

**CAUSA PRAESENS ADMITTERE VIDETUR
HUMANIOREM INTERPRETATIONEM.
LA APLICACIÓN DE LA HUMANIOR INTERPRETATIO
AL TESTAMENTO DE VALERIO NEPOTE**

JOSÉ ANGEL TAMAYO ERRAZQUIN
Universidad del País Vasco

Es probable que el concepto de *humanitas* hubiera empezado a manifestarse en Roma como consecuencia del contacto con el mundo helenístico en torno al círculo de los Escipiones. Aunque el sentimiento de la piedad humana en el derecho y cultura romanos se vislumbren ya en tiempos de las XII Tablas ⁽¹⁾. La expresión y el concepto viene recogido en Cicerón ⁽²⁾, Séneca ⁽³⁾, Petronio ⁽⁴⁾, Plinio el Joven ⁽⁵⁾, Aulo Gelio ⁽⁶⁾ y otros ⁽⁷⁾,

tividad ya fueron exigidos en Nov. Val. 21,2 y en *la interpretatio* a la misma, regulándose con más detalle la *contropatio scripturae* y la presentación en un plazo legal ante la autoridad competente en la *Lex Visigothorum* 2,5,14; 2,5,15; 2,5,16; 2,5,17 y que pasaron a nuestro derecho patrio en el Fuero Juzgo 2,5,13; 2,5,14; 2,5,16.

⁽¹⁴³⁾ T. F. TORRES, *el testamento ológrafo*, cit., 351 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 441 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ La actual redacción que presenta el Código civil en el art. 689 es la modificada tras la reforma sufrida en dicho precepto por la Ley 11/1981 de 13 de Mayo.

⁽¹⁾ La *legis actio per sacramentum* de las XII Tablas, *favore libertatis*, acepta la apuesta menor (la de cincuenta ases) cuando se trata de la libertad, aunque el supuesto esclavo valga mucho más. Gayo, I. 4,14; RICCOBONO, S. Jr., *L'idea di 'humanitas' come fonte di progresso del diritto*. Studi in onore BIONDI (1965) 587 ss.

⁽²⁾ Cicerón, *De legibus* 1,10,30; *Pro Balbo* 18,10.

⁽³⁾ Séneca, *De beneficiis* 3,19-28.

y está suficientemente demostrado que vinculado al *favor libertatis* se recoge en el pensamiento de la jurisprudencia de finales de la República y comienzos del Principado ⁽⁸⁾. El citado Cicerón, entre las virtudes que un liberto debiera ostentar para entrar en el círculo de los *amici*, colocaba junto a la *fidelitas*, y además de la *probitas*, *prudencia*, *observantia* y *modestia*, a la *humanitas* ⁽⁹⁾.

En todo caso existe un concepto *humanitas*, que corresponde a un universo ético y social, de aquello que aprovecha al hombre, a la persona, y otro concepto *humanitas* que tiene más que ver con un universo de valores jurídicos, del que se desprende una interpretación más técnica y más racional del negocio jurídico, y que en un determinado momento histórico se convierte en elemento de evolución y de progreso del ordenamiento ⁽¹⁰⁾. Es en el transcurso de esa evolución histórica cuando el concepto *humanitas* se convierte en sinónimo de *benignitas*, e, incluso, de *aequitas* ⁽¹¹⁾.

Esta evolución del universo ético y social muestra una relación natural con la propia evolución del pensamiento y de las creencias. En este sentido hay que reseñar la filosofía estoica. Desde Zenón (s. IV a. C.), fundador de la escuela, hasta Marco Aurelio, uno de sus más conspicuos representantes, han transcurrido cerca de cinco siglos. El estoicismo griego, al igual que otras corrientes filosóficas, fue recibido en Roma en el s. II a. C., pero tuvo su desarrollo más importante en los siglos I y II. Penetra en las clases altas de la sociedad que actúan a la manera en la que, mucho tiempo después, lo fueran a hacer los ilustrados que rodean y apoyan la misión providencial y pragmática del déspota-rey en el siglo de las luces.

(4) Petronio, *Satyricon* 71.

(5) Plinio el Joven, *Panegyricus*, 21.

(6) Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 13,17pr. ss.: '*Humanitatem*' non significare id, quod volgus putat, sed eo vocabulo, qui sinceriter locuti sunt, magis proprie esse usos. Qui verba latina fecerunt quique his probe usi sunt, '*humanitatem*' non id esse voluerunt, quod volgus existimat quodque a graecis *filanqrwpiva* dicitur et significat dexteritatem quandam benivolentiamque erga omnis homines promiscam, sed '*humanitatem*' appellaverunt id propemodum, quod graeci *paideivan* vocant, nos eruditionem institutionemque in bonas artis dicimus. Quas qui sinceriter cupiunt adpetuntque, hi sunt vel maxime humanissimi. Huius enim scientiae cura et disciplina ex universis animantibus uni homini datast idcircoque '*humanitas*' appellata est.

(7) *Humanitas* como equivalente a *comitas*, *benignitas*, *clementia*, *filanqrwpiva* in *Thesaurus Linguae Latinae*, Leipzig, 1825-1834, VI, 2, voz *humanitas*, 3079; y de la misma forma *benignitas*. idem Leipzig, 1900-1906, II, 1899 ss.

(8) CASTELLO, C., '*Humanitas*' e '*favor libertatis*'. Schiavi e liberti nel I secolo. Scritti in onore GUARINO 5 (1984) 2183 ss.; MARRONE, M. *Istituzioni*, 189.

(9) Cicerón, *Pro Balbo* 18; PEREZ, Ch. *L'esclavell'affranchi 'mediateur' dans les rela-*

Los estóicos han conformado una física, una teoría del conocimiento y una moral de aplicación a la realidad circundante. El estóico no es un dile tante. Es un ser práctico. Propende a practicar la virtud lo cual le conduce a hallarse en perfecta armonía con la razón, con la divinidad. El hombre debe ser sabio. Pero ese saber le debe de conducir a conocer los que es mejor para uno mismo y para los demás. En esta práctica y socialización de la virtud el estóico no debe ofuscarse. Debe conocer perfectamente lo que depende de él mismo y lo que no. El azar, la condición por nacimiento, los fenómenos debidos a la naturaleza de las cosas, etc... son cuestiones que no dependen de uno mismo. Mientras que, sin embargo, el cumplimiento del deber, la humanidad, la equidad, la generosidad, etc... sí dependen de uno mismo. Según la idea estóica la persona debe mantenerse indiferente ante lo que no depende de él mismo y ser beligerante ante lo que sí depende de si mismo ⁽¹²⁾.

Marco Aurelio es un ejemplo de ello. No hay más que leer sus *Meditaciones* para comprender hasta que punto hizo esfuerzos por ceñirse a ese ideal estóico. Como hombre de estado, en el frente militar, en el político, en el de la administración, se manifestará como tal en el tratamiento de ciertos sectores de la población (las mujeres, los pobres, los esclavos, los hijos). Ese humanitarismo estóico alcanza su momento más álgido precisamente con este príncipe ⁽¹³⁾.

Aún así ha existido una fuerte tendencia a interpretar como interpolados aquellos textos que emplearan expresiones como *natura*, *caritas sanguinis*, *humanitas*, *aequitas*, *pietas*, *clementia*, *benignitas*, y otras semejantes, incluso, el concepto *favor libertatis* ⁽¹⁴⁾. La cuestión no deja de arrastrar una evidente carga ideológica. El hecho de arrancar a la jurisprudencia clásica la propiedad intelectual del conjunto de decisiones que indican originalidad en la creación del derecho y la tendencia al progreso y atribuirla a la época postclásica

tions d'amicitia dans le correspondance de Cicerón, INDEX 10 (1981), 180 ss.

⁽¹⁰⁾ CASAVOLA, F., *Cultura e Scienza giuridica nel secondo secolo d.C., Il senso del passato*, in *Aufstieg und Niedergang römischen Welt*, II/15, Berlín-Nueva York, 1976, 157.

⁽¹¹⁾ *Oxford Latin Dictionary*, ed. GLARE, P. G. W., Oxford, 1985, voz *benignus* como equitativo, 231; *Thesaurus Linguae Latinae*, Leipzig, 1825-1834, VI, 2, voz *humanitas*, 3079; Dig. 12,6,53 (Procul. 7 *epist.*); Dig. 23,4,9 (Pomp. 16 *Sab.*); Dig. 5,3,38 (Paul 20 *ed.*); Dig. 21,1,49 (Ulp. 8 *disput.*); Dig. 37,9,1,9 (Ulp. 41 *ad ed.*); CASAVOLA, F., *op. cit.*, 157.

⁽¹²⁾ LE GALL, J. et LE GLAY, M., *L'Empire romain*, Paris, 1987, 486 ss. Sobre el estoicismo vid *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, Berlín-Nueva York, 36/3.

⁽¹³⁾ NOYEN, P., *Marc Aurel: Der grosste Praktiker der Stoa*, in KLEIN, R., *Marc Aurel*,

o justiniana no resulta materia inerte. Independientemente de que algunos de estos términos hayan podido ser efectivamente interpolados me permito defender con este trabajo la efectiva voluntad y manifiesta capacidad de los juristas clásicos para introducir el concepto *humanitas* como instrumento de interpretación jurídica en línea con el avance del derecho y la filosofía de la época.

Un bello ejemplo de la aplicación de la *humanitas* o *benignitas* como criterio jurídico lo tenemos en un conocido pasaje recogido por Marcelo ⁽¹⁵⁾, jurista del que Ulpiano ensalza su sutilidad, *elegantia* y *humanitas* ⁽¹⁶⁾, en el libro 29 de sus *Digesta* que reconstruye un caso presentado a la *cognitio* del emperador Marco Aurelio ⁽¹⁷⁾:

Dig. 28,4,3pr. (Marcellus 29 *dig*):

Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. plerique etiam legatarios excludendos existimabant. quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. quid ergo? non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Polliione consulibus: "cum Valerius

Darmstadt, 1979, 105-118.

⁽¹⁴⁾ ORESTANO, R., *NDI*, 327-328; ALBERTARIO, E., *Conceptum pro iam nato habetur*, *BIDR* 33 (1923), 69; ROBERTI, M., *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, *Miscellanea VERMEERSCH* (Roma, 1935), 27; SCHULZ, F., *Storia*, 531 ss.; Además *vid.* CASTELLO, C., *In tema di 'favor libertatis'*, *SDHI* 22 (1956), 348, n. 2; SCHULZ, F., *Principios de Derecho romano*, Madrid, 1990, 189 ss. Para un visión más detenida de la evolución de la cuestión PALMA, A. *Humanior interpretatio: humanitas nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*. Turín, 1992, 10, n. 19.

⁽¹⁵⁾ Ulpio Marcelo, jurista del *consilium principis* de Antonino Pío y también del de Marco Aurelio. Es probable que Juliano fuera su maestro, al igual que lo fue de Cervidio Scaevola. *Digesta*. fue su gran obra en 31 libros. Gozó de un gran prestigio en su época y posteriormente. Ulpiano le cita hasta 241 veces en su obra. Se le evoca indirectamente en la Ley de Citas del 426 p. C. Justiniano hace suyas varias de sus opiniones en diversas constituciones. OSABA, E., *Juristas universales*, Madrid, 2004, 1, 184-186; CASAVOLA, F., *Giuristi adrianei*, Nápoles, 1980, 394-398; KUNKEL, W., *Die römischen*

Nepos mutata voluntate et incidere testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur. et advocatis fisci dixit: "vos habetis iudices vestros". Vibius Zeno dixit: "rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?" Antoninus Caesar dixit: "videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?" Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: "nomina heredum tantum induxit". Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: "non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet". Priscianus dixit: "manumisit quosdam et legata dedit". Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: "causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit" (18).

El supuesto tiene dos partes claramente diferenciadas. Una hasta ... *est quam tutius* en la que Marcelo refiere el supuesto visto en la corte en el que un testador había tachado los nombres de los herederos dejando intacto el resto. Dice que el fisco reclamaba los bienes como *caduca* y admite que en el seno del *consilium* había opiniones diferentes. La de los que entendían que el tachado de la *heredis institutio* suponía la consiguiente caída de todo el testamento, entre los que se incluía él mismo, y la de los que consideraban que sólo se extinguía lo que el testador había tachado pero que el resto mantenía su vigencia. Y trae a colación una *regula iuris* — *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius* — que los compiladores quisieron recoger, palabra por palabra, en otra parte del Digesto (19).

La otra parte, desde *sententia imperatoris...* hasta el final, pasa a describir directamente el proceso seguido ante el emperador. Se traen citas textuales de los participantes quienes se interpelan mutuamente. Ante el emperador Vibio Zenón, uno de los legatarios, el abogado de estos, Cornelio Prisciano,

Juristen, Colonia-Weimar-Viena, reed. 2.^a, 1967, 2001, 213 ss.

(16) ANKUM, H., *Le juriste romain classique Ulpus Marcellus: sa vie et ses oeuvres*, Mélanges CANNATA (1999), 134 y 135; OSABA, E., *op. cit.*, 186.

(17) Para la literatura sobre el supuesto me remito a AMAYA CALERO, M., *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, LABEO 34 (1988), 1, 18 ns. 1, 2 y ss. Con la posición mayoritaria de la doctrina inclinada a ver en el supuesto un caso de indignidad y con la posición contraria en el sentido de que se habría producido la sucesión intestada,

y el abogado del fisco, Calpurnio Longino ⁽²⁰⁾. En el testamento el testador, Valerio Nepote, ha tachado los nombres de los herederos pero no los de los legatarios, dicen los primeros. No es posible que valga un testamento que no tenga herederos, dicen los del fisco. Hay manumisión de esclavos y legados, arguye el abogado de los legatarios. El emperador manda retirarse a todos y queda reunido únicamente con sus *consiliarii* deliberando. Enseguida la decisión: *causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit*.

Se han puesto inconvenientes a la transmisión del texto ⁽²¹⁾. La mayor parte de los que lo consideran manipulado apuntan hacia el final de lo que he considerado como primera parte. Sin embargo, hay pocas objeciones a la segunda parte, la que más vívidamente refleja cómo debió desarrollarse el proceso. Ni dudar que los compiladores justinianos han intervenido. Pero más parece que lo hicieron para encajar el texto a un espacio delimitado (la descripción debió ser mucho más extensa en los *Digesta* de Marcelo) que para alterar su sentido jurídico.

Esto ocurre en *et maxime ... fuerat inducta*, en donde se da a entender que el testamento contaba con más herederos que los tachados cuando en la relación de la segunda parte es notorio que el testador había tachado todos los nombres de los herederos y que por esa misma razón el testamento quedaba roto.

Tal cosa se desprende de las palabras de Marco Aurelio: *videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?*, de las de Calpurnio Longinos: *non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*, o de las de Cornelio Prisciano: *nomina heredum tantum induxit*. Luego se habían tachado la totalidad de los *nomina heredum* y el testamento quedaba roto y abortada la expectativa de cumplimiento de los legados ⁽²²⁾.

Más dudoso me parece a mí la interpolación que se quiere ver en *quid ergo ... quam tutius*. No dudo que pueda manifestarse tal cosa en la constreñida redacción del fragmento que, por su estilo, parece no clásico ⁽²³⁾.

entre estos últimos el propio AMAYA.

⁽¹⁸⁾ Marcelo menciona otra actuación del mismo emperador en un sentido favorable también a la manumisión. Dig. 28,4,3,1 (Marcell. 29 dig.): *Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescipit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis*.

⁽¹⁹⁾ Dig. 50,17,192,1 (Marcel. 29 dig.): *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*. En relación con Dig. 50,17,56 (Gai. 3 ed., *de legatis*): *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*.

Quienes ven una interpolación en él les chirría la *regula iuris* —*sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*— que más tarde los compiladores ubicarán en el tan discutido título 17 del libro 50 del Digesto de Justiniano. Para estos el *benignitas, benignus, benigne*, que aparece con una cierta regularidad en el Digesto son debidos a glosemas postclásicos o interpolaciones ⁽²⁴⁾. Sin embargo, BERGER ha concluido que la expresión *benignitas* en el contexto de las decisiones jurisprudenciales tiene la significación de una interpretación benévola que se hace en el contexto de cláusulas testamentarias y que es perfectamente clásica ⁽²⁵⁾. Por lo tanto, creo que el contenido de este apartado no hace más que reafirmar, aunque sea de forma un tanto engolada, el resultado del litigio y adelanta la sentencia imperial. No habría porqué dudar, pues, de que el fragmento, al menos en el contenido, si no en la forma, es plenamente genuino ⁽²⁶⁾. Además, la *humanior interpretatio*, tal como se ha dicho, hunde sus raíces en los momentos postreros de la época republicana y, como se verá más adelante, es una técnica jurisprudencial abundantemente confirmada por los escritos de los juristas clásicos ⁽²⁷⁾.

La doctrina mayoritariamente se ha sentido inclinada a tratar este supuesto desde la perspectiva de la *indignitas* ⁽²⁸⁾ y en consecuencia como una reclamación del *fiscus* de los *bona caduca* ⁽²⁹⁾ Todo parece indicar que el de la indig-

⁽²⁰⁾ Se estableció por un rescripto de Marco Aurelio que la sentencia en un proceso en que no hubiera estado presente el abogado del fisco fuese nula. Dig. 49,14,7 (Ulp. 54 *ed.*).

⁽²¹⁾ Para todo ello *vid.* AMAYA CALERO, M., *op. cit.*, 21 n. 8.

⁽²²⁾ En el mismo sentido, SANFILIPPO, C., *Studi sull'hereditas*, AUPA 17 (1937), 89.

⁽²³⁾ GARCIA SANCHEZ, J., *A propósito de Dig. 28,4,3,1, Marcelo liber 29 digestorum*, *Studi in onore SANFILIPPO*, Milán, 1983, 304, n. 11. El propio SANFILIPPO, que se incluye entre los que afirman que ha habido manipulación, en referencia a esa última parte de la primera parte, reconoce que duda no porque contenga *qualche sostanziale novità* sino porque es un resumen prolijo y enfático. SANFILIPPO, C., *op. cit.*, 90.

⁽²⁴⁾ BESELER, *Miscellanea*, ZSS 43 (1922), 418; SANFILIPPO, C., *op. cit.*, 90; ALBERTARIO, E., *op. cit.*, 68 y 71; SOLAZZI, S., *op. cit.*, 330, n. 7.

⁽²⁵⁾ GANDOLFI, G., *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milán, 1966, 378 y 379 apoyándose en BERGER, A., *In dubiis benigniora*, *Atti Congresso Verona*, Milán, 1953, 192 ss.

⁽²⁶⁾ *Il ragionamento è conciso, esatto, compiuto e ben congegnato: quindi i sospetti degli interpreti non mi sembrano accogibili*, NARDI, E., *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milán, 1937, 140, n. 4.

⁽²⁷⁾ Estamos en esto con el profesor Justo García, *op. cit.*, 304, n. 11.

⁽²⁸⁾ Para ver los casos de indignidad y los equivocadamente considerados como

nidad fue, preferentemente, derecho imperial de época de los Antoninos y de los Severos. Ahora bien, parece a primera vista discutible la afirmación de la mayor parte de la doctrina de que no fuera un derecho jurisprudencial habida cuenta la influencia de los juristas de la época. Aunque sólo fuera indirectamente a través de su actividad de asesores del emperador, de *magistri* de las diferentes *officinae* imperiales, de sus cargos en la administración, tal cual parece ser el caso de Marcelo, o el de Scaevola, por sólo citar dos de los juristas que habrían podido verse implicados en el supuesto que nos interesa ⁽³⁰⁾. Mi intención, tras hacer una obligada referencia a esta cuestión, es, sin embargo, la de tratar Dig. 28,4,3pr. desde la perspectiva del empleo de la *humanitas* como instrumento para la transformación y progreso del derecho, al mismo tiempo que me propongo intentar arrojar alguna luz sobre el dilema procesal que plantea la causa. Si se trata de una apelación o de una primera instancia, quién es la parte demandante, qué consecuencias produce la sentencia del emperador.

La *indignitas* no supone la no delación del testamento. Herederos, *possesores*, legatarios, fideicomisarios, pueden adir la herencia. El fisco ⁽³¹⁾, único capacitado para desencadenar la *ereptio*, puede reclamar la herencia u otras disposiciones, una vez producida la delación, háyase hecho con ella o ellas, independientemente que sea heredero, legatario o fideicomisario ⁽³²⁾. La renuncia del indigno no beneficia al coheredero, ni al sucesor *ab intestato*, ni al sustituto si lo hubiera ⁽³³⁾. El proceso podría iniciarse por la denuncia de un *delator* en forma *extra ordinem* ante un tribunal administrativo ⁽³⁴⁾. La *vindictio* de este *delator* conduciría, no a arrebatar el título de heredero al indigno, sino a una situación de *denegatio actionis* que recaería sobre éste, lo que en la práctica le imposibilitaría recuperar los bienes de la herencia. En

casos de indignidad *vid.* NARDI, E., *op. cit.*, 79 ss., y 227 ss., sucesivamente. En todo caso el autor adelanta que pudieran existir supuestos de indignidad afectados por la *ereptio* no recogidos en el *Corpus Iuris*, *op. cit.*, 287; IGLESIAS, J., *Derecho romano*, 568, n. 131.

⁽²⁹⁾ El tema de la indignidad y la problemática en relación a la existencia de un concepto unitario o sistemático de ella ha sido tratado por diferentes autores y resulta ciertamente controvertida. Para la visión de las diferentes posiciones me remito a la obra de REIMUNDO, B., *La sistematización de la indignidad para suceder según el derecho romano clásico*, Oviedo, 1983, 1, 13 ss.

⁽³⁰⁾ REIMUNDO, B., *op. cit.*, 38, n. 12 y 43 ss., en que se hace referencia a la actuación imperial por rescriptos y a la llevada a cabo por decretos.

⁽³¹⁾ A partir de un momento el fisco sustituye al *aerarium* en esa función. La emancipación del *fiscus Caesaris* del *aerarium populi romani* y su desarrollo posterior in COLI,

contrapartida el fisco se pone en lugar de heredero haciéndose con los bienes en vía administrativa ⁽³⁵⁾. En estricto derecho, una vez declarada la incapacidad, los bienes hereditarios son *bona ereptoria* y se reclaman por la *vindicatio caducorum* por el fisco, como los *bona caduca*. Pero no son *bona caduca* ⁽³⁶⁾. Y esto es así en razón a que existe el titular de la *hereditas*, que es el indigno, aunque éste *potest capere pero non potest retinere*.

Implica una cuestión de revocación testamentaria no formal. De acuerdo al tradicional *ius civile*, en virtud del cual, el testamento sólo es válido cuando se han pronunciado las solemnes palabras de la *nuncupatio*, la destrucción total o parcial de las *tabulae* que lo contienen no conlleva su revocación. Meridianamente claro si recordamos que en los orígenes los actos válidos en el negocio jurídico son los *verba* y no los documentos. Estos sólo tienen una función probatoria del negocio ⁽³⁷⁾. Pero nada más. Únicamente un testamento posterior, llevado a cabo con todas las formalidades orales que le caracterizan, puede revocar el anterior ⁽³⁸⁾. Los herederos cuyos nombres han sido tachados en el documento que soporta la prueba de la celebración del acto y del pronunciamiento de las solemnes palabras de la *nuncupatio* sólo padecerán las dificultades consiguientes a la hora de defender su derecho. Pero el testamento como tal, armado por los otros medios de prueba (testigos, etc...), seguirá manteniendo su vigencia y validez ⁽³⁹⁾.

Tal situación fue alterada por la intervención pretoria que concedió la *exceptio doli* al heredero intestado frente al heredero instituido que reclamaba una herencia cuyo nombre había sido eliminado de ella. En la práctica el pretor estaba negando la *bonorum possessio cum tabulis* al heredero instituido, a quien anteriormente se le reconocía tal derecho, a pesar de que su nombre hubiera sido eliminado del testamento, siempre que éste soportara la firma de

H., *Fisco (Diritto romano)*, Novissimo Digesto Italiano, Turín, 1957, 7, 381 ss.

⁽³²⁾ NARDI, E., *op. cit.*, 293 ss.; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, Milán, 1963, 1, 484 ss.; PULIATTI, S., *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milán, 1992, 158.

⁽³³⁾ VOCI, P., *op. cit.*, 1, 485.

⁽³⁴⁾ El *delator* con su denuncia inicia un pleito cuya sentencia significa la declaración de los bienes hereditarios como vacantes. Sólo en ese momento podría reclamar el fisco su parte (la otra parte sería para el *delator*). Dig. 49,14,38pr. (Pap. 13 *resp.*).

⁽³⁵⁾ VOCI, P., *op. cit.*, 1, 487 y 488; PULIATTI, S., *op. cit.*, 256.

⁽³⁶⁾ TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*, 685; PROVERA, G., *La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano*, Turín, 1964, 124 ss.

⁽³⁷⁾ La mayor parte de la doctrina se decanta por que las *tabulae testamenti*, en el

los siete testigos⁽⁴⁰⁾, y admitiendo la *bonorum possessio sine tabulis* al heredero intestado⁽⁴¹⁾.

La solución definitiva la traerá Antonino Pío quien establecerá que el heredero instituido en una herencia cuyo documento es posteriormente destruido o del cual hubieran sido tachados o eliminados sus nombres por el testador fuera considerado indigno y, por lo tanto, aunque mantuviera la capacidad de hacer adición de la herencia, esta se considerase caduca y reclamable por el Estado⁽⁴²⁾. Esta parece ser la constitución a la que se refiere el propio Marco en el texto — *secundum divi patris mei constitutionem* — en virtud de la cual *hereditas eius (...) ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur*. Dig. 28,4,3pr. dice textualmente *ut caduca a fisco vindicarentur*, queriendo expresar que el fisco reclamaba esta herencia al igual que el *aerarium populi romani* reclamaba los *bona caduca*. El receptor durante toda la República y parte del Principado habría sido el *aerarium Saturni*. El *fiscus*, lo fue, posiblemente, en un tiempo que arranca de Antonino Pío⁽⁴³⁾.

El régimen establecido por Antonino Pío sería el siguiente: *a)* Cuando la destrucción es de la totalidad del testamento la indignidad recae en todos sus destinatarios, ya sean herederos o legatarios; *b)* Cuando sólo se elimina uno de los nombres de los varios herederos sólo serán indignos los eliminados; *c)* Si

caso del testamento *per aes et libram*, tenían una función probatoria. ARANGIO-RUIZ, por el contrario, ha defendido el carácter dispositivo del documento. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho romano privado*, Madrid, 1986, 727, n. 100.

⁽³⁸⁾ TALAMANCA, M., *op. cit.*, 757; BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, 605 ss.

⁽³⁹⁾ Gayo, I. 2,151; Como es sabido el derecho romano no conoce un acto contrario específico de revocación del testamento que no sea el de la erección de un nuevo testamento. IGLESIAS, J., *op. cit.*, 577; TALAMANCA, M., *op. cit.*, 758.

⁽⁴⁰⁾ Gayo, I. 2,147: (...) *iure facta postea inrita facta aut rupta sunt* (testamenta) (...) *si septem testium signis signata sint (...) potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere (...)*.

⁽⁴¹⁾ Gayo, I. 151a.: *Quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem, <per exceptionem doli mali repellitur(...)>*.

⁽⁴²⁾ Gayo, I. 151a.: *<(...) si vero nemo ab intestato bonorum possessionem petierit, populus scripto heredi quasi indigno auferet hereditatem (...)>*. La casuística viene indicada por Ulpiano en Dig. 28,4,2 (Ulp. 4 *disput.*). Para todo ello vid WIELING, H. J., *Testamentsauslegung im römischen Recht*, Munich, 1972, 144 y 145; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, Milán, 1963, 492 ss.; Se discute quien era el sujeto jurídico del fisco. Si la persona del príncipe, si el Estado o si constituía una persona jurídica, lo cual arroja interesantes interrogantes en relación a la legitimación procesal que escapan del motivo de este

el testador elimina todos los nombres de los herederos y mantiene las demás instituciones (manumisiones, tutores, condiciones, legados, etc...), que es lo que ocurre en el supuesto que comentamos, es dudoso que con esto hubiera querido dejar sin valor todo el testamento en su conjunto y, por lo tanto, si no existe prueba en contrario, los beneficiarios de este testamento, el fisco desde la reforma de Antonino Pío, soportaría sobre sí los mismos gravámenes que recaían sobre los herederos revocados.

Marcelo describe un proceso celebrado realmente ante la instancia imperial. Tal afirmación se desprende tanto de los propios términos: *Proxime in cognitione principis / Sententia imperatoris Antonini Augusti / advocatus Leonis / advocatus fisci / Antoninus Caesar (...) cum deliberasset (...) dixit...*, como de su estructura. Efectivamente, existe un juez, el príncipe, rodeado de su *consilium*, un demandante (muy probablemente los legatarios representados por su abogado Cornelio Prisciano), una parte demandada (el propio fisco que ha conseguido supuestamente los bienes y que no quiere cumplir con los legados representado por su abogado Calpurnio Longino) y una sentencia.

La primera cuestión que me planteo, pues, es el de la jurisdicción. Como más arriba he indicado existían jueces especiales que conocían de las causas que enfrentaban a particulares con el fisco. Hay noticia de la concesión de Claudio de una amplia jurisdicción a sus *recuperatores* ⁽⁴⁴⁾. Desde Nerva los pleitos que enfrentasen a ambos serían resueltos por un *praetor fiscalis* que reenviaría el caso a un *iudex* o a un colegio de *recuperatores* ⁽⁴⁵⁾. Y ya en época de Marco Aurelio la competencia en materia de indignidad recaería en unos *praefecti aerarii* ⁽⁴⁶⁾. Con la salvedad de que estos tendrían su jurisdicción en Roma e Italia y los *procuratores* la detentarían en las provincias ⁽⁴⁷⁾. La enigmática imprecación del emperador Marco a los abogados del fisco — *vos habetis iudices vestros* — lo único que hace es confirmar esa jurisdicción especial de la que gozaban estos casos. Todo lo cual nos conduce a pensar que esta se vería efectivamente en el contexto del procedimiento extraordinario.

trabajo. COLI, H., *op. cit.*, 383.

⁽⁴³⁾ Teniendo en cuenta que en un momento difícil de determinar el fisco sustituye al *aerarium* en esa función. Esta dificultad se debe a que los compiladores sustituyeron *aerarium* por *fiscus*. NARDI considera que ese momento es el de la época del emperador Antonino Pío a través de una serie de rescriptos a uno de los cuales hace referencia precisamente nuestro texto. NARDI, E., *op. cit.*, 297 ss. y 299, n. 4 y ss.; Más cautos se muestran PROVERA y VOCI que apuntan una época que va de Antonino Pío a Caracala. PROVERA, G., *op. cit.*, 124 ss.; VOCI, P., *op. cit.*, 1, 449 ss.

Lo que no resulta tan evidente es cuál de las partes toma la iniciativa de elevar el caso ante la instancia imperial. Si los legatarios o el fisco. De la descripción de Marcelo no se desprende una evidencia al efecto. Y, por otra parte, tampoco queda claro, si tal cosa ha sido el resultado de una sentencia contradictoria emitida por un tribunal, entendemos que el de los *praefecti aerarii*, y por lo tanto uno de los muchos casos de apelación ante el emperador.

Lo que si parece claro es que desde tiempos republicanos la causa comprendería dos partes, que se desearía se hallaran en todo momento en igualdad de condiciones frente al encargado de juzgar el caso. Así, antiguamente en las causas que enfrentaban a un particular con el Estado, éste se hacía representar por un *quivis de populo*, otro particular, que llevaba la representación *nomine fisci*. La razón de ello podría ser el evitar que el particular se enfrentara con un litigante que era a su vez juez y parte⁽⁴⁸⁾. No sabemos hasta qué punto la figura del *delator*, asistido por un *advocatus fisci* ⁽⁴⁹⁾, fue continuación de la del citado *quivis* ⁽⁵⁰⁾. E, incluso, se duda del momento en que el Estado como tal tuvo cabida en un juicio en las mismas condiciones de paridad que el particular ⁽⁵¹⁾, habida cuenta que, probablemente, en una época anterior a ésta, el único legitimado para promover un juicio de indignidad sería el citado *delator* ⁽⁵²⁾. De hecho, se duda, incluso del papel que desempeña la figura del *advocatus*, si parte independiente en el proceso, si parte vinculada al Estado o si parte en la que recaen las dos funciones.: la de repre-

⁽⁴⁴⁾ Tácito, *Annales* 12,60; Suetonio, *Claudius* 12.

⁽⁴⁵⁾ *Praetor qui inter fiscum et privatos ius diceret...* COLI, H., *op. cit.*, 383.

⁽⁴⁶⁾ Como se desprende de este pasaje de Papiniano Dig. 34,9,12 (Pap. 16 *quaest.*): (...) *causam enim ad praefectos aerarii misit* (...). Lo que podría entrar en contradicción con una mención de Paulo a estos mismos *praefecti* en época de Trajano, Dig. 49,14,13,1 (Paul. 7 *ad leg. Iul et Pap.*): (...) *etiamsi id non possideret, ex eo, quod redactum esset a praefectis aerario, partem dimidiam ferat*. BRUNS, *FIRA*, 1, 256; PROVERA, G., *op. cit.*, 110 ss.

⁽⁴⁷⁾ PROVERA, G., *op. cit.*, 117; COLI, H., *op. cit.*, 383.

⁽⁴⁸⁾ PROVERA, G., *op. cit.*, 7.

⁽⁴⁹⁾ En relación a la figura del *advocatus fisci* vid LAMBRINI, P., *In tema di 'advocatus fisci'*, SDHI 59 (1993), 325, n. 3. De acuerdo a fuentes epigráficas y jurídicas el *advocatus fisci* vendría a ser sustituido en el siglo III por el *patronus fisci*. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, voz *advocatus fisci*, 126 ss.; C. I. 2,36(37), 2; PROVERA, G., *op. cit.*, 327, n. 15. Se entiende que cualquier particular podría ejercer la acción popular *nomine fisci*. BOULVERT, G., *Advocatus fisci*, INDEX 3 (1972), 26; SPAGNUOLO VIGORITA, T., *Praesente fisci patrono*, Sodalitas, Scritti in onore GUARINO 3 (Nápoles, 1984), 1121.

⁽⁵⁰⁾ Dig. 34,9,5,13 (Paul. 1 *de iur. fisc.*); PROVERA, G., *op. cit.*, 124. *Quivis* que a su vez debió de disfrutar también del apoyo del *advocatus fisci*. Para LAMBRINI se empa-

sentante procesal y la de órgano decisorio ⁽⁵³⁾. Desde mi punto de vista, Dig. 49,14,3,9 en la que se trae a colación un rescripto de Adriano no es suficiente para decantarse por esta última posición, tal como hace una parte de la doctrina ⁽⁵⁴⁾. Y más bien parece que en tiempos de Marco Aurelio la figura del *advocatus fisci* detentaría una cierta independencia ⁽⁵⁵⁾ y sus puestos habrían estado cubiertos, incluso, por personajes relevantes de la jurisprudencia ⁽⁵⁶⁾. Lo cual no significa que no sufran un proceso evidente de funcionarización. No resultaría inverosímil contemplar la relación *advocatus fisci* — *fiscus* en su origen como una relación abogado — cliente ⁽⁵⁷⁾.

La cuestión es conocer el momento en que el fisco puede llevar a cabo la *ereptio* ⁽⁵⁸⁾, es decir, la reclamación de lo que le corresponde. Y tal cosa dependerá muchas veces del tipo de indignidad de la que se trata. En todo caso, se entiende que no se producirá antes de la apertura a la sucesión. Siendo lo más común que se active o bien tras la delación o tras la adquisición ⁽⁵⁹⁾.

Conocemos poco del esquema del proceso *extra ordinem*. Todo parece dar a entender que seguiría, más o menos, el sistema del *agere per formulas*, desde el punto de vista de la disposición de las partes en el proceso.

renta con el *delator*, *op. cit.*, 332 y 333.

⁽⁵¹⁾ PROVERA lo sitúa en el momento en que los *caduca* pasan del *aerarium* al fisco, *op. cit.*, 9; D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1968, 125, n. 5.

⁽⁵²⁾ Dig. 28,4,3pr. podría constituir la evidencia de una cesura en la actuación de los *advocati fisci* que a partir de este momento actuarían autónomamente sin depender de la previa acción de los *delatores*. En el mismo sentido LAMBRINI, P., *op. cit.*, 335, n. 57. Redunda en ello la noticia que nos transmite Flavio Vopisco en el sentido de que el emperador despreciaba a los delatores que enriquecían al fisco. SHA, *Vita Marci*, 11,2.

⁽⁵³⁾ Esta última posición es minoritaria en la doctrina. LAMBRINI, P., *op. cit.*, 326 ss.

⁽⁵⁴⁾ PROVERA, G., *op. cit.*, 123; LAMBRINI, P., *op. cit.*, 327, n. 14.

⁽⁵⁵⁾ Dig. 49,14,7 (Ulp. 54 *ed.*) cit. por el que no vale el litigio en el que no inter venga el *advocatus fisci*. En el mismo sentido Dig. 49,14,3,9 (Call. 1 *de iur. fisc.*) con un rescripto de Marco Aurelio de la misma naturaleza. Esta distinción que se hace de los dos entes refuerza la idea de la independencia entre ambos. Para BOULVERT, sin embargo serían meros funcionarios, *op. cit.*, 23. Inconsistente parece la propuesta de PROVERA de que además del *advocatus* compareciera en el juicio un representante del fisco, bien sea el *procurator a rationibus*, o su *adiutor*. PROVERA, G., *op. cit.*, 123, y n. 22. LAMBRINI, *op. cit.*, 330, n. 32, apoyándose en GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi*, Nápoles, 1988, 159, que parece confirmar lo dicho.

⁽⁵⁶⁾ PFLAUM, *Les carrières procuratoriennes équestres sous le haut-empire romain*, Paris,

Tengamos en cuenta que en ella el primer elemento es el de la elección del juez o árbitros, que en este caso no se da por razones obvias. El segundo es el de la *intentio* a través de la cual el demandante reclama su derecho. Replícando a esto el demandado con la *replicatio* ⁽⁶⁰⁾. En este caso la forma de proceder se halla descrita de forma nítida en el supuesto traído por Marcelo que estamos comentando. Primero, una fase de discusión oral con la presencia de las partes y sus abogados que exponen sus posturas. En ella los legatarios han planteado su reclamación, a la que el fisco replica, recibiendo la inmediata contrarreplica. Después, una segunda fase en la que el *consilium* con el emperador se retira a deliberar y de la cual deliberación nace una *sententia* ⁽⁶¹⁾. Esta, la puede adoptar el príncipe, lanzándose en solitario al ejercicio de interpretación de la voluntad del testador y en contra de lo que le indica la mayoría del *consilium*, como parece ser el caso ⁽⁶²⁾.

Conviene fijarse en la disposición de las intervenciones. Primero el emperador que, si no reenvía a un juez, si que recuerda la jurisdicción que corresponde (*vos habetis iudices vestros*). En segundo lugar el representante de los legatarios (*de legatis quid statuet?*). Y a continuación de nuevo el emperador a los legatarios en una interpelación que, ciertamente, resulta curiosa y en la que recuerda el régimen sucesorio vigente (*videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?*). El abogado de los legatarios contesta que solamente se habían tachado los nombres de los herederos (*nomina heredum tantum induxit*). A lo que responde el abogado del fisco reafirmando la anterior intervención imperial en el sentido de no dar valor a un testamento que carezca de la *institutio heredis* (*non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*). Habilmente el abogado de los legatarios contesta que había en el testamento legados y manumisiones (*manumisit quosdam et legata dedit*). Por último, el emperador se retira a deliberar con los miembros de su *consilium* y tras ello viene la sentencia.

Como se puede comprobar lo que describe Marcelo constituye un proceso en toda regla embutido en una estructura bilateral perfecta. Una fase de alegaciones por las partes, la fase de deliberación y la sentencia, incluyendo, además, la mención que, como se ha comprobado, se inserta en la cabecera

1960, 231 y 248.

⁽⁵⁷⁾ BOULVERT, G., *op. cit.*, 25; Todavía en época severiana intervendría el *advocatus fisci* en los procesos fiscales aunque se dude si en todos los procesos. SPAGNUOLO VIGORITA, T., *op. cit.*, 1123.

⁽⁵⁸⁾ Del verbo *eripere* tiene el ilustrativo significado de arrancar, arrebatar.

a propósito de la jurisdicción correspondiente. Es muy extraño que en una apelación se reproduzca la totalidad del proceso, tal como sucede aquí, dando paso a la intervención de las partes. Además, la mencionada expresión del emperador a los *iudice vestros* parece estar indicando que la causa no se había llegado a ver en primera instancia. Sin embargo, la citada problemática no suele merecer una atención especial de los autores dando por supuesto que ha debido existir un proceso previo ante los jueces ordinarios, *praefecti aerari* en la época (63).

La posibilidad de dirigirse directamente al príncipe para que conozca el caso parece estar abierta en esta época. Su asunción por éste constituiría un acto de discrecionalidad perfectamente posible (64). La organización de la cancillería imperial desde Adriano permitiría que una vez librada la reclamación por los particulares, en base a la importancia que el Estado le concediese, fuese redistribuida a las diferentes *officinae*, en función de su especialidad (65). Pero, tal como digo, las cuestiones que por su naturaleza interesaran ser conocidas serían directamente reservadas a la cognición del príncipe quien a través del recurso a instrumentos no propiamente civilísticos, entiéndase equidad, *humanior interpretatio*, *favor alimentorum*, *favor voluntatis*, *favor libertatis*, etc... crearía el *ius novum*. En tal tipo de proceso se seguiría, aunque de forma más sencilla y menos apegada a un formulario, el esquema de un proceso clásico, tal como hemos podido comprobar ocurre en Dig. 28,4,3pr., con las alegaciones de las partes, la deliberación y la sentencia. Esta sería el resultado de la contestación del emperador a las dos partes presentes, al contrario de lo que ocurre en el rescripto, en el que la sentencia va dirigida exclusivamente al remitente (66). En el supuesto de Marcelo que venimos comentando aparentemente la *humanior interpretatio* se opondría al principio civilístico defendido por el *advocatus fisci* en virtud del cual no puede ser válido un testamento sin *heredis institutio* (67).

Por alguna razón que se nos escapa el fisco habríase hecho, de oficio, con

(59) El *aufferri hereditatem*, sustituto, en ocasiones, del *eripere*, describiría, en virtud del significado del verbo *aufero* (arrancar, quitar, llevarse consigo), el acto provocado por el fisco. NARDI, E., *op. cit.*, 303, n. 5.

(60) Ver PALAZZOLO, N., *Processo civile e politica giudiziaria nel Principato*, Turín, 1980.

(61) PALAZZOLO, N., *Processo civile...*, 79 ss.

(62) Como se infiere de la lectura de la primera parte del texto en la que Marcelo nos confiesa que la mayoría se decantaba por excluir a los legatarios: *plerique etiam legatarios excludendos existimabant*.

(63) Así PROVERA, G., *op. cit.*, 116, n. 14. En contra Justo GARCÍA, *op. cit.*, 301,

los bienes de acuerdo al principio civilístico, al que posteriormente se aferrarán en el proceso, por el que sin la *heredis institutio* no puede haber testamento válido. Y en consecuencia se estaría negando a pagar los legados y hacer efectivas las manumisiones. Esto habría movido a los legatarios a presentar su caso ante el emperador. Pero no como resultado de una sentencia sino de una situación de hecho. Lo cual podría explicar la exclamación de Marco Aurelio, *vos habetis iudices vestros*, espetado por el príncipe a los representantes de esa institución clave del Estado.

El argumento principal que manejan los legatarios nos lo descubre Marcelo: *manumisit quosdam et legata dedit*. El argumento, por lo tanto es el de la libertad. Y lo que esperan los legatarios es una interpretación más benigna del emperador que en cuanto a legados, manumisiones y fideicomisos había mantenido una política realmente positiva. La dirección que toma Marco Aurelio, a mi manera de entender, se encamina a la interpretación de la *voluntas testantis* relacionada con el principio *favor libertatis*. Por una parte, hay interpretación de la voluntad del testador cuando se admite que éste ha querido revocar el testamento o parte de él con la rotura de las cuerdas y el tachado de los nombres de los herederos. Y hay interpretación de la voluntad cuando se admite también que los legados se mantengan.

La cesura entre esos dos momentos se descubre en esa sorprendente pregunta ⁽⁶⁸⁾ que el emperador hace al legatario Vibio Zenón: ¿te parece que pueda valer un testamento del que se han eliminado los nombres de los herederos? (*videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?*), aceptando por lo tanto la *revocatio* tácita establecida por la constitución de su padre Antonino Pío que ha mencionado en el encabezamiento ⁽⁶⁹⁾. La pregunta encubre, por lo tanto, una respuesta ya sabida. El testamento es *ruptum* en su totalidad y con él caen todas las demás disposiciones. Los legados por lo tanto no prevalecerían. Y es en ese momento cuando se produce el cruce de argumentos jurídicos y extrajurídicos entre los abogados de las partes. Sólo se borraron los nombres de los herederos, dice el abogado de los legatarios (*nomina heredum tantum induxit*). No puede valer ningún testamento que no tenga herederos, dicen los del fisco (*non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet*). A los que de nuevo el abogado de los legatarios replica: concedió legados y manumitió algunos (*manumisit quosdam et legata dedit*).

n. 7, que trae en su apoyo a VOLTERRA, E., *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* in *La critica del testo*, Florencia, 1971, 2, 993. Se trataría de una controversia llevada directamente al emperador. No existe juicio previo.

El emperador al hacer despejar la sala para quedarse sólo con su *consilium* y deliberar reconoce que no ve clara la sentencia a pesar de lo que ha manifestado a los abogados de los legatarios. Sabe que en su *consilium* hay un sector mayoritario (*plerisque*) que considera que debe ser la totalidad del testamento el que debe ser invalidado, y no sólo una parte. Entre los partidarios de que no prevalezca el testamento se halla un jurista tan prestigioso como Marcelo. Y sabemos, por otras fuentes, que Marco Aurelio se hace rodear por los mejores juristas ⁽⁷⁰⁾ y que tiende a seguir lo que dicen sus consejeros ⁽⁷¹⁾. A pesar de ello, y tras un debate jurídico que debió de ser intenso ⁽⁷²⁾, el emperador sentencia que en el presente caso debe de aplicarse la *humanior interpretatio* como *ratio decidendi* y debe de entenderse que quede inválido sólo lo que el testador tachó (*causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit*).

La *benignior* o *humanior interpretatio*, por lo tanto, se convierte en un instrumento de interpretación jurídica de primer nivel en manos del emperador. En estas intervenciones, que culminan, por lo general, en un *decretum*, se tratan cuestiones que interesan al Estado, como son las cuestiones de libertad, a las que en general la *cognitio* imperial ha sido muy receptiva. Este llamamiento a una interpretación benigna se observa frecuentemente mencionada en la obra de los juristas clásicos. De un rastreo en el Digesto de Justiniano quizás sea la referencia de Celso una de las primeras menciones a la *benignitas*. Para que sea preservada la finalidad de las leyes deben ser benignamente interpretadas, dice Celso ⁽⁷³⁾. Unas veces se emplea para amparar el principio de equidad ⁽⁷⁴⁾. Otras se endereza a una interpretación

⁽⁶⁴⁾ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milán, 1974, 61, n. 117.

⁽⁶⁵⁾ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale...*, 62, n. 118.

⁽⁶⁶⁾ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale...*, 62 ss.

⁽⁶⁷⁾ PALAZZOLO, N., *Potere imperiale...*, 65.

⁽⁶⁸⁾ Sorprendente no tanto por su obvia respuesta sino por el hecho de que en el contexto del proceso se dirija a los demandantes para espetarles semejante obviedad.

⁽⁶⁹⁾ GARCIA, J., *op. cit.*, 306; SANFILIPPO, C., *op. cit.*, 171.

⁽⁷⁰⁾ SHA, *Vita Marci*, 11,10.

⁽⁷¹⁾ Es más sabio que yo siga el consejo de tantos, que tantos sigan mis deseos. SHA, *Vita Marci*, 22,4.

⁽⁷²⁾ El profesor Justo García apunta a que la razón por la que el emperador se decanta por la opinión minoritaria del Consejo es la de que entre estos se hallara el jurista Cervidio Scaevola, el preferido por Marco Aurelio, y en quien confía plenamente.

benigna ⁽⁷⁵⁾. Frecuentemente se trata benignamente ⁽⁷⁶⁾. O se prefiere, o se acepta, o se colige, la interpretación más benigna ⁽⁷⁷⁾. También los *Instituta* de Gayo reciben el principio ⁽⁷⁸⁾.

De toda esta relación destacaría una atribuida a Volusio Meciano. Este insigne jurista del *consilium principis* de Antonino Pío, maestro de Marco Aurelio, en su libro 9 *De fideicommissis* plantea que el principio *favor libertatis* es frecuente que conduzca a soluciones de benignidad ⁽⁷⁹⁾. Y no es ésta la única mención a la *benignitas* vinculada al *favor libertatis* ⁽⁸⁰⁾. Aclarando las fuentes que la citada *benignitas* fue recibida *in hominibus* ⁽⁸¹⁾.

SHA, *Vita Marci*, 11,10: *usus autem est Scaevola praecipue iuris perito*. Desgraciadamente las fuentes no llegan a confirmar tan sugerente suposición, *op. cit.*, 302, n. 8

⁽⁷³⁾ Dig. 3,1,18 (Cels. 29 *dig.*): *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur*. Posteriormente Marciano lo reafirma en Dig. 48,19,11pr. (Marcian. 2 *de iud. pub.*): En los juicios debe el juez fallar de acuerdo a lo que requiere la causa. Sin embargo, en los casos leves debe inclinarse a mitigar la pena y en los graves a observar las leyes con cierta benignidad.

⁽⁷⁴⁾ Dig. 5,3,38 (Paul 20 *ed.*): (como más equitativo); Dig. 12,6,53 (Proc. 7 *epist.*): (tan útil como equitativa) *tam benignius quam utilius est...*; Dig. 21,1,49 (Ulp. 8 *disput.*): (como más equitativo) *et benignum est dicere...*

⁽⁷⁵⁾ Dig. 23,4,9 (Pomp. 16 *Sab.*), Dig. 28,2,2 (Ulp. 6 *reg.*), Dig. 35,1,112,2 (Pomp. 12 *epist.*), Dig. 36,1,78(76) (Scaev. 19 *dig.*), Dig. 39,5,16 (Ulp. 2 *resp.*), Dig. 34,1,20,1 (Scaev. 3 *resp.*).

⁽⁷⁶⁾ Dig. 50,2,2,3 (Ulp. 1 *disput.*): (...) *benigne (...)*; igualmente Dig. 7,4,1,2 (Ulp. 17 *Sab.*), Dig. 17,1,34pr. (Afric. 8 *quaest.*), Dig. 24,1,34 (Ulp. 43 *Sab.*), Dig. 26,7,24,1 (Paul. 9 *ed.*), Dig. 28,2,19 (Paul. 1 *ad Vit.*), Dig. 30,44,6 (Ulp. 22 *Sab.*), Dig. 34,5,24(25) (Marcell. 11 *dig.*), Dig. 34,1,10pr. (Ulp. 23 *Sab.*), Dig. 36,1,55(53) (Pap. 20 *quaest.*), Dig. 36,4,1pr. (Ulp. 52 *ed.*), Dig. 38,2,14,2 (Ulp. 45 *ed.*), Dig. 38,2,14,9 (Ulp. 45 *ed.*), Dig. 49,15,12,11 (Tryph. 4 *disput.*), Dig. 50,2,2,3 (Ulp. 1 *disput.*), Dig. 50,2,2,6 (Ulp. 1 *disput.*).

⁽⁷⁷⁾ Dig. 35,1,44,5 (Paul. 9 *ad Plaut.*): (más benigno) *benignius est...*, igualmente Dig. 35,2,48 (Paul 2 *ed. edil. cur.*), Dig. 39,5,25 (Iav. 6 *epist.*), Dig. 40,7,3,13 (Ulp. 27 *Sab.*), Dig. 48,10,15,6 (Call. 1 *quaest.*); Dig. 40,1,4,7 (Ulp. 6 *disput.*): *benigna est opinio...*; Dig. 40,4,18,1 (Iul. 2 *ad Urs.*): *melius est verba benignius interpretari...*; Dig. 40,7,6,2 (Ulp. 27 *Sab.*): *benignius dicetur...*; Dig. 40,12,6 (Gai. 7 *ed.*): *benignius autem hoc persequendum est...*; Dig. 44,7,1,13 (Gai. 2 *res cott.*): *benignius acceptum est...*; Dig. 24,3,64,3 (Ulp. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*): *et hoc enim benignius admitti debet...*; Dig. 17,1,4 (Gai. 2 *res cott.*): (se prefiere la opinión menos estricta) *quae sententia sane benignior est...*; Dig. 50,17,56 (Gai. 3 *ed., de legatis*): *Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt...*; Dig. 50,17,155,2 (Paul. 65 2 *ed.*): *In poenalibus causis benignius interpretandum est...*; Dig. 50,17,168pr. (Paul. 1 *Plaut.*): (se debe buscar la solución más benigna) *Rapienda occasio est, quae praebet benignius responsum...*

⁽⁷⁸⁾ Gayo, I. 3,109: *propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est*.

⁽⁷⁹⁾ Dig. 35,2,32,5 (Maec. 9 *de fideic.*): *Si autem manumittere servum vel suum vel*

Evidente es que entre los *prudentes* se suscitaron *opiniones* que miraron arrojar sobre los casos contradictorios la luz de una interpretación menos rígida, una *interpretatio* que se calificó, como digo, de *humanior* o *benignior* ⁽⁸²⁾. La materia sobre la que se aplicó la decisiva *interpretatio* fue aquella en la que se enfrentaban la formalidad típica del *ius civile* con la tendencia, en épocas más avanzadas, hacia un mantenimiento de la voluntad e, incluso, a una interpretación de ésta. El emperador, y su *consilium*, fue sede para llevar a cabo la *interpretatio* como representación del más alto poder y, en consecuencia, como generador de la transformación del derecho una vez que, a partir de Adriano, el papel de los *iuris prudentes* se hubiera limitado al entorno imperial. No es casualidad que fuera a partir de este emperador cuando hace aparición la *ratio humanitatis* como *ratio decidendi* en la argumentación de los juristas ⁽⁸³⁾. Así Javoleno ⁽⁸⁴⁾, Pomponio ⁽⁸⁵⁾ y Juliano ⁽⁸⁶⁾. Y que sea con Antonino Pío y Marco Aurelio y en la obra de Marcelo ⁽⁸⁷⁾ y Scaevola ⁽⁸⁸⁾,

alienum rogatus sit, omnimodo praestare debebit libertatem, nec hoc contrarium est superiori, quia favor libertatis saepe et alias benigniores sententias exprimit.

⁽⁸⁰⁾ La *benigna interpretatio* vinculada al *favor libertatis* se manifiesta igualmente en Dig. 40,4,18,1 (Iul. 2 *ad Urs.*), Dig. 40,4,18,1 (Iul. 2 *ad Urs.*), Dig. 40,7,3,13 (Ulp. 27 *Sab.*), Dig. 40,7,6,2 (Ulp. 27 *Sab.*), Dig. 40,12,6 (Gai. 7 *ed.*), Dig. 36,1,55(53) (Pap. 20 *quaest.*), Dig. 49,15,12,11 (Tryph. 4 *disput.*).

⁽⁸¹⁾ Es el caso de quien se le ha gravado con el legado de un esclavo y resulta que el esclavo es el padre, la madre o el hijo del gravado. Se le concede, *benigna ratione*, que pague la estimación. Pero no se admitirá una solución semejante para el que haya sido gravado con el legado de una copa y prefiera entregar la estimación ya que *alia enim condicio est hominum, alia ceterarum rerum*. Dig. 30,71,4 (Ulp. 51 *ed.*) en relación con Dig. 30,71,3. Aunque rara, también se observa alguna aplicación contradictoria de la *interpretatio*. Por la *Lex Iulia de adulteriis* se establece que el marido no podrá acusar de adulterio a la esposa por los actos anteriores al matrimonio (Dig. 48,5,14(13),6 (Ulp. 2 *de adult.*). Sin embargo, a continuación se recurre de forma paradójica a la *benignitas* para favorecer la posición, no de la parte más débil, sino de la parte más fuerte, de manera que en el supuesto de que la esposa haya caído en manos del enemigo y consienta la unión carnal — a pesar de que en esa situación se considera a la mujer como esclava y, por lo tanto, no esposa, y en rigor no estaría cometiendo adulterio — le sea posible al marido promover la acusación (Dig. 48,5,14(13),7 (Ulp. 2 *de adult.*).

⁽⁸²⁾ PALMA, A., *op. cit.*, 42.

⁽⁸³⁾ PALMA, A., *op. cit.*, 23.

⁽⁸⁴⁾ Dig. 34,5,22 (Iav. 5 *ex Cass.*). Advertencia de una posible interpolación en contraste con Dig. 34,5,23 (Gai. 5 *ad leg. Iul et Pap.*). Caso de muerte en naufragio de madre e hijo se presupone en un caso la premoriencia de la madre y en otro la del hijo. PALMA, A., *op. cit.*, 35 ss.

los dos grandes consejeros de estos dos humanos emperadores, cuando se explaya totalmente su aplicación. En un caso más de Scaevola sobre manumisión testamentaria éste dice (...) *nam alteram condicionem humaniore interpretatione ita accipi posse* ⁽⁸⁹⁾. Es en esta época, y transmitida por Marcelo, ese consejero que sirvió a los dos emperadores, cuando se establece que el *servus* pueda personarse en una apelación no sólo a través de un representante, sea su dueño o tercera persona, sino por sí mismo ⁽⁹⁰⁾.

A *sensu contrario* se detecta en varios juristas la expresión *inhumanus*, *inhumanum*, para referirse a un comportamiento contrario a la equidad ⁽⁹¹⁾. Significa una reflexión del jurista en relación al principio de derecho sobre el que se discute y sirve de parámetro para medir el desvalor social y jurídico ⁽⁹²⁾. Igualmente arrancarí­a su uso de la época del emperador Adriano ⁽⁹³⁾. El empleo de la *inhumanitas* a título de interpretación por el emperador queda atestiguado por un curioso rescripto suyo en el que considera inhumana la norma por la que el arrendatario se le obliga a continuar en el arrendamiento, o el fiador continuar obligado, al no haber surgido otro arrendatario que pague una renta similar ⁽⁹⁴⁾. Otra referencia ilustrativa del empleo de *inhumanum* la hallamos en una decisión de Marco Aurelio. Un testador deja para el liberto Pánfilo 100.000 sestercios además de lo que le dejó en un codicilo.

⁽⁸⁵⁾ Dig. 40,4,4pr. (Pomp. 2 *Sab.*); Dig. 33,5,8,2 (Pomp. 2 *Sab.*); Dig. 8,2,23pr. (Pomp. 3 *Sab.*); Dig. 35,1,112,2 (Pomp. 12 *epist.*).

⁽⁸⁶⁾ Dig. 12,1,21 (Iul. 48 *dig.*); Dig. 28,2,13pr. (Iul. 29 *dig.*); Dig. 44,4,7,1 (Ulp. 76 *ed.*).

⁽⁸⁷⁾ Dig. 28,4,3pr. (Marcell. 29 *dig.*); Dig. 34,5,24 (Marcell. 11 *dig.*); Dig. 13,5,24 (Marcell. s. n. *resp.*) y Dig. 5,2,10pr. (Marcell. 3 *dig.*).

⁽⁸⁸⁾ Dig. 34,1,20,1 (Scaev. 3 *resp.*); Dig. 28,2,19 (Paul. *ad Vit.*); Dig. 32,39pr. (Scaev. 20 *dig.*): ya Marco Aurelio lo dispuso en un caso similar (advertimos de la posible interpolación en la mención de Marco Aurelio, LENEL, O., *Palingenesia*, 2,215, n. 1; LEVY, E. — RABEL, E., *Ind. Interp.*, 2,267); Dig. 36,1,78 (Scaev. 19 *dig.*); Dig. 40,5,41,10 (Scaev. 4 *resp.*); Dig. 50,1,24 (Scaev. 2 *dig.*).

⁽⁸⁹⁾ Dig. 40,5,41,10 (Scaev. 4 *resp.*).

⁽⁹⁰⁾ Dig. 49,1,15 (Marcell. 1 *dig.*): *Servi appellare non possunt: sed (...) ipso servo, qui sententiam tristem passus est, auxilium sibi implorare non denegamus.*

⁽⁹¹⁾ En referencia a los *xenia* que se ofrecen a los gobernadores provinciales, Dig. 1,16,6,3 (Ulp. 1 *de off. procons.*): (...) *nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est et omnia avarissimum.* Ulpiano sobre la tacha de infamia, Dig. 3,2,6,3 (Ulp. 6 *ed.*): *'Pactusve' inquit 'erit': pactum sic accipimus, si cum pretio quantocumque pactus est: alioquin et qui precibus impetravit ne secum ageretur erit notatus nec erit veniae ulla ratio, quod est inhumanum.* Paulo sobre la *actio in rem*, Dig. 6,1,6 (Paul. 6 *ed.*): (...) *nam*

Y le dice que confía que todo lo que le deja pasará a sus hijos. El disponente no ha empleado los *verba fideicommissorum*. Pero se considera que sería *satis inhumanum* que el liberto defraudara *sententiam defuncti*, y cree, por lo tanto, que debe restituir los 100.000 a los hijos, ya que así lo decidió Marco Aurelio en un caso semejante ⁽⁹⁵⁾.

En conclusión no son pocas las alusiones a la *fides*, a la *humanitas* o *inhumanitas*, a la *benignitas*, en las obras de los juristas clásicos de época antoniniana y posterior y en las fuentes literarias. Nos confirman que actuar de forma *humana* o *benigna* era consustancial a la forma de incidir en el derecho por parte de los príncipes y por parte de la jurisprudencia más relevante de la época. Las corrientes filosóficas en boga en la Roma del siglo II, especialmente el estoicismo, que tuvo en el emperador Marco Aurelio uno de sus adalides, tuvieron que influir necesariamente en la dirección de reforzar principios como los que hemos citado ⁽⁹⁶⁾. La sociedad romana de esa época había mutado considerablemente impelida por los nuevos vientos humanitarios. De lo cual se deriva que la idea de *humanitas* constituyera efectivamente un instrumento para la transformación del derecho, y que la *benigna interpretatio* se convirtiera en un recurso de interpretación de la *voluntas* y un medio de incidir en el rígido *ius civile* para readecuarlo a los nuevos tiempos.

La decisión imperial en el caso de Dig. 28,4,3pr. se hace sin tener en cuenta a la mayoría de sus consejeros (aunque pudiera estar siguiendo lo que le apuntaba la minoría cualificada, léase Scaevola). Se produce como resultado de una causa que ha sido presentada probablemente en primera instancia a la cognición imperial por los interesados. Estos son los legatarios afectados por la ruptura del testamento y/o los beneficiarios de la manumisión, estos últimos, bien por representación, bien en persona. Salva, con ella, los legados, y, especialmente, las manumisiones en un doble ejercicio de indagación de la *voluntas testantis*, y reconocida la dudosa *voluntas*, de aplicación del *favor libertatis*. La sentencia sin destilar ese aroma arrogante característico del poder absoluto — *causa praesens admittere videtur* — establece, más que reconoce,

illud inhumanum est cogi nos dicere, trita sint an nova.

⁽⁹²⁾ PALMA, A., *op. cit.*, 160.

⁽⁹³⁾ Dig. 13,7,6pr. (Pomp. 35 Sab.). El *invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est* se señala como interpolado. LEVY, E. — RABEL, E., *Index Interpolationum*, Weimar, 1928, 1, 218. No para PALMA que lo tiene por *armonicamente inserto y logica*

que Valerio Nepote solamente quiso invalidar aquello que tachó.

Pero esto no es todo. El emperador reconoce la legitimidad de los *advocati fisci*, que de algún modo actúan *nomine fisci*, a dirigirse a los jueces competentes en la materia, los *praefecti aerarii* ⁽⁹⁷⁾, y reclamar lo que en función de la causa por indignidad, corresponde a la hacienda pública y, en consecuencia, al Estado. Es decir, el resto de la herencia, incluida la carga de los legados y de las manumisiones. Marco Aurelio, el mejor discípulo de si mismo, desde su estoicismo militante, completa el círculo, al abogar, por una parte, por los intereses de los particulares enfrentados a la máquina recaudatoria de la Administración, y, por otra, defender, al mismo tiempo, la misma maquinaria estatal, que entiende una garantía de la victoria del bien, y del triunfo del progreso, de la justicia y de la libertad. En definitiva, fue un hecho que los juristas de época clásica actuaran *pro humanitate* antes de que lo hicieran los emperadores cristianos como medio de incidir y renovar el derecho vigente.

conclusionione, op. cit., 163.