

SOBRE EL DERECHO DE USUFRUCTO DE LA VIUDA

JOSÉ MIGUEL PIQUER MARÍ
CEU San Pablo de Valencia

1. UNA APRECIACIÓN SOBRE EL DERECHO DE USUFRUCTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Básicamente, lo que pretendemos con este trabajo es analizar la trascendencia jurídica que esta institución tuvo en la historia de Roma. Ello nos llevará a plantearnos, no sólo la cuestión relativa al momento de su aparición, sino también las causas que la fundamentan, dato que nos permitirá entender cuál fue la inicial razón de ser del derecho de usufructo, constituido a favor de la viuda, así como los medios jurídicos mediante los que se formó. Asimismo, también será objeto de nuestro estudio, determinar cuáles fueron los efectos que, las diferentes disposiciones legales restrictivas de los legados, produjeron sobre el usufructo.

El derecho de usufructo de la viuda, visto desde el punto de vista del derecho actual español, se plantea como una *pars legitima*, es decir, el testador debe, necesariamente, proveer con una parte de sus bienes a favor de determinadas personas denominadas legitimarios¹. Entre éstos, está la viuda, a la que le corresponde por ley, una cuota en usufructo².

La finalidad de este derecho no es otra que «la necesidad de asegurar, de una u otra forma, la subsistencia decorosa de la mujer, o, en general, del cónyuge viudo»³.

¹ ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Vol. V, 4.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 372 y ss. Se considera que el cónyuge viudo no es un heredero forzoso, sino que es un legitimario. En este sentido, RIVAS FERNÁNDEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común y dotal*, Vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1992, pp. 315 y ss.

² Art. 834 a 840 del Código Civil Español. La cuota es variable en función del número de personas con las que concurra a la herencia.

³ RIVAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 315.

Lo que nos interesa destacar, no es sólo que en el derecho español se establece la obligatoriedad de un derecho de usufructo a favor del cónyuge viudo, sea hombre o mujer, sino que el motivo que fundamenta que se instituya usufructuario preferentemente al consorte femenino, radica en crear un medio que posibilite la subsistencia decorosa de la mujer.

Por lo tanto, este punto nos lleva a tratar la cuestión del usufructo de la viuda en Derecho Romano, en donde se aprecia cómo la finalidad inicial del mismo, aun siendo siempre la misma, con el paso del tiempo, y, más concretamente, en la época preclásica, hace pensar en un posible cambio de los motivos que lo fundamentaron. Esto no implicará que necesariamente la causa que lo determinó, desaparezca, sino que simplemente lo que aconteció fue una modificación de los factores que lo motivaron.

2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE EL CONCEPTO DE VIUDA

El usufructo de la viuda en Derecho Romano debemos de tratarlo partiendo inicialmente de la necesidad de delimitar el concepto de viuda.

La consideración de este punto se debe al hecho de que, para nosotros, la voz viuda se refiere a la mujer que, estando casada, su cónyuge ha fallecido⁴. Es este, a nuestro entender, un concepto estricto dentro del ámbito del Derecho Romano en el que, según se deduce de las fuentes, se aplica un término cuyo campo semántico es mucho más amplio, ya que abarca, no sólo a la mujer que en otro tiempo estuvo casada, sino también a la que nunca tuvo marido.

En D. 50, 16, 242, 3 se alude precisamente a este concepto amplio⁵.

⁴ El art. 834 del CC, al referirse al derecho de usufructo del viudo, se expresa en los términos siguientes: «El cónyuge que al morir su consorte [...]»

⁵ HEUMANN-SPECKEL, *Handlexicon zu Quellen des Römischen Recht*, Jena, 1914, v. *vidua*, p. 624. Viuda, según el propio tenor literal del texto, abarca, por un lado, a las que en algún tiempo estuvieron casadas, siendo éstas, no sólo las que dejaron de estarlo por fallecimiento del cónyuge, sino también a las que no lo están por divorcio (D. 24, 1, 64), es más, el texto se refiere también a la que no ha tenido nunca marido, con lo que comprende a las que, estando en edad núbil, aún no han contraído matrimonio; concluye el texto diciendo que «*viduam dictam esse sine duitate*», esto es, cualquier mujer que, en edad de casarse, no tenga esposo. Vid. PEPPE, L., *Posizione Giuridica e Ruolo Sociale della Donna Romana in Età Republican*, Milano, 1984, p. 49, nt. 100, y p. 69, nt. 146, donde afirma que «[...] la donna que non ha uomo sia indicata per negazione, *vidua* [...]», señalando que el término *viduae in senso lato*, se refiere a las mujeres que no tengan marido «quindi sia le nubili sia le vedove» (interpretamos el término viuda en los estrictos términos actuales). El uso que se hace en la época clásica, según PEPPE, es *sensu lato*, es decir, comprende a las viudas (*stricto sensu*), así como a las divorciadas y a las mujeres en edad núbil no casadas.

No obstante, no parece que esa fuese la concepción adoptada constantemente, sino que hasta el año 214 a.C. se tenía un concepto estricto, para lo cual se apoya en el *ius hondearium*, a cargo de la viuda. Para ello podemos tener en cuenta, como señala PEPPE, la referencia que a este tributo realiza KLINGENBERG (*Die Frau*

Así, *Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*:

«Viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem quae virum non habuisset, appellari ait Labeo: quia vidua sic dicta est quasi vecors, vesanus, qui sine corde aut sanitate esset: **similiter viduam dictam esse sine duitate**»⁶.

No obstante, pese a este concepto amplio, en nuestro caso y en relación con el tema del derecho de usufructo nos vamos a limitar al concepto estricto, de *vidua et ingenua*.

3. OBSERVACIONES SOBRE LA SITUACIÓN DE LA MUJER EN ROMA

La importancia que tiene la realidad social para la comprensión del fenómeno jurídico en un momento determinado hace que nos planteemos, al menos brevemente, cuál fue la situación de la mujer en Roma.

En la época a la que nos referiremos, Roma inicia su etapa de potencia universal, estadio que se inicia al finalizar las guerras púnicas, y que culmina en el momento en que alcanza su máximo apogeo en época imperial, tras la caída del sistema constitucional republicano.

En este momento, la situación de la mujer, por calificarla de un modo genérico, puede considerarse de dependencia constante, lo que la lleva a sufrir toda una serie de limitaciones, tanto en el ámbito de los derechos personales como patrimoniales, si bien con el tiempo se suavizaron. Esta afirmación se puede justificar en el cuadro que, de forma sintética, trataremos de exponer a continuación.

in Römischen Abgaben- und Fiskalrecht, RIDA, 30, 1983, pp. 141 y ss.), en donde refiriéndose a una primera época, hasta las guerras púnicas, habla de «Frauen und Kinder, d.h. Witwen und Waisen», los cuales deben financiar las operaciones militares. En este sentido, SPAGNUOLO, T., y MERIOGLIANO, F., *ED*, 45, 1992, v. *tributi*, pp. 85 y ss. Aunque otros autores eluden la diferencia y dan por supuesto que el término viuda se refiere a la mujer, que estando casada, ha fallecido. GAUDEMET, J., «Le Statut de la Femme dans l'Empire Romain», en *Recueils de la Société Jean Bodin*, XI, 1959, pp. 191 y ss. CICERO (*Top.* 3, 14), por su parte, utiliza el término *mulier* para referirse a la viuda a la que su marido le ha legado un usufructo: «Non debet ea mulier cum vir honorum usum fructum legavit.»

⁶ Diferente a esta reconstrucción es la de BESELER («Textkritische Studien», ZSS, 53, 1933, p. 63), que siguiendo la corriente del purismo filológico, corrige el texto latino, y apunta que: «Viduam non solum eam mulierem, quae aliquando nupta fuit, sed eam quoque, quae virum non habuit, appellari ait. nam sicut vecors aut vesanus dictus sit, qui sine corde aut sanitate est: ita viduam dictam esse, quae sine duitate est». A la mencionada reconstrucción de Beseler se alude en LEVY, E., y RABIEL, E., *Index Interpolationum*, Weimar, 1929, Vol III, p. 390. Esta reconstrucción es calificada como *indemostrable* por MAYER MALLY, T., RE 8 A, 2, 1958, v. *vidua (viduus)*, p. 2099. No obstante, para nosotros, el elemento esencial es considerar que la viuda, en términos amplios, es la que *esse sine duitate / sine duitate est*; esto es, la que carece de dualidad.

La mujer, si está casada *cum manu*⁷, queda sujeta a la potestad del marido⁸, y si lo está *sine manu*, o no está casada, está bajo la potestad del *pater familias*⁹, con todo lo que supone estar sujeta a la misma, o del tutor¹⁰, caso que el *pater familias* hubiese fallecido¹¹.

Con el paso de los años, la mujer irá adquiriendo una mayor independencia, de modo que, no sólo va a poder ser titular de un patrimonio, tanto si es núbil o viuda con padre muerto, como si está emancipada o está casada y es *sui iuris*¹². Junto con la independencia adquiere una mayor capacidad de disposición sobre el mismo¹³.

Es más, en el dilatado periodo republicano, y este punto nos interesa destacarlo, se produce la situación propicia para que la mujer pueda adquirir masas de bienes debido, por un lado, a que, a partir del siglo III a.C. se empiezan a acumular grandes fortunas por parte de los caballeros y, por otro lado, el sistema sucesorio permitía que pasasen a las mujeres como herederas¹⁴.

Evidentemente que, a la luz de la situación social anteriormente indicada, era un absurdo que la mujer poderosa, que lo era porque heredó de su padre o de su marido, se uniese a un hombre por matrimonio *cum manu*, lo que implicaría que todos los bienes de

⁷ CICERO, *Top.* 3, 14: «Genus enim est uxor; eius duae formae una matrum familias; cae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum uxores habentur.»

⁸ Gai 1, 108-115b.

⁹ Gai 1, 55; 1, 97.

¹⁰ Gai 1, 144.

¹¹ GIDE, P., *Etude sur la Condition Privée de la Femme*, 2.ª ed., París, 1885, pp. 102 y ss.; GAUDEMET, *op. cit.*, pp. 195-196; VILLERS, R., «Le Statut de la Femme à la Rome jusqu'à la fin de la République», *Recueils de la Société Jean Bodin*, XI, 1959, pp. 178 y ss.

¹² PEPPE, *op. cit.*, p. 29; M. J. GARCÍA GARRIDO (*El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil, La tradición romanista*, Vol. I, Madrid, 1982, pp. 12 y ss.) señala que, en los casos en los que la mujer es *alieni iuris*, tanto por estar sujeta a la *patria potestas* o a la *manus* del marido, a lo sumo, podría tener un peculio, del que no se tenía la titularidad, sino del que tenía el goce y su administración.

¹³ Esto se produce, por el hecho de que el régimen tutelar poco a poco se va haciendo más laxo, hasta que desaparecerá la tutela sobre las mujeres en el año 390 d.C. (CTh. 3, 17, 4, aunque se mantendrá para los impúberes). Para entonces, poco a poco, se fueron dando pasos que avanzaron en la liberalización de la mujer. En este sentido se permitió que ésta pudiese realizar actos jurídicos pese a la oposición del tutor (Gai 1, 190 *in fine*): que ella pudiese elegir tutor (Gai 1, 150-154); se les libera de éste por razón de maternidad en las *Leges Iulia et Papia Poppaea* (Gai 1, 145), o poder cambiar de tutor a través de la *coemptio fiduciaria* (Gai 114-115). Así escribe Gayo 1, 190: «Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suassisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat cas tutorum autoritate regi, magis speciosa videtur quam vera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractam [...]» En este sentido, cabe añadir las opiniones de A. GUZMÁN («Sobre la responsabilidad del tutor mulieris», *AHDE*, 1976, p. 145), donde apunta, siguiendo a SCHULZ, que en época clásica es una irracionalidad, configurándose como una mera formalidad. En este sentido, ZANNINI, P., «Qualques observations sur la tutella des femmes à Rome», *AG*, 1984, p. 720.

¹⁴ VILLERS, *op. cit.*, p. 184; HEYSE, G., *Mulier non debet abire nuda; Das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom*, Franckfurt am Main, 1993, p. 47.

la mujer pasaran automáticamente al marido ¹⁵, sino que, siendo *sui iuris*, era preferible un matrimonio *sine manu* donde, al amparo de un régimen tutelar permisivo ¹⁶, pueda ella administrar su patrimonio. Todo evidencia a nuestro entender que, el matrimonio *sine manu* fue por razones socioeconómicas, el modo que se hizo corriente hasta prevalecer en el siglo I a.C. siendo puntual y aislada la frecuencia con la que se realiza el matrimonio *cum manu* ¹⁷ en el periodo clásico.

Con esto, poco a poco se fue abriendo paso una nueva concepción patrimonial, basada en la separación de bienes, frente a la precedente unidad patrimonial que suponía el matrimonio *cum manu*.

4. ORIGEN Y FUNCIÓN DEL USUFRUCTO DE LA VIUDA

Visto de forma genérica, un dato en donde se aprecia cuál fue el desarrollo de la situación de la mujer, lo encontramos en la cuestión del origen del usufructo, porque va a tener mucho que ver con el *status* en que queda la mujer tras el fallecimiento del marido.

En lo tocante a su origen, cabría plantearse cuál fue el momento en que éste se produjo. Parece ser que la doctrina ¹⁸ lo sitúa como institución ya consolidada, a finales del siglo III, e inicio del siglo II a.C., quedando en la época clásica perfectamente diferenciada la posición del usufructuario respecto al nudo propietario ¹⁹.

¹⁵ Gai 3, 82-83; ALBANESE, B., *Le Persone en el Diritto Privatto Romano*, Palermo, 1979, p. 336.

¹⁶ Ver nota 13.

¹⁷ COSTA, E., *La Condizione Patrimoniali del Coniuge Superstite nel Diritto Romano Clásico*, Bologna, 1889, p. 40.

¹⁸ BREITONE, M., *La Nozione Romana di Usufrutto*, Napoli, 1962, pp. 20 y s. El cual considera que en la base jurídica del usufructo, aparece como una institución totalmente separada de las servidumbres prediales, de los *iura prediorum*, y que, por tanto, parece que surge espontáneamente, como consecuencia de dar respuesta a una necesidad determinada. Otros autores, quienes coinciden con la fecha dada por BREITONE, afirman que el usufructo evolucionó en relación con los *iura praediorum*, pero con una finalidad económica de alimentos, antes que jurídica, para luego configurarse jurídicamente. PUGLIESE, G., *Instituzioni di Diritto Romano*, 3.ª ed., Torino, 1991, pp. 484 y ss.; en este sentido, A. GUARINO (*Diritto Privatto Romano*, 11.ª ed., Nápoles, 1997, pp. 751 y ss.) lo sitúa entre los siglos III y II a.C. Contrariamente, FERRINI (*op. cit.*, p. 364) sostiene que el origen del usufructo no es romano, sino heleno, cosa que es criticada por GROSSO (*op. cit.*, p. 20), el cual lo sitúa en el siglo II a.C., mientras que para KASER (*Eigentum und Besitz*, 2.ª ed., Weimar, 1956, p. 306) se situaría su nacimiento el s. III a.C. fruto de un cambio que se produce en la sociedad romana, donde el comercio y la industria tienen una mayor importancia, lo cual lleva consigo un cambio en las concepciones patrimoniales de la sociedad romana antigua, pasándose de un sentido de unidad familiar y patrimonial, a uno de mayor independencia y emancipación, circunstancias en las que se origina el usufructo. Para GARCÍA GARRIDO el usufructo ya habría sido utilizado en forma de legado con respecto al matrimonio *cum manu* (*op. cit.*, p. 105). En este sentido, WATSON; A., *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 207.

¹⁹ BREITONE, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

Cualquiera que sea el momento exacto en que apareció el usufructo, lo que queda claro es que, según se desprende de las discusiones suscitadas entre los juristas republicanos en D. 7, 1, 68, así como de los testimonios de Cicerón en la *Tópica*. 3, 15 (en relación al usufructo con carácter general) 3,14 (sobre el usufructo a favor de la mujer en particular) y *Pro Caecina*. 4, 11 en época preclásica y a lo largo de la época clásica, se da por existente y consolidado²⁰, siendo el resultado de un largo proceso que se inició tiempo atrás.

Ahora bien, es importante preguntarse sobre cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la aparición del usufructo²¹ y, más concretamente, a favor de la viuda²².

En general, parece ser que el usufructo surgió como un medio a través del cual los particulares pretenden garantizar, mediante testamento, los elementos de subsistencia necesarios por un determinado periodo de tiempo o por toda la vida, a unas determinadas personas que no tendrían derecho a suceder *ab intestato* y a las cuales no se las pretende instituir como herederos²³.

El hecho de que se atribuya a la viuda y, preferentemente, a la casada *sine manu*²⁴ podría tener su razón de ser en que, tras el fallecimiento del marido, carece de sentido su

²⁰ WATSON, *op. cit.*, p. 206.

²¹ En la definición de usufructo, dada por FERRINI (*Manuale di Pandette*, 4.ª ed., Milano, 1953, p. 363) es un derecho separado (*o digiunto*) del de propiedad conferido a un tercero para usar y disfrutar de la cosa respetándose su substancia. Derecho, cuyo contenido vendría dado por la facultad del usufructuario de percibir los frutos, así como de usar de la cosa de acuerdo con su cualidad. No obstante, nos parece acertada la consideración que hace GROSSO (*op. cit.*, pp. 85 y ss.), en relación con el contenido, al afirmar que «il godimento dell'usufruttuario, che è un tutto organico e unitario, trova nel frui la piu alta esplicazione; è cioè il frui che rappresenta la esfera più vasta, comprensiva del uti» y considerarlo como un todo unitario, es decir, que el usufructuario no tiene un derecho a usar y otro a disfrutar, sino que el disfrute de una cosa, es la máxima expresión del uso que se le puede dar a la misma, ya que, a nuestro entender, la percepción de los frutos, implica necesariamente haber usado antes de la cosa (D. 7, 8, 14, 2 y 3). De hecho, se admite la posibilidad de usar de una cosa y no percibir los frutos (D. 7, 8, 1), así, por ejemplo, se admite que a una mujer a la que se le ha legado el usufructo, de una casa con la condición de que se divorcie del marido, puede usar la casa con su marido pero no disfrutarla (D. 7, 8, 8). En este sentido MARRONE, M., *Instituzioni di Diritto Romano*, 2.ª ed., Firenze, 1991, p. 380. Matiza PUGLIESE («Recensione Critica a G. GROSSO L'Usufrutto e Figure affini nel Diritto Romano», *BIDR*, 62, 1959, p. 323) que la noción es efectivamente unitaria, pero que, sin embargo, admite que en la práctica se puede producir una distinción entre *uti* y *frui*. CICERO (*Top.* 3, 14), por su parte, señala que el usufructo supone que el usufructuario usar la cosa pero no puede consumirla: «[...] id ad se pertinere usus enim, non abusus, legatus est [...]»

²² G. WESSENER («Recensione librorum GROSSO Usufrutto e figure affine nel diritto romano», *SDIH*, 25, 1959, pp. 440 y ss.) se refiere a la utilización de este instituto, no sólo para favor de la viuda, sino también de la hija no casada: «[...] Witwe bei einer Ehe ohne manus oder unverheiratet Töchter zu versorgen [...]»

²³ GUARINO, *op. cit.*, p. 751; KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, 2.ª ed., München, 1975, p. 448.

²⁴ COSTA, *op. cit.*, pp. 40 y ss.; RASCÓN GARCÍA, C., *Manual de Derecho Romano*, 2.ª ed., Madrid, 1996, p. 194. En este sentido, MESSINA VITRANO, F., *Il Legato d'Usufrutto nel Diritto Romano*, Palermo, 1912, p. 9; GROSSO, *op. cit.*, p. 14; MARRONE, *op. cit.*, p. 378; PUGLIESE, *op. cit.*, p. 484; FERNÁNDEZ BARREIRO, A., y PARICIO, J., *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pp. 271 y ss.

presencia en la familia, porque, en realidad, permanecía en la familia de su padre, de la que nunca había salido.

Esto implicaba que, al estar bajo la patria potestad del padre, todos los bienes que la mujer tenía cuando estaba casada, así como los que adquiriera como viuda, en concepto de bienes hereditarios, pasaban a ser propiedad del *pater familias*, de forma que quedarían sustraídos del caudal hereditario de los hijos para pasar al patrimonio del padre de la viuda²⁵.

Ante esta situación, parece que surge la necesidad de tutelar los intereses de la viuda, intereses que son preferentemente de tipo patrimonial. De ahí disposiciones tales como el *praelegatum dotis*, el *legatum dotis*, así como la *actio rei uxoriae*, el *legatum earum rerum, quae uxoris parata sunt*, y el *legado de alimentos*... Entre estas disposiciones se encontraría el legado de usufructo.

La finalidad básica del legado de usufructo estaría en el hecho de atender al sostenimiento de ésta, de modo que se la mantuviese y alimentase²⁶, bien sea temporal o vitaliciamente, permitiéndole el uso y disfrute del patrimonio familiar o de una parte de éste²⁷, conciliando sus necesidades con las propias de los hijos²⁸.

A nuestro entender, el hecho de que se refiera al alimento y la manutención, ya en época avanzada, nos plantea ciertos interrogantes.

Esta situación a la que se refieren los autores, debería justificar de modo preferente la utilización del usufructo en una época anterior a la época preclásica, época en la que se originaría y que le resultaría válida, en términos generales, a una viuda que, tras la muerte del marido, careciese de medios para poder sustentarse a sí misma.

Pero cabe que nos preguntemos qué necesidades hay que atender en el caso de que la viuda sea rica, o que simplemente tiene medios para mantenerse por sí misma, situación, por otro lado, nada improbable a nuestro entender, dada la breve mención de la situación social a la que hemos aludido²⁹.

En caso de que la viuda fuese rica, probablemente, se diere en usufructo todos los bienes de forma vitalicia o temporal (CICERÓN en *Pro Caecina* 4, 11; D. 33,2,37) ya que con ello se conseguiría mantener la situación de la mujer en el seno de la familia y evitar la disgregación del patrimonio familiar. Es decir, se consigue que, pese a la muerte del consorte, la mujer siga ostentando la situación que tenía antes de fallecer el marido³⁰ y, por tanto, creemos que, en este caso, la finalidad buscada era mantener en la medida

²⁵ MARRONE, *op. cit.*, p. 378.

²⁶ GUARINO, *op. cit.*, p. 650; MARRONE, *op. cit.*, pp. 377 y ss.; WESSENER, *op. cit.*, p. 441.

²⁷ FERNÁNDEZ BARREIRO, y PARICIO, *op. cit.*, pp. 271-273.

²⁸ PUGLIESE, *op. cit.*, p. 484.

²⁹ Ver *supra*, p. 5.

³⁰ En este sentido, WATSON, *op. cit.*, p. 207; GARCÍA GARRIDO, *op. cit.*, p. 106.

de lo posible la organización familiar, tanto a nivel personal como a nivel patrimonial, y, de este modo, impedir que la desaparición de un miembro tan significativo, como es el *pater familias*, lleve consigo la desmembración familiar.

Lo anteriormente dicho no significa que, en el caso de que la viuda sea pobre, no se constituya el derecho de usufructo pensando en su subsistencia de forma vitalicia y respecto de una parte de los bienes³¹, de modo que se puede pensar que se dejarían en usufructo bienes que produjeran lo suficiente para mantenerla.

Sin embargo, si atendemos al testimonio del Digesto nos encontramos pasajes en los que el usufructo se constituye de modo temporal³² y no parece, como en el caso de D. 33, 2, 37 que pretenda garantizar la subsistencia de la viuda, cuando se le deja el usufructo de todos los bienes, e incluso se hace mención de los registros de cuentas, de lo que se deduce una clara finalidad administrativa y de conservación del patrimonio, en los que a la mujer se la mantiene en la posición doméstica que ocupaba antes de morir el marido, y se la mantiene así hasta que la hija cumpla 18 años.

A la luz de estos datos, se plantea la siguiente pregunta, si originariamente el usufructo surge con una finalidad alimenticia y de manutención de determinadas personas, preferentemente, la viuda, ¿las causas que lo originaron se mantuvieron posteriormente o más bien no, sino que se adaptó de acuerdo con las circunstancias sociopolíticas del momento?

Otro problema, que se nos plantea, es saber hasta qué punto el *uti frui* supone la adquisición de la propiedad de los frutos e incluso del propio derecho por parte de la mujer casada *sine manu*, así como si realmente *el pater familias* no adquiriría los bienes derivados del usufructo o incluso el derecho³³, con lo que la mujer, en el fondo, no adquiriría nada.

Ello nos lleva a preguntarnos, si el usufructo, como medio de atender a la subsistencia y manutención de la viuda casada *sine manu*, sólo se utilizaría en el caso de que ésta deviniese *sui*, como consecuencia de la premoriencia del *pater familias* de la mujer con respecto al marido de ésta.

Además, podemos señalar otra situación que nos permite dudar de la causa originaria del usufructo sea única. En este sentido, ya en época clásica, la utilización del usufructo aparece como medio de garantía para asegurar la restitución de la dote por parte de los herederos³⁴.

³¹ D. 33, 2, 25; D. 33, 2, 27; D. 33, 2, 31.

³² Frg. Vat. 49; Frag. Vat. 52; D. 33, 2, 35.

³³ Esta duda nos la plantea el texto de Gayo en D. 7, 1, 6, 2 *libro septimo ad edicto provinciale*, en donde se afirma la posibilidad de adquirir el usufructo por medio de aquellos que están sujetos a nuestra potestad.

³⁴ D. 33, 2, 30.

5. LA CONSTITUCIÓN DEL USUFRUCTO

Llegados a este punto, nos planteamos, cuál es la forma de constitución del usufructo, es decir, nos referimos al título que permite constituir tal derecho.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que las circunstancias señaladas anteriormente parecen vincularlo únicamente a la esfera del derecho sucesorio, por lo tanto, en el ámbito de la *successio mortis causa testamentaria*³⁵.

Resulta evidente que, por un lado, el hecho de que nuestro tema gire en relación a la viuda, nos limita a este ámbito³⁶, y, por otro, las causas señaladas anteriormente (la situación de la mujer y la familia tras la muerte del marido) entendemos que podrían ser determinantes en la constitución del usufructo, lo que hace que sea éste el círculo en el que se configure más comúnmente.

La forma que, parece ser, se utilizó inicialmente para constituir el usufructo a favor de la viuda, en el ámbito de la sucesión testamentaria, fue el legado³⁷, de modo que, no sólo se utilizó inicialmente sino que además fue el medio más empleado en la época clásica para constituir derechos a favor de las mujeres³⁸.

La razón de tal uso se podría deber a que, como argumenta VOCI, a través del legado se permite «colmare lacune del regime della successione ab intestato [...]»³⁹ y, por tanto, constituye el cauce idóneo por el que se articula el usufructo de acuerdo con la finalidad de atender a las necesidades de la viuda.

³⁵ Omitimos la referencia a la sucesión *ab intestato*, precisamente, porque el usufructo, nace, en parte, para paliar la situación de desamparo en la que queda la viuda casada *sine manu* en este ámbito del derecho sucesorio romano, configurándose a su favor por voluntad del testador. En el ámbito del derecho sucesorio antiguo, carecen de cualquier derecho, y habrá que esperar a la época clásica, para que se admita a su favor la *bonorum possessio unde vir et uxor*, y donde las reglas de la sucesión *mortis causa*, podían llevar a la viuda a una situación de indigencia RASCÓN GARCÍA, *op. cit.*, pp. 194 y 241.

³⁶ Por sucesión *inter vivos*, y, por tanto, «et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere» (D. 7, 1, 3, pr), también se constituye el derecho de usufructo. En este sentido, se puede constituir ante el magistrado por *deductio* en un acto mancipatorio (Gai 2, 33; Inst. 2, 4, 2; Frag. Vat. 80); por *adiudicatio* del juez (D. 7, 1, 6); por *pactinones et stipulationes* (D. 7, 1, 3, pr; Inst. 2, 4, 1); por *in iure cessio* (Frag. Vat. 47) e incluso se adquiere por medio de las personas que están sometidas a potestad (D. 7, 1, 6, 2) e incluso se admite por parte de GROSSO (*op. cit.*, p. 342) la posibilidad de que se pueda ejercer una actividad idéntica a la del usufructo, sin que este llegue a constituirse, pero tutelada por el magistrado, lo que supondría que el magistrado protegería la adquisición de los frutos, lo que acercaría a esta protección por los efectos al legado de usufructo *sinendi modo*.

³⁷ GROSSO, *op. cit.*, p. 342: «l'usufrutto, traeva la sua origine da una liberalità testamentaria, el legato»; PUGLIESE, G., *NNDI*, XX, v. *Usufrutto*, p. 323: «il modo più antico e in ogni tempo di gran lunga più frequente di costituzione dell' usufrutto, fu il legato»; MESSINA VITRANO, *op. cit.*, p. 9; WATSON, *op. cit.*, p. 206.

³⁸ BRONDI, B. *Successione Testamentaria e Donazioni*, Milano, 1955, p. 121.

³⁹ VOCI, P., *ED*, XXIII, 1973, v. *Legato*, pp. 706 y ss.

Ahora bien, si como acabamos de afirmar, el legado parece ser el cauce más idóneo para constituir el usufructo, según el testimonio de Gai 2, 192, hay cuatro clases de legados:

«Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.»

Nos preguntamos, por tanto, cuál de todos ellos es el medio más utilizado.

En principio, las fuentes se refieren a que el legado constituye un medio por el cual se puede atribuir un derecho de usufructo, sin decir que éste se deba constituir por una o por otra clase de legado ⁴⁰.

En general, para la doctrina, el usufructo se constituiría mayoritariamente a través del legado vindicatorio ⁴¹.

Si acudimos al Digesto, observamos cómo en 33,2,37, SCAEVOLA se refiere al término *lego* ⁴² y también PAULO ⁴³: «[...] do lego eidem Seniae uxori meae bonorum partis eius [...] usum fructum», si bien también se utiliza el término *dari volo* ⁴⁴, lo que hace pensar en la existencia del legado damnatorio ⁴⁵. Asimismo, en D. 33, 2, 25, dice Papiniano «[...] qui fructus praediorum uxori reliquit [...], a nuestro entender hace uso del legado *sinendi modo*.

A la luz de todo ello se podría pensar que, aunque pueda ser cierto que el legado vindicatorio fuese el más utilizado para constituir usufructos a favor de la viuda, sin embargo esto nos hace suponer, que quizás, en época clásica fuese corriente la utilización de los legados *sinendi modo* y damnatorio para constituir este tipo de usufructos.

Estas últimas clases de legados supondrían que no se crea un derecho real de forma directa, como sería el caso del legado *per vindicationem* ⁴⁶, sino que en el caso de legado

⁴⁰ D. 7, 1.

⁴¹ Ver nota 36. Sin embargo, resulta interesante la apreciación que realiza Grosso (*op. cit.*, p. 344), al considerar que la forma inicial por la que se atribuiría los frutos a la mujer sería a través del legado *sinendi modo*, lo que justificaría aun en mayor medida esa atención a las finalidades de sustentar a la mujer.

⁴² SCAEVOLA, 33, 2, 37: «Uxori meae usum fructum lego bonorum meorum [...]»; asimismo, este mismo jurista: «uxori usum fructum domuum et omnium [...] legaverat» (D. 33, 2, 32, 2); «usus fructus, legatus esset» (D. 33, 2, 32, 3); «Uxori usum fructum villae legavit [...]» (D. 33, 2, 35), y LABEO: «usum fructum uxori legaverat» (D. 33, 2, 31).

⁴³ En general, el *do lego*, aparece como modo de constituir usufructo en Frag. Vat. 47.

⁴⁴ SCAEVOLA, D. 33, 2, 38; ULPIANO, D. 33, 2, 22.

⁴⁵ Siguiendo a HEUMANN-SECKEL (*op. cit.*, v. *dare*, p. 121), se afirma que *dare* está referido a la forma que tienen las demandas en las acciones *in personam* (Gai 4, 2) y, por tanto, «die Uebereignung»; y que «die selbe Bedeutung hat es in den Legatformeln: Heres damnas esto, dare [...] dari volo»; y que, por tanto, al significarlo como *damnas*, podíamos considerar los fragmentos en los que se utiliza *dari volo*, como «Damnationslegat»: D. 31, 1, 43; D. 31, 1, 51; Paulo *Liber XIII ad responsum* (Frag. Vat. 69).

⁴⁶ Paulo *Lib I manualium*, Frag. Vat. 47; BIONDI, B., *Scritti Giuridici*, III, Milano, 1965, p. 594; GROSSO, *op. cit.*, p. 344; PUGLIESE, *NNDI*, XX, v. *Usufrutto*, p. 323.

sinendi modo el usufructuario tiene derecho al contenido del usufructo⁴⁷. En el caso de que este sea damnatorio, el testador impone al heredero la obligación de constituir un derecho de usufructo a favor de la viuda, lo que implicaría que éste debería, a través de un acto *inter vivos*, constituir el usufructo a favor de ésta⁴⁸.

Por otro lado, el hecho de que el derecho de usufructo se pueda constituir por actos *inter vivos*, en virtud de un legado damnatorio, no deja a la viuda indefensa ya que tiene la *actio ex testamento*⁴⁹.

6. EL LEGADO DE USUFRUCTO Y LAS LEYES RESTRICTIVAS

Visto que la forma más común de constituir el usufructo a favor de la viuda es el legado, nos planteamos, cuál es el efecto que tuvieron sobre el legado de usufructo las leyes limitativas de los mismos.

El planteamiento que seguiremos para abordar la cuestión del usufructo, lo haremos, considerando el contenido de la ley y su finalidad.

Evidentemente, el contenido nos permitirá determinar si existe alguna disposición concerniente al usufructo, y la finalidad de la ley nos puede permitir explicar, cuál fue el papel del usufructo en el momento en que se promulgó la ley. Por tanto, se trata de ver cual fue su trascendencia jurídica.

En primer lugar nos referiremos a la *lex Furia*.

A este respecto nos interesa destacar que fue una norma dirigida contra el destinatario de la disposición testamentaria⁵⁰, limitándose su capacidad de adquirir, por lo que no podrá obtener más de una determinada suma.

⁴⁷ MARRONE, *op. cit.*, p. 666, nt. 179.

⁴⁸ GROSSO, *op. cit.*, pp. 341 y 344.

⁴⁹ GROSSO, G., *I Legati nel diritto romano*, Turín, 1962, pp. 80 y ss.; BONIFACIO, F., *Ricerche sulla Lex Falcidia*, Napoli, 1948, p. 18.

⁵⁰ STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Falcidia*, p. 2.348; BONIFACIO, *op. cit.*, p. 5; Gai 2, 225: «Itaque lata est lex Furia [...] legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est», con lo que se prohíbe al legatario o al donatario por causa de muerte adquirir más de la cuantía estimada, porque tal acto, supondría una infracción de la norma por parte del legatario. En este sentido, a nuestro entender, se salva el principio contenido en las XII Tablas en virtud del cual el testador puede disponer de su patrimonio libremente. Gai 2, 224: «Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque XII tabularum permittere videbatur [...] his verbis: uti legassit sua rei, ita ius esto». Siguiendo a BRETONE (*Sesto Elio e le XII Tabole en Per la Storia del Pensamento Giuridico Romano*, Torino, 1996, pp. 17 y ss.): «nel legare suae rei si raccoglie il contenuto del testamento [...] legare equivale a enunciare una norma. Res e il patrimonio, e piu ampiamente la sfera degli interessi che reclama una disciplina. [...]» En relación con el término *legare*, WALDE y HOFFMAN, J. B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1938, pp. 779-780; y HEUMANN y SECKEL, *op. cit.*, p. 312. Lo que ocurre es que el testador, a nuestro modo de entender, queda obligado indirectamente a dispo-

El límite establecido fue de 1000 ases, de modo que, nadie pudiera adquirir por legado o *donatio mortis causa*, más de dicha cantidad, quedando en el *aes hereditario* como mínimo dicha cuantía⁵¹.

Lo que parecía pretender tal medida era evitar que el heredero pudiera quedarse con una herencia vacía, como consecuencia de que el testador hubiera abusado de dicha libertad⁵².

ner teniendo en cuenta dicha cantidad, porque de no ser así, el legado no le sería aceptado, ya que el si fuese mayor, el destinatario, al exigirlo incurriría en *pluris petitio*, y, por tanto, perdería la posibilidad de adquirir nada, tanto en el caso de que se ejercite la *actio ex testamento*, si se ha dispuesto a través de *legado damnatorio*, o *rei vindicatio*, si el legado es vindicatorio; Gai 4, 53: «Si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit [...]»; y Gai 4, 53 a (*plus petitio* por razón del objeto), en todo caso, si se adquiere más del límite establecido, se impone una *poena quadrupli*, como señala KASER, M., *Über Verbotgestze und Verbotswidrige Geschäfte im Römischen Recht*, Wien, 1977, p. 34. Sin embargo, para SCHANBACHER, D., *Ratio Legis Falcidia*, Berlín, 1992, p. 25, la *lex Furia* constituyó un límite indirecto para el adquirente del legado, cosa que a nuestro entender no resulta comprensible con el hecho de que posteriormente afirme (p. 26) que la *lex Voconia* limita directamente al heredero, refiriéndose al *capere*, al igual que lo hace el texto de Gayo referido a la *lex Furia*.

⁵¹ LONGO, G., *NNDI*, IX, v. *Lex Furia*, p. 809.

⁵² Gai 2, 224; 2, 225; Inst. 2, 22, pr.: «recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditatis adire». LONGO, *op. cit.*, p. 809; GROSSO, *I Legati...*, p. 338; WATSON, *The Law of Succession in the later Roman Republic*, Oxford, 1971, pp. 163 y ss.; R. ASTOLFI («Note per una Valutazione Storica della Lex Julia et Papia», *SDHI*, 49, 1973, pp. 187 y ss.) se refiere a ases pesantes, o sea, sextercios; RASCÓN GARCÍA, *op. cit.*, p. 245. En contra, STEINWENTER (*RE*, XII, v. *Lex Furia*, p. 2.358), para quien la *lex Furia* continúa en la línea de la *lex Cincia*, de modo que se trata de una disposición para hacer frente a las circunstancias políticosociales, generadas a partir del fin de las Guerras Púnicas, y lo que hace es ampliar el espectro de las prohibiciones de la *lex Cincia* al ámbito de las sucesiones testamentarias a título particular; WIEACKER, F. (*Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, Freiburg, 1943, p. 47), para quien la finalidad de la ley Furia estaría en la lucha contra el lujo y el despilfarro y se justificaría por la «Luxgesetzgebung psychologisch nachwirken», y, por tanto, las repercusiones de las leyes promulgadas contra el lujo, señalando el paralelismo que se produce a nivel técnico entre la *lex Furia* y la *lex Cincia*; WESELE, U., «Über den Zusammenhang der Lex Furia, lex Voconia, Falcidia», *ZZS*, 94, 1964, pp. 308 y ss., donde de apunta la posibilidad, al igual que STEINWENTER, que, pese a la noticia de Gayo, la *lex Furia*, se acercase más a la finalidad de las leyes contra el lujo tales como la *lex Cincia*, *Oppia*, *Familia*; en este sentido, S. SOLAZZI, «Una data per la storia del testamento romano?», *IURA*, 4, 1953, pp. 149 y ss.; KASER, M., *Altrömisches ius*, Göttingen, 1949, pp. 156 y ss.; y en *Über Verbotgestze...*, p. 34, nt. 5. Por su parte, ARANGIO-RUIZ, V., *Instituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., Napoli, 1966, p. 572, sin criticar hasta el extremo que hace WESELE, sobre la noticia de GAYO, siendo consciente de que la noticia puede ser cierta, considera que es una ley rudimentaria y que, al igual que WESELE, la cantidad que suponen mil ases es exigua, y que junto con la ilimitada cantidad de legados que se pueden realizar supuso su fracaso; P. VOCCÌ (*Diritto Ereditario Romano*, Milano, 1967, Vol. I, p. 122) sigue la línea de STEINWENTER y WESELE al considerar que hay una continuidad entre la *lex Cincia* y la *lex Furia*; ASTOLFI (*op. cit.*, p. 205), considerando la continuidad, al menos en algunos aspectos, de la *lex Cincia*, en la *lex Furia*, y posteriormente en la *lex Julia et Papia Poppaea*, estima que la finalidad principal de la *lex Furia* era la de mantener unido el patrimonio familiar, posición esta que nos resulta más convincente, porque los autores que argumentan que la motivación de la norma era el freno del lujo y del despilfarro, sin embargo, a nuestro entender, no llegan realmente a conectar con el hecho efecto del lujo y del despilfarro, esto es, la dispersión del patrimonio, ya que de no ser así, no entendemos que la ley se dirija únicamente a frenar esa la disposición respecto de terceros y no respecto de los familiares.

Sin embargo, es posible pensar que, al mismo tiempo, lo que se persiguiese, era mantener el patrimonio familiar unido, especialmente, aquel que pertenecía a las grandes familias⁵³.

Esta norma que, creemos, pretendió salvaguardar el patrimonio familiar, restringiendo la adquisición o capacidad de adquirir por medio de legado más de la cuantía permitida por ley⁵⁴, resultó, no obstante, ineficaz⁵⁵ y no tuvo incidencia alguna en el usufructo de la viuda.

Esto lo podemos afirmar, no sólo porque el cónyuge está exento de aplicación de la ley⁵⁶, lo que supuso que el marido pudiese constituir a favor de la viuda un derecho de usufructo sobre todos los bienes o una parte de ellos, temporal o vitaliciamente, sino también porque además el usufructo es un derecho en virtud del cual no se minorra el patrimonio del heredero y posibilita mantener y sustentar a la mujer, permaneciendo el patrimonio familiar unido.

Este es el modo por medio del cual el heredero no tendrá una herencia vacía de contenido, con lo que se salvan y quedan satisfechos los intereses de todos los miembros de la familia.

Ahora bien, el usufructo fue, a nuestro entender, una de las causas por las que no se aceptaría la herencia y de ahí su limitación, que se hará en la *lex Falcidia*, aunque este será un punto que trataremos posteriormente.

Pensamos que es lógico que no se prohibieran los legados de usufructo ya que, en definitiva, participaban del espíritu de la ley.

Siguiendo a GAYO⁵⁷, la siguiente norma que afecta a los legados será la *lex Voconia*, de la que nos ocuparemos a continuación.

Al igual que hicimos en relación con la *lex Furia*, nos preguntamos por el contenido de la *lex Voconia*.

Lo primero que hay que apuntar es que, al igual que ocurrió con la *lex Furia*, la *lex Voconia* se dirige contra el destinatario de la disposición *mortis causa*⁵⁸, constituyendo un límite indirecto para el testador.

⁵³ ASTOLIA (*op. cit.*, p. 206), que denota, a su modo de ver, una manifestación del conservadurismo romano.

⁵⁴ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 572; VOCI, *Diritto...*, p. 122; MARRONE, *op. cit.*, p. 676; RASCÓN GARCÍA, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁵ Inst. 2, 22, pr.: «et cum super hoc tam lex Furia quam lex Voconia latae sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consumationem videbatur».

⁵⁶ Frag. Vat. 302, que aunque se refiera a la *lex Cincia*, en Frag. Vat. 301 se dice que la *lex Furia* extiende los casos exceptuados en la mencionada ley, lo que da pie a pensar que los casos comprendidos en la primera ley se comprenden en la segunda.

⁵⁷ Gai 2, 226; 2, 274.

⁵⁸ STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Falcidia*, p. 2.348; BONIFACIO, *op. cit.*, p. 5; Gai 2, 226: «ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret».

Básicamente se puede decir que contiene dos disposiciones fundamentales.

En razón de la primera, se deduce que una mujer cuyo marido tuviese una cuantía patrimonial de 100.000 ases⁵⁹, no podría ser instituida heredera, si bien podría dejar vía libre a que le pudiese suceder a título particular, situación que le limitaba la segunda la disposición, en la que se dice que nadie puede recibir por legado o donación *mortis causa* más de lo que recibiría el heredero⁶⁰.

En lo que concierne a la primera disposición parece que, pese a la omisión de Gayo, la doctrina llega a la conclusión de que el límite al que se refiere la *lex Voconia* iba dirigido a las mujeres⁶¹ que pertenecían a la primera clase⁶², las cuales no podían, por razón de la interpretación jurisprudencial, suceder *ab intestato*⁶³. Sin embargo, si el valor patrimonial censado no es superior a 100.000 ases según STEINWENTER o 100.000 sextercios según ASTOLFI⁶⁴, el testador puede disponer libremente⁶⁵.

En lo tocante a los legados, cabe señalar que se establece que nadie puede recibir más que el heredero, lo cual supone que la mujer, como máximo, recibirá la mitad del patrimonio⁶⁶.

⁵⁹ Gai 2, 274; KASER, *Über Verbotgesetze...*, p. 50, 100.000 As (*und mehr*); Siguiendo a ASTOLFI, los 100.000 ases, son pesados, esto es, sextercios; STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Voconia*, p. 2418, el término monetario al que se refiere Gayo, *aeris*, no son sextercios, sino ases, esto es, 100.000 ases o 25.000 denarios de plata, considerando, como así lo hace posteriormente WESEL, que la noticia de Gayo, responde a un anacronismo, señalando que «seine Vorlage aus der ursprünglichen Fassung des Gesetzes entnommen hat und das aes dort, wie in den XII Tafeln und in der Lex Furia, den Libras bedeutete».

⁶⁰ Gai 2, 226.

⁶¹ Cosa que se extiende tanto a las madres como a las hijas (STEINWENTER, *RE*, XII v. *Lex Voconia*, p. 2418; RANTZ, B., «Les droits de la femme romaine tels qu'on peut apercevoir dans le Pro Caecina de Cicéron», *RIDA*, 29, 1982, pp. 265 y ss.) y hermanas consanguíneas; LONGO, G., *NNDI*, IX, v. *Lex Voconia*, p. 825.

⁶² STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Voconia*, p. 2419; pero sólo afectaba a las mujeres, cuyo marido estuviese censado en la primera clase con más de 100.000 ases; LONGO, *NNDI*, IX, v. *Lex Voconia*, p. 825; KASER, *Über Verbotgesetze...*, p. 50; WESEL, U., *op. cit.*, p. 392; WATSON, *op. cit.*, p. 167 y ss.; ASTOLFI, *op. cit.*, p. 207, nt. 82; GUARINO, A., «Lex Voconia», *LABEO*, 28 1982, pp. 188 y ss.; VIGNERON, R., «L'Antifemini- niste loi Voconia et les "Schleichwege des Lebens"», *LABEO*, 30, 1984, pp. 140 y ss.; HEYSE, *op. cit.*, p. 49.

⁶³ Paulo *Sententiae* 4, 8, 20 «Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittantur: idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum»; Inst. 3, 7, 3 at. CI; 4, 58, 14; STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Voconia* p. 2420; GUARINO, *Lex Voconia...*, p. 189; VIGNERON, *op. cit.*, p. 148. Muy inconcreto en su posicionamiento, RANTZ (*op. cit.*, p. 273) afirma que «Mais ab intestat, elle peut hériter, en principe».

⁶⁴ *Supra*, nt. 59.

⁶⁵ ASTOLFI, *op. cit.*, p. 207. Contrariamente, WATSON afirma que la *Lex Furia* seguiría en vigor y que el límite de mil ases sería el tope inferior, menos de lo cual el heredero no recibiría. *The Law of Succession...*, p. 169.

⁶⁶ Esto implicó una situación de emporamiento respecto de la situación anterior, ya que con la *lex Furia* los cognados estaban exentos de la aplicación de la ley, Frag. Vat. 301, 302; WESEL, *op. cit.*, p. 314, y ahora se les aplica la ley.

Siendo éste el contenido, nos preguntamos por la finalidad⁶⁷ que persiguió la ley.

En este punto, son diversas las teorías⁶⁸, pero, sin embargo, la que más nos convence es la que sostiene que el objetivo de la *lex Voconia* no es otro que el de evitar la concentración de patrimonio en manos de las mujeres⁶⁹, produciéndose la dispersión del patrimonio familiar y, más concretamente, la de las fortunas de los miembros de la primera clase.

A dicha concentración hemos aludido antes⁷⁰, a la cual se suma la explicación dada por HEYSE y, más concretamente, Cicerón *de Republica* 3, 10, 17, al afirmar que:

«quae quidem ipsa lex utilitatis vivorum gratia rogata.»

Esta frase se incluye en un contexto en el que se hace referencia a los cambios que se producen en los principios de la justicia, las leyes y las costumbres, y que en este aspecto la *lex Voconia* supuso un cambio respecto de la situación anterior y, por tanto, respecto de la *lex Furia*. Esta nueva ley, que resultó injusta para las mujeres, fue beneficiosa para los hombres.

En torno a la distribución del patrimonio paterno, según CICERO, *Verr.* 2, 1, 41: «[...] quid, si plus legarit quam ad heredem heredesve perveniat», es para WESEL (*op. cit.*, p. 313) un solo legado, no podía ser superior a la suma de las cuotas hereditarias, así como para METRO, A., «Il Legatum Partitionis», *LABEO*, 9, 1963, pp. 291 y ss.; ASTOLFI, *op. cit.*, p. 20. También para ARANGIO-RUIZ (*Storia del diritto Romano*, 7.ª ed., Napoli, 1966, p. 134), el heredero no puede recibir menos que el legatario favorito. Como afirman BONIFACIO (*op. cit.*, p. 4) y GROSSO (*I Legati*, p. 122), esto tiene como defecto que el heredero puede recibir sólo una pequeña parte de la herencia, distribuyéndola toda en legados.

⁶⁷ Al igual que la *lex Furia*, la *lex Voconia*, según las fuentes tiende a evitar que la herencia, quede vacía de contenido. Ver nota 51.

⁶⁸ Si bien estas teorías son diferentes, sin embargo tiene en común el marcado tinte conservador.

Para algunos autores, la finalidad estaba en evitar el despilfarro por parte de las mujeres; KADEN, E. H., «Recensión crítica a F. DOUMONT, Les donations entre époux en droit romain», *ZSS*, 50, 1930, pp. 611 y ss.; KLÜBER, B., «Das Intestaterbrecht der Frauen im Alten Rom», *ZSS*, 21, 1920, pp. 15 y ss.; VILLERS, *op. cit.*, inicialmente. KASER, *Altrömische...*, p. 157; *Über Verbotgesetze...*, p. 51. Si nos preguntamos, ¿por qué se pretende evitar el despilfarro?, ¿cuál es la razón por la que se pretende frenar?, ¿por qué sólo se refiere a los patrimonios de primera clase? Quizás la respuesta la encontremos en el hecho de que se pudiese producir una dispersión de dichos patrimonios y que precisamente se pretenda garantizar esos patrimonios. Sólo hay que tener en cuenta que la carrera política, exigía un alto coste económico.

Para otros, la finalidad de la ley estaría en el pretender retornar a los valores republicanos, WIEACKER, *op. cit.*, p. 52.

Otros autores, también apuntan a la necesidad de que se concentre el poder, sin embargo, señalan como causa de la dispersión el lujo. VOCI, P., *Diritto...*, p. 125; ASTOLFI, R., *op. cit.*, p. 208.

Para GIDE (*op. cit.*, p. 148), la finalidad de la ley estaría en el hecho de reforzar la tutela agnaticia sobre las mujeres *sui iuris*; VIGNERON, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁹ WESEL, *op. cit.*, p. 314; HEYSE, *op. cit.*, p. 53; VOLTERRA, *Instituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961, p. 710; GUARINO, *Storia del Diritto Privato Romano*, 11.ª ed., Napoli, 1996, p. 291.

⁷⁰ *Supra*, p. 5.

A nuestro entender, lo que puede resultar más convincente, es precisamente que la ley tiene su causa en el hecho de que se amasase tal cantidad de dinero en manos de las mujeres, produciéndose la dispersión del patrimonio, de modo que se impedía a los hombres disponer de un patrimonio propio que les permitiese afrontar sus necesidades económicas, tanto en la vida política como en la militar ⁷¹.

Evidentemente, en este punto, se puede pensar que el hecho de que el legatario no pueda adquirir más de lo que adquiriera el heredero, permite instituir a la viuda como sucesora a título particular en la mitad del *aes hereditario*, lo cual podría suponer una grave dispersión patrimonial, si bien en definitiva se está asegurando la mitad del patrimonio familiar y, por tanto, garantizar que el heredero podrá asumir los gastos a los que hemos hecho referencia.

Es más, esto se puede justificar por el hecho de que, como veremos posteriormente, el usufructo no es limitado por ley, pese a que éste podría tener un valor muy superior al de la mitad del haber patrimonial. La razón de ello es que, pese a que la viuda pudiese tener el usufructo sobre todos los bienes, el heredero sería titular de un patrimonio que avalaría esos gastos.

Visto cual es el contenido y la finalidad, nos preguntamos por los efectos que sobre el usufructo tiene la ley.

Creemos poder afirmar, como acabamos de apuntar, que el usufructo no se va a ver afectado por la ley Voconia ⁷².

Esto lo podemos justificar por el testimonio de Cicerón, en su discurso *Pro Caecina* 4, 11, en donde afirma que el marido, sin hacer ningún tipo de distinción entre los bienes, atribuye a su mujer, con la que está casado *sine manu* ⁷³, el derecho de usufructo sobre todos ellos ⁷⁴, de forma que el hijo queda como nudo propietario y la madre como usufructuaria de todos los bienes. Otro ejemplo lo encontramos en su *Tópica* 3, 17 ⁷⁵, lo que demuestra que, durante la vigencia de la *lex Voconia*, el *de cuius* podía servirse del legado de usufructo.

A nuestro entender, la situación descrita nos lleva a pensar que, probablemente, el hecho de que el usufructo no se prohíba o no se limite, se debe a que su contenido es acorde con el espíritu de la ley, esto es, se trata de evitar la dispersión patrimonial, de modo que, quedando en manos de una mujer casada *sine manu*, la consecuencia es que todo el patrimonio pasaría a manos de su familia paterna ⁷⁶, en el caso de que el padre viva. Sin

⁷¹ HEYSE, *op. cit.*, p. 55, en donde dice textualmente: «der Schwerpunkt der ratio legis [...] in der angestrebten Sicherung des wirtschaftlichen Hintergrunds für die männlichen Aktivitäten».

⁷² VIGNERON, *op. cit.*, p. 152.

⁷³ RANTZ, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁴ CICERO, *Pro Caec.* 4, 11, 15: «Moritur Fulcinus [...] usum et fructum omnium bonorum suorum Caesinae legat.»

⁷⁵ CICERO, *Top.* 3, 17: «Non debet ea mulier. Cui vir bonorum suorum usufructum legavit [...]»

⁷⁶ *Supra*, p. 7.

embargo, en el caso de que haya fallecido, ésta deviene *sui iuris*, pero, para otorgar testamento⁷⁷ (*testamentifatio activa*) y poder disponer de sus bienes a favor de los hijos y que el patrimonio permanezca vinculado a sus descendientes, necesita el consentimiento del tutor⁷⁸.

Hasta este momento lo más probable es que la institución de la mujer como heredera fuese algo común, lo cual tenía como consecuencia la salida de bienes del patrimonio del hijo⁷⁹, por lo que éste quedaría desprotegido. Surge, por tanto, la necesidad de poner freno a esta situación.

En este sentido, creemos que lo que hace el derecho de usufructo es contribuir a mantener un patrimonio familiar unido, de modo que se impida que los bienes salgan de la familia del marido, salvaguardando los intereses económicos del hijo, intereses que podrían proyectarse, en el caso de pertenecer a familias ilustres, al campo de la política (lo cual justificaría que el límite se tomase sólo respecto de los miembros de la primera clase) y, por otro lado, les permite a los maridos atender a la viuda, proveyéndolas de una fuente de ingresos con la que pueden mantener el tren de vida, que hasta ese momento habían llevado o, simplemente pretender mantener la posición que la mujer tenía dentro de la familia.

De ahí que la disposición de la *lex Voconia* no haga ninguna referencia directa al legado de usufructo, así como tampoco hayan noticias de interpretaciones extensivas de la ley por parte de los juristas, de forma que consideren la aplicación de la ley al legado de usufructo «*Voconiana ratione*», esto es, en atención al espíritu de la *lex Voconia*⁸⁰.

⁷⁷ Lo que no deja de ser una excepción, pues como apunta GAYO (Gai 1, 115 a): «tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant.»

⁷⁸ CICERO, *Top.* 4, 18: «Ab adiunctis: Si ea mulier testamentum fecit quae se capite nunquam deminuit, non videtur ex edictio praetoris eas tabulas possessio dari [...]»: de donde parece que se deduce que para que una mujer pueda otorgar testamento, se requiere la *capitis deminutio*, si bien la doctrina está dividida. Para E. VOLTERRA («Sulla capacità delle donne a far testamento», *BIRD*, 48, 1941, pp. 74 y ss.) se llega a ésta, siendo *sui iuris*, saliendo de la familia agnaticia a través de una *coemptio fiduciaria*, y la posterior *remancipatio* y *manumissio vindicta*, quedando bajo la tutela del tutor *manumissor*; M. KASER («Zur Geschichte der *capitis deminutio*», *IURA*, 3, 1952, pp. 75 y ss.) se dice que siendo una *capitis deminutio minima*, se requiere *arrogatio* y *conventio in manu*; VOCI (*op. cit.*, p. 393) se refiere sólo a la *coemptio* como el medio para adquirir la *testamentifatio activa*. Por el contrario, B. KLUBER (*Testament*, RE V A, 1, p. 992), en relación con Gai 1, 123, de donde se deja entrever que GAYO diferencia entre la *coemptio* y la *mancipatio*, sostiene que es necesario que, o sufra una *capitis deminutio*, cualquiera que sea la forma de la misma, siendo necesaria la autorización del tutor (de la persona bajo la cual queda sometida) o, por el contrario, que se realice una *coemptio fiduciaria*, si no ha sufrido nunca *capitis deminutio* respecto de su familia agnaticia, siendo necesario el consentimiento del tutor nuevo.

⁷⁹ B. BIONDI (*NNDI*, LX, v. *Legato*, p. 600) apunta que todo legado implica la salida de bienes del patrimonio, cierto como es esto, más aún, cuando lo que se está es instituyendo heredero a alguien de quien se sabe que no tendrá *testamentifatio activa*, para poder disponer de esos bienes.

⁸⁰ Ver nota 63, donde se hace una interpretación extensiva de la ley por parte de PAULO. Esta expresión es felizmente usada por VIGNERON, *op. cit.*, p. 148.

Hasta este momento, creemos que el papel que desempeña el legado de usufructo a favor de la viuda se ajusta perfectamente a la intencionalidad de las leyes que limitan la adquisición de legados. Es, por ello, que en nuestra opinión, es ahí donde radica la trascendencia social que éste tiene en la etapa tardo republicana, y que, en definitiva, responde a las expectativas político sociales del momento, esto es, la defensa de la unidad patrimonial, por lo que no constituye sólo un medio a través del cual se permite mantener a la viuda, sino que además permitiría mantener íntegras las estructuras familiares.

Sin embargo, en el año 40 a.C.⁸¹, se promulga la *ley Falcidia*, cuya importancia en relación con nuestro tema es trascendente, ya que por primera vez se rompe la línea que hasta ese momento se venía manteniendo en relación a la regulación del derecho de usufructo.

Destacamos inicialmente una variación importante, en relación con las dos leyes anteriores, porque, por primera vez, la ley no limita la capacidad de adquirir de los destinatarios al uso de las disposiciones testamentarias anteriores, sino que se dirige directamente contra el testador⁸² D. 35, 2, 1, pr.

«Paulo libro singularis ad legem Falcidiam: [...] quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet [...]»

De este fragmento se deduce la naturaleza vinculante de la ley, porque el testador debe disponer en su testamento conforme al contenido de la ley y, por tanto, conforme al *ius publicum*⁸³.

Destaca especialmente su contenido⁸⁴ en virtud del cual, se atribuye al heredero un del *aes hereditario*, pudiendo, por tanto, el testador libremente distribuir de la he-

⁸¹ STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Falcidia*, p. 2.346, promulgada por el tribuno *P. Falcidius*.

⁸² STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Falcidia*, p. 2.348.

⁸³ D. 2, 14, 38: «ius publicum privatorum pactis mutari non potest». En este sentido, GROSSO (*I Legati...*, p. 358) señala que «e questo uno dei casi in cui i Romani, chiamando ius publicum il diritto posto da una lex enunziano il principio che tale ius publicum non può essere mutato dai privati. ANKUM, H., «La noción de *ius publicum* en Derecho Romano», *AHDE*, 53, 1983, pp. 523 y ss.; así, también en «La Femme et la loi Falcidia», *LABEO*, 30, 1984, pp. 24 y ss., para quien *ius publicum* lo identifica con el derecho positivo pero no como derecho imperativo, aunque tiene categoría de derecho imperativo, configurando una categoría matizada del actual orden público. Lo que no terminamos de comprender es que si no admite pacto en contrario, supone que las partes no pueden modificarlo, y el hecho de que opere la reducción en la parte que excede de la cuarta, hace pensar que en todo caso es imperativa.

⁸⁴ D. 35, 2, 1 pr. *Paulo libro singulari ad legem Falcidiam*: «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 <quaedam videntur exicidisse>, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege **sequentibus** 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**

rencia entre los legatarios⁸⁵. Ello supone que el heredero tiene asegurado, por ley, el derecho a adquirir de la herencia, lo que no impide que el testador, pueda disponer, infringiendo la ley, de más de las partes de la herencia, privando al heredero de parte de su cuota.

Este punto es importante porque es posible que el heredero vea mermada su cuota hereditaria como consecuencia de la atribución de un derecho de usufructo a favor de la viuda. Así en D. 7, 1, 5, pr *Papiniano libro septimo ad edictum provinciale*:

«Usus fructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui et legitimo tempore similiter amitti eademque ratione per legem Falcidia minui potest.»

De donde a nuestro entender se puede deducir que el derecho de usufructo, tanto si se ha constituido por legado vindicatorio como por el damnatorio⁸⁶, se puede reducir en todo aquello que sobrepase los límites establecidos por la *lex Falcidia*, respecto de los cuales puede el testador disponer («minui⁸⁷ potest»), reducción que a nuestro entender opera de modo automático⁸⁸ por parte del heredero, como consecuencia de la nulidad

legatum <legetur>, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, <ita que> eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere licet, isque heres, qui eam pecuniam dare **iussus** damnatus erit, eam pecuniam debet dare, quam <dare> damnatus es».

Elimina Cuiacius, *usque ad dodrantem* e inserta en el texto *de sua pecunia suisque rebus*; BRUNS y GRADENWITZ no aceptan la corrección propuesta por CUIACIUS. *Vid. Fontes Iuris Romani Antiqui*, Tübingen, 1909, reimp. 1969; BRUNS y GRADENWITZ añaden *quaedam videntur exicidisse*; MOMMSEN y GRADENWITZ suprimen *sequentis*; GRADENWITZ suprime y según MOMMSEN Cuiacius duda si *legetur*; MOMMSEN añade *itaque* y suprime *iussus*; MOMMSEN duda si *quam dare*.

Asimismo, Gai 2, 227; Inst. 2, 22, pr; Inst. 2, 22, 1.

⁸⁵ STEINWENTER, *RE*, XII, v. *Lex Falcidia*, p. 2348; LONGO G., *NNDI*, IX, v. *Lex Falcidia*, p. 807; WATSON, *op. cit.*, p. 173; MANNINO, V., «Cervidio Scevola e l'Applicazione della Falcidia ai Legati Fra Loro Connesi», *BIRD*, 84, 1981, pp. 125 y ss.; ANKUM, *La Femme*, p. 29.

⁸⁶ D. 35, 2, 1, pr. de cuya literalidad se parece que sólo se refiera a los legados vindicatorios; sin embargo, hay que ampliarlos a los damnatorios, D. 35, 2, 64.

⁸⁷ HEUMAN-SECKEL, *op. cit.*, v. *Minuere*, p. 345, donde dice que es «vermindern; schmalern», esto es disminuir, reducir; BONIFACIO, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁸ D. 35, 2, 73, 5, en este sentido, se ha suscitado una encendida polémica, entre los romanistas, en especial, entre F. SCHWARZ («Die Rechtswirkungen der Lex Falcidia», *ZSS*, 63, 1943, pp. 314 y ss.) y su contestación a BONIFACIO en «War die Lex Falcidia eine lex Perfecta?», *SDHI*, 17, 1951, pp. 225 y ss.) quien sostiene que la *lex Falcidia*, no se aplica automáticamente, sino cuando el heredero lo reclama, seguido por KADEN, E. H., «Rec. Crit. a BONIFACIO Ricerche sulla Lex Falcidia de Legatis», *IURA*, 1, 1950, pp. 436 y ss. Para BONIFACIO, quien la reducción se realiza *ipso iure per legem*, en su recensión crítica a los autores alemanes en «In tema di Lex Falcidia», *IURA*, 3, 1952, pp. 229 y ss. posición seguida PUGLIESE. «L'onore de la Prova nel Processo Romano per Formulas», *RIDA*, 3, 1956, p. 373, nt. 42; LONGO, *NNDI*, IX, v. *Lex Falcidia*, p. 807; GROSSO, *I Legati...*, p. 357.

absoluta de la parte que excede⁸⁹, reteniendo⁹⁰ por su cuenta aquello en lo que rebasa el derecho de usufructo.

Lo más destacable en este punto es, precisamente, que por primera vez, el legado de usufructo queda limitado por una norma jurídica, cosa que no había ocurrido hasta entonces con las leyes Furia y Voconia, y que, como cualquier legado, será objeto de reducción en la parte que supere el mínimo legalmente admitido.

La reducción del usufructo de la viuda hay que tratarla desde el texto de *Paulo, libro singulari ad legem Falcidiam* Digesto 35, 2, 1, 9 (= Frag. Vat. 68), del cual nos interesa el siguiente extracto:

«Si usus fructus legatus sit (**qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt**)⁹¹, veteres quidem aestimandum totum usum fructum putabant et ita constituendum, quantum sit in legato. Sed Aristo a veterum opinione recessit: ait enim posse quartam partem ex eo sic ut ex corporibus retineri idque Iulianus recte probat.»

De este texto se deduce que en la época de los *veteres*⁹² el medio por el que se practica la reducción era a partir de una *aestimatio*, de «[...] totum usum fructum [...]», esto no es sólo un mero cálculo, sino que responde al hecho de que los *veteres* consideraban que el usufructo era indivisible y, por tanto, como tal⁹³, la única forma de dar al legatario la parte que excede, es, en palabras de CRIFO, «valutazione unitaria dell'usufrutto costituito sul patrimonio (o parte di esso), nel senso cioè che quei veteres, non avevano

⁸⁹ BONIFACIO (*op. cit.*, p. 10), considerando que a pesar de la crítica de CUGIA (*L'Espressione mortis causa*, Napoli, 1910, p. 76), que entiende que el término *ipso iure* es compilatorio. BONIFACIO argumenta que si el concepto *ipso iure* es diferente del de *per legem*, el caso no tiene importancia, y que sí tiene el mismo sentido, entonces, lo que hace es reforzar el concepto clásico *per legem*, y reafirmar la nulidad del legado en todo lo que excede de las partes.

⁹⁰ D. 35, 2, 73, 5, en donde se hace alusión a la reducción *pro rata portione ipso iure per legem*; y que implica una clara «allusione ad un diritto di ritenzione dello stesso erede». MANNINO (*op. cit.*, p. 129, nt 8), si bien alude a que la expresión *ipso iure* es un añadido de los compiladores, y que para los juristas clásicos, la expresión *per legem*, tendría fuerza suficiente para que un acto fuese nulo.

⁹¹ MOMMSEN observa que desde *qui... sunt* pertenece a otro lugar y dice que es requerido en este caso «non, sicut ceterae servitutes individuae sunt (o individuus est)»

⁹² Esto es de los antiguos, que siguiendo a BRETONNE (*op. cit.*, p. 55, nt. 2) se refiere a los juristas, tanto del período republicano como primera época imperial.

⁹³ BRETONNE, *op. cit.*, p. 57. La característica indivisibilidad del usufructo por parte de los *veteres*, es aceptada por GALLO, F., «Rec Crit. a Bretonne», *BIRD*, 66, 1963, p. 196; GROSSO, G., «Rec Crit. a Bretonne», *SDHI*, 29, 1963, p. 345; el cual acepta inicialmente el planteamiento entre la *aestimatio* y la indivisibilidad, y que la oposición entre la divisibilidad e indivisibilidad, trae su origen de la indivisibilidad de la *servidumbre*, cuya construcción se proyectaba hacia donde se constituía un *ius* sobre la propiedad. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8.ª ed., Pamplona, 1991, p. 256, donde sostiene la indivisibilidad inicial del usufructo, y que sólo con la elaboración jurisprudencial se desvincula el usufructo de su función familiar para dar preferencia al *frui* sobre el *uti*, lo que permite cierta divisibilidad.

il problema di una differenziazione dei beni, consumabili o meno, sui quali l'usufrutto stesso era costituito»⁹⁴.

La segunda parte del texto alude a que la opinión de Aristón y de Juliano son diferentes de la de los *veteres*, de modo que la reducción del usufructo se hace dando al heredero los *corpora*, esto es, cosas corporales que tiene por objeto el *frui*, y que responde a la posterior concepción de un usufructo divisible⁹⁵.

En definitiva, observamos cómo la viuda va a ver, en caso de que se vulnere la *lex Falcidia*, reducido su derecho de usufructo.

Nos preguntamos por los motivos que llevaron, por primera vez, a limitar de forma directa al usufructo, cuando antes no se había hecho.

Pensamos que la razón de ello la podremos encontrar en la causa que motiva la ley. La situación en la que se encontraría el heredero en el momento de aceptar la herencia no debería resultar del todo atractiva, y máxime, si pensamos que un legado de usufructo, sea parcial, sea sobre todos los bienes, hace que el heredero se convierta en nudo propietario y el legatario en usufructuario, lo cual supone que pese a ser titular de la propiedad, el uso y disfrute de la misma, aspecto que a nuestro entender resulta esencial, quedaba en manos de otro, siendo por tanto difícil disponer de dichos bienes, ya que sobre ellos se ha constituido un *ius in re aliena*, y la adquisición de los mismos se hace con el mismo derecho limitativo, cosa que debería resultar un inconveniente.

Se puede pensar que, aunque jurídicamente tuviese la capacidad de disposición, sin embargo, en la práctica estaría muy limitado ya que probablemente a nadie le interesaría adquirir la propiedad de un bien respecto del cual se hubiera constituido un derecho de usufructo.

Todo ello unido a las circunstancias que hacen que fallasen las demás leyes limitativas de los legados, determinaron, a nuestro entender, que el heredero no aceptase comúnmente la herencia.

En este sentido, la ley Falcidia, por su contenido, asegura una cuota al heredero y, por tanto, protege al testamento, en cuanto que garantiza la aceptación del mismo, y la suce-

⁹⁴ G. CRIEÒ (*Studi sul Quasi-Usufrutto Romano*, Vol. I, Padua, 1977, pp. 52 y ss.) destaca que el cálculo se haría teniendo como punto de referencia la edad del legatario (*vid. Macro; liber II ad legem vicesimam hereditatium* 35, 2, 68) como sistema propio del derecho clásico. MESSINA VITRANO, *op. cit.*, p. 114; y, por otro lado, el valor de lo que se produce por año en frutos, ya que de no ser así, no se podría justificar un usufructo tal como el señalado en D. 33, 2, 37, esto es, un usufructo sobre todos los bienes, sin que se produzca una vulneración de la *lex Falcidia*.

⁹⁵ En este sentido, observamos, como ya en la época clásica que prevalece el principio de divisibilidad sobre el de indivisibilidad, de modo que debe establecerse expresamente que a uno se lega el usufructo, y otro la nuda propiedad (MODESTINO, *liber singularis de Heurematicis* 33, 2, 19) y que en caso de que no afirme de forma clara, la consecuencia es que el usufructo al concebirse como divisible, en el sentido de que los frutos se adquieren indistintamente por dos personas, adquiriéndolos a partes iguales (AFRICANO, *liber V ad Quaestiones*, 7, 2, 19).

sión testada, limitando la capacidad de disponer *mortis causa*, y corrigiendo directamente el principio de las XII Tablas «ita legassit sua rei, ita ius esto», lo que, a nuestro entender, supuso un progreso respecto de la situación anterior que, como hemos visto, se le limita pero indirectamente.

Todo esto permite entender la finalidad de la ley, que es la de hacer que los herederos acepten la herencia, dando vitalidad al testamento, y, por tanto, a la sucesión testamentaria ⁹⁶.

En este sentido, la propia finalidad de la ley hace que las causas que legitimaron la inexistencia de un contenido normativo limitativo del legado de usufructo a favor de la viuda en las *leges Furia y Voconia*, son las que legitiman a la *lex Falcidia* a que se tomen medidas contra el legado de usufructo de la viuda.

La propia finalidad del legado de usufructo de la viuda se justifica en época preclásica, en relación con la *lex Falcidia*, por la propia restricción que impone a los legados de usufructo en caso de que sobrepasen las del haber hereditario, ya que dicho legado responde al sostenimiento de la estructura familiar y la finalidad de las *leges Furia y Voconia*, tienden a evitar esa dispersión del patrimonio y, al responder el legado de usufructo a esta, finalidad éste no se ve afectado por las normas limitativas, sin embargo, en el momento surge una ley cuyo interés es otro radicalmente opuesto, el usufructo se limita.

7. CONCLUSIÓN

La respuesta que de algún modo creemos que podemos dar a la pregunta que inicialmente nos planteamos en relación con la relevancia que pudiese tener el usufructo a favor de la viuda en la etapa tardo republicana es, como hemos ido señalando, la de mantener la estructura de la entidad familiar. Las pistas nos las dan las propias leyes limitativas de los legados, ya que es en ellas donde debería restringirse el legado de usufructo, pero su tratamiento al respecto, nos permite llegar a dicha conclusión.

Esto lo justificamos por las siguientes razones:

1. La viuda y sus necesidades son la causa que originan el usufructo, ahora bien, como hemos indicado anteriormente, esto sirve en la medida en que en la viuda se den unas circunstancias de necesidad que impidan que ella se mantenga por sí misma.

2. Que en la época tardo republicana se da en las mujeres una situación económica favorable, derivada del propio enriquecimiento de sus padres y maridos. También empieza a observarse una mayor capacidad jurídica y de disposición patrimonial por parte de la mujer.

⁹⁶ WESSEL, *op. cit.*, p. 315; ASTOLFI, *op. cit.*, p. 208; ANKUM, *La femme...*, p. 29.

Esto cuestionó el que los motivos por los que originariamente se atribuyó a la viuda un derecho de usufructo, sean los mismos que en la época en que se originó.

3. Las normas limitativas de legados, en los casos de las leyes *Furia y Voconia*, en ningún caso perjudican al legado de usufructo, y ello porque, a nuestro entender, el punto de mira de dichas leyes estaría en la defensa y la unidad patrimonial, bajo la dirección del heredero. Y es precisamente la *lex Falcidia* la que, limitando por primera vez el legado de usufructo a favor de la viuda, defiende el interés del heredero, evitando que se quede con una herencia con pocos bienes, o con todos los bienes pero cuyo uso y disfrute estaría en manos de la viuda, cosa que, en definitiva, hacía que las herencias quedasen vacantes, y que, por tanto, se hiciese necesaria una regulación al respecto. En este sentido, la *lex Falcidia*.

4. Por tanto, creemos entender que el papel que desempeñó el usufructo legado a favor de la viuda en la época tardo republicana obedeció, dada su *constitución post mortem*, a los propios planteamientos conservadores de perpetuación de la estructura familiar tras la muerte del *pater familias*.

