.* 71 ss. En este contexto, resulta obvio que la constitución del consorcio doméstico debió pasar a adquirir carácter voluntario en época clásica (D. 17,2,52,8 [Ulp. 31 *ad ed.*]. Ulpiano dice [...] *si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit...*). J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, *cit.* 108. Castán señala que las causas por las que la institución del *consortium* decae durante la época republicana –hacia el siglo II a.C. debía ser ya una rareza en opinión de Voci– hay que buscarlas en el progreso económico y el apogeo de la sucesión testamentaria frente a la intestada. S. CASTÁN, *op. cit.* 225; P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo. Introduzione – Parte generale. Seconda edizione riveduta* (Milano 1967) 65.

<sup>176</sup> Aunque la jurisprudencia clásica considera que la atribución de la herencia a los descendientes sobre los ascendientes se funda en la razón natural (D. 48,20,7 pr. [Paul. *libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*]) el vínculo cognaticio es aquí irrelevante, del mismo modo que lo es el agnaticio si se interrumpió antes de la muerte del *paterfamilias* causante por *emancipatio* o divorcio. A efectos sucesorios, la constitución del *consortium inter fratres* sólo es posible entre aquéllos que se encontraban bajo la *patria potestas* o la *manus* marital del difunto al tiempo de su muerte. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: Un análisis desde la experiencia jurídico romana cultural*, en *AFDUDC* 10 (Coruña 2006) 281 ss.



del patrimonio familiar<sup>177</sup>. En el segundo fragmento descubierto se añade a lo anterior el hecho de que personas distintas de los herederos de derecho propio podían constituir también este tipo de sociedad merced a una *certa legis actio* concedida por el pretor. La propiedad colectiva e indivisa de la que disponen los integrantes de este *consortium*, que desconoce la idea de cuota, implica, por último, que la manumisión de un esclavo por obra de uno de los consortes viene a producir sus efectos respecto de todos los demás (el antiguo esclavo pasa a ser liberto de todos) y que la venta de una *res Mancipi* por cualquiera de los condóminos supone su pérdida para todos, medida esta que obliga a pensar en el hecho de que la indivisión de la propiedad en el consorcio buscaba probablemente asegurar la estabilidad del patrimonio familiar<sup>178</sup>: la decisión de uno implicaba consecuencias irreversibles para el resto respecto de la administración de unos bienes del patrimonio, los transmisibles por *mancipatio* o *in iure cesio*, que garantizaban el sostenimiento futuro del grupo familiar en una sociedad aún de rasgos arcaicos<sup>179</sup>.

Así pues, de la lectura del «nuevo» Gayo se desprende que a la muerte de un *paterfamilias* se crea automáticamente y sin que se requiera de ningún tipo de acto de constitución<sup>180</sup> una sociedad de *heredes sui* a la que el jurista llama *consortium ercto non cito* o *inter fratres*.

---

<sup>177</sup> El propio Gayo apunta que la misma etimología de *erctum* y *ciere*, que dan nombre al consorcio, describe una situación de propiedad sin división. Voci, en este sentido, aporta varias interpretaciones diferentes de estos términos, conducentes siempre a arrojar el significado de indivisión. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 61 ss.

<sup>178</sup> Para Voci, cuya opinión resulta incuestionablemente cualificada, la función del *consortium ercto non cito* consiste precisamente en el mantenimiento de tal estabilidad, que no debe verse alterada por la eventualidad de la muerte del *paterfamilias*. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 65.

<sup>179</sup> No cabe ver en esto, empero, un argumento en defensa de la teoría patriarcal de Bonfante, como tendremos oportunidad de desarrollar más adelante.

<sup>180</sup> Lógicamente, si los *heredes sui* lo son automáticamente, sin precisar de ningún acto de aceptación, es razonable suponer que la constitución del *consortium* se operase con carácter *ipso iure* a la muerte de causante. Para el sistema del *ius civile*, la renuncia de un *heres suus* no es una posibilidad ni siquiera planteable, en la medida en la que vendría a constituir un acto de ofensa al difunto. Ello explica que el *beneficium abstinendi* sea obra del derecho pretorio. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria, cit.* 283. La teoría de Collinet que niega la constitución *ipso iure* del *consortium* y afirma el carácter voluntario de la institución se encuentra indudablemente aislada. Este autor se apoya en Varr. *ling.*

Para la doctrina dominante<sup>181</sup>, a la que en fecha reciente se ha opuesto Monaco como voz discordante<sup>182</sup>, el hecho de que el autor de la *Instituta* recurra a la expresión *inter fratres* y no a *inter sorores* para referirse a las personas que integran la sociedad no excluye, de ningún modo, la posibilidad de que las mujeres participasen de esa situación de *communio*. En el sistema arcaico de sucesión legítima, las hijas bajo potestad y la mujer casada *cum manu* –el matrimonio *sine manu*, como es sabido, era una institución que en esta época distaba aún mucho de generalizarse– se integraban en la categoría de los *sui heredes* al igual que los hijos que estuvieron sometidos a la *patria potestas* del *de cuius*. Naturalmente, ha de descartarse que la mujer pudiese actuar prescindiendo de su tutor, habida cuenta de que su capacidad de obrar, como es sabido, se veía atenuada por la exigencia de la presencia de aquél. La respuesta a la cuestión de si esa labor de tutela sería desempeñada por alguno de los *fratres* o si se permitiría, en cambio, la entrada de un tutor *extraneus* en la sociedad la encontramos, probablemente, en lo dispuesto en la Tab. V,6:

Gai. 1,155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui uocantur legitimi*<sup>183</sup>.

En caso de que no se hubiese designado un tutor testamentario para impúberes y mujeres, estos últimos serán confiados a la tutela del *agnatus proximus*<sup>184</sup>. El supuesto que planteaba la ley decenviral no es, por tanto, conflictivo en lo que nos ocupa, en la

---

*lat.* 6,64 para defender que sí era preciso un acto formal de constitución del consorcio, que consistiría en la pronunciaci3n de los *solemnia verba* por parte de los coherederos llamados a ser comuneros al tiempo que juntarían sus manos sobre un objeto hereditario que simbolizase el contenido de la herencia. P. COLLINET, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (PSI 1182)* (Paris 1934). Cfr. S. TONDO, *Ancora sul consorcio*, cit. 602; A. CALZADA, *op. cit.* 157 s.; S. CASTÁN, *op. cit.* 223.

<sup>181</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 213 ss.

<sup>182</sup> L. MONACO, *Hereditas e mulieres: Riflessioni in tema di capacit  successoria della donna in Roma antica* (Napoli 2000) 31 ss. La autora niega que las mujeres y los otros miembros de la familia asimilados a ella tuviesen acceso al consorcio doméstico.

<sup>183</sup> También la Tab. V,2 nos habla sobre la tutela de los parientes de vínculo agnaticio sobre las mujeres.

<sup>184</sup> La posibilidad de que también falte este pariente motivará la promulgaci3n posterior de la *lex Atilia* (210 a.C.) y el surgimiento, con ella, del llamado tutor atiliano (Gai. 1,185; IJ. 1,20; *Ep. Ulp.* 11,18 s.).

medida en la que ese *agnatus proximus* es también un *heres suus* integrante, como la mujer tutelada, del *consortium*. La incógnita de si era posible la inclusión en el consorcio de una persona ajena a la familia agnaticia ha de resolverse de modo negativo, pues se reduce al caso de que la mujer tuviese asignado un tutor *extraneus* en el testamento del causante<sup>185</sup> y precisamente el *consortium* se constituye a falta de *testamentum*: Gayo se refiere a él como una sociedad *legitima et naturalis*, de lo cual es lógico deducir, tal y como señalara Biondi en su día<sup>186</sup>, que se constituía en caso de sucesión intestada, esto es, justo en la coyuntura en la que las XII Tablas someten a la mujer a la tutela del *agnatus proximus* (Tab. V,2 y 6; Gai. 2,47; D. 26,4,1 pr. [Ulp. 14 *ad Sab.*]; D. 26,4,9 [Gai. 12 *ad ed. prov.*]; D. 50,17,73 [Q. M. Scaev. *horoï*], miembro indiscutido del *consortium*. En resumen, la *tutela mulieris* de origen testamentario es descartable de raíz en cuanto nos ocupa, pues el consorcio nace sólo de la sucesión *ab intestato*. Si hay parientes agnados, y en consecuencia, consorcio familiar, la tutela de las mujeres se les otorga a ellos y no entra en la sociedad ninguna persona ajena a la familia *proprio iure*<sup>187</sup>.

Que esta situación de copropiedad de la *res familiaris* entre los herederos de derecho propio fuese el mecanismo principal de articulación de la sucesión hereditaria en la Roma arcaica se hace evidente, además, habida cuenta del carácter extraordinario que parecían tener en aquél tiempo las primeras formas conocidas de testamento, de cuyo estudio nos ocuparemos en las próximas páginas. La constitución del *consortium* vendría a ser, pues, la práctica probablemente más habitual, y cada uno de sus integrantes dispondría de la copropiedad indivisa respecto del patrimonio familiar transmitido mediante la *successio*, encontrándose, pues, en una situación de *communio* que se

---

<sup>185</sup> Teóricamente, el problema existiría también en el caso del tutor atiliano, pero, como hemos tenido ya oportunidad de señalar, el *consortium* habría caído ya en desuso para el momento en el que aquél hizo aparición.

<sup>186</sup> B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 48.

<sup>187</sup> Obviamente, si la mujer no concurre con ningún *agnatus proximus*, no habrá consorcio, pues la presencia de un único *suus* descarta de antemano la posibilidad de que exista. El heredero –o heredera, en el caso que tratamos– sucedería aquí automáticamente al *paterfamilias* difunto, de lo cual se hace eco con acierto Castán en un reciente artículo sobre el testamento comicial y la sucesión intestada que hemos venido citando. S. CASTÁN, *op. cit.* 220.

sustentaba sobre la idea de *fraternitas*: la actuación de cualquiera de los consortes producía el mismo efecto jurídico que una actuación conjunta de todo el grupo<sup>188</sup>.

En lo que atañe a la división del *consortium* merece la pena que nos detengamos en los siguientes textos:

D. 10,2,1 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuarentur.*

Gai. 4,17a: [...] *item de hereditate diuidenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit.*

El primer fragmento es el que abre el segundo título del décimo libro del Digesto, que los compiladores de Justiniano llamaron «*Familiae erciscundae*». Nos dice en él Gayo que aquélla acción –la *actio familiae erciscundae*, siguiendo la lógica de la estructura del título– fue creada por las XII Tablas (Tab. V,10) como instrumento del que pudiesen valerse los coherederos que desearan extinguir la situación de condominio y repartirse los bienes hereditarios<sup>189</sup>. En el segundo texto, extraído esta vez de la *Instituta*, el jurista refiere que la ley decenviral preveía el ejercicio de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* para solicitar la división de la herencia<sup>190</sup>. Es decir, el coheredero

---

<sup>188</sup> Esto, evidente consecuencia de la ausencia de cuotas separadas asignables a los coherederos, se distancia enormemente del posterior régimen clásico. Gai. 3,154b es elocuente en este sentido. M. BRETONNE, *op. cit.* 183 s.; A. TORRENT, *Consortium*, *cit.* 494; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 64; A. CALZADA, *op. cit.* 151 ss. Por otro lado, como hemos tenido ya oportunidad de señalar, Gai. 3,154b nos informa de lo que se antoja como una cierta flexibilización post-decenviral del régimen jurídico del *consortium*: *Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione*, dice el jurista. Personas distintas de los *fratres sui* acaban pudiendo constituir sociedades merced a una cierta acción de la ley invocada *apud praetorem*. Que nos situamos ya en un momento histórico posterior a la época de las XII Tablas lo evidencia la referencia al pretor urbano, que no aparece, como es sabido, hasta el 367 a.C., con las *leges Liciniae Sextiae*. Sobre este particular, cfr. U. COLI, *Il testamento*, *cit.* 62 s.

<sup>189</sup> Sobre la *actio familiae erciscundae*, cfr. M. FUENTESECA, *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, en *SCDR* 29 (Madrid 2016) 131 ss.

<sup>190</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 61 ss. y 77.

que desease terminar con la situación de copropiedad solidaria acudiría al pretor con el objeto de solicitar la petición de un *iudex* o *arbiter* ante el que ejercitar la división de la herencia, a semejanza de lo que disponía la misma acción de la ley para las deudas nacidas de *sponsio*, como es por todos sabido<sup>191</sup>.

La propia naturaleza del *consortium* lo constituye, por tanto, como una situación de copropiedad solidaria perfectamente divisible, al menos, desde las XII Tablas, en la medida en la que puede suponerse que en ella se dotaba a los coherederos de un recurso procesal para alcanzar tal objetivo<sup>192</sup>. Más resbaladiza es, sin duda, la posibilidad de que esta divisibilidad del consorcio fuese ya reconocida con prioridad a la ley decenviral. Tal hipótesis ha sido defendida en fecha reciente por Calzada<sup>193</sup> -a ella se ha sumado Castán<sup>194</sup>- que aporta razonamientos lógicos en ese sentido, si bien, pese a lo sugestivo de su pensamiento, un seguimiento literal y desapasionado de las fuentes expuestas, aceptando aquello que dicen y dejando a un lado lo que ignoran, nos obliga a aceptar

---

<sup>191</sup> Sobre la *sponsio*, Gai. 3,115-123; 4,17a; 4,91-94; D. 50,16,7 (Paul. 2 *ad ed.*).

<sup>192</sup> A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. 65 y 132; R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 142 s. n. 33. Cfr. L. MONACO, *op. cit.* 31 ss. La autora, que entiende que no hay una absoluta certeza de que la ley decenviral recogiera la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, considera improbable esta posibilidad de división del consorcio que la doctrina acepta mayoritariamente, En un sentido contrario, cfr. J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 108 n. 46.

<sup>193</sup> No es lógico, para el autor, que un antiguo *alieni iuris* que, con la muerte de su *paterfamilias*, se convierte en *sui iuris* y pasa a disponer de su propio patrimonio independiente no esté facultado para abandonar la condición de consorte: [...] «los pontífices tenían que haber proveído su separabilidad con anterioridad a las XII Tablas. Los *mores maiorum* preveían que a la muerte del *paterfamilias* sus hijos devenían *sui iuris* con plena independencia jurídica y económica, por ello, tuvieron que hacer posible la disolución del *consortium* cuando por diversas razones conviniera a los hermanos (desavenencias entre ellos, búsqueda de independencia, necesidad de emprender nuevos negocios con lo que les correspondiera de la herencia familiar, etc.)». Además, la posibilidad de una admisión *ex novo* de la divisibilidad del *consortium* en la ley decenviral trasciende con mucho, en opinión de Calzada, a la finalidad con la que fueron creadas las Tablas: «Entendemos que las XII Tablas no innovaron completamente el ordenamiento jurídico sino que pusieron en conocimiento de todos los ciudadanos las reglas fundamentales de la convivencia, reglas jurídicas que hasta el momento habían estado en posesión exclusiva de los pontífices, y por tanto de los patricios, reglas que se iban formando en el seno de los *mores maiorum*, íntimamente unidas con la religión en los estadios primitivos de la sociedad romana». A. CALZADA, *op. cit.* 155 y 160.

<sup>194</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 224.

únicamente como segura la idea de que la división del *consortium* se permite al menos desde la creación de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*<sup>195</sup>. Además, el propio Castán se hace eco del hecho de que la idea de que los consortes ejercitasen la división del condominio con harta frecuencia en época arcaica resulta difícilmente defendible, pues el abandono de la situación de propiedad colectiva ni interesaría a los plebeyos, que serían los más carentes de recursos en una economía aún primitiva y escasamente dinámica, ni tampoco a los patricios, a los que en absoluto convendría perder su posición de relevancia en los comicios por centurias como consecuencia de unas disminuciones patrimoniales que, en efecto, sólo podrían ser indeseables<sup>196</sup>.

La situación de *communio* que se da entre los miembros del *consortium*, la posibilidad, no descartable del todo, de que las mujeres tuviesen acceso a él y la facultad de que dispone cualquier consorte de división de la propiedad colectiva -esto es, cuanto llevamos expuesto- no parecen armonizar de manera plenamente satisfactoria con la famosa teoría patriarcal de la *successio* arcaica tan defendida antaño por el gran Bonfante y en fecha más reciente por otros autores<sup>197</sup>. Esta línea de pensamiento considera que, a diferencia de lo que ocurre en el régimen clásico, en el que la muerte del *paterfamilias* implica la conversión en *sui iuris* de todos sus sometidos a potestad con la consecuente disgregación de la familia *proprio iure*, el régimen arcaico de la *successio* se habría configurado sobre la idea de la primogenitura desde el surgimiento mismo de la *civitas*. Realmente, Bonfante parte, a manera de premisa, de las ideas de Maine<sup>198</sup>, que

---

<sup>195</sup> La idea de separar la historia del *consortium inter fratres* en dos fases diferenciadas entre sí con la aparición de la *actio familiae erciscundae* en las XII Tablas como elemento divisorio se encuentra expuesta en J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 108.

<sup>196</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 225.

<sup>197</sup> P. BONFANTE, *L'origine dell' «hereditas» e dei «legata» del Diritto successorio romano*, en *Scritti* 1 (Torino 1976) 115 ss.; *Corso di Diritto romano* 6. *Le successioni. Parte generale* (Milano 1930) 100 ss.; *Res mancipi e res nec mancipi* (Roma 1888-89) 314 ss.; *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, en *BIDR* 27 (Roma 1914) 97 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. También S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 (Napoli 1932) 10 s.

<sup>198</sup> H. S. MAINE, *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (London 1913) 152 s. Recientemente Barrio Gallardo ha apuntado que la teoría de la copropiedad familiar no proviene originariamente de Maine, sino que era ya defendida por Bártolo. A. BARRIO

consideraba acertadamente al más antiguo *paterfamilias* más como un administrador de un grupo político, la familia, que como un soberano, y cuya sucesión hereditaria no resultaba problemática al ser precisamente la familia la destinada a perpetuarse en el tiempo y carecer él, en consecuencia, de poderes de disposición *mortis causa*. Los *heredes sui* vendrían a ser, por tanto, copropietarios solidarios del patrimonio familiar, y el *paterfamilias* se asemejaría más a la figura de un gestor que a la de un soberano.

Bonfante acepta, como decíamos, el pensamiento de Maine, y sostiene que, como es *communis opinio*, las *res Mancipi* –categoría esta probablemente anterior a la existencia de la propia Roma como Estado– constituyen desde tiempos arcaicos la propiedad estable y duradera del grupo familiar, mientras que las *res nec Mancipi* serían susceptibles de titularidad privada. De estas últimas sería propietario desde siempre el viejo *paterfamilias*, mientras que respecto de las primeras vendría a desempeñar, en consonancia con Maine, la mera función de gestor o administrador. Es con la aparición de la *civitas* que se produce, a juicio de Bonfante, una suerte de transformación de los poderes del *paterfamilias*, que se convierte ahora en soberano del grupo familiar y titular del patrimonio doméstico. Ya no será un mero administrador de aquellos bienes Mancipables, sino que se convierte por sí mismo y como consecuencia de su *status* en su titular privado<sup>199</sup>. Surge entonces la figura del *testamentum* como expresión de su libre voluntad<sup>200</sup>. En consecuencia, el *heres* primitivo es para el pensamiento bonfantiano un

---

GALLARDO, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos* (Madrid 2012) 36 ss.

<sup>199</sup> Castro Sáenz mantiene la opinión de que el papel del *paterfamilias* testador no podía ser tan extraordinariamente limitado en cuanto a la libertad de decidir el destino de los bienes hereditarios como sostiene la doctrina mayoritaria, señalando que «resulta insólito pensar que un individuo de tal poder en vida resultase tan grandemente maniatado en el momento decisivo de decidir sobre su muerte, como tantos opinan, por el solo hecho de tener hijos, por la sola razón de no estar solo en el mundo». Para el autor, las limitaciones que pesaban sobre el *pater* impulsándole a no dispersar la *hereditas* fuera de los límites de la familia agnaticia no eran, pues, de carácter jurídico, sino ético, social y religioso. A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. 68 s. y 108 ss. En una línea similar, González López considera que el *paterfamilias* tenía poderes ilimitados en época monárquica: «si nos adentramos en la autonomía política como es el caso de la monarquía romana, veremos que existía una plena libertad del *paterfamilias* incontestable». R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 139.

<sup>200</sup> A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 50. La idea de que las formas más arcaicas de testamento, en las que como veremos enseguida el poder de disposición del testador era limitadísimo, si no inexistente, naciesen

nuevo líder que se posiciona a la cabeza de una unidad política, la familia, destinada a permanecer unida, y la propia sucesión hereditaria tendría como objeto principal, más que un mero traspaso patrimonial, la transmisión *mortis causa* de tal soberanía<sup>201</sup>.

Que la primitiva familia *communi iure* constituyese un grupo político no es un hecho que pueda discutirse<sup>202</sup>: Barrio Gallardo lo expresa con claridad cuando señala que

---

como consecuencia de las nuevas esferas de libertad ganadas por el *paterfamilias* tras la fundación de la ciudad constituye, a mi entender, no sólo una idea poco feliz, sino también una contradicción notoria. En un sentido contrario, González López refiere que el *paterfamilias* tenía «plena libertad testamentaria» en época de las XII Tablas, siempre y cuando conservase su lucidez mental como requisito imprescindible de la *testamentifactio* activa (D. 28,1,2 [Gai. 17 *ad ed. prov.*]; D. 28,1,4 [Gai. 17 *ad ed. prov.*]). Cfr. R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 140.

<sup>201</sup> B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 48 s. Biondi, que no acepta la idea de que la más antigua *successio* tuviese por objeto tal traspaso del liderazgo de la familia como grupo político, llega a aventurarse a señalar que el régimen de cotitularidad propio del *consortium ercto non cito*, en el que, como hemos señalado, se desconoce la idea de cuota y cada miembro es propietario *pro indiviso* del todo, encontraría su correspondencia con el sistema colegiado del *cursus honorum* republicano, en el que cada magistrado, con independencia de su *collega*, dispone individualmente de plenos poderes limitados tan solo por la *intercessio*. Tal correspondencia es aceptable, a mi entender, como mero ejercicio comparativo, pues la existencia del *consortium* parece remontarse demasiado atrás en el tiempo –probablemente a épocas anteriores a la propia formación del Estado– como para aceptar la idea de su constitución a imitación del perfeccionado régimen de las magistraturas republicanas. Por otra parte, una fundamentada crítica al pensamiento bonfantiano puede encontrarse en J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 94 ss. En la página 101 de este trabajo se lee: «Sostenemos que hay una diferencia esencial entre la familia doméstica o nuclear, la familia *proprio iure* del derecho romano, y los restantes grupos basados en el parentesco, como la *gens* o la familia *communi iure*, de perfiles difusos. Estos últimos, en la medida en que sirvieron para articular la vida social antes del nacimiento de la *civitas*, pueden ser considerados como entidades políticas. En cambio, la familia en sentido estricto ha sido siempre y en todas partes (no sólo en Roma) un espacio distinto del de la política, y en muchos de sus rasgos, antitético. El grupo político se define por su capacidad para la autodefensa y por ser el creador de un ordenamiento jurídico propio. Tales rasgos sólo pueden ser aplicados a la familia en un sentido metafórico, de la misma manera que podría afirmarse que los ciudadanos de un Estado forman una inmensa familia; el conocimiento de la realidad estudiada no avanza un ápice con tales planteamientos». Con todo, la idea de que la finalidad de la más antigua *successio* romana se explica ante todo en la pertinencia del mantenimiento de la jefatura doméstica ha sido secundada por la mayoría de los autores españoles. A este respecto, véase A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 50.

<sup>202</sup> A efectos de adentrarse en la idea de la familia como núcleo político y económico desde época prehistórica, véase el trabajo del profesor Ribas Alba sobre el derecho primitivo. J. M. RIBAS ALBA,



«fue originariamente un organismo político; especie de célula federal o feudal, cuyo agrupamiento integraba la *civitas*; y al evitar el fraccionamiento del patrimonio familiar, no se buscaba sólo la finalidad económica de la continuidad en la explotación, sino la de no debilitar, con la desmembración de su territorio, el núcleo político que la familia constituía, así como la de procurar que, en la organización centuriada de la *civitas*, los miembros de la familia en el régimen de *consortium*, al fallecer el padre, siguiesen conservando el mismo puesto en los cuadros del censo<sup>203</sup>».

En esta familia arcaica, el *paterfamilias*, lejos de posicionarse como el líder político y soberano exclusivo del patrimonio doméstico imaginado por Bonfante, fue un gestor<sup>204</sup>, un elemento de la cohesión del propio grupo que encontró limitaciones a sus funciones desde las *leges regiae*. Ribas Alba se hace eco de cómo estas últimas castigaban actuaciones injustas del *paterfamilias* mediante la aplicación de un derecho penal de base indudablemente religiosa<sup>205</sup>. Estudiemos un caso elocuente: Dion. Hal. 2,15,2 nos habla de las medidas introducidas por el propio Rómulo con la finalidad de incrementar la población de Roma y menciona expresamente que se aplicaba la pena de la confiscación

---

*Prehistoria del Derecho. Sobre una «genética» de los sistemas jurídicos y políticos desde el Paleolítico* (Córdoba 2015) 114 ss.

<sup>203</sup> A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 41.

<sup>204</sup> Fernández Barreiro describe con brillantez la posición del *paterfamilias* de la época decenviral como administrador de un patrimonio familiar que no se genera en su integridad como resultado de sus propias actividades: «Es necesario considerar también la dimensión participativa de los miembros del grupo familiar en el ámbito económico. La esposa bajo potestad (*uxor in manu*) aporta en concepto de dote bienes que el marido recibe como jefe del grupo familiar; en la vida doméstica le corresponde la administración ordinaria de la casa y el cuidado de los hijos. Al mantenimiento e incremento del patrimonio familiar concurren con su actividad y adquisiciones tanto el padre como los que se encuentran bajo su potestad. La unidad patrimonial concentrada en la titularidad dominical del *paterfamilias* no impide que éste pueda proporcionar autonomía económica a sus hijos, especialmente al contraer matrimonio, merced a la concesión en administración de una determinada masa de bienes en concepto de peculio. Del patrimonio familiar se segrega, en cambio, la aportación dotal con ocasión del matrimonio de las hijas, que pierden sus expectativas hereditarias al pasar a integrarse en la familia de su marido; de igual modo, la dote proporciona un incremento del patrimonio familiar cuando se casan los hijos bajo potestad». A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 282.

<sup>205</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 110 s.

de la mitad del patrimonio, entre otras, a quienes llevasen a cabo conductas tales como dar muerte a menores de tres años, salvo en el caso de ser lisiados o malformados desde el nacimiento. Sí tolera el *rex* fundador la exposición de los hijos siempre que el *paterfamilias* contase con el asentimiento de cinco ciudadanos. Esto venía a significar la no admisión del hijo en el ámbito familiar, normalmente por considerar el padre que no podría mantenerlo. Este se negaría entonces a tomarlo en sus brazos, acto simbólico que simboliza la adhesión del hijo a la familia, y el niño quedaría expuesto al pie de la *columna lactaria* que se erguía frente al templo de la *Pietas*. Esta situación de abandono implicaba, naturalmente, la posibilidad de que los hijos expuestos terminasen siendo recogidos por terceros no siempre por loables fines humanitarios, sino también para ser explotados como esclavos o mendigos.

A lo anterior ha de sumarse también que la propia existencia de la figura de la prodigalidad se erige obviamente como enemiga de la visión del *paterfamilias* como líder absoluto y de ilimitados poderes de la familia romana arcaica, así como el castigo al repudio injusto de la esposa<sup>206</sup> y «la fiscalización jurídica (y no meramente social o ética) que afectaba, sobre todo, al *ius vitae et necis*», en palabras de Ribas Alba, que se apoya en Voci<sup>207</sup>.

La creación de la *civitas* no provocó, por tanto, la instauración de un sistema sucesorio de carácter patriarcal, tal y como Bonfante defendía. No debió producirse metamorfosis alguna de la posición del *paterfamilias*-administrador en pro de una soberanía ilimitada que sabemos imposible. Las formas más arcaicas de testamento, que estudiaremos enseguida, no apuntan en esa dirección, y la sucesión intestada se cimentaba no sobre la idea de la primogenitura, sino sobre la creación de un *consortium* que hace a los parientes de vínculo agnaticio, probablemente sin distinción de sexos, copropietarios de la *res familiaris*<sup>208</sup>. La familia, en suma, no se disgrega como ocurrirá en el régimen

---

<sup>206</sup> Plut. *Rom.* 22,3.

<sup>207</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 110.; P. VOICI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, en *Iura* 31 (Napoli 1980) 37 ss.

<sup>208</sup> Fernández Barreiro resume la situación del siguiente modo: «En la distribución del patrimonio hereditario rige el criterio igualitario entre los descendientes, sin distinción de sexos y con inclusión de la esposa bajo potestad marital. El criterio igualitario se aplica también cuando concurren varios parientes

clásico, sino que se mantiene unida en la *fraternitas* sin que se dé la supremacía de un *suus* sobre el resto<sup>209</sup>. A decir verdad, las únicas causas de dispersión familiar observables son la salida de la mujer de la *manus maritalis* (CTh. 3,16,6; D. 24,2; D. 50,16,101,1 [Modest. 9 *diff.*]; D. 50,16,191 [Paul. 35 *ad ed.*]; C. 5,24 [Diocl. et Max. a. 294]), sin duda escasamente frecuente en época arcaica, y la *emancipatio* del *filiusfamilias* (Gai. 1,132; *Ep. Ulp.* 10,1; IJ. 1,12,6; D. 1,7; C. 4,13; C. 8,48), que se opera por voluntad del *paterfamilias*. De esta realidad se desprende que, a falta de testamento, a) la integración *ipso iure* de los *heredes sui* en el consorcio doméstico supone la forma ordinaria de consecución de un patrimonio propio, tras el ejercicio de la acción divisoria; y b) que la emancipación y el divorcio, naturalmente, constituyen hechos excepcionales al apostar el sistema sucesorio por el mantenimiento de la cohesión familiar<sup>210</sup>.

D. 28,2,11 (Paul. 2 *ad. Sab.*): *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat.*

Paulo nos dice en este fragmento que la transmisión por vía hereditaria del patrimonio familiar a los *filiifamilias* se considera más como una continuación de un dominio previo, compartido entre ellos y el *paterfamilias* difunto, que como una nueva adquisición derivada de la *successio*. El jurista parece describir, por tanto, una suerte de copropiedad entre el *paterfamilias* y sus sometidos a potestad que en absoluto se ve alterada por la muerte del primero. A esta reflexión se puede oponer, naturalmente, el hecho de que la presencia del adverbio *quodammodo* («como si fuese») evidencia que Paulo nos habla en sentido metafórico. Esto último no puede negarse, pero tampoco

---

colaterales del mismo grado, en ausencia de descendientes». A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 281.

<sup>209</sup> B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 48.

<sup>210</sup> A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 283.

parece un criterio certero, a la luz de cuanto llevamos expuesto, el tomarlo para revertir completamente el sentido del fragmento, afirmando que detrás del *quodammodo* se encierra inevitablemente la situación inversa, esto es, la supremacía absoluta del *paterfamilias* de tiempos arcaicos. La metáfora implícita en el uso de *quodammodo* existe, sin duda, pero no en tal sentido negativo, sino más bien en el apuntado por Castán<sup>211</sup>: en vida del *paterfamilias*, no existió jurídicamente esa relación de igualitaria copropiedad de la *res familiaris* entre él y sus sometidos a potestad –tal condominio solidario sólo nacerá a su muerte a través del *consortium* integrado por los *sui*– originándose la idea de que los hijos de familia eran ya previamente como copropietarios de la *res familiaris* en el hecho de que el *paterfamilias*, a su muerte, debiese destinarla precisamente a ellos.

Un texto similar en su contenido al de Paulo es el siguiente:

Gai. 2,157: *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uiuo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii uero ideo dicuntur, quia omni modo, siue uelint siue nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt*<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 221 s.

<sup>212</sup> Teniendo en cuenta el hecho de que sabemos que Gayo escribe su *Instituta* tomando a Sabino como su referencia y que el fragmento de Paulo ya estudiado pertenece precisamente a su libro de comentarios *ad Sabinum* es lo más lógico, según la opinión a mi parecer bien fundada de Voci, que estemos, en efecto, ante dos escritos que provienen de una misma fuente común de genuina autenticidad. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 33 ss. Voci entiende la adquisición de los herederos como una *continuatío domini* de aquello de lo que ya disfrutaban en vida del *paterfamilias*. La familia, por tanto, se compondría de administrador y administrados, y la transmisión *ipso iure* del patrimonio familiar por vía intestada explica tanto lo punitivo de la primitiva *exhereditatio –ius puniendi* este del *paterfamilias* que incluso llega a abarcar el *ius vitae et necis*– como lo innecesario de la aceptación de la herencia por parte del *heres suus*. Castro Sáenz, por su parte, escribe: «La apreciación de relatividad contenida en la partícula «*quodammodo*» es fundamental para entender el alcance de lo que nos quiere decir Gayo y no extraer consecuencias –las más de las veces apriorísticas– que él no quiere extraer y que mucho menos quiere que se extraigan de sus palabras. El sentido que las anima es inequívoco: ser en cierto modo propietario supone no serlo en modo alguno». Cfr. A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo, cit.* 134 s. El autor, como hemos señalado ya anteriormente, atribuye al *paterfamilias* arcaico amplias esferas de libertad en materia sucesoria.

De lo expuesto hasta ahora debemos concluir que la teoría patriarcal de la sucesión hereditaria no es compatible con la existencia del *consortium erecto non cito*. Ni el *paterfamilias* de los tiempos más pretéritos fue un soberano de poderes ilimitados respecto de la célula política que presidía, esto es, la familia agnaticia, ni menos aún el objeto de la *successio* que se abría a su muerte consistía en el traspaso de tal liderazgo a un nuevo titular. En esa familia arcaica, integrada a un tiempo por vivos y muertos, el papel del *paterfamilias* es el de administrador de la comunidad<sup>213</sup>. La idea de asegurar la conservación de la *familia*, posteriormente llamada *hereditas*, se encuentra, sea como fuere, en las más profundas raíces de la *successio* romana, y es localizable hasta en las fases más pretéritas de la misma, sin que ello suponga, desde luego, la existencia de un régimen de primogenitura, cual es el pensado por Bonfante.

## 1.2. La sucesión testamentaria: formas arcaicas de testamento.

Hemos visto cómo el más antiguo régimen de sucesión *ab intestato* se nos presenta como poco favorable a la dispersión del patrimonio familiar. Todo el engranaje jurídico sobre el que se ha venido reflexionando se edifica, pues, sobre una concepción igualitaria de los hijos sometidos a la *patria potestas* en concurrencia con la mujer bajo la *manus* marital: todos ellos tienen pleno dominio sobre la *res familiaris* a ellos traspasada tras la muerte del *paterfamilias*. El ejercicio de la acción divisoria, creada a efectos precisamente de posibilitar la ruptura del *consortium*, no es más que una eventualidad posible respecto de un hecho seguro –la creación *ipso iure* del propio consorcio– de la que se hacen eco las XII Tablas aun cuando tal división, como hemos tenido ocasión de señalar, no debiese ser en exceso frecuente en tiempos arcaicos.

Estudiado ya el marco de la *successio ab intestato*, es momento entonces de adentrarse en el no menos complejo mundo de la sucesión testamentaria con el objeto de reflexionar sobre hasta qué punto alcanzaba la libertad de disposición del *paterfamilias* testador respecto del patrimonio familiar a transmitir por medio de las más antiguas formas conocidas de testamento, y sobre todo, mediante el recurso, a través de ellos, de

---

<sup>213</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 108.

los *legata*. Nuestro punto de partida lo constituyen ineludiblemente las XII Tablas, la más antigua fuente existente sobre la sucesión hereditaria en derecho romano, como es sabido:

Tab. V,4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*<sup>214</sup>.

De esta norma decenviral, que atribuye la herencia al *agnatus proximus* a falta de *sui heredes* en la sucesión intestada, podemos extraer dos conclusiones fundamentales:

1. Si bien el recurso a las formas arcaicas de *testamentum* no debía ser el método más frecuente para articular la *successio* –sobre ello reflexionaremos más adelante–, del texto reproducido sí se desprende que la delación testamentaria, que como hemos estudiado, ha de hacer su aparición histórica tras la intestada, debía ser ya la preferente en época decenviral<sup>215</sup>.

2. El lenguaje de las Tablas designa *familia* al objeto de la sucesión hereditaria, tanto testada como intestada, como se desprende de *Ep. Ulp.* 26,1. Es lo que posteriormente se dará en llamar *hereditas*.

#### 1.2.1. Testamento comicial. Perpetuación de los *sacra familiaria*.

Del primer testamento conocido en Roma sabemos, pues, que buscaba era la transmisión de la *familia* al heredero y que su delación no nació como la preferente. Al margen de esta escasísima información de la ley decenviral, definitivamente insuficiente para hacernos una idea certera del funcionamiento de la sucesión testada en época de las XII Tablas, encontramos datos más precisos nuevamente en la *Instituta* gayana:

---

<sup>214</sup> *Ep. Ulp.* 26,1.

<sup>215</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 210 s. Prueba de que el régimen de la *successio ab intestato*, esto es, el régimen del *consortium* doméstico, era el sistema general de articulación de la sucesión hereditaria es el hecho de que las XII Tablas lo regulen de manera amplia, en marcado contraste con el exiguo tratamiento que los decenviros hicieron del *testamentum*. Este último, en sus variantes arcaicas, más que constituir un instrumento estandarizado de ordenación de la *successio*, obedecía, como veremos, a la necesidad de responder a eventualidades bien concretas que distaban de darse en la generalidad de los casos.

Gai. 2,101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Gayo refiere que inicialmente existía un testamento para tiempo de paz llevado a cabo ante la asamblea por curias, reunida dos veces al año a tal efecto (*testamentum calatis comitiis*) y otro para tiempo de guerra, del que nos ocuparemos más adelante (*testamentum in procinctu*). La primera modalidad se reviste claramente de un marcado carácter público: los comicios curiados eran llamados *comitia calata* cuando se reunían bajo la presidencia del *rex* en época monárquica y del *pontifex maximus* bajo la República, y de ahí la denominación de esta vieja forma de testamento como *calatis comitiis*. Aul. Gell. 15,27,3 nos informa de que los comicios por curias se reunían para la elaboración de testamentos tan sólo dos días al año, el 24 de marzo y el 24 de mayo, señalados en el calendario con las siglas *Q. R. C. F.* (*quando rex comitiavit fas*)<sup>216</sup>. El hecho de que tan sólo se prestase esta modalidad de testamento durante dos días al año implica necesariamente considerar al *testamentum calatis comitiis* como un acto extraordinario, infrecuente, que buscaba en cierto sentido alterar el orden natural de la *successio*<sup>217</sup>, que

---

<sup>216</sup> J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 139 n. 122. El autor cita bibliografía al respecto. También R. v. MAYR, *Historia del Derecho romano* 1. Trad.: Wenceslao Roces (Barcelona 1930) 238; P. JÖRS – W. KUNKEL, *Derecho privado romano*. Trad.: Leonardo Prieto Castro (Madrid 1937) 449; A. MAGDELAIN, «Quando rex comitiavit fas», en *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain* (Roma 1990) 271 ss.; S. CASTÁN, *op. cit.* 229; A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 79 s. Cfr B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 37. Biondi apunta que, a juicio de Mommsen, los días marcados en el calendario como *quando rex comitiavit fas* serían el 15 de marzo y el 15 de mayo. Voci, por su parte, se limita a señalar que la fecha de reunión de los comicios para el otorgamiento de este testamento primitivo nos es desconocida. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 16.

<sup>217</sup> Cfr. A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. 86 s. Para el autor, el hecho de que el testamento comicial tan solo pudiese realizarse dos veces al año, y ante nada menos que las curias reunidas en asamblea, vendría a evidenciar que su contenido habría consistido no en la designación de herederos cuando el testador careciese de *sui*, sino en la emisión, por parte de aquél, de una declaración de voluntad sobre el futuro de sus propios bienes, posibilidad esta que choca con el pensamiento doctrinal mayoritario, tendente a considerar como muy limitadas las esferas de libertad de las que dispone el *paterfamilias* en materia de *successio* arcaica. Barrio Gallardo señala, por su parte, que este carácter extraordinario del *testamentum calatis comitiis* suscitaría sin duda expectación entre los *cives*, ya que, entre otras razones, al

es el demarcado por la delación intestada, de carácter evidentemente preferente. Algo que sólo puede realizarse dos veces al año es, por fuerza, algo especial, algo que altera por corto espacio de tiempo el régimen de normalidad imperante en lo demás<sup>218</sup>. Una vez asumido el carácter extraordinario de este acto es preciso hacerse dos preguntas elementales de no fácil solución: a saber, *quién* estaba facultado para testar de este modo ante el *populus* reunido en la asamblea por curias y *para qué*.

En relación con la primera de estas cuestiones, resulta evidente que el testador es un *paterfamilias* que busca a través de esta rudimentaria forma de testamento la consecución de un heredero que sea varón y púber. Sin embargo, yerra Voci a mi juicio al pretender que esta modalidad de *testamentum* fuese privativa del patriciado. En efecto, el romanista calabrés, partiendo de la consabida teoría según la cual la sociedad romana habría estado siempre fuertemente estamentada en dos grupos sociales encontrados, los patricios y los plebeyos, identifica a los *comitia curiata* con una agrupación exclusiva de los primeros, de la que se verían naturalmente apartados los segundos. La pretendida ausencia de la *plebs* en esta primera asamblea ciudadana explicaría, en opinión de Voci, la extrema parquedad con la que el testamento pareció ser abordado en las XII Tablas: puesto que la plebe no está llamada a acudir a los comicios curiados, menos aún estaría facultada para testar ante ellos, de modo que los decenviros en absoluto habrían sentido la necesidad de plasmar en su legislación –dirigida, como ya hemos estudiado, a la consecución del objetivo de la aproximación de los derechos de ambos grupos– lo que debía ser un acto exclusivo del patriciado<sup>219</sup>. El principal punto de apoyo de quienes pretenden la ausencia de la *plebs* en esta primera asamblea cívica romana se encuentra en la afirmación, contenida en Aul. Gell. 15,27,5, de que cuando los *cives* votan según su *status* social, lo hacen en los comicios curiados. Ahora bien, la hipótesis de que Gelio se

---

margen de la elección de un heredero, existía la costumbre entre la aristocracia de dejar legados a favor de escritores famosos. A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 80. Sobre la presencia de legados en el testamento comicial hablaremos más adelante.

<sup>218</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 19.

<sup>219</sup> *Ibid.* 17.



refiera con ello a la posibilidad de que esta asamblea fuese exclusivamente patricia ya ha sido rechazada con buen fundamento, como pone de relieve Ribas Alba<sup>220</sup>.

Tengamos en cuenta ahora el hecho de que la tradición romana asigna a Rómulo la creación de los comicios por curias, aspecto este que es al menos indicativo de que para la mentalidad romana la antigüedad de esta asamblea se hundía en el pasado histórico más remoto de Roma. Es en estos comicios donde se elige al *rex* mediante el voto de las treinta curias, cuya existencia es previa a la de la propia Roma. Al pensamiento romano, por ende, no le repele –sino más bien todo lo contrario– la idea de la aparición de los *comitia curiata* con la *civitas* misma. Dicho de otro modo: la asamblea por curias pudo incluso existir aun cuando aún no había en Roma patricios ni plebeyos. En este hipotético escenario, ni pueden ser excluidos quienes no existen, ni tampoco es probable que una vez producida la separación de ambas clases una de ellas quedase repentinamente apartada del comicio. Naturalmente, está muy lejos de mi intención el retratar a esta Roma arcaica, tan ignota, como una Arcadia feliz siempre igualitaria y ensombrecida posteriormente. Tal empeño, además de descabellado por la poca abundante información que nos aportan las fuentes directas que nos hablan sobre la ciudad primitiva, choca ingenuamente contra la lógica y contra la Historia. No me mueve el empeño, por tanto, de retratar este oscuro período histórico como idílico, pero la innegable antigüedad de los *comitia curiata* unida a la idea del nacimiento de la plebe que hemos venido defendiendo nos obliga a rechazar la hipótesis de Voci de la privación del derecho a testar a la plebe, al defender que *todos los cives* integrarían las curias desde su creación misma, fuese o no por Rómulo. No nos quedan, pues, argumentos válidos para negar la posibilidad de que el *civis* plebeyo pudiese acceder a esta primera modalidad de testamento<sup>221</sup>. Castán, aun siguiendo el pensamiento de Voci, es lúcidamente consciente de llegar a un callejón sin

---

<sup>220</sup> J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 146 ss. El autor realiza, además, una acertada defensa de la integración originaria de la plebe en la asamblea por curias, con bibliografía adjunta sobre los dos posicionamientos encontrados.

<sup>221</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 231 n. 59. En su ya varias veces citado artículo, Castán aporta referencias bibliográficas de aquéllas obras en las que se ha defendido, con acierto en mi opinión, la idea de una asamblea por curias abierta a la plebe. La reproduzco a continuación: T. J. CORNELL, *Los orígenes de Roma c. 1000-264 a. C. Italia y Roma de la Edad del Bronce a las guerras púnicas*. Trad.: Teófilo de Lozoya (Barcelona 1999) 145 s.; A. DUPLÁ, *La República romana arcaica (509-264 a.C.)* (Madrid 2003) 64.

salida: aceptando como premisa que la plebe estuvo inicialmente apartada de los comicios por curias y por ende del testamento comicial, no se comprende que la ley decenviral (Tab. V,4) no distinguiese, a efectos del orden de llamamientos sucesorios, entre estamentos sociales. ¿Cómo armonizar a un mismo tiempo este precepto de las XII Tablas con la interpretación que hacen del texto de Gelio quienes en él se escudan para negar el acceso de la plebe a esta primera asamblea cívica? El que la regla *si intestato moritur* no se refiriese de forma expresa y exclusiva a los patricios sólo puede significar, obviamente, que era aplicable a todos los ciudadanos<sup>222</sup>. La única solución a la que pueden llegar los partidarios de la distinción *ab origine* entre patricios y plebeyos es entonces la de defender que, misteriosamente, la prohibición de acceso de la *plebs* a los *comitia curiata* «descrita» por Gelio debió desaparecer con la propia ley decenviral o en algún momento anterior. Que esa apertura del comicio a la plebe pudiera haberse debido a exigencias militares, como se apunta, no es más que especulación: fuese o no por esas razones, el posible acceso del estamento plebeyo –la población mayoritaria de Roma, no lo olvidemos– a una asamblea ciudadana exclusiva del patriciado vendría a ser una conquista tan enormemente destacable que no se entendería el silencio de las fuentes a ese respecto.

Es hora de responder a la segunda -y en mi opinión más intrincada- interrogante que nos hacíamos al iniciar nuestra exposición sobre esta primera modalidad de testamento en Roma. Conocido el *quién* puede otorgarlo, resta saber el *para qué*. La cuestión dista enormemente de ser baladí, puesto que el objeto de la *successio*, esto es, la transmisión del patrimonio doméstico –o mejor, de la *familia*, como enseguida veremos– a los *agnati* venía ya impuesto por los *mores maiorum*. ¿Con qué fin realizar entonces la *heredis institutio* de un *heres suus* cuando este recibiría lo mismo *ab intestato*<sup>223</sup>? La figura del *paterfamilias*-administrador, la aceptada ficción de que la *successio* supone una *continuatio domini* de los *sui heredes* respecto del patrimonio a transmitir y la

---

<sup>222</sup> M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale 1: Le forme classiche di testamento* (Firenze 1966) 30 ss. S. CASTÁN, *op. cit.* 230 ss. En cualquier caso, aun discrepando del planteamiento que mantiene alejado al grupo plebeyo de los comicios por curias en *cualquier* momento de la historia romana, la exposición de Castán suena más coherente que la de Mommsen, que afirma que la plebe integró siempre la asamblea por curias pero que, en cambio, no tuvo acceso al testamento comicial. Cfr. T. MOMMSEN, *Le Droit public romain, cit.* 87 ss.

<sup>223</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 33 ss.; U. COLI, *Il testamento, cit.* 65.

constitución *ipso iure* del *consortium* en la sucesión intestada son enemigas, como hemos señalado, de la transmisión hereditaria de la primogenitura y hasta de la misma facultad para disponer *mortis causa* de la integridad del patrimonio. La *successio* arcaica, cuyo esquema venimos trazando en estas líneas, es incompatible con el poder de testar entendido en su sentido moderno, en suma. El *testamentum calatis comitiis* no cumple, en consecuencia, ninguna función para quien tiene hijos naturales o arrogados. Ellos son herederos necesarios por su propia naturaleza y ni precisan de *heredis institutio* alguna, ni de realizar la aceptación de la herencia que se les defiere, ni están tampoco facultados para repudiarla, todo ello para asegurar la continuidad de la familia<sup>224</sup>. Nos encontramos, pues, ante un testamento perteneciente a una época en la que la libertad de testar no se ha desarrollado aún. ¿Para qué, entonces?

Para designar a un heredero, en opinión de Biondi. La presencia de las treinta curias, señala, resultaría desproporcionada para cualquier otra cosa, como la realización de adopciones, de pactos sucesorios o de legados, y vendría a constituir una suerte de elemento de control, una barrera ética que disuadiría al *paterfamilias* testador de realizar la *heredis institutio* en favor de un *extraneus* teniendo bajo su *potestas* a hijos varones y púberes<sup>225</sup>. El punto de partida, que el objeto del testamento comicial fue la dotación de un *heres* al testador es, en mi opinión, el correcto, mas quizá no lo sea tanto el de arriba, pues la hipótesis de Biondi se cimenta sobre la premisa de que existe en tiempos predecenvirales una libertad de testar que sólo podría ser reconocida como amplia de precisarse, como instrumento limitador, de la presencia, intimidatoria en cierto sentido, del *populus* reunido en las curias. Sabemos que tal libertad no existió, de manera que el papel de los ciudadanos presentes en el acto público debía ser otro bien distinto del de coartarla.

---

<sup>224</sup> B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 68; P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 19 s. y 37; E. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978) 550; S. CASTÁN, *op. cit.* 235. La imposibilidad de que en época clásica pueda realizarse la desheredación en el culto a los sacra, el *ius sepulchri* y el patronato ha de provenir forzosamente, en opinión de Voci, de este régimen arcaico caracterizado por la incapacidad del *paterfamilias* de alterar los derechos sucesorios de sus sometidos a potestad.

<sup>225</sup> B. BIONDI, *Sucesión testamentaria*, cit. 38 s.

Decimos que es correcto pensar que el objeto del *testamentum calatis comitiis* debía ser la designación de un heredero, pero no en el sentido apuntado por Biondi, sino en el defendido mayoritariamente por la doctrina: es en ausencia de parientes agnados que puedan percibir la herencia y continuar en el futuro el culto a la religión doméstica que se da la posibilidad de realizar este testamento, que mantiene, en consecuencia, una relación muy estrecha con la *adrogatio*. ¿Cuáles son esos *sui* cuya ausencia justifica la aparición de este testamento público? Voci<sup>226</sup> señala que, mientras que los hijos bajo la *patria potestas* –sin distinción de sexos– y la mujer casada *cum manu* integran, como es sabido, el grupo de de los *sui heredes*, sólo a los hijos varones se les viene a considerar realmente continuadores de la familia, pues de un lado, en época arcaica el matrimonio *sine manu* no sería un fenómeno en absoluto frecuente, con la consecuencia de que las hijas, al pasar a la *manus* de sus esposos abandonaban la familia para integrarse en la de aquéllos, y del otro, Roma no conoció una institución equivalente al epiclerato ateniense, que permitía al padre carente de hijos dar a su hija en matrimonio estableciendo el pacto de que el primer hijo varón que engendrarse de su esposo integrase su familia a efectos legales. Aquel *paterfamilias* que tan sólo haya engendrado hijas precisará, por tanto, de realizar la arrogación para incorporar a un varón a la familia, sin que ello suponga la instauración de un sistema de primogenitura, sino más bien de uno que asegure la perpetuación del propio grupo<sup>227</sup>. Otro tanto sucede, lógicamente, cuando todos los *agnati*

---

<sup>226</sup> P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 21.

<sup>227</sup> Negada ya la posibilidad de que el derecho a realizar el *testamentum calatis comitiis* fuese exclusivo de la clase patricia, como hemos visto, tampoco puede aceptarse la idea de que este naciese como mecanismo para la perpetuación de su casta y de su monopolio político. Que la perpetuación de la familia que garantizaban la *adrogatio* y el testamento comicial fue utilizada por el patriciado, una vez aparecida la distinción de clases que le separaba de la *plebs* otorgándole el rango de aristocracia ciudadana es un hecho evidente, pero producido obviamente en un tiempo muy posterior al de la aparición histórica de la asamblea por curias y quizá del testamento que ante ella se efectuaba en época arcaica. Dicho de otro modo, el primer *testamentum* conocido en Roma debió usarse, sin duda, para preservar a lo largo del tiempo la *dignitas* e identidad patricia, pero es discutible que naciese con tal función. Como ya he afirmado, es cuestionable sostener que en la época pretérita en la que debió nacer este testamento hubiese una idea bien formada de patriciado y plebe como elementos separados y encontrados, de modo que los pertenecientes al primer grupo sintiesen la necesidad de «protegerse» de los segundos porque, sencillamente, ni unos ni otros existirían. A esa situación, a esa nueva utilidad del *testamentum calatis comitiis*, se debió llegar ya en época republicana. P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 19; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem* 1. *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*

son impúberes: puesto que, como veremos enseguida, la incorporación del arrogado *mortis causa* a la familia no se produce hasta la muerte del testador sin *heredes sui*, nada obsta a que pueda realizar el testamento comicial para garantizar la continuidad del *nomen familiaris* en caso de que sus hijos mueran antes de alcanzada la pubertad<sup>228</sup>.

La idea de que el testamento comicial busca la consecución de un heredero a falta de *sui*, generalmente aceptada, vincula entonces de forma inescindible al *testamentum calatis comitiis* con el ámbito de los *sacra*<sup>229</sup> y del fenómeno adoptivo, aspectos estos que pueden interpretarse en cierto sentido como de interés público para la antigua *civitas* y que también justifican, en efecto, la presencia general del *populus*, que participa del acto reunido en asamblea. El vínculo que le une, precisamente, a la arrogación es tan estrecho que puede resultar incluso difícilmente separable. Expongamos esto con más detalle: resulta evidente que la función de esta primera modalidad de testamento romano es, ya desde antes de la separación de los ciudadanos en patricios y plebeyos, la de garantizar la pervivencia de la familia, objeto este coincidente con el de la *adrogatio*. Esta última se efectúa, tal y como narra Aul. Gell. 5,19,6, ante las curias reunidas bajo la presidencia del pontífice máximo, procediéndose al acto siempre que el arrogante carezca de hijos bajo potestad<sup>230</sup>, se haga evidente que no vaya a tenerlos en el futuro y no se recurra a la

---

(Milano 1990) 53; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 284; S. CASTÁN, *op. cit.* 236.

<sup>228</sup> El acto público ante las curias vendría a constituir de ese modo una suerte de sustitución pupilar primitiva. Cfr. S. CASTÁN, *op. cit.* 241.

<sup>229</sup> Fuenteseca recalca el carácter quizá religioso del testamento comicial, dado que implica la transmisión no solo de la *familia*, sino de los *sacra familiaria*, lo cual implica necesariamente la realización de la *detestatio sacrorum* (D. 50,16,40 pr. [Ulp. 56 *ad ed.*]; D. 50,16,238,1 [Gai. 6 *ad l. XII Tab.*]; D. 50,16,39,2 [Paul. 53 *ad ed.*]) en la asamblea por curias, con la que se obtenía «una autorización pública para la transmisión de los *sacra* familiares, y por tanto, de la *pecunia* y el *nomen*, a otra persona, a la que el *paterfamilias* rogaba que se presentase junto a él (*adrogatio*) públicamente como la persona que recibiría los *sacra* a su muerte. También el que tenía *heres suus* podía hacer la *testatio* o declaración pública de que este recibiría a su muerte los *sacra* familiares». Cfr. M. FUENTESECA, *op. cit.* 112 n.3.

<sup>230</sup> Castán advierte que no era aceptable socialmente la arrogación de un *extraneus* habiendo hijos bajo la potestad del *paterfamilias* arrogante, lo cual se desprende, en efecto de Aul. Gell. 13,34. S. CASTÁN, *op. cit.* 240 s. Ni siquiera Bondi, por tanto, consigue distanciar en exceso la figura del testamento comicial de la de la *adrogatio* pese a pretender que el primero buscaba la institución directa de un *heres* y no una adopción, pues él mismo no evita poner de manifiesto el paralelismo de las formalidades de las que nacen

adopción como tapadera de fraudes económicos. Cic. *dom.* 13,34 arremete contra la arrogación de Publio Clodio por considerar que el *paterfamilias* arrogante era aún joven y capaz, por tanto, de engendrar hijos naturales. Quizá deba tomarse con reservas la veracidad de la afirmación ciceroniana en la medida en la que es esa *adrogatio* la que permite a Clodio despojarse de su condición patricia para acceder a la posición de tribuno de la plebe con consecuencias, como se sabe, nefastas para el autor del texto. Poco importa, de todas formas, que Cicerón sea una fuente de dudosa imparcialidad al escribir de sus enemigos: a nosotros nos basta con el hecho de que ratifica lo que ya hemos leído en Gelio, a saber, que la arrogación procede cuando se hace previsible una muerte sin descendencia. Arrogación y testamento, testamento y arrogación, se relacionan con la muerte y coinciden en su modo de realización. Si en la *adrogatio* encontramos a un *sui iuris* que pasa a convertirse en *filiusfamilias* del arrogante, en el *testamentum calatis comitiis* asistiríamos a un fenómeno similar: testaría quien careciese de hijos bajo potestad, sin que fuese ya previsible que pudiese tenerlos en el futuro, y el efecto sería, naturalmente, la conversión del arrogado testamentario en receptor del patrimonio familiar<sup>231</sup>.

Ahora bien, ¿cómo realizar entonces la separación de dos figuras, *adrogatio* y *testamentum calatis comitiis* que, en buena lógica, se nos presentan similares? Voci apunta que el segundo debe ser una suerte de evolución de la primera<sup>232</sup>, ¿pero en qué consiste el elemento distintivo entre ambas instituciones que marca tal progreso? Pareciera que nos encontráramos aquí ante un callejón sin salida, un terreno resbaladizo en el que solo podamos avanzar mediante la formulación de hipótesis, y en el que la falta de certidumbre es tal que ninguna de ellas se antoja libre de posibles refutaciones. Si ya existe la *adrogatio*, en efecto, y el testamento cumple precisamente la función de facilitar un heredero al causante cuando no dispone de él, ¿para qué acudir a realizarlo cuando la

---

ambas instituciones al asignar al *populus* reunido el ya referido papel de control moral encauzado a evitar la marginación de los *agnati* en provecho del *heres extraneus*. Cfr. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria*, cit. 38 s.; P. ARCÉS, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre mortis causa*, en *RDDR* 11 [online] (2011) 8. En relación con la arrogación, H. LINDSAY, *Adoption in the Roman world* (Cambridge 2009).

<sup>231</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 120 s.

<sup>232</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 20.

arrogación cumple idéntica función? Pretender que el testamento comicial no posibilite nada diferente de lo ya permitido en la *adrogatio* implica asumir que no sólo no es una evolución de aquella, sino que sería una institución reiterativa, inútil e incómoda de realizar. Una alternativa sería la de plantear la posibilidad de que el testamento primitivo constituyese una suerte de adopción caracterizada por darse ante la perspectiva de una muerte próxima, si no inminente, del arrogante. La explicación puede parecer lógica hasta cierto punto, pero son demasiados los puntos oscuros que impiden defenderla con decisión: la idea de que este testamento estuviese previsto en caso de una previsible pronta defunción no cuadra bien con el hecho de que sólo pudiese practicarse dos días al año. Además, y esto es más contundente aún, ya la propia *adrogatio* encuentra su propio fundamento precisamente en la perpetuación del *nomem familiaris* y del culto a los antepasados, por lo que aun en el caso de la inminencia de la muerte no se explica el porqué se crea una figura, el *testamentum* comicial, con idéntico objeto.

D. 1,7,1 pr.-1 (Modest. 2 *reg.*): [pr.] *Filios familias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.* [1] *Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species dividitur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.*

Modestino señala que, al margen de por la naturaleza, también por la adopción nacen los *filiifamilias* y que el término adopción es genérico al dividirse realmente en la *adoptio*, destinada, como es por todos sabido, a la incorporación de un *alieni iuris* a la familia (Gai. 1,98-107; IJ. 1,11; D. 1,7; *Ep. Ulp.* 8,1; C. 8,47) y la *adrogatio*, que recae sobre el ciudadano *sui iuris*. El *testamentum calatis comitiis*, por tanto, no parece, *a priori*, incorporar *per se* utilidad alguna que no reporte la propia arrogación, lo cual constituye un absurdo. Esto ha conducido, aun en nuestros días, a que parte de la doctrina haya sentido la necesidad de situar el papel desempeñado por el *populus* reunido en las curias como elemento diferenciador de ambas figuras. La idea, poco feliz en mi opinión, vendría a consistir en que la asamblea ciudadana asumiría un papel meramente testimonial respecto del testamento comicial, mientras que en el caso de la *adrogatio* asumiría un rol mucho más activo, pronunciándose mediante el voto. La posible justificación de esta teoría se encontraría aparentemente en Aul. Gell. 15,27,3, texto en el que Gelio refiere las tres formas de las que disponía el causante para ordenar la *successio* con carácter previo al *testamentum per aes et libram* –a saber, el *testamentum calatis comitiis*, el *testamentum in procinctu* y la *mancipatio familiae*– afirmando la celebración del

testamento comicial como operada *in populi contione*<sup>233</sup>. La referencia a la *contio* se ha interpretado, pues, en el sentido de que el papel de la asamblea no sería deliberativo, pero el obvio paralelismo existente entre las formalidades precisas para la arrogación y el *testamentum calatis comitiis* no permite asegurar tal idea con firmeza, precisamente porque en un sentido bien distinto del que se desprende de una interpretación literal del texto de Gelio, la *adrogatio*, que parece compartir idéntico procedimiento que el testamento comicial (presencia de las treinta curias y del *pontifex maximus* y designación de un ciudadano *sui iuris* que dé continuidad a la familia) se tramitaba siguiendo el mismo procedimiento de las *leges publicae*, es decir, mediante la petición a las curias de que emitieran su parecer mediante *suffragium* sobre el contenido de la *rogatio*. El paralelismo entre ambos actos y la certeza de que la arrogación se sometía al voto conllevan que no sea locura afirmar que tal cosa ocurriera en el caso del primer testamento<sup>234</sup>.

No parece, por tanto, que el texto de Gelio constituya una base lo suficientemente sólida como para ayudarnos a introducir elementos distintivos entre *adrogatio* y *testamentum calatis comitiis*. Voci<sup>235</sup> aporta una posible solución al problema que resulta sugerente: la diferencia entre las dos figuras consistiría, a su juicio, en que en el testamento comicial no se produciría la entrada automática del *extraneus* beneficiario en la familia, sino que tal incorporación quedaría latente hasta después de la muerte del testador. Así pues, si después de hecho el testamento público ante las curias se produjese

---

<sup>233</sup> U. COLI, *Il testamento*, cit. 42. Castán parece sumarse recientemente a esta teoría al manifestar como elemento diferenciador entre el testamento comicial y la *adrogatio* el hecho de que esta última requiera de la intervención de arrogante y arrogado y del voto del comicio. Este último no se produciría para él en el caso del *testamentum calatis comitiis*. S. CASTÁN, *op. cit.* 238 ss.

<sup>234</sup> Así lo entienden Voci, Biondi y más recientemente Ribas Alba. Voci asume que la expresión *in populi contione* podría ser simplemente un mal uso terminológico por parte de Gelio. Esa terminología impropia sería, además, irrelevante, pues el propio autor de las *Noches Áticas* refiere previamente como *comitia* a la reunión ciudadana. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 16 s.; B. BIONDI, *Sucesión testamentaria*, cit. 37; J. M. RIBAS ALBA, *Democracia*, cit. 128 s.

<sup>235</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 20. Ribas Alba, cuya sintonía con el pensamiento de Voci ya he manifestado, se suma a la teoría: «Así como en la *adrogatio* una persona *sui iuris* pasaba a convertirse en *filius* del arrogante, en el *testamentum calatis comitiis* un sujeto *sui iuris* asume también el estado de *filius*, pero con eficacia *post mortem* del testador». J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 121.



la llegada de un hijo no se daría la concurrencia de dos coherederos, pues la presencia del hijo invalidaría el testamento y reduciría a la nada la posición del *extraneus* de cara a la familia y a la sucesión hereditaria. El *testamentum calatis comitiis* vendría a ser, de este modo, una *adrogatio mortis causa* sometida a condición resolutoria. No puede negarse ni que la hipótesis de Voci permite diferenciar con claridad la utilidad del testamento arcaico respecto de la de la mera arrogación ni tampoco que tiene un alto contenido especulativo, lo cual no ha sido óbice para que haya tenido seguimiento en la doctrina. Torrent, en efecto, ha apuntado que la *adrogatio* constituye una una forma de sucesión *inter vivos* que conlleva *per se* el hecho de que no se requiera de la realización futura del testamento comicial, pues el arrogado pasa a ser heredero necesario del arrogante al quedar bajo su *potestas*. El *testamentum calatis comitiis* haría, pues, la función de *adrogatio mortis causa*, ya que en él el beneficiario no adquiere realmente la condición de *heres* sino hasta la muerte del arrogante<sup>236</sup>.

Restan por señalar dos últimas cosas relacionadas con el testamento comicial y la arrogación: la no descartable influencia del derecho griego en este ámbito, que Coli defiende con prudencia<sup>237</sup>, y la cuestión, ya varias veces referida y aún no desarrollada, de la importancia que en él adquiere el culto a los *sacra*. Con relación al primero de los asuntos, Coli apunta el hecho de que en Atenas fue la legislación de Solón –modelo, según la leyenda de todos sabida y estudiada en el capítulo anterior, de la ley decenviral– la que introdujo la figura del testamento como forma simplicada de adopción cuando se careciese de hijos (Plut. *Sol.* 21), refiriendo igualmente que el rechazo sistemático de la romanística del siglo XX a aceptar influencias foráneas en el *ius civile* se explica como reacción contraria a la excesiva ligereza con la que se practicaba la analogía entre derecho

---

<sup>236</sup> A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano* (Madrid 2008) 624; *La adrogatio en el sistema de las sucesiones inter vivos*, en *RIDA* 14 (Bruxelles 1967) 447 ss. S. CASTÁN, *op. cit.* 233. Distinguir la función del primer testamento conocido del de la mera *adrogatio* parece, pues, constituir una tarea hoy por hoy imposible si no se acude a hipótesis y especulaciones. En el caso de la tesis apuntada por Voci, esta consigue ciertamente componer un cuadro que se nos presenta como comprensible y coherente, si bien hay que reconocer como cierto que no encuentra respaldo, ni tampoco una oposición sólida, en las fuentes históricas.

<sup>237</sup> U. COLI, *Il testamento*, *cit.* 59 ss. Cfr. A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, *cit.* 77 ss., donde encontramos, en concordancia con la doctrina unánime en nuestros días –a la que sólo puedo sumar mi opinión– una elocuente defensa del *testamentum* como acto jurídico genuinamente romano.

griego y romano en el siglo XVIII. Sea como fuere, es atrevido sin duda hablar de influencia griega en el ámbito que estudiamos, y desde luego no por causa de prejuicios contrarios a cualquier argumento que cuestione la genuinidad del sistema sucesorio romano: como se sabe, a Solón se le elige arconte el 594 a.C., sin duda mucho después de la aparición de los comicios por curias, que acogerían la celebración del *testamentum calatis comitiis* desde un momento histórico que, si bien no puede precisarse con certeza, muy fácilmente pudo ser anterior. El propio Coli es cauto a la hora de trazar estos débiles paralelismos: el testamento ateniense aparecido con Solón, apunta, arrojaba como consecuencia una realidad bien distinta de la que podemos suponer como propia de nuestro testamento comicial: mientras que en este último se busca encontrar a un heredero que probablemente se mantiene como *extraneus* hasta la muerte del testador, en el griego la finalidad es, sencillamente, la de incorporar un hijo a la familia. Esto en nada se parece al planteamiento que hemos venido exponiendo, pues la mentalidad jurídica romana separa la figura del *filius* de la del *heres*, como evidencia la figura de la *exhereditio*.

El segundo aspecto que nos queda por referir, decíamos, era el concerniente a la importancia que adquiere la esfera de lo sacro en la sucesión hereditaria en general y en el testamento comicial en particular<sup>238</sup>. Que este acto público bianual era de naturaleza religiosa no puede cuestionarse, pues tal cosa se hace evidente ante la presidencia del pontífice máximo tanto para la elaboración del *testamentum* como para el ejercicio de la *detestatio sacrorum*<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> En este culto a los *sacra familiaria* se distinguen –en esto sigo la exposición que de ello hace Voci– dos categorías de divinidades. De un lado, los dioses domésticos, esto es, los lares (protectores de la casa), los penates (protectores de las despensas y provisiones), el fuego sagrado y el *genius* del *paterfamilias*. Del otro, los espíritus de los antepasados (manes), que en la mentalidad romana representan la moralidad tradicional –en cierto modo vendrían a conformar una encarnación «física» de los *mores maiorum*– y que pueden ser protectores de la familia frente a otros elementos enemigos de ella (larvas y lemures), siempre que se viva en el respeto a esos *mores* y no se les ofenda privándoles de su culto. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 41.

<sup>239</sup> B. BIONDI, *Sucesión testamentaria*, cit. 37; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 16. El arrogado, llamado a ingresar en la familia del *paterfamilias* arrogante y a rendir culto, por tanto, a los *sacra* de aquél, debía realizar la *detestatio sacrorum* de su propio culto doméstico ante las curias. S. CASTÁN, *op. cit.* 237 s.

El *testamentum calatis comitiis* y la *adrogatio* garantizan, en efecto, la continuidad del culto familiar cuando se carece de herederos, religión esta de cuya perpetuación en el tiempo se hace responsable quien recibe la *hereditas* y que se manifiesta exteriormente en el oficio de ritos fúnebres a cumplir con solemnidad. En estos ritos tampoco parece completamente descartable una influencia griega, a juicio de Barrio Gallardo: «Dentro de la cultura greco-romana, al igual que en otros pueblos coetáneos, el tránsito de la vida a la muerte, el viaje sobrenatural “al otro mundo” hubo de estar teñido de un misticismo acusado y un halo religioso especial, y los funerales cargados del simbolismo propio de cualquier ceremonia religiosa. Pero, en el caso heleno originariamente y después en el latino, influido probablemente por el primero, esta influencia se hallaba muy pronunciada, ofreciendo para muchos autores una importancia decisiva el elemento del culto a los antepasados (*sacra*) en el fenómeno sucesorio *mortis causa*<sup>240</sup>». Para la mentalidad romana, morir sin heredero no sólo supone, por tanto, la nefasta pérdida irreparable del *nomen*, sino también la del culto fúnebre que, celebrado a perpetuidad, garantiza el descanso eterno<sup>241</sup>.

En este punto, Biondi manifiesta que es errónea confusión afirmar que los *sacra privata* forman parte del contenido que se transmite con la herencia, en la medida en la que pertenecen al ámbito del *ius pontificium* y no del *ius civile* como aquélla, y que la sanción impuesta a quienes faltan al *officium pietatis* es siempre de carácter sacro<sup>242</sup>. En

---

<sup>240</sup> A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 42.

<sup>241</sup> Voci aporta información sobre este culto doméstico de los *sacra familiaria*. Cada familia debía celebrar con ofrendas y sacrificios el aniversario de sus difuntos, y había días señalados a tal efecto por toda la comunidad, como las parentalias y las lemurias. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 41 n. 107. También A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 43 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada, cit.* 104 ss.

<sup>242</sup> De hecho, el autor señala con acierto que la *hereditas* y el mantenimiento de la religión doméstica constituyen elementos perfectamente independientes, y por ende, separables, desde el desarrollo de la institución de la *exhereditio*. El desheredado, en efecto, se ve privado de la herencia pero mantiene el culto a los *sacra*, mientras que el *extraneus* designado *heres* en el *testamentum per aes et libram* recibe la *hereditas sine sacris*. B. BIONDI, *Diritto ereditario, cit.* 67 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada, cit.* 120 ss. Resulta indudable, pues, que en época antigua, el culto privado era uno de los pilares del derecho sucesorio y de la propia organización familiar romana, si bien su decadencia comienza tras las guerras púnicas y era ya tan solo un recuerdo en tiempos de Gayo (Gai. 2,55: *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates*

este sentido, tal agravio a los difuntos y la posible ira divina que puede conllevar como respuesta –la paz de los muertos depende, como decimos, del respeto de los vivos, pues, como ellos, también integran la familia, de la que no han de ser marginados– no se entendía como responsabilidad privada del ofensor para con sus ascendientes fallecidos, sino como colectiva del *populus*<sup>243</sup>. Nos encontramos, por tanto, ante la existencia de un culto privado, de carácter esencialmente doméstico, cuyo quebrantamiento precisa, empero, de una enmienda tal como si hubiese sido obra de la totalidad del conjunto ciudadano<sup>244</sup>. Quizá sea en el ámbito del *ius sepulchri* donde más claramente se observe, en cualquier caso, la aguda separación de Biondi entre *hereditas* y *sacra familiaria*. El derecho al *sepulchrum* familiar nace restringido, naturalmente, a los miembros de la familia o de la *gens* del fundador<sup>245</sup>, pues horroriza a la antigua mentalidad romana la idea de ser sepultado junto a un *extraneus*<sup>246</sup>. Esta última situación de *inmixtio* no se plantea, naturalmente, con carácter previo a la posibilidad de realizar la *heredis institutio* a favor de personas ajenas a la familia que, a diferencia de lo que ocurre con el arrogado del *testamentum calatis comitiis*, una vez recibida la herencia no se integran en ella, esto es,

---

*adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur*). A partir de Constantino, y muy especialmente de Teodosio, hay hostilidad hacia el culto privado pagano, hasta el punto de su supresión definitiva por medio de una constitución del 392 de Teodosio, Arcadio y Honorio (CTh. 16,10,12 pr.). La política religiosa de Teodosio, que hará del cristianismo una religión oficial a través de su edicto *Cunctos populos*, explica las escasas menciones de las fuentes a propósito del culto privado. Cfr. G. FRANCIOSI, «*Lex Falcidia*», «*Sc. Pegasianum*», cit. 403 s.

<sup>243</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 42 ss.

<sup>244</sup> Sobre la *pietas* como deber cívico, véanse dos publicaciones recientes: J. M. RIBAS ALBA, *Persona: Desde el derecho romano a la teología cristiana*, 2ª ed. (Granada 2012) 193 ss.; A. LÓPEZ GÜETO, *La pietas Augusti y el poder jurisdiccional del príncipe*, en B. PERIÑÁN GÓMEZ – M. GUERRERO LEBRÓN (eds.), *Persona, derecho y poder en perspectiva histórica* (Granada 2014) 69 ss.

<sup>245</sup> De la familia agnaticia, se entiende. Esto explica, además, para el autor, la irrelevancia de la desheredación en lo que nos ocupa (D. 37,10,11 [Pap. 13 *quaest.*]). J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 125.

<sup>246</sup> Biondi señala la existencia de inscripciones sepulcrales en las que se lee *hoc monumentum heredem ne sequetur* y lo escrito en Cic. *de leg.* 2,22,55. Para esto y lo que venimos exponiendo acerca del *ius sepulchri* véase B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 69 ss.

de la facultad otorgada al testador en el *testamentum per aes et libran* de instituir herederos voluntarios. Mientras el *heres* y el *suus* coinciden, o lo que es lo mismo, mientras el testamento es una figura que puede catalogarse como incluso secundaria y limitada a la asignación de un heredero a quien carece de hijos *in potestate*, el *ius sepulchri* se transfiere con la *hereditas*. Esta es obviamente una institución familiar que se sustenta nuevamente en la solidaridad de los vivos para con los muertos<sup>247</sup> y que en absoluto parece plantear problemas hasta que se admite la posibilidad de instituir como heredero a un *extraneus*. ¿Dispone acaso este, siendo persona por completo independiente a la familia *proprio iure* del testador, del derecho a ser sepultado en los *sepulchra familiaria* de aquél por el hecho de haber realizado la adición? La respuesta es naturalmente negativa: esta imposibilidad del *heres extraneus* de ser enterrado en el sepulcro familiar del testador que desea favorecerle instituyéndolo será la que dé pie a la aparición histórica –desde luego en fecha más reciente que la de tal sepulcro– del *sepulchrum* hereditario, al que sí tiene derecho, junto con los propios *sui*<sup>248</sup>. Así lo expresa Gayo con claridad en el siguiente fragmento, en el que refiere que son sepulcros familiares los que el difunto se dedica a sí mismo y a su familia, y hereditarios los destinados tanto a él como a sus herederos. La consideración aquí de la familia y de los herederos voluntarios como elementos antitéticos a efectos de los *sacra familiaria* y del derecho al sepulcro familiar es evidente:

D. 11,7,5 (Gai. 19 *ad ed. prov.*): *Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.*

Cuanto concierne al ámbito de los *sacra* y del *ius sepulchri* es, en suma, separable de la herencia misma, por mucho que a menudo se den conjuntamente<sup>249</sup>. De este modo,

---

<sup>247</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 42.

<sup>248</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 125. El autor señala que sepulcro familiar y sepulcro hereditario coexisten, naturalmente, en época clásica, pudiendo el *paterfamilias* elegir libremente entre erigir uno u otro.

<sup>249</sup> Biondi, citando a Gai. 3,58, señala también el derecho al patronato del *suus* como elemento separable de la *hereditas*, apuntando que no se adquiere como derivado del *paterfamilias* difunto. B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 72.; E. ALBERTARIO, *Sul diritto dell'erede estraneo alle opere dei liberti*, en *Studi di Diritto romano* 4 (Milano 1946) 1 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano* 2 (Firenze 1908) 444 ss.

la familia arcaica no constituye tan sólo una unidad de fuerza política desde tiempos anteriores al propio Estado, sino que se erige también como una comunidad religiosa integrada por vivos y muertos que, presidida por el *paterfamilias*, que desempeña el papel de *pontifex maximus* doméstico, se autoconfiere de un culto propio a los antepasados paternos que garantiza la propia idea de inmortalidad. El culto a estos *sacra familiaria*, separado y compatible a un tiempo con el de la religión grecorromana, manifiesta, pues, tanto en sus formas cotidianas como en sus fiestas específicas, que el *officium pietatis*, la solidaridad entre los componentes de la familia ya estén vivos o muertos, constituye uno de los indiscutibles elementos vertebradores de la visión romana arcaica y clásica de la familia y la *successio*<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 104 ss. El autor señala cómo este culto familiar se perpetúa, en efecto, durante todo el derecho clásico y llega a revelarse posteriormente como influyente en el cristianismo. La bibliografía sobre la relación entre derecho y religión es lógicamente abundante: G. SERULLAZ, *Essai sur la religion romaine et sur les rapports de l'état romain avec quelques religions étrangères* (Lyon 1889); O. KARLOWA, *Die römische Religion* (Berlin 1890); N. TURCHI, *La religione di Roma antica* (Bologna 1939); G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, Unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage 1912 (München 1971); H. M. R. LEOPOLD, *La religione dei romani* (Bari 1936); N. TURCHI, *La religione di Roma antica* (Bologna 1939); G. DONATUTI, Actio funeraria, en *SDHI* 8 (Roma 1942) 48 ss.; G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della «hereditas» alla luce del regime dei «sacra»* (Cic. De legibus, 2,19-20, 47-49), en *SDHI* 21 (Roma 1955) 223 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte* (München 1960) 89 ss.; F. DE VISSCHER, *Le Droit de tombeaux romains* (Milano 1963); G. LONGO, *Sul Diritto sepolcrale romano*, en *Iura* 15.1 (Napoli 1964) 137 ss.; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque* (Paris 1966); R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Torino 1967); H. WAGGENVOORT, *Wesenszüge altrömischer Religion*, en *ANRW* I, 2 (Berlin-New York 1972) 348 ss.; R. SCHILLING, *Religión romana*, en *Historia religionum* I. Trad.: J. Valiente (Madrid 1973) 435 ss.; D. G. ORR, *Roman domestic Religion: The Evidence of the Household Shrines*, en *ANRW* II 15.2 (Berlin-New York 1978) 1557 ss.; F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, en *SDHI* 45 (Roma 1979) 530 ss.; M. ELLIADE, *Historia de las creencias y de las ideas religiosas* 2. Trad.: J. Valiente (Madrid 1979) 123 ss.; J. BAYET, *La religión romana. Historia política y psicológica*. Trad.: M. A. Elvira (Madrid 1984) 73 ss.; R. TURCAN, *Iconography of Religions XVII, 1 Religion Romaine I-II* (Leiden-New York-Kobenhavn-Köln 1988); U. BIANCHI (ed.), *The notion of «religion» in comparative research* (Roma 1990); L. GAROFALO, *Sulla condizioni di «homo sacer» in età arcaica*, en *SDHI* 56 (Roma 1990) 197 ss.; A. WATSON, *The State, Law and Religion: Pagan Rome* (Georgia 1992); M. HUMBERT, *Droit et religion dans la Rome antique*, en *Archives de Philosophie du Droit* 38 (Paris 1993) 35 ss.; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica político-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1996); A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit.; C. ANDO – J. RÜPKE, *Religion and Law in classical and Christian Rome* (Stuttgart 2006); J. A. NORTH, *Religion in republican Rome*, en *CAH* 7, 2 (Cambridge 2006); J. RÜPKE,

### 1.2.2. El *testamentum in procinctu*.

Cuando analizábamos Gai. 2,101 apuntábamos que el autor de la *Instituta* no sólo se refería al *testamentum calatis comitiis* como forma arcaica de testamento en Roma, pues también señala la existencia de una modalidad testamentaria llamada *in procinctu* que se daba únicamente en tiempo de guerra. El nombre de esta vieja forma de testamento designa ya, según Gayo, su carácter militar, pues procinto es el nombre que se asigna al ejército preparado y armado (*procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*)<sup>251</sup>.

Estudiemos, pues, de manera semejante a como hicimos con el testamento comicial, el *quién* puede otorgar este *testamentum in procinctu*, el *cómo* y el *para qué*.

En relación con la primera de las cuestiones, resulta obvio que esa modalidad de testamento es la que corresponde a un soldado, lo que excluye que su realización fuese accesible a menores de diecisiete años. Aul. Gell. 10,28,1 escribe que fue Servio Tulio quien consideró como idóneos para servir en el ejército a quienes tuviesen de esa edad en adelante. Suya es, pues, la denominación de *iuniores* para referirse a los soldados de entre diecisiete y cuarenta y seis años y de *seniores* para nombrar a los de a partir de esa edad. De Liv. 22,57,9 y 11 se desprende que el reclutamiento de menores de diecisiete debía ser un hecho extraordinario: el historiador romano lo cita junto con el de ocho mil esclavos llevado a cabo en el 216 a.C., bajo la dictadura de Marco Junio Pera, tras la victoria de Aníbal en la batalla de Cannas:

*Inde dictator ex auctoritate patrum dictus M. Iunius et Ti. Sempronius magister equitum dilectu edicto iuniores ab annis septemdecim et quosdam praetextatos scribunt; quattuor ex his legiones et mille equites effecti [...] Et aliam formam noui dilectus inopia liberorum capitum ac necessitas dedit: octo milia iuuenum*

---

*Die Religion der Römer* (München 2001); V. M. WARRIOR, *Roman religion* (Cambridge 2006); G. DE SANCTIS, *La religione a Roma* (Roma 2012).

<sup>251</sup> Esta modalidad de testamento aparece también referida en un esolio a Virgilio. *Schol. Veron. ad Verg. Aen.*, 10,241: *exercitu in aciem educto iterum morabantur, ut immolaretur. Interim ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant*. Véase P. VOGLI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 17 s.; G. SCHERILLO, *Appunti sul testamento «in procinctu» nel Diritto romano*, en *Scr. A. Giuffrè* 1 (Milano 1967); Sobre el término *procinctus*, L. MINIERI, *Il «testamentum in procinctu»*, en *SDHI* 64 (Roma 1998) 256 ss.

*ualidorum ex seruitiis, prius sciscitantes singulos uellentne militare, empta publice armauerunt. Hic miles magis placuit, cum pretio minore redimendi captiuos copia fieret.*

Ahora bien, Gayo, en su sucinta referencia a este *testamentum in procinctu*, aporta un dato esencial a la hora de saber distinguirlo del posterior testamento militar: no solamente se daba por soldados, sino que acontecía ante la inminencia de la batalla. De este hecho debemos extraer dos consecuencias de importancia:

1. A diferencia de lo que ocurrirá con el *testamentum militis*, este testamento arcaico no es un *privilegium* que corresponda al soldado tanto en época de paz como de guerra.

2. Su realización sería posible a los enrolados como *iuniores*, pues los *seniores*, como es sabido, prestaban servicios de milicia auxiliar. De todos modos, en caso de necesidad o ataque directo a la ciudad estos últimos se incorporaban al ejército activo, de manera que en tales circunstancias es de suponer que debieron de ser capaces de realizar esta forma de testamento<sup>252</sup>.

Sabemos, pues, que este *testamentum in procinctu* era obra de un *paterfamilias* enrolado en el *exercitus* y perteneciente, normalmente, a la categoría de los *iuniores*. La cuestión de si la plebe podría realizarlo debe resolverse, naturalmente, en sentido afirmativo. Incluso Voci, enemigo, como sabemos ya, de la idea que defendemos de que la *plebs* podía testar ante las curias, refiere expresamente que sí disponía de la posibilidad de realizar esta forma de testamento. En su opinión, este último suponía una ventaja tanto para el patricio que podía morir en combate sin haber hecho antes el *testamentum calatis comitiis* en los *comitia curiata* como para el plebeyo, que a su juicio, no podría testar de ningún otro modo<sup>253</sup>. Considero que no es preciso repetir aquí nuevamente las razones por las que no comparto dicho planteamiento. Para defender la posibilidad de que la plebe pudiese realizar el *testamentum in procinctu* no es oportuno retrotraer la aparición histórica de este a una fase previa a la estamentización de la sociedad romana en las castas

---

<sup>252</sup> L. MINIERI, *op. cit.* 266 ss.

<sup>253</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 18. También G. SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento* (Bologna 1999) 197.



del patriciado y de la plebe, pues aunque su fecha de aparición es imposible de determinar<sup>254</sup>, sí parece haber consenso en la idea de que su surgimiento histórico es posterior al del testamento ante las curias. Ahora bien, incluso aceptando como probable que el testamento *in procinctu* surgiese cuando ya existía una identidad patricia y otra plebeya, no puede entenderse que la *plebs* no pudiese testar de esta forma. El propio Voci, como digo, entiende que, como parte del *exercitus*, tendría derecho a realizar este testamento. El punto de su planteamiento del que disiento es, por tanto, el de que tal cosa supusiese una especie de progreso social al tener vetado la plebe el acceso a los *comitia curiata*, y con él la posibilidad de realizar el testamento comicial.

Respondida ya la cuestión de quién puede realizar el *testamentum in procinctu*, debemos estudiar ahora el *cómo*. La respuesta nos la ofrece Plutarco, que en su *Coriolano* nos refiere que este testamento se efectuaba, en efecto, de forma oral y con la asistencia

---

<sup>254</sup> L. MINIERI, *op. cit.* 256. S. CASTÁN, *op. cit.* 244 s. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 18. Para Voci, el hecho de que las XII Tablas no mencionen de forma expresa al *testamentum in procinctu* puede interpretarse en el sentido de que, probablemente, se trate de una institución post-decenviral. Cfr.. U. COLI, *Il testamento, cit.* 44 s. En opinión de este último, en cambio, tanto el *testamentum calatis comitiis* como el *testamentum in procinctu* existirían probablemente en la época de los decenviros: la necesidad de realizar auspicios en ambos casos y el carácter público de los dos testamentos (uno ante las treinta curias, el otro ante el ejército reunido antes de entrar en combate) hace que ambos se parezcan lo suficiente entre sí como para entender que se trata de figuras en cierto modo complementarias y justificar así la afirmación gayana de que un testamento es para tiempo de paz y otro para tiempo de guerra (Gai. 2,101). Este carácter complementario de ambas figuras, del que se hace eco Coli, es el que podría servir de base, a su juicio, para sostener la idea de que el *testamentum in procinctu* no nació posteriormente a la promulgación de las XII Tablas, pese al silencio que sobre él guardan los fragmentos que de ellas nos han llegado. Calzada, por su parte, también se hace eco de estos paralelismos entre el testamento que estudiamos y el comicial, y supone que la complejidad de ambos actos debió hacer poco frecuente la práctica de testar, de una u otra forma, en época predecenviral. A. CALZADA, *op. cit.* 162. El argumento, según mi opinión, merece matizarse: que el *testamentum calatis comitiis* era poco frecuente por causa de sus formalidades (convocatoria de las curias, presidencia del *pontifex maximus*, realización de *auspicia*, *rogatio* y posible votación de la misma) se hace evidente habida cuenta de que, como sabemos ya, tan sólo podía prestarse dos días al año. En lo que concierne al *testamentum in procinctu*, las exigencias formales parecen ser definitivamente más flexibles –ni siquiera parece requerirse de la presencia de todo el *exercitus* reunido– recayendo principalmente en la realización de los auspicios, cuyo abandono es precisamente la causa a la que Cic. *de nat. deor.* 2,3,9 atribuye a la desaparición histórica de este testamento, como veremos inmediatamente.

de tres o cuatro testigos antes de entrar en combate, cuando el soldado toma su escudo y se ciñe la toga (Plut. *Coriol.* 9,3). De ello debemos deducir lo siguiente:

1. Para satisfacer el carácter público de este testamento parece bastar la presencia de un grupo muy reducido de soldados. Aunque un elevado número de testigos multiplica las posibilidades de que la *voluntas testatoris* no muera con ellos en el combate (recordemos que esta se manifiesta únicamente de forma oral) tres o cuatro son suficientes, según Plutarco, lo que se antoja lógico habida cuenta de lo inconveniente que podría suponer paralizar a todo un ejército momentos antes de una batalla, con el enemigo incluso a la vista, para asistir al testador.

2. La función de los tres o cuatro asistentes es la de recoger la voluntad del testador expresada, como decimos, oralmente<sup>255</sup>.

El escolio a Virgilio del que hablábamos al comienzo del presente apartado señala la obligatoriedad de realizar *auspicia* –consistentes en dar alimento a las aves y siendo desfavorable el hecho de que no los consumiesen– con carácter previo a la realización del testamento *in procinctu*. Esto, naturalmente, lo convierte en un acto religioso incluso a pesar de que pudiese no haber estado sometido a excesivas formalidades<sup>256</sup>. Cicerón, de hecho, señala que la desaparición de este testamento, que se habría ya producido a finales de la República, se debió precisamente al abandono de los auspicios y del saber augural, del que, denuncia, se conserva en su tiempo tan sólo su apariencia externa. Lamenta, pues, Cicerón que no se hagan *auspicia* al ser llamado a filas, al cruzar los ríos o ante la inminencia de la lucha, al tiempo que apunta que es precisamente ese descrédito del elemento religioso el responsable de la pérdida del testamento que estudiamos<sup>257</sup>:

---

<sup>255</sup> Coli, que asigna un papel puramente testifical, no deliberativo, a las treinta curias ante las que se efectúa el *testamentum calatis comitiis*, considera en este punto lo mismo respecto de los asistentes en el *testamentum in procinctu*. U. COLI, *Il testamento*, cit. 43; L. MINIERI, *op. cit.* 273 ss. Cfr. *Supra* 117 s.

<sup>256</sup> Véase nota 73. También B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación* (Barcelona 1960) 39 y L. MINIERI, *op. cit.* 270.

<sup>257</sup> Que el *testamentum in procinctu* había ya desaparecido tiempo antes de Cicerón excluye, en opinión de Minieri, autor del único estudio reciente sobre esta figura, que a él se refiera Caes. *de bell. gall.* 1,39,5. César dice que, detenido el ejército en Besançon, se extiende entre la tropa rápidamente el rumor, fomentado por los galos, de que el enemigo germano es imposible de vencer, con la consiguiente oleada de pesimismo

Cic. *de nat. deor.* 2,3,9: *Sed negligentia nobilitatis augurii disciplina omissa veritas auspicioꝝ spreta est, species tantum retenta; itaque maximae rei publicae partes, in is bella quibus rei publicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt; tum enim bella gerere nostri duces incipiunt, cum auspicia posuerunt.*

Centrémonos, finalmente, en la última de nuestras interrogantes. ¿Para qué servía exactamente este *testamentum in procinctu*? La información de las fuentes es escasa en lo que concierne a este punto, lo que quizá explique en cierta medida lo parcamente estudiada que ha sido esta figura por parte de la doctrina. En lo que nos ocupa, disponemos de dos textos, aparentemente incompatibles entre sí, que nos informan sobre su objeto<sup>258</sup>. El primero es el ya estudiado Plut, *coriol.* 9,3, que refiere que la finalidad del *testamentum in procinctu* es la de realizar la institución de heredero. Del segundo, de Cicerón, parece desprenderse, en cambio, que sería la de establecer la *datio tutoris* respecto de los hijos impúberes del soldado:

Cic. *de orat.* 1,53,228: *Reprehendebat igitur Galbam Rutilius, quod is C. Sulpici Gali propinqui sui Q. pupillum filium ipse paene in umeros suos extulisset, qui patris clarissimi recordatione et memoria fletum populo moveret, et duos filios*

---

que trae consigo el hecho de que los soldados hagan testamentos masivamente. La descripción de César (*Vulgo totis castris testamenta obsignabantur*) no parece permitir, en efecto, que nos encontremos aquí ante la figura del testamento *in procinctu*. Ni este existía ya en aquél tiempo –lo cual se dice expresamente en Cic. *de nat. deor.* 2,3,9– ni los testamentos hechos por los soldados de César se llevan a cabo en la forma descrita en Plut. *Coriol.* 9,3, esto es, momentos antes de la batalla. En este sentido, el propio César escribe que de haber deseado emprenderla se habría visto sólo en tal empeño. Véase L. MINIERI, *op. cit.* 292; S. CASTÁN, *op. cit.* 227.

<sup>258</sup> Nada aportan en lo que nos interesa el resto de las fuentes históricas en las que interpretamos que se contienen referencias al *testamentum in procinctu*, como Fest. 96,28. Así, por ejemplo, Frontino escribe que Quinto Cecilio Metelo Macedónico, de campaña en Hispania, pide a sus soldados que hagan testamento y los lanza al enemigo bajo la amenaza de no ser recibidos de regreso al campamento salvo en caso de victoria. Que se refiere a la forma de testamento de la que hablamos resulta evidente, pero nada se nos dice sobre su objeto. Front. *Strategemata* 4,1,23: *Q. Metellus Macedonicus in Hispania quinque cohortes, quae hostibus cesserant, testamentum facere iussas ad locum recipendum remisit, minatus non nisi post victoriam receptum iri.*

*suos parvos tutelae populi commendasset ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati.*

Minieri<sup>259</sup> es partidario de conceder más crédito a la idea que sitúa a la *heredis institutio* como objeto de este testamento, en la línea del texto de Plutarco. El de Cicerón precisa, a su juicio, de ser interpretado en un sentido más retórico que jurídico: Narra el proceso contra Servio Sulpicio Galba del 149 a.C., el cual busca el favor del pueblo afirmando que en caso de condena someterá a sus hijos impúberes a la tutela del mismo como hace quien testa sin balanza ni tablillas antes de entrar en combate. A juicio de Minieri:

1. La «tutela» que invoca Galba no es en un sentido estricto la *datio tutoris*. Es más bien un recurso emocional destinado interesadamente a conmover a los presentes, a los que se llama a amparar y proteger a los impúberes.

2. El *populus*, como entidad, no puede ser tutor.

3. La alusión expresa al *testamentum in procinctu* constituye un recurso retórico para referir únicamente que se ejecuta la manifestación de la voluntad sin la solemnidad libral.

Los dos primeros puntos resultan a mi juicio evidentemente acertados. El tercero lo estimo como posible, aunque la insuficiencia de fuentes hace que considere que nos movemos en terrenos demasiado poco estables como para poder extraer conclusiones categóricas. Que Galba no está prestando un *testamentum in procinctu* y que lo refiere, pues, de forma simbólica es una realidad lógicamente incuestionable, pero ello tampoco tiene por qué ser necesariamente óbice para excluir la posibilidad de que a través de esta forma de testamento pudiese asignarse la *datio tutoris*. La cuestión, por tanto, parece difícilmente resoluble, y no solo en este punto, sino en el que concierne también a la propia *heredis institutio*. ¿Se concedía acaso plena libertad al soldado para instituir heredero a quien quisiera? La respuesta puede ser afirmativa durante el tiempo en el que

---

<sup>259</sup> L. MINIERI, *op. cit.* 278 ss. También Scherillo defiende que la finalidad de este testamento no es otra que la de que el soldado pueda efectuar la *heredis institutio*. Su idea, en cambio, de que se prestase en los comicios por centurias parece poco probable. G. SCHERILLO, *Corso, cit.* 171 ss. S. CASTÁN, *op. cit.* 247.

este testamento convivió con el que se efectúa *per aes et libram*, pero en fases históricas más pretéritas –durante el tiempo, pues, del *testamentum calatis comitiis*, en el que, como sabemos, la libertad de testar era algo sometido a fortísimas limitaciones– habría que plantearse como posible el hecho de que tal institución de heredero fuese

### 1.3. Conclusiones: *familia*, *legatum* y testamento arcaico.

De las fuentes jurídicas y literarias hasta ahora estudiadas a propósito del *testamentum calatis comitiis* y del *testamentum in procinctu* podemos extraer, como conclusión clara, el hecho de que en ambos casos nos es mejor conocido cuanto concierne a los requisitos formales para la elaboración de estas dos formas de testamento que el propio objeto de los mismos. Nosotros, al sumarnos a la línea doctrinal hoy mayoritaria que entiende a la *successio* arcaica como un sistema del *ius civile* encauzado ante todo a evitar la dispersión del patrimonio familiar en el que la posición del *paterfamilias* es la de administrador de la *res familiaris* y no la de soberano absoluto de la misma, hemos rechazado la posibilidad de que existiese antes del *testamentum per aes et libram* una genuína libertad testamentaria. El objeto de la sucesión hereditaria, hemos dicho, viene ya determinado imperativamente por los *mores*, tal y como se manifiesta en la *successio ab intestato*, de manera que la elaboración de un testamento tan sólo resultaría, a nuestro juicio, de interés a aquél *paterfamilias* que, por causa de circunstancias puntuales (ausencia de hijos *in potestate*) pudiese ver peligrar la continuidad futura de la familia y del culto a su religión doméstica.

La aparición histórica del *legatum*<sup>260</sup> implica, empero, la necesidad de plantearse hasta qué límites alcanza la imposibilidad del *paterfamilias* de disponer *mortis causa* del

---

<sup>260</sup> Sobre el origen histórico del *legatum*, y los legados en general, P. BONFANTE, *L'eredità e il suo rapporto coi legati*, en *BIDR* 7 (Milano 1894) 151 ss.; C. FERRINI, *Sull'origine dei legati*, en *BIDR* 1 (Roma 1888) 111 ss.; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel Diritto romano* (Roma 1920); A. D'ORS, *Optio servi*, en *AHDE* 18 (Madrid 1947) 167 ss.; M. KASER, *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, en *ZSS* 67 (Weimar 1950) 320 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *La concepción clásica del legado sinendi modo*, en *AHDE* 29 (Madrid 1959) 575 ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Gayo 2.216-223 sobre legatum per praeceptionem*, en *AHDE* 31 (Madrid 1961) 487 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano* (Padova 1979); B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel Diritto romano* (Napoli 1965); B. BIONDI, s. v. «Legato», en *NNDI* (Torino

futuro del patrimonio hereditario. Hasta ahora no hemos introducido matización alguna al respecto y nos hemos limitado a señalar que el viejo *ius civile* previo a la ley decenviral no parecía considerar como significativa la voluntad del testador a este respecto. Es más, el testamento arcaico, en sus vertientes *calatis comitiis* e *in procinctu*, no parece nacer con la vocación de convertirse en un instrumento que recoja la *voluntas testatoris*. Aceptar la existencia de *legata* en estas dos formas testamentarias resulta, pues, hasta cierto punto problemático, pues el legado constituye un instrumento que se cimenta precisamente en la previa existencia de una libertad que nosotros negamos en esta época<sup>261</sup>. Cosa bien distinta, y de la que, como enseguida veremos, se han hecho eco algunos autores, es que, aceptando que en estas formas arcaicas de testamento pudiesen contenerse algunas liberalidades, estas se limitasen a bienes que pueden considerarse como extraños a la *res familiaris* susceptibles de transmisión mediante la *successio*.

Nuestro estudio sobre el oscuro asunto del objeto del testamento romano arcaico debe verse completado, pues, con cuanto nos dicen las fuentes sobre el nacimiento histórico de los legados. Una vez determinado si existían, en efecto, estos actos de liberalidad en época del *testamentum calatis comitiis* y del *testamentum in procinctu*, deberemos, en caso de ser positiva la conclusión, armonizarla con el muy limitado papel del *paterfamilias* como agente regulador de la sucesión hereditaria.

Gai. 2,224; IJ. 2,22 pr.; D. 50,16,120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): *Uti legassit suae rei, ita ius esto*<sup>262</sup>.

---

1965); B. BIONDI, s. v. «Prelegato», en *NNDI* 13 (Torino 1966); N. PALAZZOLO, *Dos praelegata, Contributto alla storia del prelegato romano* (Milano 1968); A. PEZZANA, *Sull'origine e sulla struttura classica del legato sinendi modo*, en *Studi Volterra* 3 (Milano 1971) 183 ss.; P. VOICI, s. v. «Legato» en *EDD* 27 (Varese 1973); A. MASI, s. v. «Prelegato», en *EDD* 34 (Varese 1985); E. NARDI, *I significati storici del verbo «lego» come termine giuridico*, en *SDHI* 63 (Roma 1997) 293 ss.

<sup>261</sup> Solazzi niega la existencia de legados en el testamento comicial y defiende que extrañamente podrían darse en el *testamentum in procinctu*. S. SOLAZZI, *Una data per la storia del testamento romano*, en *Iura* 4 (Napoli 1953) 150.

<sup>262</sup> D. 50,16,120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*): *Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*. El texto dice, en efecto, que de esta norma decenviral se derivan la institución de herederos, la realización de legados

Anon. *Rhetorica ad Herennium*, 1,13,23 y Cic. *de invent.* 2,50,148: *Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto.*

*Ep. Ulp.* 11,14: *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*<sup>263</sup>.

Los textos arriba reproducidos no expresan otra cosa que las distintas redacciones a través de las cuales ha llegado hasta nosotros el contenido de la Tab. V,3 de la ley decenviral, nuestra fuente de conocimiento más antigua en lo que concierne a la sucesión hereditaria y la única que también arroja cierta luz sobre la presencia de legados en el testamento romano arcaico, habida cuenta del hecho de que la propia ley apenas contiene referencias a la sucesión testamentaria<sup>264</sup> y del silencio que sobre este asunto guardan las fuentes jurídicas y literarias hasta ahora estudiadas. Cuál de esas tres formulaciones era la original de las XII Tablas ha sido asunto debatido por la doctrina, que en cada uno de los casos ha apuntado tanto argumentos a favor como en contra. Así, Grosso se posiciona a favor de la versión ulpiana considerando a la más concreta de Cicerón<sup>265</sup> como influida por la posterior aparición histórica del testamento libral<sup>266</sup>. Ahora bien, en este punto es

---

y actos de liberalidad y la posibilidad de establecer la tutela, esto, es mucho de cuanto consideramos como propio de la *hereditas* misma.

<sup>263</sup> La expresión *super pecuniae tutelave suae* aparece compartida también en D. 50,16,53 pr. (Paul. 59 ad. ed.). Véase aquí M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 637 s.

<sup>264</sup> Por mucho que, obviamente, existiese el testamento (al menos en su versión *calatis comitiis*) en época decenviral, como evidencia implícitamente la regla *si intestato moritur* (Tab. V,4), parece claro que las XII Tablas no contienen, al menos en la medida en la que han podido ser reconstruidas, disposiciones directas sobre el *testamentum* arcaico. Es preciso, pues, acudir a otras fuentes como los textos ya estudiados de Gayo. P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 14.

<sup>265</sup> Como es sabido, a día de hoy se cuestiona con fundamento el hecho de que fuese Cicerón el verdadero autor de la *Rethorica ad Herennium*. En cualquier caso, la tradición que sitúa a este escrito como obra suya, el hecho de que idéntica formulación pueda localizarse en el *De inventione* y mi voluntad de no dificultar innecesariamente la lectura me lleva a referirme a la redacción *Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* simplemente como la versión «ciceroniana», mientras que en el caso de la formulación *Uti legassit suae rei, ita ius esto* sí especifico que se trata de una literalidad compartida por Gayo y Pomponio.

<sup>266</sup> G. GROSSO, *Il legato nel Diritto romano. Parte generale. Seconda edizione ampliata* (Torino 1962) 6 ss. El autor, en su espléndida exposición del problema, busca encontrar en el sentido del *legare* el elemento que le permita defender el carácter genuino de alguna de las tres versiones, decantándose, como se ha

preciso tener en mente que, *sensu contrario*, precisamente es el arpinate el autor más antiguo de los tres y que, como el propio Grosso reconoce, vivió en un tiempo en el que el recuerdo de las Tablas aún se conservaba, lo que puede dar visos de credibilidad a su versión, diferente tanto de la del autor del *Ep. Ulp.* como de la compartida por Gayo y Pomponio. En realidad, como resulta lógico, el mero hecho de que nos hayan llegado tres redacciones distintas de una misma norma decenviral evidencia que sólo una –y quizás ni eso– sea la correcta y que las demás recogerán entonces algunas de las reelaboraciones operadas sobre el texto como consecuencia de su transmisión privada, asunto este del que ya hemos tratado previamente. Que la literalidad de la Tab. V,3 se vio alterada en tiempo posterior a la pérdida física de la ley de las XII Tablas es, pues, una realidad que sólo puede ser aceptada, ya que precisamente tenemos a la vista al menos dos de esas adulteraciones. La propia certidumbre, por tanto, de la alteración la convierte en un argumento débil si pretendemos dirigirlo contra la versión ciceroniana, pues realmente puede ser empleado contra cualesquiera de las tres. Biondi, de hecho, valiéndose de argumentos filológicos, asume que la versión de Ulpiano no recoge la literalidad originaria de la ley, sino una de esas alteraciones que debieron sucederse con paso del tiempo<sup>267</sup>. Para Voci, es el texto de Gayo y Pomponio el que más probablemente refleja el original de la ley, y se apoya argumentos que parecen, en efecto sólidos, por mucho que sea imposible alcanzar una conclusión definitiva<sup>268</sup>. De un lado, Pomponio utiliza la fórmula *Uti legassit suae rei, ita ius esto* en su libro de comentarios a Quinto Mucio

---

señalado, por la ulpiana. Con relación al texto ciceroniano, considera que la literalidad del mismo parece contemplar una visión excesivamente amplia del *legatum* que habría podido contenerse en el testamento comicial. La reflexión no me parece necesariamente desafortunada, aunque la opción final de decantarse por lo recogido en el *Ep. Ulp.* esgrimiendo el argumento de que en otras versiones existe una indudable existencia de alteraciones en el texto decenviral es quizá atrevida, por cuanto nada obsta precisamente al hecho de que esas mismas modificaciones puedan haber conformado precisamente la versión cuya autenticidad se defiende, aun sin manifestarse de forma evidente.

<sup>267</sup> Para Biondi el término *super*, contenido en la versión del *Ep. Ulp.*, es impropio del lenguaje arcaico. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 43.

<sup>268</sup> P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 3 ss. La argumentación de Voci que exponemos es compartida por Coli, que advierte además cómo las fuentes jurídicas parecen sentir cierta preferencia por la versión de Pomponio (Gai. 2,224; IJ. 2,22 pr.; Nov. 22,2 pr.: *uti legassit quisque de sua re*). U. COLI, *Il testamento*, cit. 36.



Escévola, lo cual podría dar verosimilitud, en opinión de Voci, a la idea de que esta formulación fuese la auténtica: este último jurista, en efecto, debió conocer la redacción originaria de la ley decenviral habida cuenta de su condición de pontífice y miembro de la más famosa familia romana de juristas y sacerdotes. Del otro, Gayo –del que sabemos que escribió una obra sobre las XII Tablas, lo cual ya de por sí hace pensar en él como persona especialmente versada en lo que concierne al texto original y su posible evolución posterior– refiere exactamente las mismas palabras que Pomponio, por lo que resulta entonces lógica la idea de que, al igual que este, bebiese de Escévola como fuente a la hora de escribir.

Existen argumentos, pues, tanto para afirmar el carácter genuino de cada una de las tres versiones conservadas del texto de la Tab. V,3 como para negarlo. En cualquier caso, y fuese cual fuese la redacción originaria del siglo IV a.C., parece evidente que con la regla *uti legassit* el legislador decenviral no se está refiriendo a la capacidad del testador de transmitir libremente por medio de legados cualesquiera bienes del patrimonio hereditario, sino más bien otros muy concretos, de titularidad individual (*suae rei*) y ajenos, por tanto, a la masa hereditaria a transmitir a los herederos, a la que se asigna el nombre de *familia*. Tenemos, pues, dos categorías contrapuestas de bienes:

a) De un lado, aquello que hasta ahora hemos venido llamando «patrimonio hereditario» y a lo que las Tablas designan *familia*<sup>269</sup>. La doctrina<sup>270</sup> admite, pues, dos acepciones distintas en época decenviral: la ya conocida de comunidad de personas libres<sup>271</sup> y la de patrimonio familiar. El término *pecunia*, a su vez, parece emplearse para

---

<sup>269</sup> Tab. V,4: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*. Sobre el uso del término *familia* como equivalente de la posterior idea de *hereditas*, véase O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosi»* (Napoli 1984) 79 ss.

<sup>270</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 103; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 23 ss.; H. G. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts. 9 Auflage* (Jena 1926) 208 s.

<sup>271</sup> Dentro de la idea de familia como comunidad de personas libres, la lengua latina admite también, como resulta lógico y al igual que las lenguas modernas, interpretaciones metafóricas que por su carácter extrajurídico no refiero arriba. Un ejemplo lo encontramos en la *Invectiva contra Cicerón* que se atribuye a Salustio, en la que se habla de aquél como perteneciente a la familia de Lucio Craso. Pseudo Salustio, *Invectiva in Ciceronem*, 4.

referirse a algunos bienes concretos de los que integran la *familia*, y de ahí el surgimiento de la expresión *familia pecuniaque*, ya en época posterior a las XII Tablas. Esta última fórmula, con todo, no será definitiva: mientras que *familia* parece ser un término omnicomprendivo en época arcaica, cuanto más avancemos en el tiempo –y debido, siempre según el criterio de Voci, a un progreso económico que permite juzgar todo tipo de bienes como equivalentes al dinero– más palpable se hará la inversión de esta realidad, que culmina, siempre por la vía de la *interpretatio*, con el uso de *pecunia* como equivalente de cualquier clase de bien, mueble o inmueble, transmisible *mortis causa*. Este fenómeno parece hacerse palpable hacia el siglo IV a.C., tiempo, como ya se ha estudiado en el presente trabajo, de profundo cambio y regeneración política y jurídica como consecuencia de las reivindicaciones plebeyas<sup>272</sup>.

Liv. 3,55,7: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur, cuius rei prope iam memoria aboleverat, relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis renovarunt, et cum religione inviolatos eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris Liberi Liberaeque venum iret.*

El texto que reproducimos arriba es una prueba elocuente de cuanto se ha afirmado. Livio, al describir las consecuencias que la *lex Valeria Horatia* preveía contra quien atentase contra la *sacrosanctitas* tribunicia, habla de la confiscación del patrimonio en beneficio del templo de Ceres usando el término, sin duda completamente anacrónico en su época, de *familia*, lo que evidencia que en su escrito, el historiador, al evitar voluntariamente instertar la palabra *pecunia*, nos está aproximando a la verdadera literalidad de aquella ley. En suma, son los bienes a los que, en función del momento histórico, las fuentes llaman *familia*, *familia pecuniaque* o *pecunia* los que integran la

---

<sup>272</sup> Este fenómeno explica que Cic. *top.* 29,6 se refiera a la *hereditas* como *pecuniae quae morte alicuius ad quempiam pervenit iure*. J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit.135; U. COLI, *Il testamento*, cit. 34 ss. y 68 s. Cfr. G. GROSSO, *Il legato*, cit. 10. Grosso ve un alto contenido de especulación en esta idea de que el término *pecunia* terminase sustituyendo a *familia* para referirse al objeto de la sucesión hereditaria por resultar más moderno y adecuado, pero, con todo, se abstiene de formular oposición contra esta argumentación. Sea como fuere, Fuenteseca refiere que, para finales de la República, la unión del término *pecunia* a *familia* viene a reforzar el carácter económico-patrimonial de la *hereditas*, poniendo de relieve que la sucesión no se limita al ámbito agnaticio. Cfr. M. FUENTESECA, op. cit. 121.

copropiedad indivisa del *consortium inter fratres* en la sucesión intestada y los que se transmiten implícitamente con la *heredis institutio* en la delación testamentaria. El *paterfamilias*, como hemos visto, parece carecer de cualquier poder de disposición sobre ellos<sup>273</sup>.

b) Del otro, tenemos las «cosas propias» del testador (*suae rei*), que pueden ser objeto de una suerte de legado arcaico de efecto análogo al vindicatorio<sup>274</sup>: dinero y bienes muebles como ropas, armas o animales que tendrían la consideración originaria de *pecunia* (así lo evidencia la literalidad de la ya conocida definición del *Ep. Ulp.*, compartida por Paulo en D. 50,16,53 pr. [Paul. 59 *ad. ed.*]) y que podrían ser objeto de enajenación por parte del *paterfamilias* sin que ello mermase gravemente la estabilidad económica del grupo familiar en la Roma arcaica. Que nos encontramos aquí ante una antítesis entre esos bienes personales del testador, adquiridos fruto de su trabajo<sup>275</sup>, y la *familia*, entendida esta última en el sentido posterior de *hereditas*, lo evidencia la inclusión del determinante posesivo *suae*. Este último resultaría inexplicable si no hablásemos aquí de dos categorías diferenciables de bienes, de las cuales tan sólo de una

---

<sup>273</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 79.

<sup>274</sup> No sin razón apunta Voci que es precisamente el *legatum per vindicationem* –la forma más antigua de legado, como se sabe– el único que contiene el verbo *legare* en su forma (*do lego*) en consonancia con el lenguaje decenviral. Que, como apunta el propio Voci, este legado arcaico se diese para favorecer, entre otros, a la mujer casada *sine manu* puede resultar bastante discutible a la vista, como el propio autor reconoce cautamente, de lo poco frecuente que sería esta forma de matrimonio en época decenviral. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 21 s.

<sup>275</sup> Resultan iluminadoras en este punto las palabras de Barrio Gallardo, que me permito reproducir: «Parece que el testamento, en su versión originaria (*calatis comitiis*) era el cauce apropiado para instituir heredero, elegir un continuador en la jefatura doméstica y transmitirle a su vez la posición de rector al frente del patrimonio familiar, más como administrador que como propietario reservando cada cual su parte en la copropiedad, mientras que a través de una suerte de antecedente remoto del legado –porque dudo de que todavía pudiera ser calificado jurídicamente con esta denominación–, germen de la siguiente modalidad (*per aes et libram*), se fue abriendo paso la autonomía de la voluntad del causante permitiéndole realizar atribuciones a título particular, también a extraños, disposiciones sobre bienes que integrarían su patrimonio personal separado, al margen de la copropiedad familiar. Si se admitió esta «libertad de legar», más que de testar, lo fue, precisamente, porque recaía sobre bienes de escaso valor económico, recuérdese el antiguo aforismo, hoy en franca *desuetudo*, «*res mobilis, res vilis*», fruto del trabajo aislado del *pater familias* o vinculados personalmente con él». A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 66.

puede disponer libremente el testador. Ribas Alba lo expone con claridad: «[...] los textos indican una contraposición entre los bienes propios y los que no lo son. Esta segunda categoría se refiere al patrimonio familiar. El *legare* afecta a la clase de los bienes personales, de uno mismo, muebles o inmuebles. Sobre la porción de los bienes que no posean un origen familiar es posible la disposición voluntaria *mortis causa*. Posiblemente el hecho de que estos bienes se integraran mayoritariamente por las ganancias de la actividad comercial o militar motivó el hecho de que terminaran equiparándose a la *pecunia*. Sin embargo, el tenor original de la regla debió de referirse a la *res sua*, tal como se ha conservado en en D. 50,16,120 (Pomponio, 6 *ad Q.Muc.*) y en Gai. 2,224»<sup>276</sup>.

Con el tiempo, el término *pecunia* terminó, por tanto, por absorber el amplio significado originario de *familia*, perdiendo su carácter accesorio para con aquélla. A medio camino entre la identificación de la masa hereditaria íntegra con *familia* y con *pecunia* encontramos la expresión *familia pecuniaque* como fórmula para referir la totalidad del patrimonio, abarcando, pues, no solo aquello que los *mores* imponen transmitir a los *sui heredes*, sino también los bienes personales del testador respecto de los que parecen tolerarse actos de enajenación. Ahora bien, que el *legare* del que nos habla la Tab. V,3 se refiere a estos últimos bienes es algo que, sin embargo, no ha sido aceptado unánimemente por la doctrina. Para Biondi, este *legare* decenviral no puede tener un contenido tan limitado y específico, pues a su juicio, esto hace incomprensible

---

<sup>276</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit.118; Huelga decir, naturalmente, que este *legatum* del que habla el texto decenviral no es equivalente al legado clásico entendido en sentido técnico. Sobre este particular véanse G. GROSSO, *Il legato*, cit. 11 y P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 21 s. La idea de que las XII Tablas nos hablan, pues, de una primera forma de legado sobre bienes singulares de titularidad privada del *paterfamilias* testador ha encontrado acogimiento en la doctrina. Junto con el propio Ribas Alba, encontramos defensas a esta línea de razonamiento en C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi secondo il Diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza* (Milano 1889. Reimp. Roma 1976) 7; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 (Napoli 1932) 45 s.; J. PAOLI, *Le testament calatis comitiis et l'adrogation d'Octave*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, III (Milano 1962) 529 ss.; P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho romano* (Salamanca 1963) 46; A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and property* (New Jersey 1975) 59 ss.; A. MAGDELAIN, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, en *Jus Imperium Actoritas, Études de Droit romain* (Roma 1990) 302 ss.; A. TORRENT, *Manual*, cit. 650; S. CASTÁN, *op. cit.* 251 ss.; A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 64 y el propio Voci, en P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 13 ss.

el hecho de que la jurisprudencia posterior realice una *interpretatio* tan extensiva de la regla *uti legassit* como para fundamentar en ella la libertad de testar propia del *testamentum per aes et libram*, como tendremos oportunidad de ver enseguida: «*legare*, en el sentido jurídico, es entendido en el sentido de *legem dicere* en la órbita privada, esto es, disponer de modo autoritario y unilateral sobre la situación jurídica de una cosa de propia pertenencia<sup>277</sup>». Siguiendo razonamientos más o menos similares, parte de la doctrina se ha posicionado a favor de la idea de que nuestro verbo *legare* no se refiere en la Tab. V,3 a los bienes personales del testador de los que venimos hablando, sino al propio testamento<sup>278</sup>, idea de la que, a la vista de lo ya expuesto, disentimos. En esta línea, Coli ha defendido que la ley decenviral instaure ya la libertad testamentaria<sup>279</sup> valiéndose de unos argumentos filológicos e históricos que resultan, a mi juicio, endeble: apoyándose en el diccionario de Ernout – Meillet<sup>280</sup>, que emparenta el verbo *legare* con *lex* y lo define como el encargo que se hace a alguien de llevar a la práctica una determinada actividad póstuma, este autor defiende que su uso trae implícito una idea de mandato que tiene sentido sólo cuando recae sobre alguien, y no sobre unos bienes concretos. Tal argumentación no cuadra bien, empero, con la literalidad del precepto decenviral, que como sabemos incorpora inmediatamente después *suae rei*. Coli es consciente de ello y trata de superar el escollo recurriendo a introducir un nuevo y no más feliz argumento, esta vez de carácter estrictamente histórico, en su defensa de la idea de que la Tab. V,3 se refiere al testamento y no a una forma antigua de legado: en su opinión,

---

<sup>277</sup> B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 44 s. En relación con la etimología de *legare*, cfr. M. FLORIANA CURSI, *La mancipatio familiae: Una forma di testamento?*, en A. MURILLO VILLAR – A. CALZADA GONZÁLEZ – S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Homenaje al profesor Armando Torrent* (Madrid 2016) 190 ss.

<sup>278</sup> Véase S. CASTÁN, *op.cit.* 253. El autor refiere también la teoría de Talamanca, según la cual la regla *uti legassit* no se referiría al propio testamento, sino a la posibilidad de otorgar por la vía de la *mancipatio* negocios tales como la *datio tutoris* y la realización de legados y manumisiones. M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano* (Milano 1990) 717 s.

<sup>279</sup> U. COLI, *Il testamento*, cit. 37 ss. Tal idea ha vuelto a ser sostenida en fecha reciente por Duplá Martín. M. T. DUPLÁ MARTÍN, *El proceso de recepción de la quarta Falcidia en el Derecho civil catalán*, en S. LLEBARÍA SAMPER (Coord.), *Un Codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?* (Barcelona 2011) 422.

<sup>280</sup> A. ERNOUT – E. MEILLET, *op. cit. s. v. legare*.

la separación del *populus* y los *privati* es una realidad desconocida en el *regnum* y que se materializa tan solo con la llegada de la República. De este modo, a su entender, en época decenviral existiría una clara antítesis entre individuo y masa que conllevaría que la expresión *legare suae rei* usada por los decenviros se refiriese a la transmisión de los bienes del ciudadano, esto es, a la herencia misma, y no de los del *populus*. Así, las XII Tablas habrían sancionado la validez del testamento como forma de ordenar la *successio*. Ahora bien, más allá del famoso individualismo propio del derecho clásico, hemos expuesto ya que la familia como grupo político y religioso es, en el caso de Roma, una realidad indudablemente previa al propio Estado. Pretender entonces que durante la Roma arcaica se vivió una plena confusión de lo público y lo privado, del *populus* y el *civis*, sólo superada en época republicana es algo que no podemos compartir, del mismo modo que tampoco parece una argumentación sólida la que aporta el propio Coli afirmando que a favor de su teoría juega el hecho de que la legislación de Solón introdujese el testamento en el derecho ateniense. En realidad, para desmontar esto último tan sólo basta, a mi juicio, con afirmar que Coli, implícitamente, no acepta que la ley decenviral recoja una institución preexistente y le atribuye la creación de la libertad testamentaria. La introducción de esta última por parte de los decenviros constituiría, pues, una enorme innovación jurídica, un «salto cualitativo», siguiendo la acertada exposición de Barrio Gallardo, que vendría a alterar de forma brusca la realidad del estado de cosas previo a la ley decenviral, pasándose entonces de una noción de *hereditas* construida sobre la idea del condominio *pro indiviso* de la *res familiaris* a la plena libertad de disposición del testador para con la misma. Aceptar esta idea es, pues, afirmar que con la Tab. V,3 se da la existencia de una transformación jurídica tan repentina como radical en materia hereditaria sin que obedezca, además, a un previo proceso evolutivo que sería muy lógico esperar<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 54. No quiere decirse aquí, naturalmente, que la ley decenviral careciese por completo de carácter innovador. En palabras de Calzada, «entendemos que las XII Tablas no innovaron completamente el ordenamiento jurídico sino que pusieron en conocimiento de todos los ciudadanos las reglas fundamentales de la convivencia, reglas jurídicas que hasta el momento habían estado en posesión exclusiva de los pontífices, y por tanto de los patricios, reglas que se iban formando en el seno de los *mores maiorum*, íntimamente unidas con la religión en los estadios primitivos de la sociedad romana». Cfr. A. CALZADA, *op. cit.* 155.

El contenido de la Tab. V,3 no puede referirse, por tanto, al testamento mismo, sino más bien a un precedente histórico del legado vindicatorio. Partiendo de esta premisa, Voci<sup>282</sup> no ve conflictiva la idea de hablar aquí de legado por tres razones:

1. El lenguaje decenviral es de carácter marcadamente rigorista, de manera que pese a referirse las Tablas tan sólo indirectamente al *testamentum*, lo hacen nombrándolo como tal (Tab. V,4: *Si intestato moritur...*). ¿Por qué aceptar que, aleatoriamente, los decenviros empleasen el término *legatum* para aquello a lo que ellos mismos llaman *testamentum*?

2. Los textos estudiados de Gayo y Pomponio que refieren la regla *uti legassit* la vinculan con lo concerniente a los *legata*<sup>283</sup>. No solamente, por tanto, es la misma terminología la que nos separa aquí del testamento y nos conduce al ámbito del legado, sino que la propia *interpretatio* jurisprudencial de la que fue objeto el precepto no va en perfecta consonancia con ello. Recordemos en este punto el dato, ya varias veces apuntado, de que Pomponio escribe tomando a Escévola como referencia, y que en absoluto es descartable que el propio Gayo lo hiciese igualmente.

3. *Legatum* tiene un significado invariable en la tradición lingüística. ¿Cómo defender entonces que el *legare* de la Tab. V,3 tenga, aisladamente, un sentido tan radicalmente diferente<sup>284</sup>?

---

<sup>282</sup> P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 13 s.

<sup>283</sup> Sobre este particular, véanse P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 5 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada, cit.* 116 s. Este último considera, con acierto, que la condición de *res sua* es la que posibilita el poder de disposición del que habla la Tab. V,3, de modo que es icuestionable el hecho de que Gayo y Pomponio escriben, en los textos en los que refieren la *regla uti legassit*, sobre los legados y liberalidades. Partiendo de esta premisa, en absoluto resulta sorprendente encontrar, pues, el término *videri* en el fragmento de Pomponio, pues solo por *interpretatio* postdecenviral del precepto – fundamentada, a juicio de Ribas Alba, en las ya referidas transformaciones sociales y económicas que se producen en los años posteriores a las XII Tablas– se instaura en Roma una libertad testamentaria que permite, como veremos en el presente trabajo, incluso agotar en legados la totalidad del patrimonio hereditario.

<sup>284</sup> Ribas Alba, como Voci, considera que el formalismo propio del lenguaje arcaico es enemigo de la posibilidad de que *legare*, entendido como atribución a título particular plasmada en el testamento, pudiese emplearse para referir nada menos que la *heredis institutio*. J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación*

El legado encuentra, por tanto, en Roma una primera manifestación en la ley de las XII Tablas, tal y como ha defendido aquella parte de la doctrina que ha abordado el estudio de las fuentes jurídicas arriba referidas en el sentido que considero más lógico y literal. En lo que concierne a cuál de las distintas formas de testamento conocidas en la Roma arcaica pudo contener este tipo de legado, sabemos a ciencia cierta que el *testamentum calatis comitiis* existía claramente en época predecenviral, por lo que a él sin duda debía referirse la regla *uti legassit*. No es descartable tampoco que estas liberalidades se admitiesen igualmente en el también estudiado *testamentum in procinctu*, pero la certeza, más o menos asentada doctrinalmente, de que su aparición histórica es posterior a la del testamento comicial y la imposibilidad de datar su momento de origen con una mínima precisión dificulta, a mi juicio, la posibilidad de afirmar con demasiada rotundidad que los decenviros pensasen en esta forma específica de testamento al redactar la Tab. V,3, si bien tal eventualidad no puede descartarse a la ligera, precisamente por la ya varias veces apuntada escasez de información que sobre esta modalidad testamentaria tenemos.

Este legado de la ley decenviral, además, no parece poder recaer sobre aquellos bienes que integran la masa hereditaria (*familia*) sino sobre otros de menor valor respecto de los que se hubiese admitido una titularidad privada del *paterfamilias* testador (*pecunia*). La expresión *familia pecuniaque*, aparecida en algunos de los textos ya estudiados, evidencia a las claras esa dicotomía entre bienes familiares e individuales antes de que la instauración de la libertad de testar haga inservible tal distinción, hecho este último que se evidencia por el uso exclusivo del término *pecunia* para nombrar a la *hereditas* toda en lo que supone un triunfo de la voluntad del individuo sobre la del conjunto<sup>285</sup>. A lo largo de las siguientes páginas estudiaremos cómo se instauró esa libertad de disponer a propia voluntad sobre el destino de la *res familiaris* tras la muerte,

---

*injustificada*, cit. 117. Sobre *legare*, véase T. LEWIS – C. SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1987) 1027 ss.

<sup>285</sup> Triunfo este nunca absoluto, sin embargo, en la medida en la que encontrará serias limitaciones en lo concerniente a la prodigalidad, *querella inofficiosi testamenti*, *lex Falcidia*, etc. Sobre la expresión *familia pecuniaque*, G. DIÓSDI, *Familia pecuniaque*, en *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* 12 (Budapest 1964); J. ZLINSKY, «Familia pecuniaque», en *Index* 16 (Napoli 1988) 32 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. 90 s.



libertad esta que choca tanto con la noción arcaica de *successio* como con las primeras formas de testamento conocidas en Roma y el legado que a ellas iba aparejado.

#### 1.4. La semilla del testamento libral: la *mancipatio familiae*.

Si fechar el momento de la aparición histórica en Roma del testamento, en su forma *calatis comitiis*, es tarea de por sí complicada, como hemos tenido oportunidad de ver en páginas anteriores del presente trabajo, debe decirse que tampoco resulta fácil cualquier intento de acercarnos al momento de su desaparición en beneficio de otras formas testamentarias en las que se confiere mayor relevancia a la *voluntas* del testador para con el futuro de su propio patrimonio. La propia crisis de los comicios por curias debió de mostrarse, indudablemente, como un agente negativo de cara a la pervivencia del testamento comicial junto con elementos religiosos como el progresivo debilitamiento del antes inseparable tándem familia-herencia, tan propio del derecho arcaico, y que resulta observable ya desde el siglo IV a.C.<sup>286</sup>. A ello debe añadirse igualmente el ya referido carácter embarazoso de las formalidades requeridas para realizar el testamento comicial: la presencia del *populus* reunido en la asamblea presidida por el *pontifex maximus* debió hacerse paulatinamente difícil, tal y como señala Biondi<sup>287</sup>, y no es de extrañar, pues, que surgiesen nuevas formas de transmisión del patrimonio hereditario realizables sin tener que esperar a las concretísimas fechas en las que resultaba aceptable la realización del acto testamentario ante las curias ni a la inminencia de una batalla, tal y como ocurría con el *testamentum in procinctu*.

En el sustrato de la crisis del *testamentum calatis comitiis* encontramos, pues, causas tales como la pérdida de trascendencia tanto de los *comitia curiata* como de los *sacra familiaria* en esta época, crisis ambas que en verdad pueden relacionarse con las

---

<sup>286</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 140 s. El autor señala que la afluencia de nuevos cultos, que proliferan en esta época, no son sino una manifestación de una «crisis de confianza los propios valores. Esta situación repercutió en la religión doméstica y debió de relativizar en alguna medida la trascendencia de los *sacra familiaria*. El culto a los antepasados perdió su posición de claro predominio».

<sup>287</sup> B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 41. La crisis de los comicios por curias como uno de los principales elementos desencadenantes de la desaparición del testamento comicial ha sido también apuntada recientemente por S. CASTÁN, *op. cit.* 227.

bien conocidas transformaciones políticas y sociales de los años posteriores a la ley de las XII Tablas que debieron conducir a una patrimonialización de una herencia que se distancia ya forzosamente del carácter inmovilista y conservador para con la propia *res familiaris* que caracterizaba a la *successio* arcaica<sup>288</sup>. Estas exigencias son las que explican, sin duda, la aparición de la *mancipatio familiae*, que en época postdecenviral y antes del surgimiento del *testamentum per aes et libram*, termina por erigirse en la forma ordinaria de disponer *mortis causa* del propio patrimonio, contribuyendo, pues, en no poca medida, a la definitiva desaparición de un *testamentum calatis comitiis* que se adaptaba ya mal a la nueva realidad social y económica. Fue así como en la práctica se empleó la regla de la Tab. VI,1 de la ley decenviral -*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*<sup>289</sup>- como herramienta de transmisión del patrimonio hereditario eludiendo el rigor formal del testamento primitivo.

En lo concerniente a la datación de este momento histórico de crisis del testamento comicial y de aparición de la *mancipatio familiae* puede decirse lo siguiente. Del mismo modo que la ausencia de menciones al *testamentum in procinctu* en la ley decenviral se ha interpretado en el sentido de que esta forma de testamento quizá fuese aún desconocida en época de los decenviros, otro tanto se ha apuntado con relación a la *mancipatio familiae*. Probablemente no es a ella, sino al *testamentum calatis comitiis*, al que se refiere indirectamente la regla *si intestato moritur*, por cuanto la introducción de la solemnidad libral nos sitúa ya en un estadio inmediatamente anterior al de la aparición del *testamentum per aes et libram*. Si existía o no, por tanto, la *mancipatio familiae* en el tiempo de las XII Tablas y convivía ya entonces con el testamento comicial es algo difícil de precisar<sup>290</sup>, pero que su introducción es posterior a este último no ofrece ninguna duda a juzgar por las palabras de Gayo que se refieren precisamente a los testamentos *calatis*

---

<sup>288</sup> Floriana Cursi apunta que, en efecto, existen razones de orden económico que explican el recurso a la *mancipatio familiae* como forma de ordenación del futuro del patrimonio hereditario. Cfr. M. FLORIANA CURSI, *op. cit.* 194 s.

<sup>289</sup> Véase *FIRA I*, p. 43.

<sup>290</sup> Fuenteseca considera que la *mancipatio* decenviral debía existir ya incluso con anterioridad a la ley de las XII Tablas. Cfr. M. FUENTESECA, *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, en *SCDR* 29 (Madrid 2016) 137. Sobre la *mancipatio* en época decenviral, véase O. BEHRENDTS, *La mancipatio nelle XII Tavole*, en *Iura* 33 (Napoli 1982) 46 ss.

*comitiis e in procinctu* como originarios (*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt*) y a la *mancipatio familiae* como aparecida posteriormente (*Accessit deinde tertium genus testamenti*)<sup>291</sup>. Como apuntábamos, lo más lógico es, pues, pensar que esta forma de testamento debió surgir en el marco de la citada crisis de la vieja idea de la unión entre familia y religión en el siglo IV a.C. y con anterioridad a la ley Furia testamentaria, «ya que esta diseña un régimen limitativo fundado en la cognación, que luego se repite en la *lex Furia*», siguiendo las palabras de Ribas Alba<sup>292</sup>.

Gai. 2,102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur*<sup>293</sup>.

Gai. 2,103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

---

<sup>291</sup> Gai. 2,101 y 102, respectivamente.

<sup>292</sup> G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, en *Iura* 50 (Napoli 1999) 164 s.; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit.142. En torno a esta idea, S. CASTÁN, *op. cit.* 227.

<sup>293</sup> No es de Gayo, como se ve, de quien proviene la expresión *mancipatio familiae* (o mejor, *familiae mancipatio*), sino del autor del *Epitome Ulpiani*. *Ep. Ulp.* 20,9: *In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti rell.* También *Ep. Ulp.* 28,6: *Etiam si iure ciuili non ualeat testamentum, forte quod familiae mancipatio uel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium ciuium Romanorum signis, bonorum possessio datur.* Sobre este particular, véase F. TERRANOVA, *Sulla natura «testamentaria» della cosiddetta mancipatio familiae*, en *AUPA* 52 (Palermo 2007-2008) 315 ss.

Frente al ya apuntado silencio de la ley de las XII Tablas a propósito de la *mancipatio familiae* es nuevamente Gayo nuestra principal fuente de conocimiento. Nos encontramos, según señala Gai. 2,102, ante una tercera forma de ordenación de la *successio* introducida, como acabamos de señalar, en fecha posterior al *testamentum calatis comitiis* y al *testamentum in procinctu*, y que buscaba beneficiar a aquella persona que se encontrase en peligro de muerte (*si subita morte urgebatur*) y que no hubiese testado previamente mediante ninguna de aquellas dos formas originarias. Estamos, pues, ante una clara superación de las rígidas exigencias formales de esos dos testamentos: gracias a la introducción de la *mancipatio familiae*, la jurisprudencia pontifical permite que el transmitente no tenga que esperar ni a una inminente batalla ni a la llegada de los dos días al año en los que se permitía realizar el testamento comicial. El mecanismo a través del cual se llevó a cabo este proceso solo puede ser calificado, además, como ingenioso y típicamente romano: en lugar de introducirse una nueva e innovadora forma de testamento, se recurre a la venta, *inter vivos*, naturalmente, del patrimonio familiar a un amigo, que a la muerte del *mancipio dans* deberá distribuir los bienes tal y como aquél le hubiese indicado. La práctica, de este modo, de que quien se encuentra en peligro de muerte e intestado recurra a la solemnidad del metal y la balanza implicará, así, que con el correr del tiempo las formas antiguas de testar caigan en desuso y que solo termine por existir el *testamentum per aes et libram*, que pasará a tener, además, características distintas<sup>294</sup>.

La doctrina, si bien se ha hecho cargo de la dificultad que entraña determinar la naturaleza de la *mancipatio familiae*<sup>295</sup>, ha tendido mayoritariamente a considerarla como una transmisión fiduciaria del patrimonio hereditario<sup>296</sup>, criterio este del que disiente en

---

<sup>294</sup> M. FUENTESECA, *op. cit.* 112 s.

<sup>295</sup> Lévy-Bruhl hablaba de la dificultad que implica aclarar la naturaleza de la *mancipatio familiae*, que ni puede ser considerada una mera venta, ni tampoco un genuino testamento. H. LÉVY-BRUHL, *Nature de la mancipatio familiae*, en *Festschrift Schulz 1* (Weimar 1951) 253. Cfr. M. FUENTESECA, *op. cit.* 111.

<sup>296</sup> Me remito en este punto a lo expuesto por Terranova en fecha aún reciente, como amplias referencias bibliográficas. F. TERRANOVA, *Sulla natura «testamentaria»*, *cit.* 301 n. 2; B. BIONDI, *Sucesión*, *cit.* 40 ss.; S. SOLAZZI, *Una data per la storia*, *cit.* 150; G. GROSSO, *Il legato*, *cit.* 14; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, *cit.* 141; A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, *cit.* 88 s.; J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *El Derecho*, *cit.* 78; S. CASTÁN, *op. cit.* 254 s.; G. COPPOLA BISAZZA, *op. cit.* 167.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 89. La idea de que este

fecha muy reciente Fuenteseca<sup>297</sup>. ¿Puede considerarse a esta figura como un verdadero testamento? Primeramente, es preciso señalar que Gayo equipara, en efecto, a esta mancipación con el *testamentum*, al tiempo que refiere que el *emptor* no es instituido heredero. Pues bien, recordemos aquí entonces que esto último, la *heredis institutio*, es,

---

*accipiens* es realmente un adquirente fiduciario de cuya *fides* depende la adquisición de los bienes hereditarios por las personas señaladas por el *mancipio dans* ha llevado, en efecto, a la doctrina a considerar que este último no es realmente heredero *stricto sensu* y que la propia *mancipatio familiae* no es una verdadera forma de testamento, pues a fin de cuentas, la adquisición última de los bienes señalados por el transmitente se realiza no directamente a través suya de él, sino del comprador, que los tiene entre tanto provisionalmente. Siguiendo estos planteamientos, realmente la función de esta adaptación de la *mancipatio* parece emparentarse, más que con el testamento en sí mismo, con las figuras del legado y el fideicomiso, y el propio Gayo parece dejar constancia expresa de ello al escribir que en el testamento libral clásico es el *heres* instituido, y no un tercero que actúa como comprador, quien desarrolla esa función de dar cumplimiento a los *legata*, a los que se refiere por su nombre (*nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur*). Mientras que en el *testamentum* clásico la adquisición de los legados depende, por tanto, de la actividad del *heres*, en la *mancipatio familiae* lo hace de la del *familiae emptor*, que bien puede no ser el destinatario final de ningún bien hereditario. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 284 n. 15. Para Voci, la *mancipatio familiae* constituye un negocio puro y estrictamente fiduciario: solo a la muerte del causante se convierte el *familiae emptor* en titular de un patrimonio del que es distribuidor y no heredero, y si Gayo afirma que ocupa la posición de heredero (*heredis locum optinebat*), ello es tan solo por comparación con los poderes del *heres* clásico. A favor del carácter fiduciario de la *mancipatio familiae*, cfr. P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto romano* (Torino 1957) 243; H. LÉVY-BRUHL, *op. cit.* 262; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 47; A. TORRENT, *Venditio hereditatis. La venta de la herencia en Derecho romano* (Salamanca 1966) 75 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 143; S. CASTÁN, *op. cit.* 256; M. FLORIANA CURSI, *op. cit.* 186. Por el contrario, Terranova, contra la doctrina mayoritaria, afirma la naturaleza testamentaria de la *mancipatio familiae* y niega que esta figura tuviese realmente un carácter autónomo respecto del *testamentum per aes et libram*, viniendo realmente a constituir para él una suerte de primera manifestación del mismo. F. TERRANOVA, *Sulla natura «testamentaria»*, cit. 301 ss.

<sup>297</sup> M. FUENTESECA, *op. cit.* 111 ss. y 118 n.10. La autora defiende que no debe relacionarse a la *mancipatio familiae* con la *fiducia cum amico*: no se crea una relación obligatoria con este último, sino que más bien se permite que el transmitente pueda hacer testamento conforme a la ley pública aceptando la *familia*. Además, la *fiducia cum amico* se extingue al cabo del año por la *usureceptio* del *paterfamilias*, tal y como se expone en Gai. 2,60. Fuenteseca entiende, también en este punto, que es lógico esperar que el transmitente debiera tener plena seguridad de que su voluntad iba a ser respetada, lo cual sería imposible de tratarse la *mancipatio familiae* de un acto de naturaleza fiduciaria, aun contando con la posibilidad de ejercitar, producido ya el indeseable incumplimiento, la *actio fiduciae*.

según el propio jurista, *caput et fundamentum totius testamentum* (Gai. 2,229). El hecho, pues, de que este último escriba –Gai. 2,103– que el *accipiens* obtiene la posición del heredero (*heredis locum obtinebat*) no implica entonces que lo sea<sup>298</sup>. El *familiae emptor*, por tanto, no era formalmente heredero, e incluso podía coexistir con los propios *sui heredes*. De aquí se concluye entonces que, de entrada, la *mancipatio familiae* y el *testamentum per aes et libram* diferían en que mientras que en este último hay una verdadera *heredis institutio* y se mantiene la forma mancipatoria tan solo para imitar a los *veteres*<sup>299</sup>, en el caso de la *mancipatio familiae* lo que encontramos es a un tercero que hace las veces de comprador de la *familia*, ocupando el puesto de heredero y la distribuyéndola siguiendo la voluntad del causante, tras la muerte de este.

Es preciso que nos preguntemos, en este punto, si suponía la *mancipatio familiae* la transmisión del *dominium* de la *familia* al *emptor* o la asunción por parte de este de una obligación con respecto de aquella. La creencia por parte de la doctrina de que se transmitía, en efecto, la propiedad (o una propiedad fiduciaria) ha implicado ciertamente que se discuta sobre cuáles eran los bienes que podrían transmitirse mediante este sistema, sin resultados claros<sup>300</sup>. En relación con esta problemática de determinar qué es aquello

---

<sup>298</sup> M. FLORIANA CURSI, *op. cit.* 191. Fuenteseca, por su parte, refuerza la idea de que estamos ante dos situaciones diferenciadas refiriendo que tal distinción opera plenamente en el ámbito del testamento *per aes et libram*, en el que hay, de un lado, quien hace las veces de comprador, y del otro, un heredero. En palabras de la propia autora, «la condición de heredero no la tenía el que se colocaba en el lugar del heredero, sino el que se situaba en el lugar del difunto, sucediéndole en la universalidad de sus derechos». Cfr. M. FUENTESECA, *op. cit.* 113 s.

<sup>299</sup> En lo que concierne a este término, usado por Gayo en el fragmento que estudiamos, véase. M. SERRANO-VICENTE, *Sobre la pluralidad de significados del término veteres en la jurisprudencia romana*, en *Annaeus 2* (Sevilla 2005) 381 ss.

<sup>300</sup> En este punto, Voci señala la posibilidad de que el adquirente recibiese, como mero detentador, la custodia de los bienes hereditarios, sin devenir propietario hasta la muerte del causante. Cfr. P. VOCCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 87 ss. Watson, por su parte, pone de relieve el hecho de que el *emptor* no manifestaba que la propiedad pasase a él. Cfr. A. WATSON, *Rome of the XII Tables, cit.* 140. Floriana Cursi, a su vez, apunta que «un acquisto immediato del familiae emptor sarebbe compatibile con una natura fiduciaria dell'atto», señalando que el comprador se limita a decir que el patrimonio queda bajo su custodia, dejando la titularidad y disponibilidad del mismo al *de cuius* hasta su muerte. Cfr. M. FLORIANA CURSI, *op. cit.* 189.

que se transmite<sup>301</sup>, obsérvese, pues resulta interesante, el uso del término *familia* por parte de Gayo en Gai. 2,102, que inmediatamente explica en el sentido de patrimonio (...*amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat*). Es lógico aquí el empleo de *familia*, en lugar de *pecunia*, cuyo uso para referir la totalidad de la masa hereditaria es más tardío, como hemos expuesto ya. Ahora bien, quizá el hecho de que Gayo no recurra a la expresión *familia pecuniaque* pudiera interpretarse en el sentido de que tan sólo los bienes transmisibles a los *heredes sui* podían ser objeto de *mancipatio familiae*, y no aquellos pertenecientes a la originaria concepción de *pecunia*, privativos del *paterfamilias*, respecto de los que se permitiría el legado, hipótesis esta que tiene, desde luego, un alto contenido de especulación. En un sentido contrario, Ribas Alba plantea la posibilidad de que, de un lado, la *mancipatio familiae* sólo fuese admisible respecto de esos bienes privativos del *paterfamilias*, y del otro, de que, aceptado lo anterior y dando por sentada la existencia de esta figura en época de las XII Tablas, esta fuese el mecanismo por el que se ejercitase en la práctica la regla *uti legassit*. De este modo, más que una suerte de antecedente del legado *per vindicationem* clásico, este precepto decenviral aludiría a la posibilidad de enajenar por la solemnidad del bronce y la balanza aquellos bienes que hubiesen sido de titularidad privada del *paterfamilias*<sup>302</sup>.

---

<sup>301</sup> En un sentido contrario, precisamente es también el recurso a la forma mancipatoria el que permite, igualmente, excluir que pudiesen transmitirse deudas y créditos, pues el carácter personalísimo de la antigua relación obligatoria suponía su extinción por la muerte del deudor, tal y como señala Biondi. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 40 n. 13 y 47. Una defensa de la *hereditas* antigua como conjunto de bienes estrictamente corporales susceptibles de *mancipatio* y *usucapio* puede encontrarse en U. COLI, *Il testamento*, cit. 24 s. Cfr. P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, 3 (Torino 1926) 266 n.1. Tampoco los *sacra familiaria*, el *ius sepulchri* o el derecho al patronato serían transmisibles por la vía de la *mancipatio*: incluso consagrada ya la libertad de testar con el *testamentum per aes et libram* no es posible transferir a un *extraneus* el culto familiar, que sigue un régimen propio del que ya hemos hablado. Véase P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 93.

<sup>302</sup> Cfr. J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 142. Esta hipótesis, que el autor expresa con cautela y tan solo a título de mera posibilidad, precisa, de un lado, que la *mancipatio familiae* existiese ya en época en las XII Tablas; del otro, que Gayo se refiere tan solo a los bienes privativos del *paterfamilias* como aquellos que pueden ser objeto de transmisión por mancipación. Ahora bien, el hecho de que Gayo sienta la necesidad de explicar la significación arcaica del término *familia* como equivalente de patrimonio bien puede evidenciar su voluntad de expresarse de manera acorde con el lenguaje arcaico, de manera que, si para este, *familia* designa el conjunto de bienes que se transmiten forzosamente a los *sui*, Gayo habría hecho entonces el esfuerzo de utilizarlo y explicarlo para cometer un error al confundirse con la concepción

Fuenteseca defiende una idea distinta, partiendo de la base de que el *emptor* no adquiere realmente la propiedad de la *res familiaris*. En su opinión, esto último se hace difícil de creer porque el *paterfamilias* fallece sin conocer si su voluntad será realmente atendida: no estaríamos, pues, en su opinión, ante un acto traslativo del *dominium*, sino ante un *negotium testamenti ordinandi gratia* (Gai. 2,105) en el que el *emptor* de la *familia* manifiesta comprarla, antes de golpear la balanza con el cobre, con la finalidad, ni más ni menos, de que el transmitente pueda hacer testamento (Gai. 2,104). Así, la *mancipatio familiae* tendría por finalidad la materialización de lo que sea referido por las partes en el momento de celebrarla, y de ahí que Gayo use tres veces la expresión *dicis causa* o *dicis gratia* (Gai. 2,103; 2,104; 2,252). De este modo, se realizaría una *imaginaria venditio*, y nada más que eso, mediante la solemnidad libral, que permitiría al *paterfamilias* pronunciar su *nuncupatio* ante los cinco testigos, manifestando así cómo querría que se repartiese su patrimonio tras su fallecimiento. Mientras que en el *testamentum per aes et libram*, el transmitente llevaría ya en la mano las tablillas del testamento, que confirmaría en su *nuncupatio* (Gai. 2,104), en el caso de la *mancipatio familiae*, esta última sería una *rogatio* al *familiae emptor* destinada a hacerle conocer su idea sobre el futuro del patrimonio familiar, conforme a la regla *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* de la Tab. VI,1 de la ley decenviral (Fest. 173): es derecho lo manifestado al hacer la *mancipatio* o el *nexum*, y por tanto, ha de cumplirse, y de ahí la necesidad de los testigos<sup>303</sup>. En la *nuncupatio* de la *mancipatio familiae* se consigue, pues, que el transmitente llegue a testar, y, además, puede encargar al *accipiens* que transmita, como se sabe, a otra persona el patrimonio familiar, persona esta que quedaría entonces equiparada al *heres suus* en la medida en la que a ella le corresponderán los derechos que, junto con las acciones, recaigan sobre los bienes de la *hereditas*. Este *extraneus* se hará así copropietario de los bienes hereditarios con los *sui*

---

más antigua de *pecunia*, directamente antitética. Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 97. Para Voci, tanto la *mancipatio familiae* como el posterior *testamentum per aes et libram* son instrumentos creados con la finalidad de articular la transmisión del patrimonio hereditario íntegro, realidad esta que, a su juicio, se encuentra en el sustrato de la conocida regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

<sup>303</sup> M. FUENTESECA, *op. cit.* 115 ss.



con quienes concurra<sup>304</sup>, si bien el testador puede, naturalmente, atribuirle la totalidad de la masa hereditaria limitándose a mencionar o a desheredar a los demás. Esta transmisión de la herencia del primer adquirente a favor de un tercero habría de hacerse, lógicamente, mediante otra *mancipatio nummo I*, cuya finalidad no era ya que el causante testase, lo cual ya se había producido, como decimos, con la primera mancipación, sino un cruce de estipulaciones entre transmitente y adquirente destinadas a operar la efectiva transmisión patrimonial y la adecuada tutela procesal<sup>305</sup>. En palabras de Fuenteseca, «según el antiguo precepto decenviral, la *nuncupatio* sería cumplida como norma jurídica (*ita ius esto*), y esto significa que al segundo *familiae emptor* se le ofrecería la *familia* para su aceptación siempre, con independencia de que el primer *familiae emptor* viviese o no tras el fallecimiento del testador, con lo cual, con el paso del tiempo, terminó por convertirse en innecesario el cruce formal de estipulaciones»<sup>306</sup>.

En conclusión, no es posible considerar a la *mancipatio familiae* como una verdadera forma de testamento, ni como heredero al *familiae emptor*. Más bien, esta figura terminó por convertirse en el *testamentum per aes et libram* por motivos prácticos, dado que el cruce de estipulaciones en la segunda mancipación acabó por entenderse, en palabras de Fuenteseca, como un “requisito superfluo”: en el *testamentum* clásico bastará, por tanto, con que el transmitente, portando las tablillas, manifieste testar ante los testigos, el *libripens* y el adquirente ficticio, y el derecho pretorio considerará válido el testamento, en el que aun faltando alguna de estas exigencias, se observen, como es sabido, las firmas de siete testigos ciudadano (*Ep. Ulp.* 28,6)<sup>307</sup>. Con el testamento libral encontraremos así, finalmente, disposiciones a favor del heredero y del legatario, e institución de heredero,

---

<sup>304</sup> Apunta Floriana Corsi que, de este modo, con la *mancipatio familiae*, como con la Tab. V,3 de la ley decenviral, se hace posible que el causante deje bienes singulares a persona distinta del *heres suus*, viniendo a constituir en este punto, pues, una forma de sucesión que podría entenderse como alternativa al testamento. Cfr. M. FLORIANA CURSI, *op. cit.* 194.

<sup>305</sup> M. FUENTESECA, *op. cit.* 127 n.25: Según la autora, este es el origen del fideicomiso (Gai. 2,248; 2,249).

<sup>306</sup> Este cruce de estipulaciones se suprimió con el SC. Trebeliano (D. 36,1,1,1 [Ulp. 3 *fideic.*]; IJ. 2,23,4), de época de Nerón (siendo cónsules Trebelio Máximo y Séneca). Cfr. *Ibid.* 127 n. 26.

<sup>307</sup> *Ibid.* 135 s.

y más tarde, con la aparición de la *lex Falcidia*, quedará en buena manera asegurada la eficacia del propio testamento mediante la aceptación del *heres scriptus*<sup>308</sup>.

#### 1.5. *Testamentum per aes et libram*.

Ya hemos tenido ocasión previamente de estudiar el fragmento D. 50,16,120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*), en el que Pomponio, además de reproducir la regla *uti legassit suae rei, ita ius esto* de la Tab. V,3 de la ley decenviral del mismo modo en el que la refiere Gai. 2,224, señala también que de ella deriva la *heredis institutio*, así como los legados, las manumisiones y las asignaciones de tutores testamentarios. Hemos apuntado ya, igualmente, que esta afirmación constituye una realidad incuestionable, habida cuenta de que la *interpretatio* de ese precepto de las XII Tablas traerá aparejada, en efecto, hacia el siglo IV a.C. la aparición de la libertad para testar en Roma, libertad esta, no lo olvidemos, que nunca llegará a alcanzar un valor absoluto, tal y como ponen de manifiesto figuras como la prodigalidad, el régimen adoptivo, ciertos aspectos del patronato y las propias leyes que limitaban la posibilidad de realizar un número de legados que pudiese considerarse como excesivo y perjudicial, por tanto, al *heres*<sup>309</sup>. Por último, se ha apuntado que el sentido originario de la regla *uti legassit*, antes de operarse tal *interpretatio* jurisprudencial, debió referirse probablemente a lo que puede considerarse

---

<sup>308</sup> M. FLORIANA CURSI, *op. cit.* 193. Fuenteseca considera que la ley Falcidia ultima la conversión de la *mancipatio familiae* en el testamento *per aes et libram*: el único modo de asegurar la eficacia del testamento es garantizar la aceptación del *heres scriptus*, que no tiene por qué ser necesariamente un *suus*. Los elementos definidores, así, del testamento clásico, vendrían a ser la *heredis institutio* y la adición del heredero a efectos de que llegase a desplegar sus efectos. Cfr. M. FUENTESECA, *op. cit.* 129 ss.

<sup>309</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, *cit.* 115 y 143, con bibliografía sobre el testamento libral. Si esta libertad de testar que aparece con la introducción del *testamentum per aes et libram* nunca llega a ser de carácter plenamente ilimitada, menos aún puede afirmarse, obviamente, que existiese en época arcaica. Para el autor, tal libertad chocaría, lógicamente, con la ya referida naturaleza familiar y religiosa de la más antigua idea de *hereditas*. También P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 96 s. Cfr. P. BONFANTE, *L'origine dell'hereditas*, *cit.* 102; G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus e le Dodici Tavole*, en *Labeo* 10 (Napoli 1964) 352 ss.

como un antecedente del *legatum per vindicationem* con el que, empero, no llega a identificarse según el sentir de la doctrina<sup>310</sup>.

Lo que se contiene en el texto de Pomponio no es otra cosa que la afirmación de que la libertad de testar se funda, encuentra su principal punto de apoyo, en lo escrito por ellos en la Tab. V,3. Con todo, la doctrina ha acusado al fragmento de interpolación y al pensamiento romano de buscar un engrandecimiento desmedido del papel de la ley decenviral como *fons omnis publici privatique iuris*. Voci señala que las palabras de las XII Tablas con las que se abre el texto pertenecen probablemente a Quinto Mucio Escévola, tal y como se ha señalado ya. Pomponio intervendría después haciendo una exégesis del precepto decenviral en la que quizá describiría los instrumentos legislativos a través de los cuales se limitó, ya en época clásica, la libertad de testar, exposición esta que, a juicio del autor, debió ser mutilada por los compiladores hasta reducirla a su mínima expresión (*sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium*)<sup>311</sup>. La idea de Voci es, por tanto, la de que el texto originario de Pomponio desarrollaría con mayor amplitud la explicación de tres fases históricas bien diferenciadas en lo que concierne a la libertad de testar: la propia de la época decenviral, la de la posterior *interpretatio* jurisprudencial, y por último, la de las leyes limitadoras de tal libertad. Ahora bien, aceptar que tal manipulación del fragmento aconteció en la medida en la que Voci la refiere no es obstáculo alguno para defender la credibilidad de la idea de fondo sobre la que escribe el jurista: que el pensamiento jurídico romano terminó por considerar a la regla *uti legassit* como la piedra angular de una libertad testamentaria que ni nació plena ni experimentó en época clásica un desarrollo legislativo tendente a

---

<sup>310</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 21 s. y 90. El legado clásico presenta características que lo distancian, en opinión de Voci, de su precedente arcaico al que se refiere la Tab. V,3. Hay que decir, empero, que este último sí se nos manifiesta como una disposición *mortis causa* a título particular que se da de forma inseparable de la sucesión testada. Tampoco parece ausente el principio de accesoriedad del legado respecto de la *heredis institutio* en el *testamentum calatis comitiis*: si este último consistía en una suerte de *adrogatio*, el arrogado adquiriría entonces *ipso iure* la condición de heredero a la muerte del arrogante sin descendencia, pues, a fin de cuentas, la arrogación es una institución destinada a que un *extraneus* pierda su condición de tal y pase a integrar la familia. El efecto del testamento comicial vendría a ser, pues, el de naturalizar, paradójicamente, la sucesión intestada del extraño arrogado, ya que no existe aún la figura del heredero voluntario. Cfr. S. SOLAZZI, *Una data per la storia, cit.* 150.

<sup>311</sup> G. GROSSO, *Il legato, cit.* 8; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 3 ss.

concederle carácter ilimitado. Fernández Barreiro lo expresa con claridad: «Tal vez por tratarse de una creación propia, la Jurisprudencia apostó decididamente por el testamento como modo de ordenar la sucesión hereditaria en coherencia con la tradicional función que como administrador correspondía al *officium* del *paterfamilias*. Lo introdujo y difundió con éxito en los usos sociales, convirtiéndose en un resultado no deseable la sucesión intestada. La acogida social que recibió el testamento fue debida, sin duda, a su conversión en un acto negocial que permitía adoptar previsiones sobre todos los aspectos relacionados con la sucesión; para tales objetivos, la Jurisprudencia operó desde la interpretación extensiva del precepto de la ley decemviral, que en su contexto inicial permitía realizar actos dispositivos *mortis causa* sobre las pertenencias propias del causante; a partir de esa legalidad, la Jurisprudencia entiende atribuida al testador una *latissima potestas* en la ordenación de la sucesión hereditaria, pudiendo, en consecuencia, instituir herederos, disponer legados y manumisiones, designar tutores y, en general, adoptar cuantas medidas considere oportunas<sup>312</sup>».

Naturalmente, la idea de que la libertad de testar proviene, por la vía de la *interpretatio*, de la regla *uti legassit*, trae consigo dos consecuencias:

1. Hay que rechazar entonces, lógicamente, la posibilidad de que las XII Tablas se refieran tanto a esa gran libertad como al propio *testamentum per aes et libram*. Este último, ya lo hemos dicho, encuentra su antecedente inmediato en la figura de la *mancipatio familiae*, constituyendo una evolución de esta que habría sido harto improbable en época de los decenviros –de hecho, como ya se ha señalado, ni siquiera hay una rotunda certeza de que por entonces se recurriese a la forma mancipatoria como vehículo de ordenación de la sucesión hereditaria. Piénsese en este punto que la transmisión mediante la solemnidad libral de la *familia*, regida por el principio de la *unitas actus*<sup>313</sup>, incorpora dos importantes novedades respecto del anterior régimen del

---

<sup>312</sup> G. GROSSO, *Il legato*, cit. 8; P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 11 y 21; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 285; L. MINIERI, *op. cit.* 281.

<sup>313</sup> D. 28,1,21,3 (Ulp. 2 *ad Sab.*): *Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*. Las declaraciones formales del adquirente y del mancipante deben, pues, realizarse seguidamente, ante la presencia de los testigos y del *libripens*. P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*.

testamento comicial: no se requiere ya de la presencia del *populus* reunido en asamblea, sino de la del propio transmitente, que porta consigo las *tabulae testamenti*<sup>314</sup>, el *familiae emptor*, los cinco testigos y el *libripens*<sup>315</sup>, constituyendo entonces un acto oral<sup>316</sup>

---

*Parte speciale: Successione ab intestato – Successione testamentaria. Seconda edizione rifatta* (Milano 1963) 73.

<sup>314</sup> En relación con las tablillas testamentarias, de las cuales se admiten tan sólo las que efectivamente porte consigo el testador en presencia de los testigos y no otras que pudiesen permanecer ocultas, debe señalarse que el *testamentum* dispone, tal y como señala Voci, de una vida independiente de ellas, por lo que no debe caerse en la confusión de considerar a testamento y *tabulae* como una misma realidad. Una cosa es, por tanto, el momento de redacción del documento, que puede prolongarse temporalmente cuanto desee el testador (a ello se refiere Séneca al escribir en *De beneficiis* sobre la complejidad que puede entrañar el justo reparto de los bienes hereditarios: Sen. *de benef.* 4,11,4), que es libre de introducir en él cuantas modificaciones desee, pues no es aún más que un mero proyecto de testamento despojado de valor jurídico, y otra bien distinta el de la perfección del negocio ante el *familiae emptor*, el *libripens* y los testigos. El testamento, por tanto, no deja de ser válido por la simple pérdida física del documento escrito, siempre y cuando se conserven otras copias idénticas al original, de lo que se desprende también que la destrucción intencionada de estas *tabulae testamenti* no puede equivaler por sí misma a una rescisión del testamento. P. VOCCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo, cit.* 68 s. y 81 s.

<sup>315</sup> No todos pueden ser, naturalmente, *familiae emptor* o *libripens*. Esta posibilidad se restringe al varón púber, libre y ciudadano que no haya sido declarado pródigo ni loco ni sea mudo ni sordo y que no se encuentre sujeto a la potestad del testador (o del *familiae emptor*, en el caso del *libripens*). Por la misma razón tampoco se admite que estas funciones sean ejercidas por el *paterfamilias* del *familiae emptor*, si este sigue aún bajo su *potestas*, o por el hermano de este último, cuando está sujeto a la potestad del mismo *pater*. Ep. Ulp. 20,7; D. 28,1,18 pr. (Ulp. 1 *ad Sab.*); Gai. 2,105; D. 22,5,6 (Lic. 2 *reg.*). En lo que concierne a los cinco testigos, aunque pudiese darse en la práctica, su papel principal no era el de firmar documento alguno, sino el de visualizar y escuchar el acto de perfección del testamento a través de la forma de la *mancipatio*. El *ius civile* admitió la posibilidad de que actuaran como testigos personas que resultaban beneficiadas en las *tabulae testamenti* (el instituido heredero, el legatario, quienes les tuviesen bajo su *potestas* o los que estuvieran bajo la de ellos), pues precisamente el contenido de las mismas se mantiene secreto durante la realización de la solemnidad libral. Los *improbi et inestabiles*, en cambio, tenían vetada la posibilidad de actuar como testigos como pena accesoria a delitos tales como el de adulterio, difamación, *repetundae*, etc. Sobre este particular, *ibid.* 71.

<sup>316</sup> Todos los *gesta per aes et libram* se caracterizan por su oralidad, rasgo este del testamento clásico que Voci relaciona con la *stipulatio* -refiriendo fragmentos de Paulo (D. 17,2,71 pr. [Paul. 3 *epit. alf. dig.*]; D. 45,1,140 pr. [Paul. 3 *ad ner.*])- que también remite a un documento escrito (*haec, quae... scripta sunt, dari*

personalísimo, unilateral y revocable<sup>317</sup>; además, la concesión al testador de la posibilidad de transmitir el patrimonio familiar mediante la solemnidad libral debió traer consigo, de

---

*spondes? Spondeo*). *Stipulatio* y testamento libral combinan, por tanto, la oralidad con una escritura destinada a dotarla de certidumbre. *Ibid.* 69.

<sup>317</sup> B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 47. Obsérvese cómo la presencia del *familiae emptor* busca mantener la apariencia de bilateralidad de un negocio jurídico que ha adquirido, sin embargo, un carácter obviamente unilateral. El recurso a esta ficción de bilateralidad era, pues, necesario para mantener viva la forma mancipatoria evitando crear solemnidades *ex novo*. Consistía el papel del *familiae emptor* en pronunciar su declaración con carácter previo a la propia *nuncupatio* del testador y colocar, tras ello, el precio de bronce en la balanza. A ello le seguía, al fin, la *nuncupatio*. Así lo refiere Gai. 2,104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare*. De la lectura de este texto, que reproduce al detalle el desarrollo del acto testamentario, se desprende claramente que la solemnidad mancipatoria no se mantiene en el *testamentum per aes et libram* únicamente como elemento formal externo y casi decorativo. Esta encuentra un más que obvio reflejo también en: 1) las declaraciones del comprador de la *familia* –obsérvese en el escrito gayano el empleo de este término unido al de *pecunia* para designar al conjunto total del patrimonio a transmitir *mortis causa*, pues el testamento es un acto que recae, necesariamente, sobre la totalidad de los bienes; 2) en la *nuncupatio* del testador; 3) en la presencia de los cinco testigos, cuyo número se mantendrá hasta el derecho justiniano; y 4) en la posibilidad de que las mujeres puedan testar, bajo la asistencia del tutor. Sí se separa definitivamente el testamento libral de la mera *mancipatio* en aspectos tales como la introducción de condiciones, términos o modos. Por otra parte, si en el texto gayano se nos informa de que el *familiae emptor* manifiesta comprar la *hereditas* y custodiarla, realizando su intervención previamente a la del testador, ello se debe a la sencilla razón de que este último debe aceptarla para emitir su *nuncupatio* y que se considere válidamente cumplida la solemnidad mancipatoria. La función de la *nuncupatio*, por tanto, no es otra que la de calificar al acto mismo como testamento. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 64s s.; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 42 y 47. Con relación a tenencia que de los bienes hereditarios pasa a hacer supuestamente el *familiae emptor*, debe señalarse que la fórmula oral recitada por el *emptor* habla de custodela, una antigua forma de custodia que no implicaría transmisión de la propiedad –ello supondría absurdamente que el testador la perdería, como hemos apuntado ya previamente en el presente trabajo–, sino mera detentación durante el

forma paulatina, la atribución en su beneficio de una cada vez mayor libertad de disposición sobre la *res familiaris* que se distanciaba ya de la vieja visión del *paterfamilias*-administrador. Nos encontramos en estos siglos postreros de la República, en suma, ante un fenómeno de patrimonialización y desespiritualización de la *successio*, siguiendo las palabras de Castro Sáenz<sup>318</sup>. La consecución de estas nuevas esferas de libertad es probablemente la que explica el definitivo paso de la *mancipatio familiae* al *testamentum per aes et libram*, en el que sabemos que, partiendo como premisa del papel fundamental que se asigna en esta forma clásica de testamento a la *heredis institutio*, sin la cual no se admite siquiera la validez jurídica del negocio<sup>319</sup>, se permite que el testador pueda instituir libremente herederos a extraños, junto con los *sui*, e incluso dispersar en legados la totalidad de la masa hereditaria con carácter previo a la *lex Furia*<sup>320</sup>. No es

---

tiempo en el que viviese el testador. Es evidente que esto tenía un carácter ficticio en el *testamentum per aes et libram*: que en el caso de la *mancipatio familiae* existiese esta custodia de los bienes por parte del comprador que debe distribuirlos puede ser, lógicamente, creíble, a la vista de las palabras que transcribe Gayo, no así en el caso del testamento clásico, en el que, como el propio jurista escribe la intervención del *emptor* es puramente simbólica. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 90; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 42.

<sup>318</sup> A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. 76.

<sup>319</sup> No olvidemos en este punto que, precisamente, una de las principales innovaciones que trae consigo el testamento clásico con respecto de la anterior *mancipatio familiae* es el hecho de que se utilice no solamente para decidir el futuro de los bienes hereditarios, sino también para designar a un heredero. Cfr. M. FUENTESECA, *op. cit.* 114

<sup>320</sup> Con relación al *testamentum per aes et libram*, véanse E. HÖLDER, *Das Testamentum per aes et libram*, en ZSS 1 (Weimar 1880) 67 ss.; E. HÖLDER, *Das Familienrecht des suus heres*, en ZSS 3 (Weimar 1882) 211 ss.; C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano clasico*, en BIDR 13 (Roma 1900) 122 ss.; E. GOLDMANN, *Das Alter des Römischen Testaments*, en ZSS 51 (Weimar 1931) 223 ss.; M. AMELOTTI, *Il testamento romano*, cit.; M. AMELOTTI, *Un nuovo testamento «per aes et libram»*, en SDHI 15 (Roma 1949) 34 ss.; S. SOLAZZI, *Una data per la storia*, cit.; D. JOHNSTON, *Prohibitions and perpetuities: Family settlements in Roman Law*, en ZSS 102 (Weimar 1985) 220 ss.; A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio «sui heredes instituendi sunt vel exheredandi»*, en SDHI 59 (Roma 1993) 259 ss. A reforzar esta amplia autonomía del testador sobre el destino del patrimonio hereditario contribuye, como pieza fundamental, el carácter secreto del *testamentum*. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 91 y 96 s.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 284 s. Las *tabulae testamenti*, en efecto, son portadas por el testador durante la celebración de la solemnidad libral, pero no son leídas en público. La *nuncupatio* es la transcrita en Gai.

admisible, por tanto, que la ley decenviral pudiese haberse referido a esta amplia libertad del testador con la regla *uti legassit*, pues esa libertad sólo es posible, como se ve, a resultas de un amplio proceso histórico de evolución que encuentra sus principales puntos de apoyo en la propia Tab. V,3 y en la figura de la *mancipatio*.

De otra parte, de haber existido en la época de las XII Tablas una actividad de la jurisprudencia pontifical tendente a atribuir amplios poderes de disposición a todo testador, es lo más lógico pensar que esta hubiese encontrado su reflejo en el texto de decenviral, cosa que no parece haber ocurrido. El testamento al que se refieren

---

2,104 y no debe confundirse con el contenido de las tablillas, que permanece secreto para todos. Prueba de ello es, precisamente, el modo en el que discurre la única posibilidad por la que resulta admisible la quiebra de tal secreto: cuando el testador, por ignorancia o enfermedad, es incapaz de escribir las *tabulae*, deberá entonces referir oralmente la totalidad del testamento tras finalizar su *nuncupatio*. Es por ello que Voci habla de *nuncupatio* con reenvío para referirse al supuesto ordinario en el que la declaración del testador se remite a lo escrito en las tablillas, cuyo contenido permanece desconocido, y sin reenvío o total para designar al caso excepcional en el que deba procederse a la lectura pública del testamento ante los testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*, perdiendo este entonces su carácter secreto. *Tabulae testamenti* y *nuncupatio* no pueden confundirse, pues. El propio Voci señala en este punto que las tablillas, contenedoras de la *heredis institutio* y del resto de disposiciones testamentarias, vendrían así a conformar la forma interna del testamento, siendo la externa las declaraciones del testador y del *familiae emptor*. Forma interna y forma externa serían, pues, elementos separables aunque interdependientes: si el testador asigna en su *nuncupatio* menos del valor de su patrimonio al heredero y no hay liberalidades en provecho de terceros que así lo justifiquen, el *heres* recibirá la cuantía restante por aplicación de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Otra prueba de la estrechísima relación que une, a pesar de su dicotomía, a las declaraciones orales y a las tablillas escritas, es el hecho de que lo escrito adquiriera la consideración de pronunciado oralmente en el acto mancipatorio, con la lógica consecuencia de que la eventual presencia de un defecto en las tablillas, como, por ejemplo, la ausencia de *heredis institutio*, revierte negativamente de cara a la *nuncupatio*, que remite inútilmente a ellas, haciendo inválido al testamento. Caso distinto es que la institución de heredero plasmada por escrito en las tablillas no resulte inexistente, sino tan solo defectuosa, en cuyo caso se permite, para salvar el testamento, la ficción de que el defecto afecta tan sólo al escrito, dándose entonces prevalencia a la propia *nuncupatio* sobre las *tabulae*. Nada obsta, empero, a que la institución de heredero pueda ser referida oralmente por el testador al momento de la perfección del negocio, refiriendo en el documento escrito otras declaraciones testamentarias (legados, fideicomisos, manumisiones, *datio tutoris*), y adquiriendo entonces lo plasmado en las tablillas el valor de codicilo conforme a lo dispuesto por Paulo en D. 29,7,20 (Paul. 5 *ad l. Iul. et Pap.*): *Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint: et hoc puto rectius dici*. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo, cit.* 66 ss.



indirectamente las Tablas no puede ser, por tanto, el *testamentum* clásico que se celebra por la solemnidad mancipatoria, sino otro de carácter más arcaico cuyo contenido vendría previamente preestablecido por los *mores*: el testamento comicial<sup>321</sup>.

2. Aceptar, por tanto, que la introducción de la extensa libertad de testar del régimen clásico obedeció a una *interpretatio* jurisprudencial amplia de la *res sua* de la que habla la ley decenviral implica reconocer también que en época arcaica el *testamentum* sería aún una figura de carácter secundario, ya que no podría ser aún, siguiendo las palabras de Castán, «el negocio privado por excelencia, el más apreciado por los romanos<sup>322</sup>», tal y como se hace evidente tanto en el parco tratamiento que se le dispensa a la figura en las XII Tablas como en los escasísimos días en los que se permitía la celebración, ante las curias, del más antiguo testamento, que fue sin duda el *calatis comitiis*.

En realidad, este vínculo que une la libertad de disponer *mortis causa* del patrimonio y las XII Tablas descrito por Pomponio en D. 50,16,120 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*) va, de hecho, en perfecta consonancia con otros fragmentos jurisprudenciales recogidos por los compiladores en el Digesto:

D. 50,16,130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Lege obvenire hereditatem non inproprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

D. 38,6,1 pr. (Ulp. 44 *ad. ed.*): *Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui.*

La conclusión, por tanto, es clara: no puede decirse ni que la amplia esfera de libertad que concede al testador el *testamentum per aes et libram* apareciera repentinamente con el surgimiento de aquél ni que existiese en época de las XII Tablas. Esa gran libertad testamentaria que supone la evolución de la idea del testamento

---

<sup>321</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 15; S. CASTÁN, *op. cit.* 210 s.; L. MINIERI, *op. cit.* 281.

<sup>322</sup> S. CASTÁN, *op. cit.* 258.

entendido no ya como acto en interés del *populus*, sino de la voluntad estrictamente privada del individuo<sup>323</sup>, se consigue progresivamente, de un lado, mediante un proceso de interpretación extensiva de lo dispuesto en la Tab. V,3, y del otro, por medio del recurso a la *mancipatio* como forma de ordenar la sucesión (*mancipatio familiae*). Son esas las dos vertientes que terminan por confluir en la figura del testamento libral clásico, cuya aparición histórica no es otra cosa, por tanto, que el punto de llegada de un largo proceso evolutivo. Cuando el jurista señala a las XII Tablas como fundamento de la libertad de testar habla con razón, y no porque esta existiese en tiempo de los decenviros, sino porque la *interpretatio* jurisprudencial la creó a partir de la propia regla *uti legassit*. Estamos, por tanto, ante una muestra genial de cómo la mentalidad jurídica romana consigue evolucionar, incluso llegando a introducir cambios radicales respecto de la situación originaria, no sólo sin perder el respeto a los *mores* como premisa mayor, sino incluso utilizándolos como instrumento de cambio<sup>324</sup>: en época decenviral, y por ende durante todo el período histórico sobre el que hemos venido reflexionando hasta ahora y que se hunde probablemente en la Historia hasta fases previas a la constitución de la *civitas*, no se conoció aún la idea de *hereditas* en su sentido clásico. Con la introducción del testamento libral, en cambio, se crea una forma de ordenar la sucesión hereditaria construida precisamente sobre la base de la libertad individual del testador respecto a la decisión del futuro de los bienes de la masa hereditaria y el respeto al *mos maiorum*, en la medida en la que las nuevas exigencias económicas y sociales lo possibilitaban. Fruto de esta amplia libertad atribuida al testador es, ya lo hemos señalado, tanto la posibilidad de agotar la totalidad del patrimonio hereditario en legados como el papel determinante que adquiere la institución de heredero:

Gai. 2,229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

---

<sup>323</sup> Así define Biondi, con gran acierto, a la antítesis entre el régimen testamentario arcaico, que se sustenta sobre el interés colectivo del grupo familiar y el *populus*, y el clásico, construido sobre la idea de la primacía de la *voluntas testatoris*. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 41.

<sup>324</sup> Biondi lo expone con claridad al señalar que la popularidad de la *mancipatio familiae* constituyó un fenómeno que manifestaba, de un lado, la superación de lo arcaico, y del otro, paradójicamente, la oposición a lo nuevo. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 41 s.

La *heredis institutio* se erige, pues, en el principio y fundamento (*caput et fundamentum*) de un testamento en el que la *voluntas* de su autor pasa ahora a ocupar un papel predominante. Es por ello por lo que Voci<sup>325</sup> considera como excesivamente genéricas a las tres definiciones de testamento que nos han sobrevivido, al no referir ninguna de ellas ni la institución de herederos ni la amplia *libertas* atribuida al testador respecto del futuro de los bienes:

*Ep. Ulp. 20,1: Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ud post mortem nostram valeat.*

D. 28,1,1 (Modest. 2 *pand.*): *Testamentus est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

IJ. 2,10 pr.: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.*

Sea como fuere, esta importancia esencial atribuida a la institución de heredero es la que explica, tal y como señala Gai. 2,229, la ausencia de eficacia de los legados que se hagan antes de ella. Muestra del alto grado de autonomía que se atribuye al testador en el régimen clásico de la sucesión testamentaria es precisamente el hecho de que, siendo la *heredis institutio* la piedra angular de todo el testamento, esta termine por resultar admisible incluso cuando recae en beneficio de un *extraneus*. La aparición del heredero voluntario no merma, sin embargo, la consideración del *heres suus* como protagonista principal del fenómeno sucesorio y destinatario por antonomasia de la *hereditas*. En este sentido, el carácter reprobable que se atribuyó, al menos, inicialmente, al *beneficium abstinendi*<sup>326</sup> muestra, sin ápice de duda, que la conservación de la *res familiaris* dentro

---

<sup>325</sup> El autor señala que el término testamento debe provenir de *testatio mentis* y que la definición del *Epitome Ulpiani* pudo ser originariamente coincidente con la de Modestino –discípulo de Ulpiano, no lo olvidemos–, siendo posteriormente retocada por los compiladores. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo, cit.* 83.

<sup>326</sup> Sobre este particular, resultan de especial interés las palabras de Fernández Barreiro: «Después de todo, se trata de un comportamiento considerado socialmente como impropio de un heredero en relación con la memoria del padre; quizá también por ello el magistrado se mantiene oficialmente al margen del acto. Los bienes son vendidos en nombre del padre, con la correspondiente infamia del concursado, y el heredero que se abstiene no deja de merecer la reprobación social. Aunque la práctica del beneficio de abstención tiende a hacerse cada vez más frecuente, no llega a perderse la consideración de esa conducta como censurable; es significativo al respecto que a principios del siglo III d.C. una disposición de la Cancillería imperial

de los límites de la familia agnaticia seguía siendo el propio pilar fundacional de todo el fenómeno sucesorio en Roma incluso a pesar de un desarrollo jurisprudencial que buscó favorecer la libertad del testador -pensando probablemente en beneficiar a las grandes familias de la *nobilitas*, de las que provendrían los propios *prudentes*- y que arrojó como consecuencia una visión del fenómeno sucesorio entendido ahora *successio in locum et in ius defuncti*, esto es, como subrogación en la figura del difunto respecto de la totalidad de sus relaciones jurídico-patrimoniales –excluyendo, naturalmente, aquellas de carácter intransmisible– con la lógica consecuencia de que la *hereditas* no perdiese su naturaleza cuando dejase de ser lucrativa y fuese *damnosa* o poco favorable para el *heres*<sup>327</sup>.

## **2. Sobre las restricciones a las libertades propias del *testamentum per aes et libram*: la sucesión forzosa y las primeras limitaciones a la *libertas legandi*.**

### 2.1. Sucesión forzosa.

#### 2.1.1. Sucesión forzosa formal.

A lo largo de las páginas anteriores hemos podido ya estudiar cómo frente a la teoría bonfantiana sobre los poderes del *paterfamilias*, y a pesar de su predicamento en la doctrina, más modernamente se defiende que aquél, en palabras de Ribas Alba, «estuvo siempre sometido en el ejercicio de sus funciones a graves limitaciones»: el autor manifiesta cómo ya en las *leges regiae*, cuya historicidad es hoy mayoritariamente aceptada, como hemos tenido oportunidad de estudiar anteriormente, se aplicaban

---

tenga que hacer mención expresa de que no puede ser tachado de infame el hijo que solicita lo que en ese momento se califica como derecho de abstención (*ius abstinendi*). A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 284.

<sup>327</sup> *Ibid.* 283 y 286. Lo innecesario de la adición de la herencia por parte del *heres suus* en el régimen sucesorio clásico, así como la regla general de intransmisibilidad de la delación hereditaria, constituyen nuevas muestras de que, a pesar de este desarrollo jurisprudencial que conduce a la aparición del testamento liberal con las grandes libertades que atribuye al testador, el *heres suus* siguió viéndose durante toda la etapa clásica como el heredero por excelencia. Sobre el problema de la *transmissio delationis*, véanse F. GALGANO, *Transmissio delationis* (Città del Vaticano 2007); F. GALGANO, *A proposito di «transmissio Iustiniana»*, en *Index 28* (Nápoli 2000) 409 ss.; P. HALDÓN CONTRERAS, *La transmissio delationis en Derecho romano*, en *CJH*, nº extraordinario 2012 (Sevilla 2012) 265 ss.

sanciones penales, de base religiosa, a comportamientos indeseables del *paterfamilias* como la exposición inmotivada de los hijos o el repudio de la esposa. La prodigalidad, (PS. 3,4a,7), a su vez, es otra figura de indudable antigüedad –previa a las XII Tablas– que evidencia la limitación de sus poderes. Puede decirse, por tanto, que la concepción familiar de la herencia, fundamentada en la idea del *officium pietatis*, choca frontalmente con la idea de una absoluta libertad de estar en época decenviral<sup>328</sup>.

La idea de la sucesión forzosa, incluso contra el testamento, se encuentra sintetizada en el famoso principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* (*Ep. Ulp.* 22,14). Hablamos de sucesión legítima o necesaria para referirnos a aquella, que dispuesta en ley, opera aun contra la voluntad del testador. Como es sabido, los hijos *in potestate* están llamados por el *ius civile* a suceder al *paterfamilias* aun a falta de testamento, de manera que no puede ser aceptable que, habiéndolo, este último no contenga mención alguna de ellos<sup>329</sup>, por lo que será precisa bien la *heredis institutio*, bien la desheredación. Recurrir a esta última herramienta permite, como se ve, evitar la caída del testamento y la apertura de la sucesión intestada, en la cual los *filiifamilias* conservarían intactas sus expectativas hereditarias. Es por ello que se habla aquí de sucesión forzosa formal, pues la mera institución de heredero garantiza la eficacia del *testamentum*, al evitarse la preterición, más no asegura al *heres* percibir los bienes hereditarios, a causa de las libertades que el *testamentum per aes et libram* atribuye a quien lo realiza (Gai. 2,224) y que traerán consigo la promulgación de las leyes Furia testamentaria, Voconia y Falcidia. La necesidad de mencionar expresamente al heredero ha de entenderse, pues, más como un requisito de validez del testamento en sí mismo que de la propia sucesión<sup>330</sup>.

Esto implica que si el testador no tiene en cuenta a los *sui*, ni siquiera para desheredarles, falta al *officium* del mismo modo que lo haría en caso de desheredación injustificada (sucesión forzosa material). Es por ello que el testamento en el que no se mencione a los *heredes sui* ni para instituirlos ni para desheredarlos se califica como

---

<sup>328</sup> *Ibid.* 123.

<sup>329</sup> De hecho, los herederos necesarios se llaman así, como es sabido, porque lo son obligatoriamente, sin que tengan derecho a repudiar la herencia. B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 214.

<sup>330</sup> *Ibid.* 166 s.

*inutile* y se dice que el testador deja *nullas tabulas* (Gai. 2,123; D. 28,2,30 [Gai. 17 *ad ed. prov.*]; D. 28,2,32 [Marc. 2 *reg.*]). Como es sabido, tampoco despliega sus efectos el testamento cuando le nace al causante un *suus* póstumo no contemplado en él (Gai. 2,131; *Ep. Ulp.* 22,18; D. 28,3,3 pr. [Ulp. 3 *ad Sab.*])<sup>331</sup>. Así, el pretor auxilia a los *liberi* –esto es, los *sui* junto con los *emancipati*, conforme al primer llamamiento a la *bonorum possessio*– preteridos con la *bonorum possessio contra tabulas*, siempre *cum re*, cuando la petición se hubiese efectuado de un plazo de un año desde el momento de la delación. Como es sabido, el testamento es nulo *ab initio* si el preterido es un varón, incluso aunque hubiese muerto antes que el testador (Gai. 2,123). En el resto de los casos, se mantiene como válido: si los preteridos concurren con *sui* instituidos se les asigna la cuota que les correspondería *ab intestato*; si lo hacen con *extranei*, la mitad del patrimonio hereditario conjuntamente<sup>332</sup>.

#### 2.1.2. Sucesión forzosa material.

Hacíamos mención antes al instituto de la prodigalidad, en el que, tal y como ocurre en el caso de la *querella inofficiosi testamenti*, planea, *a posteriori*, la idea del *color insaniae* en la actuación previamente ejecutada. Sobre este particular, Ribas Alba argumenta que «la vigencia de la prodigalidad contrasta con la absoluta libertad de testar y es, en cierta medida, un límite de la misma. Dicho con otras palabras, aun cuando la evolución jurídica del período preclásico conduce a la afirmación de la autonomía de la voluntad en todos los ámbitos y, en lo que aquí interesa, también en los actos de disposición *mortis causa* por medio del testamento *per aes et libram*, nunca se sintió de una forma tan intensa como para hacer desaparecer una figura que patentemente interfiere y limita la pretendida situación soberana del *paterfamilias*»<sup>333</sup>.

---

<sup>331</sup> B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 602.

<sup>332</sup> Fuenteseca señala que el origen de la prohibición de preterición de los *sui* se encuentra en la *nuncupatio* de la antigua *mancipatio familiae*: el transmitente ha de nombrarlos a todos, aunque sea para desheredarles, para evitar la apertura de la sucesión intestada, según se escribe en Gai. 2,123. Cfr. M. FUENTESECA, *op. cit.* 125.

<sup>333</sup> J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 110 ss.

Se llama sucesión forzosa material al régimen de impugnación de un testamento inoficioso, merced al sistema de la *querella inofficiosi testamenti*<sup>334</sup>, que es de interés para el presente estudio por cuanto la idea de *portio debita* que asigna a quien sufre desheredación injustificada termina por fusionarse con el concepto de *quarta Falcidia*, tal y como tendremos oportunidad de estudiar más adelante. Ahora bien, ha de tenerse aquí presente que, inicialmente, el sistema de la *querella* no atribuía necesariamente el *quadrans*, y que a ello se llegó, como decimos, por influencia de la *lex Falcidia* a partir del siglo I d.C. Antes de que esto sucediese, en palabras de Ribas Alba, «correspondería a los centunviro valorar en su caso la suficiencia de lo que el testador hubiera dejado eventualmente al querellante». La legítima romana para los herederos forzosos se modela, por tanto, bajo una notable influencia de la ley Falcidia, en la medida en la que prevé la atribución de la cuarta parte de la *hereditas*<sup>335</sup>, pero ello no significa que el sistema de impugnación del testamento inoficioso ante el tribunal centunviral no existiese en fases mucho más pretéritas de la historia romana, a diferencia de lo que la doctrina ha sostenido tradicionalmente. Esta realidad ha sido demostrada por Ribas Alba:

Cic. *in Verr.* 2,1,107: «*Fecit fecerit*»? *quis umquam edixit isto modo? quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum provideri potuit? Iure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur testamentum P. Annius fecerat non improbum, non inofficiosum, non inhumanum: quodsi ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi iuris constitui oporteret. Voconia lex te videlicet delectabat. Imitatus esses ipsum illum C. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini neque mulieri: sanxit in posterum, qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret.*

Este texto proviene del ya anteriormente referido pasaje del primer discurso de la segunda sesión contra Cayo Verres en el que Cicerón describe los abusos cometidos por este contra Publio Anio Aselo, amparándose en la *lex Voconia*. El corrupto pretor, decidido a favorecer a otro heredero al que profesaba amistad, niega, como estudiamos ya en el anterior capítulo, la *hereditatis petitio* a la hija del difunto Aselo, afirmando en

---

<sup>334</sup> B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit. 166 s.

<sup>335</sup> *Ibid.* 237 s. Cfr. A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 154 ss.

su edicto que denegará tanto esta como la *bonorum possessio* a todas las mujeres respecto de los testamentos que se hubiesen hecho o se hiciesen desde la censura de Aulo Fulvio y Quinto Postumio. Cicerón, en cuya época aún no existe la *bonorum possessio contra tabulas*<sup>336</sup>, conoce, pues, la *querella inofficiosi testamenti*, pues refiere expresamente que el testamento de Asele no es inoficioso (*non improbum, non inofficiosum, non inhumanum*) y denuncia que las actuaciones de Verres no encuentran acomodo en una ley Voconia que no privaba a las mujeres de la posibilidad de heredar (Cic. *in Verr.* 2,1,42,107-108). Resulta obvio, entonces, que el sistema de la *querella* precede en el tiempo al de la retención de la *quarta Falcidia*, si bien esta última tendría una notable influencia posterior en aquella<sup>337</sup>.

Val. Max. 7,7,5: *Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. movit profecto Pisonem patria maiestas, donum uitae, beneficium educationis, sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, qui<a> cum patre septem fratres impie exheredatos uidebat.*

El texto ciceroniano se complementa bien con el arriba reproducido de Valerio Máximo. Narra el caso, fechable en torno al año 70 a.C., de un tal Terencio, quien cuidó de sus ocho hijos hasta la adolescencia. Dio a uno de ellos en adopción y este le desheredó, pese a lo cual el pretor Cayo Calpurnio Pisón concedió la *bonorum possessio* sobre los bienes del hijo. Ribas Alba recalca, no sin razón, que a pesar de que esta decisión del magistrado merezca el calificativo de «egregia», del texto se desprende que nos

---

<sup>336</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 134; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada*, cit. 171 ss. Aquí se apunta que la *bonorum possessio contra tabulas* encuentra su origen histórico con posterioridad a la *querella inofficiosi testamenti*: «La defensa de la cognación operada por la reclamación de inoficiosidad no pudo basarse en la actividad del Pretor [...], ya que es anterior en el tiempo, contradictoria con el ámbito de la protección pretoria y con plena eficacia civil, derivada de la naturaleza de la sentencia del tribunal centunviral».

<sup>337</sup> *Ibid.* 242. Al ámbito de la *querella inofficiosi testamenti* se le aplican las normas de cómputo y retención de la *quarta Falcidia* (C. 3,28,6 [Antonin. a.212]; D. 35,2,73 pr. [Gai. 18 *ad ed. prov.*]; D. 5,2,8,9 y 11 [Ulp. 14 *ad ed.*]).



encontramos ante la existencia –treinta años antes de la promulgación de la *lex Falcidia*, no lo olvidemos– de un mecanismo, que evidentemente es el de la propia *querella inofficiosi testamenti*, destinado a solucionar este tipo de controversias<sup>338</sup>. A lo que se procedió en el año 40 a.C., con muy evidentes fines fiscales, fue a la creación de una ley que estableciese un régimen de retención a favor del heredero que evitase la caída de los testamentos y la apertura de la sucesión intestada<sup>339</sup>. El hecho de que ambos sistemas, *Falcidia* y *querella*, atribuyesen el *quadrans* al *heres* puede explicar, en efecto, como se ha apuntado, que la *debita portio* de la *querella inofficiosi testamenti* terminase denominándose *portio* o *pars legitima*.

## 2.2. *Lex Furia testamentaria*.

La utilización de la forma mancipatoria como medio para testar, unida a una interpretación extensiva de lo dispuesto en la Tab. V,3 de la ley decenviral debieron ser los agentes causantes de que desde el siglo IV a.C. el testador fuese adquiriendo paulatinamente amplias esferas de libertad –no conocidas por él previamente– en lo concerniente a la distribución *mortis causa* del patrimonio hereditario. Ello implicó que, de un estadio originario en el que la *successio* se identificaba con la idea de copropiedad de los herederos agnados respecto del *mancipium* y la libertad de legar del *paterfamilias* se restringía probablemente a sus bienes privativos, se pasase a otro en el que a este se le atribuía la facultad de instituir a herederos *extranei* (voluntarios) y el poder de agotar, si lo deseaba, en legados la totalidad de los bienes integrantes de la *hereditas*, sin dejar entonces a los herederos otra cosa que la condición vacía de tales<sup>340</sup>:

Gai. 2,224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque*

---

<sup>338</sup> *Ibid.* 162. El pretor atribuye aquí los bienes sin juicio en lo que sin duda constituye una *denegatio actionis* dirigida a restar valor al testamento impugnado por inoficiosidad. Cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 135, que opina que, más que ante la propia *querella inofficiosi testamenti* nos encontramos ante una suerte de ignoto antecedente histórico de la misma.

<sup>339</sup> Sobre esta dicotomía entre el régimen de la *lex Falcidia* y el de la *querella inofficiosi testamenti*, F. SAMPER, «Pars debita» en *el Derecho romano vulgar*, en *SDHI* 37 (Roma 1971) 77.

<sup>340</sup> En torno a esta idea, A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 114.

*lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO. qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

Este texto de Gayo, que ya citamos antes fragmentariamente cuando reflexionábamos sobre la pluralidad de versiones existentes de la literalidad de la Tab. V,3, nos informa del hecho, ya conocido para nosotros, de que la mentalidad jurídico romana vinculaba la amplia libertad de legar propia del *testamentum per aes et libram* con las XII Tablas, y que, además, no debió hacerlo con la pretensión de referir que tal libertad existiese históricamente ya en el siglo VI a.C., sino más bien con la de dejar constancia del hecho de que su consecución, que implicaba el paso de una visión de la *successio* entendida como fenómeno colectivo del grupo familiar a otra de marcado carácter individualista, no era algo desgajado de los viejos *mores*, pues a ella se llegó precisamente por la vía de la *interpretatio prudentium* sobre lo dispuesto en la propia ley decenviral. Ahora bien, como el propio jurista señala, la aparición de tan grandes libertades trajo aparejadas consecuencias indeseables, tales como la negativa del *heres* a aceptar una herencia que, por contener un número excesivo de legados, en nada le aprovechaba, abriéndose entonces la sucesión intestada y perdiendo validez, junto con los *legata*, el resto de las declaraciones testamentarias con la caída del propio testamento. Esta realidad explica que la legislación de la plebe reaccionase restringiendo paulatinamente la libertad de legar del testador.

Hemos llegado, pues, al punto de nuestro trabajo en el que se combinan al fin los dos grandes asuntos de los que hemos venido tratando hasta ahora: el papel de las *leges publicae populi Romani* como elemento regulador del *ius civile* y la inexistencia de una verdadera libertad de testar, y por ende, de legar, durante toda la etapa del derecho arcaico. La *lex Furia testamentaria*<sup>341</sup> no es, pues, otra cosa que la primera expresión de cómo las leyes públicas tratan de limitar la posibilidad de que el testador agote en legados la totalidad de la masa hereditaria, posibilidad esta que, además, era sin duda reciente en el momento de su promulgación. En este último sentido, la doctrina concuerda en que la datación de este plebiscito debe situarse a caballo entre la aparición de la *lex Cincia* (204

---

<sup>341</sup> Gai. 2,225; 4,23; IJ. 2,22 pr.; *Ep. Ulp.* 1,2; *Fr. Vat.* 301; Cic. *pro Balb.* 8,21; *in Verr.* 2,1,42,109; Varr. *ling. lat.* 9,83; *de vita pop. Rom.*, 3.

a.C.) y la de la *lex Voconia* (169 a.C.)<sup>342</sup>. Nos situamos, por tanto, en un marco temporal que oscila entre los siglos III y II a.C., siendo lo más lógico que la *lex Furia* se sitúe temporalmente más cerca de la ley Cincia que de la Voconia, que supone una nueva regulación legislativa de idéntico problema<sup>343</sup>. No puede ser casualidad, pues, que la aparición de esta ley se produzca realmente tan poco tiempo después de la generalización de la amplia libertad testamentaria característica del *testamentum per aes et libram*, libertad esta que debió irse imponiendo paulatinamente a lo largo del siglo IV a.C., tal y como se ha señalado ya. Las nuevas esferas de *libertas* implican, pues, nuevas consecuencias indeseadas y la aparición de medidas legislativas dirigidas a paliarlas. Si hubiese existido libertad de legar, entendida en su sentido clásico, en época arcaica, el problema del *heres* perjudicado por el excesivo número de liberalidades se hubiese planteado desde mucho antes, resultando inconcebible una respuesta legislativa tan tardía en un marco jurídico que a lo que tendía era, precisamente, a la evitación de la dispersión del patrimonio hereditario fuera de los límites de la familia agnaticia. La aparición tardía de la *lex Furia* refuerza, por tanto, la idea de que con ella tan sólo debió de buscarse una solución para un problema cuya aparición debía ser aún reciente, lo cual encaja, como no podía ser de otro modo, con la realidad de que el legado clásico, que puede recaer sobre cualquier bien de la *hereditas*, es una institución característica del testamento liberal y, por tanto, no especialmente arcaica<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> F. SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (Paris 1902) G. ROTONDI, *Leges, cit.* 282 s.; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis* (Napoli 1948) 3; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 122; G. GROSSO, *Il legato, cit.* 338; B. BIONDI, *Sucesión, cit.* 387; 88; P. HALDÓN CONTRERAS, *Libertad individual y libertad de legar en Derecho romano*, en en B. PERIÑÁN GÓMEZ – M. GUERRERO LEBRÓN (eds.), *op. cit.* 59 n.4.

<sup>343</sup> No ha de olvidarse que, tal y como señala Modestino en D. 31,36 (Mod. 3 *pand.*), un legado no deja de ser una donación que opera en el ámbito testamentario. Cfr. R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 140 n. 11.; N. TAMASSIA, *La Falcidia nel più antichi documenti del Medio Evo* (Venezia 1905) 10; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 122. El autor señala que el proceso dirigido a restringir la ilimitada libertad de legar debió iniciarse a primeros del siglo II a.C. Barrio Gallardo entiende igualmente que debemos estar ante un plebiscito de comienzos de ese siglo. A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 117.

<sup>344</sup> En esta misma línea, Espinar Lafuente apunta que el hecho de que en época arcaica las liberalidades tuviesen un carácter marcadamente secundario –nosotros hemos visto ya que debían referirse a bienes de titularidad individual del testador– implica que precisamente no debieron sentirse por entonces las necesidades que conllevaron a la promulgación de la *lex Furia testamentaria*, y tras ella, de las leyes

Sobre esta reacción de la legislación de los *concilia plebis* contra el perjuicio del heredero a costa del beneficio del legatario debemos apuntar lo siguiente:

a) En primer lugar tal respuesta legislativa, es, si se piensa bien, la única medida capaz de solucionar el problema de manera acorde con los *mores maiorum*. Sabemos que la jurisprudencia buscó innovar la libertad testamentaria sin perder de vista el pasado, buscando armonizarla brillantemente con la propia ley decenviral. Aceptar, en cambio, una absoluta libertad del testador de despojar de bienes a sus herederos sin acudir a la *exhereditio* –cosa que debió ocurrir, sin duda, en la práctica en los años inmediatamente anteriores a la promulgación de la ley<sup>345</sup>– implicaría, literalmente, desnaturalizar la *successio*, que se cimentaba precisamente sobre la idea de que el *suus*, y no el *extraneus*, debía ser el beneficiario de la *res familiaris*. La jurisprudencia supo defender ingeniosamente una vinculación entre la libertad de legar y la tradición, pero sostener que tal libertad fuese absoluta habría supuesto sin duda un gesto rompedor y revolucionario por cuanto incompatible con la noción misma de *successio* propia de su tiempo. Habría sido un acto profundamente anti-romano, en suma, que debe descartarse necesariamente. La *lex Furia* es, por tanto, sintomática de la voluntad de preservar, de un lado, una amplia libertad de realizar legados, y del otro, de evitar que esta alcance una amplitud tal que haga imposible considerarla como evolución natural de una visión arcaica del fenómeno sucesorio fundamentada precisamente en la negación, casi absoluta, de ella misma. La mentalidad jurídica romana no podía fundamentar la consecución del todo como evolución de una situación de partida que era, precisamente, la de la nada.

2) Estas limitaciones a la libertad de legar, que comienzan con la *lex Furia*, no son, tal y como bien afirma De la Rosa Díaz<sup>346</sup>, expresión de una tendencia contraria a los legados, por mucho que exista una obvia contraposición entre los intereses del *heres* y del *legatarius*. Lo que se busca, precisamente, es armonizar ese conflicto de intereses partiendo como premisa del respeto del principio del *favor testamenti*: favorecer

---

Voconia y Falcidia. F. ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento (Estudio doctrinal y de Derecho positivo)* (Barcelona 1956) 21.

<sup>345</sup> La cuestión aparece expuesta en A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 90.

<sup>346</sup> P. DE LA ROSA DÍAZ, *Algunos aspectos de la «lex Falcidia»*, en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II (Madrid 1994) 111 s.

íntegramente al legatario o legatarios y atribuirles la totalidad de la masa hereditaria implica, de un lado, tolerar la creación de una situación indeseable por cuanto incompatible con los *mores maiorum*, e incluso fomentar tácitamente una práctica que en realidad vendría a producir, cierto es que veladamente, un resultado próximo al de la desheredación inoficiosa<sup>347</sup>. De favorecerse por entero al heredero, *sensu contrario*, se produciría la apertura de la sucesión intestada, con la consiguiente caída de las declaraciones testamentarias. Que esto era lo que ocurría normalmente antes de la aparición de la *lex Furia* es indudable, pues el propio Gayo lo señala en el fragmento que antes reproducíamos con las palabras *qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur*.

Gai. 2,197: *Sed sane hoc ita est iure ciuili. postea uero auctore Nerone Caesare senatus consultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legauerit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset. optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit*.

Este otro texto de Gayo constituye, finalmente, una nueva prueba de que no puede concebirse realmente la existencia de esa supuesta tendencia contraria a los legados en el *ius civile*, sino más bien a la inversa, pues de lo que realmente puede hablarse es de una práctica conducente a atribuir validez a los mismos incluso con independencia de la

---

<sup>347</sup> No hablo aquí de *exhereditatio* en un sentido técnico, naturalmente, pues el perjudicado por el exceso de legados no pierde por ello el *nomen heredis*, tal y como se expone claramente en Gai. 2,224. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 386; A. MURILLO VILLAR, *Usque ad Falcidiam: la quarta Falcidia a la inversa*, en M. BARCIA LAGO – M. FUENTESECA DEGENEFTE (dir.), *Varia studia. Libro-homenaje al prof. dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario* (Pontevedra 2015) 704. Como señalábamos al inicio del presente trabajo, Tamassia, en esta línea, señala con acierto que pretender que un heredero reciba tan solo la condición vacía de tal viene a suponer en la práctica una suerte de desheredación de hecho. El autor trae a colación el siguiente caso, extraído de Plin. Min. *epist.* 5,2: Pomponia Gala deshereda en su testamento a uno de sus hijos, Asudio Curiano, e instituye como heredero al propio Plinio el Joven, junto con otras personas. El desheredado impugna el testamento por inoficiosidad, y los coherederos tratan de evitar el juicio de los centunviro, ansiando un acuerdo previo (el autor refiere que algunos de ellos mantenían amistades peligrosas que podrían haber implicado abandonar el juicio con una acusación capital). Es por ello que deciden transmitirle más, incluso, de la *quarta Falcidia*, pues es inasumible, tal y como escribe Plinio, que el desheredado pudiera haberse quejado de haber sido instituido por su madre tan solo en el *quadrans*. Cfr. N. TAMASSIA, *op.cit.* 11.

*heredis institutio*. En el texto que reproducimos, el jurista nos habla del famoso senadoconsulto Neroniano, que como es sabido, permitía convalidar como *legatum per damnationem* el legado de cosa ajena<sup>348</sup>.

Lo que buscaba la ley Furia era, pues, preservar la validez del testamento, y con él, naturalmente, la de los legados, y al mismo tiempo eliminar el choque entre heredero y legatario. La ley, por tanto, vino a tratar de resolver lo que en otro escrito pude llamar un «problema de contradicción», que se manifiesta en el hecho de que sólo puede darse cierto cumplimiento a lo dispuesto por el testador respecto de sus propios bienes limitando precisamente su capacidad de decidir sin restricciones sobre el destino de ellos<sup>349</sup>.

El estudio de esta *lex*, como el de cualquier otra norma o institución jurídica romana, produce, en efecto, sus resultados más provechosos cuando no se aborda separadamente de cuantos elementos, jurídicos o extrajurídicos, pudieron influir en ella. Debe señalarse, por tanto, que en este marco la primera expresión legislativa de la necesidad de poner límites a la libertad de disposición de los bienes por parte del *paterfamilias* la constituye no la propia ley Furia, sino la *lex Cincia de donis et muneribus* (204 a.C.)<sup>350</sup>, modelo sin duda de aquella, que, por tanto, debió promulgarse con posterioridad, tal y como se ha apuntado ya. La ley Cincia, plebiscito rogado por el tribuno de la plebe Marco Cincio Alimento, prohibía, como es sabido, las donaciones efectuadas entre clientes y abogados a efectos de evitar posibles sobornos, y en general,

---

<sup>348</sup> Sobre el *senatus consultum neronianum de legatis*, fechable entre los años 60 y 64 d.C., véanse, junto con Gai. 2,197; 198; 212; 218; 220; 222; *Fr. Vat.* 85. La incompatibilidad de su aparición histórica con una más que supuesta tendencia jurídica desfavorable a los legados ha sido apuntada en B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 236; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 112; M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, en *ZSS* 31 (Weimar 1910) 202 ss.; U. WESEL. *Über den Zusammenhang der lex Furia, Voconia und Falcidia*, en *ZSS* 81 (Weimar 1964) 308 ss.

<sup>349</sup> P. HALDÓN CONTRERAS, *Libertad individual*, cit. 58. En opinión de Biondi, es precisamente este principio del *favor testamenti* el elemento que marca la evolución del derecho sucesorio clásico en Roma. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 36 y 387. También F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 3.

<sup>350</sup> *Cic. de orat.* 2,71,286; *ad Att.* 1,20,7; *de sen.* 4,10; *Liv.* 34,4,9; *Polyb.* 32,12-13; *Tac. ann.* 11,5; 13,42; 15,20; *Fr. Vat.* 266-316; *Plin. Min. epist.* 5,21; *Suet. Nero*, 7; *Arnob. adv. nat.* 2,91.

todas aquellas que excediesen de una cuantía que nos es desconocida<sup>351</sup>, con la única excepción de que los beneficiarios fuesen personas próximas al donante: cognados hasta el sexto grado y hasta el séptimo en el caso del *sobrino natus*; el cónyuge y los afines; tutores; pupilos; esclavos y libertos. La *donatio* que superase el límite establecido en la ley, pese a ser considerada quizá como ostentosa y de mal gusto, se mantenía como válida, sin que su realización implicase sanción alguna, por lo que la ley pertenecería a la categoría de las *leges imperfectae*<sup>352</sup>. El hecho de que la donación prohibida no fuese objeto de rescisión no impedía, empero, que el pretor concediese una *exceptio legis Cinciae* –intransmisible *mortis causa*– contra quien pretendiese el cumplimiento del negocio<sup>353</sup>.

Gai. 2,225: *Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisue causa capere permissum non est. sed [et] haec lex non perfecit, quod uoluit: qui enim uerbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.*

Gai. 4,23: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniunctionem, sed puram, id est non pro iudicato, uelut lex Furia testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniunctionem cum eis ageretur.*

La *lex Furia testamentaria*, de la que Gayo nos habla en los textos arriba reproducidos, debió nacer, por tanto, como una suerte de ley complementaria a la

---

<sup>351</sup> Pugliese hablaba de 500 ases. Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano* (Torino 1990) 217 s.; R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 149.

<sup>352</sup> *Ep. Ulp.* 1,1; *Macrob. comm. in somn. Scip.* 2,17,13.

<sup>353</sup> Sobre la *lex Cincia*, A. ASCOLI, *Sulla legge Cincia*, en *BIDR* 6 (Roma 1893) 173 ss.; F. P. GAROFALO, *La «lex Cincia de donis et muneribus»*, en *BIDR* 15 (Roma 1903) 310 ss.; F. SENN, *op. cit.* 17 ss.; G. ROTONDI, *Leges, cit.* 261 ss.; F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli 1960); P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 122; E. RECORDER DE CASSO, *op. cit.*; A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 117 ss.

Cincia<sup>354</sup>. Si esta última prohibía, como acabamos de señalar, las donaciones *inter vivos* de cuantía excesiva, la ley Furia hacía lo propio con los legados y liberalidades *mortis causa* que superasen los mil ases pesantes (equivalentes a sestercios<sup>355</sup>), concediendo al heredero una *manus iniectio* pura por el cuádruplo del exceso<sup>356</sup>. Al igual que la ley Cincia, por último, la *lex Furia* no resultaba de aplicación para con los familiares próximos del testador (cognados hasta el sexto grado y hasta el séptimo en el caso del *sobrino natus*; cónyuge y sometidos a potestad, así como aquellos de los que se esté *in potestate*<sup>357</sup>).

La lectura de estos textos gayanos nos conduce a una interrogante esencial, cual es la de tratar de determinar cuál fue el objeto con el que se promulgó la *lex Furia*. Que se trataba, ya lo hemos dicho, de preservar la validez del testamento y encontrar un punto de equilibrio entre los intereses enfrentados del *heres* y del legatario es lógico, y el hecho de que los familiares cercanos del testador estuviesen exentos de lo dispuesto por la ley avala la idea de que el nacimiento de esta última no es sino una medida de protección de la familia del testador, enemiga de la dispersión, más allá, de sus límites, de los grandes patrimonios<sup>358</sup>. Esto, no lo olvidemos, es, además, lo que mejor encaja con la naturaleza familiar que tiene la herencia en la mentalidad romana, y lo es en tal medida que, como hemos señalado, la inacción legislativa habría supuesto claramente un asentimiento inconcebible a una situación de manifiesta quiebra del *mos maiorum*.

---

<sup>354</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 122.

<sup>355</sup> El as «pesante» es equivalente, efectivamente, al sestercio. De tratarse de ases «ligeros», los cien mil ases de los que nos habla la ley Voconia –que se dirige, obviamente, contra los ciudadanos inscritos en la primera clase del censo– equivaldrían no a cien mil sestercios, sino a cuarenta mil. Parece claro que las fuentes que en sede de la *lex Voconia* nos hablan, pues, de los cien mil ases se refieren a ases pesantes, y no hay motivos, por tanto, para pensar que otra cosa ocurriera a propósito de los mil ases de los que trata la *lex Furia*. Voci, en este sentido, se opone a la idea de Mommsen de que la ley Voconia se refiriese originariamente a ases ligeros, siendo posteriormente entendida como dirigida a los titulares de cien mil ases pesantes por la *interpretatio prudentium*. *Ibid.* 123 n. 62.

<sup>356</sup> *Supra.* 89 s.

<sup>357</sup> *Fr. Vat.* 298-301; *Ep. Ulp.* 28,7.

<sup>358</sup> A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 118.



Lo incuestionable de este planteamiento no nos libra, sin embargo, de encontrar un grave obstáculo en nuestra comprensión de la *lex Furia*: el propio Gayo, que plantea en su *Instituta* un esquema evolutivo en el que esta ley supone el punto de partida, siendo la *lex Falcidia* el de llegada<sup>359</sup>, considera que esta limitación legislativa de la libertad de legar no terminó de mostrarse útil, pues no impedía realmente que quien lo deseara estableciese en su testamento el reparto de la totalidad de su patrimonio en legados que no sobrepasaran la cuantía máxima de mil ases cada uno. Como medida destinada a impedir la salida de todos los bienes hereditarios fuera de los límites de la familia del testador, la ley Furia se antoja entonces decididamente insuficiente, recayendo su utilidad de cara al heredero más bien en la limitación de la cuantía de aquellos legados en los que no se agotase la masa hereditaria íntegra. Contemplada del modo en el que lo hace Gayo, esta ley supone, pues, una cierta mejora en la situación del *heres* de una herencia contenedora de *legata*, pero no impide que el testador, si lo desea, pueda despojarle de la totalidad de los bienes. La reflexión de esta realidad es la que conduce a Solazzi a una idea que se nos antoja feliz: es decididamente imposible que ni el tribuno Furio ni los votantes de la asamblea plebeya dejasen de advertir que la *lex* era inútil a efectos de la supresión de la libertad de agotar en legados la totalidad de la *hereditas*. Asumir esta evidencia implica, entonces, que la ley Furia, que buscaba, sí, mejorar la situación del *heres*, se caracterizaría más bien por tener un carácter, ante todo, antisuntuario, limitando el importe de los legados. En este sentido, tanto esta ley como la anterior *lex Cincia* vendrían a conformar una suerte de mecanismo de respuesta contra las liberalidades en exceso ostentosas, que debieron de popularizarse con el auge económico vivido por Roma tras el término de la primera guerra púnica<sup>360</sup>. Esta situación de bonanza económica es descrita, de hecho, en Polyb. 2,15, que habla de abundancia de comestibles y gran abaratamiento de los precios, señalando que en este tiempo un huésped podría encontrar alojamiento con facilidad, y con todos los servicios necesarios, a cambio tan sólo de medio as, esto es, de la cuarta parte de un óbolo.

La idea de Solazzi, como digo, se antoja sugerente por cuanto parece solventar el problema de la incomprensible «inutilidad» de la ley cambiando la perspectiva de enfoque

---

<sup>359</sup> Lo cual ocurre igualmente en la *Instituta* justiniana: IJ. 2,22.

<sup>360</sup> Para una historia detallada sobre la Roma de las guerras púnicas véase K. J. BELOCH, *Römische Geschichte bu zum Beginn der punischen Kriege* (Berlin-Leipzig 1926).

de la misma. Si abordamos, pues, la cuestión desde la óptica tradicional, que consiste en considerar a la ley Furia exclusivamente como un instrumento destinado a impedir la salida, fuera de los límites de la familia, de todos los bienes hereditarios, nos encontraríamos ante una *lex* tan notoriamente ineficaz a efectos de la resolución del problema que buscaría solventar que la inconcebible ignorancia del tribuno y sus votantes hasta nos puede parecer fácilmente cándida e ingenua. Si nuestra ley, en cambio, nació como *sumptuaria*, buscando también beneficiar al heredero, los *concilia plebis* habrían conseguido con ella sola tanto la introducción de una medida contraria al lujo imperante como, al mismo tiempo, la de un instrumento que le otorgaba a aquél un cierto beneficio, siempre y cuando el propio testador no hubiese decidido despojarle de los bienes hereditarios mediante la realización de múltiples *legata*, pues la *voluntas testatoris* es aquí respetada<sup>361</sup>.

El propio hecho de que nos encontremos ante una *lex minus quam perfecta*, que prevé la *poena quadrupli* por el exceso de los legados demandados por el legatario parece reforzar, incluso, su carácter de ley antisuntuaria, pues precisamente el más antiguo ejemplo de ley menos que perfecta del que tenemos noticia es el precepto decenviral que castigaba, también con la pena del cuádruplo, la usura:

Tac. ann. 6,16: *Interea magna vis accusatorum in eos irrupit qui pecunias faenore auctitabant adversum legem dictatoris Caesaris qua de modo credendi possidendique intra Italiam caventur, omissam olim, quia privato usui bonum publicum postponitur. sane vetus urbi faenebre malum et seditio discordiarumque creberrima causa eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. nam primo duodecim tabulis sanctum ne quis unciario faenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur.*

---

<sup>361</sup> Solazzi, que apoya su teoría en Kaser, llega a afirmar que la *heredis institutio* no fuese aún por entonces un elemento necesario del *testamentum per aes et libram*, mientras que probablemente sí lo sería ya en el 169 a.C., fecha de la promulgación de la *lex Voconia*. La afirmación es, desde luego, arriesgada, pues Gayo, que como hemos señalado escribe huyendo de la introducción de anacronismos, trata del «tridente» legislativo conformado por las *leges Furia, Voconia* y *Falcidia* desde la perspectiva, precisamente, de la protección del *heres*. S. SOLAZZI, *Una data per la storia*, cit. 153 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 (Napoli 1932) 25; M. KASER, *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) 156 ss.

Cato. agr. praef.: *Maiores nostri sic habuerunt et ita in legibus posiverunt furem dupli condemnari, feneratorum quadrupli.*

El texto de Tácito nos habla de una reacción popular contraria a la usura, cuya práctica estuvo prohibida por una ley de César caída en desuso, y anteriormente, por las XII Tablas, que cifraron en una onza el interés máximo a cobrar por préstamos<sup>362</sup>. El de Catón, por su parte, señala que los *maiores* castigaban al ladrón con la pena del doble y al usurero con la del cuádruplo. Ambos textos, que obviamente se complementan, constituyen cuanto sabemos del contenido de la Tab. VIII,18. Sería típico de estas *leges repetundarum*, a juicio de Senn, mantener como válido el acto que les es contrario concediendo al perjudicado, sin embargo, una *manus iniectio* por un múltiplo de lo recibido injustamente, esto es, asumir la condición de *leges minus quam perfectae*<sup>363</sup>.

La idea de que la *lex Furia testamentaria* nació no con el único objetivo, como suele considerarse, de beneficiar al heredero que se veía perjudicado por el excesivo número de legados, sino también con el de erigirse en una medida general contraria al lujo permite arrojar, por tanto, las siguientes conclusiones:

1. De un lado, permite hacer vez comprensible el supuesto fracaso de la ley en lo concerniente a la prohibición de que el testador despojase de todos los bienes hereditarios al *heres*. La ley, sin perder de vista los intereses de este último, buscaba combatir el lujo excesivo y proteger, a un tiempo, la *voluntas testatoris*.

---

<sup>362</sup> José Luis Moralejo, en sus esclarecedoras notas a su traducción castellana de los *Anales* editada por Gredos (Barcelona 2007) señala en la p. 315 n. 573 que la onza (doceava parte) equivaldría a un 8,33 y a un 10 por 100 en el antiguo año de diez meses y en el nuevo de doce, respectivamente. «Sin embargo, también se ha pensado en un doceavo mensual, lo que supondría un 100 por 100 anual, e incluso en un 1 por 100 anual, lo que no concordaría con las quejas contemporáneas sobre lo excesivo de los intereses».

<sup>363</sup> Esta argumentación conduce al autor a defender que los *prudentes* no habrían mostrado especial interés por estas cuestiones, relacionables con el derecho criminal antes que con el *ius civile*. F. SENN, *op. cit.* 71. Cfr. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, *cit.* 287. En opinión de Fernández Barreiro, la jurisprudencia, en cambio, debió también jugar un papel de importancia en lo concerniente a la ineficacia de las *leges Furia* y *Voconia* a efectos de impedir que el testador dispersase en legados la totalidad de los bienes, pues los *prudentes* se habrían inclinado, en este supuesto, más por favorecer su voluntad que el beneficio del instituido heredero.

2. Tanto la *lex Cincia* como la *lex Furia* nacieron en un ambiente descrito en las fuentes históricas como favorable a esta interpretación. Polibio habla, en efecto, de un auge económico en esta misma época que sin sombra de dudas motivó la aparición de estas *leges sumptuariae*. Prueba clarísima de esta reacción legislativa contraria al exceso la constituye la *lex Fannia*, del año 161 a.C., que combatía el lujo en la mesa –limitaba el número de comensales invitados, el de aves a consumir y el importe a gastar en el convite–, al que se recurriría en la época como señuelo para la captación de clientes<sup>364</sup>.

3. Gayo enfoca el problema en su *Instituta* desde el punto de vista del heredero que se ve privado de la *hereditas*, situación que, en efecto, se permitía con las leyes Furia y Voconia, no así con la Falcidia. Nada hay pues, de llamativo, en el hecho de que el jurista, de cara a este problema, describa cuál era la situación del *heres* con carácter previo al surgimiento histórico de la *quarta Falcidia*: lo que nos dice Gayo es que ni la ley Furia ni la Voconia fueron instrumentos eficaces para evitar la dispersión en legados de la totalidad de la herencia, pero no refiere que tal medida fuese el único y exclusivo fin perseguido por aquellas leyes. Tan solo la *lex Falcidia*, como es sabido, satisface esa exigencia. La literalidad del texto gayano, además, no solo no es enemiga de esta teoría, sino que se ha apuntado que incluso podría avalarla en el hecho de que en el manual no se hable del heredero, como sí ocurre con la ley Falcidia, como destinatario de la Furia, sino del legatario, al que prohíbe exigir al *heres* el pago de legados excedentes de mil ases. Tampoco en la aplicación de la *lex Falcidia* hay *personae exceptae*, como sí ocurre con la ley Furia<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> Balestri Fumagalli, autora de un interesante estudio sobre la ley Voconia, señala que esta legislación ejemplifica la voluntad del poder público de regular en esta época la vida privada de los ciudadanos de manera «talvolta ridicola e ossessiva». M. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla «lex Voconia»* (Milano 2011) 16. La autora se apoya en G. CLEMENTE, *Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo a.C.*, en A. GIARDINA – A. SCHIAVONE (Coords.), *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali* (Bari 1981) 8 s.

<sup>365</sup> Así lo afirma Senn, que considera que la clásica idea de considerar a la *lex Furia* como punto de partida de un camino que, discurriendo por la ley Voconia, desemboca en la Falcidia, obedece más a un «amour de l'ordre et de la systématisation» que a un estudio realista de las fuentes. F. SENN, *op. cit.* 90 s. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 3 n.2. Contra el argumento de que en el manual gayano las leyes Furia y Voconia parecen tener al legatario como destinatario, y la Falcidia al heredero, no parece demasiado sólido oponer el hecho de que Gayo realiza una exposición obviamente sucinta de estas leyes –

4. Pese a lo arriba expuesto, la ley Furia sí viene a favorecer al heredero que debe pagar una cantidad de legados que no agote la totalidad del patrimonio hereditario, situación esta que, por lo demás, sería sin duda la más frecuente en la práctica. Establecer un importe máximo para el *legatum* y las donaciones *mortis causa*<sup>366</sup> garantiza al heredero –sobre todo al llamado a adquirir grandes fortunas– que su pago no supondrá un grave perjuicio económico.

5. Ese beneficio concedido al *heres* constituye una respuesta legislativa que, en un complejo juego de equilibrios, busca, de un lado, preservar la *voluntas testatoris*, y del otro, poner de relieve a la figura del propio heredero como protagonista del fenómeno sucesorio ante unas prácticas que, si bien no llegaron a prohibirse aún, sí suponían una evidéntísima distorsión de los principios básicos, obviamente conservadores, por los que se regía la *successio* en la mentalidad jurídico romana.

### 2.3. *Lex Voconia*.

Hemos visto que la *lex Furia testamentaria* debió constituir una de las varias *leges sumptuariae* emanadas de la asamblea plebeya durante el siglo II a.C. Más que una medida ideada con el fin único de otorgar al heredero un sistema de protección frente al exceso de legados en la *hereditas*, debió ser también una ley limitadora del lujo en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. No parece haber buscado, pues, la ley Furia la introducción de una prohibición de distribuir la totalidad de la herencia en *legata*, sino la realización de legados en exceso cuantiosos, del mismo modo en que lo hacía la *lex Cincia* con respecto de las donaciones *inter vivos*. Añádase a ello que tal medida, además de combatir el lujo, debió estimarse como un oportuno instrumento conservador en el sentido literal de la

---

que en su época llevaban ya siglos en desuso–, de las que informa parcamente, sin entrar a reproducir la literalidad de sus *rogationes*. Precisamente, a lo largo de estas páginas hemos encontrado ya ejemplos suficientes como para evitar caer en la tentación de subestimar el rigor expositivo del jurista en sus *Institutiones*.

<sup>366</sup> Sobre las donaciones *mortis causa*, véanse F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus*, en ZSS 38 (Weimar 1917) 209 ss.; P. SIMONIUS, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht* (Basel 1958); D. RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen Römischen Recht* (Berlin 2011).

palabra, pues en un momento histórico en el que la idea de sucesión testada parece distanciarse en gran medida del sistema arcaico, situaba al heredero y no al legatario como protagonista verdadero del fenómeno sucesorio, evitando así que este se distorsionara y que las nuevas esferas de libertad adquiridas por el testador merced al *testamentum per aes et libram* conllevaran una ruptura radical con la naturaleza familiar de la *successio*. A lo largo de las siguientes páginas estudiaremos cómo la *lex Voconia*<sup>367</sup> comparte, como resulta lógico y comprensible, estos mismos rasgos que hemos expuesto a propósito de la *lex Furia*<sup>368</sup>.

Fue rogada la ley Voconia en el año 169 a.C. -585 desde la fundación de Roma por el tribuno de la plebe Quinto Voconio Saxa, que contó con el nada desdeñable apoyo de Catón el Censor como *suasor* o defensor, ejemplo, como es sabido, de conservadurismo y enemigo de lujos y excesos. Séneca, por recurrir a un único ejemplo, pues no es mi voluntad ser exhaustivo aquí con la exposición de aspectos puramente biográficos, elogia su modestia con las siguientes palabras:

*Sen. epist. 87,9-10: M. Cato Censorius, quem tam e re publica fuit nasci quam Scipionem (alter enim cum hostibus nostris bellum, alter cum moribus gessit), cantherio vehebatur et hippoperis quidem inpositis, ut secum utilia portaret. O quam cuperem illi nunc occurrere aliquem ex his trossulis, in via divitibus, cursores et Numidas et multum ante se pulveris agentem! Hic sine dubio cultior comitatorque quam M. Cato videretur, hic qui inter illos apparatus delicatos cum maxime dubitat utrum se ad gladium locet an ad cultrum. O quantum erat saeculi*

---

<sup>367</sup> En su ya citado trabajo sobre esta ley, Balestri Fumagalli aporta una interesante relación de fuentes históricas, tanto jurídicas como literarias, que contienen alusiones a la *lex Voconia*: Gai. 2,226; 2,274; IJ. 2,2,22 pr.; PS. 4,80,20; Cic. *in Verr.* 2,1,43,110; 2,1,41,104; 2,1,44,114; 2,5,18,45; *pro Balb.* 8,31; *pro Cluent.* 53,146; *de leg.* 2,20,49 ss.; *de fin.* 2,17,55; *de re pub.* 3,10,17; Cato maior, 5,14; ps. Quint. *decl.* 264; Aul. Gell. 6,13,3; 17,6,1; 20,1,23; Polyb. 32,14,8; Diod. 31,27,7; Plut. *Cic.* 41; Plin. Min. *paneg.* 42; Cass. Dio. 56,10,2; Aug. *de civ. Dei*, 3,21. M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 13. También G. ROTONDI, *Leges, cit.* 283.

<sup>368</sup> Voci afirma la evidente similitud de contenido existente entre las *leges Furia* y *Voconia*. Esta última, en efecto, tampoco impide al testador dispersar la integridad de la masa hereditaria en legados, y una de las posibles causas de su aparición podría radicar en el hecho de que el límite económico de los mil ases establecido en la *lex Furia* se sintiese pronto como insuficiente y en exceso pequeño. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 126.

*decus, imperatorem, triumphalem, censorium, quod super omnia haec est, Catonem, uno caballo esse contentum et ne toto quidem; partem enim sarcinae ab utroque latere dependentes occupabant. Ita non omnibus obesis mannis et asturconibus et tolutariis praeferres unicum illum equum ab ipso Catone defricum?*

La importancia de Marco Catón no es inferior, en opinión de Séneca, de la de Escipión, pues si este último emprendió la guerra contra enemigos extranjeros, aquél lo hizo, dice, contra las costumbres, predicando personalmente con el ejemplo: al cabalgar, lo hacía en el mismo caballo del que pendía su equipaje, de manera que, en contraste con quienes se exhibían con lujo durante sus desplazamientos, él no se reservaba para sí ni siquiera la comodidad de viajar plácidamente en el espacio que permite un animal, sino tan solo sobre la parte de aquél que dejaban libre sus enseres personales. Nada hay que pueda sorprender, pues, en el hecho de que el austero Catón buscara combatir activamente un lujo que sentiría personalmente como despilfarro, y su apoyo a la *lex Voconia* se hace de todo punto comprensible sin recurrir, como en ocasiones se acostumbra, a juzgar anacrónicamente al personaje como retrógado o incluso sexista partiendo en buena medida, como punto de apoyo, de los escritos ciceronianos, que estudiaremos enseguida. De la defensa catoniana de la ley Voconia nos informa Gelio, que reproduce parte de la *suasio* por él pronunciada dirigida a convencer a los asistentes de aquella *contio* de lo oportuno de emitir un voto positivo:

Aul. Gell. 17,6,1: *M. Cato Voconiam legem suadens verbis hisce usus est: «Principio vobis mulier magnam dotem adtulit; tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committit, eam pecuniam viro mutuam dat; postea, ubi irata facta est, servum recepticium sectari atque flagitare virum iubet»*<sup>369</sup>.

Como es perfectamente sabido, eran dos las medidas contempladas en la ley:

1. De un lado, prohibía que los titulares de un patrimonio superior a los cien mil ases pesantes (o lo que es lo mismo, los integrantes de la primera clase del censo<sup>370</sup>)

---

<sup>369</sup> Sobre el texto de Gelio, véanse R. VIGNERON, *L'antifeministe loi Voconia et les «Schleichwege des lebens»*, en *Labeo* 29 (Nápoli 1983) 144 s.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 13.

<sup>370</sup> Liv. 1,43,1. En el *census populi*, creado por Servio Tulio, se dejaba constancia de la totalidad de los bienes de los que el ciudadano fuese propietario, ya fuesen muebles o inmuebles, mancipables o no

instituyesen como herederas a las mujeres<sup>371</sup>. Con esta medida, que se refiere estrictamente a la *heredis institutio*, la *lex Voconia* se distancia de la precedente *lex Furia*

---

mancipables. La idea de que el censo tan solo reflejase las *res Mancipi*, defendida por Mommsen apoyándose en Cic. *pro Flacc.* 32,80, parece arbitraria a juicio de Coli. U. COLI, *Il testamento*, cit. 81. Cfr. T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, cit. 71. Gelio, por su parte, señala que los ciudadanos de la primera clase del censo serían los propietarios no de un patrimonio superior a cien mil ases, sino a ciento veinticinco mil. Aul. Gell. 6,13: *Classici dicebantur non omnes, qui in quinque classibus erant, sed primae tantum classis homines qui centum et viginti quinque milia aeris ampliusve censi erant*. Sobre este particular, véase A. METRO, *Il «legatum partitionis»*, en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 296. Por otra parte, no parece demasiado planteable la posibilidad de que un ciudadano adinerado evitase inscribirse en el censo con tal de instituir a su hija como heredera, pues nunca llegó a abolirse expresamente la pena de esclavitud para aquellos que no se presentaran ante los censores en los días establecidos a tal efecto. Con todo, desde la dictadura de Sila parece que la práctica de esta sanción se daría tan solo de manera puntual, pues el propio censo pasa a realizarse de forma más irregular. Es posible, pues, que en los años finales de la República los ciudadanos ricos recurriesen a la estratagema de no inscribirse en él para posibilitar la transmisión de la totalidad de la *hereditas* a la mujer. Esta posibilidad aparece planteada en F. SENN, *op. cit.* 114. Sobre el censo, G. PIERI, *L'Histoire du cens jusqu'à la fin de la République Romaine* (Paris 1968).

<sup>371</sup> La investigación sobre la mujer y el derecho constituye sin duda uno de esos temas que merecen llamarse «clásicos» de la doctrina romanística, que ha sido pródiga –y de manera quizá especialmente intensa en los últimos años– en estudios sobre la cuestión. Entre otros, pueden consultarse para mayor abundamiento sobre el tema P. GUIDE, *Étude sur la condition privée de la femme* (Paris 1885); L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano 1984); E. CICCOTTI, *Donne e politica nelle ultimi anni della Repubblica romana* (Napoli 1985); J. F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society* (London 1987); M. MARCOS SÁNCHEZ, *Las mujeres de la aristocracia senatorial en la Roma del bajo imperio (312-410)* (Santander 1990); R. HAWLEY – B. LEVICK, *Women in Antiquity: New assessments* (London – New York 1997); A. ARJAVA, *Woman and Law in the late Antiquity* (Oxford 1998); L. MONACO, *op. cit.*; N. BORRAGÁN, *La mujer en la sociedad romana del alto imperio (siglo II d.C.)* (Oviedo 2000); G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica* (Napoli 2000); R. MENTXAKA, *Los problemas jurídicos de una mujer cristiana en Roma hacia la mitad del siglo II*, en *SCDR* 20-21 (Madrid 2007-2008) 179 ss.; A. DOMÍNGUEZ ARRANZ, *Mujeres en la Antigüedad clásica: género, poder y conflicto* (Madrid 2010); EVELYN HÖBENREICH – VIVIANA KÜHNE, *Las mujeres en Roma antigua. Imágenes y Derecho* (Lecce 2009); E. HEMELRIJK – G. WOOLF, *Women and the Roman City in the latin West* (Leiden – Boston 2013); R. RODRÍGUEZ LÓPEZ – M. J. BRAVO BOSCH, *Mulier. Algunas historias e instituciones de Derecho romano* (Madrid 2013); A. McCLINTOCK, *The lex Voconia and Cornelia's jewels*, en *RIDA* 60 (Bruxelles 2013) 183 ss.; S. MEDINA QUINTANA, *Mujeres y economía en la Hispania romana: oficios, riqueza y promoción social* (Oviedo 2014); S. RUBIO, *Derechos de la mujer en la Antigüedad: Egipto, Grecia, Roma* (Madrid 2014); G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*



y de la posterior ley Falcidia, pues ambas versaban exclusivamente sobre los *legata* y no sobre la institución de heredero<sup>372</sup>. A pesar de este rasgo distintivo de la propia ley Voconia, nada hay en la prohibición que introducía en contra de las mujeres que choque ni con el carácter antisuntuario de la ley –que, más bien, se reafirma– ni con la evidencia de que no se dio con el objeto de impedir al testador distribuir toda la masa hereditaria en legados, cuestión esta que, al parecer, era abordada en el segundo capítulo de la *rogatio*. Centrándonos en lo que concierne a la imposibilidad de las mujeres de adquirir herencias de más de cien mil sestercios, debe decirse que tal desvaloración del lujo femenino parece ser un aspecto más de la propia persecución que la mentalidad romana conservadora del siglo II a.C. emprendió contra el exceso y la prodigalidad, en defensa de una austeridad entendida como vía de acceso a la virtud en un sentido estoico<sup>373</sup>. No fue gratuita, por tanto, la aparición de la *lex Voconia*, con su medida contraria a la libertad de las mujeres

---

(Madrid 2014); A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho Romano de sucesiones: los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano* (Madrid 2017).

<sup>372</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 122 s. Junto con el propio Voci, véanse, para el estudio de la prohibición de las mujeres de aceptar herencias de ciudadanos de primera clase del censo, K. A. v. VANGEROW, *Ueber die lex Voconia* (Heidelberg 1863) 7 s.; A. WEISHAUPT, *Die lex Voconia* (Köln – Weimar – Wien 1999) 35 ss.; F. SENN, *op. cit.* 109 s.; L. MONTOJO Y BURGUERO, *La legítima de los hijos y descendientes* (Madrid 1943), P. DE LA ROSA DÍAZ, *Algunos aspectos de la «lex Falcidia»*, en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II (Madrid 1994) 112 y L. MONACO, *op. cit.* 185 ss. Esta autora niega que la *lex Voconia* tuviese tan solo un carácter antisuntuario, habida cuenta de que, en efecto, al margen de combatir el lujo, suponía un freno con respecto de la capacidad sucesoria de la mujer en el siglo II a.C. Un ejemplo claro de que el efecto de la *lex Voconia* era, en estos casos, el de la nulidad de la *heredis institutio* lo encontramos en Cic. *in Verr.* 2,1,41-43: Cicerón narra el caso de la herencia de P. Anio Asele, ciudadano que no pertenecía a la primera clase del censo. Pese a que la ley Voconia permite a su hija realizar la *hereditatis petitio*, Verres la niega para favorecer a otro heredero (L. Anio) al que le profesa amistad, declarando en su edicto que negará la acción de petición de herencia, así como la *bonorum possessio*, a toda mujer que la solicite con posterioridad a la censura de Fulvio y Postumio. El corrupto Verres inaplica, pues, por interés personal, el requisito de la pertenencia a la primera clase del censo, y lo sustituye por otro de índole puramente temporal. El efecto, en cualquier caso, es evidente: la nulidad de la institución como heredera de la mujer.

<sup>373</sup> Conviene acercarse, pues, a estas leyes evitando asumir posiciones anacrónicas, alentados por los escritos, muy posteriores en el tiempo, de Cicerón o de Gayo. Por poner un ejemplo, González López llama «misógino» a Catón y le acusa de defender «ideales trasnochados». Cfr. R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 154.

de aceptar cualquier herencia, en un clima en el que la asamblea plebeya buscaba, precisamente, distanciar a la ciudadanía –y muy especialmente a la pudiente primera clase del censo– de un lujo que no era entendido como progreso, sino más bien como muestra de una decadencia y relajación de las costumbres obrada en buena medida por el contacto con las culturas orientales. Que en este marco histórico un tribuno de la plebe legislase contra el lujo femenino tiene, a decir verdad, poco de sorprendente<sup>374</sup>.

*Aug. de civ. Dei, 3,21: Nam tunc, id est inter secundum et postremum bellum Carthaginense, lata est etiam lex illa Voconia, ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam. Qua lege quid iniquius dici aut cogitari possit, ignoro.*

*Gai. 2,274: Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

Los textos arriba citados se expresan, al menos aparentemente, en un sentido crítico con respecto del veto introducido por la ley Voconia para con las mujeres llamadas a recibir herencias de ciudadanos integrantes en la primera clase del censo. En el primero de ellos, Agustín de Hipona se nos manifiesta como enemigo acérrimo de lo dispuesto por la *lex Voconia*, a la que califica de inicua por causa de la prohibición que contenía de instituir herederas a las mujeres, sin precisar en su escrito que tal medida se limitaba estrictamente a aquellas que hubiesen sido llamadas a recibir herencias superiores a cien mil ases. El segundo texto, extraído del manual gayano, nos informa de que el testador que quisiera eludir lo dispuesto por la ley podía transmitir la totalidad de la herencia a la mujer por la vía del fideicomiso, lo cual ha sido visto por Balestri Fumagalli en su reciente estudio acerca de la *lex Voconia* como muestra clara de una «malformazione congenita della legge»<sup>375</sup>. La idea, aunque comprensible, solo me resulta aceptable de forma matizada, pues de otra manera implicaría que podríamos acusar también de idéntica «malformación» a la posterior ley Falcidia en su estadio previo a la aparición de la *quarta Pegasiana*. Que el efecto perseguido por la ley puede evitarse resulta, pues, evidente, pero

---

<sup>374</sup> M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 15; R. VIGNERON, *op. cit.* 142 ss. Véase también E. DE LA IGLESIA PRADOS, *De Roma a la Codificación: una perspectiva histórica del fraude de ley*, en *Annaeus* 2 (Madrid 2007) 248.

<sup>375</sup> M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 18.

que ello sea sintomático de un carácter defectuoso de la misma no tiene por qué ser cierto, paradójicamente. Para la mentalidad romana, y por mucho que a efectos prácticos pudiese adquirir el total de la *hereditas*, el fideicomisario universal no es una figura equiparable a la del *heres*, considerado, como hemos estudiado ampliamente, como continuador de la familia desde tiempos arcaicos con independencia de cual sea la cantidad económica que reciba de la herencia, pues no en vano se crea el *beneficium abstinendi* para impedir el perjuicio del *heres suus* en caso de *hereditas damnosa*. Se trata de actores, pues, perfectamente diferenciados que participan en el fenómeno sucesorio. Con la promulgación de la *lex Voconia*, la prohibición de que las mujeres puedan recibir herencias de más de cien mil ases pasa a formar parte del *ius civile*, de manera que el pleno funcionamiento del sistema que articula puede verse posteriormente perfeccionado por la aparición de nuevos recursos normativos, exactamente como ocurre con la aparición del senadoconsulto Pegasiano. Si tal cosa ocurrió con la *lex Falcidia* y no con la *Voconia*, bien pudo deberse al hecho de que la *interpretatio prudentium* tendiese, como afirma con lógica Fernández Barreiro<sup>376</sup>, a inclinarse frecuentemente por las soluciones menos perjudiciales para el llamado a percibir los bienes hereditarios. Obsérvese, además, que la exposición que Gayo nos hace del problema parece despojada aquí de un sentido

---

<sup>376</sup> A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 287. Balestri Fumagalli habla de «irracionalidad» y «extremismo» en el caso de la ley Voconia, punto este que no comparto por completo, y apunta que son tales características de la *lex* las que conllevaron que en la práctica sus efectos pudiesen ser eludidos: «La miopía del tribuno non ha intuito che gli uomini onesti avrebbero eluso quelle statuizioni assurde, con irreparabile danno per il bene della cosa pubblica, che non tollera irrazionalità ed estremismi». M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 34. Que la ciudadanía no tolere la irracionalidad y el extremismo es, en realidad, tan discutible como que los hombres honestos hayan eludido las instituciones absurdas a lo largo de la Historia. La autora cita en páginas anteriores a Cass. Dio. 56,10, en el que se nos informa de que Augusto eximió de la prohibición de la *lex Voconia* a algunas mujeres. El historiador romano no escribe, sin embargo, que tal medida obedeciese a un sentimiento del *princeps* desfavorable a la ley, sino que la incardina en el marco de los incentivos al matrimonio y la natalidad propios de las *leges Iulia et Papia* en el marco de las medidas del *ius liberorum*. Fueron, en efecto, las mujeres que hubiesen tenido hijos las que quedaron liberadas de la prohibición de la ley, y ello permitió precisamente a Livia heredar posteriormente del propio Augusto. Resulta, pues, evidente, que la decisión augústea se dió más por el imperativo de aumentar el crecimiento demográfico que como un acto de «reparación» frente a la injusticia de la ley Voconia, pues en tal caso la exigencia del requisito de la maternidad se haría incomprensible.

crítico negativo, limitándose más bien a retratar una realidad histórica sobre la que no manifiesta opinión personal alguna.

Sea como fuere, sí que adolece la *lex Voconia* de un aspecto que podría entenderse como defecto, más allá de la posibilidad de que el testador eludiese su efecto por la vía del fideicomiso. Se trata de la situación elocuentemente descrita en el texto ciceroniano contenedor del famoso aserto de que la ley sobre la que escribimos constituye una absoluta injuria contra el sexo femenino:

Cic. *de re pub.* 3,17: *Genera vero si velim iuris institutorum morum consuetudinumque describere, non modo in tot gentibus varia, sed in una urbe, vel in hac ipsa, milliens mutata demonstram, ut hic iuris noster interpretis alia nunc Manilius iura dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus, alia solitus sit adulescens dicere nondum Voconia lege lata; quae quidem ipsa lex utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena est iniuriae. cur enim pecuniam non habeat mulier? cur virgini Vestali sit heres, non sit matri suae? cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit feminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patri esset, aeris milliens salva lege, mea triciens non posset.*

Cicerón, como es sabido, manifiesta con contundencia su rechazo por la ley Voconia en este popular fragmento en el que se lamenta, de un lado, de que a la mujer no se le reconozca *testamenti factio* activa salvo en el caso de ser vestal<sup>377</sup>, y del otro, y más importante a efectos de lo que estamos tratando, de que la propia limitación económica prevista por la ley pudiese ser evitada mediante el recurso a la sucesión intestada cuando la destinataria fuese hija única. En este caso, en efecto, la mujer sometida a la *potestas* del *paterfamilias* que no concurra con otros herederos en la *successio*, no recibe ya los bienes hereditarios como fideicomisaria, sino como heredera, lo cual, *a priori*, parece constituir una carencia de la *lex* de la que justamente se hace eco Cicerón, no así del caso del fideicomiso universal. Por ello, Balestri Fumagalli acusa a Quinto Voconio Saxa de «miopía» al no haber sabido prever tan evidente forma de eludir la prohibición de la

---

<sup>377</sup> Sobre la capacidad de las mujeres de realizar testamento, véanse E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, en *BIDR* 48 (Milano 1941) 74 ss.; J. ZABLOCKI, *Appunti sul testamentum mulieris in età arcaica*, en *BIDR* 94-95 (Milano 1991-1992) 157 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 76; A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo*, cit. 65 s.

ley<sup>378</sup>. Bien, si en el caso del fideicomiso el carácter defectuoso de la *lex Voconia* es discutible, también puede serlo, en mi opinión, esa supuesta «miopía» del tribuno: el problema, en efecto, se plantea cuando la mujer concurre sola a la *successio*, pues no hay otros *heredes sui* que, junto a ella, perpetúen la familia en el futuro, lo que a mi entender hace perfectamente comprensible que a ella se destine entonces la totalidad del patrimonio por vía intestada. Esto fue observado ya hace más de una centuria por Senn<sup>379</sup>, que reflexiona sobre lo comprensible de que la ley Voconia, que buscaba evidentemente proteger a la familia agnaticia frente a una casi ilimitada libertad de testar, permitiese la recepción de la *hereditas* íntegra por la mujer sometida a la *patria potestas* o la *manus* marital del causante por vía intestada ante la ausencia de otros *sui*, pues como sabemos, ella solo puede heredar *ab intestato* en caso de haber estado sometida a la potestad del *de cuius*. ¿O acaso debería coartarse aquí la libertad de este último hasta el extremo de forzarle a hacer testamento cuando tenga una única hija e instituir como herederos a *extranei* con tal de que aquella no reciba más de cien mil ases? Tal medida, además de otorgar a la figura del *extraneus* un protagonismo difícilmente armonizable con los *mores maiorum*, sería, de un lado, literalmente, irrealizable, pues ¿cómo pretender forzar a un ciudadano a realizar un acto tan personalísimo como el testamento?; y del otro, notoriamente contradictorio con el propio espíritu de la ley, que protegía a la familia agnaticia de la posibilidad de que un *extraneus* «usurpase», en palabras de Barrio Gallardo<sup>380</sup>, la posición preminente de la primera clase del censo en los comicios

---

<sup>378</sup> Balestri Fumagalli reprocha a Quinto Voconio Saxa el no haber previsto la eventualidad de que la hija única pudiese adquirir más de cien mil ases a falta de testamento. El juicio de la autora vuelve a presentarse, en mi opinión, quizá como en exceso categórico. M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 60.

<sup>379</sup> F. SENN, *op. cit.* 112.

<sup>380</sup> «Así, la explicación de esta limitación residía, según creo, en preservar la influencia política de la familia en los órganos oligárquicos de decisión de la “civitas”. Con el advenimiento del nuevo régimen, y el abandono de la antigua Monarquía, el reparto de poder en las instituciones romanas, a través de un sufragio censitario, continuó basándose en la riqueza de los ciudadanos, si bien dejó de reflejarse en hectáreas de terreno y pasó a medirse en ases, la moneda oficial de la República. La reforma habida el 312 a. C., cifró en 100.000 ases el patrimonio necesario para ser considerado ciudadano de primera clase, con una representación de 80 centurias en los Comicios de este tipo. Si el *pater* legaba en su testamento una cantidad superior a la expuesta, se corría el riesgo de que el linaje familiar perdiera su representación en esta asamblea popular cuyo voto podía resultar decisivo, salvo que en el activo líquido de la herencia quedase, al menos, una suma semejante para compensar dicha pérdida de poder». A. BARRIO GALLARDO, *op.*

centuriados. Quizá la ley Voconia, incomprensible si no es estudiada bajo los parámetros de una democracia censitaria, se nos antoje, tanto a nosotros como a los propios ciudadanos romanos del pasado, como moralmente injusta, pero mal puede acusarse a la norma de «malformación» por causa de lo que no quiere, ni puede, ni merece ser evitado.

2. La segunda medida que establecía la *lex Voconia* era la de impedir que el legatario pudiese recibir más que el heredero:

Gai. 2,226: *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent. ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; sed tamen fere uitium simile nascebatur. nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.*

Gayo refiere que el impedimento de recibir más como legatario o donatario *mortis causa* de lo que se recibe como *heres* no impidió la práctica de que el testador pudiese despojar a este último de la mayoría de los bienes hereditarios. Bastaba para ello con realizar un número tan significativo de legados –cuya cuantía individual siempre fuese inferior a lo percibido por el heredero– como para hacer que los bienes asignados al *heres* instituido fuesen tan insignificantes como para que este no estuviera interesado en la aceptación de la herencia<sup>381</sup>. Nos encontramos, pues, ante el hecho de que si la ley

---

*cit.* 119. También U. COLI, *Il testamento*, *cit.* 79 y A. GUARINO, «Lex Voconia», en *Labeo* 28 (Napoli 1982) 188. Este último también señala la utilidad de la *lex Voconia* como instrumento destinado a asegurar la estabilidad de la primera clase del censo, cuestión esta en la que parece separarse hasta cierto punto de la precedente *lex Furia* y de la posterior *lex Falcidia*. Sea como fuere, resulta evidente que la clásica visión de estas tres leyes como una especie de tríada legislativa orientada a limitar la libertad de legar del testador a favor del heredero se quiebra. Así lo entiende Metro, que señala que estas leyes sin duda estuvieron dirigidas a proteger al *heres* antes que a limitar al testador. A. METRO, *op. cit.* 296.

<sup>381</sup> De ello debe deducirse el hecho de que la Voconia debió establecer que cada legado no debía sobrepasar singularmente el importe de lo destinado al heredero como cuota de la *hereditas*, y no el hecho de que se destinase a este último la mitad de los bienes hereditarios con independencia del número de *legata* establecidos por el testador. P. VOCCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 123 n. 63. Cfr. T. MOMMSEN, Rec. J. J. BACHOFEN, *Die lex Voconia: Und die Mit ihr Zusammenhängenden Rechinstitute* (Basel 1843), en *Gessamelte Schriften* 3 (Berlin 1907) 513 ss. Mommsen mantiene una línea discrepante amparándose en una interpretación que Voci considera dudosa de Cic. *in Verr.* 2,1,110.

Voconia se promulgó con el objeto de corregir las supuestas deficiencias de la *lex Furia* no se advirtió tan sencillo modo de sortear, nuevamente, la prohibición que contenía. Si se hace extraño pensar que los impulsores y votantes de la ley Furia estuviesen tan ciegos como para no percatarse de que no era un instrumento adecuado a la hora de reservar coactivamente una serie de bienes al heredero, más raro aún resulta aceptar la idea de que se plebiscitase una nueva ley, varias décadas más tarde, que incurriese en muy similares problemas tratando, precisamente, de corregir los de su predecesora. ¿No será, entonces, que ni la ley Furia ni la Voconia buscaron coartar completamente la libertad del testador de decidir sobre el futuro de su patrimonio? Enfocado de este modo el problema, como exponía Solazzi, la aparición de la *lex Voconia*, que presenta tantos rasgos coincidentes con la ley Furia, vendría a constituir un reforzamiento de la figura del *heres*: si la *lex Furia* deja constancia expresa del papel de este último como auténtico protagonista del fenómeno sucesorio, la Voconia supone el primer ejemplo de legislación que atribuye coercitivamente a su favor un determinado porcentaje de la herencia a efectos de evitar que aquellos puedan verse desamparados a la muerte del *paterfamilias*<sup>382</sup>. Aunque la cuantía dejada a favor del heredero sea insignificante en comparación con el montante de los legados, resulta evidente que esta ley vino a reforzar la posición del *heres*, que se hace más ventajosa respecto del régimen anterior.

El esquema, pues, cuadra. Las leyes Furia y Voconia compartieron el objetivo de reivindicar la figura del *heres* como eje central de la *successio* sin coartar en demasía la libertad testamentaria adquirida con el *testamentum per aes et libram*. Tal y como Gayo refiere, no fueron realmente precedentes legislativos de la *lex Falcidia* en la idea de atribuir en beneficio del heredero una reserva tal de los bienes hereditarios que desincentivase el recurso a la sucesión intestada.

Dejando atrás estas cuestiones que nos permiten, creo, aproximarnos a la verdadera naturaleza de esta ley, y lo que es más importante, a entenderla –cosa a la que en ocasiones parece renunciarse ya como premisa para exponerla siempre como un instrumento normativo simplemente perverso y retrógado–, debe decirse que el estudio de esta *lex Voconia* resulta complejo en lo concerniente a su forma de aplicación. En

---

<sup>382</sup> A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 119 s. El autor apunta, con acierto, que tras esta disposición de la *lex Voconia* se esconde una voluntad de preservar «los cuadros de mando del censo, a la hora de suceder a su causante».

primer lugar, se ha sugerido que esta prohibición de recibir a título de legado más de lo que se obtiene como heredero –que afecta a todos los ciudadanos con independencia de su sexo, a diferencia de lo contenido en el primer capítulo de la ley<sup>383</sup>– podría haberse limitado también a los pertenecientes a la primera clase del censo, tal y como ocurría con la prohibición que la propia *lex* imponía a las mujeres de aceptar herencias de estos *cives*.

Cic. *in Verr.* 2,1,110: *Ac si hoc iuris, non unius hominis causa edixisses, cautius composuisses. Scribis, qui heredem fecit fecerit. Quid, si plus legarit quam ad heredem heredesve perveniat? quod per legem Voconiam ei qui census non sit licet; cur hoc, cum in eodem genere sit, non caves? Quia non generis, sed hominis causam verbis amplecteris, ut facile appareat te pretio, non iure esse commotum. Atque hoc si in posterum edixisses, etsi minus esset nefarium, tamen esset improbum; sed tum vituperari posset, in discrimen venire non posset; nemo enim committeret. Nunc est eius modi edictum ut quivis intellegat non populo esse scriptum, sed P. Anni secundis heredibus.*

Este texto ha sido interpretado por algunos en el sentido de que, en efecto, las dos medidas contempladas por la *lex Voconia* se referían únicamente a los titulares de un patrimonio superior a los cien mil ases pesantes, manteniéndose como vigente el límite marcado por la *lex Furia* para quienes no se integrasen en la primera clase del censo<sup>384</sup>. Cicerón, exponiendo el problema de que el testador deje más al legatario que al heredero, escribe parcamente que tal cosa se permite a los que no constan en el censo (*quod per*

---

<sup>383</sup> De hecho, el segundo capítulo de la ley no es completamente independiente, en su contenido, del primero, como en ocasiones acostumbra a exponerse: si un testador perteneciente a la primera clase del censo pretende eludir la prohibición de la Voconia contra la mujer omitiendo la *heredis institutio* pero destinando a favor de ella numerosos legados se encontrará, merced al segundo capítulo de la *lex*, con que nunca podrá asignar más de la mitad del patrimonio hereditario a la mujer legataria, a través de un *legatum partitionis*. El esquema planteado por la ley Voconia, como se ve, resulta mucho más coherente e inteligente de lo que se ha pretendido hacer ver tradicionalmente por quienes la han retratado como una ley irracional e inútil. Sobre este particular, véanse A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 120 y G. LONGO, s. v. «Lex Voconia», en *NNDI* 9 (Torino 1963) 825. Este último autor, que conecta de esta forma los dos capítulos conocidos de la ley, afirma poco probable que esta contuviese un tercer capítulo.

<sup>384</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 123; F. SENN, *op. cit.* 110 n.1; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 418 s.; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 338; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 387; P. HALDÓN CONTRERAS, *Libertad individual*, cit. 61.



*legem Voconiam ei qui census non sit licet*). Aunque no se encuentra en el texto, por tanto, una referencia expresa a la primera clase, es evidente que el autor debe referirse a ella, habida cuenta de la obligatoriedad para todo ciudadano de constar en los cuadros del censo. Que Cicerón no haga una exposición más detallada de este aspecto de la *lex Voconia*, perfectamente conocido y aplicable en su tiempo, es claramente comprensible por ser cuestión harto accesoria en su discurso de acusación contra Cayo Verres.

La segunda cuestión controvertida, sobre la que la doctrina ha sido hasta la fecha cualquier cosa menos pacífica, recae sobre el complejo asunto de determinar si la *lex Voconia* pertenecía a la categoría de las *leges perfectae*, *minus quam perfectae* o *imperfectae*, recogida en el *Ep. Ulp.* 1,1-2<sup>385</sup>. Hasta la fecha se han defendido, literalmente, todas las posibilidades sin que los resultados parezcan haber sido en exceso concluyentes<sup>386</sup>. Para Senn y Bachofen, por ejemplo, estaríamos ante el supuesto de una ley perfecta cuya sanción implicaría, naturalmente, la nulidad del acto contrario<sup>387</sup>: el razonamiento se sustancia en la idea de que si el primer capítulo de la *lex* preveía precisamente la nulidad de la *heredis institutio* de la mujer en una herencia perteneciente a un ciudadano de la primera clase del censo –cuestión, como hemos señalado ya, que parece indiscutible a la luz de *Cic. in Verr.* 2,1,41-43– también el segundo dispondría un resultado análogo respecto del exceso en los legados, que se reducirían *ipso iure* sin que se contemplase la aplicación de *poena* alguna, tal y como sí ocurría con la anterior *lex Furia testamentaria*.

Plin. Min. *paneg.* 42: *Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges, quam maiestatis singulare et unicum crimen eorum, qui crimine vacarent.*

Partiendo de esta premisa, Senn interpreta este texto de Plinio el Joven, en el que se apunta que lo recibido en contra de la ley Voconia pasaba a ingresarse en el fisco<sup>388</sup>,

---

<sup>385</sup> *Supra.* 83 ss.

<sup>386</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 4 n.3; A. GUARINO, «Lex Voconia», cit. 188; G. LONGO, *op. cit.* 825.

<sup>387</sup> F. SENN, *op. cit.* 112 s.; J. J. BACHOFEN, *Die lex Voconia: Und die mit ihr Zusammenhängenden Rechinstitute* (Basel 1843) 120.

<sup>388</sup> F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 21. Aunque Plinio se refiere al *fiscus*, en el año 169 a.C. no hay duda de que lo percibido en violación de la *lex Voconia* pasaría a ingresar en el *aerarium*, que se vería

como referido no al exceso de los legados, sino a las herencias dejadas a las mujeres por titulares de patrimonios superiores a los cien mil ases, que adquirirían la condición de *caduca* tal y como ocurriría posteriormente con las que quedasen vacantes a consecuencia de las medidas introducidas por las *leges Iulia et Papia*. Bonifacio comparte esta opinión, aunque para él el texto pliniano es demostrativo, más bien, de que nos encontramos ante un ejemplo de *lex minus quam perfecta*, habida cuenta de que, tal y como ya hemos señalado en el presente trabajo, la ley Voconia, como la Furia, no parece dirigida contra la figura del testador en el manual gayano (Gai. 2,226), sino más bien contra la del legatario, al que se prohíbe adquirir más de lo que percibe el heredero<sup>389</sup>. Contra la opinión de Bonifacio puede señalarse fácilmente, empero, que no tenemos constancia histórica del hecho de que esta ley estableciese ninguna *poena* contra el incumplidor, y el hecho de que Gayo nos hable de la pena del cuádruplo en relación con la *lex Furia* y guarde silencio en lo concerniente a la *Voconia* bien podría interpretarse, efectivamente, en el sentido de que la ley no era *minus quam perfecta*. Guarino<sup>390</sup>, en este sentido, apunta con acierto que la dificultad de identificar a la ley Voconia con una ley menos que perfecta radica no sólo en la citada ausencia de menciones en las fuentes jurídicas y literarias conservadas a la necesaria pena que debería llevar aparejada, sino incluso a la inexistencia de una cuantía concreta que sirviese como montante para la referida pena o sanción, que como sabemos, siempre consistió en el pago de un múltiplo establecido sobre una cifra base. Así sabemos que ocurría con los mil ases de los que hablaba la *lex Furia*, a la cual no es dificultoso, como se ve, calificar de *minus quam perfecta* en concordancia con lo escrito por Ulpiano, pero ello no ocurre en el caso de la *Voconia*, que tan sólo prohibía que el legatario percibiese más que el heredero, sin hablar de cantidades concretas. Nos falta, por tanto, la base sobre la que calcular el montante de la *poena*, de manera que, a mi juicio, una interpretación apegada a la literalidad de las fuentes estudiadas conlleva descartar la idea de que esta ley fuese menos que perfecta, posibilidad esta última que parece verse reducida a la eventualidad de que la ley Voconia hubiese previsto el pago de

---

posteriormente absorbido por el primero durante el curso del principado. Es posible que en época de Plinio, muerto en torno al año 112, aún se utilizasen los términos *aerarium* y *fiscus* indistintamente. P. HALDÓN CONTRERAS, *La transmissio delationis*, cit. 265 s. n. 10; A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 119.

<sup>389</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 4 n. 3.

<sup>390</sup> A. GUARINO, «Lex Voconia», cit. 189 s.

una sanción contra el incumplidor sin que ninguna fuente conservada la citase. Es esta reflexión la que lleva a Guarino a considerar a esta ley como ejemplo de *lex imperfecta*: prueba de ello sería, en su opinión, lo extraño del hecho de que, si la ley buscaba evitar que las mujeres se hiciesen titulares de los grandes patrimonios, a los que se deseaba conservar dentro de los límites demarcados por la familia agnaticia, no se las impidiese percibir *ab intestato* esas mismas herencias conforme a lo descrito en Cic. *de re pub.* 3,17. Por tanto, la ley Voconia, para Guarino, contendría simplemente un llamamiento desprovisto de sanción dirigido a que los ciudadanos de la primera clase del censo no instituyesen a las mujeres como herederas. Ahora bien, teniendo en cuenta el hecho de que Guarino construye su opinión partiendo de una interpretación literal de las fuentes que le lleva a rechazar la posibilidad de que el quebrantamiento de la ley implicase la imposición de una pena, hay que señalar entonces el hecho, ya varias veces referido, de que precisamente la literalidad de Gai. 2,226 da a entender que la prohibición de la ley iba dirigida contra el legatario más que contra el testador. Además, despojar a las mujeres de la posibilidad de heredar por vía intestada habría conducido a la necesidad de establecer imperativos absurdos que ya hemos citado, a saber, la obligación del testador de hacer testamento e instituir, aun contra su voluntad, a herederos *extranei* que sacasen el patrimonio fuera de los límites agnaticios en abierta contradicción con lo que sin duda era el espíritu de esta legislación. Sencillamente, no parece suficiente para afirmar que la *lex Voconia* no era perfecta, sino imperfecta, el hecho de que no vetase una situación que habría conllevado una incomprensible contradicción consigo misma.

De lo explicado a lo largo de estas páginas se hace evidente que la aparición histórica de las *leges Furia y Voconia* constituye un fenómeno sólo comprensible si lo conectamos con cuanto las fuentes jurídicas y literarias nos dicen sobre la *successio* arcaica y el sentido originario de los *legata*. En el año 169 a.C. se introduce, por primera vez, una reserva hereditaria a favor del *heres* instituido que limita, en efecto, la posibilidad de que la libertad del testador de hacer legados devenga plena quebrantando las bases mismas del sistema sucesorio romano, construido desde antiguo sobre la idea de la conservación del patrimonio hereditario dentro de los límites demarcados por la familia agnaticia. Por nuestra parte, pronunciaremos más adelante nuestro parecer sobre la cuestión de si tal ley perteneció a la categoría de las *leges perfectae, minus quam perfectae* o *imperfectae*, cuando reflexionemos sobre esta problemática a propósito de la *lex Falcidia*.

### 3. La promulgación de la *lex Falcidia de legatis*.

#### 3.1. La *quarta Falcidia* como instrumento de protección del heredero.

El recurso a las *leges publicae* como instrumento de reglamentación de la libertad para legar encuentra su explicación en la necesidad de evitar que las nuevas parcelas de libertad adquiridas por el testador merced al *testamentum per aes et libram* supusieran una colisión con una tradicional concepción familiar y religiosa de la *hereditas* que debía resultar definitivamente incompatible con la posibilidad de dejar desprotegido al *heres suus* en provecho del *extraneus*. Las *leges Furia* y *Voconia* constituyeron, pues, plebiscitos que cumplieron con la compleja labor de armonizar, como si se tratase de un complejo juego de equilibrios, la amplia libertad de disposición *mortis causa* del propio patrimonio intrínseca al testamento libral con la posición prevalente que en la *successio* ha de ocupar el heredero de derecho propio<sup>391</sup>. El objeto de estas leyes no pudo ser, por

---

<sup>391</sup> Las limitaciones introducidas por las *leges Furia*, *Voconia* y *Falcidia* no fueron, en cualquier caso, las únicas que recaían sobre el testador, que no debe realizar legados con el ánimo de ofender al legatario, pues en la propia naturaleza del *legatum* está beneficiarlo y no lo contrario. Nos encontramos así con la categoría de los *turpia legata*, que son aquellos que se dan principalmente para ofender al legatario. En estos casos el legado se tiene por no puesto, conforme a D. 30,54 pr. (Pomp. 8 *ad Sab.*). Esta prohibición ha sido objeto de investigación en fecha reciente por Perinián Gómez. Tal y como apunta este último en su estudio, de inminente publicación, es necesario que el legado sea, lógicamente, real, esto es, debe recaer sobre un bien o derecho que suponga un beneficio patrimonial para el legatario, pues de no ser así, sencillamente, no habría *legatum*. La clave está, por tanto, en la intención de ofender, que ha de ser claramente reconocible, por un lado, y en que la ofensa llegue a producirse, por otro. Lo que hace, pues, que el legado se tenga por no escrito es el elemento intencional, el *odio scribentis*. La afrenta del legatario se da al producir sus efectos el legado, que constituye así, en palabras del propio Perinián Gómez, un «regalo envenenado». El Derecho reacciona así anulando algo que formalmente sería inatacable por razones morales. Téngase en cuenta, además, tal y como escribe el mismo autor, que «el repudio del legado no es divisible, es decir, el legado se acepta o se rechaza por entero, no pudiendo limitarse ese repudio a la carga modal impuesta, en su caso, por el testador. Ahora bien, si hay varios legados pueden aceptarse unos y repudiarse otros, aunque a todos se apliquen las minoraciones derivadas de la ley Falcidia. Cfr. D. 31,4 (*Paul. 8 ad Plaut.*); D. 31,5 pr.-1 (*Paul. 7 quaest.*)». Si concurren, por otra parte, varios colegatarios sobre la misma cosa, ofendiéndose a uno solo, el legado se tiene, naturalmente, por no puesto para todos (tenerse por no escrito implica que no puede producir efecto alguno, como sería el acrecimiento de los demás). Perinián señala, finalmente, que estos legados no efectivos acrecen al heredero conforme a la ley Voconia. El hecho de tener por no puestos estos legados hace ineficaces aquí las soluciones de la ley Furia (*manus iniectio* por el cuádruplo) y Falcidia

tanto, radical en el sentido literal de la palabra, beneficiando claramente bien al *heres*, bien al *legatarius*, sino que más bien buscó, como resulta evidente, el encuentro de un punto de equilibrio entre los intereses enfrentados de ambos. Criticar en un sentido negativo a estos plebiscitos constituye un ejercicio intelectual únicamente posible si nos ubicamos, a mi juicio, en una posición incorrecta, cual es la de pretender que el objetivo de los tribunos Furio y Voconio Saxa era el de incorporar al *ius civile* unos instrumentos normativos que pretendieran única y exclusivamente erigirse en protectores de los *heredes sui*, aun en contra de la propia voluntad del testador. Es un error, a mi juicio, escudarse en lo expuesto en el manual gayano para pretender defender tal afirmación:

Gai. 2,227: *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur.*

Resulta indudable que Gayo realiza su exposición enfocándola desde la óptica de la protección del *heres* (lo expuesto en Gai. 2,224 es el punto de partida y el fragmento arriba reproducido lo es el de destino), en absoluto amplia en los casos de las leyes Furia y Voconia, y nada existe de sorprendente en el hecho de que el jurista manifieste las insuficiencias de tales *leges* a esos efectos en contraposición con la *lex Falcidia*, a la que se considera, tal y como señalamos, como punto de arribo de un proceso de evolución legislativa (*et hoc nunc iure utimur*). Gayo, en suma, no escribe de nuestras leyes de manera anacrónica ni desde una perspectiva desenfocada: tan solo refiere su utilidad a efectos de la protección del *heres*, garantizada en la Falcidia. No entra a referir ni las causas históricas que motivaron el surgimiento de la ley Furia y la ley Voconia ni por qué se idearon ambas de manera que su efecto limitador de la libertad para legar pudiese sortearse de manera tan simple. Pretender que esta última circunstancia no fue advertida ni por los tribunos autores de las *leges* ni por la asamblea plebeya que les concedió su *iussum* equivale, sin duda, a atribuirles una dosis de ingenuidad que resulta, como hemos dicho, cuanto menos sorprendente.

Que las *leges Furia testamentaria* y *Voconia* fueron medidas antisuntuarias que, además de pretender beneficiar al *heres suus* frente al exceso de liberalidades del testador,

---

(reducción), ya que no se puede producir efecto alguno de lo que no existe. Cfr. B. PERIÑÁN GÓMEZ, Turpia legata, en *Iura* 66 (Napoli 2018). De próxima publicación.

buscaron poner límite a estas últimas –que, además, distorsionaban la visión clásica del fenómeno sucesorio en Roma– es evidente. Que la *lex Falcidia de legatis* partió de una premisa diferente, tal cual lo afirma el propio Gayo, también lo es. Mientras que la ley Voconia no corrigió en gran medida las deficiencias de la *lex Furia* en lo que se refiere al establecimiento de una reserva a favor del heredero, la *Falcidia* sí que surgió, en cambio, con el objeto único de establecer un sistema que la garantizase en buena medida y que asegurase la aceptación la herencia y la consiguiente evitación del recurso a la sucesión intestada. Ese sistema, ya lo sabemos, no será otro que el de dejar a favor del heredero la cuarta parte de la *hereditas* (*quadrans, quarta Falcidia*), de manera que los legados no puedan exceder en su cuantía de las tres cuartas partes restantes (*dodrans*)<sup>392</sup>. El objeto de las leyes Furia, Voconia y Falcidia no es, por tanto, coincidente de una manera absoluta, pues mientras las dos primeras son medidas antisuntuarias a favor del heredero que resultan insuficientes en lo que se refiere a otorgarle una reserva, este último será el fin exclusivo de la *lex Falcidia*<sup>393</sup>. Pretender una lectura diferente de esta legislación, aun a pesar del bien informado criterio de estudiosos como Voci<sup>394</sup>, se debe,

---

<sup>392</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 755; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 124; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 339; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 388; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 419; M. KASER, *Das Römische Privatrecht 2* (München 1975) 561 s.; A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der «lex Falcidia»*, en *Studien im römischen Recht Max Kaser gewidmet* (Berlin 1973) 209 ss.; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 113; E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 120 ss. Sobre la *hereditatis petitio* del heredero, también G. LONGO, *L'hereditatis petitio* (Padova 1933); A. CARCATERRA, *La hereditatis petitio* (Primi appunti), en *ZSS 62* (Weimar 1942) 441 ss.; S. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano 1954); M. KASER, *Die Passivelegitimation zur hereditatis petitio*, en *ZSS 72* (Weimar 1955) 90 ss.; M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditatis petitio»* (Milano 1956); R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* (Napoli 1972); M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* (Köln – Weimar –Wien 1998).

<sup>393</sup> U. WESEL. *Über den Zusammenhang der lex Furia, Voconia und Falcidia*, en *ZSS 81* (Weimar 1964) 308 ss.

<sup>394</sup> En su magna obra sobre el derecho hereditario romano, Pasquale Voci señala, con razón, que el objetivo de salvar al testamento tan solo es predicable de la *lex Falcidia* y no de las precedentes *leges Furia* y *Voconia*, lo que le conduce a la conclusión de que el principio del *favor testamenti* debía ser aún desconocido en época de la Voconia. No parece, pues, haber voluntad en los tribunos Furio y Voconio Saxa de evitar la caída del testamento introduciendo mecanismos de defensa de los intereses del *heres suus* aun en contra de lo dispuesto en las *tabulae testamenti*, y por ello mismo carece de sentido calificar de defectuosas a ambas leyes. De hecho, Voci apunta que, como hemos visto ya, el surgimiento de la ley

en mi opinión, a una evidente falta de perspectiva en lo que concierne al estudio de las leyes Furia y Voconia, acentuada por el hecho de que Gayo se refiera a ellas como instrumentos lógicamente inútiles a efectos de asegurar la protección del *heres suus* que garantiza el posterior régimen de la *quarta Falcidia*. La solución que aquí se propone despeja, creo, las principales incógnitas. Nos permite: 1) comprender las necesidades históricas que conllevaron la aparición de estas *leges* sin que su surgimiento nos parezca forzosamente injusto ni caprichoso; 2) advertir que las dos primeras no fueron institutos absurdos e irracionales al percibir algo tan evidente como que Gayo nos escribe de ellas solo en sede de protección del heredero: resulta obvio que estas leyes no eran satisfactorias si lo que se buscaba era establecer una reserva a favor de aquél como la posterior de la ley Falcidia. Se trató probablemente, como decimos, de leyes antisuntuarias que, pese a todo, buscaban respetar, en la medida de lo posible, la *voluntas testatoris*.

---

Voconia podría explicarse también hasta cierto punto por el hecho de que los mil ases de los que hablaba la ley Furia terminasen por suponer una cuantía en exceso pequeña con el correr del tiempo, y no por causa de una voluntad de corregirla. Es más, cuando el mismo autor habla de defectos en relación con la propia ley Voconia lo hace a la hora de estudiar el problema, ya expuesto, de la capacidad de las mujeres de recibir herencias *ab intestato* citando Cic. *de re pub.* 3,10, y no en sede de legados. Véase P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo, cit.* 125 ss. Más endeble, a mi juicio, es el razonamiento de Bonifacio, para el cual las leyes Furia, Voconia y Falcidia sí habrían perseguido en su conjunto el fin de evitar la caída del testamento –y lo defiende aun sin que le pase inadvertido el hecho de que la prohibición de las dos primeras se dirigía contra el destinatario y no contra el testador, como sí ocurría en el caso de la Falcidia–, de manera que la insuficiencia de la que habla Gayo a propósito de las *leges Furia* y *Voconia* se explicaría por la imposibilidad de que la asamblea plebeya destruyese la *libertas legandi* propia del *testamentum per aes et libram*. La propia consciencia de esta imposibilidad de destruir comicialmente aspectos recogidos en el *ius* habría conducido, para el autor, como única solución factible, a la atenuación de los efectos considerados como indeseables mediante el recurso de introducir *leges minus quam perfectae*, que los sancionasen. Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia, cit.* 3 n.2 y 5. Por nuestra parte, hemos descrito ya ampliamente como la *libertas legandi* debió nacer, empero, como algo limitadísimo, y que probablemente esta no llegó a alcanzar un notable desarrollo hasta la aparición del *testamentum per aes et libram*. Sobre todo esto, *supra.* 131 ss. Mannino, por su parte, considera a las *leges Furia* y *Voconia* como tentativas frustradas de una protección del heredero solo conseguida posteriormente con la *Falcidia*. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore* (Napoli 1989) 21 s. Véase también M. BALESTRI FUMAGALLI, *op. cit.* 17, donde se recalca el hecho de que Gai. 2,226 parece explicar el surgimiento de la ley Falcidia como consecuencia de una supuesta inutilidad de la Voconia.

La *lex Falcidia de legatis*, plebiscito rogado, como se sabe, en el año 40 a.C. –714 *ab urbe condita*– por el tribuno de la plebe P. (o C.) Falcidio<sup>395</sup>, buscaba como fin último la protección del *heres suus* mediante el sometimiento de la *libertas legandi* a una nueva forma de control, distanciándose con ello de las precedentes *leges Furia* y *Voconia*, como ya señalara en su día –ya lo hemos apuntado– Solazzi<sup>396</sup>. La lectura de Gai. 2,224 y 227 no es enemiga en absoluto de tal idea, tal y como hemos señalado, cosa que como sugeríamos hace un instante, no parece posible predicarse, sin embargo, de lo expresado en las *Institutiones* de Justiniano:

IJ. 2,22 pr.: *Superest ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe ea lege ita cautum esset: «uti legassit suae rei, ita ius esto»): visum est hanc legandi licentiam coartare, idque ipsorum testatorum gratia provisum est ob id, quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. et cum super hoc tam lex Furia quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur: novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum, id est ut, sive unus heres institutus esset sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneret.*

El manual justiniano, al igual que el del propio Gayo, remonta los orígenes de la libertad de legar a la regla *uti legassit* de las XII Tablas, ya estudiada con amplitud en el capítulo anterior del presente trabajo, para referir inmediatamente después que se consideró conveniente limitarla para evitar la apertura de la sucesión intestada. Al igual que en la *Instituta* de Gayo, también la justiniana retrata a las leyes *Furia* y *Voconia* como herramientas inútiles a efectos de proteger al heredero, habida cuenta de la facilidad con la que el testador podía eludir los efectos de ambas (*et cum super hoc tam lex Furia*

---

<sup>395</sup> M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 779.

<sup>396</sup> Precisamente la realidad innegable de que la *lex Falcidia de legatis* sí mirase por el heredero, a diferencia de las precedentes *leges Furia testamentaria* y *Voconia* es la que lleva al autor a considerar, como señalábamos en páginas anteriores, la idea, a mi juicio algo arriesgada, de que quizá la *heredis institutio* no fuese un requisito exigible del testamento en época de la ley *Voconia*. S. SOLAZZI, *Una data per la storia*, cit. 156.



*quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur).*

Cuanto hasta ahora hemos expuesto nos conduce a pensar, por tanto, que el principio del *favor testamenti* es elemento inspirador de la *lex Falcidia*<sup>397</sup> en mayor medida que en los casos de las *leges Furia y Voconia*, a las que desplaza<sup>398</sup>, pues el régimen de la *quarta* se mantendrá como vigente durante toda la historia posterior del Derecho romano hasta Justiniano. El fin de la ley, ya lo sabemos, no era otro que el de incentivar la aceptación de la herencia por parte del *heres* a efectos de evitar la apertura de la sucesión intestada, considerada indeseable por cuanto implicaba la caída de las disposiciones testamentarias y una obvia lesión de la *voluntas* del causante, expresada en el testamento. A esta situación debió llegarse paulatinamente con la consecución de las libertades propias del *testamentum per aes et libram*, entre las que se contaba la de agotar en legados la totalidad de la *hereditas*, situación esta que, como hemos dicho, desnaturaliza por completo la idea romana de *successio* por cuanto supone una perversión de la regla *uti legassit suae rei, ita ius esto* de la Tab. V,3 de la ley decenviral. Si en los años anteriores a la ley Falcidia los actos de liberalidad en el testamento eran probablemente de escasa cuantía, como por ejemplo la manumisión de un esclavo en premio por sus buenos servicios<sup>399</sup> o el establecimiento de un legado como forma de agradecer sus atenciones a una determinada persona, hacia el siglo primero parece darse

---

<sup>397</sup> P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 16.

<sup>398</sup> El régimen de la *quarta* quedó fijado, en efecto, como definitivo –será el antecedente histórico de nuestra legítima–, de manera que la regulación de los legados contemplada en la *lex Falcidia* desplazó a la de las precedentes *leges Furia testamentaria y Voconia* tal y como ha apuntado la doctrina. A este respecto, algunos autores incluso han hablado de la posibilidad de que incluyera una expresa cláusula derogatoria, si bien tal cosa no se lee, ciertamente, en las palabras procedentes del texto de la *lex* que Paulo reproduce en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*). En este sentido, véanse L. MONTOJO Y BURGUERO, *La legítima de los hijos y descendientes* (Madrid 1943) 18 y E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 121. Para autores como Biondi, en cambio, la aparición de la ley Falcidia conllevó simplemente a que las anteriores leyes Furia y Voconia cayeran en desuso. Véase B. BIONDI, *Sucesión, cit.* 388.

<sup>399</sup> Sobre el legado de manumitir a un esclavo, A. GUARINO, «Ademptio libertatis» *implicata da «legatum»*, en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 7 ss.

la práctica del abuso por parte del testador<sup>400</sup>, que o desea castigar a sus herederos despojándoles por esta vía de los bienes de la herencia, o establece legados que no pueden cobrarse sin grave perjuicio de aquéllos, al no ser consciente el causante, en el momento de redactar el testamento, de su estado patrimonial o haber variado este sustancialmente al tiempo de la muerte. Ahora bien, tal y como ha señalado con acierto Barrio Gallardo<sup>401</sup>, quizá sea un error, o cuanto menos una afirmación en exceso categórica, pretender, como se acostumbra, que la *lex Falcidia* fuese, literalmente, un mecanismo limitador de la *libertas legandi* respecto de lo establecido anteriormente en la *lex Voconia*: recordemos, en este sentido, que esta última, al impedir que el *legatarius* percibiese más que el *heres*, imposibilitaba transmitir más de la mitad de la herencia por medio del *legatum partitionis*<sup>402</sup>. Con el régimen de la *quarta*, en cambio, la libertad del testador para transmitir por la vía del legado bienes hereditarios asciende hasta las tres cuartas partes de la herencia, por lo que más que una restricción, el sistema de la ley Falcidia supone entonces una ampliación de tal libertad. Poca duda cabe, pues, de que hablar del régimen de la *quarta* como expresivo de una atenuación de la libertad de legar implica pecar inevitablemente de anacronismo, pues tal afirmación tan solo sería posible si entendiéramos que esa misma libertad de legar existía de una manera absoluta, esto es, libre de restricciones –tal y como debió darse en el estadio previo a la *lex Furia testamentaria*– en los años inmediatamente anteriores a la Falcidia, cosa que sabemos imposible, habida cuenta de la existencia y funcionamiento de la *lex Voconia*.

La *lex Falcidia* se nos muestra útil, de este modo, tanto ante la repudiación de la *hereditas* por el heredero voluntario como en el caso de que el *heres suus* decida ejercitar su *ius abstinendi*, cuya existencia, si bien resulta discutible en tiempos de la *lex Voconia* a juicio de Voci<sup>403</sup>, parece asegurada en época de la Falcidia habida cuenta del siguiente texto ciceroniano:

---

<sup>400</sup> E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 120.

<sup>401</sup> *Ibid.* 122 s.

<sup>402</sup> A. METRO, *Il «legatum partitionis»*, en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 291 ss.

<sup>403</sup> P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 125; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* 1 (Bologna 1927) 235.

Cic. *philipp.* 2,16,42: *Velim mihi dicas, nisi molestum est, L. Turselius qua facie fuerit, qua statura, quo municipio, qua tribu. «Nihil scio», inquires, «nisi quae praedia habuerit». Is igitur fratrem exheredans te faciebat heredem? In multas praeterea pecunias alienissimorum hominum vi eiectis veris heredibus, tamquam heres esset, invasit. Quamquam hoc maxime admiratus sum, mentionem te hereditatum ausum esse facere, cum ipse hereditatem patris non adisses.*

Cicerón responde ácidamente a la crítica formulada contra él por Antonio de no haber sido destinatario de ninguna herencia (Cic. *philipp.* 2,16,40) –hecho indicativo, lógicamente, de que la persona en cuestión suscita escaso afecto entre sus conocidos– utilizando en contra de aquél precisamente el argumento contrario: el propio Antonio no recibió la herencia de su padre, Marco Antonio Crético, probablemente por resultarle gravosa y ejercer él su beneficio de abstención (Sallust. *hist.* 3,65; Plut. *Ant.* 1), donde se refiere la precariedad económica del personaje). Cicerón escoge con malicia sus palabras (*hereditatem patris non adisses*) dando a entender bien una desheredación que no parece haberse producido –obsérvese bien cómo considera una osadía el simple hecho de que Antonio hable de herencias (*maxime admiratus sum*) dando inevitablemente a entender algo perverso en el simple hecho de no percibir la herencia paterna– bien una muestra del carácter codicioso de Antonio, a quien acusa de beneficiarse de los testamentos en los que ciudadanos que le son por completo desconocidos le instituyen heredero o le hacen legatario, estableciendo así una suerte de inadmisibles agravio comparativo entre estos y su propio padre.

### **3.2. Otras posibles motivaciones para la promulgación de la ley.**

Consideramos oportuno comenzar el presente capítulo, dedicado en su integridad al estudio de la *lex Falcidia de legatis*, con unas mínimas palabras sobre su génesis histórica, más allá de los consabidos motivos expresados en Gai. 224-227. Con relación a estos orígenes, a la hora de pronunciarnos sobre la posibilidad de que nuestra ley tuviese su origen, además de en lo expresado por Gayo, en razones de orden fiscal –cuestión esta abordada por Karlowa, y en fechas más recientes, por Ortuño Pérez, como tendremos

oportunidad de señalar en el capítulo siguiente<sup>404</sup>— se hace preciso examinar concienzudamente las fuentes de las que disponemos que nos arrojan alguna luz al respecto:

Cass. Dio. 48,33,5: *Κάστορί τέ τινη ἢ τε τοῦ Ἀττάλου καὶ ἢ τοῦ Δηιοτάρου ἀρχὴ ἐν τῇ Γαλατία τελευτησάντων ἐδόθη· καὶ ὁ νόμος ὁ Φαλκίδιος ὀνομασμένος, πλείστην καὶ νῦν ἔτι ἰσχὺν ἐς τὰς τῶν κλήρων διαδοχάς, ὥστε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς καταλειφθείσης οἰοῦσας, ἂν γέ πη βαρύνηται, λαβόντα τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι, ἔχων, ὑπὸ Πουπλίου Φαλκιδίου δημαρχοῦντος ἐτέθη.*

Cass. Dio. 48,34,1-2: *Ταῦτα μὲν ἐν τοῖς δύο ἔτεσιν ἐγένετο, τῶ δ' ἐπιγιγνομένῳ, ἐν ᾧ Λούκιος τε Μάρκιος καὶ Γάιος Σαβῖνος ὑπάτευσαν, τά τε ὑπὸ τῶν τριῶν ἀνδρῶν πραχθέντα ἀφ' οὗ ἐς τὴν ὀλιγαρχίαν ἐσηλθον κῶρος παρὰ τῆς βουλῆς ἔλαβε, καὶ τέλη τινὰ ὑπ' αὐτῶν προσκατέστη διὰ τὸ τὰ ἀναλώματα πολλῶ πλείω ἤπερ ἐπὶ τοῦ προτέρου Καίσαρος ἐτέτακτο γίνεσθαι.*

App. bell. civ. 5,8,67: *Ῥωμαῖους δ' ὁ λιμὸς ἐπίεζεν, οὔτε τῶν ἐφῶν ἐμπόρων ἐπιπλεόντων δέει Πομπηίου καὶ Σικελίας, οὔτε τῶν ἐκ δύσεως διὰ Σαρδῶ καὶ Κύρνον ἐχομένας ὑπὸ τῶν Πομπηίου, οὔτ' ἐκ τῆς περαιῆς Λιβύης διὰ τοὺς αὐτοὺς ἐκατέρωθεν ναυκρατοῦντας. Ἐπετίμητο δὴ πάντα, καὶ τῶνδε τὴν αἰτίαν ἐς τὴν ἔριν τῶν ἡγεμόνων ἀναφέροντες ἐβλασφήμουν αὐτοὺς καὶ ἐς διαλύσεις πρὸς Πομπήιον ἐπέσπερχον. Οὐκ ἐνδιδόντος δὲ τοῦ Καίσαρος οὐδ' ὥς, ὁ Ἀντώνιος αὐτὸν ἠξίου ταχύνειν γε τὸν πόλεμον διὰ τὴν ἀπορίαν. Χρημάτων δ' ἐς αὐτὸν οὐκ ὄντων προτέθη διάγραμμα, εἰσφέρειν ἐπὶ μὲν τοῖς θεράπουσι τοὺς κεκτημένους ὑπὲρ ἐκάστου τὸ ἡμισυ τῶν πέντε καὶ εἴκοσι δραχμῶν ὠρισμένων ἐς τὸν πόλεμον τὸν Κασσίου τε καὶ Βρούτου, ἐσφέρειν δὲ καὶ μοῖραν τοὺς ἐκ διαθήκης τι καρπομένους. Τοῦτο τὸ γράμμα σὺν ὀρμῇ μανιώδει καθεῖλεν ὁ δῆμος ἀγανακτῶν, εἰ τὰ κοινὰ ταμιεῖα κεκενωκότες καὶ τὰ ἔθνη σεσυληκότες καὶ τὴν Ἰταλίαν αὐτὴν ἐσφοραῖς καὶ τέλεσι καὶ δημεύσεσι καταβαρήσαντες οὐκ ἐς πολέμους οὐδ' ἐς ἐπίκτητον ἀρχήν, ἀλλ' ἐς ἰδίους ἐχθροὺς ὑπὲρ οἰκείας δυναστείας, ὑπὲρ ἧς δὴ καὶ προγραφὰς καὶ σφαγὰς καὶ λιμὸν ἐκ τῶνδε πανώδυνον γεγονέναι, ἔτι καὶ τὰ λοιπὰ περιδύοιεν*

---

<sup>404</sup> O. KARLOWA, O. KARLOWA, *Rösmische Rechtsgeschichte*, cit. 943; M. E. ORTUÑO PÉREZ, *op. cit.* 834 ss.

αυτούς. Συνιστάμενοί τε ἐβόων καὶ τοὺς οὐ συνισταμένους ἔβαλλον καὶ ἠπέιλον διαρπάσειν αὐτῶν τὰς οἰκίας καὶ καταπρήσειν, ἕως τὸ μὲν πλήθος ἅπαν ἠρέθιστο.

El examen del texto de Dión Casio es de enorme interés. Describiendo los acontecimientos políticos del año 40 a.C., el historiador cita expresamente la promulgación de la *lex Falcidia*, para referir inmediatamente después que a partir del siguiente año las decisiones del triunvirato integrado por Octavio, Antonio y Lépido adquirieron valor de ley, previa ratificación senatorial. Mediante este mecanismo los triunviros introdujeron medidas sin duda impopulares como los impuestos destinados a acrecentar los fondos públicos con los que sufragar la guerra contra Sexto Pompeyo, devenido en pirata. Por su parte, Apiano, cuyo escrito se complementa a la perfección con el anterior, describe una situación de hambruna y subida exorbitada de precios en Roma ocasionada por la falta de grano, consecuencia del bloqueo de las naves de S. Pompeyo, durante el año de promulgación de la ley Falcidia. El descontento social, la negativa de Octavio a firmar la paz con Pompeyo y la falta de recursos económicos para emprender la guerra contra este último llevó a los triunviros a emitir edictos por los que establecían una suerte de impuesto sobre la tenencia de esclavos y sobre las adquisiciones derivadas de herencias, impuesto este último que, naturalmente, ha sido relacionado con la ley que nos ocupa, rogada en la asamblea plebeya ese mismo año<sup>405</sup>.

---

<sup>405</sup> G. LUMBROSO, *op. cit.* 307; A. APARICIO PÉREZ, *La fiscalidad en la historia de España. Epoca antigua: años 753 a.C a 476 d.C.* (Madrid 2008) 172 y 174 ss. Cfr. M. H. CAGNAT, *op. cit.* 179 ss. Para este último autor, el origen del impuesto sucesorio no se encuentra en el edicto de los triunviros, sino que se remonta a la *lex Voconia*, apoyándose en Plin. *Min. paneg.* 42: «*Loc upletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges quam majestatis singulare et unicum crimen eorum qui crimine vacarent*». Esta opinión parece hoy desestimada por la doctrina mayoritaria. Véase C. LÓPEZ-RENDO, *De la vicesima hereditatium al impuesto sucesorio en el Derecho español*, en *RIDROM* [on line] (2014-2015) 188 s. Reproducimos aquí la bibliografía citada en este reciente e interesante estudio sobre el impuesto sucesorio en Roma en el que, pese a citarse el edicto del que tratamos no se habla de la *lex Falcidia*. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, 4,22; J. J. BACHOFEN, *Die Lex Voconia: Und die mit ihr zusammenhängenden* (Basel 1843); A. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme* (Paris 1867) 165 ss. A. A. F. RUDORFF, *Das testament des Dasumius*, en *ZGR* 12 (Berlin 1845) 336 ss.; A. APARICIO PÉREZ, *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (Reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)* (Oviedo 2006) 36 ss. Sobre Plinio el Joven, A. D'ORS, *Plinio el Joven. Panegírico de Trajano. Edición bilingüe* (Madrid 1955).

Parece, pues, evidente, por mucho que tan solo un sector marcadamente reducido de la doctrina haya reparado en ello, que el nacimiento de la *lex Falcidia* no solo se explica por la consabida conveniencia de procurar la aceptación del heredero, sino también por la necesidad fiscal de sufragar los gastos bélicos necesarios para acabar definitivamente con la amenaza del hijo de Pompeyo el Grande. Los triunviros, en una atmósfera de enorme crispación social, establecieron un impuesto a los legados e incrementaron las posibilidades de que estos últimos se cobrasen, garantizando al heredero la cuarta parte de la masa hereditaria y evitando así el perjuicio –no sólo ya para el legatario, sino también para el propio erario público– de la caída del testamento. La reacción de los ciudadanos a estas medidas fue negativa, tal y como refiere Apiano, lo que obliga a pensar que la introducción del impuesto debió producirse inmediatamente después de la aparición de la *lex Falcidia* ese mismo año, pues de haber sido anterior, esta última posiblemente no habría prosperado en las votaciones. Precisamente la consciencia de haber votado favorablemente a una ley que sólo *a posteriori* se revelaría como claramente recaudatoria explicaría aún más la airada respuesta ciudadana descrita por el historiador<sup>406</sup>. Respuesta que, tal y como narra por su parte Dión Casio, llevará a los triunviros al año siguiente a asegurarse la plena eficacia de sus decisiones, que seguirán afectando a los impuestos, contando tan solo con el *iussum* del Senado.

El escaso número de investigadores que ha referido, en realidad insinuado, cuanto arriba hemos explicado y la cautela generalizada en los que sí lo han hecho –incluyendo al propio Karlowa– no es en mi opinión ningún fenómeno inexplicable, sino más bien del todo comprensible. A fin de cuentas, aceptar la idea implicaría asumir que la ley Falcidia fue un instrumento ideado probablemente con gran celeridad para servir a un fin recaudatorio y que al mismo tiempo solventó un problema sucesorio de relevancia de una manera tan eficaz que se mantuvo plenamente vigente durante más de medio milenio de Historia. ¿Demasiada precisión, genialidad incluso en el ámbito del *ius civile*, para algo elaborado bajo evidente presión bélica y sin duda a contrarreloj? Porque es lógico asumir, a la vista de las fuentes históricas, que la ley Falcidia se ideó como respuesta precipitada a una situación insostenible: los ingresos obtenidos por los triunviros mediante sus nuevos impuestos no posibilitaban, naturalmente, una guerra inmediata contra un Sexto Pompeyo

---

<sup>406</sup> Apiano refiere que Octavio fue apedreado en el foro y salvado de la muerte, tras resultar herido, por Antonio (App. *bell. civ.* 5,68).

que continuaba sumiendo en la hambruna a la población romana, y de lo que hablamos es, pues, del establecimiento de un sistema que reportase eficazmente los ingresos para una guerra futura, mas no inmediata. Una vez que los triunviros se garantizaron un modo de financiación de la guerra contra Pompeyo –esto es, una vez promulgada, junto con otras medidas, la *lex Falcidia* y el edicto que gravaba con un impuesto las adquisiciones *mortis causa*– hubieron de resolver el acuciante problema de abastecimiento alimenticio de la ciudad, lo cual solo era posible pactando con el propio enemigo. Este pacto de Miseno de otoño del 39 a.C.<sup>407</sup> entre los triunviros y Sexto Pompeyo, que obtuvo concesiones de aquéllos, constituye, pues, tan solo una paz provisional por pura imposibilidad tanto de emprender la necesaria campaña para la definitiva erradicación del problema como de acabar con la situación de hambruna. Así lo refiere expresamente Suetonio cuando alude a este pacto en su narración de la guerra de Sicilia, o Dión Casio, que refiere que si se llevó a cabo fue únicamente por razón de necesidad:

Suet. *div. Aug.*, 16,1: *Siculum bellum incohavit in primis, sed diu traxit intermissum saepius, modo reparandarum classium causa, quas tempestatibus duplici naufragio et quidem per aestatem amiserat, modo pace facta, flagitante populo ob interclusos commeatus famemque ingravescentem.*

Cass. Dio. 48,36,2: *καὶ παρῆν πᾶς μὲν ὁ τούτου ναυτικὸς πᾶς δὲ ὁ ἐκείνων πεζικὸς ὄχλος, οὐχ ἀπλῶς, ἀλλ' οἱ μὲν ἐπὶ τῆς γῆς οἱ δὲ ἐπὶ τῶν νεῶν ἐξωπλισμένοι παρετετάχατο, ὥστε καὶ ἀπ' αὐτοῦ τούτου δῆλον πᾶσι γενέσθαι ὅτι ἕκ τε τοῦ φόβου τῆς παρασκευῆς σφῶν καὶ ἐξ ἀνάγκης, οἱ μὲν διὰ τὸν δῆμον ὁ δὲ διὰ τοὺς συνόντας οἱ, ἐσπείσαντο.*

Del relato que realizan Dión Casio y Apiano a propósito de esta paz temporal de Miseno interesa lo concerniente a las concesiones otorgadas a Sexto Pompeyo: junto con la promesa de un futuro consulado y de la adquisición de la condición de augur, este

---

<sup>407</sup> Dión Casio hace una narración pormenorizada del acontecimiento. Según esta, Sexto Pompeyo se personó acompañado de su flota frente a Octavio y a Antonio, cuyos soldados se encontraban igualmente presentes, en Miseno, frente a la actual Pozzuoli, en el golfo de Nápoles. La aglomeración de personas y la excitación motivada por la firma del acuerdo motivaron ahogamientos y aplastamientos en gran número. El acuerdo fue redactado por escrito y enviado al colegio de las vestales para su custodia. Véase Cass. Dio. 48,36,38. El relato de App. *bell. civ.* 5,72 resulta más escueto.

obtenía, al margen de otros beneficios, una amnistía para los que como él habían sido proscritos –con la salvedad de los implicados en la muerte de César– con la devolución de una cuarta parte del patrimonio que les hubiese sido confiscado (Cass. Dio. 48,36,4; App. bell. civ. 5,72). ¿Es acaso casual la referencia expresa a la *quarta* como cuantía mínima de la que no debe verse despojado ningún ciudadano en su patrimonio? Recordemos que hace tan solo unos meses que se ha rogado la *lex Falcidia*. En ella, la idea de *pietas* constituye el sedimento, como sabemos ya, del principio del *favor testamenti*. Esa *pietas* se profesa no solo hacia el difunto, cuya voluntad se busca preservar, sino también hacia el grupo familiar representado por el heredero, que no debe verse perjudicado por la adjudicación del patrimonio familiar (la antigua *familia*) a un extraño, idea esta que repugna a la mentalidad jurídica romana desde tiempos arcaicos tal y como se desprende de Gai. 2,224-226, donde se acusa de deficientes a las leyes Furia y Voconia. Hay en la concesión obtenida por Sexto Pompeyo en provecho de sus proscritos un reflejo cuanto hemos venido describiendo desde el capítulo anterior del presente trabajo: la idea de que la completa dispersión del patrimonio es una eventualidad indeseable y que debe paliarse otorgando el beneficio de la *quarta*. En la ley Falcidia se aprecia así un rasgo arcaico que se proyecta en el futuro y que es el que hace que una medida en origen recaudatoria sobreviva en el tiempo hasta el derecho justinianeo. Nuestra ley, en suma, hizo mucho más que resolver las apremiantes necesidades financieras de Octavio.

La guerra estallará finalmente en el 36 a.C., a cuatro años de la promulgación de la *lex Falcidia*, y marcará tanto la definitiva ruptura del triunvirato por causa de la ocupación de Sicilia por Lépido<sup>408</sup> –hecho que no desencadenó una nueva guerra civil a causa de las deserciones de sus destacamentos en provecho de los de Octavio– como el fin de Sexto Pompeyo, derrotado por Marco Agripa en la batalla de Nauloco (Suet. div.

---

<sup>408</sup> La caída de Lépido es narrada por el propio Suetonio, quien refiere que Octavio optó por perdonarle la vida, desterrándolo a Circeyos. Suet. div. Aug., 16,4: *Post Pompei fugam collegarum alterum M. Lepidum, quem ex Africa in auxilium evocarat, superbientem viginti legionum fiducia summasque sibi partes terrore et minis vindicantem spoliavit exercitu supplicemque concessa vita Circeios in perpetuum relegavit*. El relato de Dión Casio resulta más amplio y revela tratos del díscolo triunviro con Sexto Pompeyo. Cass. Dio. 49,8-12. También App. bell. civ. 5,124-126.



*Aug.*, 16,1 y 2; *Cass. Dio.* 49,7) y ejecutado sin juicio al año siguiente en Mileto por orden de Antonio<sup>409</sup>, hecho este celebrado por Octavio.

¿De qué margen temporal dispusieron los triunviros para idear la ley Falcidia como instrumento recaudatorio? A la vista de los acontecimientos narrados con detalle en los textos de Apiano y Dión Casio, debió de ser indudablemente escaso. Estudiemos, aunque sea sucintamente estos sucesos:

*App. bell. civ.* 5,3,18: *Οὕτω μὲν ἐς στάσεις τότε πάντα, καὶ ἐς δυσαρχίαν τοῖς στασιάρχοις τὰ στρατόπεδα ἐτέτραπτο, τὴν δὲ Ῥώμην λιμὸς ἐπίεζεν, οὕτε τῆς θαλάσσης τι αὐτοῖς φερούσης διὰ Πομπήιον, οὕτε τῆς Ἰταλίας διὰ τοὺς πολέμους γεωργομένης. Ὅ δὲ καὶ γένοιτο, ἐς τοὺς στρατοὺς ἔδαπανᾶτο. Ἐκλώπευόν τε οἱ πολλοὶ νυκτὸς ἐν τῇ πόλει καὶ κλοπῆς ἔτι βιαιότερον ἠνώχλουν, καὶ ἠνώχλουν ἀδεῶς, καὶ ἡ δόξα ἐς τοὺς στρατιώτας ἐφέρετο. Ὅ δὲ λεῶς ἀπέκλειε τὰ ἐργαστήρια καὶ τὰς ἀρχὰς ἐξάνιστη, ὡς οὕτε ἀρχῶν οὕτε τεχνῶν χρήζοντες ἐν ἀπορούσῃ καὶ ληστευομένῃ πόλει.*

La descripción que hace el historiador de la situación de crisis y hambruna en Roma por causa de Sexto Pompeyo resulta dramática: a la falta de suministros motivada por el bloqueo de las naves de aquél se unió la escasa productividad de cuanto en la ciudad se producía y el consiguiente incremento de la violencia y el bandidaje, con el posterior cierre de tiendas y comercios. La situación, por tanto, resulta tan próxima a la anarquía que se hace insostenible. El triunviro Lépido, por su parte, es sospechoso de tratos con Sexto Pompeyo ya desde el año 42 a.C. Entre finales del 41 a.C. y comienzos del año siguiente es enviado como gobernador a la provincia de África (*App. bell. civ.* 5,5,53; *Cass. Dio.* 48,23,4-5). No más pacífico es el clima que rodea a Antonio. En el año 40 a.C. se produce la derrota de su hermano Lucio en Perusia (*App. bell. civ.* 5,5,46-49; *Cass. Dio.* 48,15<sup>410</sup>) y el establece tratos con Sexto Pompeyo:

---

<sup>409</sup> *Cass. Dio.* 49,18. Cfr. *App. bell. civ.* 5,144, donde se apunta que la muerte de Sexto Pompeyo pudo ser iniciativa de Lucio Munacio Planco, gobernador de Siria.

<sup>410</sup> Dion Casio señala expresamente la fecha, refiriendo que la caída de Perusia se produjo ya durante el consulado de Gneo Calvino –cónsul por segunda vez– y Asinio Polión. *Cass. Dio.* 48,15,1: *Ἐκείνης δ' οὖν ἐπὶ τε Γναίου Καλονίου δεύτερον καὶ ἐπ' Ἀσινίου Πολίωνος ὑπάτων ἀλούσης καὶ τᾶλλα τὰ ἐν τῇ Ἰταλίᾳ.*

*App. bell. civ. 5,6,53: Ὁ μὲν ὧδε ἀπεκρίνατο, ὁ δὲ Καῖσαρ ἐς Ρώμην ἀπὸ Κελτῶν ἐπανιῶν ἦσθετο μὲν τῶν ἐς Ἀθήνας διαπεπλευκότων, τὸ δὲ τῆς ἀποκρίσεως ἀκριβὲς ἄρα οὐκ εἰδὼς ἐξώτρυνε τοὺς κληρούχους ἐπὶ τὸν Ἀντώνιον ὡς κατάγοντα μετὰ τῶν γεωργῶν Πομπήιον, ὧν αὐτοὶ τὰ χωρία ἔχουσιν· ἐς γὰρ δὴ Πομπήιον οἱ πλείονες τῶν γεωργῶν ἐπεφύγεσαν. Καὶ πιθανοῦ τοῦ διερεθίσματος ὄντος, οὐδ' ὡς οἱ κληροῦχοι προθύμως ἐπὶ τὸν Ἀντώνιον ἐστράτευον· οὕτως ἡ δόξα τῶν ἐν Φιλίπποις γεγονότων ἐδημαγῶγει τὸν Ἀντώνιον. Ὁ δὲ Καῖσαρ Ἀντωνίου μὲν καὶ Πομπηίου καὶ Ἀηνοβάβρου κατὰ πλῆθος ὀπλιτῶν ὑπεροίσειν ἐνόμιζεν ἤρχε γὰρ τελῶν ἐς τότε τεσσαράκοντα πλεόνων, ναῦν δὲ οὐδεμίαν ἔχων οὐδὲ καιρὸν ἐς ναυπηγίαν ὠρρώδει, ναῦς ἐκείνων ἐχόντων πεντακοσίας, μὴ τὴν Ἰταλίαν περιπλέοντες ἐς λιμὸν περιενέγκαιεν. Ἦν ἐνθυμούμενος (ἐλέλεκτο δὲ αὐτῷ περὶ πολλῶν παρθένων ἐς γάμον) ἐπέστελλε Μαικίηνα συνθέσθαι Σκριβωνία, τῇ Λίβωνος ἀδελφῇ, τοῦ κηδεύοντος Πομπηίου, ἵν' ἔχοι καὶ τήνδε ἀφορμὴν ἐς διαλύσεις, εἰ δεήσειεν. Καὶ πυθόμενος ὁ Λίβων ἐπέστελλε τοῖς οἰκείοις ἐγγυᾶν αὐτὴν τῷ Καίσαρι προθύμως. Ὁ δὲ Καῖσαρ τῶν Ἀντωνίου φίλων καὶ στρατῶν ὅσους ὑπόπτειε, διέπεμπεν ἐπὶ προφάσεων ἄλλους ἀλλαχοῦ καὶ Λέπιδον ἐς τὴν ἐψηφισμένην αὐτῷ Λιβύην, ἄγοντα τῶν Ἀντωνίου τελῶν τὰ ὑποπτώτατα ἕξ.*

En la parte final del texto se refiere expresamente que Antonio manifestó a Sexto Pompeyo tanto su conformidad de reconciliar a este con Octavio como de aliarse con el pirata para derrotarle, según dictara el curso de los acontecimientos. Dión Casio narra que al acuerdo entre ambos fue realmente una maniobra de Pompeyo: tras Perusia, la madre del triunviro se dirigió hasta Sicilia, donde fue acogida afectuosamente por el pirata, quien la remitió sin daño alguno a su hijo, junto con emisarios para negociar (Cass. Dio, 48,15,2; 48,20,1). La alianza entre Pompeyo y Antonio contra Octavio no pasó inadvertida para este último, quien infructuosamente trató entonces de atraer a sí al pirata (Cass. Dio. 48,16,2; 48,20,1). Así las cosas, la situación entre los triunviros, aparentemente avocada a una nueva guerra civil (Cass. Dio. 48,28,2), se soluciona cuando ambos se reúnen en Brindisi a efectos de pacificar sus relaciones –Antonio accede a contraer matrimonio con Octavia– y establecer una línea de actuación bélica común y coherente, lo cual hace que, obviamente, Antonio cese precipitadamente en sus contactos con el enemigo (*App. bell. civ. 5,7,64-65*). En este sentido, resulta especialmente iluminador el siguiente texto:

*Cass. Dio. 48,29,1-2: Τὴν μὲν οὖν ἀρχὴν οὕτως αὐθις διεδάσαντο, τὸν δὲ δὴ πόλεμον τὸν πρὸς τὸν Σέξτον ἐκοινώσαντο, καίτοι τοῦ Ἀντωνίου ὄρκους πρὸς αὐτὸν*

*δι' ἀγγέλων ἐπὶ τῷ Καίσαρι πεποιημένου. Καὶ διὰ τοῦτό γε οὐχ ἥκιστα ὁ Καῖσαρ ὑπέμεινε πάντας μὲν τοὺς ἐν τῷ πολέμῳ τῷ κατὰ τὸν Λούκιον τὸν τοῦ Ἀντωνίου ἀδελφὸν μεταστάντας πρὸς αὐτόν, καὶ ἐξ αὐτῶν γε τῶν σφαγέων ἔστιν οὗς ὄντας, ἄλλους τε καὶ τὸν Δομίτιον, πάντας δὲ καὶ τοὺς ἐκτεθέντας ἐν τοῖς λευκώμασιν, ἢ καὶ ἄλλως πως τῷ τε Βρούτῳ καὶ τῷ Κασσίῳ συμπολεμήσαντας καὶ μετὰ τοῦτο τὰ τοῦ Ἀντωνίου πράξαντας, καταδέξασθαι ἐπ' ἀδεία.*

En el fragmento reproducido se refiere expresamente que Brindisi supone un repentino cambio de actitud de Antonio hacia Sexto Pompeyo. La estrategia que tanto él como Octavio habían intentado llevar a la práctica de atraerle para, sumando sus fuerzas, hacerse la guerra entre sí queda definitivamente enterrada y ambos acuerdan emprender la campaña contra el pirata, por mucho que ello implique que el propio Antonio incumpla su juramento de luchar a su lado contra Octavio<sup>411</sup>. Este pacto de Brindisi, forzado, por tanto, por este último -Octavio se sabía incapaz de hacer la guerra conjuntamente a Antonio y a Pompeyo (Cass. Dio. 48,16,2)-, se fecha, como se ve, en la poco causal fecha del año 40 a.C., y sabemos que muy probablemente allí debatieron los dos triunviros el modo de derrotar al pirata tras la necesaria y temporal paz de Miseno. Que la idea de llevar a los comicios la ley Falcidia estableciendo inmediatamente después un impuesto sobre los legados debió plantearse en Brindisi no solo es lógico, sino que es realmente la única opción posible. Así las cosas, tanto la creación de esta ley como la del impuesto debieron ser medidas salidas del círculo de Octavio (¿era cliente suyo el tribuno Falcidio o persona próxima a él políticamente?) tras los peligrosos contactos de Antonio con Sexto Pompeyo. Pocas dudas hay de que estas medidas se consensuaron, por tanto, en esa reunión de emergencia que fue la de Octavio y Antonio en Brindisi. Del mismo modo, la precipitación con la que el primero de ellos debió diseñar un modo de financiación de la guerra contra Pompeyo lo suficientemente factible como para convencer a un Antonio muy dispuesto a enfrentarse a él resulta evidente. Era Octavio, no Antonio, quien había sido incapaz de aliarse con el enemigo, de manera que el precipitado diseño de un mecanismo de financiación que permitiese la guerra contra aquél debe provenir de él, no

---

<sup>411</sup> El historiador informa, en efecto, de que Sexto Pompeyo acudió a Italia, cumpliendo su pacto con Antonio, para luchar con él contra Octavio. Tras recibir noticia de los acuerdos de Brindisi retorna a Sicilia. Que ordenase a su liberto Menas causar cuantos estragos pudiera demuestra, una vez más, que Brindisi no fue tan solo un acercamiento entre Octavio y Antonio, sino el establecimiento de un plan de guerra conjunto del que el propio Pompeyo fue consciente. Cass. Dio. 48,30,4-6.

así de Antonio, cuya alianza con el pirata era indudablemente estable, a la luz de los expuesto por Apiano y Dión Casio. La *lex Falcidia*, al igual que las otras medidas recaudatorias de los años 40 y 39 a.C., parece, por tanto, haber sido un recurso casi desesperado de un Octavio cuya andadura política bien pudo haber concluido ahí de no haber sido lo suficientemente creíble su propuesta de guerra contra Sexto Pompeyo como para provocar que Antonio cambiase de bando en Brindisi.

La pregunta, llegados a este punto, es obligada. ¿Es acaso admisible racionalmente que una medida como la *lex Falcidia*, surgida con gran precipitación para atender a unas puntualísimas necesidades fiscales, viniese al mismo tiempo a establecer un sistema tan perfecto de protección del *heres* frente al exceso de liberalidades testamentarias que se mantuvo con pocos cambios hasta Justiniano? La idea de que una ley tan extraordinariamente duradera en el tiempo y que establecía la asignación de la *quarta* con unas elaboradas y bien maduras reglas de cómputo se redactase prácticamente de la noche a la mañana bien puede repeler a la razón, y sin duda es posible que ello haya constituido un factor influyente a la hora de explicar tanto el escaso interés –en realidad podría hablarse ciertamente de nulo interés– que la doctrina romanística ha dispensado a los textos de Apiano y Dión Casio como el espacio absolutamente marginal y reducido a la mera posibilidad, a la mera especulación, de aquellos autores que, comenzando por Karlowa, han señalado, siempre sucintamente, siempre sin un análisis detallado de los valiosísimos y detallados textos, que tal vez la ley Falcidia nació por obvios motivos fiscales.

Las reservas de la doctrina parecen, pues, justificadas, habida cuenta de lo casi increíble que resulta admitir que del agitado y convulso caldo de cultivo que narran las fuentes históricas expuestas naciera un instituto de marcada estabilidad y perfección cual es el de la *quarta Falcidia*. Sin embargo, a esa dirección apuntan las fuentes, y sobre este sistema de reserva se articularía más tardíamente la idea de la *portio debita* que corresponde a quien impugna un testamento por inoficioso. En algún momento, además, debió pasarse, tal y como refiere Barrio Gallardo<sup>412</sup>, de la idea de nulidad del testamento

---

<sup>412</sup> E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 148 ss. El autor lleva el asunto al terreno de lo actual al señalar que «esta fase de la evolución del sistema sucesorio romano, antes de procederse a la fijación exacta de una porción hereditaria exacta (*«fixed share»*) que debía establecerse a favor de determinados parientes, a imagen y semejanza de la *Lex Falcidia*, resulta semejante al Derecho estadounidense y constituye un apoyo sólido, o quizá un paradigma, para la instauración de un sistema en España semejante al de las *«family*

a la de la rescisión del mismo, pues se priva aquí de eficacia tan solo a la *heredis institutio*, no así a las otras disposiciones testamentarias. En fecha aún más tardía, el tribunal de los *centumviri* convertiría a la *querella* en todo un régimen de sucesión contra el testamento, destinado a conceder al *heres* la asignación de una cuota hereditaria mediante la oportuna reducción de otras atribuciones recogidas por el causante en su testamento: el régimen de la *quarta Falcidia* es realmente, tal y como hemos señalado anteriormente sobre la base de las investigaciones de Ribas Alba, posterior en el tiempo a aquél de la *querella inofficiosi testamenti* y no al contrario, si bien este último tomó la idea de la *quarta* de aquél. Introduciendo la reserva de la ley Falcidia, aumentaban las posibilidades de que los legados, nunca excedentes del *dodrans*, se cobrasen, con el consiguiente beneficio que ello suponía para las arcas públicas merced al impuesto establecido por los triunviros con el que sufragar la guerra contra Sexto Pompeyo. La genialidad de esta *lex* no radica, por tanto, en su carácter innovador, sino más bien en el hecho de ser una muy inteligente medida ideada de tal modo que tuviese lo que podemos considerar como dos vidas: satisfacía inicialmente una puntualísima necesidad fiscal, y una vez superada esta, continuaba siendo perdurable en el tiempo, dados los beneficios que reportaba en provecho de la figura del *heres*. Es así como lo que podemos considerar como la segunda vida de la ley Falcidia estaba llamada de antemano a enterrar a la primera, cuyos fines más prosaicos que altruistas fueron la causa directa de su aparición histórica. Así lo intuía acertadamente Solazzi cuando refería que la doctrina tiende a ver con excesivo candor cuanto concierne al nacimiento de la *quarta Falcidia*, imputándolo sólo al principio del *favor testamenti*: «Senza questa necessità finanziaria quanto tempo sarebbe ancora trascorso prima di aboliré le leggi Furia e Voconia?<sup>413</sup>»

---

*provisions*» o «pensiones familiares» del *Common Law*, que conlleva la introducción de un margen mayor de discreción judicial. Parte de la doctrina española ha alabado la flexibilidad y por ende posibilidad de adecuación al caso concreto que le era permitida en Roma a este Tribunal a la hora de valorar si se había conculcado o no el deber de piedad con los familiares cercanos, en modo semejante a cuanto acontecería hoy con esta clase de pleitos en Norteamérica, según se tendrá ocasión de comprobar más adelante».

<sup>413</sup> S. SOLAZZI, *Una data per la storia*, cit. 156.



## CAPÍTULO 3

### ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y DE D. 35,2 Y 3

#### **2. *Status quaestionis doctrinal.***

Hasta el presente han sido escasos en número los intentos de la doctrina de abordar el estudio de la *lex Falcidia* de forma monográfica. Los grandes trabajos sobre este tema que presentan una clara vocación de amplitud, de contener al menos buena parte de los problemas que plantea este derecho de *retentio* del heredero, datan, con alguna excepción, de la primera mitad del siglo XX. Desde esa fecha, la inmensa mayoría de las investigaciones han recaído sobre aspectos puntuales, más que sobre el todo. Esta fragmentación del objeto de la investigación ha arrojado como resultado la ausencia de un verdadero debate doctrinal, con posiciones encontradas, a propósito de esta ley, más allá de lo concerniente a su clasificación como *lex perfecta*. A la hora de abordar, por tanto, el análisis de una doctrina que se revela tan marcadamente atomizada, hemos optado por la inevitable separación de materias: primeramente presentamos las opiniones, muchas de ellas encontradas, de aquellos investigadores que, como decimos, han tratado sobre la problemática de cómo encajar a nuestra ley en la célebre clasificación de *Ep. Ulp.* 1,1-2. Este debate, que se originó durante la década de los años cincuenta y que se ha mantenido vivo hasta fechas no lejanas, implica, además, realizar consideraciones de interés a propósito de la tutela procesal del derecho de retención de la *quarta*. Tras esto, referiremos igualmente las investigaciones de aquellos autores que han ahondado, especialmente en los últimos años, en las circunstancias políticas que pudieron contribuir a la aparición de la ley Falcidia, y por último señalaremos los trabajos de quienes han realizado investigaciones sobre los aspectos problemáticos que plantea la aplicación de esta *lex*.

#### 2.1. Controversias a propósito de la ley Falcidia como *lex perfecta*.

##### 2.1.1 Planteamiento general.

Sin duda el aspecto más controvertido del estudio de la *lex Falcidia* durante el pasado siglo XX ha sido el de esclarecer si el exceso de los legados percibidos en perjuicio

de la *quarta* es nulo *ipso iure* (D. 35,2,73,5 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]; D. 43,3,1,5 [Ulp. 67 *ad ed.*]; D. 33,1,21,1 [Scaev. 22 *dig.*]; D. 35,1,43,1 [Paul. 8 *ad Plaut.*]; D. 35,2,25,1; D. 35,2,56,4 [Marcell. 22 *dig.*]; D. 35,3,1,11 [Ulp. 79 *ad ed.*]), o lo que es lo mismo, si la ley que nos ocupa perteneció a la categoría de las *leges perfectae* de la que se nos habla al comienzo del *Epitome Ulpiani*<sup>414</sup>:

### 2.1.2. Schwarz.

El estudio sobre el carácter perfecto de la ley Falcidia se desarrolló, en esencia, en los años centrales del siglo XX con las investigaciones, encontradas entre sí, de Schwarz y Bonifacio. Para el primero de ellos, al que se sumó Kaden posteriormente en su recensión a la obra del segundo<sup>415</sup>, la ley que estudiamos no produce la nulidad *ipso iure* de los legados excedentes del *dodrans*, y la reducción de estos, más que automática, vendría condicionada a la impugnación de los mismos por el heredero perjudicado *apud iudicem*. Más que la idea de nulidad, entendida en el sentido de inexistencia del acto contrario a efectos jurídicos, Schwarz defendía que la falta de actuación por parte del

---

<sup>414</sup> La doctrina mayoritaria así parece defenderlo. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, *cit.*; F. BONIFACIO, *In tema di «lex Falcidia»*, en *Iura* 3 (Napoli 1952); B. BIONDI, *Sucesión*, *cit.* 388; F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 22; G. GROSSO, *Il legato*, *cit.* 357; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 127; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, *cit.* 782 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, *cit.* 748; V. MANNINO, *Cervidio Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi*, en *BIDR* 84 (Milano 1981) 125 ss.; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, *cit.* 25 s.; E. RODRÍGUEZ DÍAZ, L.1, § 14 D. ad Leg. Falcid. 35,2 y *el cálculo de la Cuarta Falcidia*, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M<sup>o</sup> Reimundo Yanes 2* (Burgos 2000) 295 n.3; L. SALOMÓN, *Sine vitio nancisci possessionem. La adquisición de la posesión de los legados en el Derecho romano clásico* (Madrid 2003) 196; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, *cit.* 287; A. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 122. Cfr. G. KRETSCHMAR, *Erhrechtliche Compensationen. Ein Beitrag zur Lehre von den Vermächtnissen und der lex Falcidia* (Leipzig 1892) 6 ss.; S. CUGIA, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico: l'espressione «mortis causa», diritto romano classico e giustiniano* (Napoli 1910); 73 ss.; F. SCHWARZ, *War die «lex Falcidia» eine «lex perfecta»?*, en *SDHI* 17 (Roma 1951). Sobre la clasificación de las *leges* en *Ep. Ulp.* 1,1-2, *supra.* 83 ss.

<sup>415</sup> F. SCHWARZ, *War die «lex Falcidia»*, *cit.* 225 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, *cit.* (rec: E. H. KADEN, en *Iura* 1 (Napoli 1950); F. BONIFACIO, *In tema di «lex Falcidia»*, *cit.* 229 ss. También F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, en *ZSS* 63 (Weimar 1943) 314 ss.



*heres* implicaba su renuncia a la *quarta* cuando los legados excedían del tope máximo marcado por la ley Falcidia. Celso, de hecho, escribe expresamente que el heredero debe invocar y probar la Falcidia, y que de no demostrar la existencia de legados en tal modo que ni siquiera le corresponda la *quarta* perderá el beneficio de esta:

D. 22,3,17 (Cel. 6 dig.): *Cum de lege Falcidia quaeritur, heredis probatio est locum habere legem Falcidiam: quod dum probare non potest, merito condemnabitur.*

En cuanto a la pregunta de cuál es el recurso procesal al que debe acudir el *heres* para evitar la pérdida del beneficio de la *quarta*, Escévola y Aristón (opinión la de este

último que nos ha llegado a través de un fragmento de Pomponio)<sup>416</sup> hablan expresamente de una *exceptio doli*<sup>417</sup>. Estudiemos los textos con detenimiento:

---

<sup>416</sup> También en un texto de Papiniano encontramos una referencia a esta *exceptio doli* como instrumento a ejercer por el heredero a efectos de garantizarse el beneficio de la Falcidia. El fragmento versa, concretamente, sobre la caída de las servidumbres por causa del cómputo de la *quarta*, pues dado su carácter indivisible o se legan por completo o se pierden al someterlas a reducción. D. 31,76 pr. (Pap. 7 resp.): *Cum filius divisit tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicium exstitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit. sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset. quod non erit trahendum ad servitutes, quae pro parte minui non possunt: plane petetur integra servitus ab eo qui filium vicit, partis autem aestimatio praestabitur: aut si paratus erit filius pretio accepto servitatem praebere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem, exemplo scilicet legis Falcidiae.* Biondi señala que la caída de las servidumbres constituiría el supuesto clásico en el marco del *ius civile*, y que lo grave de tal escenario habría asentado la práctica de que el *heres* pudiese reclamar del *legatarius* la *aestimatio* de aquello que, siendo indivisible, le fue legado a este último, defendiéndole, además, el pretor con la concesión de la *exceptio doli* en caso de que aquél se negase a tal pago. D. 35,2,23 (Scaev. 15 quaest.): *Si fundus mihi legetur et via, in Falcidiae ratione, si tantum sit in via, quantum amplius est in Falcidia, integer fundus capietur et via perit. sed si via legetur nec solvendo sit hereditas, non debebitur. videndum etiam, si fundo et via legato minus ex utroque desideret quam sit viae pretium. potest coacta ratione dici non tantum fundum solidum capi, sed etiam, ut doli exceptio tantum sarciat, quantum deest, ne plus habeat, quam Falcidia desiderat: ut tunc solum via intercidat, quotiens plus Falcidia desiderat quam est viae pretium.* Igualmente, en D. 35,2,80,1 (Gai. 3 de legatis ad ed. prov.): *Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. sed et si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dedit: quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.* Se trata, nuevamente, de un inteligente juego de equilibros que armoniza el interés del *heres* en percibir la *quarta* con la *voluntas testatoris*. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 393 s.; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 357; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 116. Sobre el legado de servidumbre, V. MANNINO, *Cervidio Scevola*, cit. 130 ss.

<sup>417</sup> F. SCHWARZ, *War die «lex Falcidia»*, cit. 357. En consonancia con cuanto venimos exponiendo, Cuyacio era de la opinión de que el *heres* debía interponer siempre esta *exceptio doli* frente al legatario a efectos de reducir los legados, lo que demostraría que la reducción no se produciría *ipso iure*. Sobre este particular, F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 20 n.36.

D. 35,2,16 pr. (Scaev. 3 *quaest.*): *Si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest etiam pro his, quae iam data sunt.*

D. 36,1,22 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Heres cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit nec cavit sibi stipulatione proposita. similem eum esse aristo ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt: sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci et adversus agentem doli mali exceptione uti posse eum et debitoribus denuntiare, ne solveretur.*

En el texto de Escévola nos encontramos ante el supuesto de que el heredero ha cumplido una pluralidad de legados –no todos los establecidos en el testamento– en beneficio del legatario, sin reducirlos. En este caso, para evitar la pérdida de la *quarta*, puede retenerla de los legados que aún no ha satisfecho con la *exceptio doli* como mecanismo de defensa frente a la demanda del legatario. El de Pomponio, por su parte, también prevé el ejercicio de esta excepción en el más grave supuesto de que el heredero hubiese entregado la integridad de la masa hereditaria al legatario sin retener lo que le corresponde, problema este que estudiaremos con amplitud en las siguientes páginas.

D. 35,3,1,11 (Ulp. 79 *ad ed.*): *etenim sciendum est legem Falcidiam interdum partem eius quod datum est, interdum totum revocare.*

D. 31,77,6 (Pap. 8 *resp.*): *tunc enim portio iure Falcidiae revocaretur.*

D. 35,2,61 (Iav. 4 *epist.*): *an hoc ipso heres institutus partem revocandi a legatariis ius habeat.*

Estos fragmentos, por su parte, se refieren a la facultad del heredero de revocar (*revocare*) los legados excesivos, cuya reducción, por tanto, no tendría un carácter automático: solo un a vez que el *heres* ha invocado *apud iudicem* el beneficio de la *quarta* se considerará inválido el exceso de los *legata*<sup>418</sup>. Ulpiano, en el primero de ellos, refiere expresamente que el efecto de la ley Falcidia consiste en una revocación total o parcial del legado a efectos de que el heredero pueda obtener lo que le corresponde, pues la

---

<sup>418</sup> Esto implica, además, el hecho de que si la integridad de los legados se ha pagado de antemano al heredero, la ineficacia de lo excedente del *dodrans* opera entonces con carácter retroactivo y de forma supeditada a la invocación de la *lex Falcidia apud iudicem*. L. SALOMÓN, *Sine vitio*, cit. 195.

*quarta* no se aplica necesariamente a cada legado, pudiendo el *heres* pagar entonces algunos por completo e imputarla al resto:

D. 35,2,88,2 (Afric. 5 *quaest.*): *Quare cum quis tale quid consequi velit, sic consequetur: 'si quo amplius legavi 'vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum 'quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, 'ex eo legato quod titio dedi heres meus damnas 'esto dare*<sup>419</sup>.

La idea de Schwarz, por tanto, es la de negar una automática reducción de los *legata*, reducción esta que sólo es posible mediante una reclamación de la misma por parte del heredero en el caso de que el legatario pretenda el cobro de los legados íntegros en perjuicio del beneficio de la *quarta*. En refuerzo de esta idea, el autor se apoya en una constitución imperial del emperador Alejandro Severo que, realmente, no versa sobre la *lex Falcidia*, sino sobre el efecto de la *lex Aelia Sentia* sobre las manumisiones fraudulentas<sup>420</sup>:

C. 7,11,1 (Alex Sev. a. 223): *Certum ius est non alias directas libertates per legem aeliam sentiam, quae sunt in fraudem creditorum manumissorum, revocari, nisi et consilium fraudis hoc animo manumittentis et eventus damni suum recipere volentium sequatur. inter creditores autem etiam eos numerandos esse, quibus fideicommissum debetur, olim placuit.*

El texto menciona, como se ve, que estas manumisiones no son revocables por la *lex Aelia Sentia* salvo que se demuestre la intención dolosa, y de ahí que Schwarz considere que el efecto de la *lex Falcidia*, más que una reducción *ipso iure* de los *legata*, consistiría análogamente en el otorgamiento de una acción revocatoria al heredero por la

---

<sup>419</sup> Esta idea aparece confirmada en C. 6,50,6,2 (Alex Sev. a. 223): *Nec si quid ultro solidum heres praestiterit aut perfecerit, legitimae computationi praeiudicatur.* P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 782; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 396 s.

<sup>420</sup> F. SCHWARZ, *War die «lex Falcidia»*, cit. 320. Sobre la *lex Aelia Sentia*, X. D'ORS, *La ley «Aelia Sentia» y las manumisiones testamentarias (Una exégesis de D. 40,9,5,2 y D. 40,1,21)*, en *SDHI* 40 (Roma 1974) 425 ss. También M. TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, en *Studi in onore di Biondo Biondi* (Milano 1961) 7 ss. F. DEL PINO TOSCANO, *Un estudio palingenésico de D. 42,8* (Huelva 2001); F. DEL PINO TOSCANO, *Recursos procesales contra el fraus creditorum en el derecho romano clásico* (Sevilla 2003).

cuantía de los legados que excediese de la *quarta*. De este modo, el sistema de la ley que estudiamos no habría establecido, para este autor, la nulidad automática de estos legados, sino que más bien concedería al *heres* perjudicado un derecho a reducirlos.

### 2.1.3. Bonifacio.

Partidario de la reducción *ipso iure* de los *legata* excedentes del *dodrans* y por ende defensor del carácter perfecto de la *lex Falcidia* fue Bonifacio, quien se opuso a las argumentaciones de Schwarz. Para Bonifacio, nada hay en los fragmentos compilados en el Digesto que lleve a la conclusión de que los legados no se reducen de manera automática, sino tras previas actuaciones procesales del heredero interesado. Para defender su idea, el autor parte, a manera de premisa, del hecho de que la ley, al dirigirse contra el testador y no contra el legatario no introducía una *incapacitas* de este último, como sí habrían hecho previamente las leyes Furia y Voconia, sino del propio testador, al que se priva de capacidad para legar ilimitadamente (D. 35,2,1 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]), y de ahí la nulidad *ipso iure* de la parte de los legados que prive al *heres* de su derecho al *quadrans*<sup>421</sup>. Para tutelar su derecho, por tanto, este no precisará, a juicio de Bonifacio, de interponer recurso procesal alguno frente a la reclamación indebida del legatario que desea percibir la integridad del *legatum* mediante una injustificada *rei vindicatio* (caso del legado *per vindicationem*) o *actio ex testamento* (caso de legado *per damnationem*)<sup>422</sup>. En ambos supuestos, tomando como punto de partida, como decimos, la idea de nulidad

---

<sup>421</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 5 ss. En la misma línea, B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 392; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 118. Este último refiere que al testador le falta capacidad de disponer sobre el futuro de su patrimonio por encima de las tres cuartas partes: «quedaría *ipso iure* reducido en la proporción necesaria, y sólo sería válido por ese valor». También Wacke se muestra contrario a la tesis de Schwarz, defendiendo la idea de la reducción automática de los *legata*. A. WACKE, *Die Rechtswirkungen*, cit. 209 ss.

<sup>422</sup> D. 43,3,1,5 (Ulp. 67 *ad ed.*): *Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.*; D. 6,1,76,1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat. iusta autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud iudicem examinatur: iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat: itaque talis dabitur actio. eadem et de ceteris rebus intellegemus.*

*ipso iure* del exceso de los legados, el legatario incurriría en una *pluris petitio* que, como es sabido, implica el deber del juez de absolver al heredero demandado (Gai. 4,53)<sup>423</sup>: puesto que la reducción de los legados se produce de manera automática, el legatario directamente no adquiere la propiedad por más del valor de las tres cuartas partes del *legatum per vindicationem*, como tampoco dispone de acción alguna para exigir el cumplimiento de un *legatum per damnationem* en una medida que exceda del *quadrans*<sup>424</sup>. Que el heredero, por su parte, deba invocar lógicamente la Falcidia y probar la lesión de la *quarta* es, de este modo, una mera cuestión probatoria encauzada a la demostración de que precisamente por haberse reducido legados el actor reclama más de lo que le corresponde, con la lógica consecuencia del *causa cadere*. En este sentido, Bonifacio se distancia de Schwarz al entender que una cosa es el deber del *heres* de probar la vulneración de la Falcidia ante el juez del que habla Celso en D. 22,3,17 (Cel. 6 *dig.*), y otra por completo distinta es pretender, amparándonos en ese fragmento, que deba realizar algún tipo de acto de impugnación frente a la reclamación del legatario demandante mediante la inserción de *exceptiones* en la fórmula. Es esta reflexión la que conduce al autor a la idea de que D. 36,1,22 (Pomp. 22 *ad Sab.*) se encuentra interpolado en la frase «*adversus agentem doli mali exceptione uti posse*»<sup>425</sup>.

Distinto es el caso, naturalmente, de que la integridad del legado a reducir se encuentre ya en poder del legatario, en cuyo caso deberíamos plantearnos cuál será el modo en el que el heredero pueda obtener la restitución de la *quarta*. Sobre este particular disponemos de dos fragmentos de gran interés:

---

<sup>423</sup> Distinto es el caso de que el legatario desconozca el montante exacto de la masa hereditaria, con el consiguiente riesgo de incurrir en *pluris petitio* sin mediar mala fe. Gayo y el autor de las *Pauli Sententiae* refieren que en este caso se le concede una *actio incerti*: D. 6,1,76,1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); PS. 3,8,2. Véase *ibid.* 18.

<sup>424</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 782; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 119.

<sup>425</sup> *Ibid.* 18 ss. y 28; F. BONIFACIO, *In tema di «lex Falcidia»*, cit. 229 s. La misma argumentación emplea el autor para rebatir lo expuesto por Schwarz a propósito de la *lex Aelia Sentia*: no es discutible que el acreedor deba probar, lógicamente, lo fraudulento de la manumisión (D. 22,3,12 [Cel. 17 *dig.*]; C. 4,19,1 [Sev. et Ant. a. 196]; C. 4,30,10 [Dioclet. et. Max. a. 287-304]; C. 8,42,25 [Dioclet. et. Max. a. 294]), sin que ello esté reñido con la nulidad *ipso iure* de esta ni con el carácter perfecto de la ley.

D. 35,2,26 pr. (Scaev. 5 resp.): *Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore: quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. respondit posse heredem consequi, ut ei restitueretur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.*

D. 43,3,1,5 (Ulp. 67 ad ed.): *Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum, quia portio legis Falcidiae apud heredem ipso iure remanet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.*

En el primero de ellos, Escévola nos informa de que en caso de que la totalidad del *legatum* se encuentre de antemano en poder del legatario, el heredero puede recuperar la *quarta* bien obteniendo la restitución de la cosa, bien su estimación económica<sup>426</sup>. Para Bonifacio el fragmento está interpolado en cuanto se refiere a la recuperación del valor económico de la cosa legada, entendiendo que el texto originario debía referirse como única solución a la *rei vindicatio partis*. Sus razones para desprestigiar la parte final del texto se basan en la argumentación de que, si bien podría referirse originariamente al *interdictum quod legatorum*, la extensión de esta herramienta procesal al *heres* no debió producirse hasta las épocas postclásica y justiniana. Donde sí ve probable Bonifacio el uso del interdicto es en el marco de las *donationes mortis causa*, tal y como aparece mencionado en el fragmento de Ulpiano, perteneciente al título dedicado a esta herramienta procesal por los compiladores («*Quod legatorum*»). Para Bonifacio no es problemática la idea de negar la concesión del interdicto en materia de legados a efectos de recuperar la *quarta* y afirmarla, en cambio, en lo que concierne a las donaciones. Asumiendo la obviedad de que el interdicto nació, naturalmente, en sede de legados, nada obstaría, a su juicio, a que se aplicase análogamente a las *donationes mortis causa*, en las que lógicamente puede poseerse lo donado contra los deseos del *bonorum possessor*. Pretender, por tanto, que los compiladores interpolaron el texto ulpiano y extendieron en él el uso del interdicto a las donaciones para unificar criterios con respecto de lo que

---

<sup>426</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 515 s. P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 119. El texto ha sido acusado de interpolación, obedeciendo al interés de Justiniano por reforzar la posición del heredero. Véase F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 30 s.

sucedía en materia de legados resultaría errado, pues precisamente en este último caso su utilización, para Bonifacio, no procede.

La nulidad automática de los legados excedentes del *dodrans*, que para este autor hace innecesario conceder *exceptiones* procesales a un heredero que tan solo precisa de demostrar la lesión, no sería solamente la consecuencia lógica y racional de la *incapacitas* del testador de legar por encima de los límites marcados por la *lex Falcidia*, sino que aparece además expresamente referida en un fragmento de Gayo<sup>427</sup>:

D. 35,2,73,5 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *Ergo optimum quidem est statim ab initio ita testatorem distribuere legata, ne ultra dodrantem relinquuntur. quod si excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso iure minuuntur: verbi gratia si is, qui quadringenta in bonis habuit, tota ea quadringenta erogaverit, quarta pars legatariis detrahitur: si trecenta quinquaginta legaverit, octava. quod si quingenta legaverit habens quadringenta, initio quinta, deinde quarta pars detrahi debet: ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.*

El texto refiere que es lo más aconsejable que el testador no establezca legados que superen el *dodrans* para evitar de ese modo tener que reducirlos, y que en caso de que así ocurra, tal reducción ocurre *ipso iure*. Naturalmente, la literalidad de este fragmento parece decantar la balanza por el carácter perfecto de la ley Falcidia defendido, a veces con vehemencia, por Bonifacio, en contra de las argumentaciones de un Schwarz que, naturalmente, trataba de restarle valor argumentando que el término *ipso iure* no tenía en el pasado romano el sentido que hoy le otorgamos<sup>428</sup>. Paralelamente, tampoco

---

<sup>427</sup> Además de valiéndose del fragmento gayano, Bonifacio defiende la idea de la reducción automática de los legados al recordar que los que se disponen en un testamento relativo a la herencia pasiva adolecen de nulidad absoluta, tal y como se refiere en D. 39,6,17 (Iul. 47 *dig.*) y D. 35,2,66,1 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*). También D. 35,3,1,11 (Ulp. 79 *ad ed.*). Para el autor, el derecho romano no conoció figuras intermedias entre la nulidad de un negocio y su plena validez. Véase F. BONIFACIO, *In tema di «lex Falcidia»*, cit. 231 s.

<sup>428</sup> Schwarz pone el ejemplo de D. 23,3,56,3 (Paul. 6 *ad Plaut.*), en donde se dice que la dote se reduce *ipso iure* por el valor de los gastos necesarios, sin que ello implique que el fondo dotal deje de ser el que es: *Quod dicitur necessarias impensas ipso iure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse*. Cugia, por su parte, hablaba directamente de interpolación en D. 35,2,73,5 (Gai. 18 *ad ed. prov.*), refiriendo que el *ipso iure* debe ser un añadido, habida cuenta de que para



Bonifacio cree que el verbo *revocare* contenido en D. 35,3,1,11 (Ulp. 79 *ad ed.*); D. 31,77,6 (Pap. 8 *resp.*) y D. 35,2,61 (Iav. 4 *epist.*) tenga el resultado unívoco de remover un acto o negocio jurídicamente válido, como pretende Schwarz, y para ello refiere un fragmento en el que Ulpiano utiliza el término al tratar de las donaciones prohibidas por el *ius civile* –como las que tienen lugar entre los cónyuges–, en el sentido, por tanto, de la nulidad absoluta<sup>429</sup>:

D. 24,1,5,18 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.*

La argumentación de que la ley Falcidia no pertenece a la categoría ulpiana de las *leges perfectae* por la presencia del verbo *revocare* en algunos fragmentos del Digesto se hace definitivamente insuficiente a ojos de Bonifacio por la presencia de otros textos compilados en los que se utilizan expresiones como *minuere*, en el sentido de disminución (D. 33,1,21,1 [Scaev. 22 *dig.*]; D. 35,2,25,1 [Scaev. 4 *resp.*]; D. 35,2,56,4 [Marcell. 22 *dig.*]; D. 35,1,43,1 [Paul. 8 *ad Plaut.*]); *remanere apud heredem* –expresión sin duda elocuente de que lo excedente del *dodrans* no sale de su propiedad– (PS. 2,8,2 y 4,5,5; D. 35,2,49,1 [Paul. 12 *ad Plaut.*]; D. 35,2,73,5 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]; D. 43,3,1,5 [Ulp. 67 *ad ed.*]); o *retinere*, como derecho del heredero frente a lo que el legatario, obviamente, no percibe (PS. 3,8,1 y 2; C. 8,3,1 [Dioclet. et Max. a. 293]; D. 35,2,16 pr. [Scaev. 3 *quaest.*]; D. 35,2,1,9 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]; D. 35,2,14,1 [Pap. 9 *resp.*]; D. 35,2,15 pr.

---

un jurista clásico bastaría escribir *per legem*. Esta argumentación se antoja, desde luego, más desprovista de fundamento y apoyo en las fuentes que la defendida por Bonifacio y hasta por el propio Schwarz. F. SCHWARZ, *War die «lex Falcidia», cit.* 325 ss.; S. CUGIA, *op. cit.* 76.

<sup>429</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia, cit.* 11 ss. Que las donaciones entre cónyuges dan pie a una nulidad absoluta se contempla expresamente en D. 24,1,3,10 (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.* Sobre estas donaciones prohibidas, F. J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, en *BIDR* 103-104 (Milano 2000-2001) 317 ss.

[Pap. 13 *resp.*]; D. 35,2,15,1 [Pap. 13 *resp.*]; D. 35,2,93 [Pap. 20 *quaest.*]; C. 6,50,18 pr. [Iust. a. 531]; C. 3,36,21 [Diocl. et Max. a. 294]<sup>430</sup>.

Junto con D. 35,2,73,5 (Gai. 18 *ad ed. prov.*), encontramos un fragmento más del que resulta, a juicio de Bonifacio, fácilmente deducible la reducción automática de los legados excedentes del *dodrans*:

D. 35,2,49 pr. (Paul. 12 *ad Plaut.*): *PLAUTIUS. Servo, quem tibi legaveram, fundum legavi. Atilicinus Nerva Sabinus primum in servo rationem legis Falcidia habendam et quota pars ex eo decederet, eam partem in fundo legato inutilem futuram, deinde ex reliquis partibus fundi legis Falcidia portionem decessuram, sicut ex omnibus legatis. Cassius, quod servo pars lege Falcidia decedat, incipere servum fieri communem heredis et legatarii, communi autem servo cum legatum sit, totum pertinere ad socium, quia in eam personam legatum consistere possit: qua ratione semel ex fundo partem legis Falcidia decessuram. PAULUS. Cassii sententia utimur: nam et divus Pius rescripsit servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere.*

El texto proviene de un libro de Paulo de comentarios a Plaucio, en el que se refiere la opinión de Aticilino, Nerva y Sabino a propósito de cómo computar la *quarta* en el caso de que se legue un esclavo y se establezca, a su vez, el legado de un fundo a favor de este. Los tres juristas concuerdan en realizar primeramente la cuenta de la Falcidia sobre el esclavo, introduciendo la clara ficción de que este se hace común del heredero y del legatario con vistas, evidentemente, de beneficiar al primero de ellos. Hablamos aquí de ficción habida cuenta de que el legado de la *dominica potestas* es, como se sabe, de naturaleza obviamente indivisible<sup>431</sup>. Esto es, si el esclavo legado vale cien, el

---

<sup>430</sup> Con relación a esta *retentio*, Bonifacio entiende que el término no se emplea en estos fragmentos en un sentido técnico, esto es, como facultad del heredero de subordinar la eficacia del *legatum* al pago de la *quarta Falcidia*. Más bien, cuando las fuentes hablan de *retinere* dan a entender, para el autor, que el *heres* no precisa de realizar actuaciones *apud iudicem* para obtener su derecho a aquella. De hecho, señala lo innecesario de oponer *exceptio* alguna frente al legatario que obtuvo los legados por entero sin conocer que superaban el *dodrans*, tal y como se prevé en IJ. 4,6,33. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 16 s.

<sup>431</sup> Tal cosa no puede predicarse en los legados de libertad previos a la aparición del fideicomiso. Del mismo modo que las servidumbres, el carácter indivisible de la potestad dominical sobre el esclavo implica que el

*heres* tendrá derecho a retener el valor de veinticinco, de manera que no lo perderá íntegramente. Supongamos ahora que el fundo legado al siervo tiene un valor de trescientos: la opinión de los juristas es que, a esa cantidad habrá que restar los veinticinco que, ficticiamente, hacen que el esclavo siga aún en propiedad del heredero, ya que puesto que al considerar que continúa en parte bajo la potestad dominical de aquél, también pertenecerá proporcionalmente a este cuanto le sea legado. Esto implica que el montante inicial del fundo legado al esclavo es de 275. Por último, el heredero tendrá, lógicamente, derecho a retener una cuarta parte de este último (68,75) al margen de los veinticinco que ya adquirió el esclavo en su provecho, de manera que el legado final que recibe el *servus* tiene el valor de 206,25. Que el *legatum per vindicationem* que tiene por objeto al esclavo es parcialmente nulo *ipso iure* por el importe de la *quarta* (los veinticinco de nuestro ejemplo) es evidente, pues de otro modo el importe del fundo que a él se lega sería distinto.

#### 2.1.4. Di Paola.

A diferencia de Schwarz y Bonifacio, Di Paola<sup>432</sup> no centró sus esfuerzos exclusivamente en la mera cuestión sobre hasta qué punto puede hablarse de la ley Falcidia como de una *lex perfecta*, sino en el estudio de cuál es el efecto que estas producen de cara a los actos o negocios jurídicos contrarios. El resultado de sus investigaciones fue el de considerar que estas *leges perfectae* no arrojaban como consecuencia la nulidad, como la doctrina había creído hasta entonces, sino más bien la inutilidad o ineficacia de aquello que las propias leyes vetaban. El uso de *rescindere* – Schwarz ya apuntaba previamente, como hemos señalado en páginas anteriores, que en las fuentes también se acostumbra a hablar del equivalente *revocare*– en fragmentos

---

legado del mismo debe considerarse bien válido por entero, o por completo inválido. Como tendremos oportunidad de estudiar más adelante, la jurisprudencia romana terminó inclinándose por defender la plena validez del legado protegiendo al *heres* con una *exceptio doli* en caso de que el *legatarius* demandase el cumplimiento íntegro sin ofrecerle previamente la *aestimatio* de la *quarta* (D. 31,76 pr. [Pap. 7 *resp.*]; D. 35,2,7 [Pap. 7 *quaest.*]; D. 35,2,80 [Gai. 3 *de legatis ad ed. prov.*]; D. 44,4,5,1 [Paul. 71 *ad ed.*]). Sobre este particular, *ibid.* 23 y 783 ss.

<sup>432</sup> S. DI PAOLA, *Leges perfectae*, en *Synthese Vincenzo Arangio-Ruiz*, II (Napoli 1964) 1075 ss.

jurisprudenciales compilados en el Digesto como D. 40,9,5,2 (Iul. 64 *dig.*), relativo a la ley Aelia Sentia, o en Gai. 1,46, sobre la ley Fufia Caninia, y hasta en la propia definición ulpiana de las *leges perfectae* (*Ep. Ulp.* 1,1: *perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri est, si factum sit, rescindit*) parece enemigo, para el autor, de la idea de nulidad: mientras que para Schwarz esta argumentación da pie a sospechar que la ley Falcidia podría no ser un ejemplo de ley perfecta, para Di Paola, desde una perspectiva más amplia, sería muestra de que estas últimas no arrojaban como resultado que el acto contrario fuese nulo, sino que el efecto sería más bien el de la inutilidad o ineficacia<sup>433</sup>. *Rescindere*, para Di Paola, no es un término con un significado unívoco, sino variable, apareciendo en las fuentes no necesariamente en el sentido de la nulidad, sino más bien para describir a un acto o negocio jurídico que no llega a producir sus normales efectos. Precisamente uno de los argumentos esgrimidos por el autor para negar que las leyes perfectas implicasen nulidad es la analogía entre la *lex Falcidia* y la *lex Aelia Sentia*, que, en su opinión, no hacía nulas las manumisiones a ella contrarias: la prueba de ello sería el hecho de que estas sólo eran inválidas si el patrimonio del manumisor tenía más pasivo que activo al tiempo del fallecimiento o de la adición. Esto implica necesariamente que si para ese mismo momento el patrimonio había pasado a experimentar una situación de mejora las manumisiones serían válidas, y de ahí que no pueda considerárselas nulas como consecuencia directa del efecto de la ley desde la elaboración misma del testamento. Esto concuerda, para Di Paola, con el hecho de que las fuentes hablen, a propósito de la ley Falcidia, de *ius revocandi* del heredero (D. 31,77,6 [Pap. 8 *resp.*]; D. 35,3,1,11 [Ulp. 79 *ad ed.*]; D. 35,2,61 [Iavol. 4 *epist.*], lo que lleva a considerar que, en efecto, el resultado previsto por esta ley no sería el de la nulidad *ipso iure*: si bien hay fragmentos como los utilizados por Bonifacio de los que parece desprenderse que el exceso de los legados se hace automáticamente nulo (D. 35,2,73,5 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]; D. 35,2,49 pr. [Paul. 12 *ad Plaut.*]), también es cierto que, como se ve, hay otros que parecen supeditar el efecto

---

<sup>433</sup> Gandolfi, en un estudio aparecido pocos años después de la publicación del de Di Paola, mantiene la idea de que la nulidad ha de identificarse con la inexistencia del negocio jurídico, y de ahí que cuando exista este último pero no produzca sus efectos estaremos en el campo de la *inutilitas*, esto es, de la pura ineficacia. Esa *inutilitas* encuentra su origen en prohibiciones introducidas bien por el *ius honorarium*, bien por el propio *ius civile*, dirigidas a restar eficacia a actos jurídicos válidos. Este razonamiento, como se ve, conduce a pensar que las *leges perfectae* no sancionaban con nulidad a los actos a ellas contrarios, sino que actuarían más bien restándoles eficacia. G. GANDOLFI, *In tema di inesistenza, invalidità, inefficacia*, en *Labeo* 16 (Napoli 1970) 69 ss.

de la ley a actuaciones procesales del heredero beneficiario de la *quarta*. Tampoco podría hablarse aquí, para el autor, de nulidad relativa –pretenderlo sería, según sus palabras, «fare le tenebre dove buio non c'è»<sup>434</sup>. Di Paola afirma que la doctrina tiende a no admitir la existencia de la nulidad relativa en derecho clásico, durante el cual es imposible que un negocio sea y deje de ser al mismo tiempo: aceptar la existencia de la nulidad parcial implicaría, además, en el caso de la ley Falcidia, el absurdo de que lo considerado nulo no sería, como tal, un aspecto de un acto jurídico, esto es, los legados, sino tan solo una parte de estos últimos<sup>435</sup>.

D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum, cogendus est solvere.*

D. 36,1,65,12 (Gai. 2 *fideic.*): *Si Titius rogatus sit hereditatem Maevio restituere, Maevius seio certam pecuniam, et Titius quartae retinendae beneficio adversus Maevium usus fuerit: Neratius scribit Maevium quoque seio eo minus aequum esse praestare, ne ipse de suo damnum sentiat.*

D. 39,5,20,1 (Marcell. 22 *dig.*): *De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum: sed magis est, ut non possit suae confessioni obviare. quemadmodum enim, si solvisset,*

---

<sup>434</sup> S. DI PAOLA, *Leges perfectae*, cit. 1084.

<sup>435</sup> El autor refiere material bibliográfico sobre la nulidad parcial, al cual me remito, al tiempo que echa en falta la existencia de un trabajo unitario sobre ella en la literatura romanística. *Ibid.* 1091. Sobre este particular, Rampazzo refiere: «Per il diritto romano non potrebbe parlarsi, a rigore, di nullità parziale, perchè, nella disamina interpretativa compiuta dai giuristi classici, non si configura un 'intero' da sottoporre a valutazione per sottrarre la parte invalida, ma piuttosto un coacervo di fatti ed atti da combinare in fattispecie efficienti sul piano giuridico (qui è l'essenza della funzione creativa). Il prodotto dell'applicazione del metodo giurisprudenziale romano classico è sempre un tutto efficace o inefficace, prevalendo in esso, rispetto al *respondere* su negozi preconfezionati che abbiano la pretesa di atti efficaci, una sensibilità pragmatica volta a sussumere il fatto sotto una disciplina spesso elaborata nel medesimo *actus interpretandi*, nell'osservanza di principi generali». N. RAMPAZZO, *Parziale validità del negozio o nullità di una sua parte?*, en *Index* 36 (Napoli 2008) 301. De nulidad parcial en relación con la *lex Falcidia* habla Espinar Lafuente. Cfr. F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 22. Para Longo, el efecto de la retención de la *quarta* por el heredero es el de la parcial invalidez del legado, pero se adentra en qué debe considerarse nulo, qué inválido. G. LONGO, s. v. *Lex Falcidia de legatis*, en *NNDI* 9 (Torino 1963) 807.

*fidem testatori suo adimplere videbatur et nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et stipulatione procedente contra fidem testatoris, quam adgnovit, venienti ei merito occurreret*<sup>436</sup>.

Los fragmentos arriba reproducidos expresan la idea común de que el beneficio de la *quarta* no es, lógicamente, imperativo, sino de carácter renunciabile por parte del *heres*: en caso de renuncia, los *legata* serán, obviamente válidos, lo cual lleva a Di Paola nuevamente a considerar que la consecuencia prevista en las *leges perfectae* no sería la de la nulidad tal y como la entendemos en un sentido moderno<sup>437</sup>. ¿Cómo pretender armonizar la idea de una reducción automática de los legados con la de una renuncia del *heres* a percibir la *quarta*? Pensemos, además, que si el legado fuese realmente nulo *ipso iure*, el legatario que lo recibe íntegro, libre de reducciones, por decisión libre del heredero que renuncia al beneficio de la Falcidia, adquiriría entonces los bienes más como donatario que como *legatarius*, habida cuenta de que la fracción de los *legata* excedente del *dodrans* no podría considerarse como legada.

Para Di Paola, en suma, ninguno de los tres tipos de *leges* de los que nos habla la célebre clasificación del *Ep. Ulp.* arrojaba como consecuencia la nulidad de los actos contrarios, sino más bien su mera ineficacia<sup>438</sup>. La idea de *nullus*, en el sentido de inexistencia, constituye para el autor un concepto en exceso refinado como para existir en época antigua, cuando el apego al valor trascendental y religioso de los *solemnia verba* debía ser garantía suficiente de respeto del acto jurídico en cuestión. De ahí, lógicamente, que, tal y como hemos tenido ya oportunidad de señalar, cuanto más atrás nos remontemos en el tiempo, mayor escasez encontremos de *leges perfectae*, idea esta en la que el autor muestra cierta sintonía con el pensamiento de Senn, que incluso llegaba a especular con que estas quizá no hubiesen hecho su aparición histórica antes del

---

<sup>436</sup> Sobre este fragmento, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 532.

<sup>437</sup> A. MASI, s. v. *Nullità (Storia)*, en *EDD* 28 (Varese 1978) 861 s. El autor señala que la no aplicación del régimen de la *lex Falcidia* por parte del heredero se dará como resultado de una promesa en ese sentido o cuando se produzca como consecuencia del cumplimiento íntegro de una disposición reducida. En esta misma línea, V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 25.

<sup>438</sup> El autor incluso duda del carácter perfecto de la *lex Voconia*. DI PAOLA, *Leges perfectae*, cit. 1093 n.61.

surgimiento del procedimiento formulario<sup>439</sup>. Ambos concuerdan en el hecho de que su irrupción se vincula con el fortalecimiento del Estado en los años finales de la República y comienzos del principado y en su interés por interferir en las relaciones de derecho privado, valiéndose de *leges* que rescindían, esto es, que eliminaban la eficacia de los efectos de negocios jurídicos inicialmente válidos.

#### 2.1.5. Talamanca.

Las ideas de Di Paola fueron contestadas por Mario Talamanca<sup>440</sup> en la medida en la que suponen una división, una separación, entre las nociones de nulidad e ineficacia en Derecho romano. Que el efecto de las *leges perfectae* frente a los actos jurídicos a ellas contrarios no fuese exactamente el de la nulidad entendida del modo actual, es decir, en el sentido de la inexistencia del propio acto, es algo compartido por el autor, pero no lo es tanto la distinción establecida por Di Paola entre nulidad e ineficacia. Para Talamanca carece de cualquier sentido negar, como hace Di Paola, el carácter nulo de los actos enfrentados a leyes perfectas por el simple hecho de que tal nulidad se traduzca, en la práctica, en la pura ineficacia. *Nullus*, más que un adjetivo calificativo –como lo es nuestro actual «nulo»– sería en latín un adjetivo indefinido que otorga una significación negativa a una frase al unirse al necesario sustantivo. Es por esto que Talamanca señala que el *nullus* latino equivaldría más a nuestro «ninguno» que a «nulo»: «Chi avesse parlato a Cicerone o ad Ulpiano, ma anche a Giustiniano, di *nullitas* ne avrebbe provocato la stessa stupefatta reazione che un tedesco d'oggi avrebbe sentendo parlare di “Keinheit” ed un italiano il quale vedesse usare l'astratto “nessunità”<sup>441</sup>». Esta sería la causa de que encontramos no sólo fragmentos compilados en el Digesto en los que se habla de nulidad del acto jurídico en cuyo objeto se observen vicios y en materia de incapacidad o falta de legitimación de las partes, sino también con relación a negocios sometidos a una condición suspensiva que termina incumpléndose, tal y como señala el propio autor.

---

<sup>439</sup> F. SENN, *op. cit.* 104 s. Véase *supra*. 42 ss.

<sup>440</sup> M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, en *BIDR* 101-102 (Milano 1998-1999) 1 ss.

<sup>441</sup> *Ibid.* 18.

Lo arriba expuesto lleva a Talamanca a pensar que la diferenciación *entre nullus esse e inutilis esse*, pretendida por Di Paola, es de todo punto irrelevante, pues en realidad ambos calificativos se refieren al mero hecho de que el acto o negocio jurídico contrario a las *leges perfectae* no desplegará sus normales efectos<sup>442</sup>. Separar, pues, nulidad e ineficacia implica partir, a manera de premisa, de un error lingüístico originado por una anacrónica visión de aquello que es *nullus*, pues mientras que un jurista romano no tendría problema en calificar de ese modo a un negocio respecto del cual se ha cumplido una condición resolutoria, hoy nosotros hablaríamos de ineficacia. Dicho de manera más simple: nulidad e ineficacia son términos equivalentes porque en latín clásico no se atribuye al primero de ellos el sentido de inexistencia del acto en cuestión. Es por ello que Talamanca se distancia en tan gran medida de un Di Paola que negaba precisamente la nulidad de los actos contrarios a las leyes perfectas por el simple hecho de que, a efectos prácticos, correspondería más bien hablar de ineficacia<sup>443</sup>: «*I prudentes adoperano inutile esse allo stesso modo di nullum esse, senza fare un'essenziale e sistematica differenza tra le due predicazioni, sentendole come equivalenti*». Los términos funcionan, por tanto, como sinónimos, sin que exista margen para diferenciar al uno del otro. Tal intento, abordado por Di Paola, supone, además, para Talamanca, contradecir el carácter «binario» de una mentalidad jurídica romana que no acepta que un acto jurídico pueda llegar a existir sin producir efectos jurídicos –esa es la idea que aquél mantiene del negocio jurídico *inutilis* o ineficaz, contrapuesta al nulo o inexistente–, pues precisamente

---

<sup>442</sup> Rampazzo, al tratar en un estudio reciente sobre la idea de nulidad, es claro al decir que «I giuristi romani del periodo classico non elaborarono un concetto unitario ed onnicomprensivo di negozio giuridico e neppure la categoria astratta della nullità negoziale». N. RAMPAZZO, *op. cit.* 299; A. STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht* (Berlin 2006) 363.

<sup>443</sup> En este trabajo, Talamanca refiere fragmentos compilados en el Digesto, precisamente relativos a los *legata*, en los que se habla de *nullum esse* sin diferenciar lo que hoy entenderíamos por nulidad e ineficacia: D. 23,3,69,4 (Pap. 4 *resp.*); D. 35,2,22,4 (Paul. 17 *quaest.*); D. 37,5,10,1 (Ulp. 40 *ad ed.*); D. 23,3,29 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 30,75,1 y 2 (Ulp. 5 *disp.*). Son muchos los fragmentos señalados por el autor en los que, viceversa, se habla de *inutile esse* en materia de legdos, y a su trabajo nos remitimos en este punto. En relación con la *quarta Falcidia*, apunta: «In Paul. 17 *quaest.* D. 35,2,22,3-4, infine, il *legatum nominis* dichiarato *nullum* nel § 4 ai fini del calcolo del *dodrans* e della *quarta Falcidia*, nel caso il debitore sia insolvente, è un legato che, di per sé, resta perfettamente efficace, e può dar luogo alla *cessio actionis*, che risulta eventualmente fruttuosa ove il debitore ridivenga solvibile». *Ibid.* 23 n. 111, 24 ss. y 29.



admite su existencia tan solo en la medida en la que esos mismos efectos se materializan en la realidad: el *ius civile* no conoce de la existencia de negocios con eficacia eliminable.

2.2. Sobre la existencia de otras circunstancias históricas que contribuyen a la explicación del surgimiento de la ley Falcidia.

2.2.1. Karlowa.

La inmensa mayoría de la doctrina ha considerado tradicionalmente que la introducción de esta reserva a favor del *heres* debió darse únicamente como respuesta legislativa encauzada a paliar la indeseable situación de que la falta de aceptación de la herencia por parte de aquél implicase, tal y como señala Gai. 2,224, la apertura de la sucesión intestada (*qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur*). Sólo Karlowa, hace ya más de un siglo, refirió, y con gran cautela, la posibilidad de que la *lex Falcidia* debiese su origen no tan solo a esta causa, sin duda loable, sino a otros motivos bien ajenos al *ius civile* y de índole puramente recaudatoria<sup>444</sup>: «Möglich ist, daß zu dem Erlaß dieses Gesetzes der Wunsch beigetragen hat, ein während des Jahres 714 unter dem Triumvirat erlassenes Edikt, von dem, was man aus einem Testament erhalten hätte, einen Teil zu den Kosten des Krieges gegen Sextus Pompeius herzugeben, zu unterstützen: dadurch, daß man durch die *lex Falcidia* das Ausschlagen testamentarischer Erbschaften zu verhüten suchte, sollte wohl die Steuer gegen diese Gefahr gesichert werden»<sup>445</sup>.

La idea de Karlowa, que hasta fecha muy reciente no ha sido desarrollada por la doctrina, que ha tendido a ignorarla en la mayoría de los casos o a referirla, en otros, de

---

<sup>444</sup> O. KARLOWA, *Rösmische Rechtgeschichte*, cit. 943.

<sup>445</sup> Al margen de lo expuesto, Karlowa refiere, naturalmente, la función que ejercía la ley Falcidia como instrumento dirigido a la evitación de la apertura de la *successio ab intestato* como consecuencia del excesivo número de legados: «Auch abgesehen von der Erbschaftssteuer, welche bald darauf dauernd eingeführt wurde, bestand ein allgemeines Interesse daran, daß die Absicht der Testatoren, aus letztem Willen beerbt zu werden, erreicht und nicht durch übermäßige Anordnung von Legaten von ihnen selbst vereitelt werde».

manera puramente marginal y anecdótica<sup>446</sup>, encuentra sus puntos de apoyo en textos de Dión Casio y Apiano Alejandrino (Cass. Dio. 48,33,5 y 48,34,1-2; App. *bell. civ.* 5,8,67).

### 2.2.2. Ortuño Pérez.

La vieja idea de Karlowa, apenas sugerida durante la totalidad del siglo XX, según la cual la ley Falcidia podría haber nacido por necesidades fiscales, ha sido desarrollada en fecha reciente por Ortuño Pérez<sup>447</sup>. La situación inflacionista sería anterior al año de promulgación de la ley, remontándose a César, y las crisis políticas motivadas por el enfrentamiento entre los triunviros Octavio, Antonio y Lépido no contribuyó a su mejora. La autora señala como ejemplo de esta realidad a la guerra de Perugia, librada por Lucio Antonio, hermano del triunviro, a quien deseaba elevar al poder máximo aun a pesar de mostrarse partidario del mantenimiento de la constitucionalidad republicana<sup>448</sup>. Es en este marco de crisis económica en el que hay que explicar, pues, la aparición de la ley Falcidia,

---

<sup>446</sup> Los autores que hasta la fecha se han hecho eco de la idea de Karlowa lo han hecho unánimemente de manera anecdótica y con extrema parquedad de palabras, reduciendo el asunto a la mera anécdota o especulación. Así, F. SENN, *op. cit.* 118 n. 2. El autor, apoyándose en Karlowa, cuya obra se acababa de publicar por entonces, cita el texto de Dión Casio, no así el de Apiano, al igual que Münzer. Véase F. MÜNZER, s. v. *Falcidius*, en *RE* 6 (Stuttgart 1909) 1979. Algo más completas, aunque indudablemente parcas, son las referencias que encontramos al tema en autores como Solazzi, Voci, Mannino –que se remite en su exposición al anterior–, y más recientemente Fernández Barreiro, que con buen criterio afirma, aun sin desarrollar la idea, que refiere, como es habitual, a pie de página, que tras esta legislación se escondía el propósito de crear un impuesto que gravase a los legados. S. SOLAZZI, *Una data per la storia*, *cit.* 156; P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, *cit.* 126; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, *cit.* 23 n.53; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, *cit.* 287 n.26.

<sup>447</sup> M. E. ORTUÑO PÉREZ, *La incidencia del poder político en la promulgación de la lex Falcidia de legatis*, en AA.VV., *Direito romano. Poder e direito. XV Congresso internacional e XVIII Congresso ibero-americano de Direito romano* (Coimbra 2013) 829 ss. Puede encontrarse una versión en inglés del mismo estudio en la revista *SDHI*: M. E. ORTUÑO PÉREZ, *A new perspective of the limitation of legacies* (lex Falcidia de legatis), en *SDHI* 80 (Roma 2014) 411 ss.

<sup>448</sup> La autora refiere el estado ruinoso de aquella Roma y las medidas fiscales (impuestos directos e indirectos) que tuvieron que adoptar los triunviros, citando al respecto A. TORRENT, *Inflación y proceso en la legislación municipal*, en *RIDA* 29 (Bruxelles 1972) 465. Cfr. M. E. ORTUÑO PÉREZ, *op. cit.* 830-834.

que habría surgido en esencia como un instrumento recaudatorio merced a un impuesto sobre la sucesión testamentaria en el que ya el propio César habría pensado (Cass. Dio. 50,24 y 25; Plin. Min. *paneg.* 37)<sup>449</sup>. Ortuño Pérez, apoyándose en Lumbroso<sup>450</sup>, refiere que el dictador podría haber tomado esta idea de Egipto, donde existía un impuesto similar que sin duda debía ser sobradamente conocido por C. R. Posthumus, ministro de finanzas de aquella provincia y persona de confianza del propio César, aun contándose entre los clientes de Cicerón. Amparándose en App. *bell. civ.* 3,5, donde se refiere que los triunviros ratificaron la aplicación de los planes cesarianos, la autora apunta que el origen de la Falcidia debe encontrarse en la implantación en Roma de un impuesto muy similar al egipcio, conocido por César. Las necesidades financieras por las que el Estado, inmerso en un cúmulo de guerras civiles que no finalizarían hasta la implantación del régimen augústeo, habría pasado en aquellos momentos justificaban, pues, sobradamente, el interés de los triunviros en asegurarse de que no se abría la sucesión *ab intestato* por negarse a aceptar la herencia el heredero. La materialización, por tanto, de la *voluntas testatoris*, gravada con un impuesto, vendría así a asegurarse al menos en buena medida por medio de la *lex Falcidia* por un interés principalmente recaudatorio.

### 2.3. Otros estudios a propósito de la *lex Falcidia*.

De los demás trabajos emanados de la doctrina a propósito de la *lex Falcidia* merecen destacarse primeramente, por su clara vocación de amplitud, el de Mannino junto con los de Voci y Ferrini<sup>451</sup>, que pese a formar parte estos dos últimos de obras -hoy clásicas y unánimemente admiradas- cuyo objeto es mucho mayor que el del simple

---

<sup>449</sup> La autora cita aquí las siguientes obras relativas a los impuestos en el mundo romano: M. R. CAGNAT, *Étude Historique sur les impôts indirects chez les romains jusqu'aux invasions des barbares* (Roma 1966) 175 ss; F. DI RENZO, *La finanza antica*. 2ª ed. rev. (Milano 1955) 183 ss.

<sup>450</sup> G. LUMBROSO, *Recherches sur l'Économie Politique de L'Égypte sous les Lagides* (Amsterdam 1967) 308

<sup>451</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit.; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore* (Napoli 1989) ; P. VOCCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 755 ss.; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 418 ss. También podemos añadir B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 388 ss.

análisis de esta ley, abordan la cuestión desde una perspectiva en esencia general y, empero, de honda fundamentación jurídica, si bien no se encontrará en ellas una exposición de lo dispuesto en la totalidad de las fuentes jurídicas conservadas<sup>452</sup>. Se echan en falta cosas, naturalmente, y con frecuencia de verdadero interés, como, por otra parte, no podría resultar de otro modo en este tipo de obras monumentales, cuyo objeto de investigación es casi inabarcable, pero los esfuerzos de estos autores, junto con el del ya citado anteriormente Bonifacio, han sido, hasta la fecha, los únicos destinados realmente a ofrecer un tratamiento más o menos amplio de la cuestión, sin reducirla al estudio particular de alguna de las cuestiones puntuales que se abordan en D. 35,2<sup>453</sup>. En nuestra

---

<sup>452</sup> Sería también de justicia señalar aquí el tratamiento que Biondi dispensa al sistema de la *quarta Falcidia*. Cfr. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 387 ss.

<sup>453</sup> Bonifacio centra su estudio en tres aspectos básicos de la ley Falcidia: su régimen procesal –tal cual hemos visto ya en este trabajo–, las relaciones jurídicas condicionales y el pago *ultra quartam* de los legados y fideicomisos. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. En el ámbito de los estudios sobre aspectos concretos e individualizados del régimen de la *quarta Falcidia* encontramos los siguientes trabajos: G. KRETSCHMAR, *Errechtliche Compensationen. Ein Beitrag zur Lehre von den Vermächtnissen und der lex Falcidia* (Leipzig 1892); N. TAMASSIA, *La Falcidia nel più antichi documenti del Medio Evo*, en *Atti Reale* 1 (Veneto 1905); M. PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, en *BIDR* 21 (Roma 1909) 180 ss.; F. E. VASSALLI, *Falcidia stipulatio*, en *BIDR* 26 (Roma 1913) 52 ss.; F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen*, cit. 314 ss.; F. BONIFACIO, *In tema*, cit. 229 ss.; G. NICOSIA, *Legato sub modo e Falcidia*, en *Iura* 8.1 (Napoli 1957) 87 ss.; F. SAMPER, *op. cit.* 74 ss.; G. FRANCIOSI, «Lex Falcidia», «SC. Pegasianum» e disposizioni a scopo di culto, en *Studi in memoria di Guido Donatuti* 1 (Milano 1973); A. WACKE, *Die Rechtswirkungen*, cit.; V. MANNINO, *Cervidio Scevola*, cit. 125 ss.; A. DILGER, *Die Anwendung der lex Falcidia in Württemberg*, en *ZSS* 99 (Weimar 1982) 332 ss.; H. ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, en *Labeo* 30 (Napoli 1984); P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.*; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidia: Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand* (Berlin 1995); M. HENNIG, *Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB. Eine kritische Würdigung der Entscheidung des historischen Gesetzgebers, das Rechtsinstitut der falzidischen Quart aufzugeben* (Berlin 1999); E. RODRÍGUEZ DÍAZ, L.1, § 14 D. ad Leg. Falcid., cit.; M. T. DUPLÁ MARTÍN, *El proceso de recepción de la quarta Falcidia en el Derecho civil catalán*, en S. LLEBARÍA SAMPER (Coord.), *Un Codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?* (Barcelona 2011); R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pulso entre heredero y legatario propiciado por la voluntas testatoris: la victoria de la quarta Falcidia*, en *Anuario de la Facultad de Derecho* 6 (Alcalá de Henares 2013) 137 ss.; R. BERNAD, *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*, en *RIDROM* [on line] (2014-2015); A. MURILLO VILLAR, *Usque ad Falcidiam: la quarta Falcidia a la inversa*, en M. BARCIA LAGO – M. FUENTESECA DEGENEFFE (dir.), *Varia studia. Libro-homenaje al prof. dr. Luis Rodríguez*

investigación utilizaremos recurrentemente, claro está, estos materiales –ya lo hemos venido haciendo, de hecho– junto con aquellos otros trabajos centrados en el análisis de aspectos más concretos y menos generales.

### **3. Análisis de D. 35,2 «Ad legem Falcidiam» y D. 35,3 «Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur».**

#### 3.1. D. 35,2 «Ad legem Falcidiam».

##### 3.1.1. Estructura:

Las siguientes tablas ilustran la estructura general de los títulos D. 35,2 y D. 35,3. En ella os juristas se presentan situados en el mismo orden en el que hacen su aparición en el Digesto<sup>454</sup>. Como puede apreciarse, los fragmentos más antiguos (Celso, Javoleno) son escasos en número (dos textos de cada uno de los anteriores), siendo la mayoría de los que integran D. 35,2 de los siglos II-III d.C. Paulo es el jurista más representado, con diecisiete fragmentos, siendo autor de un *liber singularis ad legem Falcidiam* utilizado por los compiladores al comienzo del título a efectos de aportar una introducción general al funcionamiento de la ley Falcidia. Le siguen su maestro Papiniano con doce fragmentos, así como Ulpiano y Cervidio Escévola, con once cada uno. De Gayo encontramos un total de nueve textos, seis de Juliano y cinco de Marcelo. Del resto de juristas disponemos de un volumen menor de material.

<b>D. 35,2</b>		
<b>JURISTA</b>	<b>OBRA Y LIBRO</b>	<b>FRAGMENTO</b>

---

*Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario* (Pontevedra 2015) 703 ss.; D. SCHANBACHER, *Bemerkungen zur falzidischen Rechnung bei der Pupillarsubstitution*, en ZSS 133 (Weimar 2016) 413 ss.

<sup>454</sup> En lo sucesivo citaremos como *Paling. I-II* la obra de O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis, unveränderter Adbruck der 1889 in Leipzig bei Bernhard Tauchnitz erschienenen Ausgabe; vermehrt um das Supplementum von L. E. Sierl* (Graz 1960) I-II.

PAULO	<i>ad legem falcidiam</i>	1, 3
	11 <i>quaestiones</i>	18
	12 <i>quaestiones</i>	21
	17 <i>quaestiones</i>	22
	14 <i>responsa</i>	24
	2 <i>de fideicommissis</i>	29
	3 <i>de fideicommissis</i>	33, 36
	3 <i>sententiae</i>	39
	9 <i>ad edictum</i>	41
	32 <i>ad edictum</i>	71
	60 <i>ad edictum</i>	45
	2 <i>ad edictum aedilium curulium</i>	48
	12 <i>ad plautium</i>	49
	2 <i>ad legem iuliam et papiam</i>	63
	6 <i>ad legem iuliam et papiam</i>	65
MARCELO	9 <i>digesta</i>	52
	15 <i>digesta</i>	54
	20 <i>digesta</i>	55
	22 <i>digesta</i>	2, 56
	26 <i>digesta</i>	57
PAPINIANO	7 <i>quaestiones</i>	7
	14 <i>quaestiones</i>	8
	16 <i>quaestiones</i>	4
	19 <i>quaestiones</i>	9
	20 <i>quaestiones</i>	10, 93
	29 <i>quaestiones</i>	11
	30 <i>quaestiones</i>	12
	37 <i>quaestiones</i>	13
	8 <i>responsa</i>	5
	9 <i>responsa</i>	14

	13 <i>responsa</i>	15
VENULEYO	13 <i>de stipulationibus</i>	6
CERVIDIO ESCÉVOLA	3 <i>quaestiones</i>	16
	6 <i>quaestiones</i>	17
	8 <i>quaestiones</i>	19
	9 <i>quaestiones</i>	20
	15 <i>quaestiones</i>	23
	4 <i>responsa</i>	25
	5 <i>responsa</i>	26
	6 <i>responsa</i>	27
	21 <i>digesta</i>	94, 95
	<i>quaestiones publice tractatae</i>	96
MECIANO	1 <i>de fideicommissis</i>	28
	8 <i>de fideicommissis</i>	30
	9 <i>de fideicommissis</i>	32
POMPONIO	2 <i>de fideicommissis</i>	31
	5 <i>ad sabinum</i>	69
JULIANO	12 <i>digesta</i>	83
	13 <i>digesta</i>	84
	18 <i>digesta</i>	85
	40 <i>digesta</i>	75, 86
	42 <i>digesta</i>	34
	61 <i>digesta</i>	51, 87
ULPIANO	6 <i>disputationes</i>	35
	8 <i>disputationes</i>	82
	14 <i>ad edictum</i>	42

	<i>19 ad edictum</i>	43
	<i>21 ad edictum</i>	44
	<i>76 ad edictum</i>	46
	<i>79 ad edictum</i>	47
	<i>1 ad legem iuliam et papiam</i>	62
	<i>13 ad legem iuliam et papiam</i>	64
	<i>18 ad legem iuliam et papiam</i>	66
	<i>16 ad sabinum</i>	70
VALENTE	<i>6 de fideicommissis</i>	37
HERMOGENIANO	<i>1 iuris epitomae</i>	38
	<i>4 iuris epitomae</i>	40
CELSE	<i>14 digesta</i>	50
	<i>17 digesta</i>	53



MODESTINO	<i>9 regulae</i>	58
	<i>9 pandectae</i>	59
JAVOLENO	<i>14 ex cassio</i>	60
	<i>14 epistulae</i>	61
TERENCIO CLEMENTE	<i>4 ad legem iuliam et papiam</i>	67
EMILIO MACER	<i>2 ad legem vicensiman hereditatium</i>	68
	<i>2 de re militari</i>	92
GAYO	<i>3 de legatis ad edictum praetoris</i>	72, 74, 76, 78, 80
	<i>18 ad edictum provinciale</i>	73, 77, 79, 81
AFRICANO	<i>5 quaestiones</i>	88
MARCIANO	<i>7 institutiones</i>	89
	<i>13 institutiones</i>	91
FLORENTINO	<i>11 institutiones</i>	90

### 3.1.2. Juristas y obras.

#### 1. Javoleno.

Dos son los textos de Javoleno contenidos en D. 35,2, en el que fueron insertados uno inmediatamente a continuación del otro: D. 35,2,60 (Iav. 14 *ex cass.*)<sup>455</sup> y D. 35,2,61 (Iav. 4 *epist.*)<sup>456</sup>. Pese a que estos textos provienen de fuentes distintas del mismo autor,

---

<sup>455</sup> *Paling. I*, col. 284.

<sup>456</sup> *Paling. I*, col. 289.

fueron agrupados conjuntamente por Triboniano buscando la coherencia expositiva, de manera que la inserción del segundo fragmento encuentra su justificación en la presencia del precedente. El primero de ellos es D. D. 35,2,60,1 (Iav. 14 *ex cass.*), procedente de los comentarios de Javoleno a Casio, de los que nos han sobrevivido fragmentos, como este, muy interpolados en el Digesto. Aquí se nos aborda el problema de la necesidad de valorar los bienes hereditarios conforme a su *verum pretium*. Los compiladores insertan, como decimos, inmediatamente a continuación un segundo fragmento de Javoleno, perteneciente esta vez al libro catorce de sus *Epistolae* –un *corpus* de catorce libros del que los compiladores extractaron numerosos textos y que ya debieron conocer interpolado<sup>457</sup>–, referente igualmente al valor por el que han de estimarse los bienes a efectos de calcular la *quarta* del heredero. Prueba de que se buscaba aquí ordenar los textos a la búsqueda de la unidad de contenidos –al menos en lo que atañe al asunto del que tratamos– es el hecho de que el fragmento inmediatamente posterior (D. 35,2,63 pr.,1-2 [Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*]) verse sobre idéntica cuestión.

## 2. Celso.

Solo dos fragmentos de Celso se contienen en el título que estudiamos (D. 35,2,50 [Cels. 14 *dig.*]<sup>458</sup>; D. 35,2,53 [Cels. 17 *dig.*]<sup>459</sup>, estando ambos extraídos de sus *Digesta*, una colección de 39 libros que contendrían colecciones de *problemata* ya escritas previamente por el jurista (*Commentarii*, *Epistolae* y *Quaestiones*). El fraccionamiento de estos escritos y su compilación posterior podría ser obra, pues, del propio Celso o de un autor anónimo más tardío<sup>460</sup>. Los dos textos que son objeto de nuestro estudio se

---

<sup>457</sup> Con relación a los quince libros de comentarios a Casio escritos por Javoleno, se cree que este reproduciría la literalidad de los escritos de aquél añadiendo sus propias notas. Esta estructuración del texto se pierde en los fragmentos de los que disponemos en el Digesto, en los que Casio no habla en primera persona, atribuyéndose también la decisión final a Javoleno. Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze 1968) 386 y 410. Sobre la figura de Javoleno, cfr. C. A. CANNATA, *op. cit.* 68 n. 59.

<sup>458</sup> *Paling. I*, col. 145.

<sup>459</sup> *Paling. I*, col. 149.

<sup>460</sup> F. SCHULZ, *Storia, cit.* 411 s. El autor sostiene que el hecho de que los compiladores justinianos utilizaran un material relativamente escaso de los *Digesta* de Celso podría apuntar a la posibilidad de que la obra llegase muy adulterada al s. VI. Sobre Juvencio Celso hijo, que alcanzó la pretura en el año 107 ó 108, cfr. C. A. CANNATA, *op. cit.* 68 n. 53, con bibliografía a propósito del jurista.

ubican aproximadamente a la mitad de D. 35,2, y llama la atención el hecho de que versando sobre cuestiones diferentes –el primero sobre la posibilidad de computar para la *quarta* los legados a cuyo pago puede oponerse el *heres* mediante *exceptio* y el segundo sobre la problemática que puede traer consigo la presencia simultánea de legados de presente y bajo condición– ambos escritos fuesen posicionados tan próximamente entre sí por parte de los compiladores. Más aún: el contenido de D. 35,2,53 (Cels. 17 *dig.*) se relaciona indudablemente con el de otros fragmentos que se localizan mucho más adelante (D. 35,2,73,2-4 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]; D. 35,2,87,3 [Iul. 61 *dig.*]; D. 35,2,88,3 [Afric. 5 *quaest.*]), quedando aislado. Esto puede llevar a concluir fácilmente que los compiladores extrajeron el material de los *Digesta* de Celso que consideraron de interés, ubicándolo en el título de manera casi conjunta aun a pesar de la disparidad del contenido, huyendo, pues, en este caso de seguir el criterio de insertar los textos en la compilación buscando la homogeneidad de la exposición.

### 3. Juliano.

De Salvio Juliano, discípulo de Javoleno que se mantuvo activo hasta la época de Antonino Pío, disponemos de un total de ocho textos, procedentes de sus *Digesta*, una vasta colección de *responsa* ordenada según el edicto que debió llegar ya muy adulterada a la época de Justiniano<sup>461</sup>: en D. 35,2 pertenecen a ella los fragmentos 34, 51, 75 y 83-87. La presencia de primero de ellos (D. 35,2,34 [Iul. 42 *dig.*])<sup>462</sup> encuentra su explicación en la necesidad de completar y clarificar lo expuesto por Paulo en el texto inmediatamente anterior (D. 35,2,33 [Paul. 3 *de fideic.*]), que versa sobre los problemas que pueden traer las manumisiones testamentarias a efectos de retener la *quarta Falcidia* cuando el fideicomiso de realizarlas recae sobre la figura del legatario y no del heredero. Tratan sobre el mismo problema los fragmentos inmediatamente anteriores y posteriores a este. Lo mismo se observa en D. 35,2,75 (Iul 40 *dig.*)<sup>463</sup>, que es inescindible de D. 35,2,74 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*), refiriendo ambos la cuestión de si resulta admisible compensar la *quarta* con prelegados recíprocos. A ese mismo libro 40 de los *Digesta*, al

---

<sup>461</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit., 412 s.; C. A. CANNATA, *op. cit.* 69.

<sup>462</sup> *Paling*, I, col. 431.

<sup>463</sup> *Paling*, I, col. 423.

que Lenel llama *De fideicommissis*, pertenece también D. 35,2,86 (Iul. 40 *dig.*)<sup>464</sup>. Cabe señalar, pese a la indudable uniformidad expositiva lograda aquí por los compiladores, que ambos textos (D. 35,2,75 [Iul 40 *dig.*] y D. 35,2,74 [Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*]) se presentan, empero, escindidos de otro de Paulo que previamente trata de la misma cuestión (D. 35,2,22 pr. [Paul. 17 *quaest.*]). La explicación de esta distancia entre fragmentos de contenido relacionado hay que encontrarla, a mi juicio, en el hecho de que el texto de Paulo pertenece a la masa sabiniana, mientras que los de Juliano y Gayo provienen de la edictal. D. 35,2,51 (Iul. 61 *dig.*)<sup>465</sup>, por su parte, refiere una regla general referente al cómputo de la Falcidia, como hace también el texto precedente, de Celso (D. 35,2,50 [Cels. 14 *dig.*]). A ese mismo libro 61 de los *Digesta* de Juliano, al que Lenel da la rúbrica de *Ad legem Falcidiam*, pertenece también D. 35,2,87 (Iul. 61 *dig.*)<sup>466</sup>, igualmente parte de la masa sabiniana. Parece claro, pues, que los compiladores encargados de esta última trabajaron directamente sobre el libro 61 de los *Digesta*. Por último, los fragmentos restantes de Juliano se presentan en el título de manera consecutiva, aun sin ofrecer un contenido uniforme: D. 35,2,83 (Iul. 12 *dig.*)<sup>467</sup>; D. 35,2,84 (Iul. 13 *dig.*)<sup>468</sup>; D. 35,2,85 (Iul. 18 *dig.*)<sup>469</sup>. Nos encontramos, pues, ante el fenómeno, ya observado en relación con los escritos de otros juristas contenidos en D. 35,2, de que la exposición de muchos de ellos se presenta siguiendo el criterio de reunir a aquellos que tienen una procedencia común (los *Digesta* de Juliano) aun a pesar de que versen sobre cuestiones distintas.

---

<sup>464</sup> *Paling. I*, col. 423.

<sup>465</sup> *Paling. I*, col. 467.

<sup>466</sup> *Paling. I*, col. 468. Que ese libro versaba sobre la *lex Falcidia* es algo de lo que no debe dudarse, habida cuenta de que Ulpiano escribe en D. 7,1,29 (Ulp. 18 *ad Sab.*) que tanto Juliano en el libro 32 de sus *Digesta* como Celso en el número 61 escribieron precisamente en que no puede legarse el usufructo de todos los bienes hereditarios en perjuicio de la *quarta*: *Omnium bonorum usum fructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, celsus libro trigensimo secundo digestorum et iulianus libro sexagensimo primo scribit: et est verius.*

<sup>467</sup> *Paling. I*, col. 351.

<sup>468</sup> *Paling. I*, col. 354.

<sup>469</sup> *Paling. I*, col. 369.

#### 4. Africano.

De este jurista, discípulo de Juliano, disponemos aquí de un único fragmento (D. 35,2,88 [Afric. 5 *quaest.*])<sup>470</sup>, relativo a los legados condicionales, cuyos problemas respecto de la *retentio* de la Falcidia también se analizan en D. 35,2,1,4 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), D. 35,2,11,1 (Pap. 29 *quaest.*) o D. 35,2,45,1 (Paul. 60 *ad ed.*). Procede el texto de Africano del quinto de sus nueve libros de *Quaestiones*, objeto, según Schulz, de graves alteraciones en época postclásica y en los que el jurista escribe bajo la obvia influencia de su maestro, cuya opinión acostumbra a aparecer ya sea de manera directa, ya de forma tácita<sup>471</sup>.

#### 5. Aburno Valente.

Disponemos de un único fragmento de Aburno Valente, discípulo de Javoleno, al igual que Juliano: D. 35,2,37 (Val. 6 *de fideic.*)<sup>472</sup>. Procedente de un tratado sobre fideicomisos, el texto cumple claramente una función aclaratoria respecto del que le precede (D. 35,2,36 [Paul. 3 *de fideic.*]), referente a los problemas que entraña la manumisión a efectos de la *retentio* de la Falcidia del heredero.

#### 6. Pomponio.

De Pomponio se contienen dos textos en D. 35,2, extraídos de un libro monográfico sobre fideicomisos y de sus comentarios *ad Sabinum*, los más antiguos de esta clase junto con las *Notae* de Aristón al *Ius civile sabiniano*<sup>473</sup>: D. 35,2,31 (Pomp. 2 *de fideic.*)<sup>474</sup> y 69 (Pomp. 5 *ad Sab.*)<sup>475</sup>. El primero versa sobre el deber de prestar la

---

<sup>470</sup> *Paling. I*, col. 14.

<sup>471</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit. 414 ss. Sobre el jurista, cfr. C. A. CANNATA, *op. cit.* 69 n. 65.

<sup>472</sup> *Paling. II*, col. 1206.

<sup>473</sup> Sobre estas obras de Pomponio, cfr. F. SCHULZ, *Storia*, cit. 376 ss. y 417. A propósito del jurista, C. A. CANNATA, *op. cit.* 60 n. 11.

<sup>474</sup> *Paling. II*, col. 51.

<sup>475</sup> *Paling. II*, col. 99.

*cautio ex lege Falcidia*, cuestión esta a la que los compiladores justinianos dedicaron la integridad de D. 35,3, mientras que el segundo se refiere al cálculo del pasivo hereditario.

7. Gayo<sup>476</sup>.

De Gayo tenemos un total de nueve fragmentos, procedentes de sus comentarios al edicto provincial -obra esta que quizá se componga de apuntes de sus lecciones, al igual que las *Institutiones*, tal y como apunta Schulz- y de un libro *de legatis ad edictum praetoris*<sup>477</sup>. Todos estos textos se encuentran ubicados consecutivamente en el título (números 72 a 81), interrumpidos tan solo por un escrito de Juliano (D. 35,2,75 [Iul. 40 dig.]) cuya presencia ahí resulta por completo explicable, pues versa sobre el mismo problema -la posibilidad de compensar la Falcidia con prelegados recíprocos- que D. 35,2,74 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*)<sup>478</sup>. Del mismo modo, D. 35,2,72 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*)<sup>479</sup> enlaza con D. 35,2,71 (Paul. 32 *ad ed.*) al tratar sobre el mismo supuesto (la venta de la herencia). D. 35,2,73 (Gai. 18 *ad ed prov.*)<sup>480</sup> se refiere a distintas materias: el *proemium* y el primer párrafo abordan la cuestión de la valoración de la masa hereditaria conforme a su valor objetivo y la reflexión sobre qué bienes pueden considerarse como imputables a esta; los párrafos 2-4 tratan, en cambio, sobre los legados condicionales (la información sobre estos últimos está dispersa en el título) y el quinto contiene lo que en realidad no deja de ser un supuesto ordinario de aplicación de la *lex Falcidia*. En lo que se refiere a D. 35,2,76 (Gai. 3 *de legatis ad ed prae.*)<sup>481</sup>, refiere que la *quarta* solo puede retenerse de bienes hereditarios. En cuanto a D.35,2,77 (Gai. 18

---

<sup>476</sup> Sobre Gayo, G. DIÓSDI, *Gaius, der Rechtsgelehrte*, en *ANRW II 15* (Berlin-New York 1976) 606 ss.; C. A. CANNATA, *op. cit.* 71 n. 86.

<sup>477</sup> F. SCHULZ, *Storia, cit.* 340 ss.

<sup>478</sup> *Paling. I*, col. 184 s.

<sup>479</sup> *Paling. I*, col. 184.

<sup>480</sup> *Paling. I*, col. 227.

<sup>481</sup> *Paling. I*, col. 185.

*ad ed prov.*)<sup>482</sup> y D. 35,2,78 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*)<sup>483</sup>, ambos tratan conjuntamente sobre el problema de la retención de la *quarta* ante la presencia de varios coherederos, problema este sobre el que ya mucho antes encontramos en el título un texto de Papiniano (D. 35,2,8 [Pap. 14 *quaest.*]). Los fragmentos D. 35,2,79 (Gai. 18 *ad ed prov.*)<sup>484</sup> y 80 pr. (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*)<sup>485</sup> se refieren a los problemas que plantea la sustitución pupilar a efectos de retener la Falcidia. El párrafo 1 de este último, en cambio, versa sobre el legado de servidumbre, de naturaleza indivisible. A su vez, D. 35,2,81 (Gai. 18 *ad ed prov.*)<sup>486</sup> trata íntegramente sobre el legado de usufructo. Se hace evidente, por tanto, la disparidad del contenido de estos textos, a pesar de localizarse conjuntamente en una misma sección del título que estudiamos.

#### 8. Florentino.

D. 35,2 dispone de un único fragmento de Florentino (D. 35,2,90 [Flor. 11 *inst.*]), tomado de sus *institutiones*<sup>487</sup>. Trata sobre la posibilidad de encomendar al *heres* el fideicomiso de restituir la totalidad de la herencia a un tercero a cambio de que este le haga entrega de bienes valorados en el importe de la *quarta*. Este texto se ve complementado por otro, extraído del manual de Marciano e insertado a continuación (D. 35,2,91 [Marcian. 13 *inst.*]).

#### 9. Marcelo.

---

<sup>482</sup> *Paling. I*, col. 228.

<sup>483</sup> *Paling. I*, col. 185.

<sup>484</sup> *Paling. I*, col. 228.

<sup>485</sup> *Paling. I*, col. 185.

<sup>486</sup> *Paling. I*, col. 228 s.

<sup>487</sup> *Paling. I*, col. 178. Sobre esta obra, cfr. F. SCHULZ, *Storia, cit.* 280 ss. Sobre Florentino, C. A. CANNATA, *op. cit.* 72 n. 95.

Seis fragmentos procedentes de los *Digesta* de Marcelo se contienen en el título que estudiamos<sup>488</sup>. Así, D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*)<sup>489</sup> –que pertenece al mismo libro que D. 35,2,56 (Marcell. 22 *dig.*)<sup>490</sup>– cumple la función de complementar al inmediatamente anterior D. 35,2,1,19 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), relativo a los gastos fúnebres. El resto de los textos (D. 35,2,52 [Marcell. 9 *dig.*] <sup>491</sup>; D. 35,2,54 [Marcell. 15 *dig.*] <sup>492</sup>; D. 35,2,55 [Marcell. 20 *dig.*] <sup>493</sup>; D. 35,2,57 [Marcell. 26 *dig.*] <sup>494</sup>) se presentan consecutivamente, si bien los compiladores insertan entre ellos D. 35,2,53 (Cels. 17 *dig.*). El contenido de estos escritos es dispar: D. 35,2,52 pr. y 1 (Marcell. 9 *dig.*), así como D. 35,2,56,3 (Marcell. 22 *dig.*) exponen información, hasta cierto punto elemental, sobre el derecho de *retentio* por parte del *heres*. Por su parte, D. 35,2,54 (Marcell. 15 *dig.*) expresa que hay que computar en el activo hereditario el fideicomiso de no enajenar un fundo, texto este al que sigue D. 35,2,55 (Marcell. 20 *dig.*), referente a la estimación de un legado por anualidades. Son varios los fragmentos que tratan sobre este último asunto localizables en D. 35,2, encontrándose todos ellos dispersos (además del ya referido de Marcelo, D. 35,2,3,2 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]; D. 35,2,15,2 [Pap. 13 *resp.*]; D. 35,2,32,3 [Maec. 9 *de fideic.*]; D. 35,2,47 [Ulp. 79 *ad ed.*]; D. 35,2,68 pr. [Mac. 2 *ad vicens. hered.*]). D. 35,2,56 pr., 1 y 2 (Marcell. 22 *dig.*) trata sobre la cuestión de la aplicabilidad de nuestra ley en casos en los que existen deudas extinguidas por confusión, mientras que el párrafo 4 aborda un

---

<sup>488</sup> Estos *Digesta*, escritos durante el imperio de Marco Aurelio y Lucio Vero, se componían de un total de treinta y un libros sistematizados bajo la influencia de Juliano. Schulz sostiene que la copia que de esta obra tenían los compiladores justinianos contenía ya adulteraciones. Cfr. F. SCHULZ, *Storia, cit.* 417; F. WIEACKER, *Textsufen Klassischer Juristen*, unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1959 (Göttingen 1975) 170 y 176; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, 6ª ed. (Napoli 1981) 444 s.; M. BRUTTI, en M. TALAMANCA (Coord.), *Lineamenti di storia del diritto romano* (Milano 1989) 449. C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea* (Madrid 1996) 60 n.9.

<sup>489</sup> *Paling. I*, col. 628.

<sup>490</sup> *Paling. I*, col. 628.

<sup>491</sup> *Paling. I*, col. 610.

<sup>492</sup> *Paling. I*, col. 616.

<sup>493</sup> *Paling. I*, col. 626.

<sup>494</sup> *Paling. I*, col. 630.



supuesto relativo a la esclavitud. Por último, D. 35,2,57 (Marcell. 26 *dig.*) refiere que en el sistema de la *lex Falcidia* se ha de mirar al destinatario de los bienes legados y no a posibles intermediarios.

#### 10. Meciano.

De Meciano, jurista de época de Marco Aurelio, tenemos tres fragmentos, procedentes de una fuente común: las *Quaestionum de fideicommissis libri XVI*, de las que se ha sospechado el haber sido objeto de interpolaciones prejustinianas<sup>495</sup>: D. 35,2,28 (Maec. 1 *de fideic.*)<sup>496</sup>; D. 35,2,30 (Maec. 8 *de fideic.*)<sup>497</sup>; D. 35,2,32 (Maec. 9 *de fideic.*)<sup>498</sup>. El primero de ellos refiere un supuesto que ilustra sencillamente la retención de la Falcidia por parte del heredero, punto este en el que concuerda con D. 35,2,30 pr., 2-6 (Maec. 8 *de fideic.*). Los párrafos 8 y 9, a su vez, se refieren a los bienes que pueden imputarse a la *quarta*. Pese a su contenido elemental, estos fragmentos no se localizan, como se ve, al inicio del título, como cabría esperar de haberse ordenado los textos por razón de la materia. El resto de este fragmento aborda cuestiones heterogéneas de mayor complejidad: así, el primer párrafo versa sobre el problema del fideicomiso de vender por precio distinto del real, cuestión esta que se relaciona con D. 35,2,19 (Scaev. 8 *quaest.*), pero los textos aparecen distanciados entre sí incluso pese a pertenecer ambos a la masa papiniana. Esto conduce a pensar que la comisión encargada de compilar los escritos integrantes de esta última compiló aquí los textos del tratado de Meciano sobre los fideicomisos posicionándolos de manera próxima entre sí, y sin atender aquí al criterio de unificar contenidos. De haberse optado por esta última opción, este equipo de compiladores habría colocado estos fragmentos junto con el de Escévola, de cuya selección también fueron responsables. El párrafo 7, por su parte, trata sobre los bienes dejados condicionalmente al heredero y la venta de la herencia, y D. 35,2,32,3 (Maec. 9 *de fideic.*) lo hace sobre la estimación de un legado por anualidades, cuestión esta última que se encuentra diseminada por el título, reafirmando las sospechas que antes

---

<sup>495</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit. 418. Sobre Meciano, C. A. CANNATA, *op. cit.* 69 n. 66.

<sup>496</sup> *Paling*. I, col. 575.

<sup>497</sup> *Paling*. I, col. 583.

<sup>498</sup> *Paling*. I, col. 584.

apuntábamos. Sin embargo, en lo que atañe a los párrafos 4 y 5, relativos a la cuestión de la concurrencia en la misma persona de la condición de legatario y fiduciario, la exposición sí se encuentra ordenada por razón del contenido, pues a ambos les siguen fragmentos que abordan idéntica cuestión (D. 35,2,33 [Paul. 3 *de fideic.*]; D. 35,2,34 [Iul. 42 *dig.*]; D. 35,2,35 [Ulp. 6 *disp.*]; D. 35,2,36 pr. y 1 [Paul. 3 *de fideic.*]), con la sola excepción del más lejano D. 35,2,47,1 (Ulp. 79 *ad ed.*).

#### 11. Terencio Clemente<sup>499</sup>.

Pertenece a este jurista D. 35,2,67 (4 *ad l. Iul. et Pap.*)<sup>500</sup>, extraído de un libro de comentarios a las *leges Iulia et Papia*. Ejemplifica de forma sencilla el régimen normal de funcionamiento de nuestra ley. A diferencia de los primeros fragmentos del título, que pertenecen a la masa papiniana, este proviene de la edictal, lo que podría ayudar a explicar su presencia tardía en el título.

#### 12. Venuleyo<sup>501</sup>.

Disponemos de un único fragmento de este jurista, relativo a la cuestión de la imputación de los gastos fúnebres: D. 35,2,6 (Ven. 13 *stipul.*)<sup>502</sup>. Los textos referentes a este problema se localizan a escasa distancia de este. Así, D. 35,2,1,17-19 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*); D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*).

#### 13. Cervidio Escévola.

Disponemos de un total de once fragmentos de Escévola, siendo este uno de los juristas más representados en este título del Digesto. A sus *Quaestiones*, escritas no antes

---

<sup>499</sup> Sobre Terencio Clemente, o Clemens, véanse. D. PANIAGUA AGUILAR, *El panorama literario técnico-científico en Roma (siglos I-II d.C.) «Et docere et delectare»* (Salamanca 2006) 126; C. A. CANNATA, *op. cit.* 69 n. 67.

<sup>500</sup> *Paling. II*, col. 338.

<sup>501</sup> La doctrina no es pacífica en lo que se refiere a precisar la época exacta en la que vivió Venuleyo. Para Lotmar era anterior a Sexto Pedio, mientras que más recientemente se le ha llegado a situar en tiempo de Antonino Pío. Sobre esta cuestión, véase F. BETANCOURT, *El libro anónimo «de interdictis»*. *Codex Vaticanus Latinus n° 5766* (Sevilla 1997) 93.

<sup>502</sup> *Paling. II*, col. 1222.

del año 180 y a las cuales alude Marciano en D. 20,3,1,2 (*Marc. sing. ad form. hypoth.*), pertenecen los números 16<sup>503</sup>,17<sup>504</sup>,19<sup>505</sup>,20<sup>506</sup> y 23<sup>507</sup>, cuyo contenido, siendo dispar, presenta el denominador común de referirse a supuestos especiales en el régimen de aplicación de nuestra ley. Así, el primero de ellos trata del problema de si es posible retener la *quarta* de algunos *legata* cuando se han pagado otros por entero, mientras que el número 17 versa sobre la especialidad del testamento militar, cuestión esta que también encontramos en otro fragmento del mismo autor (D. 35,2,96 [*Scaev. sing. quaest. publ. tract.*])<sup>508</sup>, procedente de las *Quaestiones publice tractae* –obra de la que se conservan pocos textos en la compilación y que quizá sea un epítome postclásico– y último de D. 35,2. En lo que concierne a D. 35,2,19 (*Scaev. 8 quaest.*), este refiere, a su vez, la problemática que entraña el fideicomiso de vender por precio distinto del real, y el fragmento 20 aborda la cuestión de la *retentio* efectuada por personas *in potestate*. D. 35,2,23 (*Scaev. 15 quaest.*), por último, trata del problema que plantea el carácter indivisible de las servidumbres de cara a la retención de la *Falcidia*. Tras un texto de Paulo (D. 35,2,24 [*Paul. 14 dig.*]) los compiladores insertan otros tres más de Escévola (25-27)<sup>509</sup>, pero esta vez procedentes de sus *Responsa*. En esta ocasión sí se aprecia una mayor uniformidad de contenido, pues estos textos contienen información básica acerca de la posibilidad de excluir la *quarta Falcidia* o compensarla con una cuota hereditaria. A los *Digesta* de este autor, de los que se ha apuntado que podrían ser realmente una versión

---

<sup>503</sup> *Paling. II*, col. 274.

<sup>504</sup> *Paling. II*, col. 278.

<sup>505</sup> *Paling. II*, col. 279.

<sup>506</sup> *Paling. II*, col. 279.

<sup>507</sup> *Paling. II*, col. 281 s.

<sup>508</sup> *Paling. II*, col. 284.

<sup>509</sup> *Paling. II*, col. 309, 315 s.

abreviada de aquellos *Responsa*<sup>510</sup>, pertenecen los números 94<sup>511</sup> (sobre la petición de la Falcidia tras el pago de deudas hereditarias) y 95<sup>512</sup> (cálculo de la activo de la *hereditas*).

#### 14. Papiniano<sup>513</sup>.

Papiniano es el segundo autor más representado en D. 35,2, con un total de doce fragmentos, la mayoría de los cuales están extraídos de sus *Quaestiones* (números 4, 7-13 y 93), obra esta escrita bajo la influencia de los *Digesta* julianeos. Solo tres pertenecen a los *Responsa* (5, 14 y 15), una colección de respuestas ordenada también según los *Digesta* que Schulz llama «diritto casistico ridotto ai termini astratti»<sup>514</sup>. Resulta evidente que todos estos textos fueron ubicados por los compiladores de forma consecutiva, con la salvedad de D. 35,2,93 (Pap. 20 *quaest.*), que se localiza aisladamente al final del título. También se observa que los fragmentos tomados de las *Quaestiones* se insertaron en primer lugar, colocándose después los procedentes de los *Responsa*. La única excepción a esto último la constituye el emplazamiento de D. 35,2,5 (Pap. 8 *resp.*).

Trata sobre los bienes imputables y no imputables a la *quarta* D. 35,2,4 (Pap. 16 *quaest.*)<sup>515</sup>. D. 35,2,5 (Pap. 8 *resp.*)<sup>516</sup> versa, en cambio, sobre los legados dejados a un municipio o a la divinidad, cuestión esta que aparece tratada también en otros textos de Paulo (D. 35,2,1,5 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]) y de Marciano (D. 35,2,89 pr. [Marcian. 7 *inst.*]). La cuestión de los legados de servidumbre la aborda Papiniano en D. 35,2,7 (Pap.

---

<sup>510</sup> Sobre estas obras de Escévola, cfr. F. SCHULZ, *Storia*, cit. 418 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, 6ª ed. cit. 445; P. DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid 1954) 431; C. A. CANNATA, *op. cit.* 60 n.10.

<sup>511</sup> *Paling. II*, col. 249.

<sup>512</sup> *Paling. II*, col. 249 s.

<sup>513</sup> Sobre Papiniano, B. SANTALUCIA, *Le note pauline et ulpiane alle «quaestiones» ed ai «responsa» di Papiniano*, en *BIDR* 68 (Roma 1965) 49 ss.; V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, en *ANRW II* 15 (Berlin-New York 1976) 632 ss.; C. A. CANNATA, *op. cit.* 72 n. 98.

<sup>514</sup> F. SCHULZ, *Storia*, cit. 424. Sobre las *Quaestiones* papinianas, cfr. *ibid.* 421 ss.

<sup>515</sup> *Paling. I*, col. 846.

<sup>516</sup> *Paling. I*, col. 922.

7 *quaest.*)<sup>517</sup>, distante de otros textos de la compilación que tratan del mismo asunto y que se ubican en ella también notoriamente separados entre sí (D. 35,2,23 [Scaev. 15 *quaest.*]; D. 35,2,49,1 [Paul. 12 *ad Plaut.*]; D. 35,2,80,1 [Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*]). La imposición del pago de una deuda a un único coheredero es una cuestión tratada en D. 35,2,8 (Pap. 14 *quaest.*)<sup>518</sup>. El fragmento que le sigue nos da información sobre el problema que plantea el aumento del valor de la *hereditas* ante la percepción de frutos (D. 35,2,9 [Pap. 19 *quaest.*])<sup>519</sup>. D. 35,2,10 (Pap. 20 *quaest.*)<sup>520</sup>, por su parte, ejemplifica tan solo el normal funcionamiento de la *quarta Falcidia*. También se limita a aportar información elemental Papiniano en D. 35,2,11 pr. (Pap. 29 *quaest.*)<sup>521</sup> Los párrafos 1-4 contienen información dispar, si bien se reitera en varios de ellos el problema de las manumisiones a efectos del cómputo de la *quarta*. En los números 5 a 8 de D. 35,2,11 se trata, en cambio, sobre problemas relativos a la sustitución pupilar. En D. 35,2,12 (Pap. 30 *quaest.*)<sup>522</sup> se aporta información sobre la posibilidad de la que dispone el testador de aumentar la reserva del *heres*. Se habla de la retención de la *Falcidia* por los sometidos a potestad en D. 35,2,13 (Pap. 37 *quaest.*)<sup>523</sup>. Los problemas que puede implicar a efectos de la *Falcidia* la existencia de unos bienes dotales que no se reclamaron tras el divorcio<sup>524</sup> aparecen planteados en D. 35,2,14 (Pap. 9 *resp.*)<sup>525</sup>, mientras que el contenido de D. 35,2,15 (Pap. 13 *resp.*)<sup>526</sup> es más heterogéneo: aborda cuestiones como la percepción de

---

<sup>517</sup> *Paling. I*, col. 823.

<sup>518</sup> *Paling. I*, col. 842.

<sup>519</sup> *Paling. I*, col. 855.

<sup>520</sup> *Paling. I*, col. 858.

<sup>521</sup> *Paling. I*, col. 875.

<sup>522</sup> *Paling. I*, col. 877.

<sup>523</sup> *Paling. I*, col. 881.

<sup>524</sup> Sobre Paulo, C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, en ANRW II 15 (Berlin-New York 1976) 667 ss.; C. A. CANNATA, *op. cit.* 60 n. 14.

<sup>525</sup> *Paling. I*, col. 924.

<sup>526</sup> *Paling. I*, col. 938 s. Lenel le da a este libro 13 de las respuesta de Papiniano el título de *Ad legem Falcidiam*, relacionando a este fragmento con D. 39,6,42 (Pap. 13 *resp.*).

frutos derivados de la masa hereditaria, los problemas que plantea la confusión que se produce a resultas de que el acreedor herede de su deudor o los que supone la estimación de un *legatum* a pagar por anualidades. El último fragmento de Papiniano (D. 35,2,93 [Pap. 20 *quaest.*]<sup>527</sup>), que debe ponerse en relación con D. 35,2,14,1 (Pap. 9 *resp.*) trata sobre la cuestión del fideicomiso de renunciar a la *quarta* impuesto al heredero.

#### 15. Paulo.

El autor del que más escritos encontramos en D. 35,2 es Paulo, con un total de diecisiete, extraídos de hasta nueve fuentes distintas: primeramente encontramos un tratado monográfico *ad legem Falcidiam* (fragmentos 1<sup>528</sup> y 3<sup>529</sup>) utilizado por los compiladores al comienzo del título dado su carácter elemental<sup>530</sup>. Hay que decir que no es el único escrito de estas características que se atribuye a Paulo, al que se considera autor de numerosos *libri singulares*, entre los que figura también uno *Ad legem cinciam*. Así, en nuestro título encontramos otros extractos de libros monográficos de Paulo: un tratado *de fideicommissis* (fragmentos 29<sup>531</sup>, que contiene, como regla general de cálculo el que no puede imputarse aquello que se ha de recibir de nuevo; 33<sup>532</sup> y 36<sup>533</sup>, sobre el problema de la concurrencia en la misma persona de la condición de legatario y fiduciario, cuestión esta que ya se aborda también en D. 35,2,32,4-5 [Maec. 9 *de fideic.*]; D. 35,2,34 [Iul. 42 *dig.*]; D. 35,2,35 [Ulp. 6 *disp.*] y D. 35,2,47,1 [Ulp. 79 *ad ed.*]) y la manumisión de esclavos, cuestión esta última que se ve completada con la inserción por parte de los compiladores, inmediatamente a continuación, de D. 35,2,37 pr. [Val. 6 *de fideic.*] y un

---

<sup>527</sup> *Palig. I*, col. 858.

<sup>528</sup> *Palig. I*, col. 1121 ss.

<sup>529</sup> *Palig. I*, col. 1124.

<sup>530</sup> No es este el único tratado monográfico sobre la *lex Falcidia* del que tenemos constancia. Se conserva un único fragmento de otro, obra de Rutilio Máximo (D. 30,125 [Rut. *sing. ad l. Falcid.*]). Cfr. F. SCHULZ, *Storia*, cit. 334.

<sup>531</sup> *Palig. I*, col. 1100.

<sup>532</sup> *Palig. I*, col. 1101.

<sup>533</sup> *Palig. I*, col. 1101.

comentario a las *leges Iulia et Papia* (63<sup>534</sup> y 65<sup>535</sup>, sobre la estimación de los bienes conforme a su valor objetivo –cuestión esta sobre la que encontramos otros fragmentos no muy distantes entre sí: D. 35,2,42 (Ulp. 14 *ad ed.*]; D. 35,2,60,1 (Iav. 14 *ex cass.*); D. 35,2,61 (Iav. 14 *epist.*); D. 35,2,62,1 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 35,2,73 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*)– y la posibilidad de rechazar la *quarta*, sobre la que también nos habla Ulpiano en D. 35,2,47 [Ulp. 76 *ad ed.*])<sup>536</sup>. Las otras obras de Paulo que localizamos en este título del Digesto son las *Quaestiones* (fragmento 18<sup>537</sup>, sobre los fideicomisos dejados *ab intestato*; 21<sup>538</sup>, sobre las obligaciones naturales y la compensación de la *quarta* con otra cuota hereditaria; y 22<sup>539</sup>, sobre la posibilidad de compensar de la Falcidia con prelegados recíprocos –aquí el fragmento debe ponerse en conexión con los mucho más distantes D. 35,2,74 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*) y D. 35,2,75 (Iul. 40 *dig.*)–, así como acerca de problemas relativos a la esclavitud y otros que puede traer consigo la condonación de deudas de cara al cálculo de la masa hereditaria); los *Responsa* (24<sup>540</sup>, a propósito de la percepción de frutos, estando muy repartidos a lo largo del título los fragmentos relativos a los bienes imputables y no imputables a la *quarta Falcidia*); las *Sententiae* (39<sup>541</sup>, sobre el cálculo del pasivo hereditario, complementando los textos inmediatamente precedentes); los comentarios *ad edictum* (41<sup>542</sup>, a propósito de la necesidad de prestar la *cautio ex lege Falcidia* a la que los compiladores dedican la integridad del título D. 35,3;

---

<sup>534</sup> *Paling. I*, col. 1127.

<sup>535</sup> *Paling. I*, col. 1130.

<sup>536</sup> Schulz considera que este libro monográfico sobre la legislación matrimonial augústea debe ser realmente un extracto de una obra más amplia, de la que fue separado en época postclásica. Según el autor esto sería predicable de los muchos *libri singulares* atribuidos a Paulo. *Ibid.* 335 y 457.

<sup>537</sup> *Paling. I*, col. 1208.

<sup>538</sup> *Paling. I*, col. 1209.

<sup>539</sup> *Paling. I*, col. 1216.

<sup>540</sup> *Paling. I*, col. 1246.

<sup>541</sup> *Paling. I*, col. 1298.

<sup>542</sup> *Paling. I*, col. 982.

45<sup>543</sup>, sobre la imputación de los frutos derivados de un legado condicional; y 71<sup>544</sup>, relativo a problemas derivados de la venta de la herencia, que debe leerse conjuntamente con D. 35,2,72 [Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*]; un libro de comentarios al edicto del edil curul (48<sup>545</sup>, sobre la imputación al pasivo hereditario de las deudas por evicción); y comentarios a Plaucio (49<sup>546</sup>, acerca de los *legata* dejados a un esclavo, a su vez legado)<sup>547</sup>.

#### 16. Ulpiano<sup>548</sup>.

Los compiladores justinianos utilizaron para la confección de D. 35,2 cuatro obras de Ulpiano, de las que extrajeron un total de once fragmentos. De las *Disputationes* disponemos de dos textos: D. 35,2,35 (Ulp. 6 *disp.*)<sup>549</sup>, sobre la cuestión de si debe o no ser objeto de reducción un legado dejado a un esclavo a su vez legado y manumitido, y D. 35,2,82 (Ulp. 8 *disp.*)<sup>550</sup>, sobre los problemas que plantea la Falcidia cuando la percepción de la *quarta* y el pago de los *legata* dependen del cobro de una deuda. Del libro de Ulpiano de comentarios *ad Sabinum* disponemos de un único fragmento (D. 35,2,70 [Ulp. 16 *ad Sab.*]<sup>551</sup>, relativo a la *cautio ex lege Falcidia*). En cuanto a los veinte libros de comentarios *ad legem Iuliam et Papiam* tenemos aquí tres fragmentos, colocados próximamente entre sí (números 62<sup>552</sup>, referente a los créditos solidarios; 64<sup>553</sup>,

---

<sup>543</sup> *Paling. I*, col. 1078.

<sup>544</sup> *Paling. I*, col. 1036.

<sup>545</sup> *Paling. I*, col. 1097.

<sup>546</sup> *Paling. I*, col. 1166.

<sup>547</sup> Sobre estas obras, *ibid.* 311 ss.; 346 ss.; 429-433, 461.

<sup>548</sup> Sobre Ulpiano, G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, en *ANRW II* 15 (Berlin-New York 1976) 708 ss.; T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1982); C. A. CANNATA, *op. cit.* 61 n. 15.

<sup>549</sup> *Paling. II*, col. 409.

<sup>550</sup> *Paling. II*, col. 415 s

<sup>551</sup> *Paling. II*, col. 1056.

<sup>552</sup> *Paling. II*, col. 941.

<sup>553</sup> *Paling. II*, col. 948.



sobre la posibilidad de rechazar la *quarta*; y 66<sup>554</sup>, relativo a los frutos derivados de cosas legadas *sub condicione*). La obra ulpiana más utilizada son los ochenta y tres libros comentarios *ad edictum*, muy divulgados en época postclásica, de los que encontramos cinco textos relativos al cálculo de la masa hereditaria ordenados consecutivamente (42 a 47<sup>555</sup>, con la salvedad del número 45, de Paulo)<sup>556</sup>.

#### 17. Marciano.

Dos fragmentos de las *Institutiones* de Marciano, jurista contemporáneo de Paulo y de Ulpiano<sup>557</sup>, se contienen en nuestro título: D. 35,2,89 (Marc. 7 *inst.*)<sup>558</sup> y D. 35,2,91 (Marc. 13 *inst.*)<sup>559</sup>. El primero de ellos trata sobre los legados dejados a favor de una ciudad –también D. 35,2,1,5 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) y D. 35,2,5 (Pap. 8 *resp.*)– y sobre la reclamación fraudulenta de la *quarta*. Seguidamente, los compiladores insertan un texto de las *Institutiones* de Florentino (D. 35,2,90 [Flor. 11 *inst.*]) relativo al problema de la sustitución de la Falcidia con un fideicomiso, fragmento este que se complementa con lo que escribe Marciano en el que sigue. Son textos procedentes todos ellos de la literatura isagógica, y que se entrelazan entre sí<sup>560</sup>.

#### 18. Emilio Macer.

De este jurista, de época de Caracalla, disponemos aquí de dos fragmentos, procedentes de obras diferentes: un tratado *ad legem vicensimam hereditatium* (número 68<sup>561</sup>, sobre la estimación de un legado por anualidades, como también D. 35,2,3,2 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]; D. 35,2,15,2 [Pap. 13 *resp.*]; D. 35,2,32,3 [Maec. 9 *de fideic.*]; D.

---

<sup>554</sup> *Paling. II*, col. 950.

<sup>555</sup> *Paling. II*, cols. 495, 537, 541, 867, 874.

<sup>556</sup> F. SCHULZ, *Storia*, *cit.* 335; 351 ss.; 379 ss.; 433 ss.

<sup>557</sup> C. A. CANNATA, *op. cit.* 73 n. 105.

<sup>558</sup> *Paling. I*, col. 663.

<sup>559</sup> *Paling. I*, col. 669.

<sup>560</sup> Sobre las *Institutiones* de Marciano, cfr. F. SCHULZ, *Storia*, *cit.* 306 ss.; F. WIEACKER, *Textsufen Klassischer Juristen*, *cit.* 202 ss.

<sup>561</sup> *Paling. I*, col. 571.

35,2,47 [Ulp. 79 *ad ed.*]; D. 35,2,55 [Marcell. 20 *dig.*] y otro *de re militari* (92<sup>562</sup>, relativo al testamento militar, que también aparece tratado en D. 35,2,17 [Scaev. 6 *quaest.*]; D. 35,2,40 pr. [Hermog. 4 *iur. epit.*] y D. 35,2,96 [Sacev. *sing. quaest. publ. tract.*])<sup>563</sup>.

#### 19. Modestino<sup>564</sup>.

Los fragmentos 58<sup>565</sup> y 59<sup>566</sup>, relativos al ámbito de aplicación de la ley Falcidia, pertenecen a Modestino, procediendo el primero de ellos de sus *Regulae* y el segundo, que contiene un supuesto en el que el *heres* que actúa con dolo puede perder su derecho de *retentio*, de las *Pandectae*<sup>567</sup>.

#### 20. Hermogeniano.

Procedentes del *Iuris epitomae* de este autor clásico tardío, que no debe confundirse con el compilador del *Codex Hermogenianus*, tenemos los fragmentos 38<sup>568</sup> y 40<sup>569</sup>, relativos al cálculo de los bienes hereditarios y al testamento militar<sup>570</sup>.

### 3.1.3. Correspondencias entre masas bluhmianas y contenidos.

---

<sup>562</sup> *Paling. I*, col. 574.

<sup>563</sup> F. SCHULZ, *Storia*, *cit.* 463.

<sup>564</sup> Sobre Modestino, discípulo de Ulpiano, véase C. A. CANNATA, *op. cit.* 59 n. 2.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, 6ª ed. *cit.* 450.

<sup>565</sup> *Paling. I*, col. 740.

<sup>566</sup> *Paling. I*, col. 725.

<sup>567</sup> Estas *Pandectae* pudieron ser realmente, en palabras de Schulz, una «riedizione abbreviata delle *Pandette* di Ulpiano ad opera del suo discepolo Modestino». F. SCHULZ, *Storia*, *cit.* 400 s. Sobre las *Regulae*, *ibid.* 326, 436.

<sup>568</sup> *Paling. I*, col. 266.

<sup>569</sup> *Paling. I*, col. 273.

<sup>570</sup> F. SCHULZ, *Storia*, *cit.* 553 s.c

Completamos este análisis de D. 35,2 con un estudio de la ordenación de sus contenidos según las masas bluhmianas<sup>571</sup>. Los noventa y seis fragmentos se distribuyen del siguiente modo: del 1 al 40, así como el 93, pertenecen a la masa papiniana, con excepción del 2, el 34 y el 35. Integran la masa edictal estos últimos y los números 41 a 68, salvo el 51, que forma parte de la masa sabiniana, con los textos 69 a 92. El resto (94-96) pertenece a la masa del apéndice. La trasposición de algunos fragmentos fuera de su masa originaria se debe, como es lógico, a motivos sistemáticos. Nosotros estudiaremos cada uno de ellos en su masa de destino, explicando a pie de página el porqué de dicha trasposición. Utilizaremos, por último, el párrafo como unidad de contenido y distribuiremos a este último asignando rúbricas de nuestra propia mano que, aunque por supuesto puedan resultar discutibles, cumplirán, a nuestro parecer, su función clasificatoria. En este último sentido se ha optado por distribuir los contenidos siguiendo un orden que consideramos lógico y que obedece hasta cierto punto a un criterio cronológico: en primer lugar se determina el ámbito de aplicación de la ley Falcidia, cuestión esta íntimamente relacionada con el tema de la legitimación activa y pasiva y con el de las posibles exclusiones a su aplicación. Una vez comprendido *quién* tiene derecho a retener la *quarta* y *por qué*, se hace preciso detenerse en el asunto de *qué* es lo que se retiene. En materia, pues, de cálculo, nos detenemos primeramente en los fragmentos que ilustran reglas de carácter general respecto al modo de valorar los bienes hereditarios. Una vez aprehendidas estas pautas pasamos a estudiar el modo en el que se calcula el activo y el pasivo de la herencia. Determinado ya el montante de esta última, es preciso, finalmente, detenerse en el de la propia *quarta*, separando aquellos bienes del activo hereditario que le son imputables de los que no lo son. Existen, por supuesto, numerosos aspectos problemáticos relativos al cómputo de la Falcidia, que referimos una vez estudiado su modo de realización. Tras esto agrupamos los fragmentos relativos a la prestación de la caución de restitución de lo cobrado de más por parte del legatario y, naturalmente, los que recaen sobre la posterior reducción de los *legata* por el *heres*. Somos conscientes, repito, de que la atribución de muchos fragmentos a algunos de los

---

<sup>571</sup> Para un estudio completo sobre la teoría de las masas de Bluhme, cfr. D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane* (Milano 1987). En nuestro estudio utilizaremos la *editio minor* del Digesto, concretamente *Corpus iuris civilis*, editio stereotypa quintadecima, volumen primum, *Institutiones*, recognovit Paulus Krueger, *Digesta*, recognovit Theodorus Mommsen, retractavit Paulus Krueger (Berlin 1928) 549 ss.

epígrafes en los que los hemos colocado puede ser discutida: la determinación, por ejemplo, del ámbito de aplicación de la ley no deja ya de suponer una suerte de reflexión sobre la cuestión de las exclusiones y la legitimación, del mismo modo que el estudio del cálculo de la *quarta* equivale hasta cierto punto a uno a propósito de los límites del derecho de *retentio* del heredero. Sea como fuere, consideramos que esta distribución de los contenidos en función de su orden secuencial puede ayudar a su mejor comprensión.

#### 1. Contenido de los fragmentos de la masa papiniana.

La primera masa es la papiniana, con un total de treinta y ocho textos, que la erigen en la dominante.

##### a) Ámbito de aplicación.

1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Paulo introduce el contenido de la ley, cuya literalidad transcribe parcialmente.

1,2 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): La Falcidia no se aplica a la sucesión intestada.

1,3 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): No se aplica la Falcidia si el *heres* debió exigir la *cautio ex lege Falcidia* y no lo hizo por dolo o desidia. Pareció existir *ius controversum* en lo concerniente a posibilidad de que el heredero deba encontrar el auxilio del pretor en estos casos.

1,4 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): El *heres* tiene derecho a la Falcidia en los legados condicionales.

1,5 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Se permite al heredero reducir los legados dejados a un municipio o a la divinidad.

1,7 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Indica los tipos de legados susceptibles de reducción.

1,11 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Legados pagados íntegramente por error.

5 (Pap. 8 *resp.*): Posibilidad de reducción de un legado dejado a favor de una ciudad.

##### b) Legitimación activa y pasiva.

1,1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Tienen derecho a la *quarta* los hijos del cautivo de guerra.

1,13 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Presencia de herederos sustitutos.

10. (Pap. 20 *quaest.*): El *heres* debe satisfacer legados impuestos por el testador, pero en ningún caso por encima del *dodrans*.

11,2 (Pap. 29 *quaest.*): Si un heredero se ve privado de parte de los bienes hereditarios, no puede pagar legados que excedan de aquello que le quedó.

11,5-7 (Pap. 29 *quaest.*): Los herederos sustitutos deben pagar todos los legados –tanto los impuestos al sustituido como los dejados por el testador en las tablillas de la sustitución– incluso a costa de perder la *quarta*.

11,8 (Pap. 29 *quaest.*): Desheredación del *heres* e imposición de *legata* a un heredero sustituto.

13 (Pap. 37 *quaest.*): Retención de la *quarta* por sometidos a potestad.

14,2-3 (Pap. 9 *resp.*): Retención de la Falcidia por quien adquiere por sustitución pupilar.

20 (Scaev. 9 *quaest.*): No retiene la *quarta* el esclavo no manumitido.

25,1 (Scaev. 4 *resp.*): La *quarta* va íntegramente en perjuicio del legatario. No por sufrir la reducción tiene derecho este último a reducir un fideicomiso que se le impuso.

30 pr., 2-6 (Maec. 8 *de fideic.*): La pérdida del legado sin mediar dolo del legatario perjudica al heredero, que habrá de satisfacerlo. El jurista señala otros escenarios en los que el cambio en las circunstancias aprovecha al *heres*, cuando este percibe algún beneficio que no debe imputar a los *legata*.

32,4-5 (Maec. 9 *de fideic.*): Concurrencia en la misma persona de la condición de legatario y fiduciario.

33 (Paul. 3 *de fideic.*): Fideicomiso impuesto al legatario que recibe un esclavo consistente en manumitirlo.

34 (Iul. 42 *dig.*): Retención de la Falcidia cuando tan solo se lega un esclavo con el fideicomiso de manumitirlo<sup>572</sup>.

35 (Ulp. 6 *disp.*): Disposición senatorial y opinión de Cervidio Escévola a propósito de la *retentio* de la *quarta* del esclavo legado, cuya manumisión se impone mediante fideicomiso<sup>573</sup>.

---

<sup>572</sup> Este fragmento pertenece a la masa edictal. Su presencia en la papiniana resulta claramente comprensible, habida cuenta de su carácter aclaratorio respecto del fragmento inmediatamente precedente (D. 35,2,33 [Paul. 3 *de fideic.*]).

<sup>573</sup> También este texto pertenece a la masa edictal. Junto con D. 35,2,34 (Iul. 42 *dig.*), complementa a D. 35,2,33 (Paul. 3 *de fideic.*).

36 pr.-1 (Paul. 3 *de fideic.*): Fideicomiso de manumitir a un esclavo impuesto a un legatario. En caso de que deba comprarlo, no debe exigírsele que gaste más en ello de aquello que recibe en el legado.

c) Exclusión, renuncia, sustitución y compensación de la *quarta*.

14,1 (Pap. 9 *resp.*): Fideicomiso de renunciar a la *quarta*.

15 pr. (Pap. 13 *resp.*): Sustitución de la *quarta* por el cobro de una deuda.

15,1 y 8 (Pap. 13 *resp.*): El testador no puede excluir la *quarta*.

15,4 y 7 (Pap. 13 *resp.*): Compensación de la *quarta* con un fideicomiso.

21,1 (Paul. 12 *quaest.*): Compensación de la *quarta* con otra cuota hereditaria.

22 pr. (Paul. 17 *quaest.*): Compensación de la *quarta* con prelegados recíprocos.

27 (Scaev. 6 *resp.*): Renuncia a la *quarta* impuesta por el testador.

d) Cálculo del activo y del pasivo.

19 (Scaev. 8 *quaest.*): Fideicomiso de vender por un precio diferente del real: la diferencia que se pierde debe imputarse en el pasivo.

24 pr. (Paul. 14 *resp.*): Se incluyen las cosas sustraídas por el heredero en el cómputo de la herencia.

30,1 (Maec. 8 *de fideic.*): En ese mismo supuesto anterior, esa diferencia que pierde el heredero y que imputa al pasivo tiene la consideración de legado y soporta la Falcidia.

32 pr.-1 (Maec. 9 *de fideic.*): Las obligaciones transmisibles *mortis causa* se imputan a la masa hereditaria, ya sea al activo, ya al pasivo.

36,2 (Paul. 3 *de fideic.*): Imputación al pasivo del valor del esclavo cuya manumisión se impone al heredero.

37,1 (Val. 6 *de fideic.*): Si se impone al heredero el fideicomiso de comprar un esclavo y manumitirlo, el precio que paga por él se imputa al pasivo hereditario.

38 pr. (Hermog. 1 *iur. epit.*): No puede imputarse en el activo el valor de un esclavo del heredero cuya manumisión está pendiente de una condición de la que se está a la espera.

39 (Paul. 3 *sent.*): Imputación al pasivo del valor de un esclavo cuya manumisión se impone al heredero por fideicomiso, junto con otros casos posibles, como el del tormento.

e) Bienes imputables y no imputables a la *quarta*.

1,17-19 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Extinción de deudas por confusión. Cuestión sobre la imputabilidad de las obligaciones naturales a la Falcidia, así como de los gastos fúnebres.

2 (Marcell. 22 *dig.*): Posibilidad de que los gastos destinados a erigir un monumento fúnebre lleguen a soportar la Falcidia<sup>574</sup>.

6 (Ven. 13 *stipul.*): Problema sobre la imputabilidad de los bienes dotales de la mujer.

11 pr. (Pap. 29 *quaest.*): Son imputables a la *quarta* las retenciones que en cualquier momento hubiera podido efectuar el heredero.

15,5 (Pap. 13 *resp.*): Inimputabilidad a la *quarta* del legado destinado al viudo de aquellas cosas que donó a la mujer.

21 pr. (Paul 12 *quaest.*): Posibilidad de imputar lo obtenido de la satisfacción de obligaciones naturales.

29 (Paul. 2 *de fideic.*): No se imputa aquello que ha de recibirse de nuevo, sino lo que se pierde.

30,8-9 (Maec. 8 *de fideic.*): No pueden imputarse a la Falcidia las cosas que no puedan ser objeto de legado o fideicomiso ni las dejadas a cargo de uno mismo ni del esclavo.

f) Problemas relativos al cálculo de la *quarta*.

1,9 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Legados de servidumbre, usufructo y servicios.

1,10 (Paul. *Sing. ad. l. Falcid.*): Legado de una deuda a favor del acreedor.

---

<sup>574</sup> Este fragmento pertenece a la masa edictal. Su ubicación aquí por parte de los compiladores obedece a un obvio criterio sistemático, en la medida en la que el texto complementa al inmediatamente precedente D. 35,2,1,19 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*). El hecho de que se sintiese como necesaria la inclusión aquí de este fragmento Marcelo a efectos de matizar lo expresado por Paulo, como se verá más adelante, conduce a deducir que la literalidad de este último debió ser respetada, al menos en gran medida.

3 pr.-1 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Transmisión *inter vivos* de una herencia y reducción de créditos.

3,2 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Estimación de un legado por anualidades.

8 (Pap. 14 *quaest.*): La Falcidia se calcula para cada coheredero.

9 pr.-1 (Pap. 19 *quaest.*): Frutos que aumentan el valor de la herencia.

11,1 (Pap. 29 *quaest.*): Esclavos manumitidos bajo condición.

11,3 (Pap. 29 *quaest.*): Bienes hereditarios bajo controversia judicial.

11,4 (Pap. 29 *quaest.*): Imputación del valor de los esclavos muertos o enfermos.

12 (Pap. 30 *quaest.*): Aumento de la reserva del heredero por encima de la *quarta* por voluntad del causante.

14 pr. Retención a favor de la mujer de una cantidad similar a la de la dote profecticia no reclamada tras el divorcio.

15,2 (Pap. 13 *resp.*): Reducción de los pagos de un legado por anualidades por causa de la Falcidia.

15,3 (Pap. 13 *resp.*): Montante sobre el que cabe retener la Falcidia por el antiguo pupilo que es instituido heredero por su viejo tutor, que le debía algo por causa de la tutela.

15,6 (Pap. 13 *resp.*): Percepción de los frutos de la cosa legada bajo condición.

17 (Scaev. 6 *quaest.*): Testamento militar, al que se incorpora un codicilo con *legata* tras el licenciamiento.

22,1-2 (Paul 17 *quaest.*): Problemas derivados de la tenencia de esclavos a efectos del cálculo del activo hereditario.

24,1-2 (Paul. 14 *resp.*): Imputación a la *quarta* de los frutos de una cosa legada o dada en fideicomiso.

25 pr. (Scaev. 8 *resp.*): A efectos de la retención de la *quarta* por los coherederos cuando uno es *paterfamilias* del otro, se realiza una sola vez la cuenta de la Falcidia.

28 (Maec. 1 *de fideic.*): Reducción de los legados excesivos, según el sistema de la ley Falcidia.

30,7 (Maec. 8 *de fideic.*): Bienes dejados condicionalmente al heredero y venta de la herencia.

32,3 (Maec. 9 *de fideic.*): Modo de retención de la Falcidia en el legado por anualidades.

g) Prestación de la *cautio ex lege Falcidia*.



1,12 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Supuestos en los que es preciso el pago íntegro de los legados, debiendo prestarse la caución.

1,16 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Necesidad de prestación de la caución en el legado por anualidades.

31 (Pomp. 2 *de fideic.*): Debe prestar también la *cautio* el fideicomisario.

h) Cuestiones relativas a la retención de la *quarta* por el heredero.

1,8 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): Legados con prestaciones alternativas.

1,14-15 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): *Ius controversum* a propósito de la cuestión de si un coheredero cuya cuota se ve absorbida por legados puede retener la *quarta* exclusivamente respecto del importe de esta última o del montante total de la herencia. El fragmento 15 versa sobre este supuesto en el caso de la *adrogatio* sobre uno de los coherederos.

4 (Pap. 16 *quaest.*): Una persona se convierte en heredera del *heres* que debía transmitirle un *legatum sub condicione*, cumpliéndose la condición tras la muerte de aquél. ¿Recibe los bienes como heredero del segundo testador o como legatario del primero?

7 (Pap. 7 *quaest.*): Imposibilidad de reducción del legado de servidumbre, dada la indivisibilidad de esta.

16 pr.-1 (Scaev. 13 *quaest.*): El pago íntegro unos de legados no excluye retener la *quarta* de los demás.

26pr-1 (Scaev. 5 *resp.*): Legado que se encuentra ya en poder del legatario al tiempo de la muerte del *de cuius*.

22,3-4 (Paul 17 *quaest.*): Fideicomiso de liberar a un deudor insolvente.

23 (Scaev. 15 *quaest.*): Legados de servidumbre.

36,3-4 (Paul. 3 *de fideic.*): Si se lega un esclavo, con el fideicomiso de manumitirlo, la Falcidia debe detraerse preferentemente de otros *legata*, a efectos de que la manumisión se produzca.

37 pr. (Val. 6 *de fideic.*): Manumisión bajo condición o término. El fragmento es claramente aclaratorio del precedente.

2. Contenido de los fragmentos de la masa edictal.

La masa edictal presenta un total de treinta fragmentos que se extienden sobre todo entre los números 41 a 68, con excepción del 51. Forman también parte de esta masa los textos 2, 34 y 35, ubicados por los compiladores entre los extractos que integran la papiniana.

a) *Ámbito de aplicación.*

52 pr. (Marcell. 9 *dig.*): Existen legados que pueden llegar a soportar la reducción de la *Falcidia* con preferencia a otros.

58 (Mod. 9 *reg.*): La *Falcidia* produce efectos incluso mucho tiempo después de la muerte del causante.

65 (Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*): La ley se aplica incluso cuando el *heres* percibe el mismo valor de lo transmitido al legatario, mediante la imposición a este último de un fideicomiso a su favor.

66,1 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*): No deben satisfacerse los legados y donaciones *mortis causa* antes del pago de las deudas hereditarias.

67 (Terent. 4 *ad l. Iul. et Pap.*): La *lex Falcidia* es de aplicación ante cualquier legado que exceda del *dodrans*.

b) *Legitimación activa y pasiva.*

47,1 (Ulp. 79 *ad ed.*): La *Falcidia* se da en beneficio del *heres*, y no del legatario ni del fiduciario. Este fragmento se relaciona con 35,2,32,4 (Maec. 9 *de fideic.*).

57 (Marcell. 26 *dig.*): Si se legan unos bienes con el fideicomiso de transmitirlos a un tercero, se ha de mirar, a efectos de determinar si procede la retención de la *Falcidia*, al destinatario final de los mismos y no al transmitente que actúa como mero intermediario.

c) *Exclusiones a la ley Falcidia.*

46 (Ulp. 76 *ad ed.*): El heredero puede rechazar la *quarta*.

56,5 (Marcell. 22 *dig.*): No tiene derecho a la *quarta* quien la recibió en vida del causante.

59 pr.-1 (Mod. 9 *pand.*): Pierde el derecho a retener la *quarta* el heredero que dolosamente hace caer un fideicomiso. Senadoconsulto Planciano.

64 (Ulp. 13 *ad l. Iul. et Pap.*): Renuncia a la *quarta* instada por el testador.

68,1 (Mac. 2 *ad vicens. hered.*): *Ius controversum* a propósito de la posibilidad de retener la Falcidia sobre ciertos bienes respecto de los cuales el heredero actuó con malicia y engaño.

d) Estimación de los bienes hereditarios.

42 (Ulp. 14 *ad ed.*): Los bienes hereditarios han de estimarse conforme a su valor real y objetivo.

45,1 (Paul. 60 *ad ed.*): Opinión aislada de Próculo sobre la estimación de los legados condicionales.

60,1 (Iav. 14 *ex cass.*): Estimación de los bienes conforme a su *verum pretium*.

61 (Iav. 4 *epist.*): Problema del derecho de retención de la *quarta* sobre el legado de un fundo ajeno que el heredero compra por un importe superior al de su verdadero valor.

62 pr.-1 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*): Créditos solidarios y contrato de sociedad. La valoración de los bienes se efectúa atendiendo tan solo al tiempo de la muerte del testador.

63 pr.,1-2 (Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Exempla* ilustrativos de la estimación de los bienes conforme a su valor real.

e) Cálculo del activo y del pasivo hereditarios.

43 (Ulp. 19 *ad ed.*): Imputación al activo del valor de los esclavos que, habiendo caído cautivos de los enemigos, consiguen regresar tras la muerte del testador.

45 pr. (Paul. 60 *ad ed.*): Imputación al activo de los frutos derivados de una cosa legada bajo un término, mientras este no llegue.

48 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): Se imputan al pasivo las deudas contraídas por evicción.

51 (Iul. 61 *dig.*): Se imputan al activo los bienes legados de forma inválida<sup>575</sup>.

56 pr.-1-2 (Marcell. 22 *dig.*): Imputación al pasivo hereditario de las deudas procedentes de acciones adyecticias, incluso a pesar de extinguirse por confusión.

---

<sup>575</sup> Pertenece a la masa sabiniana. El texto, como se ve, fue extraído de su masa de origen y colocado aquí como complemento del inmediatamente precedente D. 35,2,50 (Cels. 14 *dig.*).

Problema de la determinación del montante a imputar al pasivo cuando la suma debida – el límite del peculio del hijo *in potestate*– ha sido objeto de aumentos o disminuciones.

f) Bienes imputables y no imputables a la *quarta*.

44 (Ulp. 21 *ad ed.*): Se imputa a la Falcidia lo que, procedente de la masa hereditaria, paga el *statuliber* a un tercero en cumplimiento de la condición de la que se hace depender la manumisión.

50 (Cels. 14 *dig.*): Se computa en la *quarta* del *heres* el valor de aquellos *legata* a cuyo cumplimiento puede negarse legítimamente el heredero interponiendo alguna *exceptio* contra el legatario.

52,1 (Marcell. 9 *dig.*): Se imputan a la *quarta* los legados que no llegó a satisfacer el *heres*.

60 pr. (Iav. 14 *ex cass.*): En el caso de la sustitución pupilar, la *quarta* del heredero sustituto se nutre de lo que se recibe en la condición de tal, con exclusión de aquellas cosas que le fuesen legadas en el testamento del impúber.

g) Problemas relativos al cálculo de la Falcidia.

53 (Cels. 17 *dig.*): Problemas de cómputo ante la concurrencia de legados de presente y *sub condicione*.

54 (Marcell. 15 *dig.*): Problema del fideicomiso de no enajenar un determinado bien y su relación con la Falcidia a la muerte del fideicomisario.

55 (Marcell. 20 *dig.*): Estimación del importe de un legado por anualidades.

68 pr. (Mac. 2 *ad vicens. hered.*): Estimación de un legado por anualidades.

h) Prestación de la *cautio ex lege Falcidia*.

41 (Paul. 9 *ad ed.*): Se interpreta que hay dolo del heredero si, iniciada ya la controversia, sobre el pago de los *legata*, los paga por entero y sin hacer prestar la caución de restitución.

i) Problemas relativos a la retención de la Falcidia.

47 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): Retención de la *quarta* en un legado por anualidades.

49 pr. (Paul. 12 *ad Plaut.*): Problema de la retención de la Falcidia cuando existen *legata* dejados a un esclavo, a su vez legado.

49,1 (Paul. 12 *ad Plaut.*): El legado de una servidumbre, dada su indivisibilidad, cae ante la retención del *heres*.

56,4 (Marcell. 22 *dig.*): Problema que plantea la retención de la Falcidia a costa del legado de un esclavo con el fideicomiso de manumitirlo.

66 pr.-1 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*): Pago de los legados condicionales y las donaciones *mortis causa*.

### 3. Contenido de los fragmentos de la masa sabiniana.

La masa sabiniana ocupa un total de veinticinco fragmentos, que van del número 69 al 92, así como el 51, que se localiza aisladamente, como ya vimos anteriormente entre los textos que integran la masa edictal.

#### a) Ámbito de aplicación.

73,5 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Reducción doble de los legados que excedan incluso del valor de la totalidad del activo hereditario.

87 pr.-1 (Iul. 61 *dig.*): La Falcidia solo se aplica cuando los legados sobrepasan el *dodrans*.

89 pr. (Marcian. 7 *inst.*): La Falcidia se extiende a los legados de alimentos a favor de los niños de una ciudad.

89,1 (Marcian. 7 *inst.*): Reclamación fraudulenta de la *quarta*.

#### b) Legitimación activa y pasiva.

71 (Paul. 32 *ad ed.*): Venta de la herencia.

#### c) Exclusión de la *quarta Falcidia*.

74 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): Compensación de la *quarta* con prelegados.

75 (Iul. 40 *dig.*): Íd.

90 (Flor. 11 *inst.*): Sustitución de la *quarta* por un fideicomiso a favor del heredero.

d) Estimación de los bienes hereditarios.

72 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): La estimación de la masa hereditaria a efectos de determinar el importe de la Falcidia se hace después de deducir el valor de los bienes de la herencia que hubieren sido vendidos por el heredero.

73 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*): A la hora de estimar los bienes hereditarios, se considerará únicamente su valor al tiempo de la muerte del testador.

d) Cálculo del activo y pasivo.

69 (Pomp. 5 *ad Sab.*): Imputación al pasivo del valor de las cosas que fueron objeto de un legado de usufructo.

73,1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Imputación al activo o al pasivo de las deudas condicionales que afectasen al causante.

85 (Iul. 18 *dig.*): Cuestión sobre la imposibilidad de imputar de la dote de la mujer entre los bienes del activo hereditario.

87,2 (Iul. 61 *dig.*): Imputación al pasivo del fideicomiso de residuo.

e) Bienes imputables y no imputables a la *quarta Falcidia*.

76 pr.-1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): Solo son imputables a la *quarta* aquellos bienes que le corresponden al heredero en su condición de tal.

81 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Se computa en la cuenta de la Falcidia el legado de usufructo.

81,1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): No se computa el legado de restitución de la dote a la mujer.

81,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Tampoco se computan los legados de las cosas que se compraron para la mujer o se dispusieron a favor de ella.

83 (Iul. 12 *dig.*): Acreedor del *filiusfamilias* que instituye como heredero al *paterfamilias*. Cuestión de la imputación a la *quarta* de la cuantía que se le adeudaba.

91 (Marcian. 13 *inst.*): Se imputa a la *quarta* lo que el *heres* reciba del fideicomisario al que deba transmitirle la integridad de la herencia.

f) Problemas relativos al cálculo de la *quarta*.

77 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): El cómputo de la *quarta* se hace separadamente para cada coheredero.

78 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae. urb.*): Cómputo conjunto, o separado, de la *quarta* de dos cuotas hereditarias, cuando uno de los coherederos ha repudiado la herencia o premuerto.

79 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Cómputo conjunto de los *legata* dejados al pupilo y a su *heres* sustituto.

80 pr. (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): Problemas de cómputo en relación con la presencia de herederos sustitutos.

g) Prestación de la *cautio ex lege Falcidia*.

70 (Ulp. 16 *ad Sab.*): Desde el momento en el que se cumple el legado se hace valer la promesa del legatario de restituirle por recibido en perjuicio de la *quarta*.

84 (Iul. 13 *dig.*): El tutor que negligentemente no hace prestar la *cautio* incurre en responsabilidad respecto de los herederos del pupilo fallecido.

h) Retención de la *quarta* por el heredero.

73,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Retención de la Falcidia cuando concurren legados de presente y *sub condicione*.

73,3 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Presencia de manumisiones condicionales en el testamento y retención de la *quarta*.

73,4 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): Retención de la Falcidia ante los legados sometidos a término.

80,1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): Legados indivisibles y retención de la Falcidia.

82 (Ulp. 8 *disp.*): Pago de los legados y retención de la Falcidia cuando ambas cosas dependen del cobro de una deuda condonada.

i) Problemas relativos a la retención de la Falcidia.

86 (Iul. 40 *dig.*): Retención de la *quarta* sobre prelegados.

87,3 (Iul. 61 *dig.*): Satisfacción de los *legata* mientras se está a la espera del cumplimiento de una condición de la que depende la cuantía que percibe un coheredero.

87,3-8 (Iul. 61 *dig.*): Percepción de la *quarta* en el marco de la sustitución pupilar.

88 pr.-2 (Afric. 5 *quaest.*): Aporías.

88,3 (Afric. 5 *quaest.*): Retención desigual de la *quarta*, existiendo legados puros y simples y otros bajo condición.

92 (Mac. 2 *de re mil.*): Testamento militar.

#### 4. Contenido de los fragmentos de la masa del apéndice.

La masa del apéndice, con diferencia la de menor extensión, se integra tan solo de tres textos: los números 94 a 96.

##### a) Ámbito de aplicación.

95,2 (Scaev. 21 *dig.*): Reclamación de la Falcidia transcurrido largo tiempo tras la muerte del causante por no haberse cobrado unos créditos adeudados.

96 (Scaev. *sing. quaest. publ. tract.*): Testamento militar.

##### b) Problemas relativos a la retención de la Falcidia.

93 (Pap. 20 *quaest.*): Fideicomiso de transmitir la *quarta* a cambio de una cuantía sobre la que se establece un fideicomiso de residuo<sup>576</sup>.

94 (Scaev. 21 *dig.*): Prelegado de una casa hipotecada.

95 pr. (Scaev. 21 *dig.*): Deudas por la gestión de los bienes parafernales.

95,1 (Scaev. 21 *dig.*): Fideicomiso de transmitir a un tercero la integridad de una herencia por parte de un impúber.

---

<sup>576</sup> El fragmento pertenece a la masa papiniana, ubicándose justo en el tránsito entre la masa sabiniana y la del apéndice. Habida cuenta de que el último texto de la sabiniana, el número 92, versa sobre un tema distinto del aquí abordado (el testamento militar) nos inclinamos por colocarlo al inicio de la masa del apéndice.



### 3.2. D. 35,3 «Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur».

#### 3.2.1. Estructura:

<b>D. 35,3</b>		
JURISTA	OBRA Y LIBRO	FRAGMENTO
ULPIANO	79 <i>ad edictum</i>	1,3
PAULO	75 <i>ad edictum</i>	2,4
	7 <i>ad legem iuliam et papiam</i>	7
MARCELO	21 <i>digesta</i>	5
CALÍSTRATO	4 <i>de cognitionibus</i>	6
MECIANO	10 <i>de fideicommissis</i>	8
	12 <i>de fideicommissis</i>	9

#### 3.2.2. Juristas y obras:

Como se observa en el cuadro anterior, son cinco los juristas presentes en D. 35,3. El más representado de todos vuelve a ser Paulo, con tres fragmentos procedentes de sus comentarios *ad edictum* (números 2<sup>577</sup> y 4<sup>578</sup>) y *ad legem Iuliam et Papiam* (7<sup>579</sup>). Tienen dos fragmentos Ulpiano (ambos de los comentarios *ad edictum*: 1 y 3<sup>580</sup>) y Meciano (8<sup>581</sup> y 9<sup>582</sup>, ambos del tratado *de fideicommissis*). De los *Digesta* de Marcelo disponemos de

---

<sup>577</sup> *Paling. I*, col. 1092 s.

<sup>578</sup> *Paling. I*, col. 1093.

<sup>579</sup> *Paling. I*, col. 1132.

<sup>580</sup> *Paling. I*, col. 872 ss.

<sup>581</sup> *Paling. I*, col. 585.

<sup>582</sup> *Paling. I*, col. 585.

un único texto (5<sup>583</sup>), al igual que ocurre con el *de cognitionibus* de Calístrato (número 6<sup>584</sup>), única obra esta última no utilizada por los compiladores en el título precedente, ya estudiado.

### 3.2.3. Correspondencias entre masas bluhmianas y contenidos.

#### 1. Contenido de los fragmentos de la masa edictal.

Los primeros siete fragmentos pertenecen a la masa edictal, que se erige así en la principal.

##### a) Ámbito de aplicación.

1 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): Cuando se duda sobre una posible vulneración del derecho a la *quarta* del heredero, el pretor hace prestar la caución de restitución al legatario, que le obliga también a actuar sin dolo.

1,4 (Ulp. 79 *ad ed.*): Es necesario prestar la caución cuando existen dudas sobre el importe de los legados o de las deudas hereditarias.

1,5 (Ulp. 79 *ad ed.*): La caución también se presta respecto de los fideicomisos.

1,9 (Ulp. 79 *ad ed.*): Aunque el heredero tiene derecho de repetición sobre el legatario, recuperando lo pagado de más, es oportuna la prestación de la *cautio* en la medida en la que aquél puede haber gastado lo recibido, deviniendo insolvente.

1,10 (Ulp. 79 *ad ed.*): Se presta también esta caución respecto de la *donatio mortis causa*.

1,12 (Ulp. 79 *ad ed.*): La ley Falcidia, y por ende la caución, no se extienden al ámbito del testamento militar.

1,14 (Ulp. 79 *ad ed.*): Hay leyes cuya aplicación práctica puede llegar a desplazar a la de la *lex Falcidia*.

3,1 (Ulp. 79 *ad ed.*): La *cautio* ha de estar garantizada con fiadores.

3,2 (Ulp. 79 *ad ed.*): No es necesario prestar la caución cuando se legó algo sometido a varios términos.

---

<sup>583</sup> *Paling. I*, col. 626.

<sup>584</sup> *Paling. I*, col. 87. Sobre Calístrato, cfr. C. A. CANNATA, *op. cit.* 72 n. 99.

4 pr. (Paul. 75 *ad ed.*): La prestación de la caución no procede en todo caso, sino cuando está justificada.

4,2 (Paul. 75 *ad ed.*): Siempre procede prestar la caución cuando el heredero paga con sus propios bienes o dinero.

b) Legitimación activa y pasiva.

1,2 (Ulp. 79 *ad ed.*): Tutor negligente que no hace prestar la *cautio* al legatario.

1,3 (Ulp. 79 *ad ed.*): Legados que sobrepasan de la cuantía de la cuota hereditaria adquirida por un coheredero sustituto. El importe restante del legado debe satisfacerlo el otro coheredero, y de ahí que el legatario deba prestar caución respecto de ambos.

1,6 (Ulp. 79 *ad ed.*): El heredero está facultado a exigir la caución cuando paga íntegros los legados, calculando un árbitro el importe de los bienes de la herencia.

1,7 (Ulp. 79 *ad ed.*): Si concurren legados de presente y otros dejados *sub condicione*, podría producirse una lesión del derecho a la *quarta* si se pagan íntegros los primeros y se cumple después la condición de la que se hacen depender los segundos, y de ahí que proceda, en este caso, prestar la *cautio*.

1,8 (Ulp. 79 *ad ed.*): Si se deja a favor de una persona un legado de las tres cuartas partes de la herencia junto con otro legado, pendiente de condición, del cuarto restante, el legatario tendrá que prestar la caución de restitución.

1,11 (Ulp. 79 *ad ed.*): La prestación de la *cautio* faculta al heredero a reducir los legados incluso hasta el extremo de hacerlos desaparecer.

1,13 (Ulp. 79 *ad ed.*): Debe prestar la *cautio* el legatario fiduciario.

1,15 (Ulp. 79 *ad ed.*): Ante el perecimiento de la cosa legada en poder del legatario que prestó la caución, es posible que este obtenga una excepción contra la reclamación del *heres*.

2 (Paul. 75 *ad ed.*): Esta *exceptio* a favor del legatario se concede incluso cuando se prometió restituir no la propia cosa, sino su estimación económica.

3 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): La excepción del legatario no procede, en cambio, cuando actuó con dolo.

3,5 (Ulp. 79 *ad ed.*): El fisco no presta la caución.

3,6 (Ulp. 79 *ad ed.*): El *heres* que pierde la herencia por negligencia o dolo puede perder también su derecho a la restitución de lo pagado de más merced a la *cautio*.

3,7 (Ulp. 79 *ad ed.*): No todos los casos de evicción, empero, impiden al heredero exigir del legatario la restitución de lo que se pagó en exceso.

3,8 (Ulp. 79 *ad ed.*): Como regla general, el *heres* puede exigir la restitución cuando pagó de más y actuó sin dolo.

3,9 (Ulp. 79 *ad ed.*): Evicción que afecta a partes de la herencia.

3,10 (Ulp. 79 *ad ed.*): En caso de que no se haya prestado la caución o de que se haya pagado de más por error, procede interponer la *condictio indebiti* contra el legatario.

4,1 (Paul. 75 *ad ed.*): Reclamación de una herencia por parte de dos personas.

4,3 (Paul. 75 *ad ed.*): Prestación de la caución cuando dos personas del mismo nombre pretenden la misma herencia.

5 (Marcell. 21 *dig.*): La *cautio* ante el fideicomiso de restituir lo legado.

#### c) Exclusión de la *cautio*.

3,4 (Ulp. 79 *ad ed.*): Dispensas en la prestación de la *cautio*.

6 (Call. 4 *de cogn.*): Dispensa de Cómodo en la prestación de la *cautio*.

7 (Paul. 7 *ad l. Iul. et Pap.*): Exclusión de la caución introducida por Antonino Pío.

#### d) Cálculo del activo y del pasivo.

1,1 (Ulp. 79 *ad ed.*): Solo se hace una vez la cuenta de la Falcidia, incluso en el caso de la sustitución pupilar.

3,3 (Ulp. 79 *ad ed.*): Se puede realizar el cómputo de la Falcidia aun antes de que los legados sean exigibles, por estar sujetos a condición o término.

## 2. Contenido de los fragmentos de la masa papiniana.

Los dos últimos fragmentos pertenecen a la masa papiniana.

#### a) Legitimación activa y pasiva.

8 (Maec. 10 *de fideic.*): Prestación de la caución por el fideicomisario cuando el heredero de una herencia deferida al fisco está gravado con un fideicomiso.

9 (Maec. 12 *de fideic.*): El problema de la legitimación en la prestación de la *cautio* ante el legado de usufructo.

### 3.3. Conclusiones.

El estudio de la estructura de D. 35,2 arroja como conclusión clara que los compiladores justinianos siguieron en gran medida un criterio sistemático en la ordenación de los contenidos del título, si bien en ocasiones se localizan textos que, tratando sobre una misma materia, se nos presentan distantes entre sí, principalmente a resultas de la unificación de las masas tras el proceso de selección de los fragmentos. Son pocos, en efecto, los que encontramos extrapolados más allá de su masa originaria –lo cual, cuando ocurre, se debe siempre a una búsqueda de la uniformidad del contenido–, con la consiguiente dispersión algunos que son relacionables entre sí. El carácter sistemático del trabajo de los compiladores se hace evidente, pese a lo dicho, ante la observación de la arquitectura del título: la masa papiniana –la de mayor extensión– es la utilizada principalmente para introducir los aspectos básicos del funcionamiento de la ley (ámbito de aplicación: ocho fragmentos; posibles exclusiones: nueve; legitimación: veintisiete), así como las cuestiones problemáticas que presenta su aplicación práctica, tanto en lo concerniente al cálculo de la *quarta* (veintisiete párrafos, a los que sumar otros ocho sobre el cálculo del activo y del pasivo y diez más sobre bienes imputables y no imputables a la Falcidia) como su retención por el heredero (doce párrafos). La masa sabiniana, por su parte, es usada principalmente para la exposición de estos problemas relativos a la *retentio* (dieciocho de sus veinticinco fragmentos). En lo concerniente, en cambio, a las reglas conforme a las que debe realizarse la estimación económica del patrimonio hereditario, predomina claramente la masa edictal (nueve párrafos, a los que añadir otros siete relativos al cálculo del activo y del pasivo de la herencia). La masa del apéndice, por último, está enfocada claramente al estudio de supuestos en los que la retención de la Falcidia se hace dificultosa (cuatro párrafos).

Existe, además, uniformidad de contenidos entre las masas: todas ellas abordan el estudio, como resulta lógico, del *ius retentionis* del heredero, que no es sino la plasmación final de un proceso largo de cuantificación de los bienes. Las cuestiones relativas a la legitimación, exclusiones a la aplicabilidad de la ley, cálculo del activo y del pasivo hereditarios, bienes imputables a la *quarta* y problemas relativos al cálculo de misma se

tratan, igualmente, en todas las masas, con la sola excepción de la del apéndice, dada su brevedad. El estudio del modo en el que realizar la estimación de los bienes hereditarios se aborda en las masas edictal y sabiniana, mientras que el de la prestación de la *cautio ex lege falcidia* se localiza, por último, en la papiniana y en la edictal.

Son pocos los fragmentos de D. 35,2 que se refieren a la caución de restitución de lo cobrado de más, habida cuenta de la presencia de D. 35,3, cuya brevedad evidencia su carácter complementario del anterior título. El predominio aquí de la masa edictal es prácticamente absoluto, pues solo dos fragmentos, relativos a cuestiones de legitimación, pertenecen a la papiniana, mientras que la edictal contiene diecinueve sobre esa materia, once más sobre el ámbito de aplicación, tres referentes a posibles exclusiones en el deber de prestar la caución y dos relativos al cálculo del activo y del pasivo. No existen, pues, textos procedentes de la masa sabiniana, ni ninguno que dé lugar a una masa del apéndice.

## CAPÍTULO 4

### EL RÉGIMEN DE LA *QUARTA FALCIDIA*

#### 1. **Ámbito de aplicación de la *lex Falcidia*.**

##### 1.1. Contenido de la *lex* y situaciones excluidas de su ámbito.

D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: 'qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit'. secundo capite modum legatorum constituit his verbis: 'quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est'.*

Los compiladores inician el título dedicado a la ley Falcidia (D. 35,2) con unos fragmentos extraídos de un libro monográfico de Paulo. Resulta lógico pensar que lo que encontramos, justo al comienzo, en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) es precisamente el inicio mismo de esa obra de Paulo, pues el carácter elemental e introductorio de las palabras evidencian a las claras que su intención no es otra que la de realizar una primera aproximación básica al contenido de la ley. De hecho, el jurista incluso lo adelanta antes de copiar la literalidad del texto legislativo, a cuya reproducción recurre más bien con ánimo de ilustrar su previa explicación, en lugar de seguir un procedimiento inverso. Así, Paulo afirma con sus propias palabras que la *lex Falcidia* permite al testador realizar legados que no excedan de las tres cuartas partes de la herencia, y solo después de referido esto, transcribe los términos exactos en los que se expresaba la ley. Que la reproducción que Paulo nos hace de esta es de carácter fragmentario es, pues, evidente, al buscar el jurista no tanto transcribirla en su integridad, sino más bien reforzar sus propias palabras

con los términos de aquella que más le interesaban<sup>585</sup>. Ahora bien, que las palabras que el jurista atribuye a la *rogatio* de la ley pertenecieron realmente a ella es algo de lo que no debe dudarse, por mucho que resulte evidente la ausencia de un probable mayor desarrollo de esta y de la integridad de la *praescriptio* y de la *sanctio*. Sabemos por Paulo, pues, que la *lex* se componía al menos de dos capítulos, el primero de los cuales no parecía contener más que una suerte de remisión al segundo, caracterizándose por un evidente carácter introductorio. Permitía al ciudadano legar sus bienes siempre que lo hiciese de manera acorde con lo expresado en el segundo capítulo (*qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit*), en el que encontramos ya la prohibición de transmitirlos por encima del *dodrans*<sup>586</sup> (*quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam*

---

<sup>585</sup> Prueba de ello es D. 35,2,81,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*), donde se nos dice que el propio texto de la ley Falcidia establecía que esta no se extendía sobre los legados de las cosas compradas o dispuestas para la mujer (véase el *nominatim ipsa Falcidia lege expressum est* que cierra el fragmento). Que la *rogatio* de nuestra ley disponía más de lo que reproduce literalmente Paulo debe considerarse, por tanto, como cosa segura. Precisamente lo aparentemente innecesario del primer capítulo de la ley, que tal y como aparece transcrito en nada innova ni altera la situación precedente –la existencia de las leyes Furia y Voconia atestiguan la plena validez de los legados conforme al *ius civile*– es lo que llevó a Ferrini en su día a afirmar que, en efecto, es probable que el fragmento en cuestión no nos transmita con exactitud, o al menos en su integridad, las palabras del capítulo, que probablemente contendría originariamente menciones a distintos tipos de legados tales como el *legatum per damnationem* o el *legatum sinendi modo*. El hecho de que estas formas de legado estuviesen ya desaparecidas en época justiniana justificaría la mutilación del texto de Paulo, carente en lo que a esto concierne de utilidad práctica, por parte de los compiladores. Cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 20 ss. y 419, seguido por B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 388 y G. GROSSO, *Il legato*, cit. 339. Crawford, por su parte, apunta la existencia de una posible laguna con base a las palabras *eam pecuniam easque res*, que según señala, deben referirse a una mención previa. Para una reconstrucción del texto, cfr. M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit. 779 s.

<sup>586</sup> El propio Paulo señala más adelante (D. 35,2,1,6 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]) que también se extiende la ley no solo a las cosas propias que lega el testador, sino también a las ajenas que transmite mediante legado.



*damnatus est*). El texto que reproduce Paulo está libre tanto de anacronismos<sup>587</sup> como de contradicciones internas, pues en esas mismas líneas parece referirse al *legatum per vindicationem* (obsérvese el *dare legare volet*, que proviene sin duda de la clásica fórmula *do lego*, característica de esa forma primigenia de legado), debiendo el legatario ser siempre ciudadano. En este sentido, también el capítulo primero parece circunscribir el radio de acción de la ley al ámbito del legado vindicatorio: nuevamente vemos *dare legare volet*. Sea como fuere, resulta incuestionable, a la luz de las últimas palabras de la *lex* que Paulo reproduce, que ésta también afectaba a los legados efectuados *per damnationem*, pues el texto señala expresamente que si se ha impuesto al heredero la entrega de legatarios, este deberá cumplirlo siempre y cuando ello no vaya en menoscabo de su derecho de retención de la *quarta* (*qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est*). Lógicamente, este derecho al *quadrans*, heredero de las medidas introducidas a favor del *heres* por la anterior *lex Voconia*, nace con la propia ley Falcidia, cuya literalidad excluía cualquier aplicabilidad retroactiva, como se observa en lo reproducido por Paulo (véase el *qui eorum post hanc legem rogatam*, idéntico en ambos capítulos).

La ley Falcidia no opera, lógicamente, en el ámbito de la sucesión intestada, si bien Paulo señala en D. 35,2,1,2 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) que su autoridad se extiende por el edicto del pretor, de manera que ningún heredero de derecho propio pueda verse despojado de la *quarta*. En el caso de que un testamento sea, por tanto, inválido, y de que deba abrirse la *successio ab intestato* preservándose, empero, la validez de los *legata*, como fue costumbre, el magistrado auxiliará al heredero forzoso haciendo que se

---

<sup>587</sup> El hecho de que la letra de este segundo capítulo especifique que tanto el testador, naturalmente, como el destinatario de los bienes han de ser ciudadanos resulta de todo punto lógico al referirse la *lex Falcidia* exclusivamente a los legados y no a los fideicomisos, cuyo régimen, como es sabido, es siempre más flexible. Teniendo en cuenta que Paulo escribe después de aparecido el senadoconsulto Pegasiano, aporta, pues, verosimilitud a la transcripción fragmentaria que realiza del texto de la ley el hecho de que este se refiera expresamente al requisito de la ciudadanía en la persona del destinatario de las liberalidades. Solo tras la promulgación de aquel senadoconsulto se extiende, como es sabido, el régimen de la *quarta* al ámbito de los fideicomisos, que podían dejarse incluso en provecho de extranjeros.

reduzcan los legados excedentes del *quadrans* por mucho que ese mismo *heres* lo sea *omissa causa testamenti*, como el propio jurista señala<sup>588</sup>.

Otro supuesto de imposibilidad de aplicación de la *lex Falcidia* es el que encontramos inmediatamente después del fragmento que acabamos de referir (D. 35,2,1,3 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]). Concretamente, este texto nos dice que cuando se perdonó la condición del juramento, también se extiende la autoridad de la ley al edicto pretorio. Lo expuesto por Paulo se antoja críptico, desde luego, y es fácil suponer que las razones de ello se encuentren en la necesidad de los compiladores de abreviar los textos escogidos, debiendo concluirse, a mi juicio, que se refiere a la prestación de la *cautio ex lege Falcidia* a la que se dedica D. 35,3 y sobre la que el propio jurista no escribe antes, presumiendo

---

<sup>588</sup> Recordemos aquí que el problema de base que conlleva la aparición de la *lex Falcidia de legatis* es el de que el *heres* no acepte una herencia que en poco le aprovecha, produciéndose entonces la apertura de la sucesión intestada. La cuestión no resulta problemática, desde luego, respecto del heredero voluntario, que, como es sabido, no adquiere los bienes automáticamente a la muerte del testador, sino que debe efectuar para ello la *aditio*. Basta, pues, con no adir la herencia para evitar la responsabilidad *ultra vires hereditatis* respecto de los créditos hereditarios y obligaciones transmisibles *mortis causa*. El heredero necesario, en cambio, al adquirir *ipso iure* (Gai. 2,153 y 157; D. 38,16,14 [Gai. 13 *ad l. Iul. et Pap.*]) tan solo dispone del *beneficium abstinenti*, que no implica la apertura de la *successio ab intestato*, sino más bien, como se sabe, la entrega de la masa hereditaria a los acreedores. ¿Cómo puede entonces el *heres suus* abrir la sucesión intestada, para él más rentable, cuando no le está permitido repudiar la herencia? La respuesta está, a mi juicio, en la práctica de insertar la cláusula *si volet* en el testamento clásico, que hace depender de la voluntad del *suus* instituido no solo la adquisición de los bienes hereditarios en los términos recogidos en las *tabulae testamenti*, sino la condición misma de heredero de derecho propio. Así lo refiere expresamente Hermogeniano al decir que las palabras «si quiere, Publio Melio sea mi heredero» -*Puvius Maevius, si volet, heres esto*- producen efecto únicamente en el caso del *heres suus*, y no, como resulta natural, en el del voluntario, que es libre de repudiar. Esta afirmación, recogida en D. 28,7,12 (Hermog. 3 *iusuris epit.*) debe complementarse con D. 28,5,87 (Maecen. 7 *fideic.*), en el que se afirma que, en la práctica, el testador acostumbraba a insertar esa cláusula instituyendo herederos sustitutos para el supuesto de que el principal instituido ejercitase su derecho a rehuir de la condición de heredero. En caso de aceptar serlo, además, el jurista refiere que el *suus* pasaría entonces a adquirir la condición de *heres* voluntario, estándole vetada, en consecuencia, la *abstentio*. Ahora bien, por mucho que la cláusula *si volet*, que además tenía un carácter potestativo, permitiese a los *sui* efectuar esta suerte de repudiación, resulta evidente que el fragmento de Paulo, en el que ni siquiera se utiliza tal término, no se refiere a una circunstancia tan concretísima. Yo me inclino por interpretar que el texto alude al derecho de retención de la *quarta* sobre los legados que se mantuvieron como vigentes tras abrirse la sucesión intestada, por invalidez, lógicamente, del testamento en el que se contenían.

su conocimiento por parte del lector. Que el texto, en su actual formulación, es sospechoso de haber sido reelaborado es evidente. Ahora bien, ello no implica, necesariamente, ningún cambio en la cuestión de fondo que se abordaría por Paulo. Lo extraño, en suma, de unas líneas en las que el autor pasa rápidamente de exponer lo más elemental a dar por sabido aquello que, siendo más complejo, aún no ha sido expuesto, es otro elemento indicativo quizá de que lo escrito por Paulo, quién sabe si con una reproducción más amplia del texto de la ley de lo que nos ha llegado, pudo ser acertado por los compiladores, que habrían mantenido entonces la necesaria referencia a la prestación de la *cautio* prescindiendo tal vez de cualquier otra explicación, habida cuenta de que a ella se dedicaría, como decimos, un título exclusivo del mismo libro 35. Esta es una hipótesis que se me antoja factible a la hora de dar sentido a la súbitamente oscura exposición de Paulo, si bien hay que admitir que nos movemos íntegramente en el campo de la pura especulación. Sea como fuere, Paulo parece referirse a la promesa impuesta al legatario por la que este, como tendremos oportunidad de estudiar más adelante, se compromete a restituir al heredero cuanto recibió lesionando su derecho a la *quarta*. El sentido del texto parece ser, pues, el siguiente: si el heredero no impuso la prestación de la *cautio* al legatario siendo necesaria conforme a D. 35,3,4 (Paul. 75 *ad ed.*), no puede esperar obtener el beneficio de la ley Falcidia, al quedar fuera de su radio de acción natural ya fuese por desidia o por decisión intencionada. En estos casos, empero, el pretor parece proteger a estos herederos, tal y como se desprende de lo expuesto por Paulo<sup>589</sup>. La regla general parece haber sido, pues, la de la inaplicación de la Falcidia si el *heres* debió exigir la *cautio* y no lo hizo por dolo o desidia, existiendo *ius controversum* en lo concerniente a posibilidad de que el heredero deba encontrar el auxilio del pretor en estos casos<sup>590</sup>.

---

<sup>589</sup> En auxilio de esta idea encontramos lo escrito por Ulpiano en D. 35,3,1,7 (Ulp. 79 *ad ed.*), donde se personaliza en Juliano, y no por tanto, en el resto de los juristas, la idea contraria, según la cual el pretor debería oponer la *denegatio actionis* a la *vindicatio* del heredero sobre los bienes de los que dispusiese aquél legatario al que no le impuso la prestación de la caución.

<sup>590</sup> En D. 35,3, relativo, como decimos, a la *cautio*, encontramos otro fragmento a propósito de la inaplicación de la Falcidia por causa, esta vez, de otras *leges*. Se trata de D. 35,3,1,14 (Ulp. 79 *ad ed.*), que refiere que, en efecto, existen casos especiales en los que la aplicación práctica de otras leyes desplaza a la de la *lex Falcidia*. En el presente texto, no exento sospecha sobre alguna posible alteración, Ulpiano narra un caso elocuente: se instituye como heredero universal a un patrono, al que se le impone, por un lado, el legado de transmitir cinco onzas, y por otro, un segundo legado bajo condición que puede llegar a vulnerar su derecho de retención sobre la herencia del liberto. Aquí no será de aplicación la ley Falcidia, sino la que

La reclamación tardía de la *quarta* por parte del heredero, por último, no parece haber sido obstáculo para su percepción, según expone nítidamente Modestino en D. 35,2,58 (Mod. 9 *reg.*), donde se apunta que, de hecho, la Falcidia produce efectos incluso mucho tiempo después de la muerte del causante. Este fragmento debe complementarse con D. 35,2,95,2 (Scaev. 21 *dig.*), que expone la siguiente situación: Tres años después de adir la herencia, un heredero reclama el beneficio de la Falcidia, esto es, el derecho a reducir los legados. El testador, en efecto, había llevado a práctica varias tutelas de las que aún no se había dado cuenta, sin que pudieran cobrarse los créditos en la cantidad por la que se había prestado caución. Los legatarios, que lógicamente no quieren verse defraudados, piden al heredero copia de todos los documentos, tanto de las cuentas de la herencia como de la administración de la tutela, pero en opinión de Escévola es al juez a quien le corresponde buscar las pruebas sobre el importe del patrimonio. Queda claro, pues, que nos encontramos ante un problema probatorio destinado a evitar el fraude del heredero para con los legatarios, pero en el que en absoluto se discute su derecho de percepción de la *quarta Falcidia*, incluso después de transcurridos años desde el momento de la *aditio*.

## 1.2. Legados afectados por el régimen de la *quarta*.

Ulpiano, en D. 35,2,66,1 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*), señala, como regla general, que los *legata* y las donaciones *mortis causa* solo deben satisfacerse una vez pagadas las deudas hereditarias transmitidas al heredero. De este modo, si estas últimas fueron tales que vaciaron por completo el patrimonio hereditario, no se deberán las donaciones por causa de muerte, viéndose privado de ellas el donatario. El primer paso, pues, a la hora de determinar si los legados que se contienen en el testamento quedan bajo el radio de acción de la ley Falcidia consiste en advertir si realmente se deben a los legatarios, pues

---

permite heredar al patrono. En relación con la posibilidad de que el fragmento esté, como apuntaba, interpolado, suelen considerarse a los ejemplos con *ut puta* como alteraciones introducidas en los textos ya antes de la elaboración del Digesto. Nosotros encontramos casos similares, además de en el presente, en D. 35,2,47 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*); D. 35,3,3,4 (Ulp. 79 *ad ed.*) y D. 3,3,7 (Paul. 7 *ad l. Iul. et Pap.*). Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca 1943) 48. Sea como fuere, la detección de interpolaciones por palabras ha de abordarse en nuestros días no sin reservas. Cfr. M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas* (Granada 1998) 52 s.

pese a constar en un testamento válido, puede darse el caso de que no puedan hacerse valer por causa de un exceso de deudas transmisibles *iure hereditario*. Aunque el texto de Ulpiano se refiera aquí, concretamente, a las *donationes mortis causa*, su contenido es obviamente extrapolable al ámbito de los *legata*<sup>591</sup>, ya que, como tendremos oportunidad de ver en el presente capítulo, el cálculo del activo y del pasivo hereditarios, con la consiguiente *aestimatio* del valor de la *hereditas*, antecede al pago de aquellos, y por supuesto, a su posible reducción conforme a la ley Falcidia. La satisfacción de los créditos de los acreedores goza, pues, de una natural e inevitable preferencia sobre los intereses de los legatarios, pues al imputarse aquellas deudas al pasivo, reducen el valor activo de la masa hereditaria de la cual han de salir los propios legados y fideicomisos. Solo después de calculado el activo y el pasivo sabremos, pues, cuánto corresponde al *heres* y si procede la *retentio* de la Falcidia, que será aplicable ante cualquier legado excedente del *dodrans*:

D. 35,2,67 (Terent. 4 *ad l. Iul. et Pap.*): *Quotiens cuidam amplius legatum sit, quam ei capere liceret, et lex Falcidia locum haberet, prius Falcidiae ratio habenda est, scilicet ut subducto eo, quod lex Falcidia exceperit, reliquum, si non excedat statutam lege portionem, debeat.*

---

<sup>591</sup> En términos generales, todo *legatum* que exceda del *dodrans* puede ser reducido por el heredero, tal y como queda expresado en C. 6,50,17 (Dioclet. et Max. a. 294-305), que apunta que, cuando hay coherederos, todos los legatarios pueden exigirles que satisfagan sus legados, siempre y cuando aquellos retengan la *quarta*. Esta realidad es descrita como de «certísimo derecho» (*certissimi iuris est*) en esta constitución imperial de Diocleciano y Maximiano.

El derecho de *retentio* de la *quarta Falcidia*, además, se extiende, más allá de los legados, a las donaciones *mortis causa* excesivas desde Septimio Severo (C. 6,50,5 [Alex. Sev. a. 223]). En lo que atañe a la tipología formal de ese texto, que no se ha conservado, es de suponer que se trató de una *oratio principis – senatus consultum*. Cfr. F. NASTI, *Papiniano perduto? Una nuova testimonianza sull'estensione della «lex Falcidia» alle «donationes mortis causa»*, en *Index* 44 (Napoli 2016) 114 ss. Este último trabajo versa sobre un texto de Heidelberg -*P. Heid. lat. 3*- publicado por primera vez por Gradenwitz en 1903 y posteriormente por Seider (1979 y 1981) de difícil interpretación a causa de su carácter fragmentario. El autor considera que testimonia la aplicación del régimen de la *quarta Falcidia* a las donaciones por causa de muerte por Septimio Severo. Una constitución posterior en el tiempo, de los emperadores Diocleciano y Maximiano, permite también retener la Falcidia de este tipo de donaciones cuando fueron efectuadas entre los cónyuges (C. 6,50,12 [Dioclet. et Max. a. 290]). Sobre estas donaciones (PS. 3,7; IJ. 2,7,1; D. 39,6; C. 8,56) véase V. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Donatio mortis causa* (Santiago de Compostela 2012).

Este sencillo fragmento de Terencio Clemente refiere tan solo lo que es, pues, el normal funcionamiento del régimen de la *quarta*: un legado que exceda de las tres cuartas partes de la *hereditas* provoca, en efecto, la puesta en marcha del mecanismo de la *lex Falcidia*. Estimado el importe del *quadrans* que corresponde al heredero, este procederá al pago únicamente de aquello que no lesione su derecho a retenerlo<sup>592</sup>. Una sencilla ejemplificación de lo que nos expone el jurista la encontramos en D. 35,2,87 pr. (Iul. 61 *dig.*): Tenemos a un testador que tan solo deja un fundo valorado en cien. Instituye heredero a su hijo y le impone el legado de vender por cincuenta el citado fundo. Puesto que el *heres* recibe cincuenta como *pretium* y con ello se alcanza la mitad del valor de la herencia, se consideran perdidos tan solo los otros cincuenta restantes, de manera que no opera la ley Falcidia<sup>593</sup>. Inmediatamente a continuación (D. 35,2,87,1. [Iul. 61 *dig.*]), Juliano introduce una variante sobre el caso anterior: una herencia se compone de dos fundos, valorados en cien cada uno de ellos. Ascendiendo, por tanto, a doscientos el valor de la *hereditas*, corresponderán cincuenta al heredero, esto es, la *quarta*. Así las cosas, nos encontramos con que concurren aquí dos coherederos, a cada uno de los cuales se le impone el fideicomiso de vender al contrario uno de los dos fundos en cincuenta. Puesto que cada heredero percibe finalmente esa cantidad *iure hereditario*, quedando satisfecha así la *quarta*, no hay lugar aquí para la aplicación de la ley Falcidia.

Distinto de lo expuesto es el problema que se produce cuando el valor de los legados no solo vulnera el derecho del heredero de retener la cuarta parte de la herencia,

---

<sup>592</sup> En la parte final del texto aparece el término explicativo *scilicet*, como también en los fragmentos D. 35,2,81,1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*) y D. 35,3,5 (Marcell. 21 *dig.*), frecuente en pasajes alterados ya antes de Justiniano. Sea como fuere, el carácter obviamente elemental de lo expuesto en este fragmento impide, con toda lógica, considerar que nos encontremos ante ninguna posible distorsión del pensamiento del jurista, más allá de la posible presencia de adulteraciones formales. Sobre la diferenciación entre interpolaciones formales y sustanciales, véase M. KASER, *Las interpolaciones*, *cit.* 65 s.

<sup>593</sup> El texto puede complementarse con D. 35,2,40,1 (Hermog. 4 *iur. epit.*), que refiere el caso del testamento que contiene el legado de un fundo a favor de un tercero a cambio de que este último entregue la mitad de su valor al heredero. A pesar de que esto último opera a modo de contraprestación o compensación parcial por la pérdida del fundo, no por ello el legatario deja de hacerse propietario, naturalmente, de la integridad de este. Hermogeniano nos aporta esta información sin que ella guarde conexión alguna con lo expresado en las líneas inmediatamente precedentes, relativas al testamento militar, de ahí que el fragmento adolezca de una falta de uniformidad en su contenido expresiva probablemente de la intervención de los compiladores, que habrían recurrido a mutilarlo a efectos de abreviarlo conservando su contenido esencial.

sino que incluso sobrepasa el activo de esta. Sobre este particular disponemos de un interesante fragmento de Gayo –D. 35,2,73,5 (Gai. 18 *ad ed. prov.*)–, que nos enseña que lo mejor, lógicamente, es que el testador distribuya de entrada sus bienes de manera que se asegure de que su heredero percibe el *quadrans*, pues de no ocurrir esto se reducirán los *legata*. En el caso de que el legado no solo vulnere la Falcidia, sino que incluso exceda en su cuantía del propio activo hereditario, que es lo que ahora nos interesa, habrá de procederse a una doble reducción del mismo: en primer lugar, hasta el límite al que alcance el patrimonio de la *hereditas*; y en segundo término se deducirá de ello la *quarta* del heredero.

Hemos visto, por tanto, que el exceso de deudas hereditarias puede llegar a lastrar las expectativas de los destinatarios de las liberalidades contenidas en el testamento, y que lo que reciben los legatarios puede ser objeto de una reducción –caso de que el legado sobrepase el *quadrans*– o incluso de dos –cuando excede del activo hereditario–. Lo que determina, pues, que el *heres* tenga derecho a reducir un *legatum* es el hecho de que este proviene de la masa hereditaria que le está destinada, y de ahí que la facultad de reducción exista incluso cuando el cumplimiento del legado no supone ningún perjuicio económico, al haber impuesto el testador al legatario algún fideicomiso a favor del heredero que le compense íntegramente por tal pérdida. Así lo expone nítidamente Paulo en D. 35,2,65 (Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*): Supongamos que el testador impone al heredero el legado de transmitir un fundo que vale cincuenta, gravando al mismo tiempo al legatario con el fideicomiso de entregar otros cincuenta al heredero, que ve compensada así su pérdida. Aunque este último no experimenta ninguna disminución patrimonial, el legado del fundo debe soportar la Falcidia, pues el *heres* se desprende de él, funcionando la transmisión a manera de condición para que pueda percibir los cincuenta del legatario<sup>594</sup>.

D. 35,2,52 pr. (Marcell. 9 *dig.*): *Ex asse patronum heredem instituit libertus, cum ducentos aureos in bonis haberet, et legavit filio centum viginti, extraneo reliqua:*

---

<sup>594</sup> Distinto es el caso de que se establezca en el testamento un legado de cincuenta y un fideicomiso impuesto al legatario consistente en pagar al heredero la misma cuantía. En este supuesto, ni el legado ni el fideicomiso suponen ningún cambio patrimonial para nadie ni tiene sentido defender que debe procederse a un pago para exigir el otro, que deja las cosas exactamente en su estado inicial. De ahí que no opere el régimen de la Falcidia en este supuesto, calificado como ridículo por el propio Paulo.

*deminutio legati, quod extraneo praestat legatum, proficit filio ad consequenda solida, quae ei legata sunt.*

En este fragmento, que aborda la problemática de si unos legados pueden soportar la retención del heredero con preferencia a otros, Marcelo nos informa acerca de un liberto que deja a su patrono como heredero universal, aunque realmente este no adquiere más que la condición vacía de tal, pues siendo el patrimonio hereditario de doscientos áureos, se le impone el pago de dos legados que lo agotan en su totalidad: uno de ciento veinte a favor de su hijo y otro, a beneficio de un tercero, de ochenta. En esta situación, como resulta lógico, el patrono tiene derecho a reducir los legados hasta retener cincuenta, que es la cuarta parte de doscientos. ¿Cuál de los dos legados habrá de reducirse primeramente, el dejado a favor del hijo o el que corresponde al extraño? Obviamente este último: puesto que ese legado, cuyo valor es de ochenta, basta y sobra para que el heredero retenga lo que le corresponda, deberá reducirse la Falcidia íntegramente de él a efectos de que el hijo perciba al completo el legado de ciento veinte áureos dejado por su padre. De este modo, el patrono habrá de pagar esta cuantía íntegra al hijo, entregando tan solo treinta al tercero.

En relación con la interrogante de cuáles son esos legados reducibles por excesivos, encontramos una relación de Paulo al respecto al comienzo de D. 35,2:

D. 35,2,1,7 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Et omne quod ex bonis defuncti erogatur refertur ad hanc legem, sive in corpore constet certo incertove sive pondere numero mensura valeat aut etiam si ius legatum sit (ut usus fructus) aut quod in nominibus est.*

A manera de marco general, se indica así cuál es el contenido de los *legata* sobre el que es lícito al heredero deducir la *quarta*. En este sentido, el jurista nos señala que pueden fraccionarse de este modo los legados de cosas determinadas o indeterminadas; aquellos que consisten en la transmisión al legatario de un género y que se determinan por su peso, número o medida; y los que transfieren derechos de crédito sobre deudores y de usufructo. Todos estos legados pueden ser, pues, objeto de reducción a efectos de que el *heres* pueda percibir lo que le corresponde. Sobre la posibilidad de reducir un legado *sub condicione* se pronuncia Paulo en D. 35,2,1,4 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), fragmento que refiere que el heredero tiene derecho a retener la *quarta Falcidia* en aquellos casos en los que se produce la suspensión temporal de la eficacia del legado por



circunstancias especiales: a) cuando se trata de un esclavo manumitido en el propio testamento al que se lega también algo; b) cuando se lega en provecho de quien se encuentra en situación de cautividad; c) cuando el legado se realiza en beneficio del no nacido. En todos estos casos ha de esperarse al cumplimiento de la condición que marca la idoneidad del sujeto para erigirse en legatario (la manumisión, que a menudo se condiciona, como sabemos, a la realización de un determinado servicio por parte del *statuliber*; la liberación del cautiverio; el nacimiento), y solo a partir de ese momento produce eficacia el legado. Ni el heredero puede negarse al cumplimiento ni el legatario puede evitar, una vez hecho efectivo el legado, la reducción del mismo en la medida en la que sobrepase el *quadrans*.

También es posible someter a reducción, conforme a la Falcidia, a los legados dejados a un municipio o a la divinidad cuando violen el derecho de *retentio* del heredero, posibilidad esta que contempla Paulo expresamente en D. 35,2,1,5 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*)<sup>595</sup>. Marciano, en la misma línea que Paulo, escribe en D. 35,2,89 pr. (Marcian. 7 *inst.*) que los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala legislaron por rescripto

---

<sup>595</sup> La regla general es la de que la *lex Falcidia* se aplica con independencia del destinatario del *legatum*, de manera que los dejados a los dioses y a favor de los municipios deben soportar la *quarta*. Será Justiniano quien establezca que los legados dejados *piae causae* no entren en el cómputo de la Falcidia (Nov. 131,12), como tendremos ocasión de estudiar más adelante. Franciosi apunta que sería atrevido defender que la referencia a los legados a favor de Dios en D. 35,2,1,5 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) pueda ser un añadido postclásico o justiniano, pues el texto es contrario al *favor ecclesiae* y no concuerda con la regla contenida PS. 4,3,3, como podremos ver en páginas posteriores. Sea como fuere, el autor sí intuye una reelaboración cristianizada de lo que debería ser la literalidad original del texto. Lo que se contiene en este debe ser, pues, el producto de una elaboración jurisprudencial que manifiesta cómo con el tiempo se asimilan las *dona deorum* a los legados, sujetos a la Falcidia: «La graduale assimilazione dei *dona deorum*, interpretati come “*ea, quae in honorem Dei ecclesiis reliquantur*” alla figura del legato –che subisce appunto in età postclassica un graduale slargamento, fino ad identificarsi con ogni lascito a titolo particolare–può aver attratto quelle disposizioni, in origine atipiche, sotto la disciplina propria di ogni specie di legato». G. FRANCIOSI, «*Lex Falcidia*», «*Sc. Pegasianum*», cit. 410 s. Franciosi, inicialmente, interpreta que los legados a favor de la divinidad se referían, como hemos señalado, al culto privado. Más adelante, afirma que pueden reducirse porque son equiparables a los legados dejados en interés público, como los que se hacen a favor de un municipio. Téngase aquí en cuenta con la llegada del cristianismo se desdibujan las diferencias entre el culto privado y el público, pues la destinación de una determinada cantidad a un templo cristiano se hace en provecho tanto de la espiritualidad propia del transmitente como de la propia comunidad cristiana en su conjunto. *Ibid.* 409.

que debían quedar sujetos a la ley Falcidia los legados de cantidad para alimentos de los niños de una ciudad, debiendo el gobernador provincial velar porque tal dinero se invierta en créditos solventes. Por último, Papiniano nos regala un jugoso fragmento sobre la problemática de reducir esta clase de legados:

D. 35,2,5 (Pap. 8 resp.): *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.*

Como es sabido, la promesa unilateral de dar una determinada cantidad a una ciudad (*pollicitatio*) es vinculante, y de ahí que no sea necesario que el testador imponga un legado o fideicomiso con este contenido cuando ya previamente el heredero se había comprometido a ello por su parte<sup>596</sup>: si Cayo se ha obligado, *motu proprio*, a entregar mil sestercios a una ciudad, de nada servirá que su padre, Seyo, le imponga un legado consistente precisamente en lo mismo. Ahora bien, ¿qué ocurre si Seyo establece que el legado que ha de pagar Cayo no es de mil, sino de mil cien sestercios? En este caso, el testador se excede en cien de la cuantía de la deuda, importe este que puede reducirse a fin de retener la *quarta*. Los mil sestercios, en cambio, no pueden ser objeto de reducción, obviamente, porque nuevamente no se deben *iure hereditario*, sino como consecuencia de la promesa unilateral, que hace innecesario el legado. Expuesto esto, Papiniano establece, empero, un matiz: supongamos que, en el mismo supuesto, el testador, en efecto, impone al heredero que previamente realizó por su cuenta la promesa entregar mil a una ciudad, el legado de transmitir mil cien, pero esta vez bajo condición o término. La presencia de estos últimos elementos es absolutamente fundamental, pues implican que el legado, lejos de resultar inútil, sea ahora plenamente eficaz en lo que concierne al exceso de cien sestercios, ampliándose de ese modo la deuda del heredero para con la ciudad. El cumplimiento de la condición o la llegada del término en vida del testador no

---

<sup>596</sup> Sobre la *pollicitatio* (D. 50,12), véanse J. IGLESIAS, *La pollicitatio*, en J. PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid 1994) 495 ss.; J. SAN JUAN SANZ, *La pollicitatio en los textos jurídicos romanos*, en *BOE* (Madrid 1996).

eximen, además, al *heres*, de satisfacer el importe de mil cien sestercios, siguiendo con nuestro ejemplo.

Por último, nos es preciso referir que el régimen de la ley Falcidia no es aplicable al ámbito del testamento militar. Sobre este particular disponemos de un interesante fragmento de Cervidio Escévola –D. 35,2,96 [Scaev. *sing. quaest. publ. tract.*])– sobre el caso de un militar que, antes de entrar al ejército, redacta testamento. Para este último, por tanto, no rige el régimen especial del *testamentum militis*, de manera que la *lex Falcidia* será de aplicación en relación con los *legata* que contenga. Si, siendo ya soldado, incorpora un codicilo a ese testamento, nuestra ley no se aplicará al testamento, pero sí, desde luego, al codicilo<sup>597</sup>.

### 1.3. Supuestos de reclamación defectuosa de la Falcidia.

D. 35,2,1,11 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Si legatarius possessionem nactus est et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem, dabitur actio heredi, ut id quod supra dodrantem est offeratur.*

Este fragmento, muy estudiado por Salomón<sup>598</sup>, habla de la concesión de una acción al heredero (*dabitur actio heredi*) a efectos de que pueda recuperar la posesión de

---

<sup>597</sup> Sobre el testamento militar (Gai. 2,109; *Ep. Ulp.* 23,10; *IJ.* 2,11; *D.* 29,1; *C.* 6,21) véanse J. BRAGE CAMAZANO, *El testamentum militis*, en *Revista jurídica del notariado* 62 (Madrid 2007) 43 ss.; J. A. MARTÍNEZ CUESTA – C. E. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Breves reflexiones sobre el testamentum militis*, en *Revista jurídica de Castilla la Mancha* 26 (Toledo 1999) 81 ss.; I. DE FALCO, *I giuristi e il testamentum militis. L'orientamento di Iavolenus Priscus*, en *SDHI* 80 (Roma 2014) 419 ss.

<sup>598</sup> L. SALOMÓN, *Sine vitio*, *cit.* 191 ss. La autora reproduce, a propósito del presente fragmento, el siguiente texto extraído de la glosa de Accursio: *Errantis: quia putabat plura esse in hereditatem quam erant: sed in legato solvendo bene consentiebat: et nihil prohibet aliquem in uno errare, et in alio consentire et sic non obstat contra S de iuris. om. iudi. (de iurisdictione omnium iudicium) 1. si per errorem (D. 2,2,15 Ulp. 2 de omm. trib.) et C. de iure et fact. igno. 1. cum testamentum (C. 1,18,8 [Diocl. et Max. a. 302])*. Nos encontramos, pues, ante el error de creer que en la masa hereditaria hay más activo del que realmente existe. A propósito del tipo concreto de *legatum* sobre el que escribe Paulo, Salomón concluye que debe tratarse de un legado vindicatorio, o quizá incluso *sinendi modo*, descartando el damnatorio, que, según Gai. 2,214 exige del heredero la expresa transmisión de la propiedad: *Sunt tamen, qui putant ex hoc legato non uideri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium*

aquello que entregó al legatario incurriendo en el error de no reducir la *quarta*<sup>599</sup>. Como se ve, el texto no habla de interdicto, pues en época clásica el uso del *interdictum quod*

---

*rem sumere patiatur; quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.* En el caso del *legatum per vindicationem*, como se sabe, nada obsta a que el legatario se convierta en propietario de la cosa legada sin recibir la posesión de la misma. De hecho, el criterio sabiniano referido en Gai. 2,195 señala que el *legatarius* puede adquirir el *dominium* incluso sin saberlo, desde el momento mismo de la adición, de manera que si posteriormente rechaza el legado, tal repudio operará retroactivamente. Gayo señala que los proculeyanos discrepaban de este planteamiento, en la medida en la que defendían que era necesaria una declaración de aceptación por parte del legatario, sin la cual la cosa legada tenía la consideración de una *res nullius*: *In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse, sed postea quam scierit et spreuerit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerua uero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si uoluerit eam ad se pertinere: sed hodie ex diui Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti uidemur, quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per uindicationem coloniae, 'Deliberent', inquit, 'decuriones, an ad se uelint pertinere, proinde ac si uni legatus esset'.* Finalmente, a juicio de Juliano –cuya opinión fue seguida por Papiniano, Ulpiano y Marcelo– el legatario adquiriría el legado desde la *aditio* del heredero, y la cosa legada, en lugar de considerarse *res nullius*, quedaba en situación de mera pendencia, entendiéndose que se producía la definitiva adquisición si en un determinado tiempo no se producía la repudiación. D. 30,86,2 (Iul. 34 dig.): *Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est. nam si legatarius reppulerit a se legatum, numquam eius fuisse videbitur: si non reppulerit, ex die aditae hereditatis eius intelletur. secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuatur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.* Un análisis de las distintas posiciones doctrinales a propósito de de esta cuestión en *ibid.* 197. Para la autora, en suma, los legados *per vindicationem*, *per praeceptionem* y *sinendi modo* se adquieren tomando la posesión de los mismos por parte del legatario con el consentimiento del heredero. Esta posesión, al no ser viciosa, es *ad usucapionem*, sin que el *heres* civil disponga del *interdictum quod legatorum* para arrebatarla. *Ibid.* 200. Véase también S. ROMANO, *Sull'aquisto del legato «per vindicationem»* (Padova 1933); L. AMIRANTE, *In tema de acquisto del legato per vindicationem*, en *Iura* 3 (Napoli 1952); U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten in römischen Recht bis Labeo* (Karlsruhe 1970); J. GINESTA AMARGÓS, *El legatum per damnationem* (Barcelona 1989); H. ANKUM, *Papinians lehre zum legatum per praeceptionem* (Berlin 1991); I. FARGNOLI, «Rescripts actionem dandam». *Sulla ripetibilità del legato «per damnationem»*, en *Labeo* 47 (Napoli 2001) 252 ss.; M. D'ORTA, *Sterilis beneficii conscientia: Dalla «praeceptio» al «legatum per praeceptionem»* (Torino 2005). Sobre el legado *sinendi modo*, A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»* (Milano 1958).

<sup>599</sup> Distinto de este caso es el de la reclamación fraudulenta por parte del heredero, que se contempla en D. 35,2,89,1 (Marcian. 7 inst.), que establece que quien solicita de este modo la reducción de la ley Falcidia

*legatorum* no se había extendido aún al *heres* civil y correspondía en exclusiva al *bonorum possessor*<sup>600</sup>. ¿Cuál será entonces el medio con el que cuente el heredero para obtener el valor económico de cuanto retiene el legatario en perjuicio de la *quarta*?; ¿Cuál es la *actio* de la que nos habla Paulo? A la hora de dar respuesta a esta pregunta, debe referirse en primer lugar que si hay más legados por cumplir y su importe basta para satisfacer cuanto debe retener el *heres*, este puede imputar a ellos la Falcidia de conformidad con el ya visto D. 35,2,16 pr. (Scaev. 3 *quaest.*)<sup>601</sup>. En caso de que esto no sea posible y el heredero deba recuperar necesariamente algo de lo que ya disponga el legatario, dispondrá entonces de la *rei vindicatio* y de la *vindicatio pro parte* en el caso del legado vindicatorio de cosa divisible, tal y como se desprende de D. 43,3,1,5 (Ulp. 67 *ad ed.*). El recurso a la *condictio indebiti* cuando haya mediado error de hecho –que no de derecho, al tratarse la *lex Falcidia* de una ley tan conocida– en la entrega del exceso<sup>602</sup>, parece reducirse, a su vez, al caso del *legatum per vindicationem*, pues, en palabras de Salomón, «está excluida cuando se trata de una obligación protegida por una acción de las que dan lugar a la litiscrescencia, y que tienen su origen en pretensiones inicialmente garantizadas mediante la *manus iniectio*. El caso más conocido de pretensión inicialmente

---

debe pagar intereses por la cuantía que no entrega a los legatarios. Así lo establecieron los emperadores Septimio Severo y Caracala en un rescripto a Bononio Máximo, tal y como narra Marciano.

<sup>600</sup> Cfr. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 784 s. El autor defiende la procedencia del uso del interdicto –que, como sabemos, opera cuando falta la voluntad del *heres* en el apropiamiento del *legatarius*– a efectos tanto del *legatum per vindicationem* como del *legatum per damnationem*, mas lógicamente no por lo dispuesto en D. 43,3,1,5 (Ulp. 67 *ad ed.*), sino por el hecho de que no puede concebirse que exista consentimiento del heredero cuando medió error en la recepción del exceso por el legatario, y de ahí que el primero pueda solicitar sin problemas la *bonorum possessio* al magistrado.

<sup>601</sup> También puede el testador imputar la *quarta* de manera que los *legata* no se vean afectados del modo descrito en D. 35,2,88,2 (Afric. 5 *quaest.*): *Quare cum quis tale quid consequi velit, sic consequetur: 'si quo amplius legavi vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, ex eo legato quod Titio dedi heres meus damnas esto dare'*. G. GROSSO, *Il legato*, cit. 357.

<sup>602</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 512; F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 23.

garantizada mediante *manus iniectio* es el legado *per damnationem* protegido por una *actio certi ex testamento*<sup>603</sup>». Así lo refiere Gayo expresamente en su *Instituta*<sup>604</sup>:

Gai. 2,282: *Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi uero nomine semper in simplum persecutio est.*

Gai. 2,283: *Item quod quisque ex fideicommisso plus debito per errorem soluerit, repetere potest; at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum uel ex hac uel ex illa causa per errorem solutum fuerit.*

IJ. 3,27,7: *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. namque definiverunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in his legatis et fideicommissis quae sacrosanctis ecclesiis, ceterisque venerabilibus locis quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae si indebita solvantur non repetuntur.*

El texto arriba reproducido, proveniente de las *Institutiones* de Justiniano, atribuye, como se ve, a los *veteres* la decisión de no repetir lo que se pagó por error en los casos en los que el litigio experimenta litiscrescencia, situando como ejemplos a la *lex Aquilia* y a los legados, así como a los fideicomisos, norma esta que, como se indica en las líneas finales, abolidas ya las consecuencias de la litiscresencia, no se mantiene

---

<sup>603</sup> L. SALOMÓN, *Sine vitio*, cit. 198 n. 450 y s. La autora reproduce la glosa de Accursio en la que se señala la pertinencia del uso de la *condictio indebiti* a favor del heredero en el caso que nos ocupa. Véanse, igualmente, F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 63 ss.; A. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona 1991) 454; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 752.

<sup>604</sup> También *Ep. Ulp.* 24,43; C. 4,5,4 (Diocl. et Max. a. 293). Sobre la irrepitibilidad del fideicomiso pagado *ultra quartam*, véanse F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 68 ss.; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 785 ss.

vigente en derecho justiniano salvo en lo concerniente a los bienes dejados *piae causae* (I. 3,27,7).

D. 22,6,9,5 (Paul. *sing. de iuris et facti ign.*): *Si quis ius ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistula divi Pii. sed et imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt: 'Quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. quamobrem Gargiliani heredes, qui, cum ex testamento eius pecuniam ad opus aquae ductus rei publicae Cirtensium relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quae interponi solent, ut quod amplius cepissent municipales quam per legem Falcidiam licuisset redderent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquae ductus impendi, frustra postulant reddi sibi a re publica Cirtensium, quasi plus debito dederint, cum sit utrumque iniquum pecuniam, quae ad opus aquae ductus data est, repeti et rem publicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus, quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet. quod si ideo repetitionem eius pecuniae habere credunt, quod imperitia lapsi legis Falcidiae beneficio usi non sunt, sciant ignorantiam facti, non iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus*<sup>605</sup>».

Este esclarecedor texto de Paulo refiere, por su parte, que Antonino Pío confirmó la improcedencia de la *condictio indebiti* en caso de error de derecho, lo cual aparece posteriormente confirmado en un rescripto de Severo y Caracalla: en el testamento de Cargiliano se establece un fideicomiso para la construcción de una obra pública (un acueducto) y sus herederos destinan lo recibido a ese fin sin retener la *quarta* ni exigir la prestación de la *cautio ex lege Falcidia*, asegurándose, además, de que la suma no se destina a otros fines ajenos a edificación del acueducto. Bien, estos herederos no podrán pretender posteriormente que se les restituya lo que ellos no retuvieron alegando ignorancia en lo que concierne a la *lex Falcidia*, pues tal y como refiere el propio texto del rescripto, transcrito por Paulo, no se auxilia a los necios, sino a quienes yerran (*non*

---

<sup>605</sup> La idea aparece confirmada en D. 24,1,5,15 (Ulp. 32 *ad Sab.*) y PS. 4,3,4. Cabe, igualmente, la posibilidad de que sea el propio legatario quien consiga probar que el heredero decidió renunciar al beneficio de la *quarta*, en cuyo caso, naturalmente, tampoco procedería la *condictio indebiti* (D. 41,4,7,2 [Iul. 44 *dig.*]).

*iuris prodesse nec stultis solere succurri, sed errantibus*). Como refiere Salomón, en suma, puesto que en buena lógica no puede consentirse en aquello en lo que se está errado<sup>606</sup>, procederá entonces el uso, por parte del heredero, de la *condictio indebiti*, o incluso de la *actio furti* en el supuesto de que el legatario, a diferencia suya, conociese la existencia del error de antemano y callase con el objeto de beneficiarse del mismo (D. 13,1,18 [Scaev. 4 *quaest.*]). Distinto de este supuesto es, naturalmente, el caso de que el heredero se comprometa, mediante *stipulatio*, al pago íntegro de un legado o fideicomiso por error, caso este en el que el beneficiario no podrá exigir el íntegro cumplimiento salvo demostración de que el *heres* actuó de manera consciente y voluntaria (D. 35,2,46 [Ulp. 76 *ad ed.*]; D. 39,5,20 [Marcel. 22 *dig.*]; C. 6,50,19 [Iust. a. 532]) o aquél en que el legatario engañe con mala fe al heredero sobre el valor total de una masa hereditaria cuyo importe exacto aún se desconoce a efectos de que aquél le entregue los legados sin reducirlos. Puesto que en este caso no media error no es procedente, desde luego, el uso de la *condictio indebiti*, sino que se concederá la *actio de dolo* al *heres*, de conformidad con el siguiente fragmento de Gayo<sup>607</sup>:

D. 4,3,23 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando vel quadam alia fallacia persuaserit, tamquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus: datur de dolo actio.*

Centrémonos ahora cuáles serán los instrumentos procesales que entran en juego en el supuesto de que el legatario incurra en la consabida *plurispetitio* al exigir el pago íntegro de los *legata*, mas en esta ocasión de manera excusable y sin mediar mala fe. La *Instituta* justiniana señala, en este punto, que cuando la excesiva petición obedeciese a

---

<sup>606</sup> La autora defiende que el modo ordinario de adquisición de la posesión de los *legata* no sería otro que el de la aprehensión de los mismos por parte del legatario con el consentimiento del *heres*. Es, por tanto, este consentimiento el que realmente está viciado por el error, y no la posesión del *legatarius*, que no es clandestina ni violenta, dispone de protección interdicial y puede derivar en propiedad por usucapión. L. SALOMÓN, *Sine vitio*, cit. 192. También P. VOICI, *Teoria del acquisto dell'legato secondo il Diritto romano* (Milano 1936); R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, cit.

<sup>607</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 515; P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 788.



razones comprensibles que imposibilitasen al legatario conocer con exactitud el importe de lo legado y de aquello que debía retener el *heres*, existía la posibilidad de evitar el ya mencionado efecto del *causa cadere*:

IJ. 4,6,33: *Si quis agens in intentione sua plus complexas fuerit, quam ad eum pertinet, causa cadebat, id est rem amittebat, nec facile in integrum a praetore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur si lapsus iuventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori viginti quinque annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit aut quibusdam aliis legata data sint, quae efficiebant ut plus petisse videretur petitor quam dodrantem, ad quem ideo lege Falcidia legata minuebantur.*

La situación se resuelve, como se ve, concediendo al beneficiario de un *legatum per vindicationem* –las fuentes no tratan del caso del *legatum per damnationem*, pero Voci entiende que se le concedería la *actio ex testamento* modificada al efecto– una *vindicatio incertae partis* (D. 6,1,76,1 [Gai. 7 *ad ed. prov.*]) o la *actio communi dividundo* (D. 10,3,8,1 [Paul. 23 *ad ed.*])<sup>608</sup> en cuya fórmula, dotada de la oportuna *demonstratio*, necesaria a efectos de clarificar toda *intentio* de carácter indeterminado, se atribuiría a un juez la determinación de cuanto correspondiese al legatario. En caso de que el legado no fuese vindicatorio ni damnatorio, el cómputo se realizaría directamente ante el *arbiter Falcidiae* del que se habla en PS. 3,8,2 y D. 35,3,1,6 (Ulp. 79 *ad ed.*).

D. 6,1,76,1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Incertae partis vindicatio datur, si iusta causa interveniat. iusta autem causa esse potest, si forte legi Falcidiae locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud iudicem examinatur: iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat: itaque talis dabitur actio. eadem et de ceteris rebus intellegemus.*

---

<sup>608</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 783. El autor ve creíble el recurso a esta *actio communi dividundo* incluso a pesar de considerar interpolado el texto de Paulo.

D. 10,3,8,1 (Paul. 23 ad ed.): *Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat inter legatarium et heredem, communi dividundo agi potest aut incertae partis vindicatio datur. similiter fit et si peculium legatum sit, quia in quantum res peculiares deminuit id quod domino debetur, incertum est.*

#### 1.4. Extensión del régimen de la Falcidia al ámbito de los fideicomisos: la *quarta Pegasiana*.

Debió nacer la *lex Falcidia de legatis* no solo como herramienta de protección del *heres*, sino también como un instrumento quizá recaudatorio con el que hacer frente a una de las dramáticas crisis políticas de la Roma de finales del siglo I a.C., moldeándose según el esquema, ya previamente existente, de la atribución, por parte del tribunal centunviral, de una reserva de los bienes hereditarios a aquél heredero perjudicado por un testamento impugnado por inoficioso. Lo que nació producto de unas exigencias que parecen, pues, puntualísimas, pervivió, con pocas modificaciones, durante más de medio milenio de Historia, pues el régimen de la *quarta* permitía solventar el problema de la apertura de la *successio ab intestato* ante la negativa del *heres* a aceptar lo que no le beneficia, todo ello sin socavar, o al menos no en exceso, la *libertas legandi* que parece inescindible del *testamentum per aes et libram*.

La ley Falcidia, como sabemos, recaía única y exclusivamente sobre los legados, de manera que el efecto de la retención de la *quarta* por el *heres* podía ser en cierto modo evitado por el testador mediante el recurso a los fideicomisos. Esta evitación, en cambio, era imposible en lo que concierne al impuesto con el que sufragar la guerra contra Sexto Pompeyo, que gravaba cualesquiera adquisiciones *mortis causa* (App. bell. civ. 5,8,67). La posibilidad inicial de eludir el régimen de la *quarta Falcidia* acudiendo a la figura del fideicomiso en lugar de a la del legado es claramente sintomática de que aquello que provocó la aparición de esta ley fue la necesidad de recaudar, junto con la de proteger al *heres*<sup>609</sup>. De haber nacido la *lex Falcidia* con la vocación única de instaurar un régimen

---

<sup>609</sup> Para Ferrini, de hecho, eran dos los requisitos inicialmente necesarios para que fuera de aplicación la *lex Falcidia de legatis*: que nos encontremos en sede de sucesión testamentaria y que existan *legata* impuestos al heredero. Será la legislación imperial, unida a la *interpretatio* de los *prudentes*, la que amplíe en la práctica estos límites originarios de la ley, tal y como tendremos oportunidad de señalar en el presente apartado. Véase C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 420. También B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 391,

definitivo de defensa del heredero ante el exceso de liberalidades testamentarias, sería por completo inconcebible que la *rogatio* de la misma contuviese un error de bulto de tal magnitud que podía hacer inalcanzable tal objetivo: indudablemente debería haber hecho mención expresa a los fideicomisos.

Es, por tanto, en un segundo momento histórico, en el que las crisis bélicas de finales de la República han quedado definitivamente atrás, cuando la mentalidad romana decide reforzar la posición del heredero utilizando como instrumento a la preexistente *lex Falcidia de legatis*. Para ello se extenderá su contenido a disposiciones distintas de los legados, y con ello, nuestra ley se alzarán, en realidad por primera vez, como un insalvable obstáculo a la posibilidad de agotar el haber hereditario en liberalidades en perjuicio de los herederos. Nos encontramos, por tanto, ante todo un cambio de paradigma, en el que la ley que sometemos a estudio es observada de manera bien distinta a como lo había sido previamente, manteniéndose así en vigor hasta el derecho justiniano gracias precisamente a esta extensión del régimen de la *quarta* más allá de sus límites originarios.

Gai. 2,254: *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur: ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquantur, eadem retentio permissa est. per quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissum reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio uocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et*

---

que señala que la retención de la *quarta Falcidia* no procede cuando falta sustancialmente el legado por nacer la detracción de la herencia por la ley y no por la libre voluntad del testador, tal y como sucede con el legado de dote y de la legítima con relación al *legatarius*. Sobre esto, D. 35,2,81 (Gai. 18 *ad ed. prov.*) y D. 35,2,87,4 (Iul. 61 *dig.*).

*heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.*

Este texto de la *Instituta* gayana refiere precisamente el surgimiento de esta «fase dos» en la historia de la *lex Falcidia*, que se abre con la extensión del sistema al ámbito de los fideicomisos<sup>610</sup> por medio del senadoconsulto Pegasiano (Gai. 2,256; 258 y 259; *Ep. Ulp.* 25,15-16; PS. 4,3)<sup>611</sup>, que permite al heredero retener la *quarta*, ahora llamada

---

<sup>610</sup> No hay duda de que la *quarta Pegasiana* se modela sobre el régimen de la ley Falcidia (véase también *Ep. Ulp.* 25,14). Cfr. F. SAMPER, *op. cit.* 88. La doctrina es unánime en la idea de que el éxito de la figura de los fideicomisos se debió en gran medida a que, a diferencia de lo que sucedía con los testamentos y los *legata*, se encontraban desprovistos de requisitos formales. De ahí que inicialmente el deber de darles cumplimiento fuese tan solo de índole moral, hasta que en el principado de Augusto se hagan valer por la vía de la *cognitio extra ordinem* gracias a la actividad de los cónsules, y posteriormente, de los dos pretores *fideicommissarii*. Desde este momento, al fideicomiso se le aplicará, por tanto, un régimen similar al de los legados, pero de mayor amplitud. Hacia el año 56 d.C. se promulga el senadoconsulto Trebeliano, la primera regulación formal del fideicomiso, por la que se equipara al heredero el fideicomisario universal (véanse, sobre este particular, la integridad de D. 36,1 y de C. 6,49, así como *Ep. Ulp.* 25,14 y PS. 4,2), disposición esta que se complementa, como se ve, con el posterior senadoconsulto Pegasiano. Téngase aquí en cuenta que, como se sabe, no preveía el s.c. Trebeliano que el fiduciario se reservara ningún bien de la herencia al cumplir con el encargo, lo cual explica que, posteriormente, en época de Vespasiano (entre el 67 y el 79 d.C.) surgiese el s.c. Pegasiano que le atribuye la *quarta* (Gai. 2,254). La supresión de este último por Justiniano explica que en las fuentes solo se hable de *quarta Falcidia* y no *Pegasiana*. Cfr. A. MURILLO VILLAR, *op. cit.* 705; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 120; A. WATSON, *The early history of fideicommissa*, en *Index* 1 (Napoli 1970) 178 ss. Parece que no hay diferencias de cálculo entre la *quarta trebeliana* y la *falcidia*. Sobre este particular, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 494 ss., donde se hace una exégesis de D. 35,2,86 (Iul. 40 dig.): *Si dos socero data est et solus filius heres patri exstitisset, dotem confestim in computatione hereditatis et Falcidia ratione in aere alieno deducet: aliter enim videbitur indotatam uxorem habere. quod si filius extraneum coheredem habeat, ipse quidem semper pro qua parte patri heres erit dotem in aere alieno deducet, et coheres eius, antequam dos a filio praecipiat.*

<sup>611</sup> Véase, por ejemplo, C. 6,50,2 (Sev. et. Antonin. a. 197), donde se dice que el derecho de retención de la *quarta* se ejercita contra todos los legatarios y fideicomisarios. Interesa de este texto el hecho de que se alude expresamente a la aplicación de la *lex Falcidia* al ámbito del fideicomiso prescindiéndose de cualquier mención al s.c. Pegasiano. Sobre la extensión del régimen de la *quarta Falcidia* a los fideicomisos, véanse C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 421 ss.; F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 22; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 340 s.; P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 755; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 388 s.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht* 1, cit. 762 s.; H. ANKUM, *La femme mariée et la loi*

*Pegasiana*, «siempre que el heredero acepte la herencia, pues si se negase perdería la *quarta* y se vería obligado por el pretor a aceptar y restituir la herencia al heredero fideicomisario a instancia de éste», en palabras de De la Rosa<sup>612</sup>. La primera frase de Gayo resulta elocuente: la necesidad de evitar la caída del testamento por la falta de adición del heredero es la que motiva la extensión del régimen de la *quarta* a propósito de los legados a los *fideicomissa* en el año de los cónsules Pegasio y Pusión<sup>613</sup>. En la afirmación va obviamente implícita la idea de que tal propósito era ajeno a la propia ley, de manera que, a mi juicio, puede afirmarse con rotundidad que, en efecto, esta no nació para convertirse en protectora de los intereses del *heres* en todo caso, y que ello solo ocurrió en un momento histórico posterior por medio de instrumentos, como el propio senadoconsulto, ajenos, naturalmente, a la *lex* en sí misma. Es por ello que Gayo se refiere al fideicomisario como alguien que se posiciona en *legatarii partiarum loco*, esto es, en el lugar del legatario que recibe parte de lo legado, como consecuencia del derecho de *retentio* del *heres*, y que ambos se cruzan las mismas estipulaciones que en el caso de la *Falcidia*. Como es lógico, el texto sitúa al heredero como el beneficiario de la *quarta*, y no al legatario al que se le impone un fideicomiso, pues lo que se persigue, como hemos

---

*Falcidia*, en *Labeo* 30 (Napoli 1984) 30; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 23 n.54; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 113; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 289.

<sup>612</sup> P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 120.

<sup>613</sup> Como insinuábamos previamente, no parece haber certidumbre de la fecha exacta de la aparición del senadoconsulto Pegasiano. Sea como fuere, se dio bajo el principado de Vespasiano, y probablemente en fecha posterior al 70 d.C., más de un siglo después, por tanto, de la promulgación de la *lex Falcidia*. M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*. Reimp. de la 3ª ed. (Madrid 1990) 325.

visto, es mover al *heres* a aceptar la *hereditas*<sup>614</sup>. Ciertamente parece que tanto la *lex Falcidia* como el senadoconsulto Pegasiano parecen referirse al heredero exclusivo<sup>615</sup>.

Fruto de esta extensión del régimen de la *quarta Falcidia* al ámbito del fideicomiso debe ser, sin duda, la constitución de Antonino Pío a la que alude Paulo en D. 35,2,18 pr. (Paul. 11 *quaest.*) por la que el sistema se aplicaba, igualmente, a los fideicomisos dejados *ab intestato*<sup>616</sup>.

---

<sup>614</sup> No obstante, si se establece un legado que se reduce por causa de la *lex Falcidia* y al mismo tiempo se impone un fideicomiso al legatario, este tendrá derecho a reducirlo para evitar tener que entregar más de lo que recibió. Incluso parece admitirse en este caso que el testador pudiese excluir la aplicación del régimen de la *quarta*. D. 33,1,21,1 (Scaev. 22 *dig.*): *A liberto, cui fundum legaverat ferentem annua sexaginta, per fideicommissum dederat Pamphilae annua dena: quaesitum est, si lex Falcidia liberti legatum minuerit, an Pamphilae quoque annuum fideicommissum minutum videatur, cum ex reditu legata sint, qui largitur, etiamsi Falcidia partem dimidiam fundi abstulerit, annuam Pamphilae praestationem. respondit secundum ea quae proponerentur non videri minutum, nisi si alia mens testatoris probaretur.* Esto es estudiado en P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 114 y 117.

<sup>615</sup> Por su parte, las *Institutiones* de Justiniano recogen lo referido en Gai. 2,254 de un modo tan similar a lo expuesto en el manual gayano que la influencia resulta a todas luces innegable:

II. 2,23,5: *Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusaban, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. ex singulis quoque rebus quae per fideicommissum relinquuntur eadem retentio permissa est. post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat: ille autem qui ex fideicommissis recepit partem hereditatis legatarii partiarum loco erat, id est, eius legatarii cui pars bonorum legabatur. quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. unde quae solebant stipulationes inter heredem et partiarum legatarium interponi, eaedem interponebantur inter eum qui ex fideicommissis recepit hereditatem et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.*

<sup>616</sup> Sobre la retención obtenida por el heredero en estos casos disponemos de un interesante fragmento de Paulo:

D. 35,2,18 pr. (Paul. 11 *quaest.*): *Filius familias qui militaverat decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense titio post mortem restitueret: quaerebatur, an ut heres quartam deducere possit. dixi legem Falcidiam inductam esse a divo Pio etiam in intestatorum successione propter fideicommissa: sed in proposito nec hereditatem esse, quamvis placeret mihi extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione eius: nam cum apud patrem remanet, ius pristinum durat et peculium est. nec huic contrarium est,*

El dualismo existente entre la *quarta Falcidia* y la *Pegasiana* –en Gai. 2,268-289 se trata de las diferencias entre legados y fideicomisos– se mantendrá hasta la refundición de ambas figuras en una sola por obra de Justiniano (C. 6,43,1 [Iust. a. 529] y C. 6,43,2 [Iust. a. 531]): la fusión de los *legata* y los *fideicomissa* hasta el punto de que en época postclásica tan solo existan diferencias de orden procesal entre ambas (Gai. 2,278)<sup>617</sup> hace innecesario mantener tal distinción en el derecho justiniano, en el que tan solo se habla, por tanto, de *quarta Falcidia*<sup>618</sup>.

Con todo, el ánimo de garantizar al *heres* la tenencia de la *quarta* no conllevó solamente su extensión al ámbito de los fideicomisos durante el siglo I d.C: ya hemos

---

*quod in testamento eius qui apud hostes decessit exercetur Falcidia: nam fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit. sed me non dubitare, quin debeat id quoque indulgeri legis beneficium, siquidem quasi patris familiae bona restituere cogitur et heres scriptus omissa ex testamento aditione exemplo edicti legatorum nomine convenietur.*

Tenemos aquí a un *filiusfamilias* que fue militar y redactó codicilos en los que encomendaba a su *paterfamilias* el fideicomiso de entregar a Ticio la totalidad de su peculio castrense. ¿Puede retener el padre la *quarta* del peculio? En este punto chocamos con el problema de la falta de testamento, y por ende, de *heredis institutio* –el fragmento solo habla de codicilos en los que se contiene el fideicomiso– pero Paulo recuerda que Antonino Pío obró la extensión del régimen de la *lex Falcidia* a los fideicomisos dejados sin testamento. Salvado este primer escollo, el jurista nos refiere una segunda dificultad a la que se enfrenta el *paterfamilias* del supuesto: como es sabido, el titular del peculio castrense es libre de disponer como guste de él *mortis causa* desde Augusto, pero en caso de no hacerlo lo recuperará su *paterfamilias* no por derecho sucesorio, sino *iure peculii* (D. 15,4,2,1 [Paul. 30 *ad ed.*]; D. 13,6,3,4 [Ulp. 28 *ad ed.*]; D. 14,6,2 [Ulp. 64 *ad ed.*], la integridad de D. 49,17 –*de castrensi peculio*–; C. 1,3 [Iust. a. 531] C. 12,30 [Const. a. 326]). ¿Cómo retener entonces la *quarta Falcidia* de algo que si siquiera es considerado como parte de la herencia? Paulo resuelve la cuestión en sentido afirmativo por analogía con la *lex Cornelia*, que como sabemos, establecía la ficción de que la sucesión testada del ciudadano muerto en poder del enemigo se regulase como si hubiere perecido previamente a su situación de cautividad. Lo expuesto aquí se completa con la reflexión, en D. 35,2,18,1 (Paul. 11 *quaest.*) de que si el padre obtuvo la cuarta parte de los frutos obtenidos en el tiempo intermedio y los frutos de estos, operará también el senadoconsulto Trebeliano y se le equipará al heredero.

<sup>617</sup> Diferencias estas que terminan por desaparecer igualmente con la sustitución del procedimiento formulario por la *cognitio extra ordinem* como sistema procesal ordinario. P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 120. Tal y como señala el autor, en época justiniana «la única diferencia que se mantuvo es la de seguir considerando al legado y al fideicomiso disposiciones directa e indirecta, respectivamente».

<sup>618</sup> B. BIONDI, *Sucesión, cit.* 389.

visto cómo D. 35,2,1,2 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) prevé que en aquellos casos en los que el testamento es ineficaz y el magistrado admite, empero, la eficacia de los legados, se aplica entonces sin problemas la retención de la *quarta* a favor del *heres*. Igualmente, hemos tenido también oportunidad de ver cómo la Falcidia se extendió, con Septimio Severo, a las *donationes mortis causa*, a lo que hay que añadir igualmente su aplicación a las cargas impuestas al heredero con la forma de la condición por obra de Justiniano (C. 6,50,18 [Iust. a. 531]). El «régimen expansivo» que vive nuestra ley desde la aparición del senadoconsulto Pegasiano abarca, pues, un arco temporal que se extiende hasta el propio derecho justiniano, a la busca siempre, de mudar en cierto modo la eficacia de nuestra ley, haciéndola pasar de ser un instrumento que beneficiaba al *heres* ante el exceso de legados a uno que lo hacía ante cualquier acto de liberalidad considerado como excesivo. Con todo, el interés por convertir a la *lex Falcidia* en una herramienta útil de defensa de los intereses del heredero no se tradujo nunca en la reserva a su favor de cantidades superiores al *quadrans*, hecho este que extraña a Espinar Lafuente, al que resulta llamativo el hecho de que el sistema no «progresase» en el sentido de ampliar la reserva en beneficio del *heres*<sup>619</sup>.

## 1.5. Legitimación activa y pasiva.

### 1.5.1. Legitimación activa.

#### a) El heredero como titular del derecho a la *quarta*.

Al margen de la descripción que Paulo hace del contenido de la *lex Falcidia* en D. 35,2,1,1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), que ya refiere quién es el legitimado para invocar el beneficio de la ley, Papiniano expone igualmente con claridad que quien puede retener la *quarta* mediante la oportuna reducción de los *legata* no es otro que el heredero<sup>620</sup>, que

---

<sup>619</sup> El autor parece lamentar, de hecho, que el legatario *extraneus* pueda percibir la mayor parte de la herencia aun concurriendo con parientes próximos del testador, a lo cual debe oponerse, naturalmente, que la mentalidad jurídica romana busca en todo momento preservar lo que he dado en llamar el «juego de equilibrios» entre la *voluntas testatoris* –que debe respetarse siempre en el mayor grado posible merced al principio del *favor testamenti*– y el interés del heredero. Véase F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 22.

<sup>620</sup> En D. 35,2,28 (Maec. 1 *de fideic.*) encontramos un perfecto ejemplo de esta realidad, conforme al normal funcionamiento del régimen de la *quarta*: un testador instituye heredero a un tercero al que impone legados



nunca debe pagar legados que excedan de las tres cuartas partes de la herencia, ni aun cuando pudiera adquirir bienes que se lo permitieran<sup>621</sup>. El fragmento incluye un

---

a favor de su padre. Si estos *legata* resultan excesivos, el *heres* tendrá entonces derecho a reducirlos para obtener la *quarta*, como es natural. El fragmento, como se ve, ilustra tan solo un supuesto de normal funcionamiento de la *lex Falcidia*, sin mayor complejidad. Otro texto ilustrativo es D. 35,2,80 pr. (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*), en el que se habla del causante que dejó un patrimonio hereditario de cuatrocientos, instituyendo como heredero a su hijo impúber, al que encomendó el pago de unos legados por valor de doscientos. Nombró dos sustitutos (Ticio y Seyo) a su hijo para el caso de que muriese antes de alcanzada la pubertad, imponiendo a Ticio un legado de cien. Supongamos que el impúber muere antes de pagar su legado, valorado en doscientos. En este supuesto, de entrada, el total de la masa hereditaria (cuatrocientos) debe dividirse entre los dos sustitutos, de manera que cada uno recibe doscientos. Habiendo debido pagar el pupilo, como decimos, legados por ese mismo importe, corresponderá a cada uno de los dos sustitutos pagar la mitad, esto es, cien. De este modo, Ticio pierde cien de los doscientos que percibe, solo por causa del legado que el pupilo no llegó a pagar. Si además recordamos que el testador le impuso pagar personalmente otros cien en legados, veremos que, finalmente, no recibe nada, de manera que puede recurrir al beneficio de la ley Falcidia y reducir sus *legata* para retener la *quarta*. El caso de Seyo, en cambio, no es conflictivo: de los doscientos que percibe se desprende de la mitad, de manera que, reteniendo cien, viene a percibir exactamente la cuarta parte de la herencia.

Otros textos que explica el funcionamiento básico del régimen de la *quarta* son D. 35,2,56,3 (Marcell. 22 *dig.*), y C. 6,50,14 (Dioclet. et Max. a. 293-304). En el primero de ellos tenemos a un testador cuyo único patrimonio consiste en un esclavo, que lega a un tercero, de manera que su heredero no percibe nada. Nuestro testador, además, impuso al legatario del esclavo el fideicomiso de manumitirlo una vez hubiese transcurrido un trienio. En este supuesto, corresponde al heredero, por causa de la ley Falcidia, la cuarta parte de lo que perciba el legatario por el trabajo del esclavo hasta que se produzca la manumisión. El texto del *Codex* justiniano se refiere a una hija que concurre con sus hermanos a la herencia de su padre, que le debía mucho por la administración de su tutela. Al sucederle todos sus coherederos, la deuda se divide entre ellos, si bien la parte que le toca a la hija se extingue, lógicamente, por confusión. Esto no ocurre, naturalmente, con la del resto de los hermanos, que serán deudores, cada uno de su parte, de la heredera. Obtenida la *quarta* por parte de esta última, deberá cumplir con el legado que se le impone en el testamento (la transmisión de un fundo).

<sup>621</sup> En un sentido inverso, el propio Papiniano refiere en D. 35,2,11,2 (Pap. 29 *quaest.*) que Marco Aurelio estableció que la privación de parte de los bienes hereditarios a un heredero implicaría que este no podría responder por los legados en mayor medida de aquello que se le dejó. De un modo o de otro, el sistema de la ley Falcidia está trazado de forma tal que prevalezcan siempre los intereses del heredero sobre los del legatario.

*exemplum*, quizá no obra de Papiniano sino insertado en algún momento posterior<sup>622</sup>, cual es el caso del *heres* que también adquiere como sustituto de un hijo desheredado:

D. 35,2,10 (Pap. 20 *quaest.*): *Quod supra quadrantem apud heredem potest pervenire, supra dodrantem in pecuniam legatum non onerat heredem, veluti hereditas pupilli, si forte substitutus sit exheredato qui patri pupilli heres existit.*

La Falcidia se da, pues, en beneficio del heredero, en consonancia con cuanto llevamos expuesto en la presente investigación, y no del legatario ni del fideicomisario, aun a pesar del senadoconsulto Trebeliano y de la posibilidad de que se le restituya a aquél la herencia, tal y como se contempla expresamente en D. 35,2,47,1 (Ulp. 79 *ad ed.*)<sup>623</sup>. Un texto muy descriptivo de hasta qué punto la ley Falcidia buscaba por encima de todo la satisfacción de los herederos es el siguiente de Paulo, relativo a la venta de la herencia:

D. 35,2,71 (Paul. 32 *ad ed.*): *Potest heres in vendenda hereditate cavere, ut et lege Falcidia interveniente solida legata praestentur, quia ea lex heredis causa lata est nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres.*

Aquí Paulo dice que la venta de la *hereditas* a un tercero por parte del heredero puede conllevar, en efecto, la pérdida del derecho a la *quarta Falcidia* por parte del comprador. Como se ve, no puede decirse que nos encontremos aquí ante ninguna excepción a la aplicabilidad de la ley, pues a la vista está que esta se da para proteger al *heres* más que a quien compra la masa hereditaria. De este modo, si el heredero quiere evitar que los legados sufran reducciones, es libre de dar caución en ese sentido. Ahora

---

<sup>622</sup> Son varios los fragmentos de D. 35,2 que contienen ejemplos introducidos con el término *veluti*, propio de comentaristas prejustinianos. Si bien conviene ser cautos, como expresábamos antes, con la selección de palabras y expresiones «sospechosas», debe reconocerse que la presencia del *exemplum* en este fragmento papiniano podría deberse a un ánimo clarificador de los compiladores. Así, junto a este fragmento, D. 35,2,1,12 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*); 35,2,30,5 (Maec. 8 *de fideic.*); 35,2,36,4 (Paul. 3 *de fideic.*); 35,2,49,1 (Paul. 12 *ad Plaut.*); 35,2,84 (Iul. 13 *dig.*). También D. 35,3,9 (Maec. 12 *de fideic.*). En el presente texto de Papiniano encontramos también el uso de *forte*, expresivo de una inseguridad que podría chocar con la posibilidad de una interpolación por parte de Triboniano. Si el texto fue, por tanto, alterado, y tal cosa parece posible, ello debió darse probablemente ya antes de Justiniano.

<sup>623</sup> Este fragmento se relaciona con D. 35,2,32,4 (Maec. 9 *de fideic.*), que estudiaremos más adelante.

bien, debe tenerse en cuenta que si esto se produce y los *legata* exceden del *dodrans*, las posibilidades de encontrar a un comprador decrecerán, naturalmente. Está, pues, en la libertad del *heres* el adoptar voluntariamente decisiones que no le resultan patrimonialmente ventajosas, cuales son las de renunciar a la *quarta* que le corresponde –cuestión esta que será tratada más adelante– o la de intentar la venta de la herencia, que se hará dificultosa al establecer que el comprador no perciba ni tan siquiera el *quadrans*. La relación entre esta y el heredero es, pues, indisociable, siendo contraria la jurisprudencia a que personas que no ocupen la posición de este último se beneficien del derecho a la Falcidia en perjuicio de los legatarios. Ahora bien, debe apuntarse aquí que la opinión de los juristas romanos parece haber sido mucho más flexible en el caso en el que la falta de legitimación activa de quien reclama la *quarta* no se deba al supuesto de que el heredero se desprendiese voluntariamente de la herencia a favor de quien pretende, sin que proceda, la reducción de los legados, sino que obedezca a la caída en cautividad del causante. A este respecto, Paulo afirma en D. 35,2,1,1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) que los herederos del cautivo de guerra tienen derecho a la retención de la *quarta Falcidia*, pues la *lex Cornelia*<sup>624</sup> –del 81 a.C. y anterior, por tanto, a la ley Falcidia– introduce, como es sabido, la ficción de que el testador murió antes de caer en cautiverio a efectos de preservar la validez del testamento<sup>625</sup>.

---

<sup>624</sup> Sobre la ley Cornelia, D. 28,1,12 (Iul. 42 *dig.*); 28,6,28 (Iul. 62 *dig.*); PS. 3,4a,8.

<sup>625</sup> Nótese, en cualquier caso, la generalización con *et omnes* al referir la legítima *retentio* en estos casos, propia en ocasiones de alteraciones justinianas Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 48. A efectos de crítica textual, merece la pena reflexionar, aunque sea someramente, sobre este particular atendiendo a la colocación del fragmento y a cuestiones de estilo: tras la exposición básica del contenido de la ley y la reproducción parcial de su texto (D. 35,2,1 pr. [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]), Paulo aborda el problema de su ámbito de aplicación. Que la *rogatio* contenía mención expresa a estas cuestiones es algo que debe darse por seguro, como se desprende de D. 35,2,81,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*). El jurista ha omitido, por tanto, copiar aquí la literalidad de la ley, optando por sintetizar su contenido por sí mismo. Ahora bien, tal decisión parece chocar con la técnica, ejecutada en las palabras inmediatamente precedentes, de reforzar las propias explicaciones con la transcripción del contenido de la ley. Debe pensarse, por tanto, que o bien Paulo modificó así su discurso, o bien que incluso reprodujera pasajes de la ley eliminados del texto por los compiladores, opción esta última que explicaría el aparente cambio de criterio del jurista pero que no deja de parecer cuanto menos aventurada. Ignoramos, en suma, si cuanto refiere el autor a partir de D. 35,2,1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) proviene de la pura práctica jurídica y de la *interpretatio* o de la letra misma de la ley.

Dos casos interesantes se contemplan en D. 35,2 relativos al problema de la legitimación activa de quienes, de un modo u otro, se encuentran *in potestate*. El primero, de autoría papiniana, versa sobre el derecho de *retentio* de la *quarta* del *filiusfamilias* o esclavo que adquiere la herencia en provecho de quien tiene potestad sobre él:

D. 35,2,13 (Pap. 37 *quaest.*): *Si tacitum fideicommissum servus iniungente domino susceperit, habiturum eum legis Falcidiae beneficium, quia parere domino debuit, constitutum est: idemque placuit in filio, qui fuit in patris potestate.*

El texto nos dice que el *alieni iuris* instituido heredero y al, como se ve, que se le impone cumplir un fideicomiso tácito está obligado a satisfacerlo al encontrarse sujeto a la *potestas*, teniendo derecho a retener la *quarta*. Puesto que el *paterfamilias* del hijo y el *dominus* del esclavo consienten en que uno u otro acepten la herencia, estos últimos habrán de hacerlo, cumpliendo con el fideicomiso, movidos por el deber filial y la obediencia debida, pues lo que adquieren, como es sabido, revierte en el patrimonio del propio *paterfamilias*. Cosa distinta es que el fideicomiso o legado asignado a la persona *in potestate* esté destinado a beneficiar al propio *paterfamilias*: en este caso, naturalmente, el cumplimiento del legado es innecesario, ya que revierte en la misma persona que está llamada a adquirir los bienes hereditarios, y de ahí que, en este particular supuesto, no exista derecho de *retentio*<sup>626</sup>.

---

<sup>626</sup> Así lo manifiesta Escévola con claridad cuando escribe:

D. 35,2,20 (Scaev. 9 *quaest.*): *Si a servo meo herede instituto mihi legetur et mihi adquiratur hereditas, negat Maecianus id legatum in Falcidia computari, quia non debeatur.*

En el presente caso, como se ve, nos encontramos con que en un testamento se instituye como heredero a un esclavo, cosa posible, habida cuenta de que estos disponen, como se sabe, de lo que en lenguaje jurídico postclásico se da en llamar *testamenti factio* pasiva, si bien, como es igualmente conocido, requieren del *iussu* del *dominus* y adquieren para él, salvo en el supuesto, que no es el que nos ocupa, de que también fuesen manumitidos en el testamento. A ese esclavo no manumitido e instituido heredero se le impone, además, el pago de un legado destinado a su dueño. ¿Tiene el *servus* derecho a retener la *quarta*? Obviamente no, en la medida en la que desde el momento mismo de la aceptación de la herencia adquiere la totalidad de la misma ya a favor del dueño, convertido innecesariamente en legatario. El legado que se deja a beneficio de este último es, pues, decididamente irrelevante, debiendo imputarse su presencia en el testamento a una probable torpeza del testador: carece de cualquier sentido, pues, que el esclavo retenga en este escenario una cuarta parte de la *hereditas* que, al fin y al cabo también ha de pertenecer a su *dominus*,

La cuestión de si un *alieni iuris* está activamente legitimado para retener la Falcidia debe, por tanto, resolverse del siguiente modo: el necesario consentimiento de quien ejerce potestad sobre él para que pueda aceptar válidamente la *hereditas* se interpreta como una orden vinculante de cumplir con los legados y fideicomisos, que conlleva, para el sometido a potestad, el derecho de retención de la *quarta* aun a pesar de que el último beneficiario de la herencia sea el *paterfamilias*. A fin de cuentas, que este último no debe cumplir las liberalidades, sino quien fue instituido como heredero es algo indubitado (D. 35,2,1,1 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]; 35,2,10 [Pap. 20 *quaest.*]; 35,2,47,1 [Ulp. 79 *ad ed.*]). No hay, en cambio, derecho de retención cuando esos legados o fideicomisos tenían por destinatario al propio *pater*, que vendría a lucrarse absurdamente con lo que a fin de cuentas no deja de ser ya parte integrante de su propio patrimonio.

b) El derecho de *retentio* de los herederos sustitutos.

Más complejos resultan los problemas de legitimación activa en lo concerniente a la presencia de herederos sustitutos<sup>627</sup>. La regla general, como resulta lógico, es la de que estos deben cumplir con los legados que se impusieron al sustituido, teniendo derecho a su reducción a efectos de retener la *quarta*. De los varios fragmentos que se contienen sobre este particular en D. 35,2 considero al siguiente de Paulo como el más básico y fácil de comprender, opinión esta que también parece haber sido la de los compiladores, habida cuenta de su presencia al comienzo del título:

D. 35,2,1,13 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis: is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub condicione heredi instituto. sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non 'quisquis mihi heres erit'.*

Tenemos a un testador que instituye a dos coherederos –llamémosles nosotros Cayo y Ticio– y que establece que uno de ellos (Ticio, por ejemplo) sea, a su vez, heredero

---

pues nada puede adquirir por sí mismo. Puesto que la presencia del legado es, de este modo, claramente inútil al ser inevitable que el propietario del esclavo lo adquiriera todo, no hay lugar aquí para la Falcidia.

<sup>627</sup> Sobre los problemas relativos a la Falcidia y la sustitución pupilar, cfr. D. SCHANBACHER, *Bemerkungen zur falzidischen Rechnung bei der Pupillarsubstitution*, en ZSS 133 (Weimar 2016) 413 ss.

sustituto del otro. De este modo, en el supuesto de que Cayo no llegue a adquirir la herencia, Ticio se apoderará de su integridad en solitario merced a la sustitución vulgar, sumando esa cuota a la suya propia. Lógicamente, de no repudiar su cuota personal y de operarse la sustitución, Ticio no solamente deberá pagar a los legatarios los legados que a él se le impusieron en el testamento, sino también los de Cayo, a quien sustituye. Si, en cambio, repudia su propia cuota hereditaria y recibe únicamente la de Cayo merced a la sustitución, habría que preguntarse si acaso deberá satisfacer sólo los *legata* impuestos inicialmente a Cayo, como resulta aparentemente más lógico, o si también tendrá que cumplir los que gravaban su propia cuota, por él repudiada. Paulo refiere que todo depende aquí de los términos en los que el legado de la cuota de Ticio aparezca contemplado en el testamento. La solución es sencilla: si este último se refiere expresamente a Ticio como agente cumplidor, llamándole por su nombre, el legado no tendrá que satisfacerse, en la medida en la que él repudió su cuota y solo es sustituto de Cayo en una cuota diferente. Ahora bien, si el testamento señala que ese mismo legado que aparece en la cuota que el sustituto rechazó debe cumplirlo cualquier persona que llegue a obtener la condición de heredera, Ticio no podrá librarse de satisfacerlo aun a pesar de haber repudiado, ya que al sustituir deviene *heres*, sumándose entonces ese legado al que grava la cuota de Cayo. De este modo, al operarse la sustitución y al adquirir el sustituto la condición de heredero, quedará este obligado a pagar el legado dejado simplemente a aquella persona que llegase a adquirir de heredera, aun a pesar de formar parte de la cuota por él repudiada.

Cabe también la posibilidad, naturalmente, de que el sustituto no solo esté llamado a satisfacer los legados impuestos al sustituido, sino otros dejados para él por el testador en las tablillas de la sustitución. De este modo, en el caso de que el sustituto sea nuevamente un coheredero, podemos encontrarnos con *legata* dejados en su cuota, en la del heredero sustituido y en las tablillas de la sustitución<sup>628</sup>. El fragmento que hemos estudiado se complementa bien con el siguiente, de Papiniano:

---

<sup>628</sup> Que el *heres* sustituto debe satisfacer en todo caso los *legata* dejados en las tablillas de la sustitución queda meridianamente claro en D. 35,2,11,8 (Pap. 29 *quaest.*), donde se trata del testador que deshereda a su heredero y lo sustituye por otro, al que impone legados en esas tablas. Estos últimos son válidos a pesar de la desheredación del sustituido, tal y como defendía Juliano –según refiere Papiniano, autor del fragmento– pues el sustituto queda a todos los efectos como *heres* del testador. Este fragmento debe ponerse en conexión con D. 35,2,87,7 (Iul. 61 *dig.*), precisamente de Juliano: *Qui filios impuberes duos habebat,*

---

*alterum heredem instituit, alterum exheredavit, deinde exheredatum instituto substituit ac postea exheredato maevium et ab eo legavit: et exheredatus fratri impuberi exstitit heres, deinde impubes decessit. cum iudicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant, potest dici legata ab eo relicta praestanda esse habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit. nec huic contrarium est, quod, cum exheredato pater legatum dederit, nihilo magis substitutus legatis obligabitur, quia eo casu non hereditatis paternae portio, sed legatum ad eum pervenit. dicet aliquis: quid ergo, si exheredatus filius non ex substitutione fratri suo heres exstiterit, sed aut lege aut per interpositam personam atque ita impubes decesserit? sic quoque existimandus erit substitutus legata debere? minime: nam quantum intersit, exheredatus filius ex substitutione fratri suo heres existat an alio modo, vel ex eo apparet, quod alias ab eo legare pater potuit, alias non potuit. est igitur rationi congruens, ne plus iuris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat.*

Tenemos, por tanto, a un testador que dispone lo siguiente en su testamento:

- Teniendo dos hijos impúberes, instituye a uno heredero y deshereda al otro.
- El desheredado es nombrado heredero sustituto de su hermano y se le impone el pago de varios legados en caso de producirse la sustitución.
- Mevio, un *extraneus*, es designado sustituto del desheredado.

El hijo desheredado llega a sustituir a su hermano que fallece, muriendo luego también él mismo antes de alcanzar la pubertad. Se produce, pues, la sustitución de este último operada por Mevio. ¿Debe este pagar los legados que se impusieron al desheredado sustituido teniendo en cuenta los bienes dejados por el causante al tiempo de su muerte? La respuesta es afirmativa, pues el desheredado recibió la *hereditas* al sustituir a su propio hermano, trascendiendo con ello la propia desheredación y convirtiéndose así en *heres* sustituto. ¿Y si el desheredado no adquiere la herencia por la sustitución, sino por disposición legal o a través de una persona interpuesta? Imaginémoslo, por ejemplo, que se produce su desheredación, sí, pero que el testador prevé un fideicomiso universal a su favor bajo una determinada condición, que se cumple. Si el desheredado adquiere de este modo la masa hereditaria y muere, ¿debe Mevio, al sustituirle, pagar los legados? Obviamente no: piénsese que el testador únicamente puede imponer legados al heredero. Si se produce la desheredación y quien la sufre adquiere más adelante la condición de heredero sustituto de su hermano, nada obsta, como se ve, a que pague los legados previstos en las tablillas de la sustitución. Si, por el contrario, el desheredado permanece en su condición de tal y no llega nunca a ser heredero, no se le podrá exigir el cumplimiento de legado alguno, por mucho que termine haciéndose con los bienes hereditarios por vías distintas a la de la sustitución. Quien no tiene los bienes de la herencia como heredero, no puede ser gravado con legados. Así las cosas, si el testador no puede imponer el pago de estos a quien nunca va a ser heredero, carece de lógica pretender que sí pueda hacerlo con aquél que le sustituye. Nótese, por último, que la formulación en el texto de una objeción con *dicet aliquis* puede dar lugar a pensar en la presencia de algún tipo de alteración prejustiniana en la literalidad del presente texto. Ahora bien, creo que las soluciones aportadas por Juliano a las sucesivas interrogantes que plantea el fragmento no pueden

D. 35,2,11,7 (Pap. 29 quaest.): *Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat? et quale est, quod volgo diceretur, legatorum rationem separandam? dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subiciantur et invicem inducant contributionem. sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere: ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus: et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus, neque referre, pure saepe an sub diversis condicionibus sit heres institutus.*

Supongamos que a ambos coherederos se impusieron legados: al impúber se le dejan personalmente algunos, a su propio nombre, en su condición de *heres* instituido, y al coheredero otros en las tablas de la sustitución, si bien ninguno en el testamento principal. En este supuesto, los *legata* dejados a uno y a otro individuos se computan conjuntamente, pues el coheredero sustituto, que por supuesto debe pagar los que se le impusieron en las tablas de la sustitución, adquiere para sí también la cuota del impúber tras morir este, con los legados que no hubiese cumplido. Ahora bien, ¿qué ocurre si tomamos el mismo caso con la única diferencia de que el coheredero sustituto no solo encuentra que debe pagar legados en las tablas de la sustitución, sino que ya previamente se le impusieron otros en su condición de *heres*, al igual que al impúber que fallece? Nos encontramos aquí con que está llamado a satisfacer legados por partida triple: los de su cuota, los que gravaban la del impúber sustituido y los de la sustitución. En este caso, los que se impusieron al coheredero en su condición de tal y de los que tuvo, por tanto, conocimiento desde la apertura misma del testamento no pueden confundirse con los demás, esto es, con los que debió pagar el pupilo ni con los que a él se impusieron como sustituto –de los cuales no pudo saber nada hasta después de abrirse las tablillas de la sustitución, a la muerte del impúber–. Lo expuesto implica que el sustituto está legitimado para pedir la deducción de la *quarta* de estos últimos legados con total independencia del importe de su propia cuota, también gravada con legados. La cuestión puede resumirse a lo siguiente: el coheredero que sustituye pupilarmente a un impúber computará

---

considerarse, pese a dicha sospecha, como anacrónicas ni contrarias a lo que debía ser el sentido de la *lex Falcidia* en su momento. Sobre este particular, véase A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47 s.



conjuntamente, a efectos de retener la *quarta*, todos los legados que tengan su causa en la propia sustitución (los que aparecen en las tablas en las que se establece esta y los que se impusieron al pupilo y debe pagar él) y de manera separada los que a él se impusieron en su condición de coheredero.

Caso distinto, también planteado por Papiniano en el mismo fragmento, es el del heredero que es instituido como tal respecto de varias porciones de la herencia, contenedoras de legados. Imaginemos que la cuota de un coheredero acrece varias veces por repudio o premoriencia de otros, sumando la de ellos, con sus legados, a la suya propia. En este caso, al absorberse en una sola todas estas cuotas, el cómputo de los legados es conjunto, como si desde el primer momento hubiesen gravado a una única cuota.

No siempre, en cualquier caso, el instituido como sustituto tiene por qué ser necesariamente un coheredero, y tampoco ese escenario está libre de complejidades en lo que atañe al derecho a retener la Falcidia. Sobre la legitimación para ello por parte del sustituto que no tiene la condición de coheredero tratan los fragmentos cinco y seis del mismo texto papiniano que veníamos ya estudiando. En D. 35,2,11,5 (Pap. 29 *quaest.*) se nos dice que acostumbraba a afirmarse que hay una sola Falcidia para el testamento del causante y para el heredero impúber al que se nombra un sustituto. La premisa básica para resolver nuestro problema la encontramos en la realidad de que en el supuesto de que el heredero principal sobreviva al testador –y llegue, por tanto, a heredarle– pero fallezca posteriormente antes de alcanzada la pubertad, el *heres* sustituto recibirá, como se sabe, la herencia en cuestión incrementada con todas las adquisiciones realizadas por parte del impúber con el consentimiento del tutor. Es entonces el hecho de que, como decimos, el heredero sustituto deba cumplir no solo con los legados que se impusieron al pupilo, sino también con aquellos que puedan aparecer en las tablas de la sustitución el que puede arrojar como resultado lo que se antoja como una situación compleja: puede ser que tal vez el importe de la herencia baste para satisfacer íntegros los legados impuestos al heredero sustituido, pero que resulte, no obstante, insuficiente respecto de los que gravaron al sustituto. En este supuesto, este deberá pagarlos aun a costa de ver perjudicado su derecho a la *quarta* y de que el pago le resulte lesivo hasta el punto de tener que realizarlo disminuyendo su propio patrimonio personal. Papiniano es consciente de que esta realidad puede sonar extraña, en la medida en la que los testamentos no gravan al heredero por encima del caudal hereditario (D. 35,2,10 [Pap. 20 *quaest.*]), pero ha de

tenerse en cuenta que los *legata* que se impusieron al sustituto se consideran a todos los efectos como si fueran parte del testamento principal. El texto trata, en suma, de un supuesto en el que la sustitución pupilar resulta desventajosa a resultas de la responsabilidad *ultra vires hereditatis*. En el fragmento inmediatamente posterior a este (D. 35,2,11,6 [Pap. 29 *quaest.*]), Papiniano introduce una interesante variación sobre el mismo supuesto: Tenemos aquí el caso de un testador que nombra a dos herederos sustitutos para su hijo impúber, imponiendo legados a uno de ellos en las tablas de la sustitución. ¿Puede reclamar la *quarta Falcidia* ese sustituto? *A priori*, el problema no parece diferente en exceso del abordado en el texto anterior (salvo por el matiz de la presencia del otro sustituto, libre de legados), y de ahí que sea fácil deducir que el sustituto deberá pagar los legados que se le impusieron personalmente aun a costa de su *quarta*. El jurista, que considera esta solución no carente de lógica, se opone, no obstante, a ella, mostrándose aquí favorable a la idea de que el heredero sustituto pueda retener la *Falcidia* de su cuota hereditaria, reduciendo al efecto los *legata* que le fueron impuestos. Para argumentar este razonamiento, se hace la pregunta de si debería el otro sustituto, al que no se impuso el pago de legado alguno, retener la *quarta* cuando el impúber fallecido no alcanzó a satisfacer los *legata* que se le mandaron y que superaban el *dodrans*. La respuesta es afirmativa: piénsese que este heredero sustituto ocupa la posición del impúber fallecido sin ningún matiz diferenciador –como sí ocurre con el otro, al que se imponen más legados– y de ahí que no tenga sentido afirmar que el sustituido tenía derecho a la retención y no, en cambio, quien le sustituye en condiciones tan idénticas. De este modo, este heredero sustituto que ha de cumplir legados que se dejaron a nombre del impúber no puede ser demandado para que los pague por completo, pese a haber recibido su cuota íntegra, pues a todos los efectos el problema se resuelve exactamente igual que si el sustituido no hubiese existido. Siendo esto así, es de lógica interpretar que los legados que se imponen personalmente al otro coheredero no deben perjudicar su derecho a la *quarta*, tal y como es lo propio del normal funcionamiento de la ley *Falcidia*. Si, por último, se prestó a favor del pupilo la caución de restituir lo que se pagó de más, esta también tendrá fuerza obligatoria respecto de los sustitutos, tras la muerte de aquél, a quien se considera, repito, como inexistente<sup>629</sup>.

---

<sup>629</sup> D. 35,2,11,6 (Pap. 29 *quaest.*): *Si filio suo duos substituerit et alterius portionem oneraverit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet vel unus pupilli substitutus. et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse*

De lo expuesto en los fragmentos 5 y 6 de D. 35,2,11 (Pap. 29 *quaest.*) podemos deducir, por tanto, lo siguiente:

- El sustituto pupilar debe pagar los *legata* que se impusieron para él en las tablas de la sustitución y aquellos que el impúber fallecido no hubiese llegado a satisfacer.
- Si existe un único heredero sustituto y este ha de pagar conjuntamente una y otra clase de legados –esto es, los impuestos en el testamento al pupilo y los de las tablas de la sustitución– el pago deberá realizarse aun lesionando el derecho a la *quarta Falcidia*.
- En el supuesto de que haya varios herederos sustitutos y de que solo a uno de ellos se impongan legados en las tablas de la sustitución, ambos conservarán su derecho a la *quarta*, pues la posición del sustituto libre de legados es la misma que si el impúber no hubiese existido, constituyendo esto una suerte de ficción que repercute, lógicamente, respecto del otro<sup>630</sup>.

---

*Falcidiae locum et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium atque ita si patri heres extitisset: ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum institutionis. quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus? si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit et aliquid ultra dodrantem sit in omnibus, et ipsum Falcidiam habiturum? atquin quartam habet neque idem patitur instituti comparatio. rursus si negemus, aliud aperte, quam quod volgo probatum est, respondetur. itaque varietas existet, ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam, alter autem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur eius, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. huic consequens est, ut, si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio, videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.* En relación con alguna posible alteración del texto original papiniano, el uso del término *videlicet* puede resultar sospechoso, si bien en todo caso se trataría –caso de admitir tal adulteración– más de un giro explicativo que de una alteración sustancial del fondo. Además, el retoque – del cual también puede sospecharse por la presencia la palabra *forte*– se habría efectuado quizá con carácter previo a la confección del Digesto, conforme a lo expuesto en A. D’ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47.

<sup>630</sup> Los fragmentos dos y tres de D. 35,2,14 (Pap. 9 *resp.*) tratan también de los sustitutos pupilares no coherederos.

D. 35,2,14,2 (Pap. 9 *resp.*): *Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat.*

### 1.5.2. Legitimación pasiva.

---

Tenemos aquí a una persona que es nombrada sustituta de dos hermanos impúberes. La sustitución pupilar llega a materializarse, y tratándose de la adquisición de las dos cuotas en las que se divide la herencia de un mismo causante (el padre de los impúberes) se plantea la cuestión de si el sustituto tiene derecho de retener la *quarta* de las dos cuotas o de una sola. La respuesta se hace depender aquí del importe al que alcance la cantidad retenida por el sustituto en una de las dos cuotas. Si, en efecto, lo que le queda en una de ellas, una vez pagados los legados, excede de la cuarta parte del total de la herencia paterna, no tendrá derecho a retener la *quarta* de la otra cuota.

D. 35,2,14,3 (Pap. 9 *resp.*): *Quod si frater fratri legitimus heres exstitit et impuberi supremo substitutus, portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiae non confundetur, sed quartam eius tantum portionem substitutus retinebit, quam impubes accepit qui substitutum habuit.*

Aquí un individuo es designado heredero sustituto de su hermano impúber y hereda, a su vez, *ab intestato* de otro hermano que fallece. Aunque nada dice Papiniano al respecto, es lógico interpretar en este fragmento que la sustitución del impúber llega a producirse, en efecto, y que el pupilo murió, pues, antes de alcanzada la pubertad. De este modo, el protagonista del supuesto termina por percibir íntegramente la herencia de su padre, pues suma a su propia cuota las de sus dos hermanos. Concretamente adquiere:

La cuota de la herencia paterna que correspondió al pupilo muerto, posiblemente incrementada con todas las adquisiciones personales de este, merced a la sustitución.

La herencia del otro hermano, que muere intestado, y en la cual se contiene, a su vez, la cuota que este percibió de la de su padre.

La pregunta que se hace aquí Papiniano es la de si puede calcularse la *quarta Falcidia* considerando cuanto vino de la herencia del padre como si de una única cuota se tratase. Se trata, por tanto, de determinar si este heredero puede sumar a los bienes de la sustitución, aquellos otros que heredó por vía intestada de su otro hermano y que este había recibido de la herencia paterna. La respuesta del jurista es obviamente negativa. No es posible hacer aquí la ficción de que existe una única cuota cuando el protagonista del caso está heredando de dos causantes diferentes: del padre por causa de la sustitución, por un lado, y del hermano, por otro. De este último se heredan bienes de procedencia paterna, sí, pero eso resulta de todo punto irrelevante al haber pasado a integrar el propio patrimonio personal. Esto implica, en suma, que en este caso se está heredando del padre, por un lado, y del hermano, por otro. De ahí que para retener la *quarta* de la herencia paterna solo pueda ser tomado en consideración el activo recibido en la condición de heredero sustituto. Por último, y aunque nada diga al respecto Papiniano –pues realmente es cuestión meramente accesoria del problema que se plantea–, es lógico suponer que el heredero sustituto puede igualmente retener la *quarta Falcidia* de la herencia del hermano. Se trata, por tanto, de dos cuentas diferentes pertenecientes a herencias distintas, que no pueden refundirse en una sola.

D. 35,2,25,1 (Scaev. 4 resp.): *A liberto, cui fundum legaverat, per fideicommissum Seiae annua decem dedit: quaesitum est, si lex Falcidia liberti legatum minuerit, an Seiae quoque annuum fideicommissum minutum videatur, cum reditus largiatur annuam praestationem. respondit secundum ea quae proponerentur non videri minutum, nisi alia mens testatoris probetur.*

Este texto ilustra a la perfección hasta qué punto la retención de la *quarta* por el heredero va íntegramente en perjuicio del legatario: no por sufrir la reducción tiene derecho este último a reducir los fideicomisos que se le impusieron. En efecto, Escévola nos trae el caso de un testador que lega un fundo a un liberto y le impone el fideicomiso de entregar diez mil sestercios anuales a Seya. Si el fundo legado fue objeto de reducción a efectos de que el heredero retuviese la Falcidia, ¿puede el liberto legatario y fiduciario reducir, para compensar el perjuicio, la cuantía anual que ha de pagar a Seya? La respuesta del jurista es lógicamente negativa, salvo que algo hubiese dispuesto el testador en ese sentido<sup>631</sup>. Con todo, para determinar si el legatario debe o no soportar la reducción ha de mirarse, conforme a D. 35,2,57 (Marcell. 26 dig.), al destinatario final de los bienes: Un marido lega la dote percibida en su día de su mujer a un tercero, a quien impone el fideicomiso de restituirla a la viuda. En este caso, habida cuenta de que esta tiene el derecho de recuperarla una vez extinguido el matrimonio por muerte del marido, disponiendo a tal efecto de la *actio rei uxoriae* contra los herederos<sup>632</sup>, no es admisible someter los bienes dotales a reducción, por mucho que fueren objeto de un legado. En este escenario, los herederos no pueden reducir la dote a restituir por causa de la Falcidia. Marcelo señala que en la mayoría de los casos análogos (pensemos en aquellos supuestos en los que el *heres* percibe lo que le corresponde no de forma directa, sino, por ejemplo, por la vía de un fideicomiso impuesto a un legatario) se atiende a la persona a la que se

---

<sup>631</sup> El fragmento es también analizado en V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 128 ss.

<sup>632</sup> Sobre la dote y el deber de restitución (Gai. 4,62; IJ. 4,6,29; *Ep. Ulp.* 6,6; D. 4,5,8 [Gai. 4 *ad ed. prov.*]; C. 5,13) véanse, entre otros, L. GUTIÉRREZ MASSON, *La dote en el Derecho romano*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 74 (Madrid 1988-89) 271 ss.; L. SALOMÓN, *La evolución de las acciones de restitución de la dote a lo largo de la historia del Derecho romano*, en M. A. LIÑÁN GARCÍA – M. S. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (Coords.), *Mujeres y protección jurídica: una realidad controvertida* (Málaga 2008) 33 ss.; G. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *La dote de la mujer romana en el derecho de sucesiones* (Orense 1997).

destinan los bienes, y no a quien no hace más que de intermediario o transmisor<sup>633</sup>. La clave del asunto radica, pues, en que la jurisprudencia hace primar en este caso la entrega íntegra de la dote a la viuda sobre la idea de reducir los legados, pues estos recaen sobre un objeto que se manifiesta, pues, como irreducible. Esta imposibilidad de reducción reviste, además, un carácter distinto de lo que se observa en otros *legata* cuyos objetos, al no ser divisibles, dan pie al pago al legatario de la *aestimatio*, esto es, de su valor económico, previa reducción por el *heres* de la cuantía necesaria a efectos de retener la *quarta*. La diferencia, pues, entre, por ejemplo, un legado de servidumbre y el fideicomiso de restituir a la viuda los bienes dotales que le corresponden radica entonces en que en el primer caso se asume que el *legatum* debe satisfacerse –de ahí la solución de pagar la *aestimatio*– mientras que en el caso del fideicomiso del que tratamos nada se debe al heredero.

Afirmar que este último está legitimado a solicitar la reducción del legado y que este es reducible conforme a lo establecido en el sistema de la *lex Falcidia* implica también defender, lógicamente, que los legatarios están entonces en disposición de exigir el pago hasta el límite del *dodrans*. El más completo fragmento de la compilación sobre esta posición del legatario es, a mi juicio, D. 35,2,30 (Maec. 8 *de fideic*) en su práctica totalidad:

D. 35,2,30 pr. (Maec. 8 *de fideic*): *In ratione legis Falcidiae mortes servorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium praedonum latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcumque damnum, si modo culpa legatarii careant, heredi pereunt: quemadmodum ad heredis lucrum pertinent fructus, partus ancillarum et quae per servos acquisita sunt, ut stipulationes, rerum traditiones, legata hereditatesve his datae, ceterae donationes, item servitutes, quibus liberata praedia pretiosiora fierent, actionesque acquisitae, ut furti damni iniuriae similesque, quorum nihil in rationem legis Falcidiae cadit.*

---

<sup>633</sup> Esto no significa, naturalmente, que el régimen de la ley Falcidia no se extienda al ámbito del *legatum per damnationem* (Gai. 2,201-208; *Ep. Ulp.* 24,2,4 y 9; *PS.* 3,6,2-8; *Fr. Vat.* 85, 87 y 88), sino que este último se considera aquí irrelevante, ya que tan solo es un instrumento a través del cual el testador prevé la restitución de bienes cuyas posibles *retentiones* no se dan por causa de la Falcidia.

Este fragmento puede dividirse, según mi entender, en dos partes, pues Meciano se ocupa en él de distinguir aquéllos supuestos en los que la pérdida del legado perjudica al heredero de otros escenarios en los que, lejos de perderse, los legados aumentan su valor en su beneficio. En relación con la primera de estas cuestiones, el jurista señala que a efectos de la ley Falcidia, es el heredero, en efecto, quien soporta el riesgo de que el legatario no pueda recibir el *legatum*, salvo cuando tal imposibilidad se debiese, lógicamente, a la culpa este último<sup>634</sup>. En este punto, Meciano realiza una exhaustiva lista de supuestos en los que la pérdida de lo legado sin dolo del legatario perjudica al *heres*: muerte de esclavos y animales; hurtos y robos; incendios, derrumbamientos y naufragios; asaltos. Más allá de estos casos de pérdida, la regla general parece haber sido la de no reconocer responsabilidad al *heres* por los *legata* percidos sin dolo por su parte. Debe distinguirse aquí, a mi juicio, pérdida –que implica una acción humana, aun ajena al control del propio heredero– de perecimiento, que acontece por la propia naturaleza de la cosa legada<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> En la misma línea, D. 35,2,30,2. (Maec. 8 *de fideic.*): *Prorsus diligenter animadvertendum est, ne quod dicitur damna post mortem testatoris illata ad solum heredem respicere usque quaque et sine ulla distinctione recipiatur. quod enim remota lege falcidia in totum iuris foret, hoc idem fore in ea parte, quae lege falcidia constitueretur: hoc enim attinet damna postea facta non deduci, ne amota portio legatis fidei commissis detrahatur.* No siempre perjudican al heredero los daños que sufran las cosas legadas tras la muerte del testador, pues ello sólo ocurre cuando el legatario no los hubiese efectuado adrede. Así, si se causó daño a un legado, disminuyéndose su valor, para evitar que la parte afectada pudiese ser objeto de reducción por parte del *heres*, tal daño no se computará en la cuenta de la Falcidia, como resulta comprensible. Un caso extremo sería el de aquel legatario que, teniendo en su poder los bienes legados, los destruye, prefiriendo así su pérdida con tal que el heredero tampoco reciba nada. Hay que suponer, a juzgar por la literalidad del fragmento, que en época del jurista podría afirmarse de manera generalizada –y poco escrupulosa– que el heredero respondía de los daños sobre los legados posteriores al deceso del causante. Nótese aquí que la intención de Meciano es, precisamente, la de rebatir o al menos matizar, esa afirmación, entendida como si de un axioma se tratase (*ne quod dicitur damna post mortem testatoris illata ad solum heredem respicere*). La única excepción a lo anteriormente expresado es la del legado de bienes fungibles, que se determinan por su cantidad, peso o medida (D. 35,2,30,3. [Maec. 8 *de fideic.*]).

<sup>635</sup> Solo haciendo esta distinción es posible armonizar estos textos de Meciano, cuyo contenido, de no ser así, se antojaría contradictorio. Véanse, en este sentido, D. 35,2,30,4 (Maec. 8 *de fideic.*) y 35,2,30,6 (Maec. 8 *de fideic.*), que establece claramente que no se deben, por parte del heredero las cosas percidas, ni tampoco su estimación económica: así las cosas, huelga decir que el legatario no está en disposición de exigir del heredero la satisfacción de un legado que se perdió, pues, sin mediar culpa de este. Imaginemos

Decíamos arriba que D. 35,2,30 pr. (Maec. 8 *de fideic*) podía leerse en un sentido doble, pues además tratar de aquellos casos en los que la pérdida del legado puede afectar al heredero, aborda también aquellos otros en los que la afectación que sufre aquel por la modificación de las circunstancias que rodean al *legatum* no solo no le perjudica, sino que le es provechosa, sin que el beneficio obtenido deba computarse en la cuenta de la Falcidia. Tal ocurre con los frutos y, en el caso del legado de una esclava, con sus hijos y con cualquier cosa que se adquiriera a través de ellos (donaciones, legados, herencias, etc.), con las servidumbres que se les dejaron, cuya liberación implica un aumento del valor de los fundos y con acciones que hubiesen adquirido, tales como las de hurto o daños.

De lo narrado hasta aquí podemos, por tanto, concluir:

- El heredero no responde de la pérdida del legado cuando esta fue obrada dolosamente por el legatario (D. 35,2,30 pr. [Maec. 8 *de fideic.*]; 35,2,30,2 [Maec. 8 *de fideic.*]).

- En los demás casos de pérdida sí deberá responder el heredero frente al legatario, aunque aquella se produjera sin mediar culpa suya (D. 35,2,30 pr. [Maec. 8 *de fideic.*]; 35,2,30,2 [Maec. 8 *de fideic.*]).

- En el supuesto de que las cosas legadas hubiesen perecido de forma natural, total o parcialmente, sin que mediase culpa del heredero, no responderá este frente al legatario (D. 35,2,30,4 [Maec. 8 *de fideic.*] y 35,2,30,6 [Maec. 8 *de fideic.*]). Meciano distingue,

---

entonces, conforme al primero de estos fragmentos, que el testador impone al heredero el legado de cosas específicas que, con el correr del tiempo, han podido deteriorarse o incluso perderse sin culpa de aquél (el jurista señala, entre otros ejemplos, el de unas vasijas de vino). En el supuesto de que la cosa se haya perdido –que no arrebatado ni destruido por terceros– en su integridad, nada deberá el *heres* al designado legatario, mientras que si aún subsiste algo al realizarse la estimación de los bienes hereditarios, le deberá eso, pudiendo retener sobre ello la Falcidia. En relación, por último, a los legados indeterminados, Meciano se explica en D. 35,2,30,5 (Maec. 8 *de fideic.*) por medio del ejemplo del legado de unos objetos de plata. Así, si el testador dispuso que el legatario tomase, a su elección, los objetos de plata que quisiese y no hubiese ninguno al tiempo de su muerte, faltará el objeto del legado y nada deberá el heredero. Distinto es el caso de que se imponga a este último únicamente la entrega de una cantidad de plata, sin mayor matización. En este supuesto, el *heres* tendrá derecho a retener la *quarta* de la plata existente al tiempo de la *aestimatio*, y el importe de esta retención no podrá verse reducido por causa de daños o pérdidas posteriores, incluso cuando estos fuesen tan grandes que hiciesen desaparecer todo el legado.



por tanto, aquellos casos en los que el legado se ve arrebatado o destruido por voluntad de alguien de aquellos otros en los que perece naturalmente. En el primer caso habrá, pues, responsabilidad del heredero –salvo en el supuesto de la actuación dolosa del legatario–; en el segundo, no.

D. 35,2,32,4 (Maec. 9 *de fideic.*): *Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Seio rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Seio pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. quae sententia et aequitatem et rationem magis habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideicommissa praestanda obligabitur: nec quia ex sua persona legatarius inducere legem Falcidiam non possit, idcirco quod passus esset non imputaturum: nisi forte testator ita fidei eius commisisset, ut totum, quidquid ex testamento cepisset, restitueret.*

Este fragmento es especialmente curioso, a mi juicio, porque prevé la extensión del régimen de la *quarta*, por razones de equidad, más allá de los límites marcados por la propia *lex Falcidia*, que como sabemos, no preveía que el legatario tuviese que retener forzosamente una cantidad mínima de aquello que se le destinó, a diferencia de lo que ocurre con el heredero. En este texto, en suma, se recoge la opinión de Vindio Vero, considerada por Meciano como acertadísima (*quae sententia et aequitatem, et rationem magis habet*) sobre lo que debe ocurrir cuando se hace a una misma persona a un tiempo legataria y fiduciaria, sufriendo, por parte del *heres*, la reducción de la *Falcidia*: a un individuo se le destina un legado de veinte y se le impone también el pago de un fideicomiso de cinco a un tercero. Resulta que el heredero, para retener la *quarta*, reduce legítimamente el legado de veinte, de manera que el beneficio que percibe el legatario-fiduciario es inferior al deseado por el testador (que era de quince, esto es, la diferencia, sin reducciones, entre el valor del legado que recibe y el del fideicomiso que debe pagar). ¿Puede entonces esta persona pretender reducir proporcionalmente el fideicomiso, a efectos de que se le haga menos penosa la pérdida económica que para él supone la inevitable reducción del legado que se le destina? Si nos atuviéramos a lo que conocemos de la literalidad de la *lex Falcidia*, reproducida, como se sabe, en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) tal cosa no resultaría posible, pues esta tan solo prevé la retención a favor del heredero y no introduce medidas beneficiosas para el legatario. La solución de Vero, que posibilita la reducción del fideicomiso, se basa, por tanto, en la pura equidad, como el propio Meciano se preocupa de apuntar. El fragmento, en suma, constituye sin duda un

caso singular en el que la *interpretatio prudentium* llega a transmitir al legatario-fiduciario lo que se antoja como un reflejo del beneficio que la *lex Falcidia* preveía exclusivamente para el heredero<sup>636</sup>.

Supongamos ahora que, en el supuesto anterior, el fideicomiso que se impone al legatario-fiduciario no consiste en el pago de una cantidad a un tercero, sino en la manumisión de uno de sus esclavos o en la del esclavo de otro, previa compra del mismo, tal y como se prevé en D. 35,2,32,5 (Maec. 9 *de fideic.*). Cabría preguntarse entonces si la manumisión puede evitarse, tras ser reducido el legado que se le destinó, del mismo modo que podía, según lo expresado, reducirse el fideicomiso de pagar cinco. La respuesta, en este caso, es negativa, pues aquí prevalece para el jurista el *favor libertatis* sobre el interés patrimonial del fiduciario<sup>637</sup>. Esto acentúa aún más, obviamente, el carácter excepcional de lo expresado en D. 35,2,32,4 (Maec. 9 *de fideic.*). En este punto, los compiladores insertan, con toda lógica, D. 35,2,33 (Paul. 3 *de fideic.*), un breve fragmento de Paulo que va en perfecta consonancia con lo dispuesto en D. 35, 2,32,5 (Maec. 9 *de fideic.*), que venimos estudiando: el testador lega un esclavo, imponiendo al mismo tiempo al legatario el fideicomiso de manumitirlo. Dice Paulo que una disposición senatorial estableció que si el legatario no recibe más bienes del testador, no se aplica la Falcidia, esto es, que el heredero no puede ni retener el esclavo, ni evitar la manumisión, ni pretender retener nada del valor de aquél. La situación de esclavitud, en efecto, no puede mantenerse aquí por causa de que el *heres* deba retener parte del valor del

---

<sup>636</sup> Entiendo que no hay elementos, al menos de fondo, que conduzcan a pensar que este fragmento, que trasciende en su contenido a lo que seguramente disponía la *lex Falcidia*, haya sido reelaborado por los compiladores. Para la época de Vindio Vero, el sistema de la Falcidia llevaba dos siglos operativo, y de ahí que resulte lógico considerar que, para entonces, se habría producido ya un amplio desarrollo jurisprudencial de las numerosas problemáticas que implicaba, de las cuales esta es tan solo una muestra.

<sup>637</sup> Sobre las manumisiones (*Ep. Ulp.* 1,6-10; *Gai.* 1,18; *IJ.* 1,5-6; *PS.* 4,12; *D.* 40,1-4; *D.* 40,9; *C.* 7,15), véanse, a modo de perspectiva general, A. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Legados con encargo de manumisión*, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidad de Vigo, 16-18 de abril de 1998*, vol. 1 (Vigo 1999) 305 ss.; P. M. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma. De los orígenes a los Severos*, en *Gerión* 25 (Madrid 2007) 16 ss.; G. ALFÖLDY, *La manumisión de esclavos y la estructura de la esclavitud en el Imperio Romano*, en *Papeles del Laboratorio de Arqueología de Valencia* 9 (Valencia 1973) 99 ss.

esclavo<sup>638</sup>. Si, al margen del legado del siervo se recibieron otros *legata*, es lógico que el heredero pueda cubrir la *quarta* con ellos, e incluso pedir al legatario la *aestimatio* del valor del esclavo, en la medida en la que resulte necesaria para retener la Falcidia. En cambio, si no se legó, como decimos, otra cosa que el propio esclavo, no hay lugar a ello, pues supondría un empobrecimiento del legatario, que, a manera de premisa, no experimenta ningún provecho patrimonial por causa de la manumisión que se le impone. Esto, como se ve, viene a constituir una excepción a la regla general de que el heredero debe recibir el *quadrans* en todo caso, pues el *favor libertatis* y la *voluntas testatoris* se hacen prevalecer en el presente caso, junto con la idea, fundada en la equidad, de que no debe perjudicarse a un legatario que, ya de por sí, no está llamado a experimentar beneficio alguno. Así, el legado de un esclavo acompañado del fideicomiso de manumitirlo constituye, cuando no hay otros legados dejados a la misma persona, una pérdida patrimonial para el heredero sobre la que nada puede retener, incluso a pesar de haberse operado la transmisión mediante *legatum*. Estamos, como digo, ante toda una excepción al régimen de la *quarta Falcidia*<sup>639</sup>.

---

<sup>638</sup> La medida del Senado está obviamente inspirada en el principio del *favor libertatis*, pues como bien señala Biondi, en el caso análogo del legado de servidumbre esta cae por completo, tal y como hemos referido anteriormente. Cfr. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 390; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 114.

<sup>639</sup> La colocación de D. 35,2,33 (Paul. 3 *de fideic.*) por parte de los compiladores tras D. 35,2,32,4 y 5 (Maec. 9 *de fideic.*) es, por supuesto, comprensible, habida cuenta de que en ellos se nos informa ya de las contingencias que pueden suponer un beneficio –o como poco la evitación de un perjuicio– a los legatarios, por encima de las disposiciones de la *lex Falcidia*. También resulta aquí lógica la ubicación de D. 35,2,34 (Iul. 42 *dig.*), un fragmento de Juliano en el que se recoge el parecer de Marcelo sobre el problema que tratamos. No aporta información nueva, y de ahí que la presencia de este texto deba obedecer principalmente a intenciones aclaratorias por parte de Triboniano. En efecto, Juliano nos dice que Marcelo defendía que no es procedente la retención de la *quarta Falcidia* cuando tan solo se legó un esclavo con el fideicomiso de manumitirlo. Ahora bien, como ya sabemos, si a ese legado se acompaña algún otro a favor del mismo destinatario, el heredero tendrá derecho a reclamar la *quarta*. A su vez, este fragmento se complementa con D. 35,2,35 (Ulp. 6 *disp.*), junto con lo ya expuesto en D. 35,2,33 (Paul. 3 *de fideic.*): de nuevo se nos habla aquí de la disposición senatorial que prevé la inaplicación del derecho a la Falcidia del heredero en el supuesto del esclavo legado con el fideicomiso de manumitirlo, sin la concurrencia de otros *legata*. Ulpiano señala el parecer de Cervidio Escévola, plenamente concordante con lo dispuesto por el Senado: en el supuesto de que a favor del esclavo legado y manumitido se hubiese legado, a su vez, algo, tal legado soportará la Falcidia, y por tanto, podrá ser objeto de reducción:

## 1.6. Renuncia y exclusión de la *quarta Falcidia*.

### 1.6.1. Supuestos en los que no existe el derecho de *retentio* del heredero.

D. 35,2,56,5 (Marcell. 22 dig.): *Saepius evenit, ne emolumentum eius legis heres consequatur: nam si centum aureorum dominus viginti quinque alicui dedisset et eum instituerit heredem et dodrantem legaverit, nihil aliud sub occasione legis Falcidiae intervenire potest, quia vivus videtur heredi futuro providere*<sup>640</sup>.

Antes de abordar el estudio del problema de si son posibles la exclusión de la *quarta Falcidia* por el testador o su renuncia por el heredero es preciso detenerse en una cuestión más básica, que hasta ahora hemos dado por sentada, cual es sencillamente la de determinar si realmente existe un derecho de retención. Hemos estudiado, sí, que la *lex*

---

D. 35,2,35 (Ulp. 6 disp.): *Plane si quid sit praeterea legatum ipsi servo, Falcidiae locum fore senatus declaravit. unde Scaevola ait in eo, quod praeterea servo legatum est, ita Falcidiam admittendam, ut inde et quod pro servo praestandum est sumatur.*

D. 35,2,36 pr. (Paul. 3 de fideic.): *Sed si non servus ipse legatus sit, sed pecunia rogatusque sit legatarius servum suum manumittere, Falcidiam patietur et nihilo minus cogetur manumittere, quia tanti aestimasse videbitur servum suum.*

El texto de Paulo nos trae, a su vez, una variación sobre el supuesto que hemos venido estudiando, inteligentemente ubicada por parte de los compiladores. Imaginemos ahora que el esclavo no es objeto de legado: un testador lega una cantidad de dinero, y establece en su testamento que el legatario deba manumitir a uno de sus esclavos. La presencia del legado de dinero implica que en este caso, por supuesto, el heredero conserva su derecho a la *quarta*, sin que el legatario-fiduciario pueda negarse tampoco a la manumisión, pues se entiende que el legado que recibe, aun reducido, opera a manera de compensación por la pérdida del valor del esclavo (*quia tanti aestimasse videbitur servum suum*). Este fragmento, por tanto, va en perfecta consonancia con lo dispuesto en D. 35,2,32,5 (Maec. 9 de fideic.). En el supuesto, por último, de que legue una cantidad, junto con el fideicomiso de manumitir a un esclavo ajeno, previa compra, no puede exigirse del legatario que gaste más en la adquisición de aquél de lo que recibe en el legado (D. 35,2,36 pr. [Paul. 3 de fideic.]). Esta solución comparte con lo dispuesto en D. 35,2,33 (Paul. 3 de fideic.) el ánimo de evitar que el legatario, lejos de experimentar beneficio alguno, venga a sufrir un perjuicio patrimonial por causa de la herencia de un tercero. Cfr. G. GROSSO, *Il legato*, cit. 344; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 761. Si se establece el fideicomiso de manumitir a un esclavo ajeno, se debe deducir su precio de la estimación de la herencia, según D. 35,2,37,1 (Valens. 6 de fideic.): *Sed et si heres servum alienum rogatus est manumittere, placuit ut etiam huius pretium ex aestimatione hereditatis deduci debeat.*

<sup>640</sup> Sobre este texto, cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 79 ss.

*Falcidia* legitima activamente al *heres* a reducir aquellos legados que lesionen su derecho de *retentio*, pero ello no se produciría forzosamente en todo caso, tal y como se desprende fácilmente del texto que arriba reproducimos, y de otros que veremos enseguida. Este fragmento de Marcelo en particular resulta de gran importancia porque presenta lo que podemos considerar como una excepción, y no pequeña, al régimen de la *quarta*, excepción esta que se produce muchas veces, según refiere el jurista: no todos los herederos tienen derecho en cualquier caso a la reserva de la ley *Falcidia*, pues carecen de él aquellos a los que el testador les hubiese transmitido en vida la propiedad de la cuarta parte de su patrimonio. Marcelo es clarísimo en este punto, acudiendo al *exemplum*: un ciudadano disponía de un patrimonio de cien áureos, de los que, en vida, transmitió veinticinco a una persona. Tras morir y abrirse su testamento, se observa que el percceptor de aquellos veinticinco áureos ha sido instituido heredero –ya sea necesario o *extraneus*–, y que se han legado las otras tres cuartas partes de la *hereditas*. En este caso, al haber percibido ya el *quadrans* mientras vivía el testador, el *heres* no puede pretender nada por causa de la *Falcidia* y los legados se han de pagar por entero, agotando la herencia. De este modo, aunque es cierto que el testador no puede impedir que sus herederos perciban la *quarta*, como tendremos oportunidad de ver en las siguientes páginas de esta investigación, sí que parece poder evitar que la *lex Falcidia* despliegue sus efectos transmitiéndole su valor en vida. Habida cuenta de la actitud de Justiniano hacia la *Falcidia*, que tendremos oportunidad de estudiar más adelante, y del hecho de que encontremos una medida de tal importancia en un texto aislado, no reforzado por otros – como sí ocurre frecuentemente en D. 35,2– lleva a pensar la posibilidad de que el fragmento esté quizá muy interpolado. En cualquier caso, esto no ha de aceptarse necesariamente como definitivo, pues debe tenerse aquí en consideración que el objeto de la ley no es otro que el de evitar la desprotección del *heres*, la cual, obviamente, no se producirá cuando percibió, vivo el testador, la cuarta parte de su patrimonio<sup>641</sup>.

---

<sup>641</sup> No ha de entenderse, según mi criterio, que esa atribución *inter vivos* del *quadrans* se realice *iure peculii*, pues como es sabido, este solo opera respecto de los sometidos a potestad –nada dice en ese sentido el texto de Marcelo– reteniendo, además, el *paterfamilias* la propiedad de los bienes que conforman el peculio, salvo en lo que atañe a las excepciones referentes a los *bona materna* desde Constantino en adelante y, desde luego, a los casos especiales del peculio castrense y cuasi castrense. D. 15,1,2 (Pomp. 5 *ad Sab.*); C. 4,26 [Sev. et Ant. a. 196]; 7,23 [Dioc. et Max. a. 294]. Tampoco parece desprenderse del texto que se refiera a una *donatio mortis causa* (D. 39,6,1 pr. [Marc. 9 *inst.*]; 39,6,35 [Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*]; C. 8,56; P.S. 3,7.

D. 35,2,68,1 (Mac. 2 ad vicens. hered.): *Si quis ex heredibus rem propriam esse contendat, deinde hereditariam esse convincatur, quidam putant eius quoque Falcidiam non posse retineri, quia nihil intersit, subtraxerit an hereditariam esse negaverit: quod Ulpianus recte improbat.*

D. 35,2,59 (Mod. 9 pand.): [pr.] *Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat. [1] Praeterea qui non capienti rogatus est restituere hereditatem, senatus consulto Planciano non conceditur quartam retinere: sed ea quarta, quam non retinuit, ad fiscum pertinet ex rescripto divi Pii.*

Estos son los otros textos de la compilación en los que se cuestiona el derecho de un heredero a retener la Falcidia. En el caso del primero de ellos, nos encontramos, en efecto, ante una posible excepción en la aplicabilidad del régimen de la *quarta*, sobre la que existió *ius controversum*. El fragmento nos dice que si el heredero toma un bien legado y afirma falsamente que se trata de algo suyo, no integrante de la masa hereditaria, pierde el derecho de retener la *quarta* sobre él, una vez que lo transmita al legatario. Ulpiano, en cambio, se opone a ello, y Macer, que refiere su opinión, concuerda en ella, como se observa claramente en las palabras *recte improbat*. En lo que se refiere a D. 35,2,59 pr. (Mod. 9 pand.), Modestino nos presenta otra excepción al régimen de la *lex Falcidia*, junto con la ya estudiada de D. 35,2,56,5 (Marcell. 22 dig.): el heredero que actúa intencionadamente para hacer caer un fideicomiso vulnera conscientemente la voluntad del testador para con el destino de su patrimonio, y con ello se hace indigno de percibir la *quarta*. Pensemos, por ejemplo, en el *heres* que incumple deliberadamente el encargo de manumitir a uno de sus esclavos, que muere al poco tiempo, haciendo que el fideicomiso quede irreversiblemente frustrado. Este heredero, verdadero rebelde frente a lo dispuesto por el testador, pierde entonces el derecho a percibir la *quarta Falcidia*. En D. 35,2,59,1 (Mod. 9 pand.), el jurista nos plantea, además, otro caso en el que se excluye la retención de la Falcidia. Supongamos que en el testamento se establece el fideicomiso de entregar la totalidad de la herencia a una persona que es incapaz de percibirla. En este supuesto, el fiduciario no retiene tampoco el *quadrans*, sino que este se asigna al fisco. Esta medida fue introducida por el senadoconsulto Planciano y confirmada después, tal y como Modestino señala, por un rescripto de Antonino Pío.

### 1.6.2. Renuncia del *heres* a la *quarta*.

D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Qui quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum, cogendus est solvere.*

Aunque el testador carece de poder para inaplicar el régimen de la *lex Falcidia* –matizado por lo dispuesto en D. 35,2,56,5 (Marcell, 22 dig.), suponiendo que su contenido no sea expresivo tan solo del pensamiento de Justiniano–, el heredero, naturalmente, puede rechazar obtener el beneficio de la *quarta*<sup>642</sup>. Así, si promete entregarla a otro siguiendo, de este modo, la voluntad del causante, deberá cumplir lo prometido. El vínculo obligacional que fuerza al *heres* a transmitir a otro la retención de la *Falcidia* no es, pues, la voluntad unilateral del testador, que resulta por completo inútil a estos efectos, sino la del propio heredero que consiente en obligarse de tal modo<sup>643</sup>.

D. 35,2,64 (Ulp. 13 *ad l. Iul. et Pap.*): *Si in testamento ita scriptum sit: "heres meus Lucio Titio decem dare damnas esto et quanto quidem minus per legem Falcidiam capere poterit, tanto amplius ei dare damnas esto", sententiae testatoris standum est.*

He aquí un fragmento que resulta decididamente desconcertante: tenemos un testamento en el que se impone al heredero un legado de diez a favor de Lucio Ticio, ordenándole además que le entregue también la cuantía que, eventualmente, deje de percibir el legatario por causa de la reducción del legado por efecto de la ley *Falcidia*. Ulpiano dice que, en este caso, ha de estarse a lo dispuesto en el testamento, y ello supone, como resulta comprensible, dejar al libre arbitrio del causante la aplicación de un sistema

---

<sup>642</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 488.; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 756 s.

<sup>643</sup> También apunta a esta misma dirección C. 6,50,1 (Sev. et Antonin. a. 197), donde se trata del caso en el que el legatario restituye al heredero que renunció a la *Falcidia* lo necesario para que, empero, la retenga. En este supuesto, los bienes transmitidos al *heres* quedarán, como es lógico, en poder de este, sin que el *legatarius* pueda reclamarlos ulteriormente, según expresa esta constitución de Severo y Caracalla. Lo importante, para nosotros, es que nos sirve para corroborar la posibilidad de que el heredero renuncie a la *Falcidia*, expresada en D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*). Resulta también interesante, en este mismo sentido, C. 6,50,9 (Gord. a. 238), que dice que el heredero puede repetir lo pagado de más en concepto de fideicomiso –hay que pensar que lo mismo es predicable en concepto de legado– por error de hecho, si bien el pago íntegro efectuado con pleno conocimiento del importe de la masa hereditaria equivale a una renuncia de la *quarta*.

imperativo y de *ius publicum* como lo es el de la *lex Falcidia*. Así las cosas, cualquier testador podría fácilmente sortear la ley privando a sus herederos del derecho a la *quarta* mediante la práctica, harto sencilla, de limitarse a pedirles que la entreguen también al legatario. La ley Falcidia, convertida así en una norma de cumplimiento voluntario, perdería por completo su sentido de protección de los intereses patrimoniales del heredero frente a la *voluntas testatoris*. A mi juicio, resulta evidente que este fragmento ha sido muy adulterado por los compiladores para hacerlo coincidir, como de hecho ocurre, con el pensamiento justiniano. Con toda seguridad, el texto auténtico se expresaría en el sentido en el que se pronuncia el propio Ulpiano en D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*): la promesa del heredero de entregar la reserva de la Falcidia al legatario es vinculante, naciendo la relación obligatoria de ella y no de la mera voluntad del testador. En estos casos, el legatario recibiría los legados por entero, libres de reducciones y en perjuicio de la *quarta*, sí, pero por la libre voluntad del *heres* de dar cumplimiento a lo expresado en el testamento, mas no por la sola causa de este último. El supuesto, así visto (y no se me ocurre otro enfoque posible desde el que estudiarlo) no sería distinto, en su fondo, del de una renuncia a la Falcidia por el heredero. Cabe pensar, por tanto, que la redacción actual de D. 35,2,64 (Ulp. 13 *ad l. Iul. et Pap.*) omite tal vez una exposición de Ulpiano más detallada sobre el tema que bien pudo verse alterada por Triboniano a efectos de que el texto coincidiera la tendencia justiniana favorable a que el testador tuviese la facultad de excluir el régimen de la *quarta*, que se vería posteriormente reflejada, como veremos, en la Nov. 1,2,2. El fragmento, en suma, bien pudo ser originariamente similar a D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*) –obsérvese que, aun siendo del mismo autor, ambos textos provienen de obras distintas, de manera que no es necesariamente extraña la posibilidad de que hubiese una reiteración– y en la formulación en la que nos ha llegado resulta por sí mismo incompatible con cuanto conocemos sobre el funcionamiento de la *lex Falcidia* en época ulpiana. Estamos, por tanto, ante un caso de interpolación no solamente formal, sino más bien sustancia<sup>644</sup>.

---

<sup>644</sup> Sobre las razones por las que este fragmento aparece en la compilación mucho después de D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*) –perteneciendo ambos a la masa edictal– y de manera aislada solo puede especularse, del mismo modo que cabría preguntarse por las causas por las que aquél otro fragmento no fue alterado. Tenemos, en suma, la presencia de dos textos de un mismo autor sobre un mismo asunto separados, empero, entre sí por otros dieciocho fragmentos que abordan cuestiones diferentes. De estos dos fragmentos, el último parece, además, interpolado, pues es indudablemente anacrónico y se acomoda, en cambio, a la



### 1.6.3. Exclusión de la Falcidia por el testador.

Como regla general, tal y como puede fácilmente deducirse de cuanto llevamos ya expresado, la reserva de la *quarta Falcidia* a favor del heredero, considerada una institución de *ius publicum*, no puede ser excluida por el arbitrio del testador<sup>645</sup>. Papiniano es categórico, en este sentido, en D. 35,2,15,8 (Pap. 13 *resp.*) al referir que el causante carece de legitimación tanto para decidir asignar al *heres* una cantidad inferior al

---

perfección a lo que sabemos que será la posterior legislación de Justiniano. Aunque se trata de una mera especulación, podría considerarse que la tendencia justiniana favorable a que el testador pudiera decidir sobre la aplicabilidad de la Falcidia tuviese sus primeras manifestaciones durante el propio trabajo de la compilación, cuando la elaboración del título se encontraba ya avanzada. Eso podría ayudar a explicar por qué D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*) recoge el régimen clásico, libre de interpolaciones, y por qué aparece después de manera inesperada un segundo fragmento retocado de manera tal que el pensamiento de Justiniano se hace evidente. Una segunda explicación podría ser la de que los compiladores habrían querido reflejar las diferencias entre el régimen clásico y el justiniano mediante esa duplicidad en el texto, o bien que hubieran incurrido simplemente en el olvido al no interpolar el primer fragmento, y recurrido a enmendar el error mediante la inclusión posterior de un nuevo texto, esta vez, alterado, del mismo autor. Con posterioridad a ello, fuese cual fuese la realidad de lo ocurrido, se promulgó la Nov. 1,2,2 (del año 535), en la que, en efecto, se concede al testador el poder de excluir la Falcidia (*si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam*). Que esta medida no fue introducida de manera abrupta resulta evidente, a la luz del estudio de estos fragmentos: la promulgación, dos años antes, del Digesto con ese texto ulpiano interpolado constituye precisamente la oficialización de esa tendencia, antes de la existencia misma de la propia Nov. 1,2,2.

<sup>645</sup> Para Ankum, el *ius publicum* equivale aquí a derecho positivo. H. ANKUM, *Verbotsgesetze und Ius Publicum*, en ZSS 97 (Weimar 1980) 302 ss.; H. ANKUM, *La femme mariée*, cit. 30. No olvidemos que con ello se garantizaban tanto los ingresos fiscales necesarios en el momento de la promulgación de la ley como la satisfacción del heredero, hasta cierto punto, ante el elevado número de legados. Biondi relaciona acertadamente la imposibilidad de que el testador fije la valoración económica de los bienes hereditarios con la ya referida inderogabilidad del régimen de la *quarta* en derecho clásico: darle la libertad de realizar por sí mismo la estimación del activo equivaldría también a atribuirle un instrumento con el que incumplir, si así lo deseara, el deber de dejar a sus herederos la retención de la *lex Falcidia*. Véase B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 396 s.

*quadrans*, como para establecer en su testamento la inaplicación de la ley<sup>646</sup>. El mismo jurista ejemplifica la cuestión en las líneas precedentes:

D. 35,2,15,1 (Pap. 13 *resp.*): *Frater cum heredem sororem scriberet, alium ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.*

Un testador instituye como heredera a su hermana, a quien impone el pago de un legado y pide que renuncie al beneficio de la *quarta*. Lógicamente, esto resulta inadmisibile para Papiniano, en la medida en la que los pactos entre los particulares no pueden ir en contra de lo establecido en las leyes. Es por ello que la heredera tiene derecho a reducir el legado y que el pretor debe responder con la *denegatio actionis* a cualquier pretensión de cobro íntegro de los mismos por parte del legatario. Naturalmente, faltando legitimación al testador para privar al heres de la *quarta*, no puede jamás interpretarse el

---

<sup>646</sup> En un sentido similar, D. 30,81,4 (Iul. 32 *dig.*): *Si libertus patronum ex septunce heredem scripserit, alios ex ceteris et ita legaverit: 'quisquis mihi alius ex supra scriptis cum patrono meo heres erit, servos illum et illum Titio lego, quos aestimo singulos vicenis aureis', intellegendum erit a coherede patroni dumtaxat legatum datum et ideo Titium non amplius quincuncem in servis vindicare posse. adiectio autem illa 'quos aestimo singulos vicenis aureis' non mutat legati condicionem, si legis Falcidiae rationem habere oporteat: nihilo minus enim verum pretium servorum in aestimationem deducetur.* También D. 35,2,27 (Scaev. 6 *resp.*): *'Seius et Agerius si intra diem trigesimum mortis meae rei publicae nostrae caverint contentos se futuros tot aureis legis Falcidiae beneficio omissis, heredes mihi sunt. quos invicem substituto. quod si voluntati meae non consenserint, exheredes sunt'. quaesitum est, an heredes instituti hereditatem adire possint, si conditioni parere nolunt, cum habeant substitutos eadem condicione praescripta. respondit Seium et Agerium primo loco institutos perinde adire posse, ac si ea condicio, quae fraudis causa adscripta est, adscripta non esset.* El causante instituye a dos coherederos –a quienes también designa como herederos sustitutos recíprocos– bajo la condición de que renuncien a la *quarta* a cambio de obtener una suma que será, lógicamente, inferior. La disposición es fraudulenta, pues la aplicabilidad de la ley Falcidia no se hace depender de la voluntad del testador, y de ahí que en este caso se permita a ambos coherederos adir la herencia como si la condición no se hubiese impuesto. También Marcelo se pronuncia sobre esta realidad en D. 39,5,20,1 (Marcell. 22 *dig.*): *De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spondit se daturum: sed magis est, ut non possit suae confessioni obviare. quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatori suo adimplere videbatur et nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et stipulatione procedente contra fidem testatoris, quam agnovit, venienti ei merito occurratur.*

fideicomiso de restituir la totalidad de la herencia a un tercero como una imposición tácita de renuncia (C. 6,50,3 [Alex. Sev. a. 222]): este fideicomiso no excluye, por tanto, que el heredero ejercite su derecho de *retentio* de la Falcidia. La mera presencia de un número excesivo de liberalidades no puede nunca interpretarse, por tanto, como un fideicomiso tácito impuesto al *heres* a efectos de que entregue la *quarta* a un tercero.

D. 35,2,14,1 (Pap. 9 resp.): *Avia nepotibus heredibus institutis fideicommisit, ut omissa retentione, quae per legem Falcidiam ex alio testamento competebat, solida legata fratribus et coheredibus solverent. recte datum fideicommissum respondi, sed huius quoque onus in contributionem venire.*

Aquí se nos plantea un caso en el que encontramos dos testamentos. En uno de ellos se instituyen como coherederos a unos hermanos a los que se impone el pago de varios legados. Supongamos, para una mejor comprensión, que se trata del testamento del padre de los coherederos. El otro testamento es el de la abuela de estos últimos, y en él aparecen también instituidos, si bien se les manda cumplir el fideicomiso de que renuncien a la *quarta* que han de recibir por causa del testamento paterno y cumplan por entero los legados que en él se contemplaban. Es decir, en un testamento se impone que se renuncie a la reserva a la que se tiene derecho respecto de otra herencia distinta a efectos de que se paguen por entero los *legata*. Papiniano nos informa de que este fideicomiso es correcto, si bien debe computarse, lógicamente, como pasivo a efectos de retener la *quarta* de la herencia de la abuela. El fideicomiso, por tanto, debe tener el mismo valor que el *quadrans* de la herencia del padre, a la que renuncian los herederos. Si este importe resulta tan elevado que impide, a su vez, que los coherederos puedan percibir la reserva de la Falcidia en la herencia de la abuela, a la que no han renunciado, tendrán que reducirlo.

#### 1.6.4. Sustituciones y compensaciones sobre la *quarta*.

De la imposibilidad de que, duante el régimen clásico, el testador excluya en su testamento la *quarta Falcidia* del heredero por ser un instituto de derecho público contra el que no caben pactos por parte de los particulares, se desprende que la renuncia al beneficio de la ley por el *heres* al que, a cambio se le ofrece dinero u otra ganancia, se

considerare efectuada *fraudis causa*<sup>647</sup>. Sobre este particular, D. 35,2, recoge amplia información acerca de la cuestión de si, pese a lo dicho, el testador puede llegar a estar facultado para sustituir o compensar la reserva del heredero con el cobro de deudas, o con la percepción de prelegados, fideicomisos y hasta de otras cuotas hereditarias a favor de aquél:

a) Cobro de deudas hereditarias.

D. 35,2,15 pr. (Pap. 13 *resp.*): *Quod bonis iure Falcidiae contribuendum est a debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum concepta replicatione retinebitur.*

Si el heredero puede percibir la cuarta parte de la *hereditas* mediante el cobro de una deuda del legatario, aun cuando se le impuso condonarla, no hay razón entonces para someter a reducción los *legata* que a aquel se destinaron. Papiniano es claro en este fragmento: en un testamento se impone al heredero, en efecto, que condone una deuda y a su vez, se destina un legado en provecho de ese mismo deudor que es preciso reducir a efectos de que el *heres* pueda retener la *quarta*. Bien, este último puede retenerla no necesariamente reduciendo los *legata*, sino exigiéndosela como pago parcial de la deuda, por mucho que por él fuese condonada, siguiendo las instrucciones del testador. En caso de que el antiguo deudor oponga en la fórmula la *exceptio pacti* alegando que nada debe pagar al heredero acreedor al haberle perdonado este el crédito, este último estará facultado para responder mediante *replicatio*. Se busca en este caso el resultado práctico de que el heredero reciba la *quarta*, de manera que, no reduciéndose los legados, se hace

---

<sup>647</sup> B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 399; G. NICOSIA, *Legato sub modo e Falcidia*, en *Iura* 8.1 (Napoli 1957) 90; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 358 s.; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 114 y 116; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 287 s. Cfr. F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen*, cit. 314 ss. En época de los Severos la inderogabilidad de la *quarta* se manifiesta en relación con los alimentos dejados a los hijos y a los legados destinados a la realización de obras públicas. D. 35,2,89 pr. (Marcian. 7 *inst.*): *Divi Severus et Antoninus rescripserunt pecuniam relictam ad alimenta puerorum Falcidiae subiectam esse et ut idoneis nominibus collocetur pecunia, ad curam suam revocaturum praesidem provinciae*. C. 6,50,6 (Alex. Sev. a. 223): *In ponenda ratione legis Falcidiae omne aes alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusae sint actiones*. 1. *Omnia autem legata, quamvis in operibus publicis conficiendis statuisque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suae cuiusque quantitatis revocantur*. C. CORBO, *Incertae personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto* (Napoli 2012) 190.

admisible que la condonación de la deuda que afectaba al deudor legatario se interprete como parcial, a efectos de que pueda obtenerse el beneficio de la Falcidia. Obsérvese, a fin de cuentas, que el resultado práctico no deja de ser el mismo, percibiendo el heredero lo que le falta para completar la Falcidia de la misma persona.

b) Fideicomisos.

D. 35,2,15,4 (Pap. 13 *resp.*): *Cum fideicommissum, ex voluntate matris a patre moriente debitum, filio pater hereditate sua, quam in filium conferebat, compensari voluit: quod filio debetur, si ratio Falcidiae poni coeperit, fini quadrantis, quem ex bonis patris cum effectu percepit, compensabitur atque ita superfluum aeris alieni dodranti tantum detrahetur.*

D. 35,2,15,7 (Pap. 13 *resp.*): *Fideicommissum portionis supplendae gratia, pro qua matrem filius heredem instituit, eidem matri datum ratione Falcidiae minuitur et eam pecuniam mater supra quartam portionis suae percipiet.*

Tenemos aquí dos extractos de D. 35,2,15 (Pap. 13 *resp.*) relativos a la compensación de la Falcidia mediante fideicomisos. En el primero de ellos nos encontramos ante el testamento de una mujer en el que se impone a su viudo un fideicomiso a favor del hijo común a cumplir cuando él muera. Tras morir, en efecto, el padre, en su propio testamento se advierte que pretende compensar el fideicomiso que debe a su hijo en cumplimiento de la voluntad de su esposa con aquello que a fin de cuentas va a adquirir como heredero suyo. Si hay legados, a efectos de la Falcidia se admite esta compensación precisamente hasta el límite de la cuarta parte del haber hereditario: de este modo, si el hijo adquiere esa cantidad de los bienes que le destina el padre, con independencia de aquello que le debía por el fideicomiso, este último se considerará compensado, en efecto, en esa proporción. Si, al margen de los *legata*, hay deudas en la herencia, estas gravarán, lógicamente, las otras tres cuartas partes a efectos de que el hijo no se vea privado de la *quarta*. D. 35,2,15,7 (Pap. 13 *resp.*), a su vez, versa sobre un hijo que instituye como heredera a su madre y completa la cuantía de los bienes hereditarios que ella debe recibir mediante un fideicomiso. Este se disminuye por causa de la Falcidia y la mujer debe percibir esa suma al margen de la cuarta parte de su propia porción.

Distinto de lo expuesto es el caso de que se imponga al heredero el fideicomiso de restituir a un tercero la totalidad de la herencia a cambio de que el fideicomisario le entregue una cantidad que cubra la *quarta*. En este supuesto, recogido por Florentino en D. 35,2,90 (Flor. 11 *inst.*) no es admisible que el *heres* se niegue a cumplir el fideicomiso, reclamando para sí la Falcidia: se le ha de obligar a transmitir la herencia, habida cuenta de que, tal y como escribe el autor, la cuantía que percibe a cambio viene precisamente a suplir a la Falcidia.

D. 35,2,93 (Pap. 20 *quaest.*): *Acceptis a Maevio centum hereditatem Maevio restituere pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est. quamquam haec centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum sequens quartae retentioni locus erit: tunc enim ex constitutione divi Hadriani Falcidiae satisfacit ea quantitas, cum apud heredem remanet. sed Falcidiam patietur solus cui hereditas relicta est: nam in centum, quae mortis causa capiuntur, admitti Falcidia non potest. plane si quis ita scripsit: 'acceptis centum peto restituas hereditatem' neque personam dantis demonstraverit, quasi retentam et praeceptam pecuniam, si quartae sufficiat, inducere Trebellianum*<sup>648</sup>.

Un testador dispone que su heredero transmita la totalidad de la herencia a Mevio a cambio de percibir cien de este, y además, que a su muerte transmita esos cien a Ticio. Esta última disposición es, pues, un fideicomiso de residuo<sup>649</sup>. En consonancia con lo

---

<sup>648</sup> El fragmento pertenece a la masa papiniana, ubicándose justo en el tránsito entre la masa sabiniana y la del apéndice. Habida cuenta de que el último texto de la sabiniana, el número 92, versa sobre un tema distinto del aquí abordado (el testamento militar) nos inclinamos por colocarlo al inicio de la masa del apéndice. Sobre este texto en particular, V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 109 s.

<sup>649</sup> Como es bien sabido, frente al fideicomiso ordinario, que busca que el fiduciario transmita toda o parte de la *hereditas* a un tercero a cambio de percibir la *quarta*, el fideicomiso de residuo consiste en que se encarga al heredero que, a su muerte o en otro momento anterior, transmita lo que quede de la herencia. Sobre esta figura, véanse F. CUENA BOY, *Notas sobre el fideicomiso de residuo*, en *SCDR 7* (Madrid 1995) 266 ss.; F. CUENA BOY, *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los Códigos civiles* (Santander 2004). Un caso interesante, muy estudiado por Murillo Villar, es el de la Nov. 108,1, que establece que si el testador dispone la transmisión de toda la herencia mediante fideicomiso, habrá que estar a su voluntad. Ahora bien, ¿y si el encargo se limita a las cosas que quedan al tiempo de la muerte del heredero? Hemos visto casos de este tipo en D. 35,2. En este caso, el heredero que debe restituir el fideicomiso se reserva para sí las tres cuartas partes de la herencia, y transmite solamente la cuarta. Curiosamente, tenemos aquí lo que el autor llama la Falcidia «a la inversa»: se reserva

---

la *quarta*, pero no a favor del heredero fiduciario, sino del fideicomisario. La necesidad de reservar la cuarta a favor de fideicomisario es consecuencia natural de la figura del fideicomiso de residuo (es decir, *de eo quod supererit*): en el caso del fideicomiso originario, la *quarta* se daba al *heres* para incentivarle a aceptar. En el supuesto del de residuo, el heredero, en palabras de Murillo Villar, «gozaba de tan amplias facultades que podía burlar los derechos del fideicomisario y por ello precisamente se obligó a reservar la cuarta parte en interés de este». Lógicamente, Justiniano establece que el heredero fiduciario no puede tocar la *quarta* que le corresponde al fideicomisario, de ahí que refiera expresamente que se le prohíbe realizar donaciones que perjudiquen este derecho y que cualquier disminución deba ser investigada. No obstante, existen excepciones en las que el emperador permite que el heredero fiduciario disminuya es misma retención: así ocurre cuando, sin tener otros bienes, debe dar dote o liberalidad esponsalicia o cuando destina ese importe a las causas pías o a la redención de cautivos, tal y como Murillo Villar señala. Cfr. A. MURILLO VILLAR, *op. cit.* 706 ss. Así las cosas, hay que pensar que prestar caución era el único mecanismo que garantizaba al fideicomisario percibir la *quarta* en un fideicomiso de residuo. El autor, además, concluye en el presente trabajo que la aparición de este último debe tener un origen más bien tardío en la historia del Derecho romano. Con relación a esto, se sabe, naturalmente, que es posterior al *fideicomissum* ordinario, compartiendo con él ser un encargo por el que se encomienda la transmisión de bienes hereditarios al heredero fiduciario a favor del fideicomisario. Murillo Villar supone que el de residuo surgió, como pronto, a finales del s. I d.C., tras el sc. Pegasiano. De hecho, las primeras disposiciones referentes a esta figura son de tiempos de Marco Aurelio (D. 5,3,25,16 [Ulp. 15 *ad ed.*]; D. 36,1,56 [Pap. 19 *quaest.*]), y resultaría asombroso que el fideicomiso de residuo, de haber existido desde Augusto, por ejemplo, no hubiese generado problemas que ameritasen de regulación hasta fecha tan tardía. Marco Aurelio gobernó durante diecinueve años (161-180 d.C.) y es imposible saber en qué momento dictó la constitución de la que nos hablan estos fragmentos, que, repetimos, es la regulación más antigua que conocemos del fideicomiso de residuo. A esta misma dirección apunta también la Nov. 108 pr. «El segundo argumento en el que apoyamos la hipótesis de un origen tardío del fideicomiso de residuo, en comparación con el origen del fideicomiso común, consiste en resaltar que toda la información recibida procede de cuatro juristas que se pueden encuadrar en el tercio final de la época clásica, finales del s. II d.C., comienzos del s. III d.C., y que son Escévola (D. 36,1,82(80) (5 *dig.*), Trifonino (D. 36,1,82(80) (nota a Escévola), Papiniano D. 22,1,3,2 (20 *quaest.*), D. 31,70(72),3 (20 *quaest.*), D. 36,1,56(54) (19 *quaest.*), D. 36,1,60(58),7 (9 *resp.*), y Ulpiano D. 5,3,25,15 y 16 (15 *ad ed.*), D. 36,1,17(16),3 (4 *fideic.*) y (D. 36,1,23(22),4 (5 *disp.*)». Ahora bien, con excepción de D. 35,2,73 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*), citado a propósito del cálculo de la *quarta*, Murillo Villar no cita aquí ningún fragmento de D. 35,2. Conviene, pues, poner por nuestra parte de relieve que tratan de esta figura D. 35,2,87,2 (Iul. 61 *dig.*); el propio D. 35,2,93 (Pap. 20 *quaest.*) y D. 35,2,95 pr. (Scaev. 21 *dig.*). Es importante aquí la presencia de un texto de Juliano, muerto justo diez años antes que Marco Aurelio, en el año 170 d.C. Podemos decir, pues, que la figura existía ya una década antes del fallecimiento del emperador, y ello considerando que Juliano escribiese ese fragmento en su último año de vida, lo cual no tiene por qué haber sucedido. Así las cosas, la figura pudo haber surgido pasados tal vez los años centrales del s. II d.C. Sea como fuere, con base en C. 6,42,16, el autor fecha el desarrollo de esta forma de fideicomiso en el último tercio del s. II. Se trata de una constitución de los emperadores Caro,

expresado en D. 35,2,30,7 (Maec. 8 *de fideic.*) y en D. 35,2,87 pr. (Iul. 61 *dig.*), los cien que sirven de contraprestación al *heres* por la transmisión de la *hereditas* se imputan a la *quarta*, pues se perciben por la voluntad del testador, *iure hereditario* (Paulo se refiere al caso inverso en D. 35,2,3 pr. [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]). De este modo, tomándolos, el heredero del supuesto narrado por Papiniano consigue retener inicialmente para sí sin mayor problema la cuarta parte de la herencia. La dificultad del caso narrado en este fragmento surge realmente a continuación: es preciso recordar también que el testador encomendó a la fidelidad del *heres* transmitir precisamente esos cien, ya muerto Mevio, a Ticio, lo cual altera la situación por completo. Papiniano nos informa de la existencia de un rescripto de Adriano en el que, en efecto, se permitía que el heredero tomara la *quarta* del *pretium* que recibiera de la venta de la herencia impuesta por el testador, sí, pero siempre y cuando no se le gravara, además, con el fideicomiso de despojarse posteriormente de él, como es el caso. Dado que el testador dispone aquí que los cien entregados por Mevio terminen saliendo del patrimonio del heredero, este tendrá derecho, pues, a obtener la *quarta* de modo tal que no pueda verse privado de ella en el futuro. ¿Podrá entonces reducir el fideicomiso de cien a favor de Ticio? En absoluto, pues hay que tener en cuenta que esos cien constituyen una adquisición del heredero por causa de muerte, y que por ello, lógicamente, no pueden soportar la Falcidia. Esta solamente puede retenerse de los bienes de la *hereditas* del causante destinados a persona distinta del heredero, de manera que la soportará aquél que la tenga. En suma, Mevio recibe la herencia y sufre la retención de la *quarta* con independencia del pago de cien al *heres*, y esto se produce por causa del fideicomiso que gravaba a este con la transmisión posterior del *pretium* adquirido a favor de Ticio. Con ello, en fin, nos aseguramos que el heredero retenga, siempre y en todo momento, la Falcidia, sin que pueda verse posteriormente despojado de ella por la eventual muerte de Mevio.

---

Carino y Numeriano del año 283 en la que «acudieron a la opinión de Papiniano, a quien denominaron *virum prudentissimum*, como si antes no hubiera habido otro jurista conocedor del tema». Realmente, debe tenerse presente que no puede sostenerse que este fideicomiso naciera a finales del s. II: lo que Murillo Villar defiende es que en ese período es cuando se produce su mayor desarrollo. La constitución, de hecho, se apoya en la autoridad de Papiniano, pero de ningún modo refiere expresamente que este jurista fuera el primero en pronunciarse sobre estas cuestiones. Esto sería una interpretación a descartar habida cuenta de la existencia en las fuentes del texto de Juliano, que es un jurista anterior a Papiniano. *Ibid.* 709 ss.



c) Cuotas hereditarias.

D. 35,2,21,1 (Paul. 12 *quaest.*): *Si ego et servus meus heredes instituti simus ex diversis partibus nec a servo erogatus dodrans, his quibus a me legatum est contra Falcidiam proderit quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam eius portionis. ex contrario si servo meo servus et mihi decem legata fuerint, servi Falcidia et decem mihi legatis non tenetur exemplo eodem Falcidiae: nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit.*

En un testamento se instituyen como coherederos a un esclavo al que no se manumite y a su dueño, que, por tanto, recibirá lo adquirido por aquél. En la cuota asignada al propietario del siervo se dan tantos legados que se lesiona el derecho a la *quarta*, mientras que tal cosa no ocurre en la que se destina al propio esclavo, a pesar de que también este debe pagar *legata*. Habida cuenta de que el propietario del esclavo va a adquirir ambas cuotas, Paulo nos dice que cuanto excede de la *quarta* en la del esclavo puede compensar lo que falta para obtener la cuarta parte de la otra cuota, de manera que no sea preciso reducir los legados de esta última. Un caso distinto es el que se produce cuando, en este supuesto, los legados no se dan en beneficio de terceros, sino que son recíprocos: el propietario debe legar un esclavo a su propio esclavo coheredero, y este, a su vez, debe entregarle diez mil sestercios. En este caso, como se comprenderá, no tiene sentido compensar el legado de dinero con el del esclavo, pues a fin de cuentas, el otro coheredero no adquiere para sí mismo, sino para él: todos los bienes que entran en juego –las dos cuotas hereditarias, el esclavo y la suma de dinero– serán adquiridos por el propietario del esclavo, y de ahí que carezca de sentido la compensación<sup>650</sup>.

d) Prelegados.

¿Puede un prelegado sustituir total o parcialmente a la *quarta Falcidia*? Con relación a este asunto, disponemos de dos fragmentos, insertados consecutivamente por los compiladores, con opiniones que parecen diversas: D. 35,2,74 (Gai. 3 *de legatis ad*

---

<sup>650</sup> En un sentido similar tenemos C. 6,50,11 (Gord. a. 243): un testador impone a una heredera entregar a los demás la *quarta* que debe retener por la Falcidia a cambio de recibir como compensación algunos bienes de la *hereditas* (en el presente caso no se habla de una cuota, como tal). Habida cuenta de que el testador no puede excluir la Falcidia *motu proprio*, la heredera invoca entonces con razón su derecho a retenerla.

*ed. praet.*) y D. 35,2,75 (Iul. 40 *dig.*). El primero de ellos<sup>651</sup> recoge la opinión de Gayo, que nos dice que la reserva que articula la *lex Falcidia* a favor del heredero no puede verse completada con prelegados. Si se destinan estos al heredero, este los percibirá entonces con independencia de la propia *quarta*, experimentando así un mayor lucro. Para Gayo, la existencia del prelegado no excluye, por tanto, que el *heres* pueda reducir los otros *legata* cuando recibió –con independencia del propio prelegado– menos del *quadrans*. Debe recordarse en este punto que ciertamente el sistema de la ley *Falcidia* se da para proteger los intereses del heredero, y de ahí que sea coherente pensar que la *quarta* deba recibirse en la condición de tal, y no en la de prelegatario. El prelegado, de este modo, se sumaría siempre a la *Falcidia*, aportando un mayor beneficio patrimonial al heredero<sup>652</sup>. La regla de que el heredero ha de recibir siempre en condición de tal la *quarta Falcidia* no es incompatible, en absoluto, ni con la eventualidad de que el derecho a ella no llegue a existir, al menos en época justinianea, como referíamos antes, por haber recibido ya el *heres* esa cuantía de los bienes en vida del testador (D. 35,2,56 [Marcell. 22 *dig.*]); ni con la de que, existiendo el derecho a la reserva de la *Falcidia*, esta no llegue a percibirse por renuncia o por excepciones como las previstas en D. 35,2,33 (Paul. 3 *de*

---

<sup>651</sup> El fragmento se complementa con D. 35,2,22 (Paul. 17 *quaest.*); D. 35,2,29 (Paul. 2 *fideic.*); D. 35,2,51 (Iul. 61 *dig.*); D. 35,2,75 (Marcell. *ex* 40 *dig. Iul.*); D. 35,2,76,1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. praet.*); D. 35,2,78 (Gai. 3 *de legatis ad ed. praet.*); D. 35,2,86 (Iul. 40 *dig.*); D. 35,2,91 (Marc. 13 *inst.*). Véanse P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 763 ss.; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 487 y 491 s., V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 44 ss. Aquello que el heredero adquirió por sí mismo y no por herencia no se tiene en cuenta para el cómputo de la *lex Falcidia*. D. 35,2,3 pr.-1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): [pr.] *Si heres institutus eam hereditatem quae solvendo non est vendiderit, vix quidem poterit persuaderi non fuisse eam hereditatem solvendo, quae emptorem invenerit: vera autem ratione nihil legatariis debetur, quia magis ex stultitia emptoris habere videtur heres institutus quam ex bonis defuncti. nam et e contrario si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimentum: ita ergo commodum debet esse heredis, si bene res administraverit. [1] Sed et si is qui solvendo non est legaverit et heres cum creditoribus deciderit, ne solidum solveret, et ob eam decisionem factum sit, ut aliquid retineret, nihil tamen legatariis debitum, quia eam pecuniam non ex hereditate, sed ex decisione habet.*

<sup>652</sup> La regla de la no imputación a la *quarta* de los *legata* dejados por el testador en beneficio del *heres*, obedece a la exigencia de que tan solo entre en el cómputo aquello que el heredero recibe precisamente por su condición de tal y no de legatario. Véase también D. 31,87,4 (Paul. 14 *resp.*); D. 35,2,91 (Marc. 13 *inst.*) y C. 3,28,36 (Iust. a. 531). B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 398; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 345 y 353; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 763 ss.; F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 22.

*fideic.*), D. 35,2,56,5 (Marcell. 22 *dig.*), D. 35,2,59 pr. (Mod. 9 *pand.*); D. 35,2,68,1 (Mac. 2 *ad vicens. hered.*). Los compiladores completan la exposición que hace Gayo de esta materia recogiendo la opinión de Marcelo a través de un texto de Juliano insertado inmediatamente después del de Gayo (D. 35,2,75 [Iul. 40 *dig.*]): sabemos, como regla general, que los prelegados no pueden compensar la *quarta* cuando esta es insuficiente ni menos aún sustituirla, pero supongamos ahora que se deja uno al heredero precisamente con el objeto de que este obtenga una cuantía tal de bienes que le permita pagar, sin reducirlos, los legados y fideicomisos. La existencia de este prelegado no se explica únicamente por la voluntad del testador de enriquecer a su heredero, sino por la de que este cumpla íntegramente con las liberalidades testamentarias. Pretender en este supuesto que el *heres* conserve la *quarta* a costa de reducir los *legata*, percibiendo además el prelegado, es indudablemente poco acertado, por cuanto se lesiona y distorsiona gravísimamente la voluntad del testador: la herramienta que debería garantizar el pago íntegro de los legados, el prelegado, termina erigiéndose así, contradictoriamente, en la causa de que ello no sea posible y deban reducirse. Es de lógica que en este caso se niegue al heredero la posibilidad de adquirir el prelegado si es que la *quarta Falcidia* le resulta más ventajosa. En un sentido inverso, nada impide al *heres* renunciar libremente a esta última y percibir el prelegado, si su valor es mayor<sup>653</sup>.

D. 35,2,22 pr. (Paul. 17 *quaest.*): *Nesennius Apollinaris Iulio Paulo. ex facto, domine, species eiusmodi incidit. Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus eius quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. quaero, an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia et, si non possit vel doli exceptione summovenda est, quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit. respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quo minus Falcidiam patiantur: sed cum is qui legatum praestaturus est ab eodem aliquid ex testamento petit, non est audiendus desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id quod percepturus est ex voluntate testatoris suppleat, quod deducere desiderat.*

---

<sup>653</sup> Cfr. P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 115. Debe tenerse muy presente que se trata, como se ve, de una decisión discrecional del heredero en función de sus intereses económicos, de una renuncia unilateral, y no de una exclusión de la *Falcidia* por el testador. Cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati, cit.* 523 s.

*plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet.*

Ticia instituyó a tres herederas a las que dejó prelegados recíprocos. A una de ellas, además, le impuso el pago de otros legados a favor de terceros, por lo que esa coheredera, al percibir menos de la cuarta parte de su cuota, tiene derecho a la reducción de la Falcidia. ¿Es admisible que reduzca los legados destinados a las otras dos coherederas? En este caso la respuesta es simple: habiendo reciprocidad en los legados no es lógico pretender el cobro íntegro de los que se deben a uno mismo y transmitir, empero, al pagador su propio legado solo parcialmente, por causa de la Falcidia. En estos casos es lógico que opere la compensación (*compensatio legatorum mutuorum*)<sup>654</sup>. Así, si lo que el coheredero va a recibir suple aquello que debe entregar no se atenderá a su pretensión de cobrar por entero. También se pregunta a Paulo —que señala que el presente supuesto es real— cómo se imputaría, en este caso, la Falcidia a los legados dejados a terceros si no fuese posible hacerlo contra las coherederas o tal pretensión fuese rechazada mediante *exceptio doli*. Que la Falcidia pueda hacerse valer contra los legatarios extraños es evidente. Que no sea admisible contra los coherederos-legatarios o que tal pretensión pueda verse rechazada mediante una excepción de dolo, en cambio, no, como acabamos

---

<sup>654</sup> Esta *compensatio* (D. 35,2,56 [Marcell. 22 dig.]; D. 35,2,75 [Marcell. ex 40 dig. Iul.]; D. 28,5,79 [Pap. 6 resp.]; D. 34,9,15 [Pap. 6 resp.]; D. 36,1,70 [Valens. 4 fideic.]; C. 3,36,24 [Dioclet. et. Maxim. a. 294]), supone en la práctica que cuando un coheredero invoca la Falcidia respecto de un legado que ha de satisfacer en beneficio de otro gravado, a su vez, por otro legado en su provecho, se imputa en la *quarta* lo que este último le debe por tal causa, buscando con ello una solución fundada en la equidad. Voci lo explica gráficamente por medio del siguiente ejemplo: tenemos un patrimonio valorado en doscientos y dos coherederos instituidos a partes iguales. La *quarta* que a cada uno corresponde es, obviamente, de veinticinco. Bien, el testador impone en su testamento un legado del coheredero A en beneficio del coheredero B valorado en ochenta, y otro de B a A por valor de cuarenta. En el caso de A, se vulnera, como se ve, la Falcidia: de los cien que, en principio, percibiría, deben restarse los ochenta del legado, de modo que en su provecho tan solo quedan veinte, lo cual está por debajo de la *quarta*. Ahora bien, ¿qué sentido tendrá que, para recibir esta última, reduzca a setenta y cinco el legado que debe cumplir si ha de recibir un legado de cuarenta por parte de B? Puesto que lo que va a ingresar por medio de este último supera con creces la *quarta*, sería de todo punto abusivo que pretendiese, a su vez, reducir el *legatum* para obtener lo que de todas formas va a recibir, y con creces. Es en este punto donde se opera la compensación: si A paga setenta y cinco a B, por causa de la Falcidia, recibirá de B no cuarenta, sino treinta y cinco. Si paga los ochenta, recibirá entonces cuarenta. Cfr. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 767 s.; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 44 ss.

de señalar, habida cuenta de que opera la compensación. Resta por responder, pues, a la cuestión de cómo se deduce la Falcidia del legado dejado al extraño, en el caso que nos ocupa. La cuantía a retener será, lógicamente, la que falte hasta alcanzar la cuarta, sin que deba considerarse como incrementado –y esto es lo importante– el activo de la cuota por causa de los prelegados que se adquirieron.

## 2. Cálculo de la *quarta Falcidia*.

En el caso de la ley Falcidia, el cálculo de los bienes hereditarios corresponde a un árbitro, que es el encargado de hacer las cuentas con los legatarios y los fideicomisarios (D. 35,3,1,6 [Ulp. 79 *ad ed.*]<sup>655</sup>).

### 2.1. Estimación de los bienes.

Veámos en D. 35,2,71 (Paul. 32 *ad ed.*) que quien compra del heredero los bienes que integran la *hereditas* puede verse privado del derecho a retener la *quarta*, pues el sistema de la *lex Falcidia* está pensado para la defensa de los intereses del *heres*, y no de los de un tercero comprador. Los compiladores insertan inmediatamente a continuación de este texto de Paulo un fragmento de Gayo (D. 35,2,72 [Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*]) que trata igualmente de la venta de los bienes hereditarios y que fija la primera regla de importancia a la hora de cuantificar su valor<sup>656</sup>: nos dice aquí el jurista que el importe del

---

<sup>655</sup> Murillo Villar, que realiza una sucinta exposición sobre el cómputo de la *quarta*, lo considera «verdaderamente difícil» por estar muy interpoladas las fuentes. Más que como consecuencia de interpolaciones –que las hay– la dificultad del asunto estriba en buena medida en la amplitud de la casuística a examinar, que trataremos de abordar de la forma más ordenada posible a efectos de procurar una comprensión de la cuestión. Cfr. A. MURILLO VILLAR, *op. cit.* 709.

<sup>656</sup> A estos mismos efectos tiene relevancia también lo dispuesto en D. 35,2,62 pr. (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*): supongamos que tenemos a dos acreedores o deudores solidarios unidos por un contrato de sociedad. Ulpiano nos informa aquí de que Juliano opinaba que en este caso la obligación se divide entre ambos, como si cada uno hubiese prometido su parte, a pesar del principio de solidaridad. Si, en cambio, los codeudores o acreedores solidarios no son *socii*, queda en suspenso a qué patrimonio se imputará lo debido, en el caso de que hablemos de acreedores, o de cuál se deducirá lo debido, en el de los deudores. La presencia, por tanto, de un contrato de sociedad en relación con las deudas o derechos de crédito puede tener consecuencias de suma importancia a la hora de determinar con certeza la estimación de los bienes hereditarios que corresponden al heredero por su derecho de retención de la Falcidia. Biondi señala, con

patrimonio hereditario ha de valorarse tras deducir lo gastado en estas ventas. A la hora de determinar, por tanto, cuánto vale la herencia, ha de restarse en primer lugar aquello que el heredero haya podido vender libremente, procediéndose después a la valoración de lo que le reste<sup>657</sup>. En el fragmento siguiente (D. 35,2,73 pr. [Gai. 18 *ad ed. praet.*]), también de autoría gayana, se fija la segunda regla a seguir a efectos de realizarla: en consonancia con lo apuntado por Marcelo en D. 35,2,56 pr. (Marcell. 22 *dig.*), Gayo refiere aquí que el patrimonio hereditario ha de valorarse atendiendo únicamente al tiempo del fallecimiento del testador, sin tener en consideración posteriores aumentos ni disminuciones del mismo<sup>658</sup>. De este modo, cualquier incremento del activo hereditario –

---

acierto, que la situación de incertidumbre que se produce aquí cuando no hay *societas* conlleva la necesidad de que se preste la *cautio ex lege Falcidia*. Cfr. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 395. Cfr. G. GROSSO, *Il legato*, cit. 351, que considera interpolado al fragmento, que según él se referiría originariamente a las *leges Iulia et Papia*.

<sup>657</sup> El fragmento de Gayo se complementa, a su vez, con D. 35,2,24 pr. (Paul. 14 *resp.*), que establece que a la hora de hacer el cómputo de la Falcidia, se incluyen, lógicamente, las cosas de la herencia sustraídas por el heredero. Como se ve, no puede entenderse como una excepción del régimen de la *quarta* lo que ocurre en aquéllos casos en los que el importe de la herencia se ingresa por alguna causa en el fisco a la muerte del testador. Tal cosa ocurre cuando, como en el presente caso, se sustraen bienes hereditarios o cuando se asume tácitamente un fideicomiso en provecho de un incapaz. Véase D. 34,9,6 (Marcell. 22 *dig.*). La cuestión de si era equiparable la sustracción a la mera negación por parte del heredero de que determinados bienes formasen parte de la *hereditas* era discutida (D. 34,9,2 [Marc. 11 *inst.*]; D. 49,14,49 [Paul. *sing. de tac. fideic.*]; C. 6,50,3 [Alex. Sev. a. 222]). Como acertadamente señala Biondi, ateniéndose a D. 35,2,59 (Modest. 9 *pand.*) estos supuestos versan, más que sobre supuestas excepciones al régimen de la Falcidia, sobre las consecuencias de la indignidad para suceder. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 390.

<sup>658</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 39. La misma idea se recoge en las *Institutiones* justinianeas: en IJ. 2,22,2 se señala que el cálculo de los bienes ha de efectuarse valorando tan solo el importe de estos al tiempo de la muerte, sin tener en cuenta aumentos ni disminuciones posteriores. Así, un legatario no puede evitar que el heredero reduzca el legado a efectos de retener la *quarta* alegando que para entonces los bienes de la masa hereditaria se han multiplicado por haber nacido, por ejemplo, crías del ganado o hijos de los esclavos. Igualmente ocurre a la inversa: el heredero debe pagar íntegros los legados si había bienes suficientes para que retuviera la Falcidia al tiempo del deceso, aun a pesar de que posteriormente el montante se haya visto reducido por incendios, naufragios, muerte de esclavos... Lo expresado en las *Institutiones* de Justiniano concuerda a la perfección, a su vez, con D. 35,2,9 pr. y 1 (Pap. 19 *quaest.*), donde escribe Papiniano sobre el heredero que adquiere del testador un fundo cuyos frutos se encontraban ya maduros al tiempo de la muerte de este, entendiéndose que esto incrementa el valor del fundo a efectos de realizar el cómputo de los bienes para retener la *quarta*. No obstante, el jurista

---

apunta que la adquisición de una esclava embarazada, en cambio, no se considera como de mayor valor de una que no lo está, pues el hijo esclavo no existe mientras no se produzca el nacimiento. Mientras que en el caso de los frutos, el valor del fundo se ha incrementado ya en el mismo momento del fallecimiento y de la apertura del testamento, no ocurre así en el caso de la esclava encinta, en el que el simple embarazo se antoja irrelevante al no haberse producido aún el parto. Este texto papiniano se complementa, a su vez, con otros de Paulo, cual es D. 35,2,24,1 y 2 (Paul. 14 *resp.*), y de Gayo (D. 35,2,79 [Gai. 18 *ad ed. praet.*]). En el primero, el jurista señala que si se transmite una esclava embarazada mediante fideicomiso –y es de suponer que, naturalmente, otro tanto ocurre mediante legado– y esta da a luz antes de cumplirse este, el hijo se computa en la *quarta* del heredero. En el segundo párrafo, un testador impone al heredero el fideicomiso, sometido a término, de transmitir un bien que le pertenece a un tercero, y el *heres* obligado percibe frutos de esa cosa con posterioridad al término. Que la fecha en la que la entrega haya debido realizarse se haya cumplido implica, como resulta comprensible, que no sea costumbre que el heredero impute esos frutos a su *quarta*, si bien se le permite retenerlos. Por su parte, Gayo señala en el texto que apuntábamos que, en el caso de la sustitución pupilar, naturalmente, podemos encontrarnos con que el testador dejó diferentes legados tanto al pupilo como al sustituto. A efectos de la ley Falcidia, todos estos *legata* deben computarse conjuntamente a la muerte del testador. Por otra parte, no se tienen en consideración las adquisiciones o pérdidas obradas por el pupilo tras el fallecimiento del causante para el cálculo del activo y del pasivo, pues ha de estarse únicamente a lo que había en la herencia al tiempo del deceso, de conformidad con D. 35,2,73 (Gai. 18 *ad ed. prov.*).

De Papiniano encontramos, al margen de D. 35,2,9 pr. y 1 (Pap. 19 *quaest.*), otros cuatro fragmentos de interés sobre este particular, procedentes uno del libro décimotercero de sus *Responsa* y los otros tres del libro vigésimo noveno de sus *Quaestiones*. En D. 35,2,15,6 (Pap. 13 *resp.*) el jurista habla de un testamento en el que se establece, bajo condición, el fideicomiso de entregar unos predios a un tercero. La condición, en efecto, termina por darse, de manera que el heredero cumple con el encargo. Ahora bien, en el fideicomiso no se incluyen los frutos derivados de los predios, lo que permite al *heres* retener la cuarta parte de los ya existentes al tiempo de la muerte del testador.

D. 35,2,11,1 (Pap. 29 *quaest.*), por su parte, trata sobre un testamento en el cual se manumite condicionalmente a un esclavo, que muere antes de que la condición, en efecto, se cumpla. El cumplimiento de esta tras la muerte del *statuliber* es realmente irrelevante, pues la manumisión resulta para entonces obviamente imposible, y de ahí que el heredero tenga derecho a computar el valor que tenía el esclavo al tiempo de su fallecimiento como parte del activo hereditario sobre el que calcular la *quarta* de debe retener. Los otros textos papinianos son D. 35,2,11,3 (Pap. 29 *quaest.*) y D. 35,2,11,4 (Pap. 29 *quaest.*). En el primero de ellos se nos habla de un ciudadano que fue desterrado, sufriendo la confiscación de la mitad de su patrimonio. Este interpuso apelación, resolviéndose esta en sentido desfavorable cuando el individuo había ya fallecido. ¿Cuál es el montante sobre el que sus herederos deben calcular la *quarta*? ¿tienen acaso derecho a hacerlo sobre la totalidad del patrimonio paterno, como si la confiscación no hubiese tenido lugar, o tan solo sobre la mitad del mismo? Papiniano se inclina por la primera solución, más favorable a los intereses del heredero: puesto que al tiempo de la muerte, que es cuando han de valorarse los bienes

como consecuencia, por ejemplo, de accesiones, de la adquisición de algo por parte de los esclavos, del nacimiento de hijos de esclavas o de crías de animales, de la extinción de servidumbres que gravasen los fundos hereditarios, de las acciones *ex delicto*, etc.— posterior al momento de la muerte del causante beneficia al heredero, pues lo retendrá para sí conservando, además, intacto, su derecho de reducir los legados<sup>659</sup>. El propio Gayo explica esta realidad acudiendo al *exemplum*: un testador dejó un patrimonio de cien y legó a un tercero la misma cantidad, lo que daba derecho a que el heredero retuviese la *quarta*. Después de producido el deceso, la masa hereditaria experimenta un incremento, pero ello no es óbice para que el *heres* efectúe la reducción del legado en veinticinco, de manera que terminará por retener esta cuantía unida al incremento que experimentó el activo hereditario. El caso inverso es aquél en el que se legan setenta y cinco de una herencia de cien, de manera que, al tiempo de morir el *de cuius*, el *heres* carece de derecho a reducir los *legata*, al percibir ya la cuarta parte de la *hereditas*. Esto implica que tendrá que pagar los legados íntegros incluso aunque antes de la adición el activo de la herencia

---

hereditarios, aún estaba pendiente de resolución la apelación contra el embargo, que el causante esperaba ganar, puede permitirse al *heres* tener en consideración los bienes confiscados para calcular el importe de la *quarta*, con independencia de que tras la resolución final el embargo se haga definitivo.

El último texto papiniano de los que venimos refiriendo es, como decíamos, D. 35,2,11,4 (Pap. 29 *quaest.*), que expresa que el heredero tiene derecho a computar en el activo el valor de un esclavo manumitido en el testamento que murió antes de la adición de la herencia. Teniendo en cuenta que la valoración de los bienes hereditarios se realiza al tiempo de la muerte del *de cuius*, Papiniano se pregunta en este caso cómo valorar aquello que se antoja imposible, cual es, como se ve, un esclavo ya muerto o próximo a hacerlo, pues también se afirma que puede el *heres* sumar al activo el valor —si es que puede hablarse de tal— de aquellos esclavos que, sobreviviendo al testador, se encontrasen para entonces mortalmente enfermos y el de los que viviesen bajo su mismo techo cuando aquél fue asesinado por ellos.

Interesa también, a efectos de ofrecer una exposición completa de cuantos fragmentos se refieren a la cuestión de la estimación de los bienes al tiempo de la muerte del causante, D. 35,2,66 pr. (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*), que se refiere a los legados bajo condición o término. Dice Ulpiano en ese texto que si se dejó un legado condicional de diez, cumpliéndose la condición una década más tarde, no se deberán realmente los diez, pues el tiempo transcurrido y los intereses no cobrados disminuyen, lógicamente, la cuantía.

<sup>659</sup> Aun en el supuesto de que los legados no se debiesen por completo como consecuencia del estado posterior del patrimonio, procede la interposición de la *cautio ex lege Falcidia*. Véase aquí D. 35,3,1,11 (Ulp. 79 *ad ed.*). Cfr. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 789.



haya menguado –por causa de incendios, naufragios o muerte de esclavos, dice Gayo<sup>660</sup>. El caso más extremo se produce, naturalmente, cuando la disminución del patrimonio hereditario en el período de tiempo que transcurre entre la muerte del testador y la *aditio* del heredero es tal que desaparece la *quarta* que retendría el *heres* (supongamos, siguiendo con el ejemplo planteado por Gayo, que el activo de la herencia deja de ser cien y pasa a ser de setenta y cinco –lo mismo que se ha de pagar en legados, sin reducciones– o incluso menos). Al no reportar beneficio alguno la herencia al heredero, es de esperar que este, simplemente, no efectúe la adición, lo cual iría en perjuicio de los legatarios. Es por ello que Gayo dice que los legatarios deben preocuparse de pactar con el heredero la cuantía que puede detraer este en estos casos. Se trata, simplemente, de la elección, por parte de los destinatarios de los *legata*, del mal menor: o pactar con el heredero una reducción del legado a efectos de que este retenga algo que le haga ventajosa la adición o perder la totalidad al negarse aquél a efectuarla<sup>661</sup>.

La tercera regla básica a la hora de estimar el valor de los bienes hereditarios es la de que, para ello, ha de atenderse no a lo que el heredero consideraba que valían los bienes al tiempo de la muerte del causante, sino sino a su valor real y objetivo (*verum pretium*) en ese momento<sup>662</sup>:

---

<sup>660</sup> *Ibid.* 758. Con relación a la necesidad de pagar íntegros los legados cuando no había vulneración del derecho a la Falcidia del heredero al tiempo de la muerte del causante, experimentando después el patrimonio hereditario una disminución, Ferrini señala con acierto que esto no es necesariamente perjudicial para el heredero, que es libre de rehusar la herencia, caso este en el que los principales perjudicados serán probablemente los legatarios. Estos, para evitarlo, se comprometerían a percibir los legados reducidos para evitar su pérdida íntegra. Véase C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 469. El autor señala igualmente una interesante aplicación del principio de que los aumentos patrimoniales posteriores a la muerte del causante no facultan al legatario a exigir del heredero el cumplimiento íntegro de los legados en materia del peculio de los siervos contenida en D. 35,2,56 (Marcell. 22 dig.).

<sup>661</sup> El contenido de D. 35,2,73 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*) es sustancialmente coincidente con el de IJ. 2,22,2. Sobre este particular, y para un mayor abundamiento en el régimen de la *quarta* en época justiniana, véase. A. MANNINO, *Il calcolo*, cit. 155 ss..

<sup>662</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 468 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 39; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 758; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 395; F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 22; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 346 s.; H. ANKUM, *La femme mariée*, cit. 30; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 114 s.; A. TORRENT, *Pretium certum. Determinación del precio per relationem*, en *BIDR* 98-99 (Milano 1995-1996) 83 ss.; A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale*, cit.

D. 35,2,42 (Ulp. 14 *ad ed.*): *In Falcidia aestimatio pretii rerum ex veritate facienda est.*

D. 35,2,62,1 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*): *Corpora si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est secundum praesens pretium: nec quicquam eorum formali pretio aestimandum esse sciendum est*<sup>663</sup>.

D. 35,2,63,2 (Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt: nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea quae raro accidat caritate pretia constituentur.*

La *aestimatio* que se hace de los bienes de la herencia debe corresponderse, por tanto, con la realidad objetiva de su valor, esto es, sin tener en cuenta el valor afectivo que sobre las cosas pudiera tenerse. Sí se acepta, claro está, que el precio de las cosas

---

144; E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 153 s.; R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *op. cit.* 156. Disponemos de un fragmento esclarecedor sobre lo irrelevante de la opinión aislada del testador sobre el valor de los bienes hereditarios que deja: D. 30,81,4 (Iul. 32 *dig.*): *Si libertus patronum ex septunce heredem scripserit, alios ex ceteris et ita legaverit: "quisquis mihi alius ex supra scriptis cum patrono meo heres erit, servos illum et illum titio lego, quos aestimo singulos vicenis aureis", intellegendum erit a coherede patroni dumtaxat legatum datum et ideo titium non amplius quincuncem in servis vindicare posse. adiectio autem illa "quos aestimo singulos vicenis aureis" non mutat legati condicionem, si legis Falcidiae rationem habere oporteat: nihilo minus enim verum pretium servorum in aestimationem deducetur.* Concurren en la herencia de un libertus su patrono y otros coherederos, imponiéndose a estos últimos el legado de unos esclavos que el propio causante tasa en veinte áureos cada uno a favor de un tercero. A la hora de realizar la *aestimatio* no ha de estarse, tal y como escribe Juliano, al valor de los *servi* señalado por el testador, sino a lo que para entonces se considere que es su *verum pretium*.

<sup>663</sup> La expresión *hoc est* suele localizarse en fragmentos alterados por algún comentarista prejustiniano anónimo. La brevedad del texto, de hecho, podría invitar a pensar que se trate realmente de un comentario añadido al más amplio D. 35,2,62 pr. que, en algún momento, pudo terminar por considerarse como parte del mismo. Sea como fuere, que la masa hereditaria debe valorarse en el derecho clásico atendiendo al criterio del *verum pretium* es algo de lo que no puede dudarse, en la medida en la que el presente fragmento conecta con lo escrito por el propio Ulpiano en D. 35,2,42 (Ulp. 14 *ad ed.*) así como con D. 35,2,60,1 (Iav. 14 *ex cass.*); D. 35,2,61 (Iav. 14 *epist.*); D. 35,2,63 (Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*) y D. 35,2,73 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*). Sobre este tipo de posibles adulteraciones previas a la compilación del Digesto, véase A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47.

pueda variar en función del lugar (Paulo señala en el fragmento arriba reproducido que no puede considerarse como igual el precio del aceite en Roma y en Hispania) y del momento (se habla de años de gran producción y de otros de escasez). Con todo, no deben valorarse los bienes en función de carestías excepcionales o de circunstancias pasajeras<sup>664</sup>.

Esta necesidad de valorar el patrimonio hereditario exclusivamente conforme a lo que se considera como su *verum pretium* implica no solo no tener en consideración el apego personal por los propios bienes, sino tampoco el valor de las cosas por el que se juró al reclamarse los legados (que puede verse aumentado como pena), conforme a lo expresado en D. 25,2,60,1 (Iav. 14 *ex cass.*). Esta misma búsqueda de la objetividad en la valoración hace también que el acreedor de un deudor insolvente no pueda considerar como integrada en su patrimonio la cuantía total que se le adeuda, sino tan solo la fracción de ella que compone el patrimonio del deudor (D. 35,2,63,1 [Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*])<sup>665</sup>.

D. 35,2,63 pr. (Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*): *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset.*

---

<sup>664</sup> Así, tal y como Ferrini señala, si el causante muere en época de carestía, lo que tenga almacenado en sus graneros no se valora conforme a la media habitual que alcancen los comestibles en el mercado, sino por su valor real en ese momento. En cualquier caso, del texto de Paulo se desprende, de todas formas, que el *verum pretium*, más que referirse únicamente a la valoración objetiva de los bienes, alude también al precio normal que pudieren alcanzar al tiempo de morir el testador. Esto es lo que explica que en el fragmento se excluyan las variaciones repentinas y pasajeras en el valor de los bienes, cuales son, nuevamente según apunta Ferrini, la escasez de la vendimia que motiva el incremento del precio del vino en un lugar concreto o el aumento pasajero de la demanda de un determinado bien en el mercado. Para una exégesis de D. 35,2,63 (Paul. 2 *ad l. Iul. et Pap.*), véase C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 471 ss.

<sup>665</sup> Naturalmente, en caso de que el deudor suceda al acreedor se extingue el crédito por confusión (D. 35,2,1,18 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]). Véase G. GROSSO, *Il legato*, cit. 348. Sobre la confusión (D. 8,6,1 [Gai. 7 *ad ed. prov.*]; D. 8,2,30 [Paul. 15 *ad Sab.*]; D. 30,116,4 [Flo. 11 *inst.*]), véanse, entre otros, M<sup>a</sup> CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO, *Algunas reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones en Derecho romano*, en *AFDUDC* 7 (Coruña 2003) 481 ss.; A. WACKE, *La confusión, ¿causa extintiva de la obligación? Crítica de la legislación y de la doctrina dominante*, en *SCDR* 30 (Madrid 2017) 221 ss.

*sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec exspectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur. eadem causa est eius servi, qui noxam nocuit: nec enim delinquendo quisque pretiosior fit. sed nec heredem post mortem testatoris institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, pedius scribit: est enim absurdum ipsum me heredem institutum non esse locupletiolem, antequam adeam, si autem servus heres institutus sit, statim me locupletiolem effectum, cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat: acquirit nobis certe cum adierit, esse autem praeposterum ante nos locupletes dici, quam adquisierimus.*

Los compiladores buscan aquí reafirmar la idea de que los bienes han de computarse conforme a su *verum pretium*, sin tener en cuenta, tal y como acabamos de ver, el valor meramente afectivo, insertando este fragmento de Paulo a continuación del de Ulpiano. Ambos provienen de libros de comentarios a las *leges Iulia et Papia* y refieren la misma idea. Concretamente, Paulo nos refiere que Pedio, por ejemplo, no consideraba que instituir heredero a un esclavo supusiese un incremento de su valor: puesto que una persona designada heredera no es más rica hasta que efectúe la adición, carece de sentido que el valor del esclavo se incremente por ese mero hecho, habida cuenta de que pueden darse en la práctica situaciones que le impidan realizar la *aditio* con el asentimiento de su propietario. Tal esclavo, por tanto, debe estimarse por cuanto vale por sí mismo, sin considerarle más valioso por el hecho de haber sido nombrado heredero.

Una vez que hemos estudiado lo que podríamos llamar las tres reglas básicas a la hora de realizar la *aestimatio* (valoración tras deducir lo gastado en ventas, atendiendo tan solo al tiempo de la muerte del causante y teniendo solo en consideración el *verum pretium*) es momento de que nos sumerjamos en el estudio de tres supuestos contenidos en D. 35,2 en los cuales la realización de la propia estimación se antoja problemática. El primero de estos casos, en el cual hubo *ius controversum* en la jurisprudencia romana, tenía que ver con la presencia de legados bajo condición en el testamento:

D. 35,2,45,1 (Paul. 60 *ad ed.*): *In his legatis, quae sub condicione relictas sunt, Proculus putabat, cum quaeritur de lege Falcidia, tantum esse in legato, quanti venire possunt: quod si est, et deductio sic potest fieri, ut tantum videatur vi*

*deberi, quanti nomen venire potest. sed haec sententia non probatur: cautionibus ergo melius res temperabitur.*

Paulo refiere una opinión aislada de Próculo sobre la ley Falcidia y los legados condicionales, de la que dice que no es seguida por el resto de la jurisprudencia<sup>666</sup>. Para este jurista, nos dice, debía seguirse el criterio de la estimación venal, según el cual el valor de este tipo de legado es aquél por el que pudo venderse, y sobre ese importe tendrá, pues, derecho el heredero a retener la *quarta* aun cuando se esté a la espera del cumplimiento, o no, de la condición. Así, por ejemplo, un crédito encontrará a un comprador que lo acepte a cambio de una cuantía que será inferior o similar a aquella que se le faculta a exigir de un deudor. Lo pagado, pues, por el comprador, ha de considerarse entonces como el valor objetivo del crédito. Esta opinión de Próculo, sin embargo, distó de generalizarse, como señala Paulo, lo cual tampoco debe llevar a sorpresa, habida cuenta de que es lógico que quien compra un crédito a favor esté dispuesto a sacarle algún beneficio, lo cual implica, lógicamente, ofrecer un precio de compra inferior al de aquello que se le permitirá exigir, adquirido ya el derecho.

El segundo caso en el que la realización de la *aestimatio* se antoja problemática se relaciona con la presencia de legados a favor de un sustituto pupilar. Lo expone Javoleno del siguiente modo:

D. 35,2,60 pr. (Iav. 14 *ex cass.*): *Cum pater impuberi filiae heredem substituit, id quod ei legatorum nomine a patre obvenit, cum hereditas ad substitutos pertinet, in computationem legis Falcidiae non venit.*

---

<sup>666</sup> Bonifacio defiende la autoría proculiana de este criterio, frente a Vasalli, que lo considera de origen justiniano y para el que el sistema propio del derecho clásico sería el de cauciones. Para este autor, el texto de Paulo se referiría originariamente a la *actio rutiliana* y habría sido adaptado al ámbito de la Falcidia por los compiladores del Digesto justiniano. Bonifacio, como digo, rechaza de plano la argumentación, afirmando que incluso asumiendo que, en efecto, el texto se refiriera originariamente a esa acción, nada habría impedido a Próculo extender el sistema a lo concerniente a la ley Falcidia. Tampoco comparte Bonifacio la opinión de Solazzi, según la cual, el fragmento de Paulo sí se refería, en efecto, a la Falcidia, pero no en relación con los legados condicionales, sino a los vitalicios. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 41 ss. Cfr. F. E. VASSALLI, *op. cit.* 71 ss.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* 2 (Napoli 1936) 149.

Un testador nombra a un heredero sustituto para su hija, que aún es impúber, dejando en el testamento varios legados a favor de este. Tras morir la hija, la herencia pasa a aquél, que deberá satisfacer los demás *legata* dejados por el causante. Ahora bien, a la hora de determinar el montante de la *quarta* hereditaria que le corresponde, a efectos de averiguar si han de reducirse los legados, ¿puede tenerse también en consideración lo que a él se le legó? La respuesta del jurista es negativa: por mucho que el sustituto fuese designado como legatario de esos bienes en el testamento de la hija impúber y disponga de ellos, estos no se tendrán en consideración para determinar la cuantía de la *quarta* a la que tiene derecho, que se nutre, pues, de aquello que se adquiere como heredero sustituto y no como legatario.

El último caso problemático a efectos de realizar la *aestimatio* nos llega igualmente de Javoleno, y se refiere al legado de un fundo ajeno que el heredero compra por un importe superior al de su verdadero valor:

D. 35,2,61 (Iav. 4 *epist.*): *Alienus fundus tibi legatus est: hunc heres cum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris, quam quanti erat, qua emptione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur. quaero, cum, si fundus tanti, quanti re vera, emptus esset, legata non fuerant excessura ius legis Falcidiae, an hoc ipso heres institutus partem revocandi a legatariis ius habeat, quod ex voluntate defuncti pluris emerit fundum, quam quanti erat. respondit: quod amplius heres quam pretium fundi legatario solvit, id lege Falcidia imputari non potest, quia negligentia eius nocere legatariis non debet, utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat*<sup>667</sup>.

Como se ve, Triboniano inserta este segundo texto de Javoleno inmediatamente a continuación de D. 35,2,60 (Iav. 14 *ex cass.*). El fragmento pertenece esta vez al libro cuarto de sus epístolas y se refiere igualmente al valor por el que han de estimarse los bienes a efectos de calcular la *quarta* del heredero. Concretamente, en este supuesto nos encontramos con el legado de un fundo ajeno. Para cumplirlo, es obvio que el heredero debe comprarlo. Bien, si consiguiera adquirir el inmueble por su valor real, no se lesionaría su derecho a la *quarta* y no operaría la *lex Falcidia*, pero, sin embargo, el vendedor impone un precio de venta tan sumamente elevado que el heredero, al adquirir

---

<sup>667</sup> El fragmento ha sido muy estudiado por Mannino. Cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 123 ss.

el fundo que debe transmitir al legatario, se queda con menos del *quadrans*. Una vez que el legatario ha recibido el fundo, ¿puede el heredero reclamarle la cuantía que le resta para cubrir la *quarta* y que perdió por la voluntad de lucro del vendedor? La respuesta es negativa, pues la adquisición del fundo por un valor tan excesivamente alto respecto del real solo puede explicarse por negligencia del heredero (pudo pagar el valor real allanándose en la acción del legatario y la estimación judicial), negligencia esta que, naturalmente, no puede perjudicar al legatario<sup>668</sup>.

Cuanto hemos expuesto en el presente apartado es la información que nos aporta el Digesto acerca del modo en el que han de estimarse los bienes de la *hereditas*. Una vez estudiado esto, será preciso detenerse a distinguir qué se imputa en el activo hereditario y qué en el pasivo, a efectos de discernir si los *legata* lesionan o no el derecho del heredero a retener la Falcidia. Que los bienes y derechos conforman el activo y las deudas hereditarias constituyen el pasivo es cosa sabida, naturalmente, pero disponemos también de dos fragmentos que nos informan acerca ciertos elementos que, en realidad, pueden formar parte tanto de uno como del otro.

El primer caso es el de las obligaciones transmisibles *mortis causa*, conforme a D. 35,2,32 (Maec. 9 de *fideic.*). En el *proemium* de este fragmento se señala que, con la única excepción de las acciones populares, las acciones penales, tanto del *ius civile* como del *ius honorarium*, deben computarse en el activo hereditario incluso a pesar de que la muerte de quien cometió el delito pueda extinguirlas. No puede computarse, como Meciano se cuida de apuntar, la acción de injurias<sup>669</sup> tras el deceso del actor, habida cuenta

---

<sup>668</sup> No puede pretenderse en la actualidad que la ley Falcidia no pertenezca a la categoría de las *leges perfectae* por el uso en las fuentes del verbo *revocare* (D. 35,3,1,11 [Ulp. 79 *ad ed.*]; D. 31,77,6 [Pap. 8 *resp.*] y D. 35,2,61 [Iav. 4 *epist.*]). El efecto de este tipo de leyes es, como señala Talamanca, el de una nulidad que no equivale a la más moderna idea de inexistencia del acto contrario, sino que se utiliza en las fuentes como sinónimo de ineficacia o inutilidad. De ahí que no compartamos los planteamientos de Schwarz, y de Di Paola, al separar, como elementos diferenciados, los conceptos de nulidad e ineficacia en Derecho romano. Cfr. M. TALAMANCA, *Inesistencia*, *cit.*

<sup>669</sup> La bibliografía sobre la *iniuria* (Gai. 3,220-225; PS. 5,4; *Ep. Ulp.* 30,1; II. 4,4; D. 47,10; C. 9,35) en Derecho romano es amplia. Entre otros, E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *A propósito de la actio iniuriarum*, en C. RASCÓN GARCÍA (Coord.), *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (León 1998) 349 ss.; M. FERNÁNDEZ PRIETO, *La iniuria como causa de indignidad*, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidad de Vigo, 16-18 de abril de 1998*, vol. 1 (Vigo 1998) 257 ss.; J. SANTA CRUZ

de su carácter personalísimo, al igual que ocurre con el derecho de usufructo o con las deudas que se definen por su carácter periódico y precisamente intransmisible (por días, meses, años, o mientras se viva). Así las cosas, lo único que realmente reduce el patrimonio del deudor es la obligación transmisible *mortis causa* a sus propios herederos. En consonancia con lo anterior, las acciones de derecho pretorio transmisibles por causa de muerte afectarán a la masa hereditaria, ya sea computándose como activo, en el caso de tratarse de la parte acreedora, o como pasivo en el de la deudora (D. 35,2,32 pr. [Maec. 9 de *fideic.*]). Realmente, poco aporta (D. 35,2,32,1 [Maec. 9 de *fideic.*]) respecto del texto que le antecede, que ya se refería a las acciones del *ius honorarium*<sup>670</sup>.

El segundo supuesto se refiere a las deudas condicionales que afectasen al causante. D. 35,2,73,1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*)<sup>671</sup> es claro sobre este particular: Supongamos que existe una deuda *sub condicione* y que ésta aún no se ha cumplido al tiempo de morir el testador, que puede ser tanto el acreedor como el deudor. ¿Debe computarse como parte del activo o del pasivo, en uno y otro caso? Gayo aporta tres soluciones posibles en la práctica:

a) Una opción, según afirma, es la de seguir el ya visto criterio proculiano de la estimación venal -D. 35,2,45,1 (Paul. 60 *ad ed.*)-, imputando en el activo del estipulante

---

TEIJEIRO, *La iniuria en Derecho romano*, en *Revista de Derecho Privado* 64 (Madrid 1980) 347 ss.; M. J. BRAVO BOSCH, *Sobre el dolo y la culpa en la iniuria*, en *AFDUDC* 11 (Coruña 2007) 81 ss.; A. MAREY, *Concepto de iniuria en el Derecho romano postclásico*, en *Revista General de Derecho Romano* 21 (Madrid 2013); M. GUERRERO LEBRÓN, *La legitimación activa del heredero ante la iniuria contra el difunto*, en *O direito das successoes: do direito romano ao direito actual* (Coimbra 2006) 965 ss.; P. PASCHALIDIS, *What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?*, en *RIDA* (Bruxelles 2008) 321 ss.; G. VALDITARA, *Dalla iniuria alla culpa. Su una dibattuta questione*, en *SDHI* 75 (Roma 2009) 131 ss.; F. LA ROSA, *Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia*, en *Labeo* 44 (Napoli 1998) 366 ss.; R. ESCUTIA ROMERO, *La difamación pública en Derecho romano*, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 22 (Madrid 2010) 65 ss.

<sup>670</sup> Las acciones penales privadas, como se sabe, no son transmisibles pasivamente, pero sí activamente, y de ahí que el heredero deba incluirlas en el cómputo de la ley Falcidia. Véase C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 474.

<sup>671</sup> Sobre este fragmento, F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 53 ss.



y en el pasivo del promitente el importe por el que podría venderse la obligación condicionada.

b) Computar el importe de la deuda como si la condición no existiese.

c) No computar la deuda, considerándola inexistente.

En las dos últimas soluciones (b y c) se sigue un sistema de cauciones (*cautio quod legatorum; stipulatio Falcidia*)<sup>672</sup>, pues es imprescindible, naturalmente, que heredero y legatario las presten, de manera que si se cumple la condición se pague lo que se debió a los legatarios o restituyan estos al heredero lo que recibieron de más. Seguir esta solución supone computar el crédito como exigible cuando se entienda que hay buenas perspectivas de que la condición se cumpla, de manera que se prescinde temporalmente de ella y se considera como puro el legado, crédito o deuda. En este último supuesto el deudor se obligaría mediante cauciones a restituir lo percibido de más en el supuesto de que se incumpliese la condición. En el caso de que se considere improbable el cumplimiento de esta última, el sistema, según este criterio, sería, lógicamente, el contrario: el crédito no era objeto de valoración, si bien el deudor se comprometía a transmitir al legatario los bienes en el supuesto de que la condición, pese a todo, terminase por cumplirse. Aunque Gayo nada dice en el siguiente fragmento sobre cuándo debía recurrirse a cada una de estas dos vertientes del sistema de cauciones –valorar los legados condicionales como si fueran puros o prescindir de ellos, prestándose cauciones en ambos casos– tiene sentido el argumento de Voci, que hemos utilizado, según el cual el uso de una u otra opción dependería, probablemente, de las perspectivas de cumplimiento de la condición<sup>673</sup>. Para Bonifacio, por su parte, el criterio clásico no sería el de las cauciones,

---

<sup>672</sup> *Ibid.* 40; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 349; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 115.

<sup>673</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 759 y 762 ss. Sobre los legados condicionales, véanse igualmente M. PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, en *BIDR* 21 (Roma 1909) 180 ss.; F. E. VASSALLI, *op. cit.* 52 s.; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 39 ss.; Sobre el cómputo de los legados a término, D. 35,2,45 (Paul. 60 *ad ed.*); D. 35,2,66 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*); D. 35,2,73,4 (Gai. 18 *ad ed. prov.*). Otro problema es el de determinar si en el supuesto de un crédito bajo condición que se cumple, habiendo bienes suficientes como para satisfacer íntegros los legados, puede el legatario reclamar lo que le está destinado libre de reducciones *pendente conditione*. Para Bonifacio, de hacerlo, incurriría en *pluris petitio*, dada la imposibilidad de computar tal crédito *sub conditione* en el activo. El autor especula con qué ocurriría si en el mismo supuesto el legatario reclamase el *legatum* provisionalmente, pero reducido y prestando la *cautio quod legatorum*: si el heredero no presta

sino el de la estimación venal: el nacimiento y progreso del segundo se debería al hecho de que este encontrase en la práctica pocos defensores. Según su parecer, en época justiniana se aplicaría la solución clásica en el caso de así acordarlo los interesados, mientras que se optaría por una u otra de las soluciones del sistema de cauciones en función de las perspectivas de cumplimiento de la condición, como apunta Voci. Es por eso que Bonifacio acusa de interpolación a D. 35,2,73,1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*), que no establece cuándo procede cada una de las tres soluciones. Esa ambigüedad, a su juicio, sería propia del derecho justiniano, en el que la elección del remedio se dejaría, como se ve, en manos de los interesados<sup>674</sup>.

## 2.2. Cálculo del activo.

Huelga mencionar la importancia de delimitar con exactitud cuáles son los bienes imputables al activo hereditario, en la medida en la que, tal y como se dispone en C. 6,50,16 (Dioclet. et Max. a. 293-304), si las deudas hereditarias son tales que absorben por completo los bienes de la *hereditas* no es posible exigir de los herederos que satisfagan los legados y fideicomisos. Estos, por tanto, solo se pagarán cuando el activo sea superior al pasivo. En cuanto al momento en el que se ha de realizar el cómputo, disponemos de dos textos de interés: el primero de ellos -D. 35,3,1,1 (Ulp. 79 *ad ed.*)- dispone que la cuenta de la ley Falcidia se aplica de una sola vez incluso cuando hay sustitución pupilar. En estos casos se suman los legados dejados al pupilo y los dejados al sustituto. El segundo fragmento es D. 35,3,3,3 (Ulp. 79 *ad ed.*): establece que es posible realizar el cómputo de la Falcidia cuando sea evidente que esta deba aplicarse, aun antes de que los legados sean exigibles. Si este pago está pendiente de condición, en cambio, habrá de esperarse al cumplimiento de esta. Si el legado está sometido a término, y por tanto, no hay duda de que deberá pagarse, se procederá a su estimación, de manera que el *heres* pueda disponer de la *quarta* sin necesidad de que se le preste la estipulación.

---

la *satisdatio*, el autor apunta que es posible que se permitiese al legatario percibir más de lo que se le destinó, siempre y cuando prestase, como decimos, la caución que le obliga a restituir el exceso. *Ibid.* 52 s.

<sup>674</sup> *Ibid.* 60. No es Bonifacio, en cualquier caso, el único autor que ha propuesto que la solución clásica, que Gayo debería defender, fue la del criterio de la estimación venal, prevaleciendo desde época adrianea en adelante el sistema de cauciones. Cfr. M. PAMPALONI, *op. cit.* 180 ss; F. E. VASSALLI, *op. cit.* 52 ss.; G. GROSSO, *Il legato, cit.* 349.

Hechas estas precisiones debe señalarse que D. 35,2 es rico en ejemplos en los que la imputación de ciertos bienes al activo se vuelve azarosa. Veamos cuáles son esos fragmentos:

D. 35,2,38 pr. (Hermog. 1 *iur. epit.*): *Statuliber heredis non auget familiam.*

Supongamos que tenemos un testamento en el que se establece la manumisión condicional de uno de los esclavos que pertenecen al heredero. El valor de este *statuliber* no puede computarse junto con los bienes que integran el activo hereditario a efectos de calcular la *quarta*, pues se está a la espera de que pueda alcanzar la libertad<sup>675</sup>. Sí debe imputarse, en cambio, como activo de la herencia el valor de los esclavos que cayeron presos de los enemigos y consiguieron, sin embargo, regresar tras la muerte del testador, lo cual viene a suponer en la práctica una excepción al principio de que en la *aestimatio* ha de estarse únicamente al estado del patrimonio al tiempo del fallecimiento del causante:

D. 35,2,43 (Ulp. 19 *ad ed.*): *Servi qui apud hostes sunt post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiolem faciunt hereditatem.*

Otro supuesto en el que, *a priori*, podrían plantearse dudas sobre la imputación de los bienes en el activo es el de los legados dejados de forma inválida<sup>676</sup>. La respuesta a esta cuestión la encontramos en D. 35,2,51 (Iul. 61 *dig.*), que establece que es indiferente, a efectos del cómputo de la *quarta*, que el legado sea inicialmente inválido o que llegue a serlo posteriormente por cuestión accidental. Por otro lado, el legado dejado con un término no debe imputarse en principio en el pasivo, como si se hubiese hecho pura y simplemente. A fin de cuentas, es posible que el *heres* perciba frutos de la cosa legada mientras llega el vencimiento en el que debe transmitirla, y de ahí que estas ganancias

---

<sup>675</sup> En un sentido contrario debe apuntarse que, naturalmente, los esclavos no manumitidos se computan en el activo, que si el siervo tiene dos dueños, formará parte del de ambos, conforme a D. 35,2,38,1 (Hermog. 1 *iur. epit.*). Además, que el esclavo se haya dado en usufructo no es óbice para que su valor se compute en el activo del patrimonio del nudo propietario. Lo mismo ocurre, como señala Hermogeniano en D. 35,2,38,2 (Hermog. 1 *iur. epit.*), con aquél que fue entregado en prenda del cumplimiento de una obligación, que se computa igualmente en el patrimonio del deudor. También se computa en el del vendedor el esclavo vendido con cláusula comisorias o a la espera de oferta mejor.

<sup>676</sup> P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 761.

deban añadirse al activo a la hora de realizar la *aestimatio* (D. 35,2,45 pr. [Paul. 60 *ad ed.*]).

D. 35,2,54 (Marcell. 15 *dig.*): *Pater filium, ex quo tres habebat nepotes, heredem instituit fideique eius commisit, ne fundum alienaret et ut in familia eum relinqueret: filius decedens tres filios scripsit heredes. quaerendum est, an omnino quasi creditores unusquisque in ratione legis Falcidiae aliquid possit deducere, quia in potestate sua habuit pater, cui ex his potius relinqueret. sed hac ratione nemo in Falcidiae ratione quicquam deducet. quod videndum, ne dure constituatur: utique enim in alieno aere habuit fundum, necessitate quippe obstrictus fuisset filiis eum relinquendi.*

Un testador impone a su heredero el fideicomiso de mantener dentro de los límites de la familia un fundo, no enajenándolo. Este último muere al tiempo, dejando como herederos a sus tres hijos, que, en efecto, reciben el fundo como parte de la herencia paterna. El fideicomiso de no transmitir este a terceros posicionaba a estos coherederos en cierto modo como acreedores, y a su padre como deudor, pues le obligaba a destinárselo a ellos *mortis causa*. Esto supone que la percepción del fundo por parte de los tres hermanos se aproxima así al incremento del activo hereditario que resulta del cumplimiento de una deuda. La pregunta está en si el valor del fundo debe ser tenido en cuenta, junto con los otros bienes que integran el activo, a efectos del cálculo de la *quarta* de los coherederos. En principio, puede pensarse que ello no sería posible, habida cuenta de que el testador bien pudo asignarle el fundo, mediante prelegado, a cualquiera de los coherederos y no al resto, sin incumplir con ello el fideicomiso de evitar que aquél saliera fuera de los límites familiares. La asignación de la totalidad del fundo a un coheredero implicaría, pues, que este no podría computarse en el activo hereditario de los otros dos hermanos, resultado este que Marcelo considera como excesivamente duro (*quod videndum, ne dure constituatur: utique enim in alieno aere habuit fundum, necessitate quippe obstrictus fuisset filiis eum relinquendi*).

### 2.3. Cálculo del pasivo.

Al calcular la Falcidia se deducen primero las deudas, los gastos fúnebres y los esclavos manumitidos<sup>677</sup>. De lo restante, retendrá la cuarta parte el heredero (II. 2,22,3)<sup>678</sup>. El título D. 35,2 contiene información abundante acerca de cada uno de estos tres conceptos, si bien los fragmentos relativos a los gastos fúnebres serán tratados por razones sistemáticas en el epígrafe siguiente, en el que estudiaremos la diferenciación de los bienes que son imputables a la *cuarta* de aquellos que no pueden serlo. Baste por ahora con saber, sin profundizar más, que tales gastos se imputan al pasivo hereditario, a efectos de centrarnos con detalle en cuanto concierne a las manumisiones testamentarias y a las deudas hereditarias.

a) Manumisiones.

Como venimos señalando, a la hora de calcular el importe de la *hereditas* hay que reducir el valor de los esclavos manumitidos en el propio testamento, tal y como se apunta en C. 6,50,13 (Dioclet. et Max. a. 293-304) y en II. 2,22,3. Sobre la idea de que el fideicomiso que grava al heredero con el encargo de manumitir a uno de sus esclavos implica que el valor de este se compute como pasivo en la cuenta de la Falcidia tenemos los siguientes fragmentos de Paulo:

---

<sup>677</sup> II. 2,22,3: *Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa et pretia servorum manumissorum*. La necesidad de deducir las deudas para el cálculo de la *cuarta Falcidia* aparece expresamente referida en C. 6,50,6 pr. (Alex. Sev. a. 223).

<sup>678</sup> Ulpiano refiere en D. 35,2,66,1 (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*) que los *legata* y las donaciones *mortis causa* solo deben satisfacerse una vez pagadas las deudas hereditarias transmitidas al heredero. De este modo, si las deudas fueron tales que vaciaron por completo el patrimonio hereditario, no se deberán las donaciones por causa de muerte, viéndose privado de ellas el donatario.

Con relación a las deudas, es interesante detenerse en D. 35,2,94 (Scaev. 21 *dig.*): tenemos a dos coherederos, un varón y una mujer, a los que el testador deja prelegados, si bien a esta última en mucha menor cuantía. De hecho, a ella se le deja una casa hipotecada en garantía del pago de una deuda de Ticio, liberto del otro coheredero. El testador, prelegándosela, dispone que ella debe pagar la deuda que pesa sobre el inmueble a efectos de convertirse en copropietaria del mismo, junto con el propio Ticio. La mujer tiene derecho a demandar la *cuarta*, tras restar de su cuota hereditaria todas las deudas que pesen sobre ella, pero mientras no pague la que recae sobre la casa, no la percibirá, conforme a la voluntad del testador. Sobre este texto, cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 38 ss.

D. 35,2,36,2 (Paul. 3 *de fideic.*): *Sin vero heres servum rogatus sit manumittere, placet pretium eius, ut aes alienum, deducendum esse.*

D. 35,2,39 (Paul. 3 *sent.*): *Aeris alieni loco deducuntur non solum pretia eorum, quibus libertas data est, et eorum, qui supplicio sunt adfecti, sed et eius, quem praetor propter indicium proditae mortis vel detectae eorum coniurationis libertate donavit.*

La inserción del segundo texto por parte de los compiladores en el lugar donde se encuentra debe entenderse como un complemento de lo expresado previamente en el ya conocido por nosotros D. 35,2,38 pr. (Hermog. 1 *iur. epit.*), relativo a las manumisiones condicionales. En el fragmento en cuestión se nos dice que el valor del esclavo cuya manumisión se impone al heredero por fideicomiso debe imputarse no al activo, sino al pasivo hereditario junto con las deudas y obligaciones, a efectos de calcular el importe sobre el que deducir la *quarta* del *heres*. Pero la imputación del valor del esclavo al pasivo no procede únicamente en ese caso, como se cuida de apuntar Paulo, sino también cuando aquél fue sometido a tormento durante un interrogatorio o cuando alcanzó la libertad como gratificación del pretor tras denunciar al autor o cómplices de un crimen, como podría ser, claro está, el de la muerte provocada del propio testador.

Imaginemos ahora que nos encontramos ante el supuesto de que se encargue a un heredero el fideicomiso no ya de manumitir a un esclavo propio, sino a uno ajeno, de manera que deba comprarlo previamente. En este caso, el valor de lo que se paga por la compra debe computarse como si de una deuda se tratase, lógicamente, a efectos de determinar cuál es el activo de los bienes hereditarios sobre el que calcular la *quarta* de los herederos (D. 35,2,37,1 [Val. 6 *de fideic.*]).

b) Bienes dotales de la mujer.

D. 35,2,85 (Iul 18 *dig.*): *Si dos socero data est et solus filius heres patri exstitisset, dotem confestim in computatione hereditatis et Falcidiae ratione in aere alieno deducet: aliter enim videbitur indotatam uxorem habere. quod si filius extraneum coheredem habeat, ipse quidem semper pro qua parte patri heres erit dotem in aere alieno deducet, et coheres eius, antequam dos a filio praecipiat.*

Una mujer contrajo matrimonio con un ciudadano sometido a potestad, de manera que la dote vino a quedar en poder del *paterfamilias* de su esposo. Una vez que se produce la muerte de aquél:

1) Si su hijo –y también marido de la mujer– queda como único heredero, no podrá imputar los bienes dotales en el activo de la herencia, sino en el pasivo, pues se entiende en todo momento que pertenecen a la mujer, que tiene derecho a recuperarlos al término del matrimonio mediante el ejercicio de la *actio rei uxoriae*.

2) Si existe un coheredero *extraneus*, se dividirá por mitad la dote, de manera que tanto el hijo como este imputen en el pasivo de sus respectivas cuotas la cuantía correspondiente.

D. 35,2,15,5 (Pap. 13 *resp.*): *Ex donationibus in uxorem collatis quod heres eius reddere viro cogitur, in bonis mulieris non erit. nam ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur: quod autem heres inde minuit, viro non perit.*

Este fragmento plantea el caso del heredero de una mujer que debe restituir a su viudo las donaciones que este realizó a favor de ella. Nos encontramos, pues, ante el supuesto de las donaciones prohibidas entre cónyuges, que, empero, se consolidan *mortis causa* por falta de reclamación previa<sup>679</sup>. A efectos de la Falcidia, el importe de estos bienes no puede tenerse en consideración como activo, pues por mucho que el *heres* las reciba dentro de la herencia de la mujer, tiene el deber de restituirlas al viudo, pese a lo dicho. En cierto modo, el hecho de que en el testamento de la causante encontremos un mecanismo restitutorio de tales cosas a favor del viudo transmitente produce el mismo efecto práctico, en lo que a nosotros nos concierne, que la denuncia de aquél destinada a obtener la recuperación de lo donado cuando aún vivía la mujer.

c) Legados de usufructo.

D. 35,2,69 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *Usu fructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est, quoniam post senatus consultum nulla res est, quae non cadit in usus fructus legatum.*

---

<sup>679</sup> Sobre estas *donationes inter virum et uxorem* (*Fr. Vat.* 302; *PS.* 2,23; *Ep. Ulp.* 7,1; *D.* 24,1; *C.* 5,16), véase, por todos, F. J. ANDRÉS SANTOS, *op. cit.* 317 ss.

Si se lega el usufructo de algo, quedando el legatario como usufructuario y el heredero como nudo propietario, este último deberá imputar en el pasivo hereditario todo aquello sobre lo que se extienda el usufructo, incluso en el caso de que se trate de dinero y de bienes consumibles (cuasi usufructo, D. 7,5,2,1 [Gai. 7 *ad ed. prov.*]). Pomponio es claro en ello al referir que nada queda fuera del ámbito de este negocio jurídico desde la aparición de aquél senadoconsulto, fechable a comienzos del principado y de nombre desconocido, que autorizó la figura del llamado cuasi usufructo.

d) Deudas contraídas por evicción y por el ejercicio de acciones adyecticias.

D. 35,2,48 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Cum emptor venditori vel contra heres exstitit, evicto homine utrum duplum in aes alienum deducere vel computare debeat an simplum? duplum enim esset, si alius heres exstitisset. et benignius est eodem herede existente simplum ei imputari.*

Paulo trata en este fragmento de un caso de responsabilidad por evicción. Un vendedor transmite un esclavo al comprador, que paga el *pretium*, y posteriormente, un tercero lo reivindica y adquiere legítimamente en un proceso ganado contra el *emptor*. Queda claro, como es sabido, que el *venditor* debe indemnizar a este último por el *duplum* de lo que aquél le pagó por el esclavo, de manera que si muere el vendedor, tal deuda deberá imputarse por sus herederos al pasivo hereditario a efectos del cálculo del montante de la *quarta* que les corresponde<sup>680</sup>. Naturalmente, si el comprador quedara heredero del vendedor no podría imputarse tal crédito al pasivo, al quedar extinguido por la confusión. En este caso, es lo más lógico y apegado a la realidad que se impute al pasivo hereditario tan solo el *simplum*, esto es, el valor real del esclavo que se pierde.

En lo que atañe a las acciones adyecticias, disponemos del siguiente fragmento:

D. 35,2,56 pr. (Marcell. 22 *dig.*): *Cum quo de peculio agi poterat, heres creditori exstitit: quaeris, cuius temporis peculium computari oporteat in Falcidia lege.*

---

<sup>680</sup> A propósito de la evicción en Derecho romano (D. 19,1,10 [Ulp. 46 *ad Sab.*]; D. 19,1,11 [Ulp. 32 *ad ed.*]; D. 19,2,9 [Ulp. 32 *ad ed.*]; D. 21,2; C. 8,44; C. 8,45), F. J. CASINOS MORA, *Evicción y responsabilidad por evicción en Derecho romano* (Valencia 2000); A. WACKE, *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho romano y en Derecho comparado*, en *SCDR* 4 (Madrid 1992) 157 ss.; J. BELDA MERCADO, *La obligación de garantía por evicción del comprador en Derecho romano clásico*, en *AFDUDC* 8 (Coruña 2004) 119 ss.



*plerique putant, quod tunc in peculio fuerit, cum adiretur hereditas, inspiciendum. ego dubito, quoniam mortis tempus in ratione legis Falcidiae ineunda placuit observari: quid enim interest, peculium servi post mortem creditoris deminutum sit an debitor pauperior factus sit?*

Marcelo nos trae aquí el caso de una persona, contra quien en vida se podía ejercitar la acción de peculio, que queda heredera del acreedor de la misma. El caso es, pues, el de un *paterfamilias* contra el que se interpone la *actio de peculio*, una acción adyecticia que, como es sabido, permite exigirle responsabilidad por las obligaciones contraídas por aquellos hijos bajo potestad dotados por él de un peculio hasta el límite económico de este, incluyendo también una condena *de in rem verso* para el caso de que el *pater* se hubiese lucrado, además, a raíz de las actuaciones de estos sometidos a potestad (Gai. 4,69-74; IJ. 4,7). Huelga decir, naturalmente, que al morir el acreedor demandante y heredarle el *paterfamilias* demandado desaparece el crédito por causa de la confusión, pero ¿debe imputarse la deuda a la masa hereditaria, afectando al importe de la *quarta* que le corresponde? A efectos de la ley Falcidia, la respuesta es afirmativa: el *heres* recibe el crédito, y por ello debe imputarse a la *quarta*, con independencia de que este sea irrealizable por la confusión. Así, pues, la mayoría de los juristas fueron partidarios de computar el valor del peculio —que, como hemos señalado, es la cuantía límite que puede cobrarse— al tiempo de la adición, que es el momento a partir del cual se puede considerar extinguida la obligación de pago. Marcelo, en cambio, se separa de esta opinión mayoritaria, siendo del parecer de que debería imputarse el importe del peculio al tiempo de la muerte del causante, y no al de la *aditio* del *heres*. El jurista justifica su opinión en el hecho, ya conocido por nosotros, de que a efectos de la ley Falcidia el importe de la masa hereditaria debe estimarse al tiempo del fallecimiento del testador, unido a la realidad de que, en lo que concierne al problema que nos ocupa, es irrelevante que el peculio se haya empobrecido para el tiempo de la adición o que lo haya hecho el propio deudor, habida cuenta de que este queda heredero del acreedor.

Marcelo expone, inmediatamente a continuación de cuanto hemos visto -D. 35,2,56,1 (Marcell. 22 *dig.*)-, el problema inverso: ¿qué ocurre cuando el peculio del deudor no decrece, sino que aumenta en el lapso de tiempo que media entre el deceso del *de cuius* y la adición? Puesto que el jurista, separándose del criterio mayoritario, opina que solo ha de tenerse en consideración el valor del peculio al tiempo del fallecimiento, estos incrementos posteriores no podrían ser tenidos en cuenta. Con toda seguridad, esta

realidad fue la que inclinó a la jurisprudencia mayoritaria a defender la valoración del peculio al tiempo de la *aditio*, distanciándose de la regla general, según la cual ello debería hacerse al de la muerte del testador. Marcelo supera, no obstante, el escollo, trazando una analogía: si un deudor fue insolvente en el momento del fallecimiento y aumentaron, en cambio, sus recursos económicos para el tiempo de la adición, la jurisprudencia considera enriquecida la herencia, de manera que otro tanto podría ocurrir, análogamente, cuando se produce un aumento del valor del peculio. En D. 35,2,56,2 (Marcell. 22 *dig.*) el jurista recoge una opinión de Cervidio Escévola sobre el caso que nos ocupa: un esclavo dotado de un peculio de diez, debe precisamente esa cuantía al difunto, junto con otros diez a otro acreedor: al heredar el *dominus* al primero de los acreedores, la deuda de los diez que se le debían se extingue por confusión, pero aumenta el valor de la herencia a efectos del cálculo de la *quarta*. La otra deuda de diez a favor del acreedor que sobrevive se imputa, lógicamente, al pasivo, sin mayor problema.

e) Fideicomisos universales y de residuo.

C. 6,50,8 pr. (Alex. Sev. a. 233): *Irritum quidem propterea testamentum fratris tui esse non potest, quod ex causa fideicommissi obligatus fuit, ut, si sine liberis prior decederet, paternam tibi hereditatem redderet.*

Tenemos aquí a un heredero que recibe el fideicomiso de restituir la totalidad de la herencia paterna a su hermano, muriendo posteriormente sin hijos e instituyéndole heredero. El hermano, que respecto de la *hereditas* del padre era a un tiempo coheredero y fideicomisario universal queda, por tanto, también como único *heres* testamentario de su hermano fallecido, en cuyo testamento aparecen varios legados que debe satisfacer. En este supuesto, a la hora de calcular el montante hereditario, debe considerarse como una deuda el fideicomiso dejado por el padre, aun a pesar de que repercuta favorablemente en nuestro heredero. Sobre la cuantía restante podrá entonces retener la *quarta*, reduciendo los legados oportunos del testamento de su hermano.

D. 35,2,87,2 (Iul. 61 *dig.*): *Si quis heredem instituerit eum, cui rogatus fuerat post mortem suam centum restituere, in ratione legis Falcidiae centum deducere debet, quia, si alius quilibet heres exstisset, haec centum in aere alieno ponerentur.*

En el presente supuesto nos encontramos con la presencia de un fideicomiso de residuo: un testador instituye a una persona como heredera y le impone el fideicomiso de

transmitir cien a su muerte a un tercero. Esos cien deben deducirse en la cuenta de la Falcidia, pues como dice Juliano, se imputarían al pasivo como las deudas (*haec centum in aere alieno ponerentur*) de haber coherederos.

f) Fideicomisos de vender por un precio diferente del real<sup>681</sup>.

D. 35,2,19 (Scaev. 8 *quaest.*): *Si dignum decem fundum damnetur heres quinque vendere, sine dubio quinque erunt imputanda Falcidiae.*

D. 35,2,30,1 (Maec. 8 *de fideic.*): *Vendere autem vel emere iussus certo pretio fundum aliamve quampiam rem in legis Falcidiae ratione, cum quantum sit legatum requiratur, tantum eo nomine inducetur, quanto pluris minorisve sit res ea quantitate, quam quo pretio testator accipi darive iussit, sed ut ei quidem portioni, quae legatis deductis facienda erit, amplius deducetur: quippe non nostri causa capi id pretium, sed eo deducto pretium reliquum legatum esse intellectum est*<sup>682</sup>.

En el primero de los textos se establece que si en el testamento se impone al heredero el fideicomiso de vender en cinco mil lo que vale diez mil, este debe computar como pasivo, a efectos de la cuenta de la Falcidia, la diferencia que pierde (los otros cinco mil). El texto de Meciano resulta más complejo: supongamos que el testador obliga al heredero a vender por diez mil lo que realmente vale doce mil. La diferencia (dos mil) supone un beneficio que obtiene el comprador a costa del activo hereditario que ha de percibir el *heres*, y de ahí que se compute como un legado en la cuenta de la Falcidia y que sea reducible. Otro tanto ocurre en la situación inversa, esto es, cuando se impone al heredero comprar por doce mil lo que no vale más que diez mil. Meciano enfoca todo el problema, como es lógico, desde el punto de vista de aquello que recibe el heredero: este

---

<sup>681</sup> Ferrini ejemplifica esta realidad del siguiente modo: tenemos un fundo cuyo valor real es de cuatrocientos. El testador, sin embargo, lo lega en su testamento afirmando falsamente que vale ciento cincuenta. En este supuesto, naturalmente, la *quarta* que debe percibir el heredero será de cien (la cuarta parte de cuatrocientos). Cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 523 s.

<sup>682</sup> Para el supuesto de que la cosa se comprase a un precio excesivo, véase también D. 35,2,61 (Iav. 4 *epist.*). Cfr. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 761 y 764; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 353; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 480 s. Este último señala que el legado de liberación se calcula siempre por su valor nominal (D. 35,2,82 [Ulp. 8 *disp.*]).

último, al cobrar el *pretium* en el caso de la venta o percibir el bien en el de la compra, no experimenta más perjuicio que el de despojarse de la diferencia (dos mil), y de ahí que, de ser necesario, tenga derecho a retener la *quarta* sobre esa cantidad.

#### 2.4. Bienes imputables y no imputables a la *quarta*.

Hemos delimitado cuáles son los criterios conforme a los que debe efectuarse la estimación económica de los bienes hereditarios, deteniéndonos también en el problema de la atribución de los mismos al activo o al pasivo. Sin embargo, el estudio de estas cuestiones no puede bastar para que el heredero tenga siempre certeza sobre cuáles son los legados que tiene derecho a reducir conforme al sistema de la *lex Falcidia*. Esto ocurre porque existen bienes, en efecto, que no pueden imputarse a la *quarta* del *heres*, y a esta cuestión los compiladores dedicaron no pocos fragmentos en D. 35,2, textos estos que nosotros pasamos a analizar a continuación agrupándolos por razón de su contenido y distribuyéndolos en epígrafes que podemos considerar como las reglas básicas que determinan la imputación de los mismos a la Falcidia:

1. Lo que se retiene por el derecho de la Falcidia se atribuye a la *quarta* del *heres*:  
D. 35,2,50 (Cels. 14 *dig.*): *Non est dubium, quin ea legata, a quibus heres summovere exceptione petitem potest, in quartam ei imputentur nec ceterorum legata minuant.*

D. 35,2,11 pr. (Pap. 29 *quaest.*): *In ratione legis Falcidiae retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputantur.*

El texto de Celso nos ofrece un contenido que podemos considerar como puramente elemental (véase el «non est dubium» con el que se expresa el propio jurista): se computan para la *quarta* y no disminuyen los legados de los demás aquellos *legata* que puede rechazar el heredero al legatario mediante excepción. Esto resulta obviamente lógico, al tratarse de liberalidades del testador que vulneran leyes –lo cual ocurre cuando un legatario exige el pago íntegro en quebranto de la *lex Falcidia*– que incluyen condiciones ilegales o inmorales, que recaen sobre objetos imposibles, etc. Dicho de modo más simple: no pagar un legado o hacerlo parcialmente por efecto de la ley Falcidia implica inevitablemente que aquello que se retiene forma parte de la *quarta*, y no de ningún otro concepto. Ese es, a fin de cuentas, el objeto mismo de la ley.

En cuanto al segundo fragmento, se trata, como se ve, del *proemium* de D. 35,2,11, uno de los más extensos textos de todo el título D. 35,2, junto con D. 35,2,1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) y D. 35,2,87 (Iul. 61 *dig.*). Nos dice tan solo que son imputables a la *quarta* las retenciones que en cualquier momento hubiera podido efectuar el heredero. Realmente el contenido de este texto se complementa bien con D. 35,2,52,1 (Marcell. 9 *dig.*), donde dice Marcelo que todos los legados que dejan de pagarse se imputan, lógicamente, a la *quarta* del *heres*. Interesa contextualizar este último fragmento, acompañándolo de su *proemium* (D. 35,2,52 pr. [Marcell. 9 *dig.*]), que ya hemos tratado: tenemos la herencia de un liberto que instituye heredero a su patrono. En el caso de que la totalidad del haber hereditario se agote aquí en un legado a favor de un hijo y en otro de un tercero, bastando este último para satisfacer la Falcidia, deberá el patrono reducirse este, quedando intacto el del hijo. Esta posibilidad de retener la *quarta* de un único legado cuando hay una pluralidad implica, naturalmente, que si el importe a reducir viene a coincidir exactamente con lo que le resta al heredero para percibir la Falcidia el legado deja de deberse en la práctica.

2. Solo son imputables a la *quarta* aquellos bienes que le corresponden al heredero en su condición de tal.

D. 35,2,76 pr. (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): *Id autem, quod condicionis implendae causa vel a coherede vel a legatario vel a statulibero datur, in falcidia non imputatur, quia mortis causa capitur. sane si a statulibero peculiares nummos accipiat, pro sua parte quadranti eos imputare debet, quia pro ea parte non mortis causa capere, sed hereditario iure eos habere intellegitur*<sup>683</sup>.

Aquí refiere Gayo que aquello que se percibe para el cumplimiento de una condición por parte de un coheredero, de un legatario o de un esclavo manumitido en el testamento no puede imputarse a la Falcidia, ya que esos bienes no los percibe el *heres* en su condición de tal, aun tratándose de una adquisición *mortis causa*<sup>684</sup>. Si tenemos, por

---

<sup>683</sup> El texto se complementa con D. 39,6,41 (Pap. 2 *resp.*): *Quod statuliber uni ex heredibus de peculio dedit, ei qui accepit in Falcidiae rationem venit et in hereditatis petitione, item ex trebelliano restituitur. ex peculio autem videtur dari, quod statuliber donatum accepit et dedit. et quod ab alio nomine ipsius eo praesente datur, prope est, ut ab ipso datum intellegatur.*

<sup>684</sup> Véase también C. 6,50,15 (Dioclet. et Max. a. 294-305), que establece, en efecto, que no se pueden reclamar por causa de la Falcidia bienes que pertenecen al heredero de manera independiente del fenómeno

---

sucesorio. Así, tenemos aquí el caso de una mujer que, en su testamento, escribe por alguna razón que deja a su viudo unos bienes que ya le pertenecen. En este supuesto, los herederos de la causante no pueden reclamarlos, lógicamente a efectos de cubrir con ellos su derecho a la Falcidia.

La casuística sobre este particular es amplia en el título del Digesto dedicado a la ley Falcidia. Así, encontramos D. 35,2,3 pr. y 1 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*), fragmento de los más iniciales en el que los compiladores retoman, tras la inclusión con fines aclaratorios de D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*), la exposición de Paulo acerca de la ley Falcidia extraída de su libro monográfico de comentarios a la misma. En el supuesto que plantea aquí el jurista, el heredero vende una herencia insolvente a un comprador que, obviamente, actúa de manera poco inteligente –el fragmento habla de *stultitia*–. Habida cuenta de que la herencia encontró comprador, no puede presumirse que fuese insolvente al tiempo de la compraventa, pero el heredero no deberá satisfacer legado alguno, pues el *pretium* que recibe no lo obtiene *iure hereditario*, sino como consecuencia de una transmisión *inter vivos* que le resulta provechosa. El caso inverso, en el que no pueden verse perjudicados los legatarios, es aquél en el que el negligente es el propio heredero, que malvende la herencia: ha de repararse en que no proteger al *legatarius* en este último caso supondría abrir un camino a través del cual el *heres* podría evitar cumplir los *legata*, lesionando la voluntad del testador, mediante la práctica de vender la herencia simplemente por algo menos que el valor de la *aestimatio* de su importe íntegro. En el caso de D. 35,2,3,1 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*) tenemos, nuevamente, una herencia con mayor contenido pasivo que activo, lo cual lleva al *heres* a pactar con los acreedores una reducción proporcional de sus créditos. Esta práctica, como se sabe, era usual en lo que atañe al heredero de derecho propio, que a diferencia del voluntario, no puede repudiar. Imaginemos que el importe de la herencia es de cien y que existe una deuda de ciento veinte, que el acreedor consiente en reducir a la mitad (sesenta). Restan, por tanto, cuarenta en poder del heredero. ¿Debe pagar algo a los legatarios? La respuesta debe ser negativa, pues esos cuarenta no los ha obtenido el heredero por derecho de herencia, sino como consecuencia del pacto realizado con los acreedores.

D. 35,2,14 pr. (Pap. 9 *resp.*): *Pater filiam, quae a viro diverterat, heredem pro parte instituit et ab ea petit, ut fratri et coheredi suo portionem hereditatis acceptam deducta sexta restitueret, admissa compensatione dotis in Falcidiae ratione. si pater dotem consentiente filia non petisset, Falcidiam quidem iure hereditario, dotem autem iure proprio filiam habituram respondi, quia dos in hereditate patris non inveniretur.*

El protagonista de este fragmento es un *paterfamilias* que pagó la dote (profecticia) de su hija. Tras divorciarse esta de su esposo, no interpuso el padre contra este último la *actio rei uxoriae*, de manera que el marido retuvo los bienes dotales al no haber sido reclamados por quien debió hacerlo, con el consentimiento de la hija. Posteriormente, muere el *paterfamilias* y en su testamento aparece instituida como heredera su hija junto con un hermano. A la hija divorciada cuya dote no se recuperó se le impone el fideicomiso de entregar la integridad de su cuota a su hermano, reteniendo, como si se tratase de aquella dote perdida, una sexta parte. Hay que suponer, por tanto, que este es tal vez el importe de la dote que no se llegó a reclamar, y que el testador busca quizá subsanar este punto dejando a su hija la reserva de una cuantía equivalente que, a pesar de todo, no deja de ser inferior a la fijada por la ley Falcidia. Papiniano manifiesta en este punto algo que resulta por completo lógico: al no haberse recuperado la dote, esta no se

---

encontraba entre los bienes hereditarios, y de ahí que la hija tenga derecho a retener no una sexta parte de estos, sino la *quarta*. La reserva que pretende dejar el testador a esa hija no puede suplir a la dote por la sencilla razón de que ser equivalente no significa ser lo mismo. Es por ello que la heredera deberá recibir el beneficio de la Falcidia, y que de recuperar luego la dote la recibirá íntegra como beneficio particular, sin que esos bienes dotales guarden relación alguna con el caudal hereditario. El fragmento papiniano se complementa con C. 5,13,1,14 (Iust. a. 530): *Et hoc ex rei uxoriae actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum est. si quando etenim post solutum matrimonium dos a patre petebatur, si quidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere : et si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus et si lis contestata esset, ad filiam quasi proprium patrimonium dos revertebatur.* Para que el *paterfamilias* de una mujer divorciada interponga la *actio rei uxoriae* a efectos de obtener la restitución de la dote profecticia, ella debe prestar, por tanto, su consentimiento, pues a falta de este, el antiguo esposo no está obligado a entregar los bienes dotales (D. 46,3,34,6 [Iul. 54 dig.]). La constitución de Justiniano nos informa de que la mujer podía interponer la *actio rei uxoriae* a la muerte del *paterfamilias* si este último no lo hizo en vida. De este modo, no hay adquisición *iure hereditario* por parte de la hija, pues la dote constituye un conjunto de bienes propios que resultan, pues, por completo ajenos a aquellos que integran la masa hereditaria. Un caso diferente es el que se produce cuando la dote es adventicia y muere el *paterfamilias* del marido *alieni iuris*, que fue quien la recibió. A su muerte, el marido adquiere la condición de *sui iuris* y percibe los bienes dotales. Sobre este particular, véase H. ANKUM, *La femme mariée*, cit. 46 ss., donde se contiene una exégesis de D. 35,2,85 (Iul. 18 dig.).

D. 35,2,15,3 (Pap. 13 resp.): *Quod avus ex causa tutelae nepoti debuit, cum avo nepos solus heres exstitisset, ratio Falcidiae si poneretur, in aere alieno bonis deducendum respondi. nec ad rem pertinere, quod heredem avus idemque tutor rogaverat, ut, si sine liberis ante certam aetatem decederet, tam hereditaria quam propria bona restitueret: non enim ex hoc hereditatem debito compensatam videri, cum vel ideo maxime declaretur non esse compensationem factam, quoniam heredem suum habere propria bona defunctus ostendit. plane si condicio fideicommissi fuerit impleta, fructus hereditatis post mortem avi percepti pari pecunia debito tutelae compensabuntur, sed quartam heres nepotis de bonis dumtaxat, quae moriens avus reliquit, retinebit.*

Un abuelo ejerció la tutela sobre su nieto y murió debiéndole a este una cantidad por causa de la misma. Aunque no lo dice Papiniano, ha de pensarse que el pupilo alcanzó previamente la pubertad e interpuso contra su antiguo tutor la *actio tutelae* o la *actio rationibus distrahendis* (o ambas conjuntamente), lo que condujo, en efecto, una sentencia condenatoria que el abuelo no satisfizo antes de morir. Huelga decir que si este último hubiese designado heredero a cualquier tercero, este habría adquirido la herencia con la deuda a favor del nieto, pero no es eso lo que ocurre en el presente supuesto. Aquí, el abuelo deudor deja como único heredero a su nieto acreedor. El problema al que nos enfrentamos en este escenario no es el de la extinción de la deuda por confusión, sino el de determinar cuál ha de ser el montante sobre el que el nieto tiene derecho a calcular su *quarta* en el caso de que la herencia sea tan solvente como para que adquiera una cuantía superior a la que ya le correspondía por causa de la deuda. ¿Puede retener entonces el nieto la cuarta parte de todo cuanto recibe, es decir, de la suma de lo que su abuelo le debía en vida más los demás

---

bienes hereditarios?; ¿Debe, en cambio, calcularse la retención de la Falcidia exclusivamente sobre la cuantía que exceda del crédito? Para Papiniano esta última es la solución correcta. Realmente, a pesar de que la *quarta* que recibe el nieto es en este caso de inferior cuantía económica, es una solución que en absoluto le perjudica, pues pasa por atribuirle íntegramente, al margen de ella, la totalidad de lo que se adeudaba. Dicho de otro modo, Papiniano considera que el importe que el antiguo tutor debía a su pupilo se hace suyo en la *successio* automáticamente por la confusión, de manera que constituye una masa separada del resto de la herencia que pertenece íntegra al *heres* en cumplimiento de una sentencia condenatoria. Los posibles legados, por tanto, solo pueden gravar aquella parte de los bienes hereditarios cuyo importe exceda ya de aquello que se le debía al heredero, que podrá retener la *quarta* de esta fracción de lo recibido. A efectos del cómputo de la Falcidia, esta solución equivale a considerar que aquello que debía el antiguo tutor al heredero no lo recibió este *iure hereditario*: la *quarta* se calcula aquí igual que si el testador hubiese pagado en vida la cuantía a la que fue condenado. A efectos de calcularla, ese importe, pues, debe restarse del haber hereditario, exactamente igual que se hace con las deudas, y el heredero termina recibiendo tanto la integridad de lo que se le debía por causa de la tutela como la cuarta parte de los demás bienes hereditarios.

Papiniano plantea también el caso de que el mismo testador haya dispuesto en su testamento que si su propia muerte –interpreto, por lógica, que no se refiere a la del pupilo, que difícilmente podrá cumplir un fideicomiso después de muerto– se produce antes de alcanzada cierta edad y sin descendencia –hay que suponer que su hijo, padre del pupilo, falleció–, deberá el nieto heredero transmitir a un tercero tanto sus propios bienes, esto es, lo que se le debían por la tutela, como el resto de los de la herencia. En este caso, tampoco puede retener el nieto la *quarta* de la totalidad de la herencia, pues vendrá a ocurrir exactamente lo mismo que antes exponíamos: los bienes con los que puede cubrirse la deuda a su favor se consideran como pertenecientes previamente al patrimonio del nieto, como si no formasen parte realmente de la herencia. Así pues, si la condición de la que se hace depender el fideicomiso se cumple, el nieto retendrá lo que se le debía y la *quarta* de lo que reste en la herencia. Eso sí, los frutos que produzcan estos bienes excedentes, que suponen un beneficio extra para el heredero, sí pueden compensarse con la deuda.

D. 35,2,4 (Pap. 16 *quaest.*): *Fundo legato mihi sub condicione pendente legati condicione heres me heredem instituit ac postea legati condicio exstitit. in Falcidia ratione fundus non iure hereditario, sed legati meus esse intellegitur.*

Tenemos un testamento en el que se impone al heredero el cumplimiento un legado bajo condición. Antes de que esta llegue a cumplirse, fallece el propio heredero, que en su testamento instituye a su vez como *heres* al legatario que esperaba el cumplimiento de la *condicio*. Posteriormente, esta se cumple. Que quien es legatario del primer causante y heredero del segundo recibe el bien es indudable, pues, de un lado, la condición de la que se hacía depender el legado se cumple, y del otro, recibe el patrimonio del segundo, que retenía la cosa, en su condición de heredero. La cuestión a determinar no es, por tanto, si el legatario-heredero recibe la cosa, sino a qué título, a efectos de si lo recibido puede computarse o no en la Falcidia. Papiniano entiende en este fragmento que el bien se recibe como legatario del primer causante y no como



tanto, la existencia de un legado condicional en el que la propia condición consiste en la entrega de algo al heredero por parte del legatario, lo percibido por el primero no puede integrar parte de la *quarta*. La excepción a esta regla, es la del dinero que entrega el *statuliber* de su peculio al *heres* como condición para su manumisión, importe este que, tal y como nos dice Gayo, sí ha de computarse para la Falcidia<sup>685</sup>. Inmediatamente después de este fragmento encontramos D. 35,2,76,1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. praet.*), en el que se nos dice que si los legados no llegan a satisfacerse -imaginemos, por ejemplo, que por frustrarse precisamente una condición- y quedan en poder del heredero, este sí imputará su valor a la *quarta*, lógicamente, pues se trata entonces de bienes integrantes de la *hereditas* de los que acaba disponiendo precisamente por su condición de *heres*. A estos efectos, la situación es sencillamente similar, como se ve, a la de la inexistencia del *legatum*.

D. 35,2,91 (Marcian. 13 *inst.*): *In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. sed in fideicommissaria hereditate restituenda sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi sive praecipere vel deducere vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur: pro ea vero parte, quam accipit a coherede extra quartam id est, quod a coherede accipitur. sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur, ut divus Pius constituit. si quid vero implendae condicionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse: et ideo si centum*

---

heredero del segundo, al haberse cumplido la condición, y de ahí que no sea un elemento valorable a la hora de calcular la *quarta* que debe retener como heredero.

<sup>685</sup> El fragmento se complementa con D. 35,2,38 pr. (Hermog. 1 *iur. epit.*), ya tratado, y con D. 35,2,44 (Ulp. 21 *ad ed.*): Supongamos que en el testamento se establece la manumisión de un esclavo condicionada a la entrega, por parte de este, de una suma de dinero no al heredero, sino esta vez a un tercero. Si lo que paga el *statuliber* procede de los bienes hereditarios tendrá lugar la Falcidia, y el heredero podrá reducir lo pagado por el esclavo, como ocurre con los legados que resultan excesivos a efectos de la retención de la *quarta*. Ahora bien, la *lex Falcidia* no es aplicable a este supuesto, naturalmente, cuando aquello con lo que paga el *statuliber* al tercero no proviene de la herencia. El asunto se resume, pues, a que se imputa a la Falcidia lo que, procedente de la masa hereditaria, paga el *statuliber* a un tercero en cumplimiento de la condición de la que se hace depender la manumisión.

*praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur.*

En este interesante fragmento se nos dice que sí es imputable a la Falcidia, en el caso de que la herencia se transmita a otro por fideicomiso, aquello que el testador permite que tenga para sí el heredero. Marciano refiere que fue Antonino Pío quien, a través de rescripto, estableció que debía imputarse a la *quarta* lo que el *heres* recibiera en compensación del fideicomisario a quien se le había encomendado transmitir la herencia. Puesto que, como vemos, tan solo pueden imputarse a la Falcidia aquellas cosas que el heredero recibe en su condición de tal, y no lo percibido por prelegado, fideicomiso o en cumplimiento de condición, no es admisible, lógicamente, que ello ocurra con lo que este reciba, por ejemplo, de otro coheredero, que no es el causante. El caso de la *condicio* es particularmente claro, pues nuevamente nos encontramos aquí con que el transmitente que le lucra no es el *heres*. Marciano pone un ejemplo claro: en un testamento se estableció que el heredero debía legar un predio valorado en cien siempre y cuando el legatario le transmitiese a él cincuenta. Esta última cuantía que percibe el *heres* queda, de este modo, fuera de la herencia, de manera que a efectos de la Falcidia se considera únicamente que existió un legado por valor de cien<sup>686</sup>.

3. No pueden imputarse a la Falcidia las cosas que no puedan ser objeto de legado o fideicomiso ni las dejadas a cargo de uno mismo ni del esclavo.

D. 35,2,30,8-9 (Maec. 8 *de fideic.*): [8] *Cum lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem, quae ipsi heredi a semetipso vel servo eius legata fidei commissae sunt. alia causa est eorum, quae in die certa dantur: nam si libertatis dies coepit cedere, ei debentur et in contributionem veniunt. ac ne ea quidem, quae quis servis suis inutiliter sine libertate legavit fidei commissit, in computationem eius legis cedunt.* [9] *Res, quas neque per fideicommissum relinqui posse certum est, in legis Falcidiae computationem non veniunt.*

No son imputables, lógicamente, a la *quarta*, los bienes dejados al heredero en legado o fideicomiso a cargo de sí mismo o de su esclavo no manumitido. De hecho,

---

<sup>686</sup> Este fragmento se complementa bien con el que le precede, de Florentino (D. 35,2,90 [Flor. 11 *inst.*]), ya estudiado anteriormente.

como resulta natural, lo que se legó a un esclavo no manumitido no puede computarse en la cuenta de la Falcidia. Cosa distinta es el supuesto del esclavo a cuyo beneficio se dejan *legata* y al que se manumite en el testamento bajo condición: a partir del momento en el que esta se cumpla y el esclavo adquiera la libertad, el heredero le deberá los legados, y de ahí que sí pueda reducirlos por causa de la Falcidia. El fragmento se cierra en D. 35,2,30,9 (Maec. 8 *de fideic.*) con una breve referencia a la obvia realidad de que no son imputables a la *quarta* las cosas que no pueden ser lícitamente objeto de legado ni de fideicomiso.

4. El fideicomiso de restitución al heredero de bienes que exceden del *dodrans* no da pie al ejercicio de la Falcidia:

D. 35,2,29 (Paul. 2 *de fideic.*): *Si a me tibi fideicommissum vel legatum est tuque id post tempus rogatus sis mihi restituere, non puto hoc imputandum esse in Falcidiam, quia incipio postea quasi fideicommissarius id recipere.*

Un testador impone a su heredero el pago de un legado o fideicomiso a alguien que, a su vez, recibe el fideicomiso de restituírselo. En este caso, es obvio que el *heres* no debe imputar a la *quarta* aquellos bienes de los que se ve despojado solo inicialmente y que, a fin de cuentas, termina por recuperar de nuevo. La regla básica viene a ser, por tanto, la de que no se puede imputar a la Falcidia aquello que ha de recibirse nuevamente, sino lo que se pierde. Esto implica la necesidad, antes de reducir el legado, de examinar si no existe también un fideicomiso que establezca la ulterior restitución al *heres*, pues en caso de haberlo el *legatum* sería sencillamente irreducible<sup>687</sup>.

5. El *ius controversum* a propósito de la posibilidad de imputar las obligaciones naturales.

D. 35,2,1,17 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): *Id, quod natura hereditati debetur et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat et hereditario iure id quoque capi ideoque et in restitutionem hereditatis venturum.*

---

<sup>687</sup> Con relación a este fragmento de Paulo, cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 81 s.

En relación con las obligaciones naturales (Gai. 3,119 y 176; D. 12,6,13 [Paul. 10 *ad Sab.*]; D. 12,6,38 [Afric. 9 *quaest.*]; D. 46,1,16,4 [Iul. 53 *dig.*]; D. 46,3,94,3 [Pap. 8 *quaest.*])<sup>688</sup> Paulo nos informa de que algunos juristas defienden que al no ser exigibles por acción alguna no deben computarse en el haber hereditario a efectos del cálculo de la *quarta* del heredero. Juliano, en cambio, se aparta de esa opinión, tal y como señala el autor del fragmento: si el deudor decide cumplir con la prestación obligatoria, ello incrementa el valor de la herencia sin que luego haya lugar para el arrepentimiento y la recuperación de lo entregado, pues se aplica la *solutio retentio* del heredero. De ahí que en opinión de este jurista sí entren en el cómputo de la *quarta*.

D. 35,2,21 pr. (Paul 12 *quaest.*): *Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione, ut etiam in Falcidia heredi imputentur, quamvis non imputarentur, si tantum condicionis implendae causa data fuissent. adeo autem et solvere videtur, ut repudiato legato vel sticho qui legatus est mortuo nihil repetere possit.*

La opinión juliana parece haber terminado por prevalecer, lo cual se desprende no solamente de la inclusión en la compilación de D. 35,2,1,17 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), sino del fragmento que arriba reproducimos, perteneciente también a Paulo pero procedente esta vez de una obra distinta. Aquí se prestaron diez mil sestercios a un pupilo, sin la asistencia de su tutor. Esto último supone, como es sabido, que el deber de restitución de esa cantidad al acreedor por parte del menor pertenece entonces claramente a la categoría de las obligaciones naturales, no exigibles por acción alguna. En el

---

<sup>688</sup> Véanse L. DE CINTIO, *Naturalis obligatio e coercibilità in Paolo*, en *Labeo* 49 (Napoli 2003) 332 ss.; L. DE CINTIO, *Considerazioni sulla naturalis obligatio del filiusfamilias (a proposito di Afr. D. 12,6,38 e Ven. D. 14,6,18)*, en *RIDA* 53 (Bruxelles 2006) 199 ss.; L. DE CINTIO, *L'obbligo del pupillo tra naturalis obligatio e vinculum aequitatis*, en *SDHI* 74 (Roma 2008) 439 ss.; A. BURDESE, *Dubi in tema di naturalis obligatio*, en G. GROSSO (Coord.), *Studi in onore di Gaetano Scherillo* 2 (Milano 1972) 485 ss.; S. J. JALIL – S. N. JALIL, *Las obligaciones naturales en el Derecho romano*, en G. LUCHETTI (Coord.), *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea: actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Bologna-Ravenna 2015) 463 ss.; J. IGLESIAS, *Obligaciones naturales*, en J. PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid 1994) 135 ss.

testamento del acreedor, este impuso a su heredero que entregase el esclavo Estico precisamente a aquél pupilo, siempre y cuando este llegara a pagarle la cantidad que a él le adeudaba y que, por su parte, no podía exigirle. Nos encontramos, pues, ante un *legatum per damnationem* condicional, pues se hace depender de que el pupilo pague al heredero diez mil sestercios. En caso de que, efectivamente, lo haga, se aplica entonces sin sombra de duda el criterio de Juliano, de modo que el *heres* tendrá derecho, como se ve, a computar esa cantidad como parte del activo de la herencia a efectos del cálculo de la *quarta Falcidia*, pues con ese pago, el pupilo no solo cumple la condición necesaria para hacerse acreedor del legado, sino que también se libera de la obligación natural que contrajo con el testador. Naturalmente, si esta última no existiese y el testamento tan solo hablase del legado de un esclavo a cambio de la entrega, en compensación, de una cantidad dineraria, esta última jamás podría imputarse a la *quarta*, en consonancia con lo que ya hemos visto en D. 35,2,91 (Marcian. 13 *inst.*), ya que ese ingreso no lo percibiría el heredero en su condición de tal, conforme a lo estudiado. Lo que hace que en este caso el *heres* sume al activo de la herencia, a efectos del cómputo de la Falcidia, lo que recibe del pupilo legatario es, por tanto, el hecho de que esa cantidad provenga de una obligación de pago existente –pese a no ser exigible coactivamente– a favor del testador. Es por ello que Paulo escribe que, en nuestro caso, el pupilo no puede recuperar lo pagado al heredero ni siquiera en el caso de que no llegase a recibir el esclavo que se le legó por haber muerto este antes, cuestión esta que concuerda íntegramente con el planteamiento de Juliano. Este fragmento, por tanto, viene a ser una suerte de confirmación por parte de los compiladores de la aplicabilidad de lo expresado por el propio Paulo en D. 35,2,1,17 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*). Ahora bien, la idea, de origen juliano, de imputar a la Falcidia el cobro de las obligaciones naturales, cuando estas se ven satisfechas, no debe provenir del siglo VI, a mi juicio: que el autor de estos fragmentos sintiese la necesidad de escribir acerca de la opinión puntual de Juliano denota que esta debía ser tenida en consideración al menos hasta cierto punto, y esta idea se ve plenamente ratificada ante el hecho de que sea el propio Paulo el que también escribe D. 35,2,21 pr. (Paul 12 *quaest.*). De este modo, no puede suponerse, según mi entender, que Triboniano se limitase a seleccionar interesadamente dos fragmentos que recogiesen una opinión jurisprudencial residual durante la época clásica pero acorde con la voluntad de Justiniano, pues una lectura atenta de los mismos conduce inequívocamente a la conclusión de que ya para el tiempo de Paulo debía de haberse generalizado ya la opinión de Juliano.

6. Imputación a la *quarta* de las propias deudas del heredero, extinguidas por confusión<sup>689</sup>.

D. 35,2,1,18 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiozem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei quod debet, quamvis aditione confusum sit.*

Tenemos aquí el supuesto de que el deudor se hace heredero de su acreedor. Lógicamente, en este caso la deuda se extingue por confusión, siendo lo interesante del fragmento el que se nos indique que se le computa lo que debe a efectos de la *quarta*. Subyace aquí la idea, entonces, de que a pesar de la extinción del crédito se recibe una herencia que vale más de lo que valdría si aquél no hubiera existido. La situación se antoja entonces desfavorable al *heres*, en la medida en la que la valoración de la *quarta* que le corresponde se realiza tomando en consideración bienes que realmente no ha llegado a recibir<sup>690</sup>.

---

<sup>689</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 758 s. El autor trata sobre otros supuestos especiales sobre los cuales conservamos textos jurisprudenciales compilados en el el Digesto, cuales son el de los créditos nacidos de acciones penales (D. 35,2,32 [Maecen. 9 *fideic.*]) o los créditos naturales, que acabamos de ver (D. 35,2,1,17 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]; D. 35,2,21 [Paul. 12 *quaest.*]; D. 35,2,56 [Marcell. 22 *dig.*], así como los solidarios (D. 35,2,62 [Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*]).

<sup>690</sup> Cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 111 ss. Un supuesto próximo, en el que no llega, sin embargo, a producirse la confusión, es el de D. 35,2,83 (Iul. 12 *dig.*): imaginemos el caso del acreedor de un hijo bajo potestad que instituye como heredero al *paterfamilias* de este. En esta coyuntura, la cantidad debida se imputa a la *quarta* en la medida del importe del peculio al tiempo de procederse a la *aditio*. También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en D. 35,2,1,10 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): Supongamos que el testador lega lo que debe a su acreedor. Bien, si junto con el montante adeudado no se transmite algo más en beneficio del acreedor-legatario, el legado será ineficaz, lógicamente, pues las deudas hereditarias han de ser satisfechas por los herederos sin necesidad alguna de que el testador prevea su pago mediante legados. Es, sencillamente, innecesario. Cosa distinta, naturalmente, es que en el testamento se legue al acreedor una cantidad mayor que la que realmente se le debe, caso este en el que el *legatum* sí será válido y en el que podrá el heredero reducir el importe de aquello que se paga de más a efectos de obtener la *quarta*. Grosso hace notar aquí, con razón, lo que parece una opinión diametralmente contraria en Marcelo, referida a través de Ulpiano en D. 30,28,1 (Ulp. 19 *ad Sab.*): *Marcellus libro vicesimo octavo putat rem quam ex stipulatu mihi debes si legaveris, utile esse legatum, ut neque falcidia hoc minuat.* El jurista escribe, en efecto, que en opinión de Marcelo, cuando un testador deudor lega lo que debe a su acreedor, el legado es útil incluso cuando solo basta para satisfacer la deuda, sin reportar mayor beneficio, y no procede

7. El fideicomiso de condonar la deuda a un deudor insolvente.

D. 35,2,22,3 y 4 (Paul 17 *quaest.*): [3] *Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit, totum legatum computetur, licet nomen hoc non augeat hereditatem nisi ex eventu. igitur si Falcidia locum habeat, hoc plus videbitur legatum, quod huic legatum esset: cetera quoque minuentur legata per hoc et ipsum hoc per alia; capere enim videtur eo, quod liberatur.* [4] *Sed si alii hoc nomen legetur, nullum legatum erit nec ceteris contribuetur.*

El testador impone al heredero la liberación de un deudor insolvente, y puesto que este es incapaz de pagar, no se aumenta con ello el activo de la herencia. Paulo considera aquí que el deudor «adquiere» precisamente porque se libera de su obligación de pago. Es por ello que el heredero tiene derecho a la reducción del legado dejado al deudor y de los otros que pudiese haber para retener la *quarta*. En cambio, si se lega a terceros ese mismo crédito contra el deudor insolvente, el legado en cuestión será nulo, dice Paulo, y no se cuenta con el resto para el cómputo de la Falcidia.

8. Imputación del legado de usufructo a la *quarta* del heredero.

D. 35,2,81 pr. (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *Sed usus fructus legatus venit in computationem legis Falcidiae, nam divisionem recipit adeo, ut, si duobus legatus fuerit, ipso iure ad singulos partes pertineant.*

---

entonces la retención de la Falcidia. Cfr. G. GROSSO, *Il legato*, cit. 345. Sobre la imputación a la Falcidia de las deudas extinguidas por confusión, véanse igualmente D. 35,2,15 (Pap. 13 *resp.*); D. 35,2,28 (Maecen. 1 *fideic.*); II. 2,22,3; C. 6,50,6 (Alex. Sev. a. 223). Cfr. P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 760; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 352; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 114. Véase, por último, D. 35,2,12 (Pap. 30 *quaest.*): Tenemos a un deudor que nombra heredero a su acreedor y que pide que este reciba íntegro el importe de su deuda, que no debe verse afectado, por tanto, por los legados. Hay que suponer, naturalmente, que el valor del crédito es superior al de la *quarta*, de manera que los términos del testamento establecen una posición muy favorable al heredero, al que se destina una reserva mínima superior a lo establecido por la ley. Tal cosa es obviamente aceptable, concediéndose al *heres* una excepción de dolo malo contra el legatario que pretenda cobrar por entero los legados a costa de dejarle tan solo la *quarta*. Cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 112 ss.; M. CARMEN GÓMEZ BUENDÍA, *Una aproximació casuística a la tutela processal de la quarta Falcidia*, en *Revista de Dret Històric Català* 8 (Barcelona 2008) 162 ss.

En consonancia con lo que ya vimos en D. 35,2,69 (Pomp. 5 *ad Sab.*), Gayo nos informa aquí de que, al ser divisible el usufructo, el legado que recae sobre el mismo ha de soportar la ley Falcidia<sup>691</sup>.

9. El problema a propósito de imputar a la Falcidia los gastos fúnebres.

D. 35,2,1,19 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantum testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumptum est, deducendum. nam eius, quod in extruccionem monumenti erogatum est, diversam esse causam: nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura. idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum.*

Con relación a los gastos fúnebres, Sabino es partidario de no computar lo gastado en la construcción de un monumento funerario cuando dicha impensa fue considerada como necesaria. Hay que suponer, por tanto, que para este jurista queda abierta la cuestión de determinar hasta qué punto la realización de esa obra es o no pertinente, en relación con la posición social del causante. Esta opinión de Sabino es complementada por Paulo con la de Marcelo, quien por su parte afirma que sí puede ser objeto de reducción el legado de una cantidad de dinero destinado a estos fines, al no ser este gasto tan imprescindible

---

<sup>691</sup> En este sentido, es de interés D. 35,2,1,9 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) = *Fr. Vat.* 68, en el que Paulo nos informa de que los *veteres* eran partidarios, como regla general, de realizar una estimación económica del legado de usufructo sobre la cual pudiese el heredero ejercitar su derecho a la *retentio*. Aristón y Juliano se apartan de esta solución en la medida en la que no resulte problemático efectuar la retención sobre las cosas mismas transmitidas y no sobre su valor económico, tal y como si se hubiese legado la propiedad de una pluralidad de objetos que puede, naturalmente, reducirse. Ahora bien, Paulo, a pesar de alinearse con Aristón y Juliano, no considera inaplicable el criterio de los antiguos, pues realizar la *aestimatio* del valor del usufructo transmitido, así como del de los otros legados si los hay, es imprescindible a efectos de determinar el importe de la *quarta* del heredero. La valoración económica del usufructo es, pues, inevitable, si bien, es admisible, como se ve, que la retención se efectúe no necesariamente sobre el importe monetario, sino también sobre las cosas mismas. Igualmente, la opinión de los *veteres* es plenamente aplicable cuando se lega cualquier tipo de servicio: no es razonable fraccionar este a efectos de que el heredero pueda retener la *quarta*, de manera que la retención ha de efectuarse sobre la valoración económica del propio trabajo.



como el de sepultura<sup>692</sup>. Realmente, ambas opiniones son concordantes en la idea de que no han de soportar la Falcidia los gastos de entierro. La aparente diferencia de criterio entre los dos juristas recae en la determinación de hasta qué punto puede considerarse como necesaria la construcción de un monumento: mientras que Sabino entiende que tal cosa puede ser admisible, debiéndose equiparar entonces esos gastos a los de entierro, según recoge Paulo, Marcelo se nos presenta como de la opinión de que constituyen un lujo innecesario, y que por tanto, deben ser objeto de reducción a fin de que el *heres* pueda retener la *quarta*. Ahora bien, el criterio de Marcelo dista de ser tan radical como pudiera parecer de leerse tan solo este fragmento, pues debe ser matizado con lo que él mismo escribe en D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*), insertado en el Digesto precisamente a continuación:

D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*): *Nec amplius concedendum erit, quam quod sufficiat ad speciem modicam monumenti*<sup>693</sup>.

Llegados a este punto, en efecto, los compiladores interrumpen el texto de Paulo para insertar un breve fragmento de Marcelo en el que se afirma que no debe concederse nunca más de lo que resulte suficiente para erigir una moderada forma de monumento. Indudablemente se está refiriendo a la eventualidad de que tales gastos deban o no soportar la Falcidia. Marcelo nos escribe, por tanto, que no es partidario radical de

---

<sup>692</sup> *Necessarius* no equivale en este fragmento a obligatorio, pues los gastos para la erección del monumento funerario pueden ser de tal carácter si así lo dispuso el testador. El término debe entenderse más bien como expresivo de una idea abstracta de necesidad, independiente de la *voluntas testatoris*. G. NICOSIA, *op. cit.* 87 s.; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, *cit.* 477 ss. Los gastos fúnebres incluyen, lógicamente los de sepultura: D. 11,7,14,3 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit, ut puta si quid impensum est in elationem mortui: sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur*. Sin embargo, no hay gastos de sepultura cuando el cadáver es ilocalizable, o incluso en el caso de que el difunto falleciese lejos, supuestos estos en los que se celebra el funeral sin la presencia del cuerpo.

<sup>693</sup> Este fragmento pertenece a la masa edictal. Su ubicación aquí por parte de los compiladores obedece a un obvio criterio sistemático, en la medida en la que el texto complementa al inmediatamente precedente D. 35,2,1,19 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*). El hecho de que se sintiese como necesaria la inclusión aquí de este fragmento de Marcelo a efectos de matizar lo expresado por Paulo, como se verá más adelante, conduce a deducir que la literalidad de este último debió ser respetada, al menos en gran medida.

computar los gastos de erección de un monumento funerario en la cuenta de la Falcidia, como pudiera parecer al leer D. 35,2,1,19 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), sino que ello deberá tener lugar más bien cuando lo gastado resulte en exceso lujoso. Su opinión, por tanto, no solo no es enemiga de la de Sabino, sino que parece concordar sin problemas con la de aquél: no se computan a efectos de la *cuarta Falcidia* los gastos fúnebres, y los de construcción de un monumento sólo lo harán cuando sean excesivamente ostentosos. Cabe la posibilidad, a mi juicio, de que Paulo desconociese con exactitud el pensamiento de Marcelo sobre este particular y que tuviese una idea errada del mismo, planteando una desacertada confrontación de aquél con Sabino que fue subsanada por Triboniano mediante la inclusión de D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*), fragmento que interrumpe, a manera de inesperado paréntesis aclaratorio, la narración pauliana. Esta suposición puede parecer, claro está, aventurada, pero la diferencia entre lo que Paulo escribe acerca del pensamiento de Marcelo y lo que este mismo nos dice por sí mismo es evidente, como también lo es el hecho de que los compiladores sintieron la necesidad de matizar lo apuntado por Paulo. Debe pensarse, además, que la inclusión del texto de Marcelo como aclaración del precedente de Paulo es indicativa de que este último fue, al menos en esto, reproducido fidedignamente por los compiladores justinianos, que sintieron como oportuno enmendarlo, a efectos de recoger con mayor claridad y acierto el verdadero pensamiento del jurista. Piénsese en lo absurdo que sería plantearse que lo escrito por Paulo fuese retocado y abreviado hasta el punto de deformarse tanto que los propios compiladores sintiesen la necesidad de incluir un texto del propio Marcelo para deshacer el entuerto. Lo que se lee en D. 35,2,1,19 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) no parece otra cosa, según mi entender, que una exposición de Paulo acerca del pensamiento de Marcelo que o es parcialmente errada o tan parca en palabras que puede inducir al lector al error, y de ahí que, respetándose la integridad de este texto, se matizase lo expuesto mediante la inclusión de las palabras del propio Marcelo en D. 35,2,2 (Marcell. 22 *dig.*).

#### 10. Imputación de los bienes dotales y de las cosas dejadas a la mujer.

En relación con la posibilidad de imputar a la Falcidia la dote que se ha de restituir a la mujer disponemos de dos fragmentos:

D. 35,281,1 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *Dos relegata extra rationem legis Falcidiaae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.*

D. 35,2,6 (Ven. 13 *stipul.*): *Si vir uxori heres exstiterit et in funus eius inpendarit, non videbitur totum quasi heres inpendere, sed deducto eo, quod quasi dotis nomine quam lucri facit conferre debuerit.*

El primero refiere que queda fuera del ámbito de la ley el legado consistente en restituir la dote a la mujer<sup>694</sup>, pues se entiende que ella recupera lo que es suyo, con independencia de que la adquisición se haga *mortis causa*. En el segundo tenemos a un viudo que hereda de su esposa sin que nadie interponga la *actio rei uxoriae*, lo cual implica que queda definitivamente en poder de la dote. Tras el deceso, gasta en el entierro de la mujer parte de los bienes hereditarios que adquiere. En este supuesto es preciso considerar que lo invertido en estas exequias no se considera gastado íntegramente como heredero: es preciso deducir el importe de los bienes dotales que habría tenido que restituir. En suma, Venuleyo nos informa de que a efectos de la Falcidia no se imputan a la herencia los bienes que integraban la dote, de manera que si estos bastan para cubrir los desembolsos necesarios para la realización de la exequias, no habrá que deducir gasto fúnebre alguno de la masa hereditaria<sup>695</sup>.

Al margen de estos fragmentos, recogidos en D. 35,2, disponemos de otros textos en los que conviene que nos detengamos:

D. 31,77,12 (Pap. 8 *resp.*): *'fidei tuae committo, uxor, ut restituas filiae meae, cum morieris, quidquid ad te quoque nomine de bonis meis pervenerit'. etiam ea, quae postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur, nam ordo scripturae*

---

<sup>694</sup> Sobre el legado de dote, véase, con carácter general, J. P. LÉVY, «Dos praelegata», en *Labeo* 16 (Napoli 1970) 225 ss.

<sup>695</sup> El fragmento se relaciona con D. 35,2,85 (Iul 18 *dig.*), ya tratado a propósito del cálculo del pasivo. Por otra parte, como es sabido, si un extraño lleva a cabo los gastos fúnebres movido por causas de piedad, dispone a su favor de la *actio funeraria* (D. 11,7,12,2 [Ulp. 25 *ad ed.*]), siempre y cuando el desembolso económico no fuese excesivo teniendo en cuenta la posición social del difunto (D. 11,7,12,5 [Ulp. 25 *ad ed.*]). La acción se dirigía contra los herederos, lógicamente, así como contra el padre o esposo de la fallecida que hubiesen recibido la dote, conforme a D. 11,7,6 (Ulp. 25 *ad ed.*): puesto que la dote supone un enriquecimiento, la jurisprudencia considera que deben pagarse estos gastos fúnebres, de modo que estos últimos vienen a constituir una suerte de deuda sobre la propia dote (D. 11,7,16 [Ulp. 25 *ad ed.*]; D. 11,7,18 [Iul. 10 *dig.*]; D. 11,7,19 [Ulp. 15 *ad Sab.*]). H. ANKUM, *La femme mariée*, cit. 59 s.

*non impedit causam iuris ac voluntatis: sed dos praelegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur quam dari.*

D. 33,4,2,1 (Ulp. 5 disp.): *Mulier dotem promisit quadringentorum et dedit fundos duos in ducenta, praeterea nomina debitorum in residua ducenta: mox maritus eius decedens pro dote fundos ei duos non eos, quos in dotem acceperat, reliquit et praeterea duos illos dotales, quos aestimatos acceperat, reliquit fideique eius commisit, ut, quidquid ad se ex hereditate eius pervenisset, id restitueret seio cum moreretur: quaerebatur, quantum esset in fideicommisso muliere defuncta. dicebam uxorem hanc, quae rogata est, quidquid ad se pervenerit ex testamento, restituere, in ea esse condicione, ut id demum restituere rogetur, quod deducta dotis quantitate ad eam pervenit: dotem enim recepisse eam magis quam accepisse, salvo eo, quod ex commodo repraesentationis ab ea fideicommissi potuit. proinde id quidem, quod pro dote maritus ei reliquit, non cogetur restituere, nisi plus fuit in eo quam in quantitate dotis: residuum vero, quod praeterea illi relictum est, cum fructibus cogetur restituere. habebit igitur praecipuam dotem cum suis fructibus: id vero, quod extrinsecus ei relictum est, cum fructibus, qui ad eam pervenerint, restituet.*

PS. 4,1,1: *Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non ex lucrativa causa testament aliquid capit, sed proprium recipere videtur.*

Una vez extinguido el matrimonio por la muerte del *paterfamilias*, procede la restitución de la dote, como es sabido. Puesto que aquél prestaba la *cautio rei uxoriae*, a su fallecimiento, tanto la viuda –en el caso de la dote adventicia– como el antiguo *paterfamilias* de esta –caso de la profecticia– estarán en disposición de ejercitar contra los herederos la *actio rei uxoriae* aun en el supuesto, como se sabe, de que el causante no hubiese prestado la caución de restitución, como sí hizo. Será deber de los herederos, por tanto, computar la dote como pasivo y restituirla por entero. La imposibilidad de realizar reducciones sobre la misma es comprensible, dado el hecho de que se interpreta que la mujer no recibe sino una cosa propia que ha de serle útil a efectos de mantenerse a sí

misma durante el período de soltería –nunca extenso, por causa de las *leges Iulia et Papia*– y de constituir una nueva dote respecto de un matrimonio futuro<sup>696</sup>.

Esta necesidad de que la mujer obtuviese la dote por entero descartaba de raíz la validez del fideicomiso que se le imponía de entregarla a un tercero. Sobre este particular, Ulpiano refiere la opinión de Juliano en D. 33,4,1,13 (Ulp. 19 *ad Sab.*)<sup>697</sup>. En el caso inverso de que el testador impusiese a un extraño el fideicomiso de entregar la dote a la viuda será de aplicación lo dispuesto en D. 33,4,1,12 (Ulp. 19 *ad Sab.*) y D. 35,2,57

---

<sup>696</sup> Para las cuestiones relacionadas con la *lex Falcidia* y la restitución de la dote, véase H. ANKUM, *La femme mariée, cit.* 29 ss. El autor no descarta la posibilidad de que la propia *rogatio* de la ley contuviese una exclusión expresa de la dote de su radio de acción, amparándose en la literalidad de D. 35,2,81,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emptae paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa falcidia lege expressum est.* El fragmento, como ya señalamos antes, dice que *también* se expresó en el texto de la ley que esta no se aplicase a las cosas no dotales dejadas en provecho de la mujer, de ahí que no sea descartable, a juicio de Ankum, que contuviese previamente una expresa referencia a la dote. Distinto de lo que hablamos es el supuesto en el que el marido hubiese dejado en su testamento un legado de los propios bienes dotales a su mujer (*dos praelegata* o *relegata*). El legado de dote realmente era un medio con el que contaba el testador para fortalecer la posición de la viuda con respecto del resto de los herederos: 1. De un lado, era contumbre que el legado abarcase más bienes que aquellos que se entregaron en dote al comienzo del matrimonio; 2. del otro, al ejercitar la mujer la *actio ex testamento* para exigir el cumplimiento de los legados, el heredero habrá de satisfacerlos de inmediato, mientras que tendría la posibilidad de entregar la dote de bienes fungibles en tres plazos anuales de interponerse, en cambio, la *actio rei uxoriae*; 3. Por último, al tratarse del cumplimiento de un legado por el heredero, este tan solo tiene derecho de retención de los gastos necesarios y útiles, no así por el resto de *retentiones* permitidas por la *actio rei uxoriae* (por hijos comunes, sustracciones sobre el patrimonio familiar, regalos recibidos, etc.).

<sup>697</sup> D. 33,4,1,13 (Ulp. 19 *ad Sab.*): *Idem Iulianus quaerit, si mulieri dos sit relegata eaque rogata dotem restituere, an Falcidia locum habeat. et negat habere, quoniam fideicommissum quoque negat valere. quod si praeterea quid uxori legatum sit, putat ex residuo fideicommissum praestari: quod utique habita ratione Falcidiae mulieri praestabitur. sed et marito ex parte heredi instituto a socero dote praelegata legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata, verum quod Falcidia recedit, in familiae herciscundae iudicio maritum praecepturum, quemadmodum totam dotem praeciperet, si non esset relegata.* También PS. 4,1,1: *Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinquere non potest, quia non est lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.* Ankum señala, amparándose en el propio D. 33,4,1,13 (Ulp. 19 *ad Sab.*), que en el supuesto de que el testador legase más bienes que los estrictamente dotales a su viuda, la Falcidia habrá de aplicarse en los excedentes. *Ibid.* 36.

(Marcell. 26 *dig.*): Ulpiano defiende que, como estamos ante un fideicomiso que se impone a persona distinta de la mujer, este debe soportar la Falcidia y se operará la reducción. La viuda, por tanto, recibirá los bienes dotales reducidos, y para reclamar lo restante y percibir la dote por completo habrá de ejercitar la *actio rei uxoriae* contra el heredero por el valor de la diferencia. La opinión de Marcelo es, en cambio, diferente, pues este último es partidario de mirar no por quien realmente hace las veces de intermediario, sino por el interés de la propia mujer, que es la destinataria final de los bienes dotales, y de ahí que defienda la inaplicación de la Falcidia en este caso. Ankum se hace eco de esta aparente contradicción entre los fragmentos<sup>698</sup>, señalándonos como antagónicos: para él, Marcelo no hace sino emitir un juicio propio intencionadamente discrepante del de Ulpiano. Particularmente, en este punto considero preciso hacer notar que Marcelo dice expresamente que su solución es la que se da en la mayoría de las ocasiones (*et sane in plerisque ita observatur*), lo que fácilmente puede dar lugar a pensar que realmente no existía un sistema fijo: probablemente, la certeza de que la viuda acabaría recibiendo la dote íntegra de un modo u otro arrojase como resultado práctico el hecho de que los herederos ni siquiera se molestasen en computarla. No hay, por tanto, una incompatibilidad radical entre ambos textos, habida cuenta de que el ulpiano, más que referir ningún tipo de opinión, es expresivo simplemente de una realidad lógicamente minoritaria: lo que sucede en el caso de que se reduzca el fideicomiso.

D. 33,4,1,12 (Ulp. 19 *ad Sab.*): *Idem quaerit, si dos alii legata esset eamque rogatus sit mulieri restituere, an lex Falcidia in legato locum haberet. et dicit habere: sed quod minus est in fideicomisso, mulierem dotis actione consecuturam. ego quaero, an commoda repraesentationis in hoc legato sic observentur atque si dos ipsi mulieri fuisset relegata. et puto habere.*

D. 35,2,57 (Marcell. 26 *dig.*): *Cum dotem maritus alicui legaverit, ut uxori restituatur, non habere legem Falcidiam locum dicendum est. et sane in plerisque ita observatur, ut omissa interpositi capientis persona spectetur.*

---

<sup>698</sup> *Ibid.* 40. Para el autor, esta forma de asignar la dote a la viuda por medio de un fideicomiso no debe resultar necesariamente extraña ni sorprendente, pues constituiría una manera eficaz de evitar contactos incómodos entre aquella y los herederos, especialmente cuando estos nacieron de un matrimonio anterior y no mantienen buenas relaciones con su madrastra.

¿Y si el testador lega la dote a la viuda en régimen de copropiedad con un extraño?; ¿soportará la dote la Falcidia, por causa de la presencia de este último? En este supuesto, como sabemos, el legado de dote a favor de la mujer no entra en el cómputo de la *quarta*, pero sin embargo, eso sí ocurre cuando el legado se destina a un tercero. En este supuesto, la viuda tendrá derecho a reivindicar para sí la cuantía reducida del legado por causa de la presencia del tercero, a efectos de obtener la restitución plena de los bienes dotales:

D. 33,4,10 (Scaev. 8 *quaest.*): *Si Seiae pro dote centum fundus legatus sit idemque Maevio: quod Maevio Falcidia aufert, pro eo quasi concursus non fuerit, mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.*

D. 33,4,7,1-2 (Pap. 18 *quaest.*): *Pater dotem a nuru acceptam filio exheredato legavit: heres patris opposita doli exceptione non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio. 1. Sed si, priusquam legatum filio solveretur, mulier dotem suam reciperavit, frustra filius de legato aget. 2. Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exheredatum habuerit et mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit, utilis actio dotis ei dabitur. quod si ratum non habeat, defendi quidem debet heres a viro, qui se defensurum promisit: sed si totam litem vir solus subierit, actio iudicati, si cautum non erit, pro ea quantitate, quae iure Falcidiae petenda est, adversus heredem dabitur.*

En este complicado fragmento de Papiniano nos encontramos ante el supuesto de que el *paterfamilias* lega la dote recibida a su hijo<sup>699</sup>. El caso es el siguiente: la esposa de un *alieni iuris* entrega la dote al *paterfamilias* de este, que le deshereda e impone a su heredero (supongamos que un hermano del marido) transmitírsela como legado. El

---

<sup>699</sup> También D. 33,4,1,13 (Ulp. 19 *ad Sab.*), visto anteriormente. D. 33,4,7,1-2 (Pap. 18 *quaest.*): 1. *Sed si, priusquam legatum filio solveretur, mulier dotem suam reciperavit, frustra filius de legato aget. 2. Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exheredatum habuerit et mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit, utilis actio dotis ei dabitur. quod si ratum non habeat, defendi quidem debet heres a viro, qui se defensurum promisit: sed si totam litem vir solus subierit, actio iudicati, si cautum non erit, pro ea quantitate, quae iure Falcidiae petenda est, adversus heredem dabitur.* En relación con estos textos papinianos, véase *ibid.* 50 y 54, donde se estudia el fragmento papiniano referenciando la opinión de Cuyacio (J. CUIACIUS, *Comm. in libros Quaest. Papiniani, ad D. 33,4,7, op. omn.* 4, col. 479); *Comm. in libros XXXV Digestorum, op. omn.* 7, col. 1417).

marido desheredado interpone, precisamente, la *actio ex testamento* a efectos de obtener el legado de la dote de su esposa, si bien debe también prestar caución de indemnidad del heredero en caso de que el matrimonio se disuelva: se busca, por tanto, que la mujer, una vez terminado el matrimonio, pueda exigir restitución de la dote a un heredero que ya no es depositario de la misma. Por ello, el *heres* puede responder con la *exceptio doli* a la acción del legatario si se niega a prestar esta garantía. ¿Y si se presta esta *cautio indemnitis* pero el número de legados en el testamento es tan alto que se hace necesario reducir el legado de dote por causa de la Falcidia? En este supuesto la mujer dispone contra el heredero de la *actio rei uxoriae* a efectos de percibir aquello que dedujo del legado para retener la *quarta*. Priman los intereses de ella, por tanto, sobre los del heredero. Más complejo es el escenario que se presenta cuando la mujer no ratifica el pago de la dote. Ankum lo expone con claridad cuando señala que «sur base de la *cautio indemnitis*, que le mari a faite envers l'héritier pour ce qui concerne la somme reçue de 90.000, il devra défendre l'héritier comme *procurator* dans le procès engagé par la femme contre ce dernier en intentant l'*actio rei uxoriae* pour obtenir le recouvrement de sa dot entière de 10.000 sesterces. Papinien pose maintenant le cas où le mari a été condamné seul à payer la somme totale de 100.000 sesterces et où aucune *cautio iudicatum solvi* n'a été faite envers la demanderesse (ni par le mari, ni par l'héritier). Dans ce cas l'*actio iudicati* será divisée; elle será intentée par la femme contre son ancien mari à concurrence des 90.000 sesterces qu'il avait reçus de l'héritier et pour la somme de 10.000 sesterces en tant que *quantitas quae iure Falcidiaie retenta est*, contre l'héritier»<sup>700</sup>.

#### 11. Cosas compradas para la mujer<sup>701</sup>.

---

<sup>700</sup> *Ibid.* 52.

<sup>701</sup> Al igual que ocurre con la *praesumptio Muciana*, el objeto de esta medida parece obedecer, tal y como señala Biondi, al interés por evitar enojosas investigaciones que, además de poder ser contrarias al bien conyugal, pudieran también dificultar la determinación del origen de los bienes. Las cosas compradas para la mujer, al igual que la dote, no estaban sujetas, por tanto, al régimen de la *quarta*, pues se interpretaba que la mujer recibía algo propio. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 389. También G. GROSSO, *Il legato*, cit. 344; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 113 s. Véase A. GUARINO, *Sul legato di vesti*, en *Labeo* 16 (Napoli 1970) 58 ss.; R. MARTINI, *Ancora sul legato di vesti*, en *Labeo* 17 (Napoli 1971) 157 ss.



D. 35,2,81,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emptae paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est.*

Gayo nos informa de que el propio texto de la ley refería expresamente que quedaban también fuera de su radio de acción los legados de las cosas que fueron compradas o dispuestas para la mujer, lo cual implica, como hemos tenido ya oportunidad de señalar anteriormente, que el texto de la *lex Falcidia* contenía más de lo que refiere Paulo en D. 35,2,1 pr. (Paul. *sing. ad l. Falcid.*)<sup>702</sup>. La introducción de esta excepción parece obedecer a la conveniencia de evitar investigaciones molestas sobre la procedencia de los bienes de los que disponía la mujer, así como a la difícil valoración que pudieran llegar a tener estos. Lo que se busca, además, es que los intereses de la viuda tengan más peso incluso que los de los propios herederos: se evita así que la mujer se vea privada de estos bienes por la muerte del marido, posibilitándole vivir con la misma calidad de vida que cuando vivía. Piénsese que una merma de esta última podría constituir fácilmente un obstáculo a la hora de contraer nuevo matrimonio y dar cumplimiento a las *leges Iulia et Papia*<sup>703</sup>.

## 12. Bienes dejados condicionalmente al heredero<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> Distinto es el caso, naturalmente, de los llamados bienes parafernales. Relativo a estos últimos disponemos de un fragmento, cual es D. 35,2,95 pr. (Scaev. 21 *dig.*): muere una mujer dejando en su testamento como único heredero a su marido, que administraba sus bienes extradotales (se trata, pues, de los referidos bienes parafernales). La muerte se produce antes de que este pueda rendir cuentas de su administración. En el testamento de la mujer se le impone al heredero un fideicomiso de residuo, debiendo transmitir, a su fallecimiento, diez onzas –diez doceavas partes– de la herencia a un hijo común y las otras dos a un nieto. ¿Debe el padre restituir al hijo lo que retuvo por la administración de los bienes de la mujer en la proporción de las diez onzas? El jurista responde que debe tenerse en cuenta lo que debía el heredero por causa de su gestión del patrimonio de la difunta.

<sup>703</sup> H. ANKUM, *La femme mariée*, cit. 43 s.

<sup>704</sup> Sobre este particular, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 489 s.; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 764 s. Los frutos de una cosa legada bajo condición o término sí deben tenerse en cuenta para el cómputo de la *quarta* conforme al ya visto D. 35,2,45,1 (Paul. 60 *ad. ed.*) y a D. 35,2,88,3 (Afric. 5 *quaest.*).

D. 35,2,30,7 (Maec. 8 de fideic.): *Tametsi autem legis Falcidiae ratione, quae condicionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur, tamen id, quod non figura condicionis accipere iussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, Celso et Iuliano nostro placuit computari, quemadmodum si ea summa heres vendere eas res iussus esset, quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi. quo loco amplius quaesitum est, an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam et recipere hereditatem, quasi et ipsius fidei commissum esset: sed et verisimile non est, cum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur.*

Supongamos que el testador dispone la existencia de un fideicomiso a favor del heredero: lo que este recibe debe imputarlo a la *quarta*, tal y como defendieron, según se afirma en este fragmento, Celso y Juliano. Ahora bien, si la adquisición del heredero se hace depender del cumplimiento de una condición en el testamento, la solución será la contraria. Debe tenerse en cuenta que la existencia de la condición implica necesariamente un inevitable componente de incertidumbre sobre el resultado final, mientras que la vocación de la ley Falcidia es la de que el *heres* reciba siempre la cuarta parte de los bienes hereditarios. Esto explica que los bienes que se dejaron condicionalmente al heredero no se computen para la *quarta*, y que de cumplirse posteriormente la condición, incrementen aquello que recibió por encima de ella. En caso de incertidumbre, pues, el sistema de la *lex Falcidia*, desarrollado por vía jurisprudencial –como se hace evidente en este texto con las alusiones a Celso y a Juliano– se inclina siempre por la solución más favorable al heredero.

A la vista de lo expuesto, cabe realizarse la siguiente pregunta. Si el testador encargó al heredero que vendiese la herencia<sup>705</sup>, ¿se computa para la *quarta* el *pretium* que recibe como contraprestación? La cuestión ha de resolverse en sentido afirmativo, pues el *heres* se hace propietario de este último y no lo recibe, según escribe el jurista, por causa de condición, sino por cumplimiento del fideicomiso que se le impone en el testamento (*quia non condicionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt iussi*). Ahora bien, ¿y si el fideicomisario se niega a percibir la herencia y a entregar

---

<sup>705</sup> En relación con el fideicomiso impuesto al heredero de restituir la integridad de la herencia o una cuota de la misma, P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo, cit.* 765.

el precio al heredero?; ¿Es posible forzarle al cumplimiento, aun contra su voluntad? La respuesta es negativa, en la medida en la que parece obvio que el sentido del fideicomiso es el de beneficiarle, y no lo contrario.

13. Posibilidad de imputar a la Falcidia los legados contenidos en un codicilo anexo al *testamentum militis*.

D. 35,2,17 (Scaev. 6 *quaest.*): *Si post missionem faciat codicillos miles et intra annum decedat, ex testamento, quod in militia iure militari fecit, plena legata, ex codicillis habita Falcidiae ratione praestari debere dicitur. sed res ita expeditur: si, cum quadringenta haberet, testamento quadringenta, codicillis centum legaverit, ex quinta parte, id est octoginta, quae ad legatarium ex codicillis pervenirent, si Falcidiam non pateretur, quartam, id est viginti heres retinebit.*

Un soldado hizo testamento militar, conteniéndose en él diversos *legata*. Tras licenciarse, incorporó a este un codicilo con nuevos legados, muriendo al cabo del año. En este supuesto, los legados del *testamentum militis*, de características, como se sabe, singulares, no pueden reducirse por causa de la Falcidia, pero sí aquellos otros que aparecen en el codicilo que redactó después de su licenciamiento. Partiendo de esta premisa, Escévola plantea aquí un caso más complicado, cual es el de determinar qué ocurrirá si, por un lado, en el testamento militar se deja un legado de cuatrocientos en el que se agota todo el activo de la herencia y, por otro, se legan cien más en el posterior codicilo. No solamente el importe de este último *legatum* excede totalmente del importe de la *hereditas*, sino que también es preciso reducir el legado de cuatrocientos a efectos de la retención de la *quarta*. El jurista señala que este último legado debe, pues, reducirse a las cuatro quintas partes, esto es, a trescientos veinte (reteniendo ochenta el heredero). A su vez, el legado del codicilo se reducirá a una quinta parte a efectos de que el *heres* retenga los veinte que restan para la *quarta*.

14. Imputación a la *quarta* de los bienes dejados al príncipe.

C. 6,50,4 (Alex. Sev. a. 222): *Et in legatis principi datis legem Falcidiam locum habere merito divo Hadriano placuit.*

Esta constitución de Alejandro Severo nos informa de que desde Adriano puede retenerse también la Falcidia sobre los legados dejados al príncipe, lo cual da a entender que con carácter previo operaba una exclusión en este sentido.

15. Legados dejados a favor de ciudades.

C. 6,50,6,1 (Alex. Sev. a. 223): *Omnia autem legata, quamvis in operibus publicis conficiendis statuisque ponendis data sint, ad contributionem dodrantis pro rata suae cuiusque quantitatis revocantur*

La *quarta* puede retenerse, por último, sobre cualquier tipo de legado, incluso los dejados para realizar obras públicas o embellecer las ciudades con estatuas, tal y como refiere este rescripto de Alejandro Severo.

2.5. Problemas relativos al cálculo.

No podemos dar por concluido nuestro estudio a propósito del cálculo de la *quarta Falcidia* sin hacer referencia a algunos supuestos, recogidos en D. 35,2, en los que tal tarea se antoja especialmente dificultosa. Nos referimos a la presencia de legados bajo condición, a la de aquellos que estiman por anualidades y a la existencia de coherederos, junto con las dificultades que puede implicar, en ciertas circunstancias, la tenencia de esclavos.

1. Problemas de cómputo ante la concurrencia de legados de presente y *sub condicione*.

D. 35,2,53 (Cels. 17 dig.): *Si propter ea, quae sub condicione legata sunt, pendet legis Falcidiae ratio, praesenti die data non tota vindicabuntur*<sup>706</sup>.

Supongamos que en un testamento aparecen legados bajo condición y otros de presente. Así las cosas, no puede procederse a la realización del cómputo de la *quarta Falcidia* mientras no se verifica el cumplimiento de la condición o condiciones de las que se hicieron depender algunos de los *legata*. Esto implica que hasta ese momento, cuando exista certidumbre de aquello que debe y no debe pagar el heredero, no serán exigibles los legados, ni siquiera los que se dejaron pura y simplemente<sup>707</sup>. En suma, Celso señala

---

<sup>706</sup> Sobre este fragmento, que Bonifacio relaciona con D. 35,3,1,7 (Ulp. 79 *ad ed.*), cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 50 s.

<sup>707</sup> Un caso de interés es el que expone Africano en D. 35,2,88,3 (Afric. 5 *quaest.*): *Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum praesenti die, tibi aequae centum sub condicione: post aliquantum temporis exstitit condicio, ita tamen, ut ex reditu eius summae, quae tibi relicta est, non amplius quam viginti quinque*

que si no se puede realizar el cómputo de la *quarta* por existir legados bajo condición, no pueden reivindicarse íntegros los legados puros. Este texto, de carácter sucinto y que Grosso relaciona con D. 35,2,36,4 (Paul. 3 *fideic.*)<sup>708</sup> debe realmente complementarse con

---

*reciperet. legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre ei debeamus et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque. cum igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse, quod minime verum est: licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est aliquanto uberius esse meum legatum. quare statuendum erit tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres perceperit. secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quattuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo legato est.* En este fragmento, ampliamente estudiado por Ferrini, nos encontramos a un testador que dejó un patrimonio de doscientos, legando cien a un tercero de manera pura y simple, y los otros cien a otro, bajo condición. Esta se cumple tiempo después y resulta que el heredero tan solo consigue retener veinticinco de los cincuenta que conforman su *quarta*. Es obvio, por tanto, que los legatarios deben al *heres* otros veinticinco, incrementados con los frutos derivados de los cincuenta durante el tiempo en el que se estuvo a la espera del cumplimiento de la condición. Estimando en cinco el importe alcanzado, pues, por los frutos, le son debidos treinta al heredero. Ahora bien, teniendo en cuenta que los legados eran desiguales (uno estaba afectado por una condición) no es justo pretender que cada uno de los dos legatarios pague quince al heredero. El legado condicional es una cuarta parte inferior al otro, pues eso es lo que detrae de él el heredero (veinticinco sobre el total transmitido de cien), y de ahí que los treinta adeudados deban dividirse, ateniéndose así a la equidad, en siete partes, de las cuales pagará cuatro quien recibió el legado pura y simplemente y tres quien lo recibió pesando sobre él la condición. Cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 489 s.; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 350 y 354 s.

Con relación al pago de los legados condicionales es interesante detenerse en D. 35,2,87,3 (Iul. 61 *dig.*), un texto cuyo contenido se explica sobre la base del respeto al principio del *favor testamenti* y a una actitud favorable a la figura del *statuliber*: el testador me instituye heredero de la cuarta parte de la herencia y condicionalmente de la otra mitad, de manera que, de cumplirse la condición, percibiré nada menos que el *do drans*. La cuarta parte restante de la *hereditas* se le asigna a Ticio, también heredero. Además, el testador dispone que los dos coherederos han de proceder al pago de legados a favor de terceros y a la manumisión de esclavos. ¿Deben manumitirse a estos y pagarse por entero los *legata* mientras se está a la espera de ver si se cumple la condición de la que depende que yo adquiera la mitad de la herencia, con independencia de la cuarta parte que me corresponde? Juliano se muestra favorable a ello: si la condición no llega a cumplirse, ambos coherederos se dividen entre sí esa mitad de la herencia; si, en cambio, se cumple, yo la sumaré a la cuarta parte que se me destinó, confundiendo mis dos porciones hereditarias en una sola en una sola a efectos de la cuenta de la Falcidia. Nos encontramos aquí, pues, ante el llamado criterio del cómputo comprensivo de la Falcidia (D. 28,6,41,6 [Pap. 6 *resp.*]; D. 35,2,11,7 [Pap. 29 *quaest.*])

<sup>708</sup> D. 35,2,36,4 (Paul. 3 *fideic.*): *Si incertum sit, an libertas praestari debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, numquid incerto eo an praestetur, cum possit aut servus mori aut condicio deficere,*

D. 35,3,1,7 (Ulp. 79 *ad ed.*), que, por su parte, refiere también el supuesto de que se dejen al mismo tiempos legados de presente y condicionales. Este jurista apunta que, en relación con estos últimos debe interponerse, como sabemos, la caución, pagándose íntegros los demás. Nos informa, además, de que Juliano pensaba que sólo si el heredero prestó caución de restituir lo que hubiese recibido de más se puede dar acción por los legados puros: la *vindicatio* de todo este legado será rechazada por el pretor mediante la *denegatio actionis* si no se prestó la *cautio quanto amplius*, de manera que directamente no existe la posibilidad de que el legatario incurra en plurispetición<sup>709</sup>.

D. 35,2,73,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *Sed et si legata quaedam pure, quaedam sub condicione relicta efficiant, ut existente condicione lex Falcidia locum habeat, pure legata cum cautione redduntur. quo casu magis in usu est solvi quidem pure legata perinde ac si nulla alia sub condicione legata fuissent, cavere autem legatarios debere ex eventu condicionis quod amplius accepissent redditu iri.*

Naturalmente, el cumplimiento de la condición de la que se hacen depender algunos de los legados puede darse de manera muy tardía, y de ahí que por mucho que ninguno de los *legata* –ni los sujetos a *condicio* ni los que no lo estaban– sean exigibles al heredero en esas circunstancias, este es libre de satisfacer los que se le dejaron de manera pura y simple. Pero ¿qué ocurrirá si posteriormente la condición se cumple y se produce una lesión del derecho del heredero a la *quarta*? En estos casos, Gayo nos informa de que tras la muerte del causante se pagan íntegros, de entrada, los legados libres de condición, debiendo esos legatarios prestar caución de que restituirán al heredero lo necesario para que este pueda obtener el beneficio de la Falcidia en el caso de que *a posteriori* se cumpla la condición de la que se hacía depender el pago de los otros *legata*. De este modo, estos legatarios percibirán íntegros sus legados y los conservarán así en el

---

*interim Falcidia admittenda est, deinde cum libertas competere vel deberi coeperit, tum legatarius illam partem recipiat, quam Falcidia detraxit? Caecilio placebat, si quid ex operis eius medio tempore consecutus fuerit heres, id in pretium eius erogare eum debere propter legis Falcidiae rationem.* G. GROSSO, *Il legato*, cit. 351.

<sup>709</sup> F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 50 s. Sobre la eventualidad de que concurren a un mismo tiempo legados puros y condicionales véanse, junto con D. 35,3,1,7 (Ulp. 79 *ad ed.*), D. 35,2,73,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*); D. 35,2,31 (Pomp. 2 *fideic.*); D. 35,3,1,8 (Ulp. 79 *ad ed.*); D. 35,2,1,12 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*); D. 35,2,1,16 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*). Véase también G. GROSSO, *Il legato*, cit. 351 y 355.

caso de que se frustren los otros legados condicionales. Solo en el caso de que la condición de estos últimos se cumpla y de que el pago de estos vulnere el derecho del *heres* a la *quarta Falcidia* se producirá la restitución a este último de lo necesario para que la obtenga<sup>710</sup>.

## 2. Estimación del legado por anualidades, de alimentos y de usufructo.

D. 35,2,55 (Marcell. 20 *dig.*): *Cum Titio in annos singulos dena legata sunt et iudex legis Falcidiae rationem inter heredem et alios legatarios habeat, vivo quidem Titio tanti litem aestimare debeat, quanti venire id legatum potest, in incerto posito, quamdiu victurus sit Titius: mortuo autem Titio non aliud spectari debet, quam quid heres ex ea causa debuerit.*

Sabemos por D. 35,2,53 (Cels. 17 *dig.*) que la presencia de legados condicionales impide la satisfacción de otros *legata* –dejados de presente– con carácter previo al cumplimiento, o no, de la condición de la que se hacen depender. ¿Qué ocurre, entonces, cuando nos encontramos ante un legado dejado por anualidades a manera de renta vitalicia? En este caso resulta muy evidente que carecería de sentido esperar hasta la muerte del legatario para realizar la *aestimatio* de la herencia, a efectos de determinar el importe de la *quarta* que corresponde al heredero. Este tipo de legado, pues, debe valorarse en el importe por el que encontraría a un comprador<sup>711</sup>: aquello por lo que una

---

<sup>710</sup> El jurista refiere también que la misma caución también de darse en el caso de que el causante establezca en su testamento la manumisión condicional de varios esclavos simultáneamente, habida cuenta de que si se cumple la condición debe deducirse el valor de los esclavos del patrimonio hereditario (D. 35,2,73,3 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]). El caso de los legados sometidos a término es diferente, naturalmente, pues como apunta Gayo, en este supuesto no hay duda posible de que estos se deberán en algún momento al legatario o a sus herederos. Hasta que llega el término el heredero retendrá, por supuesto, los bienes legados, percibiendo los frutos e intereses de los mismos (D. 35,2,73,4 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]).

<sup>711</sup> Se trata del criterio de la estimación venal, estudiada a propósito de D. 35,2,45,1 (Paul. 60 *ad ed.*). El texto es claro en ese sentido, tal y como señala Bonifacio, que lógicamente se opone a Pampaloni cuando afirma, amparándose en D. 35,2,56,1 (Marcell. 22 *dig.*) que el fragmento debería referirse al sistema de cauciones. Ahora bien, Bonifacio apunta que este texto utilizado por Pampaloni no se refiere al supuesto que estudiamos, que no es otro que el de los legados vitalicios, equiparados a los condicionales por obra de los *prudentes*. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 47. Cfr. M. PAMPALONI, *op. cit.* 184 n.13. Donde sí concuerdan ambos autores es en su rechazo a la idea de que Ulpiano defendiese la aplicación

persona estaría dispuesta a pagar por ocupar la posición del legatario es el valor del legado, que debe imputarse en el pasivo. Naturalmente, el caso no es problemático, en un sentido contrario, si el legatario muere antes de que el juez haga el cómputo de la Falcidia<sup>712</sup>.

D. 35,2,68 pr. (Mac. 2 ad vicens. hered.): *Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur eiusque quantitatis Falcidia praestetur, ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum annorum viginti octo, ab annis viginti quinque usque ad annos triginta annorum viginti quinque, ab annis triginta usque ad annos triginta quinque annorum viginti duo, ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta annorum viginti. ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit remisso uno anno: ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum annorum novem, ab annis quinquaginta quinque usque ad annum sexagesimum annorum septem, ab annis sexaginta, cuiuscumque aetatis sit, annorum quinque. eoque nos iure uti ulpianus ait et circa computationem usus fructus faciendam. solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. numquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. sic denique et si rei publicae usus fructus legetur, sive simpliciter sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.*

Este interesante fragmento contiene un criterio distinto –en realidad dos, como veremos enseguida– de cara a la estimación económica de un legado de alimentos o de

---

del sistema de la estimación venal, según lo expuesto en D. 35,2,82 (Ulp. 8 disp.). Cfr. C. ARNÒ, *Le due grande correnti della giurisprudenza romana* (Modena 1926) 24 ss.

<sup>712</sup> El fragmento debe complementarse con D. 35,2,3,2 (Paul. sing. ad. l Falcid.), en el que nos encontramos con que el testador impone a su heredero el legado de unas cantidades anuales a una ciudad, con la consiguiente imposibilidad de saber el montante sobre el que calcular la *quarta*. Marcelo señala aquí que, a efectos de la Falcidia, debe entenderse como legada la cantidad que baste para cubrir el capital y los intereses del 4% anual de la cosa legada.



usufructo<sup>713</sup>. El texto refleja la opinión de Ulpiano, recogida por Emilio Macer sobre el modo en el que deben cuantificarse estos *legata* a efectos de que el *heres* pueda retener la *quarta Falcidia*. Nosotros ya sabemos, claro está, que un *legatum* de estas características implica, como todo legado por anualidades, que hasta la muerte del legatario se desconozca, como decimos, el importe exacto de lo desembolsado en su provecho por el heredero, que de este modo, no puede retener nada hasta entonces, y esto incluso en el caso de que el legatario muera antes que él, lo cual, obviamente, no está garantizado. Esta situación desfavorable al *heres* y lesiva de su derecho a la *quarta* debía, por tanto, solventarse asignando una valoración a los legados de alimentos sobre la cual pudiese efectuarse la retención. De este modo, Ulpiano apunta que en este caso –y también en el del legado de usufructo– es necesario estimar los años de vida restantes del legatario, durante los cuales tendrá que pagarle los alimentos el heredero. La vida del legatario es dividida en franjas o sectores separados entre sí por edades que operan como límite. A quienes viven en cada una de estas franjas de edad se les presuponen unos años de vida, que son inferiores, naturalmente, cuanto mayor es la ancianidad:

- Al que tiene veinticinco años se le estima que le quedan por vivir, a efectos de la Falcidia, treinta años. Esto supone que, cuando el legatario tiene una edad comprendida entre los cero y los veinte años, debe multiplicarse por treinta el valor de los alimentos que percibe en un año, pudiendo retener la *quarta* el heredero sobre ese importe.
- Si el legatario es mayor y su edad se sitúa entre los veinte y los veinticinco, el valor del legado se estima como inferior. No puede considerarse como igual la obligación de pagar de por vida los alimentos, por ejemplo, de un recién nacido que los de aquellos menores de veinticinco años protegidos por la *lex Laetoria*. Así, en este caso, se multiplica el valor de los alimentos no por treinta, sino por veintiocho.

---

<sup>713</sup> Un texto interesante a propósito del *legatum* de alimentos es D. 35,2,95,1 (Scaev. 21 *dig.*): en el testamento de una mujer se instituye como heredera a su hija, al tiempo que se dispone que, si esta muere antes de alcanzada la pubertad, transmita la herencia a Ticio. Muere la hija, efectivamente, antes de los doce años, siendo su único heredero su tío paterno, que pide que se deduzcan, para el cómputo de la ley Falcidia, los capitales con cuyos intereses la hija fallecida había pagado unos alimentos que la testadora debía a varias personas. En este supuesto, el heredero debe prestar caución de restituir, en su proporción, las porciones de aquellos que tuviesen derecho a los alimentos y falleciesen.

- Entre los veinticinco y los treinta años se considera que quedan por vivir otros veinticinco años, y por ese importe debe multiplicarse el legado para estimar su importe, a efectos de que el heredero pueda proceder a retener lo que le corresponde.
- De los treinta a los treinta y cinco años, la estimación de vida se reduce ya a veintidós años más.
- En caso de que la edad del legatario se sitúe entre los treinta y cinco y los cuarenta años, se estima que le quedan por vivir veinte años más.
- De los cuarenta a los cincuenta se considera que restan de vida tantos años como falten para alcanzar los sesenta menos uno (cincuenta y nueve años). En esta franja de edad, como se ve, se rompe el criterio divisorio de los cinco años, al referirse a una década completa de la vida de un individuo. Si este tiene, por ejemplo, cuarenta y tres años, le quedarán por vivir unos dieciséis más. Si tiene cuarenta y ocho, once. La estimación aquí no es otra cosa, por tanto, que la diferencia entre cincuenta y nueve y la edad del legatario.
- Entre los cincuenta y los cincuenta y cinco, debe multiplicarse el importe de los alimentos por nueve, que son los años que se considera que puede vivir quien se sitúa en esa franja de edad. Como se observa, Ulpiano vuelve aquí al sistema de dividir la vida del individuo en períodos de cinco años.
- De los cincuenta y cinco a los sesenta, se estima que faltan siete años más por vivir.
- A partir de los sesenta años, el valor de los alimentos se multiplicará siempre por cinco.

Una vez expuesto el criterio ulpiano, el fragmento le contrapone, empero, un sistema de valoración diferente, más simple sin duda, pero también más imperfecto:

- Desde el nacimiento hasta los treinta años, se multiplica el importe de los alimentos por treinta.
- De los treinta a los sesenta, se ha de multiplicar el valor del legado por cuantos años falten hasta alcanzar, precisamente, los sesenta años de edad.
- A partir de los sesenta años, la suma de los alimentos se multiplica por cinco. He aquí donde, como bien dice Ferrini, falla el sistema: a quien tiene cincuenta y

nueve años se le presupone tan solo un año de vida, y a quien tiene, por ejemplo, noventa, cinco<sup>714</sup>.

Hay que suponer, a raíz del tenor del texto, que ambos criterios se utilizaban para la estimación tanto del legado de alimentos como del de usufructo, sin que quepa pensar que a cada uno de estos tipos de *legata* corresponda uno de estos dos criterios separadamente del otro. Lo que sí puede suponerse es que, habida cuenta de la relativa complejidad del detallado sistema ulpiano para el cálculo de la *quarta* en estos casos, surgiese el segundo, más sencillo y quizá más practicado a pesar de su imperfección.

Una vez clarificado cuál es el valor económico total del legado por anualidades es preciso plantearse si el *heres* puede reducirlo proporcionalmente cada año o si debe esperar al último, a efectos de aplicarle la reducción completa. Sobre este asunto disponemos de varios fragmentos de interés:

D. 35,2,47 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): *Lex Falcidia si interveniat, in omnibus pensionibus locum habet: sed hoc ex post facto apparebit. ut puta in annos singulos legatum relictum est: quamdiu Falcidia nondum locum habet, integrae pensiones annuae dabuntur: sed enim si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur.*

Supongamos que tenemos unos legados cuyo pago se impone periódicamente al testador, cual es, en efecto, el caso del legado por anualidad. Durante el primer año, es bien posible que lo que debe pagarse al legatario no exceda del *dodrans*, y que el exceso sólo se presente de manera más tardía. Todas las anualidades que se pueden realizar sin perjuicio de la *quarta* del heredero –y que serán, lógicamente, las primeras– pueden pagarse por completo, procediéndose a la retención desde el momento en el que un nuevo pago íntegro suponga una violación del derecho del *heres* al *quadrans*, y pudiendo este disminuir entonces retroactivamente las anualidades ya satisfechas (*ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur*)<sup>715</sup>. La regla general es que la ley Falcidia es aplicable

---

<sup>714</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 485.

<sup>715</sup> *Ibid.* 483 s. Para el caso de que concurriesen en este supuesto varios legatarios ha de estarse a lo que expresaba Marcelo en D. 35,2,55 (Marcell. 20 *dig.*).

a todos los pagos, pero siempre desde el momento en el que se presente la lesión del derecho a la *quarta* del heredero, cabiendo la posterior reducción retroactiva. No parece lógico dudar de la autenticidad del fragmento por la presencia aquí de un ejemplo con *ut puta*, en la medida en la que su contenido es plenamente coincidente con D. 35,2,15,2 (Pap. 13 *resp.*) y distinto de D. 35,2,32,3 (Maec. 9 *de fideic.*): de haberse deseado alterar el fondo de la cuestión, antes de la compilación justiniana o durante el proceso de la misma, se debería haber modificado el texto, lógicamente, orientándolo en el sentido de obtener soluciones uniformes, en lugar de ahondar en el *ius controversum*. La presencia en el Digesto de estas soluciones controvertidas expresan, incluso en el caso en el que se observen expresiones y giros sospechosos en la literalidad de los fragmentos, que el fenómeno de las interpolaciones no alcanzó en estos textos a distorsionar totalmente las opiniones de los juristas que los escribieron.

D. 35,2,15,2 (Pap. 13 *resp.*): *Non idcirco minus Falcidiae rationem in ceteris annuis legatis admitti visum est, quod primo ac secundo anno sine ulla detractioe fuissent legatario soluta.*

D. 35,2,32,3 (Maec. 9 *de fideic.*): *Annua bima trima die aureis centenis legatis ex omnibus summis, non tantum ex posterioribus portionem legis Falcidiae detrahi placuit.*

En relación con el primero de los textos que arriba reproducimos, imaginemos que un testador estableció en su testamento que el heredero debería pagar un legado por anualidades. El hecho de que este último no reduzca el pago durante los primeros dos años a efectos de retener la *quarta* no debe interpretarse como renuncia a esta, pues puede comenzar a reducir los pagos que efectúe a favor del legatario a partir del tercer año. Es decir, nada parece obstar a que el *heres* comience a reducir el *legatum* a partir del momento en que lo desee, aunque no lo haya hecho en anualidades previas. El fragmento de Meciano parece, en cambio, más favorable hacia los intereses del legatario, siendo, empero, compatible con el anterior: se legan cien áureos en tres anualidades, y en este supuesto se admite, según refiere el jurista, que la retención de la *quarta* se efectúe proporcionalmente cada año, en lugar de realizarse íntegramente en el tercero, quizá con un innecesario perjuicio del legatario, y desde luego, con un quebrantamiento de la voluntad del testador, que dispuso que aquél percibiese algo durante tres años. La *voluntas testatoris* se manifiesta aquí, por tanto, como un elemento clave a la hora de resolver el

problema: si el testador quiso que el legatario recibiese algo anualmente, el heredero deberá reducir los legados proporcionalmente año por año, sin retener la *quarta* de un único *legatum* hasta el punto de hacerlo desaparecer. Si, en cambio, el causante nada dispuso sobre este particular, nada impide al heredero, como apunta Papiniano, a aplicar su derecho de *retentio* con posterioridad al pago de las primeras anualidades.

### 3. Presencia de coherederos.

Ante la concurrencia en una misma persona de varias cuotas de la herencia encontramos tres posibles soluciones<sup>716</sup>:

#### a) Cómputo comprensivo.

Consiste en considerar unificadas en una todas las cuotas que percibe el heredero. La reducción de los legados no es aquí problemática, pues la *quarta* se imputa, de este modo, a una única cuota, a la que podemos considerar ficticia, y cuyo valor será, lógicamente, la suma de todas aquellas que concurren en el *heres*. Así, si este tiene una cuota hereditaria de cien con un legado de cincuenta y otra de doscientos con un legado de ciento cincuenta, se considerará, a efectos del cómputo, que recibió una única cuota de trescientos, y deberá satisfacer por entero legados por valor de doscientos, pues la cuarta parte de trescientos es setenta y cinco y alcanza a retenerlos sobradamente. Este criterio se utiliza cuando se atribuyen, por alguna razón, varias cuotas pertenecientes a la misma herencia a una sola persona<sup>717</sup>, así como en el supuesto de que un coheredero sea sustituto vulgar de otro (D. 35,2,87,4 [Iul. 61 *dig.*]).

---

<sup>716</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. ss.; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 399. En caso de que cada cuota corresponda a un coheredero diferenciado no hay dificultad alguna, pues como sabemos la Falcidia opera en cada una de ellas: todas las cuotas se considerarían por separado, de manera que cada heredero percibiese la cuarta parte, dándose la separación incluso en el caso del acrecimiento de una cuota a otra. Véase de nuevo D. 35,2,77 (Gai. 18 *ad ed. prov.*) junto con IJ. 2,22,1.

<sup>717</sup> D. 28,6,41,6 (Pap. 6 *resp.*): *Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub condicione partem alteram accepisset. non idem servabitur alio substituto: nam ille Falcidiae rationem induceret quasi plane sub condicione primis tabulis heres institutus, tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum optineret. nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrat.* Este texto se complementa con D. 35,2,11,7 (Pap. 29 *quaest.*), cuyo estudio ya hemos abordado anteriormente, y con D. 35,2,87,3 (Iul. 61 *dig.*): *Si tu ex parte quarta, Titius ex parte quarta heredes scripti*

b) Cómputo separado.

D. 35,2,8 (Pap. 14 *quaest.*): *In legem Falcidiam aeris alieni rationem in hereditate relictī, quod unus ex heredibus solvere damnatus sit, ipse solus habebit.*

D. 35,2,77 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae.*

El texto papiniano apunta que si hay varios coherederos y solo a uno de ellos se le impone el pago de una deuda, esta no se imputa, lógicamente, en la cuenta de los demás, sino tan solo en la suya<sup>718</sup>. Al concurrir de manera desigual, la cuenta de la Falcidia es

---

*fuertis, deinde tu ex parte dimidia heres institutus fueris sub condicione, et legata, item libertates datae fuerint: pendente condicione libertates competent, legata tota praestabuntur, quia sive condicio exstiterit, te herede existente utraque valent, sive condicio defecerit, tu et titius heredes eritis. de lege Falcidia, si hoc quaeris, an existente condicione miscetur quadrans tuus et semis atque ita pro dodrante ratio ponenda est cum his, quibus a te pure herede legatum est, respondebimus misceri duas partes.* Este último fragmento será objeto de nuestro estudio más adelante. Baste, por ahora, con traer aquí su literalidad.

<sup>718</sup> En concordancia con ello encontramos IJ. 2,22,1, que señala que, en efecto, si hay coherederos, cada uno tiene derecho a retener la cuarta parte de su cuota hereditaria. Resulta de interés también D. 35,2,1,14 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*): supongamos que tenemos una herencia valorada en cien y a dos coherederos instituidos a partes iguales que reciben cincuenta cada uno. A uno de esos coherederos le impuso el testador el pago de legados por valor precisamente de cincuenta, de manera que su cuota queda agotada y debe reducir los *legata* a efectos de retener la *quarta*. Ahora bien, ¿cuál es el montante sobre el que deben reducirse esos legados?; ¿debe retener el coheredero la cuarta parte de cincuenta –que son 12,5– o de cien –esto es, veinticinco– fundiéndose, en este último caso, las dos cuotas en una? Este es un supuesto de *ius controversum*: mientras que Casio se muestra partidario de la unificación de las dos cuotas en una sola a efectos de mejorar la posición del heredero al que se le impusieron los legados, Próculo, Juliano y el propio Paulo –que también cita un rescripto de Antonino Pío al respecto– se atienen al más riguroso criterio de mantener separadas ambas cuotas respetando la voluntad del testador, claramente desfavorable a uno de los coherederos. El propio Paulo refiere inmediatamente a continuación (D. 35,2,1,15 [Paul. *sing. ad. l. Falcid.*]) que también se evita la fundición en una de las cuotas hereditarias cuando se realiza la *adrogatio* sobre un coheredero. A fin de cuentas, este adió la herencia en su antigua condición de *sui iuris*, y de ahí que la *quarta* que debe retener el coheredero arrogante al cumplir con los legados deba calcularse respecto del importe de aquella cuota separada, sin tener en consideración para nada el de la suya propia. Otro tanto ocurre cuando se hereda de un coheredero.

diferente para aquél coheredero al que se le impuso el pago en solitario. De aquí puede deducirse, por tanto, la regla de que si concurren varios coherederos, el cómputo de la *quarta* se hace separadamente para cada uno. Este criterio de la separación<sup>719</sup> aparece corroborado en el texto de Gayo, donde se justifica por el hecho de que, en la práctica, la presencia de aquellos puede dar pie a situaciones que resulten fácilmente dispares: el testador, a fin de cuentas, puede gravar en exceso la cuota de uno de ellos con *legata*, haciendo nacer el derecho de reducirlos, y no la del otro. Gayo pone un ejemplo: Ticio recibe como heredero la cuarta parte del caudal hereditario, no así su hermano Seyo, cuya cuota queda absorbida por los legados. Supongamos nosotros, para explicarlo de una manera más gráfica, que tenemos una herencia de cien y que, correspondiéndole a Ticio una cuota de cincuenta, se le impone el pago de veinticinco en *legata*, conservando, como se ve, la *quarta*. El coheredero Seyo, por su parte, debe pagar legados por valor de cincuenta, de manera que, en principio, no puede percibir nada. En este supuesto, obviamente, es Seyo quien tiene derecho a ejercitar el beneficio de la *lex Falcidia*, esto es, a reducir los legados en veinticinco en el caso que proponemos.

D. 35,2,78 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae. urb.*): *Quod si alterutro eorum deficiente alter heres solus exstiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem, quia ea non est legatis onerata, quia et legata quae apud heredem remanent efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur: si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea*

---

<sup>719</sup> El criterio consiste, como se ve, en que cada cuota de las que concurren en el mismo heredero es tenida en cuenta por separado. Si el *heres* dispone, por ejemplo, de una cuota hereditaria valorada en cien con legados por valor de noventa y adquiere otra de doscientos con legados valorados en cincuenta, deberán reducirse los *legata* de la primera de ellas por vulnerar la *quarta*, manteniéndose intactos los de la segunda. Se recurre a este criterio, tal y como acabamos de ver, en el supuesto de quien hereda a un coheredero o le arroga D. 35,2,1,15 (Paul. *sing. ad. l. Falcid.*), así como en el caso del acrecimiento -D. 35,2,78 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae. urb.*)- y cuando el testador instituyó como herederos a un *paterfamilias* y a su hijo sometido a potestad o al patrono y al liberto (D. 35,2,21,1 [Paul. 12 *quaest.*]; D. 35,2,25 [Scaev. 14 *resp.*]).

*ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret*<sup>720</sup>.

Tenemos aquí nuevamente a dos coherederos, a uno de los cuales se le impone tal número de legados que estos deben reducirse a efectos de que pueda percibir su *quarta*. Si uno de estos coherederos no llega a heredar por haber premuerto o repudiado la herencia, ¿se deben computar también separadamente ambas cuotas o puede realizarse el cálculo considerando que tan solo existe una, habida cuenta de que uno solo es el heredero que la ha de percibir? La respuesta depende de si la cuota que acrece a la de quien queda finalmente heredero fue la que estuvo libre de legados o no:

- En el caso en el que la cuota que estaba destinada al coheredero que no la adquirió estaba libre de legados (estando gravada con ellos hasta el límite de la absorción, por tanto, la asignada originariamente a quien queda como heredero único) no se reducen

---

<sup>720</sup> Cayo Casio Longino, jurista que alcanzó el consulado en el 30 d.C. y muerto bajo el principado de Vespasiano, era partidario, en cambio, de aplicar en estos supuestos el criterio del cómputo comprensivo, opinión esta que, según escribe Paulo, fue posteriormente seguida por Antonino Caracalla en una constitución imperial. D. 35,2,1,14 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contra: in qua specie et Iulianus Proculo adsensit, quam sententiam probabiliorem esse puto. sed et divus Antoninus iudicasse dicitur commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiae.* El texto de Paulo versa sobre el problema de si es computable la *quarta Falcidia* separadamente cuando tenemos a dos coherederos, de los cuales uno ha agotado su caudal hereditario. La opinión de Casio Longino es la de defender la confusión, tal cual hemos señalado, de manera que, como afirma Rodríguez Díaz, ambos coherederos sufrirán las cargas al tiempo que los legatarios verán incrementadas sus posibilidades de cobro. Esta autora señala que la *quarta* debe aplicarse a cada parte, tal y como se desprende de D. 35,2,77 (Gai. 18 *ad ed. prov.*). También, en este sentido, IJ. 2,22,1: *Et cum quaesitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Seio, si Titii pars aut tota exhausta sit legatis quae nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata, a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quae partem eius dumtaxat in partem dimidiam minuunt, an, quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quae ab eo relicta sunt retinere liceret: placuit, ut quartam partem suae partis salvam habeat, posse retinere: etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.* Rodríguez Díaz señala otros textos que, en la misma línea, descartan la aplicación en estos supuestos del criterio del cómputo comprensivo: D. 35,2,1,15 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*); así como D. 31,61 pr. (Ulp. 18 *ad l. Iul. et Pap.*). E. RODRÍGUEZ DÍAZ, L.1, § 14 D. ad Leg. Falcid., *cit.* 296 s.; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, *cit.* 451.



los *legata*. En este supuesto, el *heres* recibe la *quarta* gracias al *ius adcrendi*, sin que carezca entonces de sentido perjudicar los intereses de los legatarios<sup>721</sup>.

- Si la cuota que se suma a la de quien queda como *heres* en solitario es la que contenía los legados, debe optarse por el cómputo separado de la Falcidia y someter aquellos a reducción. Como se ve, esto garantiza que el acrecimiento sea, efectivamente, tal: un incremento de la propia cuota, que llega a abarcar la mitad de los bienes hereditarios en nuestro caso. Así pues, quedando como heredero único aquel que con su sola cuota percibía ya la cuarta parte de la herencia, nos encontramos con que su lucro viene aumentado al percibir por acrecimiento, además, la *quarta* de su coheredero, merced a la reducción de sus *legata*.

c) Un tercer criterio es el que Voci ejemplifica del siguiente modo: un heredero dispone de una cuota hereditaria valorada en doscientos con legados por cien. La *quarta*, por tanto, es de cincuenta, de manera que no tiene necesidad de reducir los *legata* porque el beneficio que obtiene la duplica. Igualmente, recibe otra cuota de doscientos con legados por valor de ciento ochenta. En este caso no se respeta la Falcidia, por lo que se considera que la segunda cuota asciende hasta doscientos cincuenta, incrementando los cincuenta que obtiene el *heres* con independencia de la retención de la cuota anterior. La *quarta* de la segunda cuota hereditaria, por tanto, sería de 62,5.

Dentro de la problemática que plantean los supuestos de concurrencia, el propio Voci expone con brillantez las dificultades que entraña el cómputo de la *quarta* precisamente en el marco de la sustitución pupilar. A su exposición sobre este asunto, pues, nos remitimos, junto con la de Ferrini, si bien a continuación referiremos un breve

---

<sup>721</sup> En esta misma línea encontramos D. 35,2,25 pr. (Scaev. 8 *resp.*), fragmento en el que Escévola plantea el caso de una mujer en cuyo testamento se instituyen herederos a partes iguales a su viudo y al hijo común, sometido a su *patria potestas*, y que, por tanto, adquiere para aquél. El padre obtiene ya la *quarta* de la herencia de su esposa gracias a la cuota que recibe del *filiusfamilias*, y perderá todo derecho a practicar reducciones sobre los legados que se le destinaron en su propia cuota personal. La solución, que, como se ve, consiste en realizar una sola vez la cuenta de la Falcidia obviando la existencia de dos cuotas, es obviamente justa, pues el protagonista del supuesto termina por recibir, a fin de cuentas, la herencia íntegra. Otros fragmentos que tratan sobre estos problemas son D. 35,2,95 pr. (Scaev. 21 *dig.*), D. 36,1,28,11 (Iul. 40 *dig.*) y D. 35,2,15,5 (Pap. 13 *resp.*).

resumen de sus ideas más básicas<sup>722</sup>. Ferrini señala que si concurren varios coherederos –pongamos, por ejemplo, a dos– y el testador impone legados exclusivamente a uno dejando libre de ellos las cuotas del resto, el *heres* gravado tendrá derecho a deducir la *quarta*, que en su caso se corresponderá con una octava parte de la herencia. Igualmente, tienen derecho a percibirla, al margen del heredero, el sustituto vulgar y el pupilar, debiendo cada uno de ellos retenerla en caso de concurrencia<sup>723</sup>. La regla general es la de que tan solo se considera gravado por los *legata* lo adquirido procedente del *paterfamilias* difunto, realizándose una única vez el cómputo de la *lex Falcidia* (D. 35,2,79 [Gai. 18 *ad ed. prov.*]). Voci plantea aquí un total de cuatro hipótesis diferenciadas:

---

<sup>722</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 770 ss.; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 430 ss.; D. SCHAMBACHER, *Bemerkungen zur falzidischen Rechnung bei der Pupillarsubstitution*, en ZSS 133 (2016) 413ss.

<sup>723</sup> D. 35,2,79 (Gai. 18 *ad ed. prov.*): *In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea quae in primis quam ea quae in secundis tabulis relictas sunt in unum contribuuntur, tamquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia condicione legasset*. En páginas anteriores nos hemos detenido ya a estudiar el presente texto, que se conecta con D. 35,2,11 (Pap. 29 *quaest.*). Para un estudio sobre el fenómeno de la sustitución a efectos de la percepción de la *quarta Falcidia*, cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 430 ss.; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 770 ss. También el ya estudiado D. 35,2,94 (Scaev. 21 *dig.*) contiene otro interesante supuesto de concurrencia, estudiado por Mannino: *Filio et filia scriptis heredibus singulis certa praelegavit, sed longe minus filiae, cui etiam domum obligatam praelegavit cum instrumentis et quicquid ibi fuerit et adiecit haec verba: ' sed ea condicione lego, ut quidquid aeris alieni in ea domo erit, Titius libertus filii mei exsolvat et sit eis utrisque domus communis'. quaesitum est, si filia legis Falcidiae beneficio uti volet ad quartam retinendam, an ex hereditate, quae ei relicta est, deducto aere alieno eius quod superfuerit quartam consequi debeat. respondit iure quidem id postulaturam, verum non alias ea, quae ei data sunt, accepturam, si modo ea quartam suppleant, quam voluntati defuncti solvendum praestando pareret*. En este caso tenemos a dos hermanos instituidos herederos a los que se asignan prelegados, si bien la cuantía de los destinados a la hija (entre los que se cuenta una casa endeudada, cuyo pago se impone condicionalmente a un liberto, que de satisfacerlo se convierte en copropietario de la misma) es notablemente inferior a la de los que benefician a su hermano. El problema versa aquí, por tanto, en saber si la hermana, que reclama la *quarta Falcidia*, puede obtenerla de la cuantía que reste de deducir las deudas que gravan el inmueble. La respuesta del jurista es afirmativa en el supuesto en el que el testador hubiese previsto suplir la *quarta* de ese modo. Para un estudio de este fragmento véase V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 38 ss.

- Se reúnen, unificándolos, todos los legados según el criterio del cómputo comprensivo, considerando como procedentes del testamento del *paterfamilias* fallecido aquellos legados que se dejaron en el testamento pupilar, y corriendo el sustituto con el riesgo de que el patrimonio hereditario se reduzca tras la muerte de aquél (D. 35,2,11,5 [Pap. 29 *quaest.*])<sup>724</sup>.

- Del mismo texto papiniano se desprende que en caso de que tan solo haya un único sustituto pupilar, se reúnen la totalidad de los *legata* impuestos a este y al propio pupilo. En caso, en cambio, de que el testador hubiese impuesto legados tan solo al pupilo y este no los pagase, será el sustituto quien deba satisfacerlos.

- En el supuesto de haber más de un sustituto y no cumplir el pupilo con los *legata* que el testador le impuso, estos deberán pagarlos, por coherencia con lo anteriormente expresado. Distinto es el caso de que tan solo se hubiesen impuesto legados a los sustitutos, o aquél en el que incluso la cuota de alguno de ellos queda libre de liberalidades y no así la de otros. Para Voci tenemos aquí dos posibles soluciones. La primera de ellas consistiría en interpretar que los legados gravan únicamente al pupilo, lo cual ilustra el autor del siguiente modo: un *paterfamilias* dejó a su hijo un patrimonio de cuatrocientos, nombrándole dos sustitutos que, muerto el pupilo, reciben doscientos cada uno. Suponiendo que una de esas dos cuotas esté gravada precisamente con legados por valor de doscientos, el sustituto titular de la misma la perderá por completo al no exceder esa suma del *dodrans* de la herencia que el *paterfamilias* dejó al pupilo. ¿Y si esa cuota está gravada por valor de trescientos? Como el sustituto percibe doscientos y debe satisfacer incluso cien más, tendrá que poner lo restante de su propio patrimonio, o bien el legatario se dirigirá a esos efectos contra el otro sustituto<sup>725</sup>. La segunda solución posible a este

---

<sup>724</sup> Recuérdese, en cualquier caso, que si concurren varias cuotas en el sustituto pupilar y puede retener la Falcidia de alguna de ellas no tendrá derecho a reducir los legados que gravan las otras, conforme vimos en D. 35,2,14,2 (Pap. 9 *resp.*). Ahora bien, si el sustituto, al margen de cuanto recibe por la sustitución, adquiere una de esas cuotas por suceder también al heredero a quien estaba destinada, solo podrá retener la *quarta* de lo que recibió gracias a las tablillas de la sustitución, tal cual estudiamos ya a propósito de D. 35,2,14,3 (Pap. 9 *resp.*).

<sup>725</sup> Otro supuesto que plantea el propio Voci es el de aquél *paterfamilias* que deja un patrimonio de cuatrocientos, instituyendo a su hijo como heredero y nombrando dos sustitutos de este último, al tiempo que impone un legado de doscientos al pupilo y otro de la misma cuantía a uno de los sustitutos. El importe total de los *legata* es, pues, el del total de la masa hereditaria, y de ahí que sea necesaria la reducción a

supuesto que estudiamos es la de rechazar el criterio del cómputo comprensivo y aplicar la Falcidia directamente a las cuotas que adquieren los sustitutos. Siguiendo con los ejemplos de Voci, sin duda útiles siempre para visualizar con claridad contenidos *a priori* tan abstractos, si a nuestro sustituto se le imponen legados por valor de doscientos (es decir, por el importe exacto del activo que recibe) y al segundo ninguno, tendrá derecho a reducirlos, reteniendo cincuenta (la mitad del *quadrans*, cien). Voci señala que este último criterio, en el que el daño eventual corresponde a los legatarios, se mantiene idéntico tanto en el supuesto de que se impongan *legata* al sustituto como al propio pupilo<sup>726</sup>.

- El *paterfamilias* instituye como herederos a un pupilo y a un extraño, sustituyendo este último al primero en el testamento pupilar conforme a D. 35,2,87,4 (Iul. 61 *dig.*)<sup>727</sup>. En el supuesto de que el testador no imponga legados al pupilo y sí al extraño en tal medida que deban ser reducidos, se seguirá el criterio de la *contributio* unilateral: «La soluzione di Giuliano è che il sostituto, per pagare i legati, deve integrare la sua quota con quanto gli viene dal pupillo»<sup>728</sup>. Si tanto el extraño como el pupilo están gravados *ultra dodrantem* se aplicará igualmente la solución del cómputo único. Papiniano es seguidor de estas soluciones julianeas<sup>729</sup>.

- Tenemos un hijo desheredado que es sustituto pupilar de su hermano impúber, muriendo ambos al mismo tiempo. Un tal Mevio es sustituto del desheredado, y a él le impone el *paterfamilias* unos legados cuya validez se cuestiona, habida cuenta de la desheredación. Juliano, pese a todo, considera válidos los legados por una evidente razón de orden práctico: la desheredación no privaba al hijo de los bienes hereditarios, pues

---

efectos de obtener la *quarta Falcidia*, obteniendo un total de cien tanto el pupilo como el sustituto gravados con legados y de cincuenta en el caso del otro sustituto. En este sentido, véase nuevamente D. 35,2,11,6 (Pap. 29 *quaest.*).

<sup>726</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 773: «Papiniano qualifica la teoría, da lui eposta e accettata, a questo modo: i sostituti devono essere messi nella condizione di eredi diretti del padre, come se il pupillo non ci fosse. Come i coeredi, invocano la *Falcida* ognuno per proprio conto».

<sup>727</sup> Para este fragmento, véase también E. RODRÍGUEZ DÍAZ, L.1, § 14 D. ad Leg. Falcid., cit. 296.

<sup>728</sup> P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 774.

<sup>729</sup> Véase nuevamente D. 35,2,11,7 (Pap. 29 *quaest.*), relacionable con D. 28,6,41,6 (Pap. 6 *resp.*). *Ibid.*

estos le estaban destinados dada su condición de sustituto de su hermano (D. 35,2,87,7 [Iul. 61 *dig.*]<sup>730</sup>).

- Una misma persona sustituye pupilarmente a dos hijos impúberes de un mismo *paterfamilias*. Si el sustituto sucede a ambos hijos se aplicaba la solución del cómputo único (D. 35,2,14,2 y 3 [Pap. 9 *resp.*])<sup>731</sup>.

4. Problemas derivados de la tenencia de esclavos a efectos del cálculo del activo hereditario.

D. 35,2,22,1 y 2 (Paul 17 *quaest.*): [1] *Servo herede instituto si a domino fideicommissa, a servo legata data sunt, prius ratio legatorum habenda est, deinde ex eo quod superest fideicommissorum. dominus enim ideo tenetur, quod ad eum pervenit: pervenit autem, quod deductis legatis superest. plane Falcidiam exercet.* [2] *Sed et si dominus omissa hereditatis aditione servum sibi substitutum adire iussit, prius erogantur quae ab ipso domino data sunt, tunc eorum quae a servo relicta sunt ratio initur, si patitur Falcidia.*

En este interesante fragmento tenemos un testamento en el que se instituye heredero a un esclavo, al que no se manumite, y se le impone el pago de legados. Su dueño, que también es instituido heredero, debe pagar fideicomisos. En el presente supuesto, para calcular el activo de lo que recibe el propietario del esclavo, es preciso deducir primeramente los legados que se impusieron a este último. Si, hecho esto, hay bienes suficientes para pagar los fideicomisos sin que se lesione el derecho a la *quarta* no

---

<sup>730</sup> Papiniano refiere un caso perfectamente análogo, en el que nos encontramos ante un extraño que sustituye al hijo desheredado. D. 35,2,11,8 (Pap. 29 *quaest.*): *Si quis exheredato filio substituit heredem institutum et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, cum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit.*

<sup>731</sup> «Quanto alle altre, si può, per tentare una spiegazione, redigere il quadro seguente: a) si applica il criterio del computo complessivo all'erede istituito per più quote; al coerede sostituito volgarmente a un altro coerede; al sostituto volgare non coerede (questa volta per congettura); b) si applica il criterio della separazione a colui che diventa erede del coerede, o che lo adotta; c) si applica il criterio della *contributio* unilaterale al coerede che acquista per accrescimento; al *dominus* che acquista una seconda quota per mezzo dello schiavo; al sostituto pupillare che è istituito con il pupillo, cioè è erede del padre e del figlio». P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 776 s.

habrá problema. En el caso opuesto, en cambio, el heredero propietario del esclavo tendrá derecho a reducir los legados que gravaban a aquél. El segundo párrafo refiere lo que sucede cuando se instituye como heredero principal al propietario de un esclavo, y a este último como *heres* sustituto, y a ambos se les impone el pago de legados. En caso de que el primero repudie la herencia y se opere la sustitución –algo a lo que él debe consentir, al ser esclavo suyo el sustituto– se han de pagar primero, íntegros, los legados que a él se dejaron. En cuanto a los que afectaban al esclavo, se les dará cumplimiento posteriormente, reduciéndose en caso de que lesionen la *quarta*.

### 3. La prestación de la *cautio ex lege Falcidia*.

Una vez determinado el montante económico de la *hereditas* y calculado el importe de la *quarta* que le corresponde al heredero, este dispone, a manera de garantía, de la *cautio ex lege Falcidia*, que no es otra cosa que la promesa formal del legatario – también del fideicomisario y del donatario *mortis causa*, tal y como se prevé en D. 35,3,1,13 (Ulp. 79 *ad ed.*) y D. 35,3,1,10 (Ulp. 79 *ad ed.*)– de restituir cuanto reciba en perjuicio de la reserva del *heres*<sup>732</sup>. A esta caución dedicaron los compiladores, como sabemos ya, el título D. 35,3, rubricado *Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur*, proveniente la mayor parte de la información del libro 79 de los comentarios *ad edictum* de Ulpiano:

D. 35,3,1 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*): *Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari iuste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est nec ne, subvenit praetor heredi, ut ei legatarius satisdet, ut, si apparuerit eum amplius legatorum nomine cepisse*

---

<sup>732</sup> La estipulación procede en los legados bajo condición de los que se ignora si pueden o no lesionar el derecho a la *quarta Falcidia* (D. 35,3,1,7 [Ulp. 79 *ad ed.*]) pero no en los sujetos a término (D. 33,1,4 [Paul. 62 *ad ed.*]), en las deudas hereditarias no determinables de manera inmediata (D. 35,3,1,4 [Ulp. 79 *ad ed.*]) o a efectos de la sustitución pupilar (D. 35,2,1,12 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]). Lenel reconstruye la *stipulatio* del siguiente modo: *Quanto amplius quam legatorum nomine ex testamento Lucii Titii ceperis, quam per legem Falcidiam capere licuerit, quanti ea res erit, tantum pecuniam reddi dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes? Spondeo*. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* (Leipzig 1883; 3ª ed. 1927) 419; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 517 y 521; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 394.

*quam e lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det  
dolusque malus ab eo afuturus sit.*

El primer texto, obviamente de carácter introductorio, señala que cuando se duda de si lo transmitido en concepto de legado<sup>733</sup> puede vulnerar el derecho a la *quarta*

---

<sup>733</sup> La *cautio*, por supuesto, se extiende igualmente a los *fideicomissa* (D. 35,3,1,5 [Ulp. 79 *ad ed.*]) y a las *donationes mortis causa* (D. 35,3,1,10 [Ulp. 79 *ad ed.*]). De este modo, también el legatario al que se le impone el cumplimiento de un fideicomiso está llamado a prestarla, de ser necesario (D. 35,3,1,13 [Ulp. 79 *ad ed.*]). En D. 35,2,31 (Pomp. 2 *de fideic.*) se apunta, al igual que el legatario, también el fideicomisario debe, en efecto, prestar la caución de restituir cuanto recibió de más, en perjuicio de la *quarta* del heredero. Pomponio señala aquí que Casio y los juristas antiguos consideraban que, cuando un pupilo pagaba, hay que entender que por error, un fideicomiso que se dejaba, en realidad, solo a su heredero sustituto, el fideicomisario debía prestar la caución, incluso a pesar del hecho de que el pupilo puede recuperar íntegramente lo pagado indebidamente. Debe tenerse en cuenta que la referencia, en este fragmento, al legatario como elemento comparativo es quizá un añadido prejustiniano con el objeto de clarificar el texto y resaltar cómo la figura del fideicomisario se aproxima a la de aquél en lo que a la ley Falcidia concierne. Con frecuencia, esos añadidos explicativos con *sicut* (en nuestro caso *sicut is, cui legatum est*) o el aquí también presente *veluti* son obra de comentaristas anónimos previos a Justiniano. Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47. Sea como fuere, hay doctrina que se ha posicionado a favor de considerar como genuino a este texto. Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 70. En el mismo sentido que el fragmento de Pomponio tenemos D. 35,3,8 (Maec. 10 *de fideic.*), donde se plantea el supuesto en el que parte o la totalidad de los bienes de una herencia son deferidos al fisco, y al heredero se le impone un fideicomiso. En este caso, el *heres* ha de pagar al fideicomisario, que prestará la caución de restitución si la herencia es objeto de evicción.

Un fragmento interesante sobre la prestación de esta estipulación por parte de un fideicomisario es D. 35,3,5 (Marcell. 21 *dig.*): *Videamus, an stipulatio 'qua amplius per Falcidiam ceperis licuerit dari' adversus eum non sufficiat, qui legatum alii restituere ex fideicommissi causa debet. sufficiet autem dici nihil eius fidei commissum esse: cavebit scilicet legatario et is, qui fideicommissum accipiet, nisi forte malet legatarius circuitu sublato heredi caveri. sed et legatario praeterea cavendum est, si (ut plerumque aequum est) pro rata ex fideicommisso retinere ei concedendum est, quamvis tantum ex legato apud eum erit remansurum, ut sufficere possit ad praestandum fideicommissum.* Como se ve, a una persona se le impone aquí el fideicomiso de restituir a otra lo que se le legó. En este caso debe dar caución al legatario incluso aquél que cobre el fideicomiso, salvo que el propio legatario prefiera dar caución directamente al heredero. También se presta la *cautio* al legatario cuando se le concede que retenga algo en proporción al fideicomiso, dejándole de su legado lo suficiente para poder cumplirlo. Con relación a una posible adulteración del texto, D'Ors considera «los añadidos explicativos con giros como [...] scilicet [...] casi siempre de origen prejustiniano, obra de un comentarista anónimo y de pocos vuelos». Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47. Alterado o genuino, el término aparece en el presente fragmento de Marcelo.

*Falcidia* del heredero, el pretor auxilia a este último haciendo prestar al legatario caución de restituir lo que se demuestre que ha recibido de más y de abstenerse de todo dolo

---

Ulpiano, por su parte, dice en D. 35,3,3,5 (Ulp. 79 *ad ed.*), que el fisco no presta la caución, pero que puede reclamarse contra él como si la hubiera prestado, y que Antonino Pío dispuso que todos los legatarios, con excepción de estos, debían prestarla incluso después de ya pagados los legados, de lo que se deduce que el momento de la prestación era normalmente previo al del pago, como resulta lógico. Un caso a tener en cuenta aquí, por su especial complejidad, es el del legado por anualidades, que funciona realmente como una pluralidad de legados sometidos a condición, y de ahí que deba prestarse la *cautio quanto amplius*. La pregunta es cuándo, y la respuesta la encontramos en D. 35,2,1,16 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): imaginemos que el testador impone al heredero transmitir quinientos al legatario a razón de cien durante cinco años. En este caso, el legatario debe prestar la caución desde el primer momento, a efectos de que llegado el quinto año y satisfecho ya en su integridad el legado, pueda restituir entonces al heredero lo necesario en caso de que se haya lesionado su derecho a la *quarta*.



malo<sup>734</sup>. La exigencia de la caución, garantizada siempre con fiadores<sup>735</sup> (D. 35,3,3,1 [Ulp. 79 *ad ed.*]) compete de este modo, naturalmente, al *heres*, interpretándose, según refiere Paulo en D. 35,2,41 (Paul. 9 *ad ed.*), que actúa movido por dolo si, pese a estar

---

<sup>734</sup> Para un supuesto de fraude, cfr. C. 6,37,9 (Alex. a Antiocho. a. 223). N. PALAZZOLO, *Potere imperial ed organi giurisdizionali del II secolo d.C.* (Milano 1974) 151. Obsérvese, en cualquier caso, la poca casual referencia en D. 35,3,1 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*) al dolo malo en caso de que el legatario quebrante la promesa de restitución y la perfecta concordancia con el ya estudiado D. 36,1,22 (Pomp. 22 *ad Sab.*), que preveía contra él la interposición de la *exceptio doli* incluso cuando el *heres* no hubiese tenido la precaución de interponer una estipulación (*totam hereditatem restituit nec cavit sibi stipulatione proposita*) que sólo puede ser la propia caución. El recurso a esta *cautio* es necesario cuando hay créditos o deudas *sub condicione* o cuando se dejan legados de presente y otros sujetos a condición, así como en el caso de que se establezcan manumisiones condicionales o en el supuesto de que se ordenen *legata* tanto en el testamento propio como en el de un pupilo. Para un mayor abundamiento, S. DI SALVO, *Il legato modale in Diritto romano: elaborazione dommatiche e realtà sociali* (Napoli 1973). El árbitro impondrá, naturalmente, al heredero el pago íntegro de los legados en estos supuestos, debiendo el legatario comprometerse con *sponsors* por medio de esta caución a restituir aquello que eventualmente hubiese recibido de más, admitiéndose incluso la posibilidad de que la estipulación pudiese pedirse incluso tras el cumplimiento del *legatum* por parte del heredero (D. 35,3,3,5 [Ulp. 79 *ad ed.*]). Se trataba, por tanto, de una *satisdatio*.

D. 35,3,3,1 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Haec cautio, quae propter legem Falcidiam interponitur, fideiussorum habet praestationem.*

Lógicamente, la necesidad de contar con garantes podía ser un problema para el legatario que no encontrase a ninguno dispuesto a desempeñar en su provecho tal función, de manera que, como bien apunta Bonifacio, el heredero utilizase la Falcidia maliciosamente como excusa para retrasar la satisfacción de los *legata*. En estos casos, tal y como puede interpretarse de D. 35,3,6 (Callist. 4 *de cogn.*), el pretor excusaría de la interposición de la caución, sustituyéndola por una *repromissio*. Sobre este particular, F. E. VASSALLI, *Falcidiae stipulatio*, en *BIDR* 26 (Roma 1913) 70 n.2; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, *cit.* 48 s. Son pocas las excepciones en las que no procede la prestación de esta *cautio*, cuyas causas de revocación se encuentran expresadas en D. 35,3,6 (Callist. 4 *de cogn.*). Una excepción es la del pequeño legado de alimentos, conforme a lo expresado en D. 35,3,3,4 (Ulp. 79 *ad ed.*). El fisco, por su parte, no está obligado a prestar la caución, que en cualquier caso se tiene por interpuesta (D. 35,3,3,5 [Ulp. 79 *ad ed.*]). P. VOCCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, *cit.* 789.

<sup>735</sup> La *stipulatio legis Falcidiae* era, pues, una *satisdatio*. Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, *cit.* 48 ss.

iniciada ya la controversia a propósito de la herencia, entrega, empero, los legados por completo y sin exigir al legatario la prestación de la *cautio restitutoria*<sup>736</sup>.

No en todos los casos es necesaria esta garantía<sup>737</sup>, que ha de prestarse cuando haya justa causa para ello y no en todo caso, y de ahí que Paulo escriba que el pretor ha

---

<sup>736</sup> Otro ejemplo de esto lo encontramos en D. 35,2,84 (Iul. 13 dig.): *Repperitur casus, quo heres agere potest, quamvis testator agere non potuerit: veluti si tutor, cum solveret legata, non interposuerit stipulationem, quanto plus quam per legem Falcidiam capi licuerit solutum fuerit, reddi: pupillus quidem eo nomine tutelae non agit, sed heredi eius hoc quoque nomine tutor obligatus erit*. Tenemos aquí el caso de un tutor negligente que no hace a los legatarios prestar la caución de restituir lo cobrado por encima del *dodrans*. Muere posteriormente el pupilo, que naturalmente no pudo exigir a aquellos la prestación de tal garantía por estar precisamente bajo tutela. En este supuesto, el tutor queda obligado frente ante los herederos del pupilo, de manera que en este caso, se concede, como se ve, a estos una acción de la que no disponía el pupilo causante. Por eso Juliano comienza el fragmento refiriendo que existe un caso en el que el heredero puede ejercitar acción incluso a pesar de que el testador no hubiese dispuesto de ella (*Repperitur casus, quo heres agere potest, quamvis testator agere non potuerit*). No consideramos necesariamente interpolada, a pesar de la inclusión del sospechoso término *veluti*, la inclusión del ejemplo del tutor negligente, pues a ella se refiere precisamente el comienzo del texto, que quedaría, sin aquél *exemplum*, despojado de cualquier profundidad y en exceso oscuro. Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47. El mismo caso, además, lo encontramos en D. 35,3,1,2 (Ulp. 79 ad ed.): *Neque interest, utrum in primis tabulis hoc fiat an in pupillaribus an in utrisque: etenim legem Falcidiam semel esse admittendam, etiamsi duplex sit testamentum, iam convenit, contributis legatis tam his, quae ab ipso pupillo quam his, quae a substituto impuberi relicta sunt*. Ulpiano corrobora aquí lo escrito por Juliano al decir aquí que si el tutor del pupilo, negligentemente, no hace prestar la caución a los legatarios, muriendo después el impúber tutelado, puede encontrarse con que el heredero de este venga a ejercitar contra él la *actio tutelae*. Tanto esta acción como la propia *cautio* pueden revertir favorablemente, por tanto, a favor del pupilo o de su heredero, según el caso, y así lo defendía Pomponio, según se nos dice en el texto.

Por otra parte, con relación al dolo por parte del heredero, este excluye la posibilidad de exigir la caución al legatario, tal y como se desprende no solo de D. 35,2,41 (Paul. 9 ad ed.), sino también de D. 35,3,3,8 (Ulp. 79 ad ed.), que establece que, en términos generales, si se ha pagado el legado y no hay actuación dolosa alguna por parte del *heres* estipulante, se incurre en la estipulación.

<sup>737</sup> La idea, expresada en D. 35,3,1 pr. (Ulp. 79 ad ed.), de que su prestación proceda especialmente cuando se duda del importe de los legados o de las deudas hereditarias (por ejemplo, cuando se está a la espera del cumplimiento de una condición o de la resolución de un litigio, de resultado incierto) aparece reiterada por el mismo Ulpiano en D. 35,3,1,4 (Ulp. 79 ad ed.). Huelga decir, por supuesto, que si el heredero, sin mediar dolo, pagó íntegros los legados, estará en disposición de exigir la caución al legatario (D. 35,3,1,6 [Ulp. 79 ad ed.]).

de conocer del asunto en D. 35,3,4 pr. (Paul. 75 *ad ed.*) y que Ulpiano refiera, en D. 35,3,3,2 (Ulp. 79 *ad ed.*) que no es necesario prestar la caución cuando se legó algo sometido a varios términos, de manera que los sucesivos dependen de los anteriores. El jurista refiere aquí que Pedio opinaba que en estos supuestos es innecesaria la prestación de la estipulación, de manera que debe aquí estimarse la cuantía transmitida, recayendo la ley Falcidia sobre todos los legados:

D. 35,3,3,2 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Si in plures dies pecunia legata est, cum certum sit legem Falcidiam locum habere, non stipulationi, sed computationi locum esse pedius ait, ut aestimetur, quanti sit quod in diem legatum est et tantum credatur esse legatum, quantum efficit aestimatio, ut pro modo eius ex omnibus legatis statim legis Falcidiae ratio habeatur.*

Los casos, por tanto, en los que puede estimarse como necesaria la caución son, aquellos en los que, como venimos diciendo, se duda del importe de los *legata* y *fideicomissa*<sup>738</sup>, y también cuando el heredero pagó al legatario con sus propios bienes o

---

<sup>738</sup> Un caso evidente de duda es aquel en el que el heredero paga unos legados dejados de manera pura y simple y queda a la espera de una condición de la que se hacen depender otros *legata*. Aquí claramente debe prestarse la *cautio*, pues de tener que satisfacer estos últimos podría producirse una lesión del derecho a la *quarta*. Así lo escribe Juliano, según narra Ulpiano en D. 35,3,1,7 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Si legata quaedam praesenti die relicta sint, quaedam sub condicione, interponenda erit ista stipulatio propter legata condicionalia, dummodo ea legata, quae praesenti sint, integra solvantur. iulianus denique scribit, si pure et sub condicione legata fuerint ne existente condicione lex Falcidia locum habeat, non aliter legatorum, quae pure data sunt, actionem dari debere, quam si cautum fuerit heredi 'quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit'. Sobre este texto, véase F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 50 s. Otro supuesto se encuentra en D. 35,3,1,8 (Ulp. 79 *ad ed.*), en el Ulpiano narra la opinión de Salvio Juliano de que debe prestar la caución el legatario del *quadrans* bajo condición y del *dodrans* sin ella. Como es lógico, este recibe en primera instancia las tres cuartas partes de la *hereditas*, y de la condición dependerá, pues, que el *heres* conserve la *quarta* o se vea despojado de ella. De ahí que deba prestarse aquí la *cautio*, a pesar de que hasta tiempo después se desconozca si hay o no una lesión del derecho de reserva del heredero: *Idem iulianus scribit eum, cui quadrans sub condicione et dodrans pure legatus est, cavere debere 'quanto amplius, quam per legem Falcidiam liceat, ceperit, reddi'*. También Paulo refiere la necesidad de que se preste la estipulación en el caso de los legados condicionales. Concretamente, en D. 35,2,1,12 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) señala que hay circunstancias en las que, sin embargo, es preciso pagar el legado por entero al legatario, sin someterlo a reducción, debiendo este último prestar la *cautio ex lege Falcidia*. El texto ilustra esta realidad con dos ejemplos sobre los que pende la sospecha de haber sido introducidos *a posteriori* por una mano anónima, aún en época prejustiniana, como resulta habitual en las*

dinero, conforme a D. 35,3,4,2 (Paul. 75 *ad ed.*)<sup>739</sup>. Ulpiano escribe con razón en D. 35,3,1,9 (Ulp. 79 *ad ed.*) que no debe pensarse que la prestación de esta caución es innecesaria por el hecho de que el heredero tenga derecho de repetición, esto es, de exigir la restitución de lo que pagó de más, pues debe tenerse también en cuenta la posibilidad de que el legatario se gaste lo recibido, siendo insolvente para ese momento, y de ahí la conveniencia de la *cautio*. A la pregunta de qué ocurre cuando en verdad se debió prestar esta última y no se hizo nos responde el propio Ulpiano en D. 35,3,3,10 (Ulp. 79 *ad ed.*), al referir que procede interponer la *condictio* cuando se paga de más por error o cuando se han pagado los legados sin exigir previamente la prestación de la *cautio*. En este último caso, no interponer la garantía de restitución se viene a considerar como un supuesto equivalente a aquél en el que el legatario cobra de más. Esta es la opinión de Pomponio, respaldada por Ulpiano.

. Desde luego, esta estipulación de pagar lo debido al heredero por causa de la ley Falcidia opera inmediatamente, desde el momento mismo en el que se cumple la condición del legado (D. 35,2,70 [Ulp. 16 *ad Sab.*]), que puede verse reducido no solo parcialmente, sino incluso en su integridad, llegando a desaparecer. La *cautio* ampara al

---

explicaciones presentadas con el término *veluti*, como se ha referido ya. Sea como fuere, aun en el caso de aceptar la adulteración del texto, no estaríamos ante otra cosa que una doble ejemplificación a efectos de ilustrar la afirmación de Paulo, y nunca ante una alteración del pensamiento clásico. Estos *exempla*, como decimos, son los siguientes: 1) en el caso de los legados condicionales que el heredero decide satisfacer ignorando aún si realmente se terminarán debiendo y 2) en el supuesto de la sustitución pupilar: cabe la posibilidad de que en un testamento se imponga a un heredero pupilo la satisfacción de un *legatum* que no excede del *dodrans*, pero que esa cuantía sí se vea superada, al morir el pupilo, por la presencia de otros *legata* en las tablas de la sustitución. El legatario que recibe un legado íntegro de manos de un pupilo heredero ha de prestar siempre, pues, la *cautio quanto amplius*, en previsión de que otros legados contenidos en el testamento pupilar puedan lesionar la *quarta*. En cuanto a la posibilidad de una adulteración del fragmento, sobre la presencia de giros y expresiones que sugieren este tipo de alteraciones véanse F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 52; A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47 ss.

<sup>739</sup> Paulo apunta que había opiniones dispares entre los juristas romanos a propósito de si debía procederse a la prestación de la *cautio* cuando se pagaba con dinero o bienes de la herencia. D. 35,3,4,2 (Paul. 75 *ad ed.*): *Haec cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat vel rem tradat: si vero pecuniam hereditariam solvat vel rem tradat, quidam non putant cavendum, quia nec teneri potest eo nomine victus, cum non possideat vel dolo fecerit, quo minus possideat. hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpae nomine.*

heredero en este último caso, pues las palabras *quod amplius legatorum nomine ceperis, quam e lege Falcidia capere licebit* permiten esa posibilidad, tal y como refiere Ulpiano en D. 35,3,1,11 (Ulp. 79 *ad ed.*). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el deber de restitución del legatario de lo pagado de más por el heredero no existe cuando la cosa, ya en su poder, se perdió sin que mediase dolo por su parte, caso este en el que el pretor le auxilia concediéndole una *exceptio* frente a la reclamación del *heres* (D. 35,3,1,15 [Ulp. 79 *ad ed.*])<sup>740</sup>. La referencia a las actuaciones dolosas como elemento excluyente de lo anterior, que encontramos en D. 35,3,3 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*), se explica, naturalmente por el hecho de que ha de tenerse presente que la *cautio* compromete al legatario a actuar sin dolo –recuérdese D. 35,3,1 pr. (Ulp. 79 *ad ed.*)– de manera que su excepción puede verse, en estos casos, rechazada por una réplica a favor del heredero.

Hechas estas aclaraciones iniciales, debe referirse que, si el régimen de cálculo de la *quarta Falcidia* no está exento, como hemos visto, de una problemática amplia e intrincada, otro tanto ocurre, aunque como es lógico en menor medida, con lo que concierne a la prestación de la *cautio*. Los problemas de los que se hacen eco los compiladores son los que siguen:

1. Pluralidad de sujetos.

D. 35,3,4,1 (Paul. 75 *ad ed.*): *Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod eiusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitem competunt actiones et creditoribus et legatariis.*

D. 35,3,4,3 (Paul. 75 *ad ed.*): *Sed cum de nomine inter duos quaestio est, numquid non sit cavendum ei, qui hereditariam rem tradat, quia omnimodo unus liberatur: quemadmodum si aes alienum hereditarium solvatur? sed si petitor suam pecuniam solvet aut rem suam tradat, non habet unde retineat et ideo necessaria est ei cautio.*

El primer texto se refiere al caso en el que dos personas (por ejemplo, por tener el mismo nombre) reclaman para sí una herencia, supuesto este en el que nos dice Paulo que

---

<sup>740</sup> Esta excepción se concede incluso a pesar de que se haya prometido restituir el valor económico del legado, y no la cosa misma legada, conforme a D. 35,3,2 (Paul. 75 *ad ed.*). Los compiladores integran este brevísimo fragmento de Paulo interrumpiendo el discurso ulpiano, proveniente, como vemos del libro 79 *ad ed.*, con el objeto de aclararlo en este punto.

los legatarios y acreedores tendrán acción contra ambas: tanto contra el demandante como contra el poseedor de la herencia demandado. El fragmento se complementa, obviamente con el que reproducimos en segundo lugar y que dice que si dos personas del mismo nombre se disputan una herencia y una de ellas entrega algo procedente de la masa hereditaria, será preciso prestar la caución. El jurista apunta que si el demandante que pretende que se le adjudique la herencia paga algo con sus propios bienes precisará de que se le dé caución, habida cuenta de que no posee la herencia y no tiene de dónde retener nada<sup>741</sup>.

D. 35,3,1,3 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Marcellus ait: qui quadringenta in bonis habebat, inpuberem filium heredem instituit eique substituit Titium et Seium: nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio trecenta: utrum ducenta, inquit, praestabuntur an centum quinquaginta? nam trecenta nullo modo eum praestare. mihi videtur verius non amplius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus: secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda est, sed causa cognita.*

Un testador deja como único heredero de una herencia de cuatrocientos a un impúber, a quien no asigna ningún *legatum*. Este pupilo tiene dos herederos sustitutos: Ticio, a quien se le impone el pago de un legado de trescientos, y Seyo. Si se produce la sustitución, cada uno de los herederos sustitutos tendrá una cuota hereditaria de doscientos, y de ahí que Ticio no deba pagar íntegro el legado de trescientos. Ulpiano refiere que Marcelo consideraba que Seyo debía pagar los cien restantes, pues no puede pedirse a Ticio que pague por encima de aquello que recibe. En este caso, por tanto, la caución que debe prestar el legatario de restituir lo cobrado en exceso opera aquí a favor de los dos coherederos, previa cognición de causa (*secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio, sed omnibus heredibus interponenda est, sed causa cognita*). Puede emparentarse con facilidad el contenido de este fragmento con D. 35,2,32,2 (Maec. 9 *de fideic.*): supongamos que tenemos dos herederos instituidos a partes desiguales, cuyas cuotas se agotan íntegramente en legados, y de los cuales solo uno obtiene del legatario la prestación de la *cautio*. Meciano apunta que la acción nacida de esta última

---

<sup>741</sup> Nosotros ya hemos visto que el pago de alguna liberalidad testamentaria con bienes propios, ajenos a la masa hereditaria, es considerado como justificante para exigir la prestación de la caución (D. 35,3,4,2 [Paul. 75 *ad ed.*]).

solo podía beneficiar al heredero que la obtuvo y no al otro, pues las estipulaciones pretorias solo benefician a quien vence en el litigio. De estos textos queda claro, por tanto, que en caso de haber coherederos y ser precisa la prestación de la estipulación, esta debe darse separadamente para cada uno de ellos, pues la que uno consigue hacer valer no repercute en el otro.

## 2. Evicción de la herencia.

D. 35,3,3,6 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Si legatarius heredi, qui controversiam hereditatis patitur iam vel sperat, de restituendo legato sibi praestito caverit et evicta hereditas sit, sed negligentia vel dolo eius qui legatum praestitit, dicemus non committi stipulationem propter viri boni arbitrium, quod inest huic stipulationi.*

D. 35,3,3,7 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Item si ipse, qui praestitit legatum, ex alia causa sibi evicerit, ut puta quia invenitur sequenti testamento heres scriptus, in quo legatum iste legatarius non acceperat, dicemus committi stipulationem propter viri boni arbitrium.*

D. 35,3,3,9 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Quaesitum est, an saepius committatur. et placet etiam saepius eam committi, si per partes ablata est hereditas.*

En el primer fragmento tenemos a un heredero que se encuentra en una controversia que le hace perder la herencia por su propia actuación dolosa o negligente, lo cual, según Ulpiano, le impide pretender del legatario la restitución de lo recibido de más merced a la *cautio*. En el segundo, el jurista apunta que sí produce su efecto la estipulación cuando la evicción de la herencia se produce por otros motivos, como por ejemplo, cuando ese descubre un testamento posterior en el que aparece instituido el mismo *heres*, pero sin que pese sobre él el legado, ya pagado, que se le imponía en el testamento anterior. El tercer texto, de extensión más breve, se limita a informarnos de que si la herencia es objeto de evicción por partes, lógicamente puede incurrirse varias veces en la misma estipulación.

## 3. Legado de usufructo.

D. 35,3,9 (Maec. 12 *de fideic.*): *Si non in controversia sit proprietates, sed usus fructus (potest enim rei, cuius proprietates Titio legata est, usus fructus alii legari), tunc de eo restituendo non heredi, sed Titio caveri debeat. interdum et si ab herede*

*legetur usus fructus, Titio cavendum est: veluti si detracto usu fructu proprietas ei legetur, usus fructus Seio: quid enim attinebit hoc casu heredi caveri, ad quem emolumentum intercidentis usus fructus non sit spectandum? verum si usu fructu Seio legato proprietas Titio ita legetur, ut, cum ad Seium pertinere desierit, habeat proprietatem, tunc heredi caveri oportebit a fructuario, ab herede autem Titio, quia non sit certum usu fructu intercepto ad Titium proprietatem reversuram.*

Tenemos aquí un texto interesante sobre a quién procede prestar la caución, y en el que la respuesta no se antoja tan simple como *a priori* parece, señalando en todo caso al *heres*. Supongamos, pues, que el testador impone a su heredero que transmita a Ticio la nuda propiedad de una cosa y el derecho de usufructo sobre la misma a Seyo<sup>742</sup>. En este caso, la caución de restitución se dará no al *heres*, sino a Ticio. Ahora bien, imaginemos que el heredero sí es el nudo propietario mientras dura el derecho de usufructo de Seyo, y que el testador dispone que, vencido este, la cosa pase a propiedad de Ticio. En este supuesto, el *heres* es propietario de la cosa objeto de usufructo, y solo cuando este vence, deja de serlo a favor de Ticio. En este caso, el usufructuario Seyo prestará caución al heredero, y este a Ticio.

#### 4. Exclusiones de la *cautio*<sup>743</sup>.

D. 35,3,3,4 (Ulp. 79 *ad ed.*): *Quamvis autem omnes legatarii et fideicommissarii necesse habeant hac stipulatione cavere, tamen quibusdam remitti divi fratres rescripserunt, ut puta his, quibus minuta alimenta sunt relictas. Pompeiae enim Faustinae rescripserunt sic: 'non eandem causam esse decem aureorum, quos annuos tibi testamento Pompeiae Crispianae patronae tuae relictos proponis, atque fuit alimentorum et vestiarii libertis relictorum, quibus propterea cautionis onus remittendum existimavimus'.*

Ulpiano nos apunta que Marco Aurelio y Lucio Vero dispensaron a algunos legatarios y fideicomisarios del deber de prestar esta caución. El texto incluye un ejemplo,

---

<sup>742</sup> El *exemplum* pertenece tal vez a un comentarista prejustiniano. Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47.

<sup>743</sup> Sobre las exclusiones introducidas por la legislación imperial, de las que trataremos aquí, cfr. N. PALAZZOLO, *op. cit.* 149 ss.



de cuya autenticidad podría llegar a dudarse (*ut puta his, quibus minuta alimenta sunt relicta*), cual es el caso de que aquellos fuesen perceptores de pocos alimentos por parte del heredero. También Cómodo, según Calístrato (D. 35,3,6 [Call. 4 *de cogn.*])<sup>744</sup>, introdujo una dispensa en el ámbito de nuestra *cautio*: imaginemos que el legatario o fideicomisario no pueden prestarla y que por ello el heredero rechaza transmitirles lo que se les destinó en el testamento. En este caso, un rescripto de aquel emperador permitía la dispensa de la prestación de la caución. En este fragmento se reproduce su literalidad: *is, cuius de ea re notio est, aditus si compererit ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisfactionis tibi remitti curabit*. Así debía hacerlo el magistrado, señala Calístrato, cuando descubriese que el heredero exigía la *cautio* para hacer desistir al legatario o fideicomisario en su reclamación.

La última dispensa que consta en D. 35,3 fue introducida por los compiladores por medio de un texto de Paulo ubicado inmediatamente a continuación del anterior. En esta ocasión la medida proviene de Antonino Pío: tenemos aquí a un legatario que, por voluntad del testador, debe distribuir los legados anuales que percibe. Paulo señala que el emperador excluyó el deber de prestar la *cautio* –salvo que así se le hubiese ordenado– en relación con las partes que no llegara nadie a percibir (D. 35,3,7 [Paul. 7 *ad l. Iul. et Pap.*])<sup>745</sup>.

#### **4. Reducción de los legados.**

Prestada por el legatario, cuando es necesario, la *cautio ex lege Falcidia*, el heredero cuenta con garantías suficientes para ejercer pacíficamente su derecho a reducir

---

<sup>744</sup> *Cum non facile satisfactionem offerre legatarius vel fideicommissarius possit et futurum sit, ut propter hoc a petitione liberalitatis ex testamento submoveantur, numquid onus satisfactionis eis remittendum erit? quod videtur adiuvari rescripto divi Commodi in haec verba: 'is, cuius de ea re notio est, aditus si compererit ideo cautionem a te exigi, ut a fideicommissi petitione avertaris, onus satisfactionis tibi remitti curabit'.*

<sup>745</sup> *Divus Pius ab eo, qui annua legata praecipere ad distribuendum iussus erat, vetuit cautionem exigi cessantium partes reddi, nisi aperte cavere iussus esset.* Cfr. N. PALAZZOLO, *op. cit.* 149 s. El autor apunta que la razón por la que el emperador exime aquí de la prestación de la caución es el hecho de que el protagonista del supuesto no puede ser considerado ni tan siquiera como legatario.

los legados a efectos de retener la *quarta*. La percepción de esta última merced a la citada reducción no siempre resulta, sin embargo, sencilla, existiendo casos, de cuyo conocimiento disponemos gracias a algunos fragmentos compilados en D. 35,2, en los cuales dicha tarea se vuelve especialmente azarosa por razón del propio objeto del legado a reducir. Esos supuestos son los que siguen:

#### 1. Retención de la *quarta Falcidia* ante una pluralidad de legados.

D. 35,2,16 pr. y 1 (Scaev. 13 *quaest.*): [pr.] *Si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest etiam pro his, quae iam data sunt. [1] Sed et si una res sit legata, cuius pars soluta sit, ex reliquo potest plena falcidia retineri.*

Una pregunta básica que debemos hacernos ante la existencia de varios *legata* es la de si es realmente posible retener íntegramente la *Falcidia* de alguno de ellos aisladamente, en lugar de tener que reducirlos todos proporcionalmente. La respuesta a este interrogante parece ser afirmativa, como se desprende del texto que arriba reproducimos<sup>746</sup>: imaginemos que, en efecto, un heredero ha pagado ya varios de los muchos legados que se le impusieron sin reducirlos. Escévola señala que esto, como se ve, no puede ser óbice para que pueda retener la *quarta* del resto, contando con la *exceptio doli* frente a cualquier reclamación contraria por parte de los legatarios. Igualmente, si se

---

<sup>746</sup> De este modo le queda garantizada al heredero la obtención de la *quarta*. Para retenerla, como se ve, este no precisa de ejercitar ningún recurso procesal salvo en el supuesto de que el legatario disponga previamente de la integridad del legado a reducir, estando, además, protegido por la *exceptio doli* frente a la reclamación injustificada del *legatarius* que incurre en *pluris petitio* (D. 35,2,16 pr. [Scaev. 3 *quaest.*]; D. 36,1,22 [Pomp. 22 *ad Sab.*]). Lógicamente, la alegación ante el magistrado de la violación de la *Falcidia* y su demostración *apud iudicem* (D. 22,3,17 [Cel. 6 *dig.*]) no deben dar lugar falsamente a la creencia de que el *heres* debe accionar instrumentos procesales siempre que desee obtener el beneficio que le reporta la *lex*. Como bien señala Bonifacio frente al criterio de Schwarz, estas actuaciones tienen tan solo un carácter probatorio y se originan no en todo caso, sino más bien ante la contingencia de la plurispetición del legatario. Sobre este fragmento, cfr. F. SCHWARTZ, *War die «lex Falcidia»*, cit. 357. *Supra.* 206; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 20.

estableció un único legado y el heredero lo satisfizo solo parcialmente, puede retener la *quarta* íntegra de la cuantía restante<sup>747</sup>.

Un caso que merece aquí especial consideración es el del fideicomiso de manumitir a un esclavo. La jurisprudencia es favorable a la idea de que la *Falcidia* se detraiga, pese a lo anteriormente dicho, preferentemente de otros *legata*, a efectos de que la liberación se produzca.

D. 35,2,36,3 y 4 (Paul. 3 *de fideic.*): [3] *Si solus servus legatus et fideicommissa libertate donatus fuerit, licet Falcidia interveniente totus vindicari petive potest. sed et si aliud praeterea capiat legatarius, adhuc servus totus peti potest: quartam autem utriusque ex legato retinendam, ne impediatur libertas.* [4] *Si incertum sit, an libertas praestari debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit, numquid incerto eo an praestetur, cum possit aut servus mori aut condicio deficere, interim Falcidia admittenda est, deinde cum libertas competere vel deberi coeperit, tum legatarius illam partem recipiat, quam Falcidia detraxit? Caecilio placebat, si quid ex operis eius medio tempore consecutus fuerit heres, id in pretium eius erogare eum debere propter legis Falcidiae rationem.*

Tenemos, por tanto, a un legatario al que se le destina, junto con otros bienes, un esclavo, imponiéndosele por fideicomiso manumitirlo. Realizado el cómputo de los bienes hereditarios, resulta que el heredero debe reducir los legados a efectos de retener la *quarta Falcidia*. Que esto último es procedente resulta obvio, dada la presencia de otros legados, independientes de aquél del esclavo, a favor del mismo legatario. En este caso, como decimos, Paulo señala que debe imputarse íntegramente al legado de bienes o dinero la cantidad que debe retener el heredero, a efectos de que el esclavo pueda ser manumitido<sup>748</sup>. En el párrafo cuarto se plantea una situación diferente: imaginemos

---

<sup>747</sup> Habida cuenta de que D. 35,2,16,1 (Scaev. 13 *quaest.*) constituye un brevísimo texto que se posiciona inmediatamente después de otro mayor del mismo autor y libro, no puede descartarse la idea de que realmente pueda tratarse de un escolio explicativo que ya había terminado por atribuirse al propio Escévola para el tiempo de la compilación. En la misma línea de este fragmento encontramos también C. 6,50,6,2 (Alex. Sev. a. 223), donde la *Falcidia* recibe ya el nombre de «legítima», apuntándose que esta no se pierde por el mero hecho de que el heredero decida satisfacer voluntariamente un legado por completo.

<sup>748</sup> Una muestra de cómo la jurisprudencia busca asegurar en la medida de lo posible la materialización de la manumisión la encontramos claramente en lo dispuesto en D. 35,2,56,4 (Marcell. 22 *dig.*): *Stichum tibi,*

ahora que la manumisión del esclavo legado está sujeta a condición o término<sup>749</sup>. Ya sabemos que de no existir estos últimos y de no concurrir otros legados a favor del mismo legatario, no tendría el heredero derecho a reclamar la *quarta* evitando la manumisión. Sin embargo, la presencia de la condición o del término cambia forzosamente las cosas, pues tal vez el esclavo muera antes de alcanzar la libertad o se frustré la condición. En este supuesto, en el que se está a la espera de ver qué ocurre con el *statuliber*, ¿puede retener *a priori* el heredero la *quarta* de su valor? Ha de tenerse en cuenta que esto implicaría que, de producirse la manumisión finalmente, el heredero debería reembolsar al legatario lo retenido sobre la *aestimatio* del esclavo por causa de la *quarta*. De este modo, el legatario experimenta un perjuicio patrimonial de índole temporal, mientras dura la incertidumbre sobre la futura manumisión. Para compensar esta situación indeseable, Cecilio Africano opinaba, según nos transmite Paulo, que si el legatario recibía algo por causa del esclavo durante el tiempo en el que se está a la espera de su posible manumisión, debe compensarse con ello el valor del propio esclavo que se pierde por causa de la Falcidia: es decir, puesto que el legatario pagó anticipadamente al heredero la retención

---

*servo tuo decem legavit vel contra tibi decem, servo tuo stichum, libertatemque stichi fidei eius commisit. lex falcidia minuit legata: redimere ab herede partem debes, quemadmodum si tibi utrumque legasset.* Un testador establece aquí dos legados: por un lado, se transmite a un legatario la propiedad del esclavo Estico, imponiéndole también el fideicomiso de manumitirlo; por otro, se asignan diez a un esclavo de aquél mismo legatario (el supuesto funciona igualmente a la inversa, como el propio jurista señala: se transmiten diez al legatario, y a uno de sus esclavos se le asigna el legado de Estico). Supongamos ahora que el heredero precisa de reducir tanto el legado de dinero de diez como el del esclavo Estico a efectos de retener la *quarta*. No estamos, por tanto, ante un escenario en el que es posible retener esta última gracias a otros *legata*, como ocurría en D. 35,2,36,3 (Paul. 3 *de fideic.*): la percepción de la Falcidia imposibilita aquí, como se ve, la manumisión, en la medida en la que el *heres* debe retener forzosamente al menos parte del valor del esclavo para percibir la Falcidia. Así las cosas, el único modo de que se opere la *manumissio* y se cumpla la voluntad del testador es que el legatario gravado con el fideicomiso de manumitir compre al heredero la parte del valor del esclavo a cuya retención tiene derecho, procediendo luego a la liberación de aquél.

<sup>749</sup> La primera referencia en el fragmento a la condición y el término parecen, tal vez, añadidos explicativos al texto, que de entrada se refiere tan solo a la incertidumbre sobre si debe o no manumitir. No puede descartarse que estas palabras fuesen introducidas sobre el texto original por una mano anónima, del mismo modo que podría suceder con fragmentos que contienen igualmente ejemplos introducidos con la palabra *veluti*. Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47.

de la *quarta*, tiene derecho a compensar tal pérdida quedándose con los beneficios que le reporte el *statuliber* durante el plazo de expectativa de su libertad<sup>750</sup>.

## 2. Legados de objeto indivisible.

Paulo describe que las servidumbres legadas no pueden ser objeto de fraccionamiento, y de ahí que el heredero no pueda retener de ellas un porcentaje determinado, restando en lo demás en poder del legatario (D. 35,2,1,9 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*] = *Fr. Vat.* 68). Esta imposibilidad implica, naturalmente, que si el *heres* precisa de reducir un legado de servidumbre a efectos de retener la *quarta*, este cae por completo, pues se da aquí preferencia a su interés por encima de aquél del legatario.

Resulta interesante también, en este punto, que nos detengamos en lo dispuesto en D. 35,2,49,1 (Paul. 12 *ad Plaut.*), que, igualmente, señala que hay legados que se extinguen por causa de la retención del heredero:

D. 35,2,49,1 (Paul. 12 *ad Plaut.*): *Interdum evenit, ut propter rationem legis Falcidiae sequens legatum exstinguatur, veluti si fundus et ad eum via legata sit per alium fundum: nam si pars fundi remanserit in hereditate, non potest procedere viae legatum, quia per partem servitus adquiri non potest*<sup>751</sup>.

Paulo, o quizá una mano anónima posterior, como podría sugerir la literalidad del texto<sup>752</sup>, pone el ejemplo precisamente de la extinción de un legado de servidumbre: se lega un fundo junto con la servidumbre de paso a través de un predio ajeno para acceder al mismo. No hay duda de que esta última cae por causa de la Falcidia, pues las servidumbres, como decimos, tienen un carácter indivisible. En este caso, al reducir el valor del fundo legado a efectos de que el *heres* pueda retener la *quarta*, cae también por

---

<sup>750</sup> Véase también D. 35,2,37 pr. (Val. 6 *de fideic.*): *Eius servi aestimatio perinde ac statuliberi fieri debet*. Los compiladores insertan aquí este fragmento con fines obviamente aclaratorios. En casos de manumisión condicional o sujeta a término debe hacerse, en efecto, la *aestimatio* del valor del esclavo a efectos de que el heredero pueda percibir de él lo que le corresponda por la Falcidia. Sobre una posible interpolación de D. 35,2,36,3 y 4 (Paul. 3 *de fideic.*), cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 58.

<sup>751</sup> El fragmento fue insertado por los compiladores inmediatamente detrás del ya estudiado D. 35,2,49 pr. (Paul. 12 *ad Plaut.*), también sobre servidumbres.

<sup>752</sup> Cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 47.

completo el legado de la servidumbre como consecuencia del carácter indivisible de esta. La solución de Paulo se antoja radical a Bonifacio, que refiere el siguiente ejemplo: si legamos un fundo dominante que vale trescientos con una servidumbre de veinticinco a favor de un fundo sirviente de cien, la servidumbre de veinticinco desaparecerá y el legado de trescientos se reducirá. De este modo, para Bonifacio, legar el fundo con la servidumbre arroja la consecuencia de que el legatario termina percibiendo menos de lo que adquiriría de legársele simplemente el fundo de trescientos, libre de servidumbres. En suma, según el planteamiento de Bonifacio, el texto de Paulo sería incomprensiblemente radical en su solución e introduciría un perjuicio irracional al legatario. Realmente Bonifacio malinterpreta el texto de Paulo, que dice tan solo que la reducción del legado del fundo acarrea la desaparición de la servidumbre que a él va aparejada, al no poder ser esta objeto de fraccionamiento. El error de interpretación del autor estriba en entender que el jurista escribe a propósito del supuesto en el que para obtener la *quarta* el heredero tan solo precise de extinguir la servidumbre, que valorada en veinticinco, grava a su fundo. Bonifacio dice que, según el criterio de Paulo, no sería posible forzar aquí la caída de la servidumbre dejando intacto el fundo de trescientos, sino que además habría que reducir también este, lucrándose de más el heredero. El autor yerra, por tanto, al ver equivocadamente algo que, sencillamente, no está en el texto de Paulo, y si hiciésemos el absurdo de aplicar la solución de este jurista a ese supuesto llegaríamos, en efecto, a un resultado injusto. De ahí que para Bonifacio el texto de Paulo sea incomprensiblemente radical en su solución al introducir, aparentemente, un irracional perjuicio al legatario. Cabe preguntarse, lógicamente, cuál es la causa de la confusión de Bonifacio. Se trata del siguiente texto de Escévola:

D. 35,2,23 (Scaev. 15 *quaest.*): *Si fundus mihi legetur et via, in Falcidiae ratione, si tantum sit in via, quantum amplius est in Falcidia, integer fundus capiatur et via perit. sed si via legetur nec solvendo sit hereditas, non debetur. videndum etiam, si fundo et via legato minus ex utroque desideret quam sit viae pretium. potest coacta ratione dici non tantum fundum solidum capi, sed etiam, ut doli exceptio tantum sarciat, quantum deest, ne plus habeat, quam Falcidia desiderat: ut tunc solum via intercidat, quotiens plus Falcidia desiderat quam est viae pretium.*

Este fragmento sí trata expresamente, como se ve, de la cuestión de que el heredero tan solo necesite extinguir el legado de servidumbre para obtener la *quarta*.

Puesto que se trata de un supuesto diferente del contemplado por Paulo, la solución es lógicamente distinta –no hay, literalmente, *ius controversum* entre ambos juristas–: se extingue el legado de la servidumbre y se respeta íntegro el del fundo. Dicho de otro modo: Bonifacio aplica equivocadamente el supuesto de hecho del texto de Escévola al de Paulo, cuando este último es bien distinto y por completo compatible. Cuanto expone Escévola a continuación puede exponerse de manera clara a través de un ejemplo: partimos nuevamente del supuesto en el que se legan un fundo valorado en trescientos y una servidumbre por valor de veinticinco. El heredero, para alcanzar la *quarta*, debe reducir estos dos legados en menos cantidad de lo que vale la servidumbre (digamos que quince). En este caso, el legatario adquiere íntegros los dos legados, si bien el *heres* podrá oponer contra él la *exceptio doli* a efectos de que le indemnice por lo que no se redujo. Ni que decir tiene que la referencia a la excepción lleva a Bonifacio a hablar de interpolación del fragmento. En su confusión, mezclando premisas diferentes, el autor concluye que la opinión de Escévola sería la de que las servidumbres debían reducirse primeramente, procediéndose posteriormente a la reducción del fundo, también legado, solo en el caso de que aún no se le haya satisfecho la *quarta* al heredero. Cuanto hay en el fragmento que no es esto (la referencia al legado de servidumbre que se mantiene y a la excepción de dolo a efectos de que se restituya la *aestimatio* al heredero) se le hace tan incomprensible, lógicamente, que lo rechaza acusándolo de interpolación. Naturalmente, que este autor acuse de inasumible lo escrito por Paulo y de interpolado a Escévola es directamente insostenible por cuanto una y otra opinión se deben íntegramente a una errónea interpretación de ambos textos.

Como se ve, en el caso del legado de cosa indivisible, como las servidumbres, efectuado en perjuicio de la *quarta*, la solución que aparece en las fuentes comentadas es lógica y armoniza a la perfección con cuanto hemos tenido oportunidad de exponer: mientras que para el régimen del *ius civile* las servidumbres deben extinguirse o restar por completo, sin reducción posible, el pretor observa ingeniosamente tan solo su estimación económica –¡no en la servidumbre en sí misma!–, permitiendo entonces que aquello que se legó se mantenga vigente y que el *heres* perciba la *quarta*, para lo cual dispone de una *exceptio doli* (D. 35,2,16 pr. [Scaev. 3 *quaest.*]<sup>753</sup>).

---

<sup>753</sup> P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 119.

D. 35,2,7 (Pap. 7 *quaest.*): *Lege Falcidia interveniente legata servitus, quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur aestimatio.*

En la misma línea con lo que acabamos de exponer, Papiniano refiere igualmente que la servidumbre, en efecto, no es divisible, y de ahí que de cara a la Falcidia no se pueda reducir para que el heredero retenga una parte. La información novedosa que nos aporta este fragmento respecto del que antes referíamos radica en la referencia al hecho de que, si la reducción es necesaria, la servidumbre solo puede legarse si el legatario ofrece al heredero el pago de la *aestimatio* del importe que debe retener. Es necesario, pues, valorar económicamente la servidumbre con vistas a que el *heres* pueda retener la fracción de la que precise para hacerse con la *quarta*<sup>754</sup>.

D. 35,2,23 (Scaev. 15 *quaest.*): *Si fundus mihi legetur et via, in Falcidia ratione, si tantum sit in via, quantum amplius est in Falcidia, integer fundus capietur et*

---

<sup>754</sup> Lo referido por Papiniano encaja con lo que apunta Gayo en D. 35,2,80,1 (Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*): *Quaedam legata divisionem non recipiunt, ut ecce legatum viae itineris actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere. sed et si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum: neque enim ullum balineum aut ullum theatrum aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dedit: quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.* El texto dice que existen legados indivisibles, como los de servidumbre (Gayo menciona expresamente a las de paso) o las de erección de una obra pública, pues carece de cualquier sentido dejar inconclusa una edificación (el jurista pone como ejemplo a unas termas, un teatro o un estadio) por causa de la detracción que ha de efectuar el heredero para retener la *quarta*. Si hay varios coherederos, todos deben satisfacer, por tanto, estos legados por entero, y para que no haya lesión de la ley Falcidia, podrán pedir al legatario que les entregue la estimación económica de aquello a cuya retención tienen derecho. En caso de negativa por parte del legatario, el heredero puede oponer la *exceptio doli* frente a la reclamación que aquél haga del legado, pues esta lesionará el derecho del *heres* a la *quarta*. En relación con la mención de la servidumbre de paso por parte de Gayo, puede quizá dudarse de la autenticidad del *exemplum*, introducido con *ut ecce*. Sea como fuere, su ánimo es meramente ilustrativo y en nada altera su omisión al fondo de la cuestión. Sobre este particular, cfr. A. D'ORS, *Presupuestos críticos*, cit. 48. En relación con este fragmento, que se relaciona con D. 44,4,5,1 (Paul. 71 *ad ed.*), donde Paulo, que reproduce la opinión de Marcelo, nos informa claramente de que en caso de que el legatario de una servidumbre se niegue a ofrecer al heredero la *aestimatio* de la *quarta* y la reclame por entero, podrá el *heres* oponer la excepción de dolo. Cfr. M. CARMEN GÓMEZ BUENDÍA, *op. cit.* 159 ss.



*via perit. sed si via legetur nec solvendo sit hereditas, non debetur. videndum etiam, si fundo et via legato minus ex utroque desideret quam sit viae pretium. potest coacta ratione dici non tantum fundum solidum capi, sed etiam, ut doli exceptio tantum sarciat, quantum deest, ne plus habeat, quam Falcidia desiderat: ut tunc solum via intercidat, quotiens plus Falcidia desiderat quam est viae pretium.*

Escévola estudia aquí el problema que entraña el legado de una servidumbre de *via* que, como bien sabemos, se extingue, en principio, salvo que el legatario ofrezca al *heres* la *aestimatio* de lo que le corresponde. Sobre este último aspecto, Biondi<sup>755</sup> señala, como sabemos ya, que la caída de las servidumbres constituiría el supuesto clásico en el marco del *ius civile*, y que lo grave de tal escenario habría asentado la práctica de que el *heres* pudiese reclamar del *legatarius* el valor de aquello que, siendo indivisible, le fue legado. Habida cuenta, por tanto, de la indivisibilidad de la servidumbre, las únicas soluciones a efectos de que el heredero perciba la Falcidia son, como decimos, las de bien hacer caer el legado en su integridad, bien mantenerlo, pero imponiendo al legatario el pago de su estimación económica al heredero. ¿Cuándo debe optarse por uno u otro criterio? Para dar respuesta a esta pregunta debemos distinguir dos escenarios posibles: que el importe de lo que debe retener el *heres* coincida exactamente con el valor en el que se tasa la servidumbre legada, o que no lo haga. En el primero de estos supuestos:

- Si tan solo se legó la servidumbre, esta cae por completo, por lo que el heredero no deberá cumplir legado alguno y retendrá así la *quarta*.
- Si la servidumbre se legó junto con el fundo dominante, la solución viene a ser la misma: cae el legado de la servidumbre, lo cual basta para que el *heres* perciba la *quarta*, y se mantendrá, por lo demás, el legado del fundo.

En el supuesto de que el heredero deba retener una cantidad inferior a la del valor de la servidumbre, Escévola se muestra partidario de mantener el legado de esta, haciendo que el legatario pague entonces al heredero lo que le falte para alcanzar la *quarta*.

El *legatum* de servidumbre no es el único, en cualquier caso, en el que la *retentio* del *heres* requiere de especiales consideraciones por el carácter indivisible de aquello que

---

<sup>755</sup> B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 393 s.; Véanse igualmente G. GROSSO, *Il legato*, cit. 357; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 116. Sobre el legado de servidumbre, V. MANNINO, *Cervidio Scevola*, cit. 130 ss.

se transmite. Un supuesto especialmente interesante, sobre el que escribe el propio Escévola, se refiere a aquel legado que se encuentra ya en poder del legatario al tiempo de la muerte del *de cuius*:

D. 35,2,26 pr. y 1 (Scaev. 5 *resp.*): [pr.] *Lineam margaritorum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore: quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. respondit posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere. [1] Quaesitum est, an pretium statuarum Falcidiam pati debeat. respondit debere.*

Se lega, dice el jurista, un collar de treinta y cinco perlas en un testamento, y resulta que el legatario se halla ya en posesión del mismo al tiempo de la muerte del causante. ¿Puede recuperarlo, pues, el heredero para retener la *quarta*? La respuesta de Escévola es positiva<sup>756</sup>: el *heres* puede pedir, efectivamente, su restitución (para ello cuenta con la *reivindicatio* –*posse vindicare partem in ea linea*– y más adelante, como es sabido, con el *interdictum quod legatorum*<sup>757</sup>) tanto íntegra como parcial, esto último para el caso en el que tan sólo bastase con retener parte para cubrir la *quarta*. Bonifacio, como vimos ya<sup>758</sup>, acusa de interpolación a la parte final del texto, en el sentido de que, si bien puede referirse al interdicto *quod legatorum*, este no debió introducirse como herramienta para la protección del heredero antes de época tardía<sup>759</sup>. Que el autor afirme, amparándose

---

<sup>756</sup> La segunda parte del fragmento aborda el supuesto en el que se legan unas estatuas y el *heres* recibe menos del *quadrans*, y de ahí que deban reducirse los *legata*. En este caso, naturalmente, carece de lógica exigir la fragmentación de las estatuas, y de la consideración de este *legatum* como indivisible, se deriva que el legatario que las recibe deberá pagar al heredero el importe necesario para que este pueda obtener el beneficio de la Falcidia.

<sup>757</sup> El ejercicio del interdicto con vistas a la retención de la *quarta Falcidia* se encuentra expresamente referido en C. 8,3 (Dioclet. et Max. a. 293).

<sup>758</sup> *Supra*. 222 ss.

<sup>759</sup> Cuyacio pretendía que fue Justiniano quien, en una constitución (C. 6,50,18 [Iust. a. 531], concedió al heredero el derecho a ejercitar la *rei vindicatio* de la *quarta* cuando esta se encontrase de antemano en poder del legatario. Ferrini considera que esto probaría que D. 35,2,26 pr. (Scaev. 5 *resp.*) se encuentra interpolado. Para Bonifacio, que defiende la autenticidad del texto de Escévola solo en lo que atañe, precisamente, al ejercicio de esta acción, la constitución justiniana se cimentaría sobre un régimen ya

en D. 43,3,1,5 (Ulp. 67 *ad ed.*), que el uso de esta herramienta procesal se permitiría a efectos de la recuperación de la *quarta* en las *donationes mortis causa* y no así en lo que concierne a los legados resulta, desde luego, sorprendente, por cuanto él mismo, que no critica interpolaciones del texto ulpiano, no advierte que el sentido del texto es literalmente el contrario a su interpretación<sup>760</sup>. El fragmento refiere que cuando el donatario tuviese en su poder la integridad de lo donado, la *quarta Falcidia* pertenecerá al heredero, que no tendrá necesidad de usar el interdicto (*utique cessabit interdictum*) ni aun cuando el donatario tuviese la posesión corporal de toda la cosa. Es decir, Ulpiano nos informa de que el *bonorum possessor* –no el heredero civil en época clásica– dispone, ya lo sabemos, del *interdictum quod legatorum* para recuperar la posesión de los bienes hereditarios en poder del donatario sin su permiso, pero que su uso, y esto es lo interesante, es innecesario cuando el donatario dispone de la integridad de lo donado en perjuicio de la Falcidia, pues la atribución de lo excedente del *dodrans* es nula *ipso iure*. La consecuencia de ello es, entonces, clara: la acusación que realiza Bonifacio de interpolación de D. 35,2,26 pr. (Scaev. 5 *resp.*), argumentando que la única solución con la que debería contar el heredero a efectos de recuperar la *quarta* era la *rei vindicatio partis*, y no así la asignación del valor económico de lo recibido de más por el legatario por la vía del interdicto es innecesaria, ya que para negar la pertinencia del uso de este instrumento en materia de legados no es necesario hablar de adulteraciones en el texto de Escévola, habida cuenta de que, como acabamos de ver, ya el de Ulpiano refiere lo innecesario de su utilización en un caso perfectamente análogo: tanto da, en efecto, que hablemos aquí de donatario o de legatario, sobre todo cuando el régimen de la Falcidia se extendió al ámbito de las *donationes mortis causa* merced a una constitución de Septimio Severo (D. 24,1,32 [Ulp. 33 *ad Sab.*]; D. 35,3,1,10 pr. [Ulp. 79 *ad ed.*]; D. 31,77,2 [Pap. 8 *resp.*]; D. 31,77,6 [Pap. 8 *resp.*]; D. 43,3,1,5 [Ulp. 67 *ad ed.*]; C. 6,50,5 [Alex. Sev. a. 223]; C. 8,56,2 [Gord. a. 239]<sup>761</sup>.

---

previamente existente en derecho clásico. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 516 n.2. Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 33 s.; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 119.

<sup>760</sup> *Supra.* 222 ss.

<sup>761</sup> Cfr. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 28; P. VOICI, *Diritto ereditario romano. Volume primo*, cit. 124; P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 755 n.5; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 24. Sobre las *donationes mortis causa*, véanse M. AMELOTTI, *La «donatio mortis causa» in Diritto romano* (Milano 1953); C. TORT-MARTORELL LLABRÉS, *La*

El sistema, por tanto, es el siguiente: cuando el legatario disponga ya de antemano de aquello que deba ser reducido en beneficio del heredero –o cuando se intuya que tal cosa pudiera ocurrir, en el caso del legado bajo condición– el *heres* deberá imponerle la prestación de la *cautio ex lege Falcidia*, que le garantiza la obtención de la *quarta* (D. 35,2,31 [Pomp. 2 *fideic.*])<sup>762</sup>. En caso de que no se hubiese prestado la caución y el legatario retuviese el total de la cosa legada, se concede al heredero en derecho justinianeo la *condictio incerti* (D. 4,4,16,2 [Ulp. 11 *ad ed.*]; D. 12,6,39 [Marc. 8 *inst.*]; D. 35,3,3,10

---

*revocación de la donatio mortis causa en el Derecho romano clásico* (Madrid 2003); F. NASTI, *op. cit.* 114.

<sup>762</sup> La repetición se admite respecto del fideicomiso particular –no universal, pues en este caso es más improbable el error del heredero: si ha de restituir íntegra la herencia es consciente, evidentemente, de que nada va a quedarle– pagado en perjuicio de la *quarta* y no del legado (Gai. 2,282-283), equiparándose ambos escenarios en derecho justinianeo. B. BIONDI, *Sucesión*, *cit.* 392 n.310; F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, *cit.* 68 ss. Para Bonifacio, «la irrepitibilità del legato parzialmente indebito per effetto della Falcidia è una regola tanto strettamente connessa alla natura del legato p. d. (in quanto conseguenza diretta del principio della litiscrescenza) [...]». D. 36,1,62 (Paul. 11 *quaest.*): *Patronus ex debita portione heres institutus sextam partem restituere rogatus restituit: non transeunt ex Trebelliano actiones, quoniam non fuit debitum quod restituit, et ideo si per errorem fecit, etiam repetetur*. D. 35,2,31 (Pomp. 2 *fideic.*): *Is cui fideicommissum solvitur sicut is cui legatum est satisdare debet, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam ei licuerit, reddi: veluti cum propter condicionem aliorum fideicommissorum vel legatorum legis Falcidiae causa pendeat. sed et secundum Cassii et veterum opinionem, si a pupillo fideicommissa capiuntur, propter ea, quae a substituto erunt relicta, cavere debet is cui solvatur. nam quamvis repetitio sit eorum, quae fideicommissi nomine non debita solventur, tamen satisdato cautum debet esse ei, a quo pecunia proficisceretur, ne damnum sentiat deficiente eo, cui solutum erit*. El error, como se ve, no es causa de repetición, de manera que el pago indebido del fideicomiso es irrepitible, si bien consintieron en ello Antonino Caracalla y Severo, a juzgar por el siguiente texto de Marciano: D. 12,6,39 (Marc. 8 *inst.*): *Si quis, cum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt*. Véanse también D. 5,2,21,1 (Paul. 3 *resp.*) y C. 4,5,7 (Diocl. et Max. a. 293), así como D. 24,1,5,15 (Ulp. 32 *ad Sab.*), que Bonifacio considera interpolados, junto con D. 36,1,62 (Paul. 11 *quaest.*). Bonifacio entiende que la *solutio indebiti* se descarta precisamente por el interés en cumplir la *voluntas testatoris*, como se desprende, a su juicio, de C. 6,50,1 (Sev. et Antonin. a. 197). Sobre la irrepitibilidad del fideicomiso universal, D. 42,8,19 (Pap. 11 *resp.*) y D. 42,8,20 (Callist. 2 *quaest.*). *Ibid.* 75 ss. Puesto que la *voluntas testatoris* es que el heredero sea un mero transmisor de la *hereditas* al fideicomisario, la jurisprudencia niega al primero la posibilidad de repetición cuando se hubiese cumplido ya lo dispuesto en el testamento. En este sentido, el autor realiza una exégesis de D. 36,1,22 (Pomp. 22 *ad Sab.*). Véase igualmente C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, *cit.* 423.

[Ulp. 79 *ad ed.*]; D. 36,1,22 [Pomp. 22 *ad Sab.*]<sup>763</sup>. Instrumentos para la defensa del derecho del heredero son, como hemos visto, la *rei vindicatio* y la *rei vindicatio partis* (D. 35,2,26 pr. [Scaev. 5 *resp.*])<sup>764</sup> así como posiblemente el *interdictum quod legatorum* y la *condictio indebiti* (D. 22,6,9,5 [Paul. *sing. de iuris et facti ign.*]), siempre que no haya mediado error de derecho y se trate de un legado *per vindicationem*. En el supuesto de que el *heres* no estableciese la caución y recuperara el exceso mediante estos mecanismos, operará lo dispuesto en D. 36,1,22 (Pomp. 22 *ad Sab.*), que permite de todas formas el ejercicio de la *exceptio doli* frente al *legatarius* que le demanda por la privación de lo que se le legó (la propia literalidad del fragmento califica de «agente», esto es, de demandante, al legatario).

### 3. Legados con prestaciones alternativas.

D. 35,2,1,8 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*): *Item si ita legatum sit: 'heres meus Seio penum dato: si non dederit, decem dato', quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi nec in Falcidiam imputare id heredem posse. ego autem didici, si in continenti heres penum solverit, videri hoc legatum esse et in legem Falcidiam imputari posse: et quod dixi 'in continenti' ita accipiendum cum aliquo spatio. quod si iam mora facta solverit heres penum, tunc nec legatum eum accepisse nec in Falcidiam imputari posse: iam enim transfusum legatum esse et decem deberi. idemque erit et si ab initio ita legatum datum sit: 'si penum non dederit, decem dato', quia hic penus non est legata et penus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati condicio.*

Paulo refiere qué ocurre cuando el testador impone al heredero la satisfacción de un legado con prestaciones alternativas. El jurista se explica aquí por medio de un ejemplo: *heres meus Seio penum dato: si non dederit, decem dato*. El testamento establece que el *heres* debe dar unas provisiones a Seyo, y que de no hacerlo, habrá de pagarle diez.

---

<sup>763</sup> P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo, cit.* 788.

<sup>764</sup> Salomón afirma, a propósito de D. 6,1,76,1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) que «este último texto menciona la posibilidad de interponer la reivindicación de parte incierta cuando la detracción de la cuarta es también incierta». L. SALOMÓN, *Sine vitio, cit.* 195.

Paulo refiere la existencia de juristas que entendían que nos encontramos aquí ante un legado condicional consistente el pago de una suma de dinero, supeditado a la falta de entrega de las provisiones. De ahí que para estos juristas el heredero que las transmite al legatario para evitar pagar los diez no pueda retener la *quarta* respecto del importe de las provisiones que supere el *dodrans*, pues solo el pago dinerario adquiere la condición de verdadero legado. Este criterio, con el que Paulo se muestra discrepante, se antoja desde luego confuso en la medida en la que implica asumir que el pago de las provisiones impuesto al heredero a favor de Seyo no es un legado y no es susceptible, por tanto, de reducción –de considerarse fideicomiso, más adelante el heredero podría retener, en cualquier caso, la *quarta Pegasiana*, pero esta eventualidad no estaba prevista, lógicamente, en la *lex Falcidia*, que tan solo se refería a los legados–. Paulo, por tanto, se manifiesta partidario de que el *heres* pueda efectuar la retención sobre el exceso de las provisiones, siempre y cuando no las transmita después de haber incurrido en mora: en ese caso, lógicamente, no tendría sentido efectuar una retención calculada sobre el montante de las mismas al haber cambiado ya de naturaleza el legado y deberse la cantidad económica señalada en el testamento. Ateniéndonos a la opinión defendida por Paulo y recogida por los compiladores, la solución al supuesto sería la siguiente: si el heredero paga a Seyo las provisiones con prontitud y estas lesionan su derecho a la *quarta*, puede reducirlas. Si no las paga o lo hace fuera del plazo establecido por el testador, el verdadero legado será el de pagar diez, de manera que sobre ese montante deberá efectuarse la retención de la *quarta*, en caso de resultar excesivo.

4. Retención de la Falcidia cuando existen *legata* dejados a un esclavo, a su vez legado.

D. 35,2,49 pr. (Paul. 12 *ad Plaut.*): *Plautius. servo, quem tibi legaveram, fundum legavi. Atilicinus Nerva Sabinus primum in servo rationem legis Falcidia habendam et quota pars ex eo decederet, eam partem in fundo legato inutilem futuram, deinde ex reliquis partibus fundi legis Falcidia portionem decessuram, sicut ex omnibus legatis. Cassius, quod servo pars lege Falcidia decedat, incipere servum fieri communem heredis et legatarii, communi autem servo cum legatum sit, totum pertinere ad socium, quia in eam personam legatum consistere possit: qua ratione semel ex fundo partem legis Falcidia decessuram. Paulus. Cassii*

*sententia utimur: nam et divus pius rescripsit servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere*<sup>765</sup>.

Tenemos aquí el caso de un esclavo legado, al que a su vez se lega un fundo. Puesto que no se establece el fideicomiso de manumitirle, la propiedad de este recae, lógicamente, sobre el legatario del esclavo, que por medio de este viene a adquirir, a su vez, el fundo. Supongamos ahora que es preciso someter a reducción los *legata* por resultar excesivos a efectos de la Falcidia. Paulo nos informa, a través de Plaucio, que Atilicino, Nerva y Sabino eran del parecer de que, primeramente, debía someterse a reducción el legado del esclavo. La realización de esto último implica, como resulta lógico, la invalidez de la parte proporcional del fundo que se legó. Llegados a este punto, en el que el *heres* ha reducido el *legatum* del esclavo y con ello se ha hecho copropietario del fundo, puede este someter el resto del legado del fundo a reducción a efectos de recibir la *quarta*. Según apunta Paulo, esta solución al problema, sin ser complicada, distó de generalizarse, pues el criterio dominante, que tuvo su origen en Casio Longino y se vio posteriormente confirmado por una constitución de Antonino Pío, fue otro bien diferente: la reducción del legado del esclavo por parte del *heres* implica no que este reciba una fracción de su valor, sino más bien que se haga copropietario del mismo, y cuando se lega un esclavo común, este se entrega siempre al legatario que no es heredero. Esto implica que la Falcidia solo puede deducirse una vez, y del legado del fundo. Paulo señala, trascendiendo en ello a las argumentaciones de Plaucio que nos transmite, que la solución casiana fue oficializada en cierto modo, como decimos, desde un rescripto de Antonino Pío en el que establecía que el fideicomiso en el que se transmitía la propiedad conjunta de un esclavo debía asignarse por entero al otro condómino (*Paulus. Cassii sententia utimur: nam et divus Pius rescripsit servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere*).

##### 5. Retención de la *quarta* sobre prelegados.

D. 35,2,86 (Iul. 40 dig.): *Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem retenta quarta parte*

---

<sup>765</sup> Bonifacio, partidario de la teoría de la reducción automática de los legados por el derecho de *retentio* del heredero y el consiguiente carácter de *lex perfecta* de la ley Falcidia, utiliza este texto para defender sus argumentaciones. Cfr. F. BONIFACIO, *Richerche sulla lex Falcidia*, cit. 15.

*Secundae et Proculae restituat: eadem fratri quaedam praedia praelegavit: quaero, an Titius ea quae praelegata sunt etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est, restituere an integra retinere debeat. respondi Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum. sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur*<sup>766</sup>.

En el testamento de Ticia encontramos las siguientes disposiciones:

- Institución de su hermano Ticio como heredero de la tercera parte de la herencia. Estamos, pues, ante la presencia de un *heres ex re certa*, en quiebra del principio de universalidad propio de la condición de heredero.
- Prelegados de varios fundos a favor de Ticio, por ejemplo, por valor de treinta.
- Fideicomiso impuesto a Ticio de que, una vez que haya retenido la cuarta parte de cuanto recibió (incluyendo el valor proporcional de los predios prelegados), restituya todo lo restante a Secunda y a Prócula.

¿Qué ocurrirá con los fundos que le fueron prelegados a Ticio?; ¿debe este restituirlos por completo a las fideicomisarias o puede retenerlos? Juliano apunta que debe retenerlos por completo, si bien ha de imputar a la *quarta* la duodécima parte de su valor, pues hay que recordar que hay una tercera porción de ellos en los que no los recibe como heredero, sino como prelegatario: como *heres* tan solo recibe finalmente, en efecto, la cuarta parte de los predios, pues es la voluntad de la testadora que retenga como tal tan solo el valor del *quadrans*, restituyendo el resto a Secunda y a Prócula. Así las cosas, al retener íntegros los predios conforme a la voluntad de Juliano, nos encontramos con que el heredero recibe, en este caso, tres cuartas partes de los mismos como prelegatario. Se imputará a la Falcidia, pues, la cuarta parte de esa tercera porción, esto es, la duodécima parte. ¿Y si la testadora no hubiese dispuesto que se dedujera la cuarta parte de los fundos a favor del heredero? En ese caso, se imputará a la ley Falcidia la tercera parte que se corresponde con la cuota hereditaria asignada a Ticio.

---

<sup>766</sup> Para una exégesis de este fragmento, véase C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 494 ss.



6. Pago de los legados y retención de la Falcidia cuando ambas cosas dependen del cobro de una deuda condonada.

D. 35,2,82 (Ulp. 8 disp.): *Quaerebatur, cum is qui solum in nomine quadringenta in bonis habebat ipsi debitori liberationem, Seio autem quadringenta legaverit, si debitor vel solvendo non sit vel centum facere possit, quantum quisque habeat interventu legis Falcidiae. dicebam legem Falcidiam ex eo quod refici ex hereditate potest quartam heredi tribuere, residuum dodrantem inter legatarios distribuere. quare cum nomen minus solvendo est in hereditate, eius quod exigi potest pro rata fit distributio, residui venditio facienda est, ut id demum in hereditate computetur, quanti nomen distrahi potest. sed cum debitori liberatio relinquitur, ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet, dives est: quippe si ei mortis causa accepto feratur id quod debet, quadringenta cepisse videbitur, licet nihil facere possit: sensisse enim liberationem plenam videtur, quamvis nihil facere possit. si soli ei liberatio relicta est, et ideo Falcidia interveniente trecenta accepto illi ferri debent, residua centum durabunt in obligationem et si quidem facere posse coeperit, exigentur ab eo dumtaxat usque ad centum. idemque erit dicendum, et si mortis causa accepto ei quadringenta ferantur. unde eleganter dicitur acceptilationem in pendenti fore, ut, si quidem mortis tempore quadringenta tota inveniantur, in trecenta valeat acceptilatio: si vero praeterea aliquid inveniatur, quod quadrantem suppleat heredi, in quadringenta acceptilatio proficiet. quod si debitor iste quadringentorum dumtaxat centum facere potest, quia sibi solvendo est, necesse habebit centum refundere. cum igitur debitor sibi solvendo sit, eveniet, ut, si herede aliquo instituto ipsi debitori liberatio et alii quadringenta legata sint, si quidem solvendo sit debitor, centum quinquaginta ex trecentis retineat, alia centum quinquaginta legatario praestentur, heres centum habeat: sin vero centum tantum facere possit, heredi ex refecto quarta servanda est: sic fiet, ut centum, quae praestari possunt, in quattuor partes dividantur, tres partes ferant legatarii, heres viginti quinque habeat, debitor, qui solvendo non est, secum centum quinquaginta compenset. de residuis centum quinquaginta, quae exigi non possunt, venditio fiet nominis idque, quasi solum in bonis fuerit, repraesentatur. quod si nihil facere debitor potest, aequè in centum quinquaginta accepto liberandus est: de residuo venditionem nominis faciendam neratius ait, quod et nos probamus.*

Este fragmento, que plantea el problema de cómo retener la *quarta Falcidia* y pagar los legados cuando una y otra cosa dependen del cobro de una deuda condonada, es uno de los más complicados de D. 35,2. Un ciudadano muere siendo acreedor de cuatrocientos, y sin ninguna otra cosa en su patrimonio al margen de ese crédito a favor. A su heredero le impone el legado de pagar a Seyo precisamente la suma de cuatrocientos, ocurriendo que el deudor del que debe cobrarse o es insolvente o solo puede satisfacer cien. Este es el escenario sobre el que hemos de trabajar. En estos casos, es preciso repartir esos cien proporcionalmente (corresponden, pues veinticinco al heredero), y se considerará como el activo hereditario el importe por el que pueda encontrarse un comprador para el crédito abierto contra el deudor. Una vez que tenemos en mente esta realidad lógica y de sencilla comprensión, fundada en la idea de que el *heres* ha de retener la cuarta parte de lo que pueda cobrarse, hemos de enfrentarnos al problema de que, en el mismo supuesto, el testador, además de disponer del legado de cuatrocientos a favor de Seyo, condone la deuda, convirtiendo a la suya en una *hereditas damnosa*, carente por completo de activo. En este supuesto, y por mucho que el deudor sea insolvente, se considera que este se paga a sí mismo al liberarse del crédito –aunque no los tenga, se entiende que ingresa a su propio favor cuatrocientos, lucrándose con la cancelación del crédito–, de manera que, interviniendo la Falcidia (no perdamos de vista que al heredero se le impone el legado de prestar su aceptilación al deudor, no siendo distinta la situación de aquella en la que el *heres* tiene que entregarle cuatrocientos), se reconocen como pagados trescientos y se siguen debiendo al *heres* cien, que constituyen su *quarta*. Bien, imaginemos ahora que el deudor al que se le condona la deuda es solvente y que concurre nuevamente con Seyo, al quien se legan cuatrocientos. Como ya hemos visto, la *acceptilatio* no libra al antiguo deudor de entregar los cien al heredero que integran su *quarta*. A la vista está entonces que los trescientos restantes integran exactamente el *dodrans*, las tres cuartas partes de la herencia, y es lo más equitativo que se dividan por mitad entre el deudor y Seyo, según escribe Ulpiano, para que el legado dejado a este último se vea satisfecho aunque sea en cierta medida. Este es sin duda el aspecto más interesante del fragmento: la decisión de dividir por mitad el lucro que experimenta el antiguo deudor con la liberación de su deuda para que el otro legatario pueda recibir algo. Esto significa ni más ni menos que, a pesar de la condonación del crédito, el *heres* no solo retiene los cien que le corresponden por la ley Falcidia, sino que va más allá y satisface parcialmente a Seyo valiéndose precisamente de la mitad de lo que restaba en poder del antiguo deudor. Esta solución al problema, como se ve, mira por el interés de Seyo, el

legatario que puede llegar a no recibir nada, más que por el del propio heredero, que ve asegurada la percepción de la *quarta* sin el menor problema.

Volviendo al caso de que el deudor no sea totalmente solvente, sino que solo disponga de cien, el *heres* retendrá veinticinco, como ya hemos apuntado. Sigue considerándose aquí que, de los cuatrocientos que integraban la deuda, corresponden ciento cincuenta tanto al deudor como a Seyo y siendo obvio que no puede pagarse a este último, será necesario proceder a la venta del crédito. ¿Qué ocurre si el deudor no puede pagar ni siquiera cien, siendo por completo insolvente? Obviamente, en ese caso se le considera liberado de ciento cincuenta y se vende el crédito a efectos de satisfacer al heredero y a Seyo. Ulpiano atribuye a Neracio la decisión, de todo punto lógica, de proceder a esto último.

#### 7. Percepción de la *quarta* en el marco de la sustitución pupilar.

D. 35,2,87,4-6 y 8 (Iul. 61 dig.)<sup>767</sup>: [4] *Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil et titium filio substituerat. quaesitum est, cum Titius ex institutione adisset et impubere filio mortuo ex substitutione heres exstisset, quantum legatorum nomine praestare deberet. et placuit solida legata eum praestare debere: nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur et solida legata praestarentur. sed hoc ita verum est, si filius antequam patri heres exsisteret decessisset. si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius quam semissis dodrantem praestare necesse habuit. [5] Quod si extranei heredis semis totus legatus fuerit isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres exstiterit, poterit dici augeri legata et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset eoque omittente hereditatem ex asse heres exstisset, quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet. [6] Eadem dicenda sunt et si pater duos impuberes heredes instituerit et eosdem invicem substituerit, deinde iure substitutionis ad alterum hereditas reciderit et legis Falcidiae ratio habenda sit. [8] Coheres pupillo datus si pro parte sua*

---

<sup>767</sup> Para lo concerniente a D. 35,2,87,7 (Iul. 61 dig.), véase *supra*. 313 n. 627.

*legata, habita legis Falcidiae ratione, praestiterit, deinde impubere mortuo ex substitutione heres exstiterit et semis pupilli legatis exhaustus esset, ex integro legis Falcidiae ratio ponenda erit, ut contributis legatis, quae ab ipso et quae a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat. licet enim pupillo heres existat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur ac si patri heres exstisset. nec aliter augebuntur legata, quae ab ipso ultra dodrantem data fuerant, quam augentur, cum ex parte heres institutus et coheredi suo substitutus deliberante coherede legata, habita ratione legis Falcidiae, solvit, deinde ex substitutione alteram quoque partem hereditatis adquirat.*

Tenemos en D. 35,2,87,4 (Iul. 61 *dig.*) a un testador que deja instituidos a dos coherederos, uno de ellos impúber, a partes iguales, e impone al pupilo el legado de transmitir a un tercero la mitad de la herencia, de manera que cada uno de los dos coherederos retenga una cuarta parte de la misma. El coheredero púber, que es un *extraneus*, por su parte, es nombrado sustituto del impúber. Se dan aquí dos escenarios posibles, planteados por Juliano:

a) El impúber, finalmente, muere no solo antes de alcanzar la pubertad, sino antes incluso de llegar a heredar, produciéndose, por supuesto, la sustitución. Esto implica que el sustituto absorbe la cuota hereditaria del pupilo y que se le considera, por tanto, heredero de toda la masa hereditaria, debiendo pagar íntegros los legados, que no lesionan su derecho a la *quarta*. Como regla general, por tanto, el sustituto deberá incluir en el cómputo de la ley Falcidia todo lo que reciba del testador.

b) Si el impúber murió después de heredar del testador, el sustituto solo estará obligado a pagar los legados por los que aquél se obligó, ya que no puede olvidarse que actúa no en nombre propio, sino como heredero del pupilo, que tan solo debía pagar las tres cuartas partes de la mitad de la herencia.

¿Y si la cuota del *extraneus* se hubiese agotado en legados y este hubiese sustituido al impúber, al que no se gravó con *legata*? Inicialmente, como se ve, el sustituto no percibe nada, pues los legados son tan excesivos que absorben toda su cuota. Al producirse la sustitución, sin embargo, se percibe lo destinado al pupilo sustituido, importe este que conforma la *quarta*. Es así, pues, que el sustituto deberá pagar íntegros los legados que se le impusieron en el testamento. Estos se consideran, en cierto modo, como incrementados, pues de no haberse procedido a la sustitución tendrían que haberse

reducido, conforme a lo que Juliano escribe en D. 35,2,87,5 (Iul. 61 *dig.*). También apunta el jurista que esto se produce igualmente en el caso en el que concurren dos coherederos impúberos nombrados recíprocamente sustitutos del contrario por el testador y se produzca la muerte y sustitución de uno de ellos: los legados que, asignados a la cuota de quien sobrevive, inicialmente hubiesen debido reducirse por causa de la Falcidia se pagan por entero al cubrir el sustituto la *quarta* mediante la percepción del activo del pupilo sustituido (D. 35,2,87,4 [Iul. 61 *dig.*]).

Por último, nos encontramos en D. 35,2,87,8 (Iul. 61 *dig.*) nuevamente ante dos coherederos, de los cuales uno es impúber. El otro, al que le corresponde la mitad de la herencia y al que se le impone el pago de legados, es nombrado, además, sustituto de su hermano, que, en efecto, fallece antes de alcanzada la pubertad. Al tiempo de producirse la sustitución, el *heres* sustituto ya había procedido a realizar el cálculo de la ley Falcidia y había retenido la cuarta parte de su mitad, pagando sus legados. La muerte de su hermano supone que se proceda a la sustitución y que adquiera, además, la otra mitad de la herencia, pero he aquí que el número de *legata* impuestos al pupilo fue tan alto que su cuota se agotó íntegramente. En este caso, Juliano nos informa que es preciso realizar de nuevo la cuenta de la Falcidia, a efectos de que al sustituto le quede la cuarta parte no ya de su cuota inicial, que era la mitad de la herencia, sino del total de la misma, sumando los legados que se le destinaron junto con los del pupilo sustituido. Juliano apunta, de este modo, que aunque el sustituto viene a heredar del impúber fallecido, a efectos de la Falcidia se le considera como si hubiese sido el único heredero del testador.

#### 8. Las aporías.

D. 35,2,88 pr.-2 (Afric. 5 *quaest.*): [pr.] *Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum centum aureis sub hac condicione legavit, si legi Falcidiae in testamento suo locus non esset: quaeritur, quid iuris est. dixi τῶν ἀπορῶν hanc quaestionem esse, qui tractatus apud dialecticos τὸν θευδομενον dicitur. etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum repperietur. namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit ideoque deficiente condicione non debbitur. rursus si, quia condicio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit: porro si legi locus non sit, existente condicione legatum tibi debbitur. cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est, ut statuere*

*debeamus tui legati condicionem defecisse. [1] Quid ergo dicemus, si ducenta legavit et tibi similiter sub eadem condicione ducenta legata esse proponantur? nam aut exstitisse aut defecisse legati tui condicionem, ut aut totum aut nihil tibi debeatur, et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur: rursus partem deberi rationi non congruit, quando necesse est totius legati condicionem vel exstitisse vel defecisse. ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit. [2] Quare cum quis tale quid consequi velit, sic consequetur: 'si quo amplius legavi vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, ex eo legato quod titio dedi heres meus damnas esto dare'.*

Tenemos aquí un patrimonio hereditario de cuatrocientos, de los cuales, trescientos se destinan a legados, quedando, en principio, a salvo, los cien que constituyen la *quarta* del heredero. Sin embargo, en el testamento se expresa que, en caso de que no haya que aplicar la ley Falcidia –y, en efecto, es innecesario– se legue a un tercero un fundo de cien. Nos encontramos, pues, ante un heredero puesto en una situación capciosa (el fragmento refiere, en este sentido, que Juliano calificaba a estas situaciones de aporías). Todas las soluciones posibles son, sencillamente, inviables: si se admite como válido el legado de cien, operará entonces la Falcidia (el heredero pierde la *quarta*), y con ello fallará la condición de la que se hacía depender el propio legado, que, por tanto, dejará de deberse; si se estima que el legado no se debe no se aplica la ley Falcidia, ya que el heredero preserva la *quarta*, pero he aquí que precisamente esta falta de aplicación de nuestra *lex* es la condición que hace que se deba pagar el legado de cien... En estos casos en los que parece que la voluntad del testador es la de impedir que ese legado venga a reducir los demás por causa de la Falcidia, se debe interpretar que se frustró la condición y que han de pagarse los legados que agotan el *dodrans*, preservando la *quarta* el heredero<sup>768</sup>.

A la información que se ha expuesto se añade, en el primer párrafo del fragmento -D. 35,2,88,1 (Afric. 5 *quaest.*)-, un nuevo supuesto: un testador lega doscientos a un tercero, y otros doscientos a otro legatario con la condición de que el pago se realice solo en caso de que no tenga que aplicarse la ley Falcidia. Nos encontramos

---

<sup>768</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 525; V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 50 ss.

ante una situación similar a la anteriormente descrita, pues siendo el patrimonio hereditario de cuatrocientos, el pago del legado bajo condición viola el derecho a la *quarta* del heredero. En función de que se considere cumplida o no la condición se deberán los doscientos íntegros, o nada. Tampoco es admisible que pueda llegar a deberse una fracción del legado condicional, de manera que el jurista entiende que todo esto debe regularse acudiendo a la excepción de dolo malo. Esto es así porque si el testador quería conseguir algo así debía escribir en su testamento que, en caso de legar por encima de lo permitido por la ley Falcidia, su heredero quedase obligado a dar del legado la cuantía que debía reducirse a efectos de obtener la *quarta* (véase, en D. 35,2,88,2 [Afric. 5 *quaest.*] el *si quo amplius legavi vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet, ex eo legato quod Titio dedi heres meus damnas esto dare*).

9. Transmisión *mortis causa* de la cuota de la herencia de un ascendiente a un coheredero cuando se muere intestado.

C. 6,50,10 (Gord. a. 241): *Quamquam pater tuus fratrem tuum rogaverit, ut, si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis tibi restitueret, tamen intestato eodem diem suum functo id, quod beneficio legis Falcidiae habere potuit, ad successorem intestati pertinere ideoque non immerito sororem tuam, quae simul tecum ab intestato ei successit, emolumenti quod retineri potuit portionem sibi vindicare manifestum est.*

El testador deja a tres hijos (dos hombres y una mujer) instituidos como coherederos, e impone a uno de los varones el fideicomiso de que, de morir sin hijos, transmita al otro su cuota hereditaria (la que percibe de la herencia paterna). La situación, en efecto, se produce: el hermano gravado con el fideicomiso muere sin descendencia, pero también intestado. Ello implica que tienen derecho a heredarle por sucesión legítima tanto su hermano (beneficiario, además, del fideicomiso dejado por el padre) como la hermana, que se ve así en una situación desfavorable, sufriendo una suerte de agravio comparativo con su hermano, que no solo recibe la mitad de la herencia por sucesión legítima, como ella, sino también lo que recibió el causante, a su vez, de la herencia paterna. Al morir aquél sin testamento, esta constitución de Gordiano establece que debe pertenecer a sus herederos legítimos lo que él pudo haber retenido por la Falcidia respecto

de la herencia del padre, y de ahí que se atienda favorablemente a la reivindicación de la hermana, que exigía la parte proporcional.

#### 10. El testamento militar.

D. 35,2,92 (Mac. 2 *de re mil.*): *Si miles testamento facto partem dimidiam hereditatis suae tibi restitui iusserit, deinde post missionem factis codicillis alteram partem Titio restitui rogaverit: si quidem post annum missionis suae decesserit, et tibi et Titio heres partem quartam retinebit, quia eo tempore testator decessit, quo testamentum eius ad beneficium principale pertinere desierat: si vero intra annum missionis decesserit, solus Titius deductionem partis quartae patietur, quia eo tempore fideicommissum ei relictum est, quo testator iure militari testari non potuit.*

El *testamentum militis*, como es sabido, no se somete a las reglas aplicables al testamento civil<sup>769</sup>, constituyendo un *ius singulare* a favor del soldado (D.,1 [Ulp. 45 *ad ed.*])<sup>770</sup>. De este modo, en esta variedad testamentaria –que se aplicaba en época clásica

---

<sup>769</sup> Véase, sobre este particular, D. 35,3,1,12 (Ulp. 79 *ad ed.*), donde Ulpiano dice que existen testamentos, como es, efectivamente, el caso de aquél del soldado, en los que no resulta de aplicación la ley Falcidia y en los que, por tanto, deben pagarse los *legata* hasta el límite del caudal hereditario, pero siempre tras deducir las deudas y el valor de los esclavos manumitidos. La idea de que la Falcidia es inaplicable al *testamentum militis* aparece igualmente en C. 6,50,7 (Alex. Sev. a. 226), donde se apunta, empero, que ello no excluye que un acreedor no pueda pretender de los herederos el pago de aquello que el causante le debía, sin que ello tenga la consideración de *legatum*.

<sup>770</sup> No estamos aquí propiamente ante una excepción, ya que en esta forma especial de testamento las disposiciones testamentarias son por completo independientes de la *heredis institutio*. Cfr. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 522; B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 390; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 113; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 344. D. 36,1,3,1 (Ulp. 3 *fideic.*): *Quod autem in suspecta hereditate dictum est, hoc idem dici potest in his testamentis, in quibus lex falcidia locum non habet, in militis dico et si qui sunt alii.*; D. 29,1,17,4 (Gai. 15 *ad ed. prov.*): *Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam et intra annum missionis moriatur, plerisque placet in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt. ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse.*; C. 6,21,12 (Phil. a. 246): *In testamento militis legem Falcidiam et in legatis et in fideicommissis cessare explorati iuris est. sane si quid ultra vires patrimonii postulatur, competenti defensione tueri te potes.*; C. 6,50,7 (Alex. Sev. a. 226): *In testamento quidem militis ius legis Falcidiae cessat. sed ea, quae ad vos pertinentia defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt et ideo recte rationem eorum ut aeris*



a todos los militares hasta un año después del licenciamiento (D. 29,1,42 [Ulp. 45 *ad ed.*]; *Ep. Ulp.* 23,10), limitándose después bajo Justiniano al tiempo que durase el servicio militar (C. 6,21,17 [Iust. a. 519]; II. 2,11 pr.) no era de aplicación la *lex Falcidia*. En D. 35,2,92 (Mac. 2 *de re mil.*) nos encontramos con un testamento militar en el que se establece que el heredero ha de entregar la mitad de la herencia a un tercero. Tras licenciarse, el ya antiguo soldado testador incorpora un codicilo en el que se ordena al *heres*, además, la entrega de la otra mitad a un segundo legatario. En este supuesto, el fragmento nos dice que si la muerte se produce dentro del año posterior al licenciamiento, serán de aplicación los aspectos especiales del *testamentum militis*, de manera que la *Falcidia* no será de aplicación y el heredero no podrá reducir el legado de la mitad de la herencia que se dejó en el testamento del soldado. Sí puede reducir, en cambio, el que aparece en el codicilo, redactado cuando el testador se había ya licenciado, lo cual aparece confirmado en D. 29,1,17,4 (Gai. 15 *ad ed. prov.*)<sup>771</sup>. Ahora bien, en el caso de que el deceso se produzca después de transcurrido el año desde el licenciamiento, el *heres* podrá retener la *quarta* no solo del legado del codicilo, sino también del dejado en el testamento, al que para entonces no se aplica ya el derecho singular dejado en provecho del soldado. Este fragmento se relaciona claramente con el siguiente, de Hermogeniano:

D. 35,2,40 pr. (Hermog. 4 *iur. epit.*): *Ad veterani testamentum, sive pater familias sive filius familias sit, licet intra annum missionis decedat, lex Falcidia pertinet.*

Aquí se expone que el régimen de la *quarta* es de aplicación en el caso del testamento del militar, ya fuese este *sui iuris* o *alieni iuris*, realizado tras su licenciamiento –nunca antes–, pues este no tendrá entonces la condición especial de

---

*alieni haberi desiderabit.* Tanto el fragmento de Ulpiano como las constituciones imperiales de Filipo y Alejandro Severo, como se ve, refieren expresamente que la retención de la *quarta* no procede en el caso del testamento militar.

<sup>771</sup> El texto de Gayo versa, efectivamente, sobre el mismo problema: un soldado redacta testamento sirviendo en la milicia e incorpora codicilos con posterioridad, una vez licenciado, en su condición de civil (*paganus*). En este supuesto no procede la *Falcidia*, naturalmente, en los legados dejados en el testamento, pero sí en aquellos que consten en los codicilos, redactados no ya por un soldado. Sobre este particular, C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 522 ss.; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 344.

*testamentum militis*<sup>772</sup>. Nada importa, en este sentido, que el deceso del militar licenciado se produzca antes de transcurrido el primer año desde el abandono del uso de las armas: lo que realmente interesa en este caso es el hecho de que en todo testamento civil ha de respetarse lo dispuesto por la *lex Falcidia*.

## 5. El derecho a la *quarta Falcidia* en época justiniana y altomedieval.

Hemos visto en este trabajo cómo la aparición histórica del senadoconsulto Pegasiano respondió a un cambio en el modo en el que la mentalidad jurídica romana enfocaba la *lex Falcidia*. De este modo, con la extensión del régimen de la *quarta* al ámbito de los fideicomisos, la ley vio reforzada su función como instrumento de protección de los intereses del heredero –y así se mantendrá durante medio milenio de Historia–, trascendiendo con mucho al papel que desempeñó en los años inmediatamente posteriores a su promulgación. Es por eso que hemos hablado de dos «vidas» o visiones perfectamente diferenciadas de la ley Falcidia –una previa a la introducción del senadoconsulto Pegasiano, la otra posterior–, a las que hay que sumar una tercera en época justiniana que, en el fondo, responde a unas mismas necesidades: adaptar el instituto a las exigencias históricas del momento, garantizando, además, su supervivencia futura.

Ya durante el derecho postclásico se observa una clara fusión entre los conceptos de la *quarta Falcidia* y de la *pars debita* a los herederos forzosos, cuestión esta que ha sido especialmente tratada por Samper<sup>773</sup>, habiendo desaparecido para entonces

---

<sup>772</sup> Recuérdese el caso, ya expuesto anteriormente, del soldado que redactaba testamento antes de incorporarse al ejército, sin que pudieran darse, por tanto, las especialidades propias del régimen del *testamentum militis* (D. 35,2,96 [Scaev. *sing. quaest. publ. tract.*]).

<sup>773</sup> F. SAMPER, *op. cit.* 87 s. El hecho de que se llame *portio debita* a la Falcidia en fragmentos como D. 5,2,8,9 y 11 (Ulp. 14 *ad ed.*) podría interpretarse como muestra, según el autor de adulteración de los textos, pues esa confusión parece propia de época postclásica, si bien, naturalmente, no aparece esa mescolanza de conceptos en todos los textos tardíos (*Ep. Ulp.* 24,32 es un ejemplo). Un caso claro en el que se observa a las claras esa fusión es PS. 4,5,5, donde, como apunta Samper, no queda clara la distinción del efecto de la Falcidia (obtención de lo reducido por los *legata*) y el de la *querella inofficiosi testamenti* (apertura de la sucesión intestada). Tenemos, finalmente, tres constituciones en las que no se distingue a la Falcidia de la *portio debita*: CTh. 9,14,3 (a. 397) = C. 9,8,5,2 y 5 (Arc. et Hon. a. 397); CTh. 16,8,28 (a. 426); Nov.

retenciones de las que apenas disponemos de información, como la *quarta Divi Pii* y la *quarta Afiniana*. De esta última sabemos que se daba respecto del padre de al menos a tres hijos varones que daba a uno en adopción. En el supuesto de que el adoptante emancipase luego a este hijo, este último dispondría de una cuarta «presumiblemente calculada sobre lo que habría obtenido en la sucesión intestada del adoptante<sup>774</sup>» (IJ. 3,1,14; C. 8,47,10,3 [Iust. a. 530]). La *quarta Divi Pii*, por su parte, que proviene de una disposición de Antonino Pío, consistía, en palabras de Samper, «en que el *sui iuris*, adrogado y luego emancipado durante la pubertad, puede reclamar una cuarta parte del patrimonio hereditario del adrogante frente a los demás herederos, o que si ha premuerto al *adrogans*, los bienes que este adquirió por asumir la potestad sobre el *sui iuris*, deben ser restituidos a aquellos que le habrían sucedido de no haber mediado la *capitisdeminutio*<sup>775</sup>». Se requiere, por tanto, de una arrogación seguida de una emancipación sin causa justificada antes de alcanzada la pubertad. Este es el presupuesto necesario para que el impúber –mientras lo siga siendo– pueda reclamar, frente a cualquier heredero, una cuarta parte de los bienes del *adrogans*.

Samper estudia también cómo en el derecho postclásico se asimilan a los legatarios todos los herederos no forzosos, y de ahí que se asemejen nuevamente los conceptos de Falcidia y de *querella inofficiosi testamenti*. Del mismo modo que aparece una querella de inoficiosa donación y otra de inoficiosa dote, la *quarta Falcidia* vendrá a suponer, en palabras del autor, una suerte de «querella de inoficioso legado», y la

---

Maioriani 6,3 (a. 458). El autor apunta que «en el derecho de las interpretaciones y en la *lex Romana Burgundionum*, ya el nombre de Falcidia es la denominación común para la *pars debita*: entre todas ellas, merece especial mención ITh. 8,12,1 [...] Este texto constituye un verdadero tratado romano vulgar sobre donaciones, y traslada algunos conceptos del derecho clásico a su propio lenguaje, adaptándolos convenientemente en su significado». En RB. 10,3, que reproduce a CTh. 5,1,1 (a. 389) También se usa abusivamente el término «Falcidia», según Samper. *Ibid.* 93. También N. TAMASSIA, *op. cit.* 30. Murillo Villar, por su parte, señala que, con el tiempo, el término «Falcidia», que equivale a nuestra legítima, pasó a usarse para referir cualquier reducción legal sobre las disposiciones de un testamento. A. MURILLO VILLAR, *op. cit.* 712.

<sup>774</sup> F. SAMPER, *op. cit.* 91 n. 73. El autor apunta que esta retención a veces recibía la denominación de «sabiniana», quizá por error del copista en algunos manuscritos.

<sup>775</sup> *Ibid.* 92. Se relacionan con estos textos D. 1,7,18 (Marcell. 26 *dig.*); IJ. 1,11,3; C. 8,47,2 (Dioclet. et Max. a. 286). Cfr. P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 56 s.

*Pegasiana*, «de inoficioso codicilo»<sup>776</sup>. Esta unificación de conceptos se observa claramente en la *lex Romana Burgundionum*, vulgarmente llamada «Papiano», que no fue sino una compilación jurídica borgoñona que se demostró como de menor importancia que la *lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico II<sup>777</sup>.

Ya en Oriente, y para la época de Justiniano<sup>778</sup>, además, la *heredis institutio* había dejado ya de ser la piedra angular de la sucesión testamentaria: la eficacia del testamento

---

<sup>776</sup> F. SAMPER, *op. cit.* 94 y 107 s. En época tardía se generalizan, además, las reglas de cómputo de la *quarta Falcidia*. Resulta interesante el modo en el que Tamassia define a este instituto: «Falcidia, per dirla in breve, venne a designare la parte della eredità riservata ad una certa categoria di eredi, e dall'età imperiale alla barbarica restò costante l'uso di questa parola nell'accennata significazione». N. TAMASSIA, *op. cit.* 11.

<sup>777</sup> *Ibid.* 17 ss. Sus normas referentes a la Falcidia son las siguientes:

31,2: [...] *de inofficiosis testamentis et inmodicis donationibus, hoc est, ubi Falcidiae filiis non reservantur, intra quinquennium debere et proponi et peragi etc.*

45,5: *Testamenta vero, quibus filiis aut nepotibus Falcidia non demittitur, nullo iure subsistunt.*

45,6: *Frater vero de inofficioso testamento fratris agere non potest.*

45,7: *Hoc est filius vel figlia, sine filiis morientes, matrem sine Falcidia praeterire non possunt, ut valeat testamentum.*

10,3: *Quarta vero, id est Falcidia, ad agnatos defuncti eiusque filio, nepoti ac pronepoti, per virilem sexum descendantibus deferatur.*

<sup>778</sup> Con Justiniano se hace obligatoria la institución de los herederos ascendientes y descendientes, a los que se asigna una cuota legítima (C. 3,28,30 pr. [Iust. a. 528]; C. 3,28,31 [Iust. a. 528]; C. 3,28,32 [Iust. a. 529]; C. 3,28,34,1 [Iust. a. 531]; C. 3,35,2 [Iust. a. 531]; C. 3,36,1 [Iust. a. 531]. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria*, cit. 296 s. Se consagra también la unificación de los *legata* y los *fideicomissa* respecto del carácter de irrepetible de lo pagado por encima de la *quarta*. C. 6,50,19 (Iust. a. 532): *Cum certum sit heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem non posse postea rationem legis praetendentem Falcidiae repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, iubemus hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit: quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. in utroque etenim casu, id est sive solverit sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur.* Este texto debe relacionarse con D. 39,5,20,1 (Marcell. 22 dig.). F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 82 s.; G. GROSSO, *Il legato*, cit. 359. Sobre la *lex Falcidia* en derecho justiniano, véanse, igualmente, L. MONTOJO Y BURGUERO, *op. cit.* 18 ss.; F. SAMPER, *op. cit.* 77.

no está ya supeditada a la aceptación del mismo por parte del heredero voluntario, tal y como ocurría en el régimen clásico, de manera que el papel de la *lex Falcidia* como elemento destinado a evitar su caída por falta de adición se difumina. La propia inderogabilidad de la *quarta Falcidia* se hace extraña para entonces, como veremos enseguida, pues su presencia coarta la libertad del testador en una época en la que se acepta la existencia de testamentos sin institución de heredero. Tampoco se hace raro en este tiempo que el testamento contenga un elevado número de *legata*. Biondi, en este punto, señala, junto con otros autores, que el derecho justiniano se caracteriza por manifestar una tendencia que se antoja, a sus ojos, como desfavorable a la *Falcidia*, a la que entiende como contraria a la libertad del testador de disponer a su gusto del destino de sus bienes hereditarios<sup>779</sup>. Es así como nuestra ley pasa a adquirir la nueva función de erigirse en el instrumento sobre el que se elabora la idea de legítima, una institución con un mayor ámbito de aplicación que el de la antigua *quarta Falcidia* al beneficiar no ya solamente al *heres* instituido, sino también al legitimario preterido, y que se amplía a la tercera parte de la *hereditas* con la Nov. 115. No es raro, en cualquier caso, que a la legítima se le denomine «*Falcidia*» en la legislación justiniana (C. 3,28,31 [Iust. a. 531]; C. 3,28,36 [Iust. a. 531]<sup>780</sup>), habida cuenta de que es igualmente inderogable –se prohíbe también el pacto de renuncia– y comparte con aquella el régimen de cálculo de la *quarta*.

---

<sup>779</sup> Biondi llega incluso a apuntar que si no se procedió a la derogación expresa de la *lex Falcidia* ello se debió al hecho de que se trataba de una norma tan fuertemente arraigada que ello resultaría impensable. B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 400. La misma idea aparece reproducida en P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 117. En esta línea de pensamiento, G. GROSSO, *Il legato*, cit. 359. Sobre esta supuesta tendencia desfavorable, véase también C. CORBO, *op. cit.* 191. La idea, aunque quizá no falta de cierta razón, merece, en cualquier caso, matizarse, como veremos en estas páginas.

<sup>780</sup> Biondi también señala un ejemplo extraído de la legislación postclásica: CTh. 16,8,26 (Teod. et Valent. a. 426). B. BIONDI, *Sucesión*, cit. 400; C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 545; N. TAMASSIA, *op. cit.* 18. Este último autor señala, como enseguida tendremos oportunidad de ver, cómo en la Edad Media no se hace raro encontrar referencias a la *Falcidia* en el sentido de la legítima justiniana, y no en el de la reserva propia del régimen clásico. Igualmente, G. FERRARI, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente* 2 (Milano 1954) 87 ss. Sobre la relación entre la legítima justiniana y la *quarta Falcidia*, véase también E. BARRIO GALLARDO, *op. cit.* 151, con bibliografía. Sobre la evolución histórica de la legítima, F. DE ARVIZU GALARRAGA, *La disposición mortis causa en el Derecho español de la alta Edad Media* (Pamplona 1977); P. VOICI, *Il Diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (V secolo)*, en *SDHI* 48 (Roma 1982) 1 ss.; A. DILGER, *Die Anwendung der lex Falcidia in Württemberg*, en *ZSS* 99 (Weimar 1982) 332 ss.; D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae: Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen*

¿Pero cuál es exactamente la visión justiniana de la Falcidia?; ¿En qué normas se sustenta esa supuesta tendencia desfavorable a la reserva de la *quarta* por parte de Justiniano? Para dar respuestas a estas interrogantes hay que acudir tanto al *Codex Iustinianus* como a las Novelas, donde encontramos muestras de que, en efecto, se produjo en el s. VI un cambio en el modo de enfocar nuestra ley. A lo dispuesto en C. 6,50,7 (Alex. Sev. a. 226) a propósito del testamento militar se acompañan unos fragmentos del *Authenticum* contenedores del pensamiento de Justiniano a propósito de la *quarta*: en efecto, tal y como adelantábamos hace un instante, el testador puede excluirla<sup>781</sup>, y además, el pago íntegro de los legados por parte de un heredero que conocía el importe exacto de la masa hereditaria se interpreta como renuncia de la Falcidia<sup>782</sup>. Tampoco se retiene esta respecto de los bienes que se dejaron no para ser enajenados a terceros, sino para los herederos del propio *heres* transmitente (Auth. 119. c. 11), ni sobre los *legata* dejados a las *piae causae* (Auth. 131. c. 12)<sup>783</sup>. De especial importancia,

---

*mehrerer Erbschaften in einer Hand* (Berlin 1995); A. SANGUINETTI, *Dalla querella alla portio legitima* (Milano 1996); M. HENNIG, *Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB, Eine kritische Würdigung der Entscheidung des historischen Gesetzgebers, das Rechtsinstitut der falcidischen Quart aufzugeben.* (Berlin 1999); E. POLO, *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad*, en *RIDROM* [on line] (2010-2013); R. BERNAD, *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*, en *RIDROM* [on line] (2014-2015).

<sup>781</sup> Esta posibilidad de exclusión de la Falcidia por parte del testador, en quiebra del ya estudiado principio de inderogabilidad, se contempla en la Novela 1,2,2, del año 535.

<sup>782</sup> Véase, sobre este particular, lo dispuesto en C. 6,50,19 (Iust. a. 532): el heredero que paga íntegros los legados cumpliendo completamente la *voluntas testatoris* no puede reclamar luego la repetición amparándose en su derecho de *retentio* de la *quarta Falcidia*, tal y como ocurría en el régimen clásico. El pago sin reducciones equivale, pues, a la renuncia de aquella, del mismo modo que el hecho de prestar caución de pagar los legados en su integridad.

<sup>783</sup> La no retención de la Falcidia en los *legata* dejados a las causas pías aparece dispuesta en la Nov. 131,12: [pr.] *Si autem heres quae ad pias causas relicta sunt non impleverit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, praecipimus omni Falcidia vacante quicquid invenitur in tali substantia proficere provisione sanctissimi locorum episcopi ad causas quibus relictum est. [1] Si autem legatum ab aliquo ad pias causas relinquitur, iubemus intra menses sex ab insinuatione testamenti numerandos hoc modis omnibus praeberi quibus relictum est. Si autem distulerint qui in hoc onerati sunt huiusmodi praebere legatum, et fructum et usuras et omne legitimum exigantur augmentum a tempore mortis eius qui hoc reliquit. [2] Si autem annale legatum cuilibet venerabili domui relinquatur, si quidem qui hoc dare iussi sunt aut locus ex quo iussum est hoc praeberi in ipsa aut vicina provincia fuerit, iubemus nullo modo tale*

---

*legatum alienari. Si vero loca aut personae ex quibus hoc dari praeceptum est longius fuerint, tunc liceat illis quibus hoc relictum est, si et pars obligata consentit, commutare legatum et iuxta pro eo percipere redditus idoneos, et cum augmento non minus quartae partis relictæ quantitatis, et neque plurimis tributis fiscalibus praegravatos; aut vendere, si voluerint, huiusmodi legatum et non minus pro pretio percipere quam ex tali legato in triginta quinque annos colligetur, ita tamen ut huiusmodi pretium ad utilitatem praedictae venerabilis domus ubi relictum est proficiat.* Véanse, igualmente, C. 1,3,48 pr., 1 y 2 (Iust. a. 531). En cualquier caso, ya previamente se había excluido la retención de la *cuarta* de la *redemptio captivorum* y las disposiciones a favor de los pobres, lo cual, a su vez, debió inspirar, según expone Murillo Villar, la Nov. 108,1, en la que se permite reducir la reserva del fideicomisario. Cfr. A. MURILLO VILLAR, *op. cit.* 712. Cipriano, de hecho, amparándose en el deber cristiano de dar al pobre lo que a uno mismo resulta innecesario, criticaba la institución de extraños como herederos al tiempo que defendía la conveniencia de dejar algo a Dios, al ser Él tutor y curador de aquellos. Cifr. ad Demetr. c. 19 (2,388). En la misma línea, Ambrosio, Agustín y Salviano exhortaban también al testador a no olvidar a Cristo, instituyéndole coheredero junto con sus hijos. Los paganos y herejes, por su parte, aun siendo parientes consanguíneos, no podían ser herederos ni legatarios (Conc. Carth. 4, c. 15), y la Iglesia sucedía al religioso muerto sin herederos legítimos ni testamento (CTh. 5,3,1). N. TAMASSIA, *op. cit.* 12 s.; B. BIONDI, *Sucesión, cit.* 403; J. L. MURGA GENER, *El testamento a favor de Jesucristo y los santos en el Derecho romano postclásico y justiniano*, en *AHDE* 35 (Madrid 1965) 357 ss.; J. L. MURGA GENER, *Los negocios jurídicos «pietatis causa» en las constituciones imperiales postclásicas*, en *AHDE* 37 (Madrid 1968) 110 ss.; J. L. MURGA GENER, *Testamentos y donaciones «in bonum animae» y la llamada teoría de la personalidad jurídica*, en *RISG* 12 (Torino-Milano 1968) 1 ss.; T. KUNDEREWICZ, *Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel Diritto giustiniano*, en *SDHI* 47 (Roma 1981) 47 ss.; A. WACKE, «Una porción hereditaria para Jesucristo». *La influencia del cristianismo sobre el derecho de sucesiones*, en *SDHI* 66 (Roma 2000) 277 ss. De especial interés es el estudio de Franciosi, que muestra cómo hubo textos que fueron modificados para acomodarlos al pensamiento cristiano, hasta el punto de alterarse el fondo mismo del asunto. PS. 4,3,3: *Lex Falcidia itemque Senatusconsultum Pegasianum, deducto omni aere deorumque donis, quartam residuae hereditatis ad heredem voluit pertinere*. No puede dudarse de que el texto se refiere al antiguo culto pagano, ya que ello apuntan la innovación de la *interpretatio* de las PS y el uso del plural *deorum*. Veamos lo que dice aquella: PSI. 4,3,3 (Haenel 400): *Lex Falcidia, similiter et Pegasianum Senatusconsultum, facta hereditarii debiti ratione et separatis his, quae in honorem Dei ecclesiis relinquuntur, quartam hereditatis ex omnibus ad scriptum heredem censuit pertinere*. Como se ve, hemos pasado de los *dona deorum* a los bienes dejados a las Iglesias de Dios. Se ha expresado lo mismo, pero en términos cristianos. Como se infiere de esto, el destinatario de los bienes dejados por el testador ya no es la divinidad pagana misma, sino una entidad terrena, como es la iglesia, el templo cristiano. Téngase en consideración aquí que en el ámbito de lo pagano se entiende la que la divinidad entra en contacto directo con el ser humano, mientras que en la visión cristiana, deja una estructura terrena a través de la cual los seres humanos puedan relacionarse con ella. Cfr. G. FRANCIOSI, «Lex Falcidia», «SC. Pegasianum», *cit.* 401 ss. Sobre la cuestión de la personalidad jurídica de las iglesias,

además, es el hecho de que con Justiniano la reclamación de la *quarta* por el heredero es solo admisible si se ha efectuado el inventario al tiempo de la adición. Este inventario debe ser público, con la presencia de todos los designados como legatarios en el testamento que sean residentes en la misma ciudad, de sus representantes si aquellos no acuden, o al menos de tres testigos de buena familia<sup>784</sup>. Para la formación del inventario y la averiguación del verdadero valor de los bienes hereditarios se procede al juramento del heredero, a la intervención de los testigos y, de ser necesario, al tormento de los esclavos, sin que ello pueda prolongarse por más de un año. Si tal ocurre, del mismo modo que si no se efectúa correctamente el inventario, el *heres* habrá de pagar los legados sin obtener reducción alguna (Auth. 1. c. 2 y 3).

Nov. 1,2,2: *Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio. Et hoc dicimus non*

---

el autor aporta bibliografía en *ibid.* 406 n. 21. En relación, por último, a las disposiciones de culto, distinguimos, tal y como escribe Franciosi, las siguientes etapas:

- En una primera fase, los *dona deorum* no se consideran legados, sino deudas a favor de los dioses. No soportan la Falcidia ni el sc. Pegasiano. Esto se deduce de PS. 4,3,3.
- En el derecho tardío occidental aún pervive la regla anterior, pese a que este tipo de disposiciones se entienden ya como legados. Esto es un producto de la asimilación paulatina entre *legatum* y *donatio*. Se hace evidente por el uso de la palabra *relinquere*. PSI. 4,3,3.
- Posteriormente, y quizá en Oriente, estas disposiciones pasan a estar sujetas a la Falcidia y al sc. Pegasiano, al equipararse ya plenamente a los legados (D. 35,2,1,5 [Paul. *sing. ad l. Falcid.*]; C. 6,50,6 [Alex. Sev. a. 223]). La cristianización del texto de Paulo no impide que se produzca esta medida contraria al *favor ecclesiae*.
- Nov. 131,12 pr. del 545: Justiniano sigue considerando legados a estas disposiciones (distingue entre legados píos y laicos), pero las excluye de la Falcidia, de manera que nos encontramos ante un escenario similar al de PSI. 4,3,3. Sobre todo ello, *ibid.* 415 s.

<sup>784</sup> Véase aquí lo dispuesto por Justiniano en la Nov. 1,2,1, en donde se incide en el hecho de que la Falcidia queda supeditada a la elaboración del inventario por parte del heredero, refiriéndose, además, que este debe efectuarse en presencia de todos los legatarios y fideicomisarios que se encuentren en la ciudad, o de sus representantes. En caso de estar ausentes deberán acudir tres testigos de fama intachable. En el supuesto de que cualquiera de estas personas llamadas a presenciar el inventario consideren que se ha omitido o sustraído algo, obtendrán licencia para averiguar la cuestión haciendo al heredero prestar juramento y acudiendo, de ser necesario, al interrogatorio de los esclavos.



*nostram minuentes legem, quam posuimus, ut nihil de proprio damnificentur heredes creditoribus. Dabitque ei poenam exactio suae malignitatis, cur transcenderit legem, ex quibus caute omnia agens nihil poterat damnificari, sed ex diverso etiam quae sunt ex Falcidia lege lucrari: Haec autem dicimus, ubi errans testator de sua substantia haec egit aut forte, cum debuisset etiam amplio rem quantitatem heredi relinquere, pro minore disposuit; etenim etiam hoc errantis sententiae est et non purae et integrae designationis. Si vero expressim designaverit non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, et aut volentem eum parere testatori, forsitan etiam quaedam iusta et pia relinquenti, lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem, et non videri sine lucro huiusmodi esse hereditatem, aut si noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri, sicut dudum praediximus, substitutis et coheredibus et fideicommissariis et legatariis et servis et qui ab intestato sunt et aliis, secundum prius a nobis inventam in talibus viam.*

C. 6,30,22,4 (Iust. a. 531): *Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. sed si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti vel ex ipsis rebus vel ex earum forsitan venditione.*

C. 6,30,22,14 (Iust. a. 531): *Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit (necesse enim est omnimodo deliberantes inventarium cum omni subtilitate facere), non liceat ei post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur.*

En estos textos, como se ve, queda meridianamente claro hasta qué punto se supedita la posibilidad de invocar la Falcidia a la elaboración del inventario, para favorecer así a este instituto, creado por Justiniano<sup>785</sup>. La Nov. 1,3 dispone, además, que

---

<sup>785</sup> *Ibid.*; P. DE LA ROSA DÍAZ, *op. cit.* 118. Los gastos de formación del inventario, así como los de insinuación del testamento deben deducirse (C. 6,30,22,9 [Ius. a. 531]).

si se renuncia a la *quarta* frente a uno de varios legatarios, se interpreta que se rechaza también la posibilidad de obtenerla del resto salvo que así lo hubiese dispuesto el testador, medida esta directamente contraria al régimen precedente (D. 35,2,16 pr. [Scaev. 3 *quaest.*]; C. 6,50,6,2 [Alex. Sev. a. 223])<sup>786</sup>. Ferrini y Voci califican esta última medida de extravagante<sup>787</sup>, pues resulta extraño, como apunta el primero de estos autores, que pudiesen someterse a reducción los legados en menoscabo de la voluntad del testador y que, empero, no se permitiese al heredero liberar algunos de la retención, por no decir que se impide al *heres* pagar los primeros *legata* al completo reteniendo la Falcidia de los últimos y sí deducir la *quarta* de los primeros y renunciar a hacerlo respecto de los últimos, pagándolos por completo. Es por ello que Ferrini interpreta el texto de la Novela en el sentido de que Justiniano no tolera ya la posibilidad de que el heredero impute la Falcidia respecto de algunos legados en concreto, dejando libres de retenciones al resto. La medida bien pudo haberse introducido, pues, para la evitación de agravios comparativos.

La posibilidad de revocar la reserva de la *quarta* del heredero por parte del testador y la supeditación de aquélla a la elaboración del inventario han sido, como se ve, los principales argumentos sobre los cuales una parte de la doctrina ha defendido, tal y como ha quedado apuntado, la idea de una visión contraria a la *lex Falcidia* en el derecho justiniano. Sea como fuere, autores como Ferrini, Bonifacio o Mannino niegan que realmente estas medidas constituyan muestra de ninguna reacción contra el instituto de la Falcidia por parte de Justiniano. En relación con la quiebra del principio de inderogabilidad de la Falcidia, es precisamente esa misma posibilidad de excluir su aplicación la que evitó, a efectos prácticos, su definitiva inutilidad, tal y como señala, no falta de razón, Bonifacio<sup>788</sup>. Además, no puede olvidarse que si el testador no excluye de

---

<sup>786</sup> La Nov. 1,3 exige, en cualquier caso, que el heredero conozca el importe exacto de la *hereditas*, y aun así, decida satisfacer íntegramente algunos legados. En este supuesto, en efecto, se pierde el derecho a retener la Falcidia de los demás.

<sup>787</sup> C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 533 ss.; P. VOICI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit. 757.

<sup>788</sup> Bonifacio resalta aquí lo paradójico de que la Falcidia solo pudiese mantenerse en pie permitiendo su exclusión al testador. F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia*, cit. 35 s. En la misma línea, V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis»*, cit. 145 ss. Cfr. F. ESPINAR LAFUENTE, *op. cit.* 23, para el que la Falcidia pierde casi toda su importancia en época justiniana. Merece la pena detenerse en la

manera expresa la Falcidia, esta seguirá estando vigente, de manera que su inaplicación constituye, en toda regla, una excepción a la realidad natural de las cosas. En lo que concierne a la supeditación de la percepción de la *quarta* a la previa elaboración del inventario, la pérdida del beneficio de Falcidia será aquí más bien una pena, en consonancia con lo que ocurría en el régimen clásico cuando el heredero sustraía bienes del patrimonio hereditario (D. 35,2,24 pr. [Paul. 14 *resp.*])<sup>789</sup>. No parece justificado, por tanto, a la vista de estos argumentos, defender que Justiniano tuviese una visión tan contraria de la reserva de la *quarta* del *heres* como para mantenerla vigente por meras razones de decoro. Más bien al contrario, lo que busca el emperador bizantino es mantener

---

lectura de C. 6,50,18 (Iust. a. 531) a efectos de advertir cómo, en efecto, el emperador bizantino dista de tener esa visión contraria a la Falcidia que en ocasiones se le imputa, en consonancia con el criterio de Bonifacio: tenemos aquí un testamento en el que se somete a condición la *heredis institutio*, mandándose a uno de los coherederos a entregar a otro, antes de efectuar la adición de la herencia, una cantidad que perjudica a su derecho de retención de la *quarta*. La particularidad de este caso está en el hecho de que la transmisión no recae sobre los bienes hereditarios, pues se realiza con carácter previo a la *aditio*, con los bienes personales del *heres* transmitente. No estamos, pues, ante un legado, un fideicomiso, ni ante una *donatio mortis causa*, sino ante una simple donación *inter vivos*. Justiniano se inclina aquí por favorecer al *heres* afectado, disponiendo que pueda reducir la *donatio* en la cuantía precisa para que perciba el beneficio del *quadrans* de la masa hereditaria, una vez hecha la adición. El emperador busca así una solución fundada en la equidad que no encuentra su punto de apoyo en la antigua *quarta Pegasiana* ni en la extensión de la Falcidia a las donaciones *mortis causa* (C. 6,50,5 [Alex. Sev. a. 223]), constituyendo, de este modo, una clarísima excepción al principio clásico de que la ley Falcidia tan solo desplegaba sus efectos sobre los bienes integrantes de la *hereditas* (D. 35,2,76 pr. [Gai. 3 *de legatis ad ed. prae.*]; C. 6,50,2 [Sev. et Ant. a. 197]; C. 6,50,10 [Gord. a. 241]; C. 6,50,15 [Dioclet. et Max. a. 294]).

<sup>789</sup> Esto queda meridianamente claro en la Nov. 1,2,3, donde además de apuntarse nuevamente que el causante puede excluir la *quarta* voluntariamente, se incide en que no se retiene la Falcidia si no se ha efectuado el inventario, de modo que el heredero tendrá que satisfacer por entero a los legatarios y fideicomisarios aunque se supere con ello el valor del *quadrans*. Lo importante aquí para nosotros es que Justiniano dice que esta medida no se promulga en menoscabo de la *lex Falcidia*: busca proteger al heredero frente a la acción de los acreedores del testador, y con ello, beneficiarle al tiempo que percibe la Falcidia. No efectuar, pues, el inventario, es visto como una actuación contraproducente, por completo improductiva, que contraría el mandato del emperador y merece, pues, como castigo la privación de la *quarta*. Que la no realización del inventario es vista como un comportamiento reprochable y malintencionado se desprende claramente de la literalidad del texto, que habla aquí de maldad del heredero (*sed dabit eis poenam exactio suae malignitatis*). Esta pérdida del derecho a la Falcidia se produce también cuando el testador erró sobre el montante de sus bienes o dejó menos de lo debido al heredero.

su vigencia, procurando armonizarla con la importancia que se da en su tiempo a la voluntad del testador<sup>790</sup>. El propio Ferrini demuestra la veracidad de esto con base a la Nov. 119,11, en la que se dice que el propio emperador tiene que ratificar la inaplicación de la Falcidia, que ya se presumía tácitamente de lo escrito en el testamento, en el que se expresaba el deseo de que un inmueble perteneciese de manera permanente a los herederos. Otro texto de interés, en este sentido, es el de la Nov. 1,1,1 (a. 535), en el que tenemos el caso de un testador que, debiendo algo a su acreedor, decide en su testamento que el pago se efectúe mediante la entrega al mismo, por parte de alguno de sus herederos (que percibe más de la *quarta*), de algo dejado en un legado o fideicomiso. Si, transcurrido un año y previa amonestación judicial<sup>791</sup>, el *heres* en cuestión no cumple con las liberalidades impuestas en el testamento, se le privará de todo lo que recibió por encima del *quadrans*, produciéndose entonces el acrecimiento de las demás cuotas hereditarias, caso de haber coherederos. En el supuesto de no haberlos, tales bienes aumentarán el valor de la masa hereditaria y se dará licencia a los legatarios, fideicomisarios y esclavos manumitidos para que efectúen la adición de los mismos ([...] *et litentia praebeatur et legatariis, et fideicommissariis, et servis libertate honoratis adire, et haec acquirere*). Como se ve, el impago de la deuda por parte del *heres* se salda aquí con la pérdida, para él, de cuanto exceda de la *quarta*, que Justiniano mantiene escrupulosamente en el presente caso<sup>792</sup>.

---

<sup>790</sup> Así lo entiende Ferrini, que con buen criterio apunta que el testador puede excluir tácitamente la Falcidia al disponer legados excedentes del *quadrans* siendo consciente del valor efectivo de la masa hereditaria. Lo mismo ocurre, lógicamente, cuando impone un fideicomiso universal, pues esto supone una obvia voluntad de no dejar nada al *heres*, al que se le impone entregar la herencia por completo al fideicomisario. C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit. 529 ss.

<sup>791</sup> La Nov. 1,4 dispone que los legados y las demás disposiciones testamentarias deben cumplirse, como máximo, en el año posterior al de la adición.

<sup>792</sup> El escenario cambia, eso sí, si el legado o el fideicomiso, en cambio, no obedece a la necesidad del testador de satisfacer un crédito, sino más bien a su libre voluntad de beneficiar de ese modo a terceros. En este caso, si el heredero no cumple en ese plazo de un año se verá privado de todos los bienes hereditarios, sin retener siquiera la Falcidia. Estos bienes pasarán a acrecer, nuevamente, las cuotas de los herederos, y de no haberlos se activará el orden de llamamientos a la sucesión intestada establecido por Justiniano (Nov. 1,1,2).

La visión que al menos parte de la doctrina ha tenido sobre la Falcidia en época justiniana se antoja, pues, como poco acertada a la vista de cuanto llevamos estudiado. Justiniano, lejos de enfocar a este instituto desde una perspectiva negativa, pareció adoptar las medidas necesarias para que precisamente pudiese pervivir, cosa que sabemos que, en efecto, hizo<sup>793</sup>. Sobre la supervivencia de esta *retentio* en el derecho altomedieval

---

<sup>793</sup> En el ámbito español, la Falcidia sigue operando en la actualidad, conservando el mismo nombre, en la Comunidad Autónoma catalana. La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, la regula en su Sección tercera, que lleva el nombre de «la ineficacia de los legados». Así, el art. 427-40.1 dispone que «salvo que el causante lo haya prohibido, el heredero puede reducir los legados si su ordenación no le deja libre la cuarta parte del activo hereditario líquido. La reducción se hace en la medida necesaria para que el heredero pueda retener en propiedad esta cuarta parte, llamada cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima». El apartado cuarto del mismo precepto condiciona, a su vez, a la elaboración del inventario la retención de la Falcidia. La regulación catalana expresa que la estimación de los bienes ha de efectuarse, tal y como se establece ya en el Derecho romano, atendiendo a su valor al tiempo de la muerte del causante, separándose el activo del pasivo hereditarios (art. 427-41). Contiene también reglas de imputación a la cuarta (art. 427-43), se expresan sobre los legados reducibles y los que no lo son (art. 427-42) y establece la posibilidad de que los legatarios puedan evitar la reducción abonando al heredero en dinero la cuantía excedente (art. 427-45.2). El sistema, en cualquier caso, deja de ser tan rígido como en el derecho clásico, tal cual lo hemos estudiado, en la medida en la que se permite la prohibición de la Falcidia, siempre y cuando ello se produzca con palabras claras y que no arrojen dudas, y de ahí que se pueda interpretar que se requiere de la exclusión expresa de la cuarta. Cfr. V. ESQUIROL JIMÉNEZ, *La prohibició de la quarta Falcidia: exigència de manifestació expressa per part del testador*, en *Indret: Revista para el anàlisi del Dret* (Barcelona 2010) [online]. Sobre la Falcidia en Cataluña, cfr. P. ESTER BUTRAGUEÑO, *Un supuesto práctico de aplicación de la cuarta Falcidia*, en R. BERCOVITZ – J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (Dirs.), *Derechos civiles de España* 3 (Madrid 2000) 1591 ss.; M. PÉREZ SIMEÓN, *La tradición romanística como criterio exegético del Derecho civil catalán: el plazo para formar inventario a los efectos de detraer la cuarta falcidia*, en *Indret: Revista para el anàlisi del Dret* (Barcelona 2006) [online]. Este último trabajo es un interesante comentario a la SAP Barcelona de 24 de enero de 2005, que toma en cuenta la tradición romanística a efectos de determinar el momento de la delación de la herencia.

En la Comunidad Autónoma de Baleares, por su parte, se mantiene también vigente la Falcidia gracias al Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. El instituto se recoge en los arts. 38-40, que componen la Sección tercera («De la cuarta Falcidia»). Los reproducimos a continuación:

*Art. 38:* «El heredero a quien, por razón de los legados, no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, podrá, salvo disposición contraria del testador, reclamar dicha parte. A este fin se reducirán en la proporción necesaria los legados, pudiendo retenerlos el heredero hasta que aquélla le haya sido satisfecha.

---

Sólo podrá ejercitar este derecho el heredero que primeramente adquiriera la herencia.

Si fuesen varios los herederos se calculará en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, teniendo en cuenta los legados con que hayan sido gravados cada uno de ellos.

Para ejercitar este derecho, el heredero deberá practicar inventario en el tiempo y forma preceptuados para la cuarta trebeliánica, en el que se procederá a la valoración de los bienes y deudas de la herencia y a la de los legados. El que lo formalizare en fraude de los legatarios perderá el indicado derecho».

*Art. 39:* «Para la fijación de la falcidia se detraerán los gastos ocasionados por el fallecimiento y los de inventario, así como las deudas y cargas de la herencia y las legítimas, incluso la del heredero que sea legitimario.

Los prelegados no se imputarán a la falcidia y podrán ser objeto de reducción, en su caso, como los demás legados.

No se considerarán reducibles los legados piadosos, benéficos o docentes, los de alimentos, los de deuda propia del testador, los ordenados en pago de legítimas en lo que no exceda de ella, los sublegados, los de bienes cuya enajenación se prohíba al legatario y los exceptuados de reducción por el propio testador. La parte en que dichos legados debieran ser objeto de reducción no afectará a los demás legados reducibles.»

*Art. 40:* «El heredero en quien concurra la condición de legitimario tendrá derecho a la cuarta falcidia, además de su legítima.

El heredero fiduciario no podrá detraer sino una cuarta por falcidia y trebeliánica, que se obtendrá reduciéndose los legados y la herencia fideicomitida en proporción a su respectivo valor».

Murillo Villar señala que la denominada *cuarta Falcidia* «a la inversa», que ya hemos estudiado anteriormente, se mantiene vigente en el art. 34, mientras que en el caso catalán ha sido suprimida, habiendo estado antes regulada en el art. 245.3 CSC: «*Si el fideicomiso de residuo fuera de herencia, el fiduciario no podrá enajenar o gravar la cuarta parte de los bienes hereditarios, que quedará reservada para después de su fallecimiento a favor de los fideicomisarios que, a la sazón, existan, los cuales, en vida del fiduciario, podrán pedir su determinación conformemente a las reglas de la reclamación de la cuarta trebeliánica. El fideicomitente podrá eliminar esta limitación. Se entenderá que la ha eliminado si ha autorizado expresamente al fiduciario para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitados o para entregarlos.* Esta disposición, tal y como Murillo Villar afirma, provenía, a su vez, del art. 212 de la ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. Cfr. A. MURILLO VILLAR, *op. cit.* 714 ss.

disponemos del trabajo, publicado hace ya más de una centuria, de Tamassia, que estudia cómo fue recogida por el Derecho lombardo<sup>794</sup>. El autor apunta que todos los testamentos redactados en época merovingia de los que tenemos constancia se acomodan, en efecto, a las normas romanas, siendo ejemplo de ello el de Abbone Patricio, del 739, que habla de la Falcidia sin que pueda interpretarse que subyazca aquí ninguna idea germánica en esa reserva<sup>795</sup>.

---

<sup>794</sup> El autor señala que Liutprando, rey de los lombardos entre 712 y 744, se valió precisamente de esta institución para asegurar las perspectivas hereditarias de sus hijas. Cfr. N. TAMASSIA, *op. cit.* 4.

<sup>795</sup> Sí es cierto, en cualquier caso, tal y como señala Tamassia, que en las cartas de la abadía de Cluny encontramos ya referencias a una reserva, a la que se le da el nombre de Falcidia, pero cuyo contenido no se corresponde ya con el instituto romano. Así, la carta nº 23, del año 880, habla de la posibilidad de que unos cónyuges, Vualdo y Sierada, fraccionen la *quarta* para beneficiar a otro matrimonio (Erlufo y Odoara).

*Diligendos et multum nobis amabiles virum venerabilem Erlufum et uxore sua Odoara. Nos quidem, in Dei nomine, Vualdo et uxor mea Sierada, pro amore et bona voluntate que circa vos abemus, cedimus adque donamus vobis res que in falcidia nobis reservatam abeamus: oc est quarta porcio, secumdem legem nostram romanam; de ipsas res de ipsa falcidia, sive quarta parcione quot superius jam diximus, tres partes vobis cedimus, et quarta parte in falcidia nobis reservamus; que sunt sitas ipsas res in pago Vienensse, in villas vel in locis que nominantur, in primis in villa Caucilla, et in villa Tercio Super, et in Landatis, et in valle Sivenica, in loco ubi dicilur ad Villa, et in villa que dicitur Moxiago, et ultra fluvium Rodano, in villa que nominantur Aucellatis; oc est in [e]diliciis, casis, casaricis, orlis, areis, vineis, campis, pratis, pascuis, silvis, decemis, rivis, fontibus, arboribus pommifferis et inpommifferis, aquis aquarumque decursibitis, omnia et ex omnibus quicquit in predictas villas vel in predictis locis visi sumus abere, tarn ex ereditate quam ex comparacione ad nos legibus obvenit vel obvenire debet; una cum arboribus et exivis aut omnem suprapositum, usque inexquisitum, vel ad inquirendum est, sicut superius jam diximusde ipsa quarta falcidia, quot nobis reservatam abeamus, tres partes vobis cedimus, et quarla parte nobis in falcidia resservamus, ut abeatís exinde potestatem ad faciendum de ipsas res quit volueritis, perpetualiter adabendi, vendendi, donandi, seul licead vobis commutandi. Et si quis contra anc donacione ista, nos ipsi, aut ullus ex eredibus nostris, venire, dicere, tentare voluerit, non vindicet, set inferat vobis tantum et alium tantum quantum ipsas res eo tempore melioratas valuerint, et ec ornnis presens cessio ista omni que tempore suam oblinead firmitatem, cum stipulacione subnixa. S. Vualdoni. S. Sieradane, qui cesione ista in presente fieri et firmare rogaverunt. Ego Erlenus roitus subscripsi. Ellulfus subscripsi. S. Felganto, S. Siardo, S. Elberto, S. Monberlo, S. Gerardo, S. Geriberto, S. Gotalfredo, S. Vuandalmaro, S. Teudoeno, testibus. Ego Vuaidnys roytus accessione ista scripsi, datavi die mercoris, in mense madio, in anno primo régnante Bosoni rege. (Au dos :) Conquistus Erlulfi, Vie[nnensi] p[ago].*

Como se ve, se fracciona aquí la Falcidia, de la que solo se retiene la cuarta parte. Es inadmisibile pensar que esta pueda dividirse sin límites y que pueda darse el nombre de Falcidia a la cantidad que le resta al

---

heredero, sin ser la *quarta* del total de la herencia. Más bien parece aquí que los herederos se limitan a identificar Falcidia (a veces llamada “Falsicia” en algunos documentos altomedievales) con reserva. Para todo ello, cfr. *ibid.* 22 ss.



## CONCLUSIONES

Faltaba en la literatura romanística un trabajo que abordara en su integridad el derecho del heredero a retener la *quarta Falcidia*. Este objeto de estudio ha sido considerado tradicionalmente como especialmente dificultoso<sup>796</sup>, habida cuenta de la cantidad de textos interpolados en D. 35,2 y 3<sup>797</sup>. Como consecuencia de ello, la mayor parte de los autores que, a lo largo de la última centuria, han investigado de un modo u otro la *lex Falcidia* lo han hecho de modo segmentario, ocupándose de cualquiera de las muchas cuestiones que suscita este derecho de *retentio* del *heres* –estimación del valor de los bienes hereditarios; cálculo del activo y del pasivo; prestación de la *cautio ex lege Falcidia*, etc.– arrojando como consecuencia una atomización de las investigaciones que no ha ayudado a que podamos hacernos una idea completa del fenómeno. Por lo que a nosotros respecta, ya desde una fase muy temprana de nuestro estudio se nos hizo evidente que el material jurídico de que disponemos, a veces ciertamente de difícil comprensión, es lo suficientemente amplio y completo como para hacernos entender el modo en que funcionaba el sistema de la Falcidia en época clásica. Es por ello que el objeto que hemos perseguido aquí ha sido el de ofrecer por vez primera un análisis de cada una de las fuentes existentes, aportando, cuando ha sido necesaria, una crítica textual que, haciéndose presente, no sobrepase los límites de lo medido y razonable, a diferencia de lo que encontramos en otros estudios a propósito de la Falcidia, producto de otros tiempos.

También fue en la andadura de los primeros pasos, siempre tímidos, de la presente investigación, cuando se reveló como importante no solo ofrecer, como decimos, una

---

<sup>796</sup> Se trata, en efecto, de una institución de la que los romanistas modernos se han ocupado escasamente, tal y como Ankum, por poner un único ejemplo, señala. H. ANKUM, *La femme mariée*, cit. 30.

<sup>797</sup> Las monografías sobre esta *lex* resultan hartamente escasas, y con frecuencia contienen interpretaciones exegéticas de D. 35,2 bajo planteamientos científicos y procedimentales hoy superados por la doctrina. La mayor parte de las investigaciones llevadas a cabo desde el pasado siglo XX tienen, pues, un carácter bien superficial, como parte de estudios más amplios de derecho sucesorio –algunos de los cuales, empero, resultan brillantes, como en los casos de Ferrini y Voci: C. FERRINI, *Teoria generale dei legati*, cit.; P. VOCI, *Diritto hereditario romano. Volume secondo*, cit.–, bien centrado en la resolución de alguna incógnita concreta, ya sea la condición de la ley como *lex perfecta*, ya el análisis de cualquier aspecto propio del régimen de aplicación de la *quarta*.

visión lo más completa posible del derecho a la *quarta*, sino también la necesidad de contextualizar del mejor modo posible a la propia *lex Falcidia*. En efecto, ni la conveniencia de esta puede entenderse del todo sin el conocimiento previo de las *leges Furia testamentaria* y *Voconia*, ni este último es tampoco posible si se desconoce el desarrollo histórico y jurídico de la *libertas legandi*. Para entender, entonces, bien las razones por las que el tribuno Falcidio llevó a votación un sistema que frenaba la posibilidad de agotar en legados la totalidad de la masa hereditaria es imprescindible conocer con exactitud cuál era el medio utilizado para ello, así como el régimen normativo precedente, esto es, los límites y las verdaderas aspiraciones, no siempre bien entendidas, de aquellas dos leyes precedentes. Es por esto que nuestro estudio de la *Falcidia* viene precedido por dos capítulos –uno sobre estas cuestiones y otro sobre la propia idea de *lex publica* y su impacto en el *ius*– que, lejos de emborronarlo, entendemos que lo clarifica. De este modo, la estructura del presente estudio se divide en tres estratos bien diferenciados: la reflexión, como decimos, sobre el papel de las *leges publicae* como instrumentos reguladores de la vida ciudadana; el nacimiento de las formas más arcaicas de testamento, así como el de la idea misma de *legatum*; y la aparición y evolución, por último, de las limitaciones introducidas en este ámbito contra el testador, precisamente por la legislación de la asamblea plebeya. La *lex Falcidia de legatis* constituye, naturalmente, la piedra angular de la presente investigación, que busca, como decimos, hacer visible al menos algo del carácter poliédrico de una institución que se mantuvo en vigor y con carácter imperativo durante medio milenio de Historia, y que mal puede comprenderse en su integridad desde estudios que nos ayudan a comprender muchas de sus partes, mas no el todo.

1. No fue una unilateral imposición de Publio Falcidio la promulgación de una ley que ponía freno a la posibilidad de legar ilimitadamente. El mecanismo utilizado, esto es, el sometimiento de un proyecto legislativo al voto (*suffragium*) de la asamblea cívica, excluye tal planteamiento, pues la *lex publica* debe entenderse, a mi juicio, como un acto no solo del magistrado que redacta la *rogatio*, sino que resulta del concurso de voluntades de los distintos agentes políticos (magistraturas, Senado, *populus*). Es la asamblea ciudadana quien presta, o niega, su *iussum*, y decide auto-regularse a través de la ley. Como Lobrano señalaba, es el conjunto ciudadano quien en época republicana concede a un magistrado su condición de tal, y quien, aun después de esto, tutela sus actuaciones mediante la asistencia a las *contiones* y la emisión, finalmente, del voto en la fecha

señalada al efecto. Esta realidad obliga a rechazar ideas tales como que la *lex* constituye una imposición del magistrado, o que es muestra de un acuerdo o contrato entre este y el propio *populus*, en la línea de Mommsen. La *lex publica* romana es, ya lo hemos señalado, producto de las voluntades de los ciudadanos, los magistrados y el Senado. De este modo, si se caracteriza por algo es precisamente por su clara vocación democrática, tal y como se desprende tanto de los textos estudiados en estas páginas –recuérdense Aul. Gell. 10,20,2, así como Gai. 1,1,3– como del propio estudio etimológico del término *lex*. Norma comicial esta última que se abre siempre, no lo olvidemos, con una sección, la *praescriptio*, destinada precisamente a dejar constancia de este carácter democrático, genuinamente romano, que la convierte en la norma jurídica por excelencia. El estudio, por tanto, del papel de las *leges publicae* como instrumentos de reglamentación jurídica y el de las formas arcaicas de testamento y la evolución de la *libertas legandi* constituyen dos caminos que nos conducen, cada uno por su lado, a la reflexión sobre las leyes Furia testamentaria, Voconia y Falcidia.

2. Estas *leges publicae*, naturalmente, ejercen influencia en el ámbito del *ius*. Para este último, y gracias a las amplias esferas de libertad que obtiene el testador merced al *testamentum per aes et libram*, era posible la dispersión de la totalidad del patrimonio hereditario en *legata*, tal y como se refiere en Gai. 2,224. En este sentido, es interesante el hecho de que los tipos de leyes referidos en *Ep. Ulp.* 1,1-2 –*imperfectae, minus quam perfectae, perfectae*– se relacionan íntimamente con su proyección en el mundo del *ius civile*. Las llamadas imperfectas, las más antiguas, operan valiéndose en buena medida de la herramienta procesal de la *exceptio*, tal y como sucedía en el caso de la *lex Cincia*, probable modelo de la *lex Furia testamentaria*. Para el tiempo de esta última, que es *minus quam perfecta*, se habría normalizado ya la posibilidad de que la propia legislación comicial llegase a sancionar conductas que, con carácter previo, no eran consideradas necesariamente como enemigas del *ius*. Las *leges Voconia* y *Falcidia*, por su parte, son expresivas de la situación de arriba en esta evolución del papel de la *lex* respecto del *ius civile*: en su condición de leyes perfectas, prevén la nulidad de los actos a ellas contrarios. En el caso de la Falcidia, esto implica que la situación de partida descrita en Gai. 2,224 se hace ahora inadmisibile, operándose la reducción automática de los legados que se consideren como excesivos.

3. Solo tras el descubrimiento de los fragmentos inéditos de Gai. 3,154 los romanistas han prestado cierta atención –minoritaria, desde luego, en comparación con la

dispensada a otras materias— al estudio del derecho hereditario previo a la etapa clásica. Que la novedad de la institución del *consortium hereditarium* trajese consigo un aumento de publicaciones sobre esta materia, al menos durante algunos años, es sintomático de que el interés, a veces escaso, de la doctrina por esta parcela de la historia del *ius civile* se ha debido tradicionalmente a causas tan comprensibles como la escasez de fuentes informadoras, ya sea jurídicas o literarias, y al hecho de que las conservadas fuesen en exceso tardías. El hecho de que la constitución del consorcio se produjese *ipso iure* con la muerte del *paterfamilias* y que el heredero que así lo desease precisase de efectuar la acción divisoria evidencia que para la mentalidad romana más antigua la conservación de la *res familiaris* dentro de los límites de la familia agnaticia constituía la piedra angular de todo el fenómeno sucesorio. El respeto futuro a esta realidad tendrá consecuencias de enorme importancia en el modo en el que la legislación romana abordó el problema de las liberalidades testamentarias.

4. En lo que atañe al *testamentum calatis comitiis*, su invención parece obra estrictamente romana, puesto que no resulta convincente la aproximación que realiza Coli entre él y el testamento griego, que se introdujo como forma de adopción simplificada solo a partir de época de Solón, para cuando hacía ya mucho que los *comitia curiata* eran una realidad plenamente operativa en Roma. Naturalmente, no podemos saber a partir de qué momento histórico exacto se comenzó a testar ante esta asamblea cívica, pero la prelación de esta en el tiempo respecto del testamento de Solón implica, lógicamente, rechazar la posibilidad de que este último ejercitase algún tipo de influencia en el *testamentum calatis comitiis*. Con relación al contenido de este último, hemos defendido que debió de proveer de un heredero a quien careciese de ellos para asegurar la continuidad del culto a la religión doméstica, lo cual emparenta indudablemente a esta figura, en efecto, con el fenómeno adoptivo. Piénsese, en este punto, en el hecho de que la realidad práctica concebía el acto de testar como un acontecimiento de carácter especialísimo, que debía realizarse en fechas muy puntuales del calendario y ante la presencia del *populus* y del pontífice máximo, compartiendo rasgos formales con la *adrogatio*. Separar al primer testamento conocido en Roma de esta última es tarea, como se ha visto, compleja, en la que deben descartarse muchos de los puntos de vista defendidos por la doctrina, nunca abundante, que ha estudiado esta problemática. En efecto, en algo debía diferenciarse el testamento comicial de la mera arrogación, y no puede defenderse, como se ha pretendido, que la inminencia de la muerte fuese el

elemento con el que separar a ambas figuras. Tal idea no es factible, teniendo en cuenta que tan solo se admitía testar dos días al año. Tampoco parece que pueda situarse, a manera de elemento diferenciador, el papel del *populus* reunido en asamblea, pues en absoluto es descartable, como hemos apuntado, que esta última tuviese un carácter no solamente presencial, sino también deliberativo en el caso del testamento comicial –esto no parece predicable del *testamentum in procinctu*, una especie de equivalente del testamento comicial bajo circunstancias bélicas–. Así las cosas, entendemos que la teoría propuesta en su día por Voci, consistente en entender que el *testamentum calatis comitiis* posibilitaba la incorporación de un heredero que perdía sus expectativas hereditarias por el posterior nacimiento de un *suus*, es la única de las planteadas por la doctrina que resuelve el problema de manera satisfactoria, si bien, como hemos tenido ya oportunidad de señalar, tiene un alto contenido especulativo.

5. El *testamentum in procinctu* es una institución oscura, sobre la que resulta imposible tratar sin recurrir a hipótesis. Sabemos con cierto detalle cuáles eran los requisitos formales precisos para su celebración, pero de su contenido nada conocemos a ciencia cierta. Probablemente se tratase, nuevamente, de la adopción de un heredero cuando se careciese de él, formulada ante la inminencia de la batalla y el consiguiente riesgo de pérdida de la vida, y sin tener que esperar, pues, a las concretísimas fechas en las que se permitía la celebración del testamento comicial. Parece también poder descartarse que los testigos que debían encontrarse presentes en el acto pudiesen ejercer el voto, como sí pudo ocurrir *calatis comitiis*.

6. Es problemática la aceptación de que estas dos formas primitivas de testamento permitiesen ya al testador dejar legados, pues aquello que se transmite, la *familia*, resulta de todo punto indisponible. La posibilidad de efectuar *legata* quedaría, pues, reducida respecto de aquellos bienes que fuesen de titularidad privada del *paterfamilias* y de los cuales ha indicado la doctrina que podrían no incluirse en la masa hereditaria. En auxilio de esta interpretación viene la Tab. V,3 con la regla *uti legasset suae rei, ita ius esto*. El posesivo *suae* indica aquí que la regla se refiere a un conjunto de bienes perfectamente individualizable y susceptible de legado. La expresión *familia pecuniaque* parece constituir, de hecho, un modo de referir la integridad del patrimonio, compuesto por esos dos elementos: los bienes personales del testador, respecto de los que la ley decenviral parece admitir una especie de antecedente histórico del *legatum per vindicationem*, y aquellos otros que se transmiten a los herederos aun por vía intestada. Que la expresión

se abandone en textos posteriores y se vea sustituida simplemente por *pecunia* no es otra cosa que una muestra de lo innecesario de tal matiz en una época en la que estaba ya plenamente asentada la idea de que el testador debía gozar de amplias esferas de libertad respecto de la decisión del destino de sus bienes. Esto último es propio del *testamentum per aes et libram*.

7. Desde la ley decenviral se observa un fenómeno de progresiva patrimonialización de la herencia y de pérdida de importancia de los *sacra*, todo ello unido a la paulatina crisis de los comicios por curias. Ello, junto a la dificultad de convocar a la totalidad del *populus* para testar, conllevó sin duda la desaparición del *testamentum calatis comitiis* en provecho de la *mancipatio familiae*, cuya aparición histórica, imposible de fechar con certeza, debió acontecer en tiempo posterior a las XII Tablas. Esta mancipación de la herencia supone una clara flexibilización del régimen precedente, pues permitió testar a aquella persona que se encontrase en súbito peligro de muerte, posibilidad esta no amparada en el régimen precedente, en el que solo se admitía, como hemos apuntado ya reiteradamente, la celebración del testamento durante dos días al año. Ahora bien, la doctrina ha entendido mayoritariamente, con razón, que esta mancipación, en la que no hay *heredis insitutio*, no puede ser considerada como un genuino testamento, al tratarse de un acto *inter vivos* en el que el *familiae emptor* no ocupa, como decimos, la posición del heredero.

8. Por Pomponio sabemos que la jurisprudencia romana utilizó la regla *uti legassit* de la Tab. V,3 como base sobre la que establecer el principio de libertad del testador de ordenar la *successio* a su gusto (D. 50,16,120 [Pomp. 5 *ad Q. Muc.*]). Naturalmente, no podemos defender que existiese la libertad de testar en tiempo de los decenviros. El testamento libral es muestra, como se ha demostrado, de un cambio de visión en el modo de enfocar la sucesión testamentaria: el testamento deja de ser un acto de interés de la comunidad para serlo a título puramente individual. La utilización de la forma mancipatoria y la *interpretatio* extensiva de lo dispuesto en la Tab. V,3 trajeron consigo la posibilidad de que el testador dispusiese libremente del destino de los bienes hereditarios, hasta el punto de llegar incluso a agotar la herencia en *legata*. La consecución de esta amplia libertad es una muestra de cómo el genio jurídico romano fue capaz de evolucionar jurídicamente no ya, como hemos tenido oportunidad de señalar previamente, partiendo de la base del respeto de la tradición –lo cual ya de por sí es tarea compleja– sino incluso utilizándolo para obtener dichos cambios.

9. Desde muy pronto, debió de percibirse como una consecuencia indeseada de las libertades propias del *testamentum per aes et libram* la referida posibilidad de dejar al heredero la condición vacía de tal, repartiendo en legados en provecho de terceros la integridad de la masa hereditaria. Es creíble, por tanto, que la generalización del testamento libral se produjese muy pocos años antes de la aparición de la *lex Furia testamentaria*, promulgada para corregir una situación que atentaba contra la visión tradicional de la sucesión, caracterizada por su naturaleza familiar.

10. Las leyes Furia y Voconia debieron ser medidas de carácter antisuntuario que, en su respeto por la *libertas legandi*, no establecieron una reserva realmente efectiva a favor del heredero como la de la posterior *lex Falcidia*. El objetivo último de la *lex Furia testamentaria* no debió ser otro, pues, que el de erigirse, como la anterior *lex Cincia*, en un instrumento útil contra el que combatir el lujo excesivo en una época que gran bonanza económica. La ley otorgaba al heredero un cierto beneficio, naturalmente, pero siempre y cuando el testador no hubiese decidido despojarle por completo de los bienes hereditarios, decisión ésta contra la que nada establecía. Es aquí donde la *lex* se nos manifiesta hábil en lo que he dado en llamar un «juego de equilibrios»: posicionaba al heredero, frente al legatario, como protagonista indiscutido del fenómeno sucesorio en consonancia con la visión tradicional de este último, al tiempo que amparaba la *voluntas testatoris*.

11. Con relación a la ley Voconia y su prohibición de instituir herederas a las mujeres pertenecientes a la primera clase del censo, no consideramos defecto de la misma ni la posibilidad de destinar a estas la integridad de los bienes hereditarios por medio de la figura del fideicomiso universal ni tampoco el hecho de que nada estableciera contra el supuesto de que la mujer que no concurriese con otros herederos recibiese la herencia íntegra *ab intestato*. Debemos recordar que lo que busca esta legislación es precisamente la evitación de la dispersión del patrimonio hereditario más allá de los límites familiares, y de ahí que la inacción de la ley Voconia en el supuesto que tratamos sea de todo punto lógica, tal y como señalara hace más de un siglo Senn, para ser posteriormente olvidado por la doctrina actual. La ley, desde este punto de vista, comparte rasgos comunes con la anterior *lex Furia testamentaria* –bien pudo promulgarse por considerarse con el tiempo excesivamente pequeña la suma de mil ases contemplada por aquella– contemplando un reforzamiento de la protección del heredero y manteniéndose, empero, distante, de la atribución en su beneficio de una reserva de cuantía fija. Considero que estas reflexiones

nos permiten aproximarnos mejor a unas leyes que la doctrina ha tendido habitualmente a desdeñar de antemano como perversas.

12. El principio del *favor testamenti* inspira la aparición de la *lex Falcidia de legatis* en mayor medida que la de las *leges Furia y Voconia*. Sin embargo, no fue exclusivamente el interés de proteger al *heres* instituido y de dar cumplimiento a la *voluntas testatoris* el que motivó la aparición histórica de esta ley. Hace un siglo, Karlowa apuntó que su aparición también podría haber tenido fines fiscales (Cass. Dio. 48,33,5; 48,34,1-2; App. bell. civ. 5,8,67), si bien no desarrolló la idea ni tan siquiera mínimamente y su planteamiento no tuvo seguimiento por la doctrina, más que de manera puramente anecdótica, hasta la publicación reciente de un trabajo de Ortuño Pérez.

13. En coherencia con lo anterior, aventuro que es lo más posible que: a) la *lex Falcidia* fuese una medida acordada en el marco de la paz de Brindisi, en la que Octavio y Antonio debieron buscar una forma de financiar la guerra, comprometiéndose recíprocamente a actuar de común acuerdo cesando en sus intentos de pactar con Sexto Pompeyo para luchar contra el contrario; y b) que la iniciativa debió corresponder, sin duda, a Octavio, puesto que Antonio disponía ya de un pacto jurado con el pirata que rompió tras el encuentro. Lo referido en las fuentes históricas acerca de esta negociación, unido a la creación del impuesto al que antes aludíamos y el poco casual hecho de que la *lex Falcidia* se rogase en el mismo año 40 a.C. dejan poco margen para hablar de casualidad.

14. Durante más de un siglo, podía eludirse el efecto de la *lex Falcidia* acudiendo a la figura del fideicomiso, lo cual evidencia que esta, en los primeros años, cumplía una finalidad no solo orientada a la protección del heredero, sino también recaudatoria. El escenario cambia a partir de la irrupción en escena del senadoconsulto Pegasiano: la extensión del régimen de la *quarta* al ámbito de los *fideicomissa* evidencia a las claras que la *Falcidia*, en los años centrales del siglo I d.C., superadas ya las crisis intestinas que marcan la etapa final republicana, se había revelado claramente para entonces no solo como un instrumento recaudatorio, sino como uno verdaderamente útil para incentivar la aceptación de la *hereditas* y evitar así la caída del testamento y la apertura de la *successio ab intestato*. Este fin, naturalmente, siempre debió estar presente, desde el momento mismo de la promulgación de la *lex*, poniéndose su éxito de relieve con su extensión a los fideicomisos. Realmente, esta segunda fase histórica es lo que la doctrina, sin tener en



cuenta las más que posibles motivaciones fiscales que, junto con la protección de los intereses del *heres*, motivaron la aparición de la ley, ha considerado como punto de partida o «fase uno». Posteriormente, el régimen de la *quarta* vuelve a mudar su naturaleza en época justiniana –he ahí la tercera «vida» de la ley– convirtiéndose en una disposición voluntaria que sirve como modelo de la moderna legítima y que Justiniano se cuida de conservar, por mucho que haya doctrina que defienda la existencia de una tendencia contraria a la Falcidia en el siglo VI.

14. No es cuestionable tampoco que en la época en la que se promulgó la ley Falcidia se había asentado ya, y probablemente, como decimos, desde antiguo, la idea de que el heredero debía disponer de un mínimo indisponible en caso de desheredación injustificada. De la llamada sucesión forzosa formal, consistente en evitar la preterición del *heres suus*, se había pasado a la adquisición de una reserva del patrimonio hereditario a consecuencia de la impugnación del testamento inoficioso ante el tribunal centunviral merced al sistema de la *querella inoficiosi testamenti*, cuya antigüedad, como ha demostrado el profesor Ribas Alba, antecede en mucho a lo que tradicionalmente ha venido defendiéndose desde la doctrina. Resulta de interés, en este sentido, el hecho de que en el mismo año de promulgación de la ley Falcidia, Octavio y Antonio restituyen la cuarta parte de los patrimonios confiscados a los proscritos (Cass. Dio. 48,36,4; App. *bell. civ.* 5,72) evidenciando que existía la idea de que la *quarta* venía a constituir una cantidad mínima de la que nadie debía verse despojado. Esta idea del *quadrans* terminará por influir notablemente, como es sabido, en el propio sistema de la *querella inoficiosi testamenti*.

15. Pertenece la *lex Falcidia*, como hemos señalado antes, a la categoría de las *leges perfectae*, si bien el estudio de las posturas de Schwarz, Bonifacio, Di Paola y Talamanca obliga a concluir que el efecto de la perfección de la ley no era el de la consideración del acto contrario como inexistente. Hasta la fecha, no existe ningún trabajo que haya desarrollado ampliamente esta cuestión a propósito de la ley que sometemos a estudio, más allá de los de Schwarz y Bonifacio, muchos de cuyos planteamientos resultan hoy claramente obsoletos. La mayoría de las investigaciones que se han sucedido a propósito de la triple clasificación del *Ep. Ulp.* versan, pues, sobre esta en sí misma, y no a propósito de lo concerniente a la reducción de los *legata* por aplicación del régimen de retención de la *quarta Falcidia*. A día de hoy, como se ve, ni es lógico negar el carácter perfecto de la *lex Falcidia* por el hecho de que el heredero deba invocarla para obtener la

reducción de los legados, ni tampoco lo es por la presencia de los verbos *revocare* o *rescindere* en las fuentes. Sin embargo, nuestro distanciamiento de los planteamientos de Schwarz no puede conllevar en absoluto una plena adhesión a los de un Bonifacio en cuyo trabajo se echa en falta una mayor profundización sobre la propia idea de perfección de la ley, al tiempo que somete a los fragmentos estudiados del Digesto a un análisis que, bajo los actuales parámetros de investigación romanística, resulta en exceso crítico con el fenómeno de las interpolaciones.

De todo lo expuesto se concluye que no es problemático afirmar que la ley Falcidia, como decimos, junto con la *lex Voconia*, pertenecen a la categoría de las *leges perfectae*. Este carácter perfecto ni está reñido con el uso de estipulaciones pretorias como la *cautio ex lege Falcidia*, ni con el de la *exceptio doli*, ni produce la idea de inexistencia del acto contrario, sino más bien la de la ineficacia del exceso de los legados, que se asignan al heredero.

16. Desconocemos con exactitud cuáles eran la totalidad de las disposiciones contenidas en la *rogatio* de la *lex Falcidia*. Paulo reproduce, hay que suponer que literalmente, parte de la misma en D. 35,2,1,1 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), sin que encontremos ahí referencia alguna a los legados de cosas compradas o dispuestas a la mujer. Gayo señala que la propia *lex* se refería a ellos en D. 35,2,81,2 (Gai. 18 *ad ed. prov.*). Desconocemos, por tanto, hasta qué punto procede mucho de lo dispuesto en D. 35,2 de la *interpretatio prudentium* o de la letra de la propia ley.

17. Hubo *ius controversum* a propósito de diversos aspectos relacionados con el régimen de la Falcidia. Uno de ellos fue el de la cuestión de si el pretor debía auxiliar al heredero que, según se expone en D. 35,2,1,3 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*), debió prestar la *cautio ex lege Falcidia* conforme a D. 35,3,4 (Paul. 75 *ad ed.*) y no lo hizo, o si este último pierde el derecho de retención de la *quarta* (D. 35,3,1,7 [Ulp. 79 *ad ed.*]).

18. Pueden ser reducidos por causa de la ley Falcidia todos los legados sobre los que se expresa Paulo en D. 35,2,1,7 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*). Son, también, reducibles los dejados a los dioses y municipios porque no se mira al destinatario de los mismos. Es Justiniano, en este sentido, quien deja exentos de reducción los legados *piae causae* (Nov. 131,12).

19. Gayo apunta que la estimación del valor de los bienes hereditarios ha de realizarse al tiempo de la muerte del testador, sin tener en consideración posteriores aumentos o disminuciones (D. 35,2,73 pr. [Gai. 18 *ad ed. prov.*]). Esto presenta, como efecto beneficioso para el heredero, el que este percibe tales incrementos futuros (adquisiciones por parte de esclavos, extinciones de servidumbres, nacimiento de crías de animales o de hijos de esclavos, etc.) sin que se tengan en consideración a efectos de calcular el *quadrans*. En un sentido inverso, si el patrimonio hereditario se ha reducido en el tiempo que media entre el fallecimiento del testador y la *aditio* hasta el punto de que el heredero ni siquiera puede retener la *quarta*, lo lógico es que rechace la herencia y se proceda a la apertura de la sucesión *ab intestato*. En este escenario, los legatarios son libres, naturalmente, de pactar con él una reducción de los *legata* a efectos de evitar la caída del testamento y percibir así algo de lo que el testador les destinó.

Esta estimación de los bienes ha de realizarse atendiendo únicamente a su valor objetivo (*verum pretium*), conforme a D. 35,2,42 (Ulp. 14 *ad ed.*).

20. En el supuesto de que el heredero satisfaga erróneamente al legatario la totalidad del legado, sin reducir, dispondrá a su favor de la *rei vindicatio* como herramienta defensiva, así como de la *vindicatio pro parte* en el caso del *legatum per vindicationem* de cosa divisible, conforme a D. 35,2,1,11 (Paul. *sing. ad l. Falcid.*) y D. 43,3,1,5 (Ulp. 67 *ad ed.*). En caso de error de derecho, no es procedente la interposición de la *condictio indebiti* (D. 22,6,9,5 [Paul. *sing. de iuris et facti ign.*]). Si es el legatario el que, sin mala fe, incurre en plurispesición al exigir la satisfacción íntegra de los *legata*, podrá darse en su contra una *vindicatio incertae partis* (D. 6,1,76,1 [Gai. 7 *ad ed. prov.*]) o la *actio communi dividundo* (D. 10,3,8,1 [Paul. 23 *ad ed.*]).

21. El sistema de la *lex Falcidia*, aun orientado a la protección del heredero, puede también ser una herramienta de utilidad para la defensa del legatario, en determinadas condiciones. Es el caso de quien ostenta al mismo tiempo la condición de legatario y fiduciario, conforme a D. 35,2,32,4 (Maec. 9 *de fideic.*): en el supuesto de que el *heres* reduzca el *legatum* por causa de la Falcidia, aquél podrá hacer otro tanto con el fideicomiso, a efectos de no verse económicamente perjudicado. Ahora bien, esta reducción del fideicomiso no es posible cuando no consiste en la transmisión de una cantidad, sino, por ejemplo, en la manumisión de un esclavo propio o en la compra y manumisión de uno ajeno. Es interesante, en este punto, señalar que no procede el derecho

de retención del heredero en el caso del legado de un esclavo con el fideicomiso de manumitirlo cuando no existen otros *legata* dejados a la misma persona. En efecto, no puede prolongarse la situación de esclavitud por causa de la Falcidia.

22. El sistema de retención de la *quarta Falcidia* puede traer consigo la práctica de más de una reducción de los legados. Así ocurre, por ejemplo, cuando estos no solo sobrepasan del *dodrans*, esto es, de las tres cuartas partes de la *hereditas*, sino que superan también el propio activo hereditario. En este escenario, y de conformidad con lo expresado en D. 35,2,73,5 (Gai. 18 *ad ed. prov.*), será preciso reducir primeramente los *legata* a efectos de que no superen del límite de la herencia, procediéndose después a una nueva reducción orientada a la percepción de la *quarta* por parte del heredero.

23. La ley Falcidia es una institución de derecho público y de carácter, por tanto, imperativo, de manera que en época clásica el testador no está facultado para privar al heredero del beneficio de la *quarta* (D. 35,2,15,8 [Pap. 13 *resp.*]). Es de gran interés, en este punto, la afirmación de Marcelo en D. 35,2,56,5 (Marcell. 22 *dig.*) de que el *heres* que hubiese recibido el *quadrans* del patrimonio del causante ya en vida de este, perdía el derecho a reclamar la *quarta*, tras su muerte. Semejante cosa equivale, como se ve, a dejar en manos del testador la aplicabilidad del régimen de la *quarta*, que devendría por completo inútil en ese caso. Es evidente, por tanto, que el fragmento debe encontrarse muy interpolado, pues llega a hacer de la Falcidia un instrumento incomprensible. En la medida en la que Justiniano terminaría por establecer precisamente la posibilidad de que el testador excluyese la Falcidia, deben caber pocas dudas en lo que se refiere al porqué de la adulteración del texto. Pero conviene, a mi juicio, ser cauto en lo que se refiere a la mayoría de las interpolaciones en D. 35,2, que afectan más, según hemos visto, a aspectos formales que sustanciales, esto es, recaen más sobre la forma que sobre el fondo mismo de los asuntos.

Otro texto que debió manipularse a efectos de acomodarlo al pensamiento justiniano es D. 35,2,64 (Ulp. 13 *ad l. Iul. et Pap.*), donde se dice que debe respetarse lo dispuesto en un testamento cuando el causante obliga al heredero a transmitir un legado y la retención de la Falcidia. Como se ve, esto implicaría dejar la imperatividad de la ley Falcidia en manos del testador, y de ahí que quepa defender que el tenor originario del texto ulpiano iría en la misma línea de D. 35,2,46 (Ulp. 76 *ad ed.*), que establece, en la medida en la que el derecho de retención del *heres* es renunciabile, que la promesa por

parte de este último de transmitir la *quarta* es vinculante. Estos textos, como puede observarse, han sido adulterados a efectos de adueñarlos al pensamiento justiniano. Habida cuenta de la abundancia de fuentes disponibles a propósito de la *Falcidia*, ello no supone, afortunadamente, que nos sea imposible la comprensión del instituto, ni la reconstrucción de su régimen de funcionamiento.

24. A pesar de este carácter imperativo de la *lex Falcidia* existieron excepciones, no obstante, a su aplicabilidad. Una de ellas podía producirse cuando el heredero se negaba a transmitir el legado afirmando falsamente que el bien en cuestión no formaba parte del patrimonio hereditario. En este caso, el *heres* que actúa, de este modo, con malicia, podía llegar a perder su derecho de retención de la *quarta*, conforme a lo dispuesto en D. 35,2,68,1 (Mac. 2 *ad vicens. hered.*). Otra se daba en el caso de que el heredero traicionara la *voluntas testatoris* haciendo caer deliberadamente un fideicomiso (D. 35,2,59 pr. [Mod. 9 *pand.*]).

25. Resulta innegable, por tanto, la influencia del instituto de la *quarta Falcidia* en nuestra moderna idea de legítima, consagrada ya en el Fuero Juzgo (ley 1ª, título 5, libro 4) y en el Fuero Real (ley 9ª, título 5, libro 3; ley 7, título 12), que obligaba a reservar cuatro quintas partes de los bienes a favor de los hijos o nietos, con independencia de un tercio de mejora. La medida aparece igualmente contemplada en las leyes de Toro (números 9,10,12 y 28) y se confirmó en el artículo 642 del Código civil de 1851 así como el posterior proyecto de 1882. El artículo 808 de nuestro actual Código atribuye, como es sabido, las dos terceras partes de la herencia a manera de legítima a los hijos y descendientes<sup>798</sup>.

---

<sup>798</sup> Para un análisis de estos textos, véase L. MONTOJO Y BURGUERO, *op. cit.* 18 ss.



## BIBLIOGRAFÍA

- B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto ereditario antico* (Palermo 1949) 94 ss.
- E. ALBERTARIO, *Sul diritto dell'herede estraneo alle opere dei liberti*, en *Studi di Diritto romano*, IV (Milano 1946).
- G. ALFÖLDY, *La manumisión de esclavos y la estructura de la esclavitud en el Imperio Romano*, en *Papeles del Laboratorio de Arqueología de Valencia* 9 (Valencia 1973) 99 ss.
- G. ALFÖLDY, *Römische Sozialgeschichte* (Wiesbaden 1979).
- M. AMELOTTI, *Un nuovo testamento «per aes et libram»*, en *SDHI* 15 (Roma 1949) 34 ss.
- M. AMELOTTI, *La «donatio mortis causa» in Diritto romano* (Milano 1953). Rec.: J. A. ARIAS BONET, en *Iura* 5 (Napoli 1954) 288 ss.; M. KASER, en *ZSS* 71 (Weimar 1954) 447 ss.
- M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I: Le forme classiche di testamento* (Firenze 1966). Rec.: E. SEIDL, en *SDHI* 32 (Roma 1966) 341 ss.; H. J. WOLFF, en *ZSS* 84 (Weimar 1967) 493 ss.
- L. AMIRANTE, *In tema de acquisto del legato per vindicationem*, en *Iura* 3 (Napoli 1952).
- C. ANDO – J. RÜPKE, *Religion and Law in classical and Christian Rome* (Stuttgart 2006). Rec.: E. JAKAS, en *ZSS* 127 (Weimar 2010) 620 ss.
- F. J. ANDRÉS SANTOS, *En torno al origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges: una reconsideración crítica*, en *BIDR* 103-104 (Milano 2000-2001) 317 ss.
- H. ANKUM, *Verbotsgesetze und Ius Publicum*, en *ZSS* 97 (Weimar 1980) 302 ss.
- H. ANKUM, *La femme mariée et la loi Falcidia*, en *Labeo* 30 (Napoli 1984) 28 ss.

- H. ANKUM, *Papinians lehre zum legatum per praeceptionem* (Berlin 1991).
- A. APARICIO PÉREZ, *Las grandes reformas fiscales del Imperio Romano (Reformas de Octavio Augusto, Diocleciano y Constantino)* (Oviedo 2006).
- A. APARICIO PÉREZ, *La fiscalidad en la historia de España. Epoca antigua: años 753 a.C a 476 d.C.* (Madrid 2008).
- V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Gaio* (Firenze 1933).
- V. ARANGIO-RUIZ, *Il nuovo Gaio*, en *BIDR* 42 (Napoli 1934) 537ss.
- V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (1950; reimp. Napoli 1965).
- V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*. Trad.: F. de Pelsmaeker e Iváñez. 5ª ed. (Madrid 1994).
- P. ARCES, *Appunti per una storia dei tentativi di palingenesi della legge delle XII Tavole*, en *Rivista di Diritto Romano* 8 (Milano 2008) 10 ss.
- P. ARCES, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre mortis causa*, en *RDDR* 11 [online] (2011).
- A. ARJAVA, *Woman and Law in the late Antiquity* (Oxford 1998). Rec.: H. H. SCHWARZBAUER, en *ZSS* 115 (Weimar 1998) 663 ss.
- C. ARNÒ, *Le due grande correnti della giurisprudenza romana* (Modena 1926) 24 ss.
- C. ARNÒ, *L'alienazione della cosa legata* (Torino 1939). Rec.: G. GROSSO, en *SDHI* 6 (Roma 1940) 189 ss.
- A. ASCOLI, *Sulla legge Cincia*, en *BIDR* 6 (Roma 1893) 173 ss.
- R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in Diritto romano* (Padova 1979). Rec.: G. WESENER, en *SDHI* 31 (Roma 1965) 389 ss.
- J. J. BACHOFEN, *Die lex Voconia: Und die Mit ihr Zusammenhangenden Rechinstitute* (Basel 1843).
- M. BALESTRI FUMAGALLI, *Riflessioni sulla «lex Voconia»* (Milano 2011). Rec.: C. CORBO, en *SDHI* 75 (Roma 2009) 701 ss.



- A. BARRIO GALLARDO, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos* (Madrid 2012).
- G. BAVIERA, *Leges imperfectae, minus quam perfectae e perfectae*, en *Studi Fadda* 2 (Napoli 1906).
- J. BAYET, *La religión romana. Historia política y psicológica*. Trad.: M. A. Elvira (Madrid 1984).
- O. BEHRENDTS, *La mancipatio nelle XII Tavole*, en *Iura* 33 (Napoli 1982) 46 ss.
- J. BELDA MERCADO, *La obligación de garantía por evicción del comprador en Derecho romano clásico*, en *AFDUDC* 8 (Coruña 2004) 119 ss.
- K. J. BELOCH, *Römische Geschichte bu zum Beginn der punischen Kriege* (Berlin-Leipzig 1926).
- M. M. BERMEJO PUMAR, *La legítima*, en *Instituciones de Derecho Privado, 5. Sucesiones, 2. Las atribuciones legales* (Coord. M. GARRIDO MELERO) (Navarra 2005).
- A. BERNARDI, *Dagli ausiliari del «rex» ai magistrati della «respublica»*, en *Athenaeum* 30 (Pavia 1952)
- A. BERNARDI, *Le XII Tavole: I contenuti legislativi*, en AA.VV. *Storia di Roma, I* (Torino 1988).
- R. BERNAD, *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*, en *RIDROM* [online] (2014-2015).
- F. BETANCOURT, *El libro anónimo «de interdictis». Codex Vaticanus Latinus n° 5766* (Sevilla 1997).
- E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni in Roma dal 133 all'88*, en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 57 ss.
- E. BIANCHI, «Modernità» e riflessioni teoretiche sul carattere prescrittivo de la lex in *Gai. 3.194*, en *SDHI* 79 (Roma 2013).
- U. BIANCHI (ed.), *The notion of «religion» in comparative research* (Roma 1990).

- J. BINDER, *Die plebs* (Leipzig 1909). Rec.: P. KOSCHAKER, en *ZSS* 31 (Weimar 1910) 450 ss.
- B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)* (Milano 1954).
- B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación. Segunda edición revisada*. Trad.: Manuel Fairén (Barcelona 1960).
- B. BIONDI, s. v. «Legato», en *NNDI* (Torino 1965).
- B. BIONDI, s. v. «Prelegato», en *NNDI* 13 (Torino 1966).
- A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, en *BIDR* 48 (Roma 1942).
- A. BISCARDI, *Sul concetto romano di «lex»*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, I (Madrid 1988).
- A. BISCARDI, *La ley Poetelia Papiria y la transfiguración del concepto primordial de obligatio*, en *SCDR* 2 (Madrid 1990) 1 ss.
- J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik* (München 1955).
- J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Recht in der römischen Republik* (Berlin 1975).
- G. BLOCH, *La république romaine, les conflits politiques et sociaux* (Paris 1913).
- P. BONFANTE, *Res Mancipi e res nec Mancipi* (Roma 1888-89).
- P. BONFANTE, *L'eredità e il suo rapporto coi legati*, en *BIDR* 7 (Milano 1894) 151 ss.
- P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, en *BIDR* 27 (Roma 1914) 97 ss.
- P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I (Milano 1923).
- P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*, 3 (Torino 1926).
- P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano, VI. Le successioni. Parte generale* (Milano 1930).
- P. BONFANTE, *L'origine dell'«hereditas» e dei «legata»*, en *BIDR* 4 (Roma 1937) 97 ss.

- P. BONFANTE, *Istituzioni di Diritto romano* (Torino 1957).
- F. BONIFACIO, *Ricerche sulla lex Falcidia de legatis* (Napoli 1948). Rec: E. H. KADEN, en *Iura* 1 (Napoli 1950).
- F. BONIFACIO, *In tema di «lex Falcidia»*, en *Iura* 3 (Napoli 1952) 229 ss.
- N. BORRAGÁN, *La mujer en la sociedad romana del alto imperio* (siglo II d.C.) (Oviedo 2000).
- G. W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies. From their origin to the end of the Republic* (New York 1909).
- J. BRAGE CAMAZANO, *El testamentum militis*, en *Revista jurídica del notariado* 62 (Madrid 2007) 43 ss.
- M. J. BRAVO BOSCH, *Sobre el dolo y la culpa en la iniuria*, en *AFDUDC* 11 (Coruña 2007) 81 ss.
- M. BREONE, «Consortium» e «communio», en *Labeo* 6 (Napoli 1960) 163 ss.
- J. A. BUENO DELGADO, *Influencias cristianas en el desarrollo de las piae causae*, en M. BARCIA LAGO – M. FUENTESECA DEGENEFFE (dir.), *Varia studia. Libro-homenaje al prof. dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario* (Pontevedra 2015) 275 ss.
- G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer* (Madrid 2014).
- A. BURDESE, *Dubi in tema di naturalis obligatio*, en G. GROSSO (Coord.), *Studi in onore di Gaetano Scherillo* 2 (Milano 1972) 485 ss.
- A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, en *SCDR* 1 (Madrid 1989) 175 ss.
- M. H. CAGNAT, *Étude historique sur les impôts indirects chez les romains jusqu'aux invasions des barbares* (Paris 1882).
- A. CALONGE, *El pontifex maximus y el problema de la distinción entre magistraturas y sacerdocios*, en *AHDE* 38 (Madrid 1968) 5 ss.

- A. CALZADA, *Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere velint*, en *Iura* 59 (Napoli 2011) 151 ss.
- C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea* (Madrid 1996).
- A. CARCATERRA, *La hereditatis petitio (Primi appunti)*, en *ZSS* 62 (Weimar 1942) 441 ss.
- F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli 1960). Rec. B. BIONDI, en *Iura* 12.2 (Napoli 1961) 263 ss.; Rec. G. WESENER, en *ZSS* 78 (Weimar 1961) 485 ss.
- F. J. CASINOS MORA, *Evicción y responsabilidad por evicción en Derecho romano* (Valencia 2000).
- F. CÀSSOLA – L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*. 3<sup>a</sup> ed. (Roma 1991).
- S. CASTÁN, *Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El testamentum calatis comitiis y su relación con la sucesión intestada*, en *RIDROM* [on line] (2011-2013).
- S. CASTÁN, *Endogamia matrimonial, política y de clase en Roma: un modelo antiguo de exclusión social*, en *SDHI* 81 (Roma 2015) 121 ss.
- J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 6.2 (Madrid 1979).
- A. CASTRESANA HERRERO, *Algunas observaciones sobre la condición femenina en Roma*, en *SCDR* 3 (Madrid 1991) 53 ss.
- A. CASTRESANA HERRERO, *La palabra como ars iuris*, en *DIC MIHI, MVUSA, VIRVM: Homenaje al profesor Antonio López Eire* (Salamanca 2010) 105-112.
- A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo: Estudio de Derecho sucesorio romano* (Sevilla 2002).
- A. CASTRO SÁENZ, *Crónica de un desencanto: Cicerón y Servio Sulpicio Rufo a la luz de las «Cartas a Ático»*, en *SDHI* 70 (Roma 2004).

- A. CASTRO SÁENZ, *Itinerarios servianos. Servio Sulpicio Rufo ante Quinto Mucio 'Pontifex': Entre la historia y el mito* (Pomp. Enchir. D. 1,2,2,43 y Cic. Brut. 41,151-42,154) I, en *Studi in Onore di Remo Martini* (Milano 2008).
- A. CASTRO SÁENZ, *Cicerón y la jurisprudencia romana* (Valencia 2011).
- P. CATALANO, *Tribunato e resistenza* (Torino 1971).
- P. CATALANO, *A proposito dei concetti di «rivoluzione» nella dottrina romanística contemporanea (tra «rivoluzione de la plebe» e dittature rivoluzionarie)*, en *SDHI* 43 (Roma 1977) 440 ss.
- P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*. 3ª ed. (Torino 1996).
- P. CERAMI – A. CORBINO – A. METRO – G. PURPURA, *Ordinamento costituzionale e produzione del Diritto in Roma antica*, 2ª ed. (Napoli 2006).
- E. CICCOTTI, *Donne e política nelle ultimi anni della Repubblica romana* (Napoli 1985).
- G. CLEMENTE, *Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo a.C.*, en A. GIARDINA – A. SCHIAVONE (Coords.), *Modeli etici, diritto e trasformazioni sociali* (Bari 1981).
- U. COLI, *Lo sviluppo delle vare forme di legato nel Diritto romano* (Roma 1920).
- U. COLI, *Tribu e centurie dell'antica repubblica romana*, en *SDHI* 21 (Roma 1955).
- U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, en *Iura* 7 (Napoli 1956) 24 ss.
- P. COLLINET, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius (PSI 1182)* (Paris 1934).
- G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, en *Iura* 50 (Napoli 1999) 161 ss.
- C. CORBO, *Incertae personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto* (Napoli 2012).
- T. J. CORNELL, *Los orígenes de Roma c. 1000-264 a. C. Italia y Roma de la Edad del Bronce a las guerras púnicas*. Trad.: Teófilo de Lozoya (Barcelona 1999).

- E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, 1 (Bologna 1927).
- G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole*, en ANRW 1.2 (Berlin-New York 1972) 115 ss.
- G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, en ANRW II 15 (Berlin-New York 1976).
- F. CUENA BOY, *Notas sobre el fideicomiso de residuo*, en SCDR 7 (Madrid 1995) 266 ss.
- F. CUENA BOY, *El fideicomiso de residuo en el Derecho romano y en la tradición romanística hasta los Códigos civiles* (Santander 2004).
- S. CUGIA, *Indagini sulla dottrina della causa del negozio giuridico: l'espressione «mortis causa», diritto romano classico e giustiniano* (Napoli 1910). Rec. E. F. BRUCK, en ZSS 33 (Weimar 1912) 569 ss.
- F. D'IPPOLITO, *Le XII Tavole: il testo e la politica*, en AA.VV. *Storia di Roma*, I (Torino 1988).
- F. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole* (Napoli 2003).
- A. D'ORS, *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano* (Salamanca 1943).
- A. D'ORS, *Optio servi*, en AHDE 18 (Madrid 1947) 167 ss.
- A. D'ORS, *Plinio el Joven. Panegírico de Trajano*. Edición bilingüe (Madrid 1955).
- A. D'ORS, *La ley romana, acto de magistrado*, en Emerita 37 (Madrid 1969) 137 ss.
- A. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona 1991).
- X. D'ORS, *La ley «Aelia Sentia» y las manumisiones testamentarias (Una exégesis de D. 40,9,5,2 y D. 40,1,21)*, en SDHI 40 (Roma 1974) 425 ss.
- M. D'ORTA, *Sterilis beneficii conscientia: Dalla «praeceptio» al «legatum per praeceptionem»* (Torino 2005).
- D. DAUBE, *Consortium in Roman and Hebrew Law*, en JR 62 (Edinburgh 1950) 71 ss.
- F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, en SDHI 45 (Roma 1979) 530 ss.

- F. DE ARVIZU GALARRAGA, *La disposición mortis causa en el Derecho español de la alta Edad Media* (Pamplona 1977). Rec.: G. VISMARA, en *SDHI* 44 (Roma 1978) 521 ss.
- P. DE LA ROSA DÍAZ, *Algunos aspectos de la «lex Falcidia»*, en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero*, II (Madrid 1994).
- R. DE CASTRO-CAMERO, *Consecuencias jurídicas de la dicotomía social «honestiores» – «humiliores»*, en *SDHI* 65 (Roma 1999) 309 ss.
- R. DE CASTRO-CAMERO, *Estipulaciones edictales en el Derecho romano* (Sevilla 2009).
- L. DE CINTIO, *Naturalis obligatio e coercibilità in Paolo*, en *Labeo* 49 (Napoli 2003) 332 ss.
- L. DE CINTIO, *Considerazioni sulla naturalis obligatio del filiusfamilias (a proposito di Afr. D. 12,6,38 e Ven. D. 14,6,18)*, en *RIDA* 53 (Bruxelles 2006) 199 ss.
- L. DE CINTIO, *L'obbligo del pupillo tra naturalis obligatio e vinculum aequitatis*, en *SDHI* 74 (Roma 2008) 439 ss.
- I. DE FALCO, *I giuristi e il testamentum militis. L'orientamento di Iavolenus Priscus*, en *SDHI* 80 (Roma 2014) 419 ss.
- P. DE FRANCISCI, *Storia del Diritto Romano* (Roma 1926).
- P. DE FRANCISCI, *Del regnum a la respublica*, en *SDHI* 10 (Roma 1944).
- P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* (Milano 1947-48).
- P. DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid 1954).
- E. DE LA IGLESIA PRADOS, *De Roma a la Codificación: una perspectiva histórica del fraude de ley*, en *Annaeus* 2 (Madrid 2007).
- F. DE MARTINO, *Storia de la costituzione romana*, I (Napoli 1972).
- F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, en *Diritto e società nell'antica Roma* (Roma 1979) 177 ss.

- G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani* (Firenze 1977).
- G. DE SANCTIS, *La religione a Roma* (Roma 2012).
- F. DE VISSCHER, *Le Droit de tombeaux romains* (Milano 1963). Rec. E. H. KADEN, en *ZSS* 82 (Weimar 1965) 384 ss.; P. FREZZA, en *SDHI* 30 (Roma 1964) 385 ss.
- J. DE VRIES, *Altnordisches etymologisches Wörterbuch* (Leiden 1961).
- F. DEL PINO TOSCANO, *Un estudio palingenésico de D. 42,8* (Huelva 2001).
- F. DEL PINO TOSCANO, *Recursos procesales contra el fraus creditorum en el derecho romano clásico* (Sevilla 2003).
- S. DI PAOLA, *Saggi in materia di hereditatis petitio* (Milano 1954). Rec.: M. KASER, en *ZSS* 72 (Weimar 1955) 90 ss.
- S. DI PAOLA, *Leges perfectae*, en *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, II (Napoli 1964).
- S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e dell'inefficacia* (Milano 1966).
- F. DI RENZO, *La finanza antica*. 2ª ed. rev. (Milano 1955).
- S. DI SALVO, *Il legato modale in Diritto romano: elaborazione dommatiche e realtà sociali* (Napoli 1973).
- A. DILGER, *Die Anwendung der lex Falcidia in Württemberg*, en *ZSS* 99 (Weimar 1982) 332 ss.
- O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della «cura furiosi»* (Napoli 1984).
- G. DIÓSDI, *Familia pecuniaque*, en *Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae* 12 (Budapest 1964). Rec.: M. KASER, en *ZSS* 82 (Weimar 1965) 469 ss.
- G. DIÓSDI, *Gaius, der Rechtsgelehrte*, en *ANRW* II 15 (Berlin 1976).
- R. DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho romano* (Navarra 2002).
- A. DOMÍNGUEZ ARRANZ, *Mujeres en la Antigüedad clásica: género, poder y conflicto* (Madrid 2010).
- G. DONATUTI, *Actio funeraria*, en *SDHI* 8 (Roma 1942) 48 ss.



- M. DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des Douze Tables* (Paris 1978).
- M. DUCOS, *Les romains et la loi* (Paris, 1984).
- G. DULCKEIT, Plus nuncupatum minus scriptum. *Ein Beitrag im Spät-Römischen Recht*, en *ZSS* 70 (Weimar 1953) 299 ss.
- G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque* (Paris 1966).
- F. DUMONT, *Les donations entre époux en Droit Romain* (Paris 1928). Rec.: E. H. KADEN, en *ZSS* 50 (Weimar 1930) 611 ss.
- A. DUPLÁ, *La República romana arcaica (509-264 a.C.)* (Madrid 2003).
- M. T. DUPLÁ MARTÍN, *El proceso de recepción de la quarta Falcidia en el Derecho civil catalán*, en S. LLEBARÍA SAMPER (Coord.), *Un Codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?* (Barcelona 2011).
- M. ELLIADE, *Historia de las creencias y de las ideas religiosas* 2. Trad.: J. Valiente (Madrid 1979).
- J. ELLUL, *Réflexions sur la révolution, la plèbe et le tribunat de la plèbe*, en *Index* 3 (Napoli 1972) 263 ss.
- R. ESCUTIA ROMERO, *La difamación pública en Derecho romano*, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* 22 (Madrid 2010) 65 ss.
- V. ESQUIROL JIMÉNEZ, *La prohibició de la quarta Falcidia: exigencia de manifestació expressa per part del testador*, en *Indret: Revista para el anàlisis del Derecho* (Barcelona 2010) [online].
- A. ERNOUT – E. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. 4<sup>a</sup> Édition. (reimp. Paris 1979).
- F. ESPINAR LAFUENTE, *La herencia legal y el testamento (Estudio doctrinal y de Derecho positivo)* (Barcelona 1956).
- P. ESTER BUTRAGUEÑO, *Un supuesto práctico de aplicación de la cuarta Falcidia*, en R. BERCOVITZ – J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (Dirs.), *Derechos civiles de España* 3 (Madrid 2000) 1591 ss.

- J. EVANS GRUBBS, *Law and family in late Antiquity* (Oxford 1995). Rec.: U. YIFTACH, en ZSS 117 (Weimar 2000) 598 ss.
- I. FARGNOLI, «Rescripsit actionem dandam». *Sulla ripetibilità del legato «per damnationem»*, en *Labeo* 47 (Napoli 2001) 252 ss.
- E. FERENCZY, *From the patrician State to the patricio-plebeian State* (Budapest 1976).
- A. FERNÁNDEZ BARREIRO – J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho privado romano*. 7ª ed. (Madrid 2007).
- A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, en *SCDR* 16 (Madrid 2004) 49 ss.
- A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: Un análisis desde la experiencia jurídico romana cultural*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 10 (Coruña 2006).
- M. FERNÁNDEZ PRIETO, *La iniuria como causa de indignidad*, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidade de Vigo, 16-18 de abril de 1998*, vol. 1 (Vigo 1998) 257 ss.
- G. FERRARI, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente* 2 (Milano 1954).
- C. FERRINI, *Sull'origine dei legati*, en *BIDR* 1 (Roma 1888) 111 ss.
- C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il Diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza* (Milano 1889. Reimp. Roma 1976).
- R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica político-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1966).
- M. FLORIANA CURSI, *La mancipatio familiae: Una forma di testamento?*, en A. MURILLO VILLAR – A. CALZADA GONZÁLEZ – S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Homenaje al profesor Armando Torrent* (Madrid 2016) 185 ss.
- E. FORCELLINI, *Lex en Lexicon totius latinitatis*, III (Padova 1864-1926).

- U. FOSCOLO, *Sull'origine e limiti della giustizia*, en *Opere di Ugo Foscolo, a cura di Mario Puppo*, 3<sup>a</sup> ed. (Milano 1966).
- G. FRANCIOSI, *L'«heres extraneus» e le Dodici Tavole*, en *Labeo* 10 (Napoli 1964) 352 ss.
- G. FRANCIOSI, «Lex Falcidia», «SC. Pegasianum» e disposizioni a scopo di culto, en *Studi in memoria di Guido Donatuti* 1 (Milano 1973).
- G. FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana* 1 (Napoli 1984).
- G. FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana* 2 (Napoli 1988).
- G. FRANCIOSI, *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana* 3 (Napoli 1995).
- G. FRANCIOSI, *Ancora sul «consortium»*, en *Labeo* 37 (Napoli 1999) 269 ss.
- P. FREZZA, *Il precetto della legge e il precetto della autonomia privata*, en *Studi Zanobini* 5 (Milano 1961) 207 ss.
- P. FREZZA, *Corso di storia del Diritto Romano* (Roma 1968).
- P. FREZZA, *Corso di storia del Diritto Romano* (Roma 1974).
- P. FREZZA, *Secessioni plebee e rivolte servili nella Roma antica*, en *SDHI* 45 (Roma 1979) 310 ss.
- M. FUENTESECA, *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, en *SCDR* 29 (Madrid 2016).
- P. FUENTESECA, *Lecciones de Historia del Derecho romano* (Salamanca 1963).
- F. GALGANO, *Transmissio delationis* (Città del Vaticano 2007).
- F. GALGANO, *A proposito di «transmissio Iustiniana»*, en *Index* 28 (Napoli 2000) 409 ss.
- G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della «hereditas» alla luce del regime dei «sacra»* (Cic. De legibus, 2,19-20, 47-49), en *SDHI* 21 (Roma 1955) 223 ss.
- G. GANDOLFI, *In tema di inesistenza, invalidità, inefficacia*, en *Labeo* 16 (Napoli 1970) 69 ss.

- C. GANGI, *I legati in Diritto italiano, con riguardo alla giurisprudenza, al Diritto romano, ed alle modern legislazioni*, 2ª ed. (Padova 1933).
- M. J. GARCÍA GARRIDO, *La concepción clásica del legado sinendi modo*, en *AHDE* 29 (Madrid 1959) 575 ss.
- M. J. GARCÍA GARRIDO, *Gayo 2.216-223 sobre legatum per praeceptionem*, en *AHDE* 31 (Madrid 1961) 487 ss.
- M. J. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana*. Reimp. de la 3ª ed. (Madrid 1990).
- J. F. GARDNER, *Women in Roman Law and Society* (London 1987).
- F. P. GAROFALO, *La «lex Cincia de donis et muneribus»*, en *BIDR* 15 (Roma 1903) 310 ss.
- L. GAROFALO, *Sulla condizioni di «homo sacer» in età arcaica*, en *SDHI* 56 (Roma 1990) 197 ss.
- A. GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme* (Paris 1867).
- J. GINESTA AMARGÓS, *El legatum per damnationem* (Barcelona 1989).
- C. GIOFFREDI, *Il fondamento della tribunicia potestas e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo (sacrosanctum – lex sacra – sacramentum)*, en *SDHI* 11 (Roma 1945) 37 ss.
- C. GIOFFREDI, *La sanctio della legge e la perfectio della norma giuridica* (Roma 1946).
- G. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor*, en *SDHI* 13-14 (Roma 1947-48).
- C. GIOFFREDI, *Diritto e proceso nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma 1955).
- V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, en *ANRW* II 15 (Berlin-New York 1976).
- E. GOLDMANN, *Das Alter des Römischen Testaments*, en *ZSS* 51 (Weimar 1931) 223 ss.

- M. CARMEN GÓMEZ BUENDÍA, *Una aproximació casuística a la tutela processal de la quarta Falcidia*, en *Revista de Dret Històric Català* 8 (Barcelona 2008) 155 ss.
- A. GÓMEZ-IGLESIAS CASAL, *Legados con encargo de manumisión*, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano: Universidade de Vigo, 16-18 de abril de 1998*, vol. 1 (Vigo 1999) 305 ss.
- R. GONZÁLEZ LÓPEZ, *El pulso entre heredero y legatario propiciado por la voluntas testatoris: la victoria de la quarta Falcidia*, en *Anuario de la Facultad de Derecho* 6 (Alcalá de Henares 2013) 137 ss.
- G. GROSSO, *Il legato nel Diritto romano. Parte generale. Seconda edizione ampliata* (Torino 1962). Rec.: M. KASER, en *ZSS* 80 (Weimar 1963) 501 ss.
- G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano* (Torino 1965).
- G. GROSSO, *Sul tribunato della plebe*, en *Labeo* 20 (Napoli 1974) 7 ss.
- A. GUARINO, *La formazione de la «respublica» romana*, en *RIDA* 1 (Bruxelles 1948).
- A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del Diritto Romano*. 3ª ed (Napoli 1959).
- A. GUARINO, «Ademptio libertatis» implicata da «legatum», en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 7 ss.
- A. GUARINO, *Sul legato di vesti*, en *Labeo* 16 (Napoli 1970) 58 ss.
- A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, 6ª ed. (Napoli 1981).
- A. GUARINO, «Lex Voconia», en *Labeo* 28 (Napoli 1982) 188 ss.
- A. GUARINO, *Il dubio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, en *Labeo* 34 (Napoli 1988) 323 ss.
- A. GUARINO, *La società in diritto romano* (Napoli 1988).
- A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, 12ª ed. (Napoli 1994).
- A. GUARINO, *Una palingenesia delle XII Tavole?*, en *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernández-Tejero* (Madrid 1994) 283 ss.

M. GUERRERO LEBRÓN, *La legitimación activa del heredero ante la iniuria contra el difunto*, en *O direito das sucessoes: do direito romano ao direito actual* (Coimbra 2006) 965 ss.

P. GUIDE, *Étude sur la conditione privée de la femme* (Paris 1885).

L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, *Del «consortium» a la «societas»*. «Consortium ercto non cito» (Madrid 1987).

P. HALDÓN CONTRERAS, *La transmissio delationis en Derecho romano*, en *CJR*, nº extraordinario 2012 (Sevilla 2012) 265 ss.

P. HALDÓN CONTRERAS, *Libertad individual y libertad de legar en Derecho romano*, en B. PERIÑÁN GÓMEZ – M. GUERRERO LEBRÓN (eds.), *Persona, Derecho y poder en perspectiva histórica* (Granada 2014).

R. HAWLEY – B. LEVICK, *Women in Antiquity: New assessments* (London – New York 1997).

F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donationibus*, en *ZSS* 38 (Weimar 1917) 209 ss.

M. HENNIG. *Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB, Eine kritische Würdigung der Entscheidung des historischen Gesetzgebers, das Rechtsinstitut der falcidischen Quart aufzugeben*. (Berlin 1999). Rec.: D. SCHANBACHER, en *ZSS* 118 (Weimar 2001) 479 ss.

E. HEMELRIJK – G. WOOLF, *Women and the Roman City in the latin West* (Leiden – Boston 2013).

E. VON HERZOG, *Über Die Glaubwürdigkeit Der Aus Der Römischen Republik Bis Zum Jahre 387 D. St. Überlieferten Gesetze* (Tubingen 1881).

H. G. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9 Auflage (Jena 1926).

EVELYN HÖBENREICH – VIVIANA KÜHNE, *Las mujeres en Roma antigua. Imágenes y Derecho* (Lecce 2009). Rec.: R. MENTXAKA, en *ZSS* 129 (Weimar 2012) 947 ss.

- E. HÖLDER, *Das Testamentum per aes et libram*, en ZSS 1 (Weimar 1880) 67 ss.
- E. HÖLDER, *Das Familienrecht des suus heres*, en ZSS 3 (Weimar 1882) 211 ss.
- L. HOMO, *Les institutions politiques romaines. De la cité a l'Etat* (Paris 1933).
- M. HUMBERT, *Droit et religion dans la Rome antique*, en *Archives de Philosophie du Droit* 38 (Paris 1993) 35 ss.
- T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1982).
- M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (Pavia 2005).
- J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (Barcelona 1972).
- J. IGLESIAS, *La pollicitatio*, en J. PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid 1994) 495 ss.
- J. IGLESIAS, *Obligaciones naturales*, en J. PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones: Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid 1994) 135 ss.
- M<sup>a</sup> CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO, *Algunas reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones en Derecho romano*, en *AFDUDC* 7 (Coruña 2003) 481 ss.
- S. J. JALIL – S. N. JALIL, *Las obligaciones naturales en el Derecho romano*, en G. LUCHETTI (Coord.), *Derecho de obligaciones: la importancia del derecho romano en la época contemporánea: actas del XVII Congreso internacional y XX Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (Bolonia-Ravena 2015) 463 ss.
- U. JOHN, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten in römischem Recht bis Labeo* (Karlsruhe 1970). Rec.: R. ASTOLFI, en *SDHI* 38 (Roma 1972) 417 ss.
- D. JOHNSTON, *Prohibitions and perpetuities: Family settlements in Roman Law*, en ZSS 102 (Weimar 1985) 220 ss.
- P. JÖRS – W. KUNKEL, *Derecho privado romano*. Trad.: Leonardo Prieto Castro (Madrid 1937).
- E. KARABÉLIAS, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano* (Milano 1977). Rec. R. LAMBERTINI, en *Iura* 28 (Napoli 1977) 258 ss.

- O. KARLOWA, *Die römische Religion* (Berlin 1890).
- O. KARLOWA, *Rösmische Rechtgeschichte. Zweiter Band* (Lepizig 1901).
- M. KASER, *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949).
- KASER, *Das legatum sinendi modo in der Geschichte des römischen Vermächtnisrechts*, en ZSS 67 (Weimar 1950) 320 ss.
- M. KASER, *Die Passivelegitimation zur hereditatis petitio*, en ZSS 72 (Weimar 1955) 90 ss.
- M. KASER, *Das Römische Privatrecht 1*, 2<sup>a</sup> ed. (München 1971).
- M. KASER, *Das Römische Privatrecht 2* (München 1975).
- M. KASER, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas* (Granada 1998).
- J. M. KELLY, *Roman litigation* (Oxford 1966).
- G. KRETSCHMAR, *Erhrechtliche Compensationen. Ein Beitrag zur Lehre von den Vermächtnissen und der lex Falcidia* (Leipzig 1892).
- T. KUNDEREWICZ, *Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel Diritto giustiniano*, en SDHI 47 (Roma 1981) 47 ss.
- W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische «Consortium»*, en *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul* 4-5 (Istanbul 1955) 56 ss.
- W. KUNKEL, *Historia del Derecho Romano*. Trad.: Juan Miquel (Barcelona 2012).
- G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze 1930).
- F. LA ROSA, *Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia*, en *Labeo* 44 (Napoli 1998) 366 ss.
- F. LANFRANCHI, *Appunti sul consortium familiare nei retori romani*, en SDHI 1 (Roma 1935) 373 ss.
- K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte* (München 1960).



- E. LEFÈVRE, *Du rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile* (Paris 1910). Rec.: L. WENGER, en ZSS 31 (Weimar 1910) 484 ss.
- O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* (Leipzig 1883; 3<sup>a</sup>ed. 1927).
- O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, unveränderter Adbruck der 1889 in Leipzig bei Bernhard Tauchnitz erschienenen Ausgabe; vermehrt um das Supplementum von L. E. Sierl (Graz 1960) I-II.
- H. M. R. LEOPOLD, *La religione dei romani* (Bari 1936).
- M. A. LEVI, *Il tribunato della plebe e altri scritti su istituzioni pubbliche romane* (Milano 1978).
- H. LÉVY-BRUHL, *Nature de la mancipatio familiae*, en *Festschrift Fritz Schulz* 1 (Weimar 1951).
- J. P. LÉVY, «*Dos praelegata*», en *Labeo* 16 (Napoli 1970) 225 ss.
- T. LEWIS – C. SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1987).
- W. LIEBERMAN, s. v. *Comitia*, en *RE* IV 1 (Stuttgart 1900).
- M. A. LIGIOS, *Merci e legati. Aspetti della riflessione giurisprudenziale in tema di successione nell'esercizio della negotiatio*, en *Iura* 59 (Napoli 2011) 47 ss.
- H. LINDSAY, *Adoption in the Roman world* (Cambridge 2009). Rec.: J. F. GARDNER, en ZSS 130 (Weimar 2013) 648 ss.
- G. LOBRANO, *Plebei magistratus, patricii magistratus, magistratus populi romani*, en *SDHI* 41 (Roma 1975) 245 ss.
- G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe* (Milano 1982). Rec.: K. J. HÖLKESKAMP, en ZSS 102 (Weimar 1985) 537 ss.
- G. LOBRANO, *Res publica, res populi. La legge e la limitazione del potere* (Torino 1996).
- G. LOMBARDI, *Lo sviluppo costituzionale di Roma dalle origini alla fine della Repubblica* (Roma 1945).

- C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di Diritto romano clasico*, en *BIDR* 13 (Roma 1900) 122 ss.
- G. LONGO, *L'hereditatis petitio* (Padova 1933). Rec.: G. H. MAIER, en *ZSS* 55 (Weimar 1935) 413 ss.
- G. LONGO, s. v. «Lex Furia», «Lex Voconia» y «Lex Falcidia de Legatis», en *NNDI* 9 (Torino 1963) 807, 809 y 825.
- G. LONGO, *Sul Diritto sepolcrale romano*, en *Iura* 15.1 (Napoli 1964) 137 ss.
- P. M. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma. De los orígenes a los Severos*, en *Gerión* 25 (Madrid 2007) 16 ss.
- A. LÓPEZ GÜETO, *La pietas Augusti y el poder jurisdiccional del príncipe*, en B. PERIÑÁN GÓMEZ – M. GUERRERO LEBRÓN (eds.), *Persona, Derecho y poder en perspectiva histórica* (Granada 2014).
- A. LÓPEZ GÜETO, *Madres e hijos en el Derecho Romano de sucesiones: los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano* (Madrid 2017).
- A. LÓPEZ PEDREIRA, *Orígenes de la prohibición de donaciones inter virum et uxorem*, en *Index* 27 (Napoli 1999) 441 ss.
- C. LÓPEZ-RENDO, *De la vicesima hereditatium al impuesto sucesorio en el Derecho español*, en *RIDROM* [on line] (2014-2015).
- C. LOTTNER, *Zeitschrift für vergleichende Sprachforschung*, VII (Berlin 1937).
- G. LUMBROSO, *Recherches sur l'economie politique de l'Egipte au tempes des Lagides* (Torino 1870).
- A. MAGDELAIN, «Praetor maximus» et «comitiatus maximus», en *RIDA* 20 (Bruxelles 1969) 257 ss.
- A. MAGDELAIN, *La loi a Rome: Histoire d'un concept* (Paris 1978).
- A. MAGDELAIN, *La loi Poetelia Papiria et la loi Iulia de pecuniis mutuius*, en *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d'Ors* 2 (Pamplona 1987) 811 ss.

- A. MAGDELAIN, «Quando rex comitiavit fas», en *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain* (Roma 1990).
- A. MAGDELAIN, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, en *Jus Imperium Auctoritas, Études de Droit romain* (Roma 1990).
- H. S. MAINE, *Ancient law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas* (London 1913).
- V. MANNINO, *L'Auctoritas partum* (Milano 1979).
- V. MANNINO, *Cervidio Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi*, en *BIDR* 84 (Milano 1981) 125 ss.
- V. MANNINO, *Il calcolo della «quarta hereditatis» e la volontà del testatore* (Napoli 1989). Rec.: M. G. ZOZ, en *Iura* 40 (Napoli 1989) 108 ss.
- U. MANTHE, *Das senatus consultum Pegasianum* (Berlin 1989).
- D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane* (Milano 1987).
- D. MANTOVANI, *Le due serie di «leges regiae»*, en *SCDR* 15 (Madrid 2003) 185 ss.
- M. MARCOS SÁNCHEZ, *Las mujeres de la aristocracia senatorial en la Roma del bajo imperio (312-410)* (Santander 1990).
- A. MAREY, *Concepto de iniuria en el Derecho romano postclásico*, en *Revista General de Derecho Romano* 21 (Madrid 2013).
- J. A. MARTÍNEZ CUESTA – C. E. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Breves reflexiones sobre el testamentum militis*, en *Revista jurídica de Castilla la Mancha* 26 (Toledo 1999) 81 ss.
- R. MARTINI, *Ancora sul legato di vesti*, en *Labeo* 17 (Napoli 1971) 157 ss.
- R. MARTINI, *XII Tavole e diritto greco*, en *Labeo* 45 (Napoli 1999) 20 ss.
- C. A. MASCHI, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico* (Milano 1935). Rec.: G. SCHERILLO, en *SDHI* 2 (Roma 1936) 203 ss.
- C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. Iulius Paulus*, en *ANRW* II 15 (Berlin-New York 1976).

- A. MASI, s. v. «Prelegato», en *EDD* 34 (Varese 1985).
- R. v. MAYR, *Historia del Derecho romano*, I. Trad.: Wenceslao Roces (Barcelona 1930).
- S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano* (Catania 1945).
- S. MAZZARINO, *Sul tribunato della plebe nella storiografia romana*, en *Helikon* 11-12 (Budapest 1971).
- S. MAZZARINO, *Note sul tribunato della plebe nella storiografia romana*, en *Index* 3 (Napoli 1972) 175 ss.
- A. McCLINTOCK, *The lex Voconia and Cornelia's jewels*, en *RIDA* 60 (Bruxelles 2013) 183 ss.
- S. MEDINA QUINTANA, *Mujeres y economía en la Hispania romana: oficios, riqueza y promoción social* (Oviedo 2014).
- R. MENTXAKA, *Los problemas jurídicos de una mujer cristiana en Roma hacia la mitad del siglo II*, en *SCDR* 20-21 (Madrid 2007-2008) 179 ss.
- F. MESSINA VITRANO, *Il legato d'usufrutto nel Diritto romano* (Roma 1972).
- A. METRO, *Il «legatum partitionis»*, en *Labeo* 9 (Napoli 1963) 291 ss.
- A. K. MICHELS, *The Calendar of the Roman Republic* (Princeton 1967) 191 ss.
- L. MINIERI, *Il «testamentum in procinctu»*, en *SDHI* 64 (Roma 1998) 253 ss.
- R. E. MITCHELL, *Patricians and plebeians: The origin of the Roman State* (Ithaca, N.Y. 1990). Rec.: W. EDER, en *ZSS* 111 (Weimar 1994) 503 ss.
- A. MOMIGLIANO, *L'ascesa della plebe nella storia arcaica di Roma*, en *Rivista storica italiana* 79 (Napoli 1967).
- A. MOMIGLIANO, *Osservazioni sulla distinzione fra patrizi e plebei*, en *Entretiens sur l'Antiquité classique* 13 (Genova 1967) 197 ss.
- A. MOMIGLIANO, *Prolegomena a ogni futura metafisica sulla plebe romana*, en *Labeo* 23 (Napoli 1977) 7 ss.
- T. MOMMSEN, *Le Droit public romain*, VI (Paris 1889).

- T. MOMMSEN, *Gessamelte Schriften* 3 (Berlin 1907).
- L. MONACO, *Hereditas e mulieres: Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica* (Napoli 2000). Rec. L. PEPPE, en *Iura* 51 (Napoli 2000) 210 ss.
- E. MONTANARI, «*Tempo della città*» e *pax deorum: l'infissione del clavus annalis*, en *Mito e storia nell'annalistica romana delle origini* (Roma 1990).
- L. MONTOJO Y BURGUERO, *La legítima de los hijos y descendientes* (Madrid 1943).
- M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio* (Köln – Weimar –Wien 1998). Rec.: H. D. SPENGLER, en *ZSS* 118 (Weimar 2001) 479 ss.
- J. L. MURGA GENER, *El testamento a favor de Jesucristo y los santos en el Derecho romano postclásico y justiniano*, en *AHDE* 35 (Madrid 1965) 357 ss.
- J. L. MURGA GENER, *Los negocios jurídicos «pietatis causa» en las constituciones imperiales postclásicas*, en *AHDE* 37 (Madrid 1968) 110 ss.
- J. L. MURGA GENER, *Testamentos y donaciones «in bonum animae» y la llamada teoría de la personalidad jurídica*, en *RISG* 12 (Torino-Milano 1968) 1 ss.
- J. L. MURGA GENER, *Derecho Romano Clásico. II. El proceso* (Zaragoza 1983).
- A. MURILLO VILLAR, *Usque ad Falcidiam: la quarta Falcidia a la inversa*, en M. BARCIA LAGO – M. FUENTESECA DEGENEFFE (dir.), *Varia studia. Libro-homenaje al prof. dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario* (Pontevedra 2015) 703 ss.
- E. NARDI, *I significati storici del verbo «lego» come termine giuridico*, en *SDHI* 63 (Roma 1997) 293 ss.
- F. NASTI, *Papiniano perduto? Una nuova testimonianza sull'estensione della «lex Falcidia» alle «donationes mortis causa»*, en *Index* 44 (Napoli 2016) 113 ss.
- G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe* (Milano 1932). Rec.: A. v. PREMIERSTEIN, en *ZSS* 53 (Wiemar 1933) 524 ss.
- G. NICCOLINI, *I fasti dei tribuni della plebe* (Milano 1934).
- C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine* (Paris 1976).

- G. NICOSIA, *Legato sub modo e Falcidia*, en *Iura* 8.1 (Napoli 1957) 87 ss.
- J. A. NORTH, *Religion in republican Rome*, en *CAH* VII 2 (Cambridge 2006).
- S. J. OLIS ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, 2ª ed. (Roma 1964).
- G. M. OLIVIERO, *A proposito di successio ordinum nell'eredità intestata delle Dodici Tavole*, en *SDHI* 68 (Roma 2002) 625 ss.
- G. M. OLIVIERO, *Il «diritto di familia» delle leges regiae*, en *SDHI* 74 (Roma 2008) 559 ss.
- Oxford Latin Dictionary* (Oxford 1968).
- R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* (Torino 1967).
- D. G. ORR, *Roman domestic Religion: The Evidence of the Household Shrines*, en *ANRW* II 15.2 (Berlin-New York 1978).
- M. E. ORTUÑO PÉREZ, *La incidencia del poder político en la promulgación de la lex Falcidia de legatis*, en AA.VV., *Direito romano. Poder e direito. XV Congresso internacional e XVIII Congresso ibero-americano de Direito romano* (Coimbra 2013) 829 ss.
- M. E. ORTUÑO PÉREZ, *A new perspective of the limitation of legacies (lex Falcidia de legatis)*, en *SDHI* 80 (Roma 2014) 411 ss.
- N. PALAZZOLO, *Dos praelegata*, *Contributto alla storia del prelegato romano* (Milano 1968).
- N. PALAZZOLO, *Potere imperial ed organi giurisdizionali del II secolo d.C.* (Milano 1974).
- M. PAMPALONI, *Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia*, en *BIDR* 21 (Roma 1909) 180 ss.
- R. PANERO GUTIÉRREZ, *Reflexiones sobre las XII Tablas: T. 1,6 y 7 pr.*, en *Estudios jurídicos «in memoriam» del profesor Alfredo Calonge* 2 (2002) 763 ss.
- D. PANIAGUA AGUILAR, *El panorama literario técnico-científico en Roma (siglos I-II d.C.) «Et docere et delectare»* (Salamanca 2006).

- J. PAOLI, *Le testament calatis comitiis et l'adrogation d'Octave*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, III (Milano 1962).
- L. PARENTI, *Lex Publilia de sponsu e lex Poetelia Papiria de nexis*, en *Labeo* 48,1 (Napoli 2002) 104 ss.
- J. PARICIO, *El contrato de sociedad en derecho romano*, en *Derecho de sociedades. Homenaje F. Sánchez Calero* 1 (Madrid 2002) 407 ss.
- J. PARICIO, *Los proyectos codificadores de Pompeyo y César en san Isidoro de Sevilla*, en *Labeo* 50 (Napoli 2004) 31 ss.
- P. PASCHALIDIS, *What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?*, en *RIDA* (Bruxelles 2008) 321 ss.
- L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano 1984). Rec.: W. WALDSTEIN, en *ZSS* 106 (Weimar 1989) 654 ss.
- M. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La lex Poetelia Papiria*, en *Donum amicitiae: estudios en homenaje al profesor Vicente Picón García* (Madrid 2008) 885 ss.
- M. P. PÉREZ ÁLVAREZ, *La posición del deudor en la Historia: de la responsabilidad corporal a la patrimonial*, en *Revista General de Derecho Romano* 16 (2011) [online].
- M. PÉREZ SIMEÓN, *La tradición romanística como criterio exegético del Derecho civil catalán: el plazo para formar inventario a los efectos de detraer la cuarta falcidia*, en *Indret: Revista para el análisis del Derecho* 1 (Barcelona 2006) [online].
- B. PERIÑÁN GÓMEZ, *El proceso contra L. Cornelio Balbo Maior: Estudio jurídico* (Pamplona 2011).
- B. PERIÑÁN GÓMEZ – M. GUERRERO LEBRÓN (eds.), *Persona, Derecho y poder en perspectiva histórica* (Granada 2014).
- B. PERIÑÁN GÓMEZ, *Turpia legata*, en *Iura* 66 (Napoli 2018).
- S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, II (Firenze 1908).
- A. PEZZANA, *Contributi allo studio del legato «sinendi modo»* (Milano 1958).

- A. PEZZANA, *Sull'origine e sulla struttura classica del legato sinendi modo*, en *Studi Volterra* 3 (Milano 1971) 183 ss.
- G. PIERI, *L'Histoire du cens jusqu'à la fin de la République Romaine* (Paris 1968). Rec.: G. I. LUZZATTO, en *SDHI* 34 (Roma 1968) 435 ss.
- I. PIRO, «Consortium», «heredium» e storia dello «ius gentilicium», en *Labeo* 45 (Napoli 1999) 268 ss.
- V. PISANI, *Ius, fas, lex, sons e I rapporti fra Roma e il mundo germanico*, en *Studi Scherillo*, I-III (Milano 1972).
- E. POLO, *Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad*, en *RIDROM* [on line] (2010-2013).
- A. POLLERA, *La carestia del 439 a.C. e l'uccisione di Spurio Melio*, en *BIDR* 82 (Milano 1979) 141 ss.
- G. POMA, *Gli studi recenti sull'origine della repubblica romana* (Bologna 1974).
- G. PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano* (Torino 1990).
- R. QUADRATO, *Hereditatis petitio possessoria* (Napoli 1972). Rec.: A. CARCATERA, en *SDHI* 38 (Roma 1972) 409 ss.; H. STIEGLER, en *ZSS* 92 (Weimar 1975) 357 ss.
- N. RAMPAZZO, *Parziale validità del negozio o nullità di una sua parte?*, en *Index* 36 (Napoli 2008) 299 ss.
- P. C. RANOUIL, *Recherches sur le patriciat* (Paris 1975).
- E. RECODER DE CASSO, *La ley Cincia en sus circunstancias históricas* (Madrid 2005).
- J. M. RIBAS ALBA, *Una pretendida controversia entre Papiniano-Ulpiano y Paulo en torno a D. 5,2,19 (Paulo, 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima*, en *Iura* 39 (1988) 75 ss.
- J. M. RIBAS ALBA, *Homero y la ley de las XII Tablas: poetas y juristas en la «ciencia nueva» de Vico*, en *Retórica y texto: III Encuentro interdisciplinar sobre retórica, texto y comunicaciones* (Cádiz 1995) 458 ss.



- J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: Fundamentos y régimen clásico* (Granada 1998).
- J. M. RIBAS ALBA, *Democracia en Roma. Introducción al Derecho electoral romano*. 2ª ed. (Granada 2009).
- J. M. RIBAS ALBA, *Libertad, la vía romana hacia la democracia* (Granada 2009).
- J. M. RIBAS ALBA, *Persona: Desde el Derecho romano a la teología cristiana*, 2ª ed. (Granada 2012).
- J. M. RIBAS ALBA, *Introducción a la antropología jurídica romana* (Granada 2013).
- J. M. RIBAS ALBA, Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona, en *SCDR* 26 (Madrid 2013) 369 ss.
- J. M. RIBAS ALBA, *Prehistoria del Derecho. Sobre una «genética» de los sistemas jurídicos y políticos desde el Paleolítico* (Córdoba 2015).
- J. M. RIBAS ALBA – M. SERRANO VICENTE, *Derecho Romano, volumen I: Introducción histórica; derecho de personas y de familia; derecho procesal* (Madrid 2015).
- J-C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéen* (Roma 1978).
- G. RIZZELLI, *Le donne nell'esperienza giuridica di Roma antica* (Napoli 2000). Rec.: N. BENKE – V. HALBWACHS, en *ZSS* 119 (Weimar 2002) 469 ss.
- O. F. ROBINSON, *The sources of Roman Law. Problems and methods for Ancient historians* (Oxon 1997).
- E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *A propósito de la actio iniuriarum*, en C. RASCÓN GARCÍA (Coord.), *III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (León 1998) 349 ss.
- E. RODRÍGUEZ DÍAZ, L.1, § 14 D. ad Leg. Falcid. 35,2 y *el cálculo de la Quarta Falcidia*, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M<sup>a</sup> Reimundo Yanes 2* (Burgos 2000).

- R. RODRÍGUEZ LÓPEZ – M. J. BRAVO BOSCH, *Mulier. Algunas historias e instituciones de Derecho romano* (Madrid 2013).
- S. ROMANO, *Sull'aquisto del legato «per vindicationem»* (Padova 1933). Rec.: H. KRELLER, en ZSS 58 (Weimar 1938) 334 ss.
- G. ROTONDI, *Osservazione sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en *Scritti giuridici*, I (Milano 1922).
- G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani: elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani* (Milano 1912).
- S. RUBIO, *Derechos de la mujer en la Antigüedad: Egipto, Grecia, Roma* (Madrid 2014).
- A. A. F. RUDORFF, *Das testament des Dasumius*, en ZGR 12 (Berlin 1845) 336 ss.
- D. RÜGER, *Die donatio mortis causa im klassischen Römischen Recht* (Berlin 2011). Rec.: C. TORT-MARTORELL, en ZSS 130 (Weimar 2013) 687 ss.
- J. RÜPKE, *Die Religion der Römer* (München 2001). Rec.: G. THÜR, en ZSS 120 (Weimar 2003) 411 ss.
- C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem, 1. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale* (Milano 1990).
- C. RUSSO RUGGERI, *Leggi sociali e «quadruplicatores» nella Roma postannibalica*, en *Labeo* 47 (Napoli 2001) 349 ss.
- L. SALOMÓN, *Sine vitio nancisci possessionem. La adquisición de la posesión de los legados en el Derecho romano clásico* (Madrid 2003).
- F. SAMPER, «Pars debita» en el Derecho romano vulgar, en *SDHI* 37 (Roma 1971) 74 ss..
- J. SAN JUAN SANZ, *La pollicitatio en los textos jurídicos romanos*, en *BOE* (Madrid 1996).
- A. SANGUINETTI, *Dalla querella alla portio legitima* (Milano 1996). Rec.: O. E. TELLEGEN-COUPERUS, en ZSS 116 (Weimar 1999) 614 ss.

- A. SANGUINETTI, *Considerazioni sull'origine del principio «sui heredes instituendi sunt vel exheredandi»*, en *SDHI* 59 (Roma 1993) 259 ss.
- J. SANTA CRUZ TEJEIRO, *La iniuria en Derecho romano*, en *Revista de Derecho Privado* 64 (Madrid 1980) 347 ss.
- B. SANTALUCIA, *Le note pauline et ulpiane alle «quaestiones» ed ai «responsa» di Papiniano*, en *BIDR* 68 (Roma 1965).
- B. SANTALUCIA, *I legatti ad effetto liberatorio nel Diritto romano* (Napoli 1965).
- B. SANTALUCIA, *Diritto ereditario romano. Le fonti* (Bologna 1999).
- C. SANTI, *Alle radici del sacro. Lesico e formule di Roma antica* (Roma 2004).
- M. SARGENTI, *Riflessioni sull'attribuzione del potere giurisdizionale a Roma nel passaggio dalla monarchia a la repubblica*, en *Studi Donatuti* 3 (Parma 1973) 1157 ss.
- D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiae: Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand* (Berlin 1995).
- D. SCHANBACHER, *Bemerkungen zur falzidischen Rechnung bei der Pupillarsubstitution*, en *ZSS* 133 (Weimar 2016) 413 ss.
- G. SCHERILLO, *Appunti sul testamento «in procinctu» nel Diritto romano*, en *Scr. A. Giuffrè*, I (Milano 1967).
- G. SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento* (Bologna 1999).
- R. SCHILLING, *Religión romana*, en *Historia religionum* 1. Trad.: J. Valiente (Madrid 1973).
- F. SCHULZ, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960).
- F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (Firenze 1968).
- F. SCHWARZ, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, en *ZSS* 63 (Weimar 1943) 314 ss.
- F. SCHWARZ, *War die «lex Falcidia» eine «lex perfecta»?* , en *SDHI* 17 (Roma 1951) 225 ss.
- M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico* (Milano 1957).

- F. SENN, *Leges perfectae, minus quam perfectae et imperfectae* (Paris 1902).
- M. SERRANO-VICENTE, *Sobre la pluralidad de significados del término veteres en la jurisprudencia romana*, en *Annaeus* 2 (Sevilla 2005).
- F. SERRAO, s. v. *Legge* en *EDD* (Milano 1960).
- F. SERRAO, *Classi, partiti e legge nella Repubblica romana* (Pisa 1980).
- F. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'Editto del pretore*, en *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana* (Padova 1987) 51 ss.
- G. SERULLAZ, *Essai sur la religion romaine et sur les rapports de l'état romain avec quelques religions étrangères* (Lyon 1889).
- H. SIBER, *Die plebejischen Magistraturen bis zur lex Hortensia* (Leipzig 1936).
- H. SIBER, *Die ältesten römischen Volksversammlungen*, en *ZSS* 57 (Wien 1937) 233ss.
- P. SIMONIUS, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht* (Basel 1958).  
Rec.: H. E. KADEN, en *ZSS* 76 (Weimar 1959) 621 ss.
- S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 1 (Napoli 1932).
- S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* 2 (Napoli 1933).
- S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori* 2 (Napoli 1936).
- S. SOLAZZI, *Una data per la storia del testamento romano?*, en *Iura* 4 (Napoli 1953) 149 ss.
- M. SORDI, *Pax deorum e libertà religiosa nella storia de Roma*, en *AA.VV., La pace nel mondo antico* (Milano 1985).
- M. SORDI, *Populus e plebs nella lotta patrizio-plebea* (Avola 2005).
- A. STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht* (Berlin 2006).
- A. STEINWENTER, *Lex Voconia*, en *RE* 12,2 (Stuttgart 1925) 2418 ss.
- V. SUÁREZ BLÁZQUEZ, *Donatio mortis causa* (Santiago de Compostela 2012).

- M. TALAMANCA (Coord.), *Lineamenti di storia del diritto romano* (Milano 1989).
- M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla «hereditatis petitio»* (Milano 1956). Rec.: M. KASER, en *ZSS* 75 (Weimar 1958) 426 ss.
- M. TALAMANCA, *Revoca testamentaria e «translatio legati»*, en *Studi in onore di Biondo Biondi* (Milano 1961) 170 ss. Rec.: D. MEDICUS, en *ZSS* 79 (Weimar 1962) 469 ss.
- M. TALAMANCA, *Sul concorso fra legato e manomissione*, en *Studi in onore di Biondo Biondi* (Milano 1961) 7 ss. Rec.: D. MEDICUS, en *ZSS* 79 (Weimar 1962) 469 ss.
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano* (Milano 1990).
- M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, en *BIDR* 101-102 (Milano 1998-1999) 1 ss.
- N. TAMASSIA, *La Falcidia nei più antichi documenti del Medio Evo* (Venezia 1905).
- R. L. TAYLOR, *Roman voting assemblies from the Hannibalic war to the dictatorship of Caesar* (Michigan 1990).
- O. E. TELLEGEN-COUPERUS, *Testamentary succession in the Constitutions of Diocletian* (Zutphen, Terra 1982). Rec.: P. VOCI, en *SDHI* 49 (Roma 1983) 508 ss.; C. G. PAULUS, en *ZSS* 104 (Weimar 1987) 782 ss.
- F. TERRANOVA, *Sulla natura «testamentaria» della cosiddetta mancipatio familiae*, en *AUPA* 52 (Palermo 2007-2008).
- F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram, I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)* (Torino 2011).
- G. TIBILETTI, *Sulle leges romane*, IV (Milano 1956).
- S. TONDO, *Introduzione alle «leges regiae»*, en *SDHI* 37 (Roma 1971) 1 ss.
- S. TONDO, *Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica*, en *SDHI* 60 (Roma 1994) 601 ss.
- M. TORELLI, *Le popolazioni dell'Italia antica: società e forme di potere*, en AA.VV., *Storia di Roma*, I (Torino 1988).

- M. TORELLI, *Dalle aristocrazie gentilizie alla nascita della plebe*, en AA.VV., *Storia di Roma*, I (Torino 1988).
- A. TORRENT, *Consortium ercto non cito*, en *AHDE* 34 (1964) 494.
- A. TORRENT, *Venditio hereditatis. La venta de la herencia en Derecho romano* (Salamanca 1966).
- A. TORRENT, *La adrogatio en el sistema de las sucesiones inter vivos*, en *RIDA* 14 (Bruxelles 1967) 447 ss.
- A. TORRENT, *Inflación y proceso en la legislación municipal*, en *RIDA* 29 (Bruxelles 1972) 465.
- A. TORRENT, *Pretium certum. Determinación del precio per relationem*, en *BIDR* 98-99 (Milano 1995-1996) 83 ss.
- A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano* (Madrid 2008).
- C. TORT-MARTORELL LLABRÉS, *La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho romano clásico* (Madrid 2003). Rec. M. AMELOTTI, en *Iura* 54 (Napoli 2003) 309 ss.
- F. TUCCILLO, *Lex Scribonia o Lex Voconia? Sulla tradizione manoscritta di D.41.3.4.28 (29)*, en A. MURILLO VILLAR – A. CALZADA GONZÁLEZ – S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Homenaje al profesor Armando Torrent* (Madrid 2016) 1219 ss.
- F. TUCCILLO, *Su un'immagine cinquecentesca delle XII Tavole*, en *Scritti per Alessandro Cobino* 7 (Tricase 2016) 277 ss.
- R. TURCAN, *Iconography of Religions XVII, 1 Religion Romaine I-II* (Leiden-New York-Kobenhavn-Köln 1988).
- N. TURCHI, *La religione di Roma antica* (Bologna 1939).
- G. VALDITARA, *Dalla iniuria alla culpa. Su una dibattuta questione*, en *SDHI* 75 (Roma 2009) 131 ss.
- K. A. v. VANGEROW, *Ueber die lex Voconia* (Heidelberg 1863).

- E. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez* (Madrid 1978).
- F. E. VASSALLI, *Falcidia stipulatio*, en *BIDR* 26 (Roma 1913) 52 ss.
- C. VELASCO, *La posición del obligado en la «societas» consensual: Una aproximación a la «actio pro socio»* (Sevilla 1986).
- C. VELASCO, *La sociedad*, en *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga* (Madrid 1994) 611 ss.
- R. VIGNERON, *L'antifeministe loi Voconia et les «Schleichwege des lebens»*, en *Labeo* 29 (Napoli 1983) 140 ss.
- A. VIÑAS, *Función del tribunado de la plebe, ¿reforma política o revolución social?* (Madrid 1983).
- A. VIÑAS, *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República* (Madrid 2007).
- P. VOCI, *Teoria del acquisto dell'legato secondo il Diritto romano* (Milano 1936). Rec.:
- H. KRELLER, en *ZSS* 58 (Weimar 1938) 334 ss.
- P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume secondo. Parte speciale: Successione ab intestato – Successione testamentaria. Seconda edizione rifatta* (Milano 1963).
- P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Volume primo. Introduzione – Parte generale. Seconda edizione riveduta* (Milano 1967).
- P. VOCI, s. v. «Legato» en *EDD* 27 (Varese 1973).
- P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, en *Iura* 31 (Napoli 1980) 37 ss.
- P. VOCI, *Il Diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (V secolo)*, en *SDHI* 48 (Roma 1982) 1 ss.
- J. VOGT, *Die römische Republik* (Freiburg 1955).
- E. VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, en *BIDR* 48 (Milano 1941) 74 ss.

- A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der "lex Falcidia"*, en *Studien im römischen Recht Max Kaser gewidmet* (Berlin 1973).
- A. WACKE, *Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho romano y en Derecho comparado*, en *SCDR 4* (Madrid 1992) 157 ss.
- A. WACKE, «Una porción hereditaria para Jesucristo». *La influencia del cristianismo sobre el derecho de sucesiones*, en *SDHI 66* (Roma 2000) 277 ss.
- A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, en *Index 37* (Napoli 2009) 137 ss.
- A. WACKE, *La confusión, ¿causa extintiva de la obligación? Crítica de la legislación y de la doctrina dominante*, en *SCDR 30* (Madrid 2017) 221 ss.
- H. WAGGENVOORT, *Wesenszüge altrömischer Religion*, en *ANRW I, 2* (Berlin-New York 1972).
- A. WALDE – J. B. HOFFMAN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* (Heidelberg 1938).
- V. M. WARRIOR, *Roman religion* (Cambridge 2006).
- A. WATSON, *The early history of fideicommissa*, en *Index 1* (Napoli 1970) 178 ss.
- A. WATSON, *The law of succession in the later Roman Republic* (Oxford 1971). Rec.: D. MEDICUS, en *ZSS 89* (Weimar 1972) 443 ss.
- A. WATSON, *Law making in the later Roman Republic* (Oxford 1974).
- A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and property* (New Jersey 1975).
- A. WATSON, *The State, Law and Religion: Pagan Rome* (Georgia 1992). Rec.: R. GAMAUF, en *ZSS 111* (Weimar 1994) 488 ss.
- A. WEISHAUPT, *Die lex Voconia* (Köln – Weimar – Wien 1999). Rec.: N. BENKE, en *ZSS 119* (Weimar 2002) 488 ss.
- R. WERNER, *Der Beginn der römischen Republik* (München 1963).



- U. WESEL. *Über den Zusammenhang der lex Furia, Voconia und Falcidia*, en ZSS 81 (Weimar 1964) 308 ss.
- F. WIEACKER, *Lex publica*, en *Von römischen Recht* (Stuttgart 1961).
- F. WIEACKER, *Sulla plebe antica*, en *Labeo* 23 (Napoli 1977) 59 ss.
- F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt* (München 1988).
- F. WIEACKER, *Textsufen Klassischer Juristen*, unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1959 (Göttingen 1975).
- P. WILLEMS, *Le Droit Public Romain* (Louvain 1910).
- C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public law in the expansion and decline of the Roman Republic* (Michigan 2005).
- G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, Unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage 1912 (München 1971).
- M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, en ZSS 31 (Weimar 1910) 202 ss.
- R. YARON, *Semitic influence in early Rome*, en *Daube noster* (Edimburg – London 1974) 343 ss.
- J. ZABLOCKI, *Appunti sul testamentum mulieris in età arcaica*, en *BIDR* 94-95 (Milano 1991-1992) 157 ss.
- M. ZABLOCKA, *Le XII Tavole: fonte dei principi del diritto contemporaneo*, en *Iura* 53 (Napoli 2002) 1 ss.
- J. ZLINSKY, «Familia pecuniaque», en *Index* 16 (Napoli 1988) 32 ss.



## ÍNDICE DE FUENTES

### I. FUENTES JURÍDICAS

#### 1. Fuentes prejustinianas.

##### *CODEX THEODOSIANUS*

3,16,6: 105

5,1,1: 443 n. 773

5,3,1: 447 n. 783

8,12,2: 83

9,14,3: 443 n. 773

16,8,26: 445 n. 780

16,8,28: 443 n. 773

16,10,12 pr.: 122 n. 243

##### *EPITOME ULPIANI*

1,1: 84, 90, 83 n. 158, 174 n. 352, 192, 215, 227

1,2: 84, 90, 83 n. 158, 169 n. 341, 192, 215

1,6-10: 322 n. 637

6,6: 317 n. 632

7,1: 359 n. 679

8,1: 117

10,1: 105

11,14: 133

11,18 s.: 96 n. 184

20,1: 161

20,7: 156 n. 315

20,9: 146 n. 293  
22,14: 163  
22,18: 164  
23,10: 291 n. 597, 441  
24,2,4: 318 n. 633  
24,32: 443 n. 773  
24,43: 294 n. 604  
25,14: 300 n. 610  
25,15: 300  
25,16: 300  
26,1: 108 n. 214  
28,6: 146 n. 293, 152,  
28,7: 175 n. 357  
30,1: 352 n. 669

*FRAGMENTA VATICANA*

85: 173 n. 348, 318 n. 633  
87: 318 n. 633  
88: 318 n. 633  
266-316: 173 n. 350  
298-301: 175 n. 357  
302: 359 n. 679

*GAI INSTITUTIONES*

1,1,3: 28, 459  
1,3: 70, 58 n. 99  
1,18: 322 n. 637

1,46: 227  
1,98-107: 117  
1,132: 105  
1,155: 96  
1,185: 83, 96 n. 184  
2,47: 97  
2,55: 122 n. 242  
2,60: 148 n. 297  
2,101: 109, 125, 127 n. 254, 145 n. 291  
2,102: 145, 146, 149  
2,103: 146, 148, 151  
2,104: 150, 151, 156 n. 317, 158 n. 320  
2,105: 150, 156 n. 315  
2,109: 291 n. 597  
2,123: 164  
2,131: 164  
2,157: 106  
2,195: 292 n. 598  
2,197: 172, 173 n. 348  
2,198: 173 n. 348  
2,201-208: 318 n. 633  
2,212: 173 n. 348  
2,214: 292 n. 598  
2,218: 173 n. 348  
2,220: 173 n. 348  
2,222: 173 n. 348

2,224: 10 n. 2, 17, 30 n. 54, 133, 135 n. 268, 138, 152, 164, 168, 172 n. 347, 196, 199, 207, 232, 459

2,225: 10 n. 2, 30 n. 54, 174, 169 n. 341

2,226: 10 n. 2, 30 n. 54, 181 n. 367, 189, 193, 194, 198 n. 394

2,227: 10 n. 2, 30 n. 54, 79 n. 145, 196

2,229: 148, 161

2,248: 151 n. 305

2,249: 151 n. 305

2,252: 151

2,254: 299, 300 n. 610, 302 n. 615

2,256: 300

2,258: 300

2,259: 300

2,268-289: 303

2,274: 181 n. 367, 185

2,278: 303

2,282: 294, 428 n. 762

2,283: 294, 428 n. 762

3,1,194: 41 n. 75

3,58: 124 n. 249

3,115-123: 99 n. 191

3,119: 372

3,151: 93 n. 174

3,152: 93 n. 174

3,153: 93 n. 174

3,154: 92, 93, 98 n. 188, 460

3,176: 372

3,220-225: 352 n. 669

4,15: 79

4,17a: 98, 99 n. 191

4,23: 89, 90 n. 169, 169 n. 341, 174

4,24: 89

4,53: 221

4,62: 317 n. 632

4,69-74: 361

4,91-94: 99 n. 191

#### *LEX ROMANA BURGUNDIONUM*

10,3: 443 n. 773, 444 n. 777

31,2: 444 n. 777

45,5: 444 n. 777

45,6: 444 n. 777

45,7: 444 n. 777

#### *LEX XII TABULARUM*

Tab. IV,2: 68

Tab. V,2: 96 n. 183, 97

Tab. V,3: 66, 78, 133, 135, 139, 140, 141, 142, 151 n. 304, 152, 153, 159, 160, 168, 201, 461, 462

Tab. V,4: 68, 108, 112, 134 n. 264, 136 n. 269, 141

Tab. V,6: 68, 96

Tab. VI,1: 29 n. 53, 144, 151

Tab. VIII,18: 178

*PAULI SENTENTIAE*

2,8,2: 225

2,23: 359 n. 679

3,4a,7: 163

3,6,2-8: 318 n. 633

3,7: 285 n. 591, 326 n. 641

3,8,1: 225

3,8,2: 221 n. 423, 297

4,1,1: 381, 382 n. 697

4,2: 300 n. 610

4,3: 300

4,3,3: 289 n. 595, 447 n. 783

4,3,4: 295 n. 605

4,5,5: 225, 443 n. 773

4,12: 322 n. 637

4,80,20: 181 n. 367

5,4: 343 n. 669

2. Fuentes justinianas

*CODEX IUSTINIANUS*

1,3: 303 n. 616

1,3,48 pr.: 447 n. 783

1,3,48,1: 447 n. 783

1,3,48,2: 447 n. 783

1,18,8: 292 n. 598

3,28,6: 167 n. 337

3,28,30 pr.: 444 n. 778



3,28,31: 444 n. 778, 445  
3,28,32: 444 n. 778  
3,28,34,1: 444 n. 778  
3,28,35,2: 444 n. 778  
3,28,36: 338 n. 652, 445  
3,36,1: 444 n. 778  
3,36,21: 225  
3,36,24: 340 n. 654  
4,5,4: 204 n. 604  
4,5,7: 428 n. 762  
4,19,1: 222 n. 425  
4,30,10: 222 n. 425  
5,13: 317 n. 632  
5,13,1,14: 367 n. 684  
5,16: 359 n. 679  
5,24: 105  
6,21: 291 n. 597  
6,21,12: 441 n. 770  
6,30,22,4: 513  
6,30,22,9: 450 n. 785  
6,30,22,14: 449  
6,37,9: 409 n. 734  
6,42,16: 336 n. 649  
6,43,1: 303  
6,43,2: 303  
6,49: 300 n. 610  
6,50,1: 327 n. 643, 428 n. 762

6,50,2: 300 n. 611, 451 n. 788  
6,50,3: 331, 342 n. 657  
6,50,4: 388  
6,50,5: 285 n. 591, 428, 451 n. 788  
6,50,6: 332 n. 647, 357 n. 677, 375 n. 690, 448 n. 783  
6,50,6 pr.: 357 n. 677  
6,50,6,1: 388  
6,50,6,2: 219 n. 419, 419 n. 747, 450  
6,50,7: 440 n. 769, 441 n. 770, 446  
6,50,8: 362  
6,50,9: 327 n. 643  
6,50,10: 349, 451 n. 788  
6,50,11: 337 n. 650  
6,50,12: 285 n. 591  
6,50,13: 358  
6,50,14: 305 n. 620  
6,50,15: 366 n. 684, 451 n. 788  
6,50,16: 354  
6,50,17: 285 n. 591  
6,50,18: 225, 304, 427 n. 759, 451 n. 788  
6,50,19: 296, 444 n. 778, 446 n. 782  
7,11,1: 220  
8,3,1: 225  
8,42,25: 222 n. 425  
8,44: 360 n. 680  
8,45: 360 n. 680  
8,47: 117

8,47,2: 443 n. 775  
8,47,10,3: 443  
8,48: 105  
8,56: 285 n. 591, 326 n. 641  
8,56,2: 428  
9,8,5,2: 443 n. 773  
9,8,5,5: 443 n. 773  
9,35: 352 n. 669  
12,30: 303 n. 616

*DIGESTA*

1,2,2,2: 53 n. 92, 54, 58 n. 101  
1,2,2,3: 55, 57  
1,2,2,4: 57 n. 99, 63, 65 n. 110  
1,2,2,6: 67  
1,2,2,8: 58 n. 99  
1,2,2,12: 11 n. 3, 75  
1,2,2,26: 57 n. 99  
1,2,2,27: 57 n. 99  
1,3,1: 31 n. 55  
1,3,2: 32  
1,7: 105, 117  
1,7,1 pr.: 117  
1,7,1,1: 117  
1,7,18: 443 n. 775  
1,8,8 pr.: 46 n. 78  
1,8,9,3: 43 y 45 n. 78,

2,2,15: 292 n. 598  
2,14,1: 31 n. 56  
4,3,23: 296  
4,4,16,2: 429  
4,5,8: 317 n. 632  
5,2,8,9: 167 n. 337, 443 n. 773  
5,2,21,1: 428 n. 762  
5,3,25,15: 335 n. 649  
5,3,25,16: 335 n. 649  
6,1,76,1: 221 n. 422, 221 n. 423, 297, 429 n. 764, 467  
7,5,2,1: 360  
8,2,30: 347 n. 665  
8,6,1: 347 n. 665  
10,2,1 pr.: 93 n. 172, 98  
10,3,8,1: 297, 298, 467  
11,7,5: 124  
11,7,6: 380 n. 695  
11,7,12,2: 380 n. 695  
11,7,12,5: 380 n. 695  
11,7,14,3: 377 n. 692  
11,7,16: 380 n. 695  
11,7,18: 380 n. 695  
11,7,19: 380 n. 695  
12,6,13: 372  
12,6,38: 372, 479  
12,6,39: 428 n. 762, 429  
13,1,18: 296

13,6,3,4: 303 n. 616  
14,6,2: 303 n. 616  
15,4,2,1: 303 n. 616  
17,2,52,8: 94 n. 175  
17,2,63 pr.: 93 n. 172  
17,2,71 pr.: 156 n. 316  
19,1,10: 360 n. 680  
19,1,11: 360 n. 680  
19,2,9: 360 n. 680  
21,2: 360 n. 680  
22,1,3,2: 335 n. 649  
22,3,12: 222 n. 425  
22,3,17: 217, 221 418 n. 746  
22,5,6: 156 n. 315  
22,6,9,5: 295, 429, 467  
23,3,29: 231 n. 443  
23,3,56,3: 224 n. 428  
23,3,69,4: 231 n. 443  
24,1: 359 n. 679  
24,1,3,10: 224 n. 419  
24,1,5,15: 295 n. 605, 428 n. 762  
24,1,5,18: 224  
24,1,32: 427  
24,2: 105  
26,4,1 pr.: 97  
26,4,9: 97  
28,1,1: 161

28,1,2: 102 n. 200  
28,1,12: 307 n. 624  
28,1,18 pr.: 156 n. 315  
28,1,21,3: 155 n. 313  
28,2,11: 93 n. 172, 105  
28,2,30: 164  
28,2,32: 164  
28,3,3 pr.: 164  
28,5,79: 340 n. 654  
28,6,41,6: 390 n. 707, 398 n. 717, 405 n. 729  
29,1: 291 n. 597  
29,1,17,4: 441  
29,1,42: 441  
29,7,20: 159 n. 320  
30,28,1: 375 n. 690  
30,54 pr.: 195 n. 391  
30,75,1: 231 n. 443  
30,75,2: 231 n. 443  
30,81,4: 330 n. 646, 346 n. 662  
30,86,2: 292 n. 598  
30,116,4: 347 n. 665  
31,4: 196 n. 391  
31,5 pr.: 196 n. 391  
31,36: 170 n. 343  
31,61 pr.: 401 n. 720  
31,70,3: 335 n. 649  
31,76 pr.: 217 n. 416, 226 n. 431

31,77,2: 428  
31,77,6: 218, 224, 228, 351 n. 668, 428  
31,77,12: 380  
31,87,4: 338 n. 652  
33,1,4: 407 n. 732  
33,1,21,1: 216, 225, 301 n. 614  
33,4,1,12: 382, 383  
33,4,1,13: 382, 384 n. 699  
33,4,2,1: 380  
33,4,7,1-2: 383, 384 n. 699  
33,4,10: 383  
34,9,2: 342 n. 657  
34,9,6: 342 n. 657  
34,9,15: 340 n. 655  
35,1,43,1: 216, 225  
35,2,1 pr.: 13 n. 7, 43 n. 78, 79 n. 175, 200 n. 398, 279, 307 n. 625, 321, 385  
35,2,1,1: 291, 307, 309  
35,2,1,2: 281, 303  
35,2,1,3: 282, 466  
35,2,1,4: 244, 289  
35,2,1,5: 251, 256, 289, 448 n. 783  
35,2,1,6: 280 n. 586  
35,2,1,7: 288, 467  
35,2,1,8: 429  
35,2,1,9: 225, 376 n. 691, 421  
35,2,1,10: 375 n. 690  
35,2,1,11: 291, 467

35,2,1,12: 306 n. 622, 390 n. 709, 407 n. 732, 412 n. 738  
35,2,1,13: 309  
35,2,1,14: 399 n. 718, 400 n. 720  
35,2,1,15: 399 n. 718, 399 n. 719, 401 n. 720  
35,2,1,16: 390 n. 709, 408 n. 733  
35,2,1,17: 249, 372, 373, 374  
35,2,1,18: 249, 347 n. 665, 374  
35,2,1,19: 247, 249, 262 n. 754, 377, 378, 379  
35,2,2: 246, 249, 366 n. 683, 378, 379  
35,2,3 pr.: 336, 338 n. 651, 366 n. 684  
35,2,3,1: 366 n. 684  
35,2,3,2: 247, 256, 392 n. 712  
35,2,4: 251, 369 n. 684  
35,2,5: 251, 256, 290  
35,2,6: 249, 379  
35,2,7: 251, 424  
35,2,8: 246, 398  
35,2,9 pr.: 343 n. 658  
35,2,9,1: 343 n. 658  
35,2,10: 252, 306, 309, 314  
35,2,11 pr.: 252, 364  
35,2,11,1: 244, 343 n. 658  
35,2,11,2: 305 n. 621  
35,2,11,3: 343 n. 658  
35,2,11,4: 343 n. 658  
35,2,11,5: 313, 403  
35,2,11,6: 314, 404 n. 725



35,2,11,7: 312, 390 n. 707, 398 n. 717, 405 n. 729

35,2,11,8: 310 n. 628, 405 n. 730

35,2,12: 252, 375 n. 690

35,2,13: 252, 308

35,2,14 pr.: 367 n. 684

35,2,14,1: 225, 252, 331

35,2,14,2: 316 n. 630, 403 n. 724, 406

35,2,14,3: 316 n. 630, 403 n. 724, 405

35,2,15 pr.: 225, 332

35,2,15,1: 30, 225, 330

35,2,15,2: 247, 256, 396,

35,2,15,3: 367 n. 683

35,2,15,4: 333

35,2,15,5: 359, 401 n. 721

35,2,15,6: 343 n. 658

35,2,15,7: 333

35,2,15,8: 330, 468

35,2,16 pr.: 218, 225, 293, 418, 424, 450

35,2,16,1: 418

35,2,17: 256, 387

35,2,18 pr.: 302

35,2,18,1: 303 n. 616

35,2,19: 248, 250, 363

35,2,20: 308 n. 626

35,2,21 pr.: 373, 374

35,2,21,1: 337, 399 n. 719

35,2,22 pr.: 243, 339

35,2,22,1: 406  
35,2,22,2: 406  
35,2,22,3: 375, 231 n. 443  
35,2,22,4: 375, 231 n. 443  
35,2,23: 217 n. 416, 250, 251, 422, 425  
35,2,24 pr.: 250, 451, 342 n. 657  
35,2,24,1: 250, 343 n. 658  
35,2,24,2: 250, 343 n. 658  
35,2,25 pr.: 401 n. 721  
35,2,25,1: 216, 225, 317  
35,2,26 pr.: 222, 426, 427, 429  
35,2,26,1: 426  
35,2,27: 330 n. 646  
35,2,28: 248, 304 n. 620, 375 n. 690  
35,2,29: 338 n. 651, 371  
35,2,30 pr.: 248, 318, 320  
35,2,30,1: 363  
35,2,30,2: 248, 319 n. 634, 320  
35,2,30,3: 248, 319 n. 634  
35,2,30,4: 248, 319 n. 635, 320  
35,2,30,5: 248, 306 n. 622, 310 n. 635  
35,2,30,6: 248, 319 n. 625, 620  
35,2,30,7: 336, 386  
35,2,30,8: 371  
35,2,30,9: 371  
35,2,31: 244, 390 n. 709, 407 n. 733, 428 n. 762  
35,2,32: 248, 351, 374 n. 689

35,2,32 pr.: 352  
35,2,32,1: 352  
35,2,32,2: 415  
35,2,32,3: 247, 248, 256, 396, 397  
35,2,32,4: 253, 265, 306 n. 623, 321, 322, 323 n. 639, 467  
35,2,32,5: 253, 322, 324 n. 639  
35,2,33: 242, 248, 260 n. 572, 260 n. 573, 322, 323 n. 639, 324 n. 639, 339  
35,2,34: 242, 248, 253, 260 n. 573, 323 n. 639  
35,2,35: 248, 253, 255, 323 n. 639, 324 n. 639  
35,2,36 pr.: 249, 324 n. 639  
35,2,36,1: 244  
35,2,36,2: 358  
35,2,36,3: 419, 420 n. 748, 421 n. 750  
35,2,36,4: 306 n. 622, 390, 421 n. 750  
35,2,37 pr.: 253, 421 n. 750  
35,2,37,1: 324 n. 639, 358  
35,2,38 pr.: 355, 358, 369 n. 685  
35,2,38,1: 355 n. 675  
35,2,38,2: 355 n. 675  
35,2,39: 358  
35,2,40 pr.: 256, 442  
35,2,40,1: 286 n. 593  
35,2,41: 410  
35,2,42: 253, 346, 346 n. 663, 467  
35,2,43: 355  
35,2,44: 369 n. 685  
35,2,45 pr.: 356

35,2,45,1: 244, 349, 353, 386 n. 704, 392 n. 711  
35,2,46: 229, 296, 327, 328, 329 n. 644, 469  
35,2,47 pr.: 284 n. 590, 395  
35,2,47,1: 249, 253, 306, 309  
35,2,48: 360  
35,2,49 pr.: 225, 228, 430, 421 n. 751  
35,2,49,1: 225, 251, 306 n. 622, 421  
35,2,50: 241, 243, 266 n. 575, 364  
35,2,51: 243, 338 n. 651, 356  
35,2,52 pr.: 247, 288, 365  
35,2,52,1: 247, 365  
35,2,53: 241, 242, 247, 389, 392  
35,2,54: 247, 356  
35,2,55: 247, 256, 391, 396 n. 715  
35,2,56 pr.: 247, 342, 361  
35,2,56,1: 247, 362, 392 n. 711  
35,2,56,2: 247, 362  
35,2,56,3: 247, 305 n. 620  
35,2,56,4: 216, 225, 420 n. 748  
35,2,56,5: 324, 326, 327, 339, 468  
35,2,57: 247, 317, 382, 383  
35,2,58: 284  
35,2,59 pr.: 326, 339, 469  
35,2,59,1: 326  
35,2,60 pr.: 350  
35,2,60,1: 241, 253, 346 n. 663  
35,2,61: 219, 224, 228, 240, 253, 346 n. 662, 350, 351 n. 668, 363 n. 682

35,2,62 pr.: 341 n. 656, 346 n. 663  
35,2,62,1: 253, 346  
35,2,63 pr.: 241, 348  
35,2,63,1: 241, 347  
35,2,63,2: 241, 346  
35,2,64: 327, 328, 468  
35,2,65: 287  
35,2,66 pr.: 344 n. 658  
35,2,66,1: 223 n. 427, 284, 357 n. 678  
35,2,67: 249, 285  
35,2,68 pr.: 247, 392  
35,2,68,1: 326, 339, 469  
35,2,69: 360, 376  
35,2,70: 255, 413  
35,2,71: 245, 306, 341  
35,2,72: 245, 254, 341  
35,2,73 pr.: 167 n. 337, 253, 335 n. 649, 342, 345 n. 661, 346 n. 663, 467  
35,2,73,1: 352, 354  
35,2,73,2: 242, 391, 390 n. 709  
35,2,73,3: 242, 391 n. 710  
35,2,73,4: 242, 354 n. 673, 391 n. 710  
35,2,73,5: 216, 223, 224 n. 428, 225, 228, 287, 468  
35,2,74: 243, 245, 254, 338  
35,2,75: 242, 243, 245, 254, 338, 339, 340 n. 654  
35,2,76 pr.: 365, 451 n. 788  
35,2,76,1: 338 n. 651, 369  
35,2,77: 245, 397 n. 716, 398, 400 n. 720

35,2,78: 245, 338 n. 651, 399 n. 719, 400  
35,2,79: 246, 343 n. 658, 402 n. 723, 403  
35,2,80 pr.: 304 n. 620  
35,2,80,1: 217 n. 416, 251, 424 n. 754  
35,2,81 pr.: 376  
35,2,81,1: 286 n. 592  
35,2,81,2: 280 n. 585, 307 n. 625, 381 n. 696, 385, 466  
35,2,82: 255, 363 n. 682, 392 n. 711, 433  
35,2,83: 243, 375 n. 690  
35,2,84: 243, 306 n. 622, 410 n. 736  
35,2,85: 243, 359, 367 n. 684, 380 n. 695  
35,2,86: 243, 300 n. 610, 338 n. 651, 432  
35,2,87 pr.: 286, 336  
35,2,87,1: 286  
35,2,87,2: 335 n. 649, 363  
35,2,87,3: 242, 389 n. 707, 398 n. 717  
35,2,87,4: 299 n. 609, 398, 405, 435, 436, 437  
35,2,87,5: 435, 437  
35,2,87,6: 435  
35,2,87,7: 310 n. 628, 405, 435 n. 767  
35,2,87,8: 435, 437  
35,2,88 pr.: 437  
35,2,88,1: 437, 439  
35,2,88,2: 219, 293 n. 601, 437, 439  
35,2,88,3: 242, 386 n. 704, 389 n. 707  
35,2,89 pr.: 251, 289, 332 n. 647  
35,2,89,1: 293 n. 599

35,2,90: 246, 356, 334, 371 n. 686  
35,2,91: 246, 256, 338 n. 651, 338 n. 652, 370, 373  
35,2,92: 440, 441  
35,2,93: 225, 251, 252, 334, 335 n. 649  
35,2,94: 357 n. 678, 403 n. 723  
35,2,95 pr.: 335 n. 649, 385 n. 702, 401 n. 721  
35,2,95,1: 393 n. 713  
35,2,95,2: 284  
35,2,96: 250, 256, 291, 442 n. 772  
35,3,1 pr.: 407, 409 n. 734, 417, 411 n. 737  
35,3,1,1: 354  
35,3,1,2: 410 n. 736  
35,3,1,3: 414  
35,3,1,4: 407 n. 732, 411 n. 737  
35,3,1,5: 407 n. 733  
35,3,1,6: 297, 341, 411 n. 737  
35,3,1,7: 283 n. 589, 389 n. 706, 390, 407 n. 732, 411 n. 738, 466  
35,3,1,8: 390 n. 709, 411 n. 738  
35,3,1,9: 412  
35,3,1,10: 407, 428  
35,3,1,11: 216, 218, 223 n. 427, 224, 228, 344 n. 659, 351 n. 668, 413  
35,3,1,12: 440 n. 769  
35,3,1,13: 407  
35,3,1,14: 283 n. 590  
35,3,1,15: 413  
35,3,2: 413 n. 740  
35,3,3 pr.: 413

35,3,3,1: 410, 409 n. 734  
35,3,3,2: 411  
35,3,3,3: 355  
35,3,3,4: 284 n. 590, 416, 409 n. 734  
35,3,3,5: 408 n. 733, 409 n. 734  
35,3,3,6: 415  
35,3,3,7: 415  
35,3,3,8: 410 n. 736  
35,3,3,9: 415  
35,3,3,10: 412, 429  
35,3,4 pr.: 411  
35,3,4,1: 412  
35,3,4,2: 412, 414 n. 741  
35,3,4,3: 414  
35,3,5: 286 n. 592, 408 n. 733  
35,3,6: 417, 409 n. 734  
35,3,7: 417  
35,3,8: 408 n. 733  
35,3,9: 306 n. 622, 416  
36,1,1,1: 152 n. 306  
36,1,3,1: 440 n. 770  
36,1,17: 335 n. 649  
36,1,22: 218, 222, 409 n. 734, 418 n. 746, 429  
36,1,23,4: 335 n. 649  
36,1,28,11: 401 n. 721  
36,1,56: 335 n. 649  
36,1,62: 428 n. 762



36,1,65,12: 229  
36,1,70: 340 n. 654  
36,1,82: 335 n. 649  
37,5,10,1: 231 n. 443  
37,10,11: 123 n. 245  
38,6,1 pr.: 160  
39,5,20: 296  
39,5,20,1: 229, 330 n. 646, 445 n. 778  
39,6: 285 n. 591  
39,6,1 pr.: 326 n. 641  
39,6,17: 223 n. 427  
39,6,35: 326 n. 641  
39,6,41: 366 n. 683  
39,6,42: 252 n. 526  
40,1-4: 322 n. 637  
40,9: 322 n. 637  
40,9,5,2: 219 n. 420, 227  
41,4,7,2: 295 n. 605  
42,8,19: 428 n. 762  
42,8,20: 428 n. 762  
43,3,1,5: 216, 221 n. 422, 222, 225, 293, 427, 428, 467  
44,4,5,1: 226 n. 431, 424 n. 754  
45,1,140 pr.: 156 n. 316  
46,1,16,4: 372  
46,3,34,6: 367 n. 684  
46,3,94,3: 372  
47,10: 352 n. 669

48,20,7 pr.: 94 n. 176  
49,14,49: 342 n. 657  
49,17: 303 n. 616  
50,12: 290 n. 596  
50,16,7: 99 n. 191  
50,16,39,2: 115 n. 229  
50,16,40 pr.: 115 n. 229  
50,16,53 pr.: 133 n. 263, 138  
50,16,101,1: 105  
50,16,120: 133, 138, 152, 159, 462  
50,16,130: 160  
50,16,191: 105  
50,16,215: 36 n. 65  
50,16,238,1: 115 n. 229  
50,17,73: 97

*INSTITUTIONES IUSTINIANUS*

1,5-6: 322 n. 637  
1,11: 117  
1,11,3: 443 n. 775  
1,12,6: 105  
1,20: 96 n. 184  
2,2,22 pr.: 181 n. 367  
2,7,1: 285 n. 591  
2,10 pr.: 161  
2,11: 291 n. 597  
2,11 pr.: 441

2,22 pr.: 133, 135 n. 268, 169 n. 341, 199, 243, 339,  
2,22,1: 397 n. 716, 399 n. 718, 400 n. 720  
2,22,2: 342 n. 658, 345 n. 661  
2,22,3: 231 n. 443, 357, 358, 375  
2,22,4: 231 n. 443  
2,23,4: 152 n. 306  
2,23,5: 302 n. 615  
3,1,14: 443  
3,27,7: 294, 295  
4,6,29: 317 n. 632  
4,6,33: 225 n. 430, 297  
4,7: 361

*NOVELLAE*

1,1,1: 452  
1,1,2: 453 n. 792  
1,2,1: 448 n. 784  
1,2,2: 328, 329 n. 644, 446 n. 781, 449  
1,2,3: 451 n. 788  
1,3: 450  
1,4: 452 n. 791  
22,2 pr.: 135 n. 268  
108 pr.: 335 n. 649  
108,1: 334 n. 649, 447 n. 783  
115: 445  
119,11: 452  
131,12: 298 n. 595, 447 n. 783, 448 n. 783, 467

## FUENTES LITERARIAS

### ANÓNIMO

*Escolio veronés a la Eneida virgiliana*

10,241: 125 n. 251

*Invectiva in Ciceronem* (Pseudo Salustio)

4: 136 n. 271

*Rhetorica ad Herennium*

1,13,23: 133

### APIANO ALEJANDRINO

*Bellum civile*

1,54: 80

1,59: 72

5,3,18: 208

5,5,53: 208

5,5,46-49: 209

5,6,53: 209

5,7,64-65: 210

5,8,67: 203, 233, 298, 464

5,68: 205 n. 406

5,72: 206 n. 467, 207, 465

5,124-126: 208 n. 408

5,144: 208 n. 409

ARISTÓTELES

*Constitución de los atenienses (Ἀθηναίων Πολιτεία)*

5,1-2: 60

ARNOBIO DE SICCA

*Adversus nationes*

2,91: 173 n. 350

AGUSTÍN DE HIPONA

*De civitate Dei*

3,21: 185

GAYO JULIO CÉSAR

*Commentarii de bello gallico*

1,39,5: 129 n. 257

DIÓN CASIO

*Historia romana (Ρωμαϊκή Ιστορία)*

38,5,3: 43 n. 78

42,32: 46

48,15: 209

48,15,1: 209 n. 410

48,15,2: 209

48,16,2: 209, 210

48,20,1: 209  
48,23,4-5: 208  
48,28,2: 209  
48,29,1-2: 210  
48,30,4-6: 210 n. 411  
48,33,5: 203, 233, 464  
48,34,1: 203, 233, 464  
48,34,2: 203, 233, 464  
48,36,2: 206  
48,36,38: 206 n. 407  
49,7: 208  
49,8-12: 208 n. 408  
49,18: 208 n. 409  
56,10,2: 181 n. 367

## MARCO PORCIO CATÓN

### *De agri cultura*

Praef.: 178

5,14: 181 n. 367

## MARCO TULIO CICERÓN

### *Ad Atticum*

1,14,5: 48 n, 85

1,20,7: 173 n. 350

3,23,2: 44 n. 78

4,2: 29 n. 51

49: 47 n. 81

*De amicitia*

12,41: 48 n. 85

*De domo sua*

13,34: 116

41: 46 n. 81

*De finibus*

2,17,55: 181 n. 367

*De inventione*

2,22: 11 n. 3

2,50,148: 133

2,130: 43 n. 78

2,131: 43 n. 78

*De legibus*

1,6,18: 40 n. 74

1,17: 39 n. 70

1,12,33: 10 n. 3, 40 n. 74

1,19: 12, 13 n. 8, 29

2,4,8: 10 n. 3

2,4,9: 10 n. 3

2,4,10: 10 n. 3

2,5,13: 10 n. 3

2,12,33: 10 n. 3

2,20,49: 181 n. 367

2,22,55: 123 n. 246

3,16,35: 48 n. 85

*De lege agraria*

2,7,17: 36 n. 65

2,10-13: 43 n. 78

*De natura deorum*

2,3,9: 128 n. 254, 129 n. 254, 129

2,79: 10 n. 3

*De officiis*

3,15: 83

3,31,3,69: 10 n. 3

*De oratore*

1,42,190: 81

1,53,228: 130

1,56,237: 93 n. 172

2,40,167: 36 n. 65

2,63,255: 80

2,71,286: 173 n. 350

*De re publica*

1,32,48: 13 n. 8

2,32,56: 72 n. 131

2,34: 80



2,36,61: 22 n. 36, 74, 59 n. 101

2,36,62: 74, 59 n. 101

2,36,63: 74, 59 n. 101

2,37,63: 79

3,10,17: 181 n. 367

3,17: 187, 194

3,22,33: 40

3,33: 10 n. 3

*De senectute*

4,10: 173 n. 350

*In Vatinius*

5: 47

*In Verrem*

2,1,41: 181 n. 367, 184 n. 372, 192

2,1,41,104: 181 n. 367

2,1,42: 184 n. 372, 192

2,1,42,107: 166

2,1,42,108: 166

2,1,42,109: 169 n. 341

2,1,43,110: 181 n. 367

2,1,44,114: 181 n. 367

2,1,107: 166

2,1,108: 166

2,1,110: 190 n. 381, 191

2,2,121: 37 n. 68

2,5,18,45: 181 n. 367

2,121: 37 n. 68

*Philippicae*

1,7,18: 34 n. 62

1,24: 47

2,16,40: 202

2,16,42: 202

*Pro Balbo*

8,21: 169 n. 341

21: 39 n. 70

33: 24 n. 41

*Pro Caecina*

6: 39 n. 60

*Pro Cluentio*

53,146: 10 n. 3, 39 n. 72, 181 n. 367

*Pro Flacco*

15: 29 n. 51

32,80: 182 n. 370

*Pro Plancio*

3,8: 73 n. 131

*Pro Rabirio perduellionis reo*

5: 36 n. 65

*Pro Tullio*

49: 22 n. 36, 25

*Pro Sestio*

133: 43 n. 78

*Topica*

5,28: 11 n. 3

29,6: 136 n. 272

TASCIO CECILIO CIPRIANO

*Ad Demetrianum*

19,2,388: 447 n. 783

DIODORO DE SICILIA

*Biblioteca histórica (Βιβλιοθήκη ιστορική)*

31,27,7: 181 n. 367

DIONISIO DE HALICARNASO

*Antigüedades romanas (Ρωμαϊκή ἀρχαιολογία)*

2,9-27: 53 n. 93

2,10,15: 54

2,15,2: 104  
3,36,4: 50 n. 89, 54  
4,20,2: 57 n. 97  
6,88-89: 26 n. 44  
6,89,3: 22, 25, 49 n. 87  
7,17,15: 22  
8,78,5: 27  
8,79,1-3: 27  
8,87,6: 82 n. 155  
9,49,5: 69  
10,1-60: 57 n. 99  
10,4,1: 32 n. 58  
10,51,5: 58 n. 101

#### SEXTO POMPEYO FESTO

##### *De significatione verborum*

173: 151  
50,72: 93 n. 172  
422,17: 24 n. 41  
422,25: 23  
420L: 43 n. 78  
424: 26 n. 45  
442L: 29 n. 51

#### SEXTO JULIO FRONTINO

##### *Strategemata*

4,1,23: 130 n. 258

## AULO GELIO

### *Noctes Atticae*

1,9,12: 93 n. 172

1,22,7: 81

6,13: 183 n. 370

6,13,3: 181 n. 367

10,20,2: 28, 459

10,28,1: 126

13,34: 116

15,27,3: 109, 118

15,27,4: 58 n. 99

15,27,5: 111

17,2,27: 87

17,6,1: 181 n. 367, 182

20,1,23: 181 n. 367

## HORACIO

### *Epistolae*

II, 1,23-27: 66 n. 112

## ISIDORO DE SEVILLA

### *Etymologiae*

5,1,5: 81

5,2,2: 19, 20

TITO LIVIO

*Ab urbe condita*

1,8,1: 53 n. 93

1,8,2: 53 n. 93

1,13,6-7: 53 n. 93

1,32,2: 54

1,43,1: 182 n. 370

1,43,10: 57 n. 97

2,1,1: 40 n. 73

2,18,8: 49

2,33,1: 24 n. 42, 26 n. 44, 49 n. 87

2,33,2: 24 n. 42, 26 n. 44

2,35,4: 22 n. 36

2,41,2-3: 27

2,41,10: 27

2,41,11: 27

2,52,5: 22 n. 36

2,58,1: 26 n. 44

3,9-16: 58 n. 151

3,9-57: 57 n. 99

3,30,4-6: 26 n. 44

3,30,7: 26 n. 44

3,31,7: 58 n. 101

3,31,9: 58 n. 101

3,31,17: 51 n. 91

3,32,5: 59 n. 101

3,32,6: 58 n. 101  
3,32,7: 59 n. 101  
3,33,1: 58 n. 101  
3,34,6: 59 n. 101  
3,44: 59 n. 101  
3,55,3: 70  
3,55,6: 25  
3,55,7: 25, 137  
3,55,8: 25  
3,55,9: 25  
3,55,10: 25  
3,57,10: 65 n. 110  
3,58: 63  
4,1: 69  
4,1-3: 79  
4,3,6: 49 n. 87  
4,11,7: 44 n. 78  
4,13: 28  
4,40,4: 44 n. 78  
5,47,49: 28  
6,11-20: 28  
6,34-42: 57 n. 99  
6,35,42: 87  
6,38: 48  
7,4,1: 44 n. 78  
7,17,12: 78, 87  
7,21,4: 85

7,42: 80

8,3,5: 50 n. 89

8,11,16: 50 n. 89

8,12,14: 57 n. 99, 70, 76

8,12,15: 57 n. 99

8,12,16: 57 n. 99

8,28,8: 80

9,9,4: 36 n. 65

9,33-34: 86

10,6,6: 58 n. 99

22,57,9: 126

22,57,11: 126

24,43,2: 49

33,25,7: 48 n. 85

34,4,9: 173 n. 350

34,51,6: 37 n. 68

41,8,6-12: 86 n. 163

41,9,9-12: 86 n. 163

41,27,2: 93 n. 172

## MACROBIO

### *Commentarii in somnium Scipionis*

2,17,13: 85, 174 n. 352

### *Saturnales*

1,13,21: 50 n. 89; 79 n. 149

1,16,34: 46, n. 81



PLAUTO

*Menaechmi*

587: 39 n. 70

PLINIO EL VIEJO

*Naturalis historia*

34,11,21: 58 n. 101

34,15: 27

PLINIO EL JOVEN

*Epistolae*

5,2: 172 n. 347

5,21: 173 n. 350

8,18,4: 93 n. 172

*Panegyricus Traiani*

37: 234

42: 181 n. 367, 193, 204 n. 405

MESTRIO PLUTARCO

*Vidas paralelas (Βίοι Παράλληλοι)*

*Antonio*

1: 202

*Cicerón*

41: 181 n. 367

*Coriolano*

9,3: 128, 129 n. 257, 130

*Mario*

29,6: 44 n. 78

*Rómulo*

22,3: 104 n. 206

*Sila*

37: 37 n. 68

*Solón*

21: 120

POLIBIO

*Historiae*

2,15: 176

32,12-13: 173 n. 350

32,14,8: 181 n. 367

MARCO FABIO QUINTILIANO

*Declamationes*

264: 181 n. 367

*Institutio oratoria*

7,3,13: 93 n. 172

GAYO SALUSTIO CRISPO

*De Catilinae coniuratione*

33: 80

*Historiae*

3,65: 202

LUCIO ANNEO SÉNECA

*De beneficiis*

4,11,4: 155 n. 314

*Epistulae*

87,9-10: 181

114,13: 66 n. 112

MARIO SERVIO HONORATO

*In Vergilii Aeneidem commentarii*

1,269: 19, 20

8,642: 99 n. 185

SÓFOCLES

*Áyax (Aίαξ)*

5,1074: 22 n. 39

GAYO SUETONIO TRANQUILO

*Divus Augustus*

16,1: 206, 208

16,1: 208

16,4: 207 n. 408

*Divus Iulius*

44,3: 81

CORNELIO TÁCITO

*Annalium ab excessu divi Augusti libri*

6,16: 80, 177

11,5: 173 n. 350

13,42: 173 n. 350

15,20: 173 n. 350

PUBLIO VALERIO MÁXIMO

*Factorum et dictorum memorabilium*

5,8,2: 27

7,7,5: 167

MARCO TERCENCIO VARRÓN

*De lingua latina*

6,66: 12 n. 7

9,1,6: 36 n. 65

9,83: 169 n. 341

*De vita populi Romani*

3: 169 n. 341



