



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de derecho

Posgrado en derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública,
bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998

“QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI”

Medio de impugnación del testamento en el Derecho Romano

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

MTRA. NORMA XÓCHITL DI CENSO GARCÍA

DIRECTOR DE TESIS:

DR. CARLOS ALBERTO SORIANO CIENFUEGOS

MÉXICO, D.F.

2012

ÍNDICE

<u>Introducción</u>	1
<u>Estado de la cuestión</u>	6

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO HEREDITARIO

1. Época arcaica	25
1.1 Patrimonio familiar	31
1.2 Época preclásica.....	33
1.2.1 Patrimonio familiar	36
1.3 Época clásica.....	37
1.3.1 Patrimonio familiar	38
1.4 Testamento	42
1.4.1 Concepto e historia del testamento	42
1.5 La <i>testamenti factio</i>	45
1.5.1 <i>Testamenti factio</i> activa.....	46
1.5.2 <i>Testamenti factio</i> pasiva	48
1.6 Tipos de testamentos	53
1.6.1 Testamentos de la época arcaica.....	53
1.6.2 Testamentos de la época preclásica y clásica.....	59
1.6.3 El testamento militar	60
1.7 Invalidez, ineficacia y revocación testamentarias.....	61

CAPÍTULO II

DESHEREDACIÓN Y PRETERICIÓN SEGÚN EL *IUS CIVILE* EN LA ÉPOCA PRECLÁSICA Y CLÁSICA

2. Desheredación de los <i>sui heredes</i>	67
2.1 Categoría de los <i>sui</i>	72
3. Desheredación de los hijos varones	73
3.1 Condición y término en la <i>exhereditio</i>	74
3.2 Desheredación <i>ex certa re</i>	74
3.3 Efectos de la desheredación y preterición en un testamento <i>irritum</i>	75
4. Desheredación de las hijas, nietos y esposa <i>in manu</i>	77
4.1 Efectos de la desheredación y preterición de los <i>ceteri sui</i>	77
4.2 Desheredación de los hijos póstumos	78
4.3 Efectos de la desheredación y omisión en un testamento <i>irritum</i>	79
5. <i>Bonorum possessio</i>	81
5.1 <i>Bonorum possessio secundum tabulas</i>	82
5.2 <i>Bonorum possession contra tabulas</i>	86
5.3 <i>Bonorum possessio sine tabulis</i>	92

CAPÍTULO III

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

3. Génesis de la <i>querela inofficiosi testamenti: vindicatio hereditatis</i>	97
3.1 Procedimiento de la <i>vindicatio hereditatis</i>	98
3.2 Fundamento de la <i>vindicatio hereditatis: color insaniae</i> y <i>furiosus</i>	101
4. <i>Querela inofficiosi testamenti</i>	114
4.1 Fuentes jurídicas y fuentes literarias	116

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN PROCESAL DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI: QUERELA CENTUNVIRAL (Primera parte)

4. Procedimiento de la <i>querela</i> centunviral.....	125
4.1 <i>Legio actio sacramento in rem</i>	125
4.2 <i>Legis actio in rem per sponsionem</i>	127
4.2.1 <i>Bonorum possessio de inofficioso</i>	130
4.2.1.1 Requisitos para la concesión de la <i>bonorum possessio de inofficioso</i>	131
4.2.1.2 Orden de admisión y exclusión a la <i>bonorum possessio de inofficioso</i> ..	132
4.2.1.3 Procedimiento de la <i>bonorum possessio de inofficioso</i>	134
4.2.1.4 Causas para denegar la <i>legis actio per sponsionem</i>	137
4.2.1.5 <i>Ius adcrendi</i> aplicable a la <i>bonorum possessio de inofficioso</i> y a la <i>querela</i> en caso de pluralidad de sujetos legitimados activamente.....	140
4.3 Fundamento de la <i>querela</i> centunviral: <i>officium pietatis</i>	142
5. Plazo para impugnar el testamento inoficioso	146
6. Órgano judicial competente para resolver la <i>querela</i>	147
6.1 Concurrencia entre el tribunal centunviral y el <i>iudex unus</i> para resolver la <i>querela inofficiosi testamenti</i>	148
6.2 Facultad discrecional de los centunviro en el juicio de inoficiosidad.....	159
7. Casos en los que resulta la <i>querela</i> un medio judicial subsidiario.....	162
8. Transmisión <i>mortis causa</i> de la <i>querela</i> centunviral	163
9. La sentencia centunviral.....	164
9.1 Efectos de la sentencia centunviral	167
10. Indignidad para suceder, sanción contra el querellante vencido.....	177
11. <i>Portio debita</i>	178
12. La eficacia prejudicial de la sentencia <i>per legis actiones</i>	179

CAPÍTULO V

RÉGIMEN PROCESAL DE LA *QUERELA INOFFICIOSI* *TESTAMENTI: QUERELA COGNITIO* (Segunda parte)

5. Procedimiento de la <i>querela cognitio</i>	183
5.1 Fundamento de la <i>querela cognitio: iniuria</i>	187
5.2 Transmisión de la <i>querela cognitio</i>	189
5.3 Efectos de la sentencia de la <i>querela cognitio</i>	189
6. Naturaleza de la sentencia de inoficiosidad	199
6.1 Retroactividad e irretroactividad de la sentencia de inoficiosidad	204
<u>Conclusiones</u>	209
<u>Índice de autores</u>	217
<u>Índice de fuentes</u>	218
<u>Bibliografía</u>	225

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es un modesto intento que tiene como objetivo dar a conocer a través de algunos testimonios extraídos de fuentes jurídicas¹ – Marcelo, Marciano, Juliano, Escévola, Trifonino, Papiniano, Paulo, Modestino y Gayo –, así como otros derivados de fuentes literarias² – Quintiliano, Cicerón, Valerio Máximo, Plinio el Joven, Juvenal –, la maravillosa construcción científica de la jurisprudencia romana, que crea la institución de la *querela inofficiosi testamenti*, medio procesal de impugnación constituido a favor de los parientes allegados del testador, el cual violando un deber de afecto (*officium pietatis*) los omite o deshereda sin motivo justificado en el testamento.

Se debe reconocer que el estudio de la *querela inofficiosi testamenti* implicaba tomar un camino poco transitado, por ser una institución en desuso y por la poca bibliografía existente – ya no se diga en nuestro país, sino en las mismas bibliotecas especializadas de Italia. Sin renunciar a nuestras convicciones, se asumió la tarea, tendiendo puentes con institutos y con maestros, quienes con su generosa orientación e inteligentes opiniones, contribuyen al enriquecimiento y materialización de nuestro trabajo.

En el curso de ésta tesis, proponemos el análisis de la institución, partiendo de su naturaleza, pasando por el desarrollo de su fundamento, régimen y consolidación. Basando nuestro estudio en destacados autores³ como Krüger, Renier, Eisele, Jobbé-Duval, Woess, pasando por Giorgio La Pira, Pasquale Voci, hasta llegar a las teorías más recientes expuestas por el profesor Luigi Di Lella⁴; cuyas investigaciones y argumentos, de todos ellos, han servido para dar seguimiento y normar un criterio de nuestro tema. Merece especial atención, y una mención aparte, la opinión que Matteo Marrone⁵ hace respecto a la *querela*; desde un punto de vista muy

¹ *Infra* pp. 110-112.

² *Infra* pp. 115-122.

³ *Infra* pp. 6-14.

⁴ *Infra* p. 15.

⁵ *Infra* pp. 15 y 16.

particular, su trabajo muestra la teoría más convincente, debiendo manifestar que el profesor palermitano retoma algunas ideas del jurista alemán Fridolin Eisele⁶.

En el desarrollo del trabajo, aunque se nombran, se omite citar la teoría de algunos autores ‘contemporáneos’⁷ – entre estos, Ribas-Alba, Di Ottavio, Bozza, Negri, Franciosi, Lamberti, Sanguinetti –⁸, pues la mayoría de estos estudiosos apoyan sus investigaciones en romanistas consagrados en el tema, como son, los mencionados en el párrafo que antecede quedando en desacuerdo, unos de otros, sólo en los detalles, de ahí, que optamos no abarcar ni mucho menos sumergirnos en la introspección de sus postulados como respaldo del presente trabajo. En otras palabras, se puede criticar la ausencia de autores a los que denominamos ‘contemporáneos’, por lo reciente de sus obras, pero la falta de esas referencias se desprende del criterio que aplicamos y que ha sido descrito líneas arriba.

Admitimos también, que no se puede conjuntar en un mismo sentido todas las opiniones de las autoridades en el tema, las discrepancias existentes, por citar un ejemplo: respecto al origen y fundamento de la *querela*, no permiten formar un consenso.

Las características de nuestra institución impiden su estudio de manera total, por el escaso material con que se cuenta, incluso de los artículos de aquéllos romanistas cuyas obras son clásicas tratándose de la *querela*.

En el transcurso de este trabajo, se mencionará, en múltiples ocasiones, la opinión del profesor Matteo Marrone⁹ por coincidir con sus argumentos; esto no significa que aceptemos, y estemos de acuerdo, completamente con su teoría.

⁶ *Infra* pp. 6 y ss.

⁷ Podrían ser llamados.

⁸ *Infra* pp. 29, 68, 69, 70, 71, 100, 101, 143, 144, 147, 148, 151 y ss.

⁹ *Cfr.* Marrone, Matteo, *Querela inofficiosi testamenti (Lezioni di Diritto Romano)*, Palermo, U. Manfredi, 1962.

El análisis de esta institución jurídica, se circunscribe a la edad clásica, porque en esa época los jurisconsultos ejercieron una gran influencia en las fuentes jurisprudenciales.

Antes de entrar de lleno con nuestra institución, debemos mencionar que en 1894, Fridolin Eisele¹⁰, en su obra *Zur Querela inofficiosi*, inicia el camino para el estudio de la *querela inofficiosi testamenti*.

Hablando sobre la estructura de nuestra investigación acerca de la *querela*, señalaremos que el trabajo está dividido en cinco capítulos, los cuales no son concebidos de forma independiente, pues no sólo la temática está relacionada, como exige la unidad de un trabajo de grado, sino que existe una terminología y un enfoque común que enlaza a los distintos textos.

En las primeras páginas, concentraremos la atención en el sistema sucesorio testamentario, por ser donde se suscitan los conflictos entre los parientes allegados y el testador, debido a la libertad que tiene de disponer por testamento; sin embargo, dicha libertad se ve restringida en diversas disposiciones, como se aprecia en el deber del *de cuius* de instituir o desheredar a los *sui heredes* (deber, de disponer por testamento restringido en diversas disposiciones, como se aprecia en el supuesto del *de cuius* de instituir o desheredar a los *sui heredes* (sucesores civiles) y no omitirlos. Posteriormente, el derecho honorario complementa el sistema sucesorio testamentario, cuando el pretor amplía la categoría de aquéllos que no pueden ser preteridos por testamento, concediendo la *bonorum possessio contra tabulas* a los *liberi* (sucesores pretorios) no mencionados en el acto de última voluntad, siendo aplicada a petición de los interesados, tratándose solo de una *bonorum possessio decretalis*, por esta razón el pretor crea, por medio de una cláusula edictal, la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* a favor de los padres, hijos y cognados, para que manifiesten su intención de *inofficiosum testamentum dicere*, adquiriendo el rol procesal de demandado

¹⁰ *Ibidem*, p. 191.

y no la posesión inmediata de los bienes hereditarios, pues para poseer los bienes de la herencia requiere interponer el *interdictum quorum bonorum*.

Así como se incluyen los antecedentes históricos del régimen hereditario para conocer el contexto social, enfocado a la institución de la familia romana, de la misma manera incluimos el patrimonio familiar debido a su importante repercusión en la sucesión romana de la época clásica.

En la *querela* encontramos dos tipos de fuentes: literarias y jurídicas, de las primeras tenemos fecha cierta, por el contrario, respecto a las segundas no existe un documento que indique con precisión el año en que empieza a utilizarse este recurso.

Será preponderante hablar sobre la repercusión de los medios procesales recurridos desde su origen, hasta arribar a la autonomía de la *querela inofficiosi testamenti*.

El medio procesal que antecede a la *querela* es el incidente de petición hereditaria – *vindicatio hereditatis* –, aplicado a partir del siglo I a.C., único medio para resolver la inoficiosidad de un testamento concedido a los parientes allegados del *de cuius* (sucesores civiles), que en violación al deber de afecto (*officium pietatis*), son preteridos o desheredados sin motivo justificado, siendo los jueces centunvirales los competentes para declarar la nulidad del testamento. Por otro lado, el medio procesal aplicable al sucesor *iure praetorio tantum: parentes, liberi y cognati* hasta el segundo grado, injustamente excluidos de la sucesión, es la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* o *de inofficioso*, creada por el pretor. Por lo tanto, la inoficiosidad de un testamento obtiene por primera vez reconocimiento formal en el plano jurídico, debido a esta cláusula edictal, relativa a la *bonorum possessio de inofficioso*, marca la fecha de nacimiento de la *querela inofficiosi testamenti* como institución jurídica autónoma, a finales del siglo I d.C. Sin duda, es para destacarse la función del pretor en la historia de la *querela inofficiosi testamenti*, aunque no es quien la crea, sí da un impulso decisivo al desarrollo de la autonomía del régimen de la *querela*

inofficiosi testamenti, sobre todo para la creación de la *bonorum possessio de inofficioso*, la cual no es un recurso empleado para después del pronunciamiento de inoficiosidad, se utiliza antes de éste, con la finalidad de establecer la posición procesal de las partes involucradas. Las reglas de la *bonorum possessio de inofficioso* son obra del pretor dictadas de acuerdo al caso en particular que se aprovechan también en las hipótesis de la *querela inofficiosi testamenti*, siendo el jurista Marcelo, 3 *dig.*¹¹ quien la trata *ex professo*, así como Juliano citado por Ulpiano, 45 *ad ed.*¹²; surge como un medio de impugnación del testamento, otorgado a favor de los hijos desheredados, y de otros parientes allegados del *de cuius* excluidos de la sucesión sin motivo justificado, como ya se ha mencionado antes.

Las formas procesales más antiguas de aplicación a la *querela*, son la *legis actio sacramento in rem* y la *legis actio in rem per sponsionem*. Como se verá, el emperador Vespasiano para evitar el retraso en los juicios y aligerar el trabajo de los centunviros instituye un órgano judicial para resolver este tipo de juicios *extra ordinem*, teniendo el actor la facultad de optar entre un *iudicium* centunviral que inicia mediante el ejercicio de la *legis actio* o la *cognitio extra ordinem*.

La sentencia de inoficiosidad puede ser constitutiva o declarativa de nulidad, naturaleza que es discutida por los romanistas modernos. Con dicha sentencia, se produce la apertura de la sucesión *ab intestato*, y su consecuencia será dar a los legitimados su *portio debita* correspondiente al as hereditario.

Ésta obra privilegia la investigación y la reflexión por encima del seguimiento corto y la información sintética; puesto que concebimos nuestro quehacer con ojos analíticos, escudriñando con un criterio exhaustivo.

¹¹ D. 5. 2. 3.

¹² D. 37. 12. 1. 6.

Por último, es importante recordar que la aspiración principal en estas páginas es ofrecer un ejercicio de investigación, presentando una documentada tesis doctoral; y así pedimos se considere.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

Es conveniente antes de iniciar con la exposición del tema, destacar la diversidad de teorías sostenidas por parte de los estudiosos modernos más representativos sobre el tema de la *querela*; el criterio particular que seguimos se inclina a favor de la teoría del profesor Matteo Marrone¹³, postura que desglosaremos a lo largo de la tesis. Aquí se muestra un bosquejo del estudio a desarrollar, destacando el fundamento de nuestra institución, basado en las fuentes jurídicas y literarias¹⁴, cuya autonomía se logra a finales del siglo I d.C. Sobresalen los procedimientos empleados, siendo el órgano juzgador competente para resolver en materia hereditaria el tribunal de los centunviros. Así también, son muy importantes y diversos los efectos civiles que se producen en las sentencias.

El análisis sobre el tema de la *querela inofficiosi testamenti*, ampliamente estudiada durante el siglo XIX (en lo referente al periodo correspondiente a la época republicana y clásica del derecho romano), sobre todo por estudiosos alemanes, como es el caso del romanista alemán Fridolin Eisele¹⁵, quien realiza y publica un análisis sobre la *querela*, en el volumen XV, de 1894, en la Revista de la fundación Savigny (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*). En su trabajo Eisele¹⁶ sostiene que la *querela inofficiosi testamenti* es un incidente de la *vindicatio hereditatis*, cuyo órgano juzgador son los centunviros, quienes analizan la causa de la inoficiosidad del testamento en el procedimiento *per legis actionem*, en la segunda fase del juicio llamada *apud iudicem*. Siendo el fundamento de la *querela* la ficción de la enfermedad mental del testador (*color insaniae*).

¹³ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9.

¹⁴ *Infra* p. 115 y ss.

¹⁵ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 191.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 191-192.

Eisele¹⁷ se da cuenta del hecho de que esta tesis encuentra graves dificultades, debido a la presencia en el régimen clásico de la *querela inofficiosi testamenti*, de normas y principios incompatibles con la representación de ella como incidente de la *vindicatio hereditatis*. Sobre todo, el obstáculo de la legitimación activa a la *querela inofficiosi testamenti*, por parte de los parientes allegados del testador no incluidos entre los *heredes civiles ab intestato*.

Con base en esta y otras consideraciones, como la circunstancia de que algunas fuentes consideran a la *querela* – en opinión de Eisele¹⁸ – sólo un medio para rescindir el testamento, luego, se promueve un medio petitorio al que el querellante victorioso recurre con el fin de obtener la posesión de los bienes hereditarios, por un lado; la dificultad para los ciudadanos romanos residentes en provincia, dada la necesidad de recurrir ante el tribunal de los centunviro con sede en Roma, por el otro. El mismo Eisele¹⁹, destacando que en las fuentes clásicas se presenta la mención de las instituciones procesales como la *cognitio extra ordinem (litis denuntiatio)*, apelación, se adelanta en la hipótesis por la cual junto a la *querela* centunviral se estaría desarrollando y confirmando en la época clásica otra *querela inofficiosi testamenti*, la *querela cognitio*²⁰, pero en ésta sí se actuaría con el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*. La finalidad de la *querela cognitio*, es consentir la impugnación del testamento inoficioso a aquéllos que viven en provincia. Los jueces de la *querela cognitio* son los gobernadores en provincia y los *septemviri* en Roma.

El romanista germano²¹ indica que la *querela cognitio* es instituida con base en la *lex Glitia*, cuyo fundamento jurídico se basa en la *iniuria* del testador hacia los parientes allegados, excluidos injustamente de la sucesión, y no en

¹⁷ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 192.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 193.

²⁰ Para Eisele, la *querela cognitio*, es un medio autónomo, dirigido a la rescisión del testamento inoficioso, posteriormente, el querellante victorioso para obtener los bienes hereditarios debe ejercitar la acción petitoria. Eisele, admite que en los últimos años de la época clásica entre las dos *querelae*, inicia un proceso de fusión y tal proceso es llevado a su culminación en el derecho de la compilación justiniana. Eisele, Fridolin, “Zur Querela inofficiosi”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Weimar, 1894, vol. XV, p. 256, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 194.

²¹ *Idem*.

el *color insaniae* como en la *querela* centunviral, ya que resulta incompatible con la *iniuria*, porque un enfermo mental, por el hecho mismo de ser tal, no puede ofender a nadie.

Acerca de la *lex Glitia*, el profesor Matteo Marrone²² comenta en su artículo *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, que la única fuente que recibimos de la *lex Glitia* es la *inscriptio* de un fragmento de Gayo²³, contenido en el Digesto; además se debe precisar que la mencionada obra no está citada en el índice florentino de las *Pandectas* y las consecuencias de tal omisión se detallan en los párrafos subsiguientes²⁴.

El mismo Marrone²⁵ reseña ampliamente, dándonos un interesantísima exposición, sobre el contenido y concepción de la *lex Glitia*, así como las variadas opiniones de los estudiosos de dicha ley; primeramente, encontramos las tesis de algunos que piensan que la *lex* en cuestión introdujo a la *querela inofficiosi testamenti* en el ordenamiento civilístico romano²⁶ hay quienes vislumbran en ella a la ley que instituye la *querela cognitio*²⁷; otros, piensan que la *lex Glitia* limita la jurisdicción del tribunal doméstico²⁸ y, por otro lado, aquellos que atribuyen esta ley a los centunviro competencia exclusiva en materia hereditaria²⁹ y no ha faltado

²² Marrone, Matteo, “Sulla natura della ‘querela inofficiosi testamenti’”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, 1955, vol. XXI, pp. 85 y 86.

²³ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*); traducido al español por García del Corral, Ildefonso, Barcelona, Lex Nova, S.A., 1892.

²⁴ *Infra* p. 19.

²⁵ Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

²⁶ Siber, Heinrich, *Römische Rechtsgeschichte*, Darmstadt, vol. II, 1968, p. 377; La Pira, Giorgio, “Compromissum e litis contestatio formulare”, *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, Palermo, vol. II, 1936, pp. 189 y ss.; Kaser, Max, *Das altrömische ‘Ius’*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p. 112. Contra, Naber, J. C., “Observatiunculae de iure Romano”, *Mnemosyne*, Leipzig, vol. 25, p. 182; Krüger, Hugo, “Nachträge zur Querela inofficiosi testamenti”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano ‘Vittorio Scialoja’*, Milán, 1940, vol. XLVII, p. 63 y ss.; Renier, E., *Etude sur l’histoire de la querela inofficiosi en droit Romain*, Lieja, H. Vaillant- Carmanne, S. A., 1942, p. 76; Klima, Josef, “Querela inofficiosi testamenti”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto*, Milán, vol. III, 27, 28, 29 septiembre de 1948, p. 95, cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

²⁷ Eisele, Fridolin, *op. cit.*, nota 20, p. 282 y ss., cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

²⁸ Voigt, Moritz, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, Verlag von A. G. Liebeskind, 1892, p. 362. Contra: Rotondi, Giovanni, *Leges publicae populi romani*, Milán, Società Editrice Libreria, 1912, p. 482, cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

²⁹ Naber, J. C., *op. cit.*, nota 26, p. 184, cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

incluso quien ha pensado al error de un copista, para quien el título original de la obra de Gayo habría sido: *liber singularis ad legem Falcidiam*³⁰.

Ante todo lo mencionado, el romanista palermitano llega al juicio siguiente: *el estado actual de las fuentes no permite resolver la cuestión sobre la lex Glitia. Además, se deben tener presente ciertos elementos, como el señalado en el libro singulari ad legem Glitiam, donde Gayo*³¹ *se refiere a los testamentos inoficiosos, es de considerar la inverosimilitud de la tesis por la que un copista habría escrito por error Glitiam en lugar de Falcidiam, también es de tomar en cuenta que la querela cognitio surge posiblemente de la actividad jurisdiccional de los emperadores y de sus funcionarios, por lo que se puede decir solamente esto, que la lex Glitia debe tener alguna relación con la querela inofficiosi testamenti. Es necesario excluir aquella idea de que la ley haya introducido a la querela en el ius civile, porque de otra forma, las fuentes jurídicas la habrían analizado*³².

La teoría de Eisele³³ ha sido ampliamente discutida y por supuesto ha sido criticada con fundamento por Marrone³⁴, Hellwig³⁵, Siber³⁶, Renier³⁷ y Klima³⁸.

³⁰ Lange, Ludwing, *Römische Alterthümer*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1879, p. 662; Wlassak, Moritz, "Centumviri", *Pauly-Wissowa Real-Encyclopädie*, Stuttgart, Metzler, vol. 3, 1935; von Woess, Friedrich, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin, von Franz Vahlen, 1911, pp. 216 y ss, cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

³¹ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*).

³² Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 86.

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, p. 194.

³⁵ Hellwig, Hans, *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes*, Leipzig, A. Deichert, 1908, p. 9 y ss., sostiene que la igualdad entre la *querela centunviral* y la *querela cognitio* se inició a principios de la época clásica, además admite la existencia de la *querela* formularia, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

³⁶ Siber, Heinrich, *Romisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, Berlin, H. Sack, 1928, pp. 374 y ss., vol. II, no distingue entre *querela centunviral* y *querela cognitio*, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

³⁷ Renier, E, *op.cit.*, nota 26, p. 98 y ss. afirma que la *querela centunviral* y la *querela cognitio* comparten el mismo fundamento: el *color insaniae* que es un expediente retórico más que jurídico, opina que la *querela centunviral* la ejercitan los herederos pretorios, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

³⁸ La distinción entre la *querela centunviral* y la *querela cognitio* es ignorada por Klima, Josef, *op. cit.*, nota 26, p. 93 y ss; manifiesta que el *color insaniae* y la *iniuria* son justificaciones psicológicas del acto injusto del testador y no motivos jurídicos de la acción, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 79.

Entre las observaciones que el profesor Marrone³⁹ confuta respecto a la teoría de Eisele son las siguientes.

El profesor Marrone⁴⁰ ubica a la *querela inofficiosi testamenti* en las obras de la jurisprudencia clásica, y dice: esto es evidente al encontrarla en el comentario de Ulpiano (14 *ad ed.*)⁴¹, mismo que constituye el más amplio ejemplo del sistema dedicado a la *querela*, entre aquellos procedimientos realizados por otros jurisconsultos clásicos.

Según Eisele⁴², durante la época clásica existen dos *querelae*, la *querela centunviral* y la *querela cognitio*, prevaleciendo entre ambas diferencias en el procedimiento, naturaleza y fundamento. Pues bien, si fuesen dos *querelae*, distintas una de otra, como afirma Eisele, los juristas clásicos habrían hecho dos sistemas diversos, al tratarse de dos medios judiciales diferentes, lo que no es así; por tanto, existe solamente una *querela inofficiosi testamenti* ya que hay solo un sistema que la regula.

Otra objeción hacia la doctrina de Eisele⁴³ es su parcial documentación, lo que hace que su apreciación de nuestra institución no sea completa, en cuanto a que se limita a analizar sólo los textos jurídicos y, por tal motivo, incurre en error, al descuidar y dejar de lado los textos literarios, llegando a conclusiones equivocadas como en la que manifiesta que también los parientes próximos del testador, los cuales no son *heredes civiles ab intestato*, puedan impugnar el testamento inoficioso ante los centunviros. Es, por lo mismo, erróneo afirmar que los *cognati* fueran protegidos a través de la inoficiosidad del testamento, sólo en virtud de la introducción de la *querela cognitio*, ya que sus derechos son tutelados desde la aparición de la *bonorum possessio de inofficioso*.

³⁹ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, pp. 194-212.

⁴⁰ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 194.

⁴¹ D. 5. 2. 1; D. 5. 2. 6; D. 5. 2. 8; 1pr., 2-4pr., D. 5. 2. 8. 5; D. 5. 2. 8. 6-7pr.; D. 5. 2. 8. 9-11pr.; D. 5. 2. 8. 12; D. 5. 2. 8. 13-15pr.; D. 5. 2. 8. 16-17pr.

⁴² Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 193.

⁴³ *Ibidem*, p. 195.

En síntesis, es cierta la existencia de dos procedimientos aplicados en épocas diversas, pero entre la *querela centunviral* y la *querela cognitio* sólo se admiten diferencias de sistema y no de sustancia, en virtud de que se trata de una institución, única, la *querela inofficiosi testamenti*.

Por otro lado, Eisele⁴⁴ niega que el origen de la *querela centunviral* sea un incidente de la *vindicatio hereditatis*, siguiendo la doctrina de este autor, la *querela inofficiosi testamenti* sería una acción autónoma, dirigida a la rescisión del testamento inoficioso, esto es, que los centunviro y los jueces *extra ordinem*, se habrían pronunciado fundamentalmente sobre la inoficiosidad del testamento, no sobre la nulidad *iure civili* del testamento. En consecuencia, la enfermedad mental del testador, sería nada menos que un argumento retórico⁴⁵, sin valor jurídico.

Eisele⁴⁶ sostiene que en los textos jurídicos acogidos en las *Pandectas*, el *color insaniae* se introduce mediante interpolación de los compiladores de Justiniano, es decir, por estudiosos posclásicos, lo que implica una serie de ulteriores cambios de los textos clásicos con respecto al régimen de la *querela inofficiosi testamenti*.

Para este autor en tiempos de Justiniano se encuentran fusionadas la *querela centumviral* y la *querela cognitio*, luego del procedimiento iniciado a finales de la época clásica: la inoficiosidad del testamento se convierte en una causa de la *hereditatis petitio*⁴⁷.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 196.

⁴⁵ La historia de la retórica, conocida como el arte de la persuasión, se remonta al 467 a.C., tiene un origen griego, específicamente en Siracusa, comprendida dentro de la actual Sicilia. Surge cuando dos *logógrafos*, – escritores de discursos –, Coráx y Tisias, se dieron a la tarea de instruir en el arte de la palabra a los habitantes de Siracusa, para recuperar sus bienes de los cuales habían sido despojados por los tiranos Hierón y Gelón. El origen de la retórica como arte del discurso suasorio, se implanta con la llegada de la democracia y la lucha por el respeto del derecho de propiedad, vinculado a un contexto social con una dimensión política y judicial. En Roma, la retórica aparece como materia de enseñanza en la primera mitad del siglo II a.C. Entre sus características están: su finalidad judicial y su función educativa, sea en lo moral o en la técnica; sus reglas, principios y estructura son empleados como un instrumento de defensa. Los primeros dos tratados de retórica latina pertenecen al siglo I a.C., nos referimos a la *Rhetorica ad Herennium* de Cornificio y el *De Inventione* de Cicerón, obras que reúnen un conjunto de preceptos válidos para formular un discurso sobre todo forense; *Cfr.* Riccio Coletti, Maria Laetitia, *La retórica a Roma*, Roma, Jouvence, 2004, pp. 9, 15 y 29.

⁴⁶ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 196.

⁴⁷ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p.79.

Por su parte, Jobbé-Duval⁴⁸ afirma la naturaleza unitaria de la *querela*, la cual en derecho clásico es considerada un incidente de petición de herencia dirigido *in iudicio* basado en el *color insaniae*. Según esta opinión, el legitimario haciendo valer su título de sucesor civil *ab intestato* solicita probar la inoficiosidad del testamento que lo excluye, para poder ser habilitado se necesita una sentencia interlocutoria de los centunviros, emanada del resultado de una petición específica – *quaestio inofficiosi* –, acerca de la oportunidad de la indagación. En caso de solución positiva, el querellante es admitido al *iudicium inofficiosi*, el cual concluye con una segunda sentencia interlocutoria que reconoce o niega la violación del *officium pietatis*. Este sistema se consolida, y el *iudex unus* lo adopta más tarde en materia de *petitio hereditatis* pretoria; destinándola para los sucesores meramente pretorios después de la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* y en materia de acciones petitorias hechas valer en provincia.

No muy distinto es el punto de vista de Hugo Krüger⁴⁹, que distingue solo un tipo de *querela*, la *querela* centunviral. Ya en la fase *in iure* del procedimiento, el excluido de la sucesión debe *dicere de inofficioso testamento* y provocar así un pronunciamiento de inoficiosidad de los centunviros. El querellante victorioso podría ejercitar la *hereditatis petitio* formularia y el juez con base en la sentencia centunviral, considera civilmente inválido el testamento basado en el *color insaniae* asignándole los bienes hereditarios.

También E. Renier⁵⁰ sostiene la naturaleza unitaria de la *querela inofficiosi testamenti*. Esta consiste en una acción petitoria, en la cual aquéllos que a falta de testamento obtengan la herencia – sin alguna distinción entre

⁴⁸ Jobbé-Duval, Emile Louis Marie, *Explication de la loi 16 au code de inofficioso testamento*, 3,28., *extraits des Mélanges Gérardin suivi de La nature de la Querela Inofficiosi Testamenti selon les jurisconsultes byzantins*, Paris, Mélanges Gérardin, 1907, pp. 355-359-381 y ss., cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 80.

⁴⁹ Krüger, Hugo, “Querela inofficiosi testamenti”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Weimar, vol. LVII, 1937, p. 95., cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 80.

⁵⁰ Renier, E, nota 26, pp. 249 y ss., cit. por Di Lella, Luigi, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1972, p.21.

sucesores civiles y pretorios, siendo la acción directa para tutelar el parentesco natural –. Haciendo valer la violación del *officium pietatis* contra el instituido heredero o contra quien tenga la posesión de los bienes hereditarios, fundándose en la *iniuria*, donde el *color insaniae* constituye un simple expediente retórico. El autor niega el origen legislativo de la institución, no así la competencia de la *septemviri*.

Muy distinta es la postura de aquéllos autores que consideran a la *querela inofficiosi testamenti*, una institución de creación y naturaleza exclusivamente pretoria. Sobre esta línea se encuentra en primer lugar Wlassak⁵¹, cuya tesis desarrolla el Dr. Friedrich von Woess⁵², entre las ideas que resaltan son las siguientes: el pretor decide directamente sobre la inoficiosidad del testamento, incluso puede delegar la investigación (*querela cognitio*); también es una facultad del pretor autorizar a los centunviro sobre el pronunciamiento de inoficiosidad (*querela centunviral*), obligando a las partes a una *sponsio* condicionada a la inoficiosidad del testamento, además el pretor habría concedido, ocasionalmente, la *bonorum possessio contra tabulas*, a los parientes próximos (*cognati*) del *de cuius*, desheredados o preteridos, es decir, excluidos de la herencia sin motivo justificado.

En su obra *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Giorgio La Pira⁵³ sostiene, desconociendo los escritos de Wlassak y de von Woess, que desde el derecho pretorio la *querela* ha sido recibida en el *ius civile*, esto, por obra de la *lex Glitia* o de la actividad innovadora de la jurisprudencia. Siendo la *iniuria* del testador hacia los parientes próximos, el fundamento jurídico de la institución durante toda la época clásica.

⁵¹ Wlassak, Moritz, nota 30, cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, p. 197.

⁵² Von Woess, Friedrich, nota 30, pp. 178 y ss., cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, p. 197.

⁵³ La Pira, Giorgio, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Vallecchi Editore, Florencia, 1930, p. 413.

Para La Pira⁵⁴, la *querela* no tiene su origen en la práctica centunviral, aunque reconoce, sí se desarrolla de la *bonorum possessio cum re*; inicialmente concedida por el pretor a los parientes próximos, desheredados o preteridos contra los herederos civiles a los cuales se les niega la *legis actio*. Ya que la *querela* – sostiene La Pira –, está vinculada a los *cognati*, es de origen pretorio; así también, debe ser la acción contemplada en ésta.

En el aspecto procesal, el romanista⁵⁵ dice que los legitimados a ejercitar la *querela inofficiosi testamenti* son los *cognati*, independientemente de su calidad de sucesores civiles. Desde su origen la *querela* es una acción autónoma, concedida por el pretor a petición de la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*; propuesta *extra ordinem* o mediante *sponsio praeiudicialis apud centumviros*; dirigida a la rescisión *ipso iure* del testamento en beneficio del actor, en los límites en los cuales el testamento produce *iniuria*. Y añade, que en la época clásica en ningún caso se habría determinado la apertura de la sucesión intestada.

Por lo que respecta a las fuentes jurídicas clásicas que atribuyen a la sentencia de inoficiosidad efectos civiles, La Pira⁵⁶ indica que la *querela* es una institución de derecho pretorio y supone una recepción de la institución en el *ius civile* o por medio de la *lex Glitia* o por obra de la jurisprudencia, sin que la forma del *ius civile* opaque el origen pretorio innato en la estructura y en los principios de la *querela*.

En cuanto al fundamento, el *color insaniae* es sólo un expediente retórico, que los jurisconsultos introdujeron en las fuentes jurídicas de la época posclásica y, al contrario, la *querela* clásica se fundamenta en la *iniuria* cuyos efectos son los siguientes: en la época clásica si el legitimado resulta vencedor, el testamento resulta rescindido sólo parcialmente a favor del actor, en la época posclásica la *querela inofficiosi testamenti* era fundamentada sobre la demencia del testador, el pronunciamiento de

⁵⁴ *Ibidem*, p. 414.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 418.

⁵⁶ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 52, p. 413.

inoficiosidad determina en cada caso la nulidad total del testamento y la apertura de la sucesión *ab intestato*. Para este autor⁵⁷, la *querela* justiniana es distinta de la clásica y la posclásica, la sentencia de inoficiosidad en el derecho justiniano anula solo la institución del heredero, dejando subsistir las ulteriores disposiciones testamentarias.

Por su parte, Pasquale Voci⁵⁸ considera el surgimiento de la *querela inofficiosi testamenti* como un medio dirigido a la rescisión de un testamento inoficioso, sobre el cual juzgan los centunviro; negando, categóricamente, al *color insaniae* ser el fundamento legislativo y jurídico de la *querela inofficiosi testamenti*; y por lo mismo, no entiende la razón de los efectos civiles de la sentencia centunviral de inoficiosidad y, desconoce en qué facultades se basa para que el colegio centunviral juzgue nulo, y produzca efectos civiles un testamento válido por derecho civil.

En cambio, el romanista Luigi Di Lella⁵⁹ afirma que la *querela* es una acción autónoma, preordenada a la sucesión intestada (civil o pretoria), siendo posible obtener ante los centunviro un pronunciamiento de rescisión del testamento mediante una valoración equitativa del caso concreto, cuyo fundamento sustancial de la impugnabilidad de la inoficiosidad es la *iniuria* perpetrada por el testador con la preterición o desheredación.

El romanista napolitano⁶⁰ hace distinción entre los sucesores pretorios y los sucesores civiles, ya que para los sucesores pretorios la *querela* tiene una naturaleza rescisoria, mientras que los sucesores civiles tendrían la opción de impugnar la inoficiosidad tanto en vía incidental en un juicio petitorio – vía autónoma – como también pronunciarse de forma directa ante la inoficiosidad, aunque añade el ilustre maestro que esta última afirmación es motivo de estudio puesto que la doctrina niega la relación entre acción rescisoria y sucesión intestada

⁵⁷ *Ibidem*, p. 417.

⁵⁸ Voci, Pasquale, *Diritto ereditario romano, parte speciale*, 2ª. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1963, t. II, pp. 363 y ss.

⁵⁹ Di Lella, Luigi, *op. cit.*, nota 50, p. 127

⁶⁰ *Ibidem*, pp.182-183

El punto de vista de Matteo Marrone⁶¹, por lo que se refiere a las teorías aquí citadas, respecto a la génesis y fundamento de la *querela*, es más cercano al de Eisele, alejándose de las tesis que han tomado posición en contra de este jurista alemán.

Para el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, admite el profesor Marrone⁶², es posible actuar por medio de las *legis actiones* en Roma, cuyo órgano juzgador son los centunviro, también en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* es posible ejercitarla en Roma o en provincia. Por lo tanto, no hay dos *querelae*, sólo una, aunque los procedimientos utilizados en la época clásica, son dos: la *legis actio* y la *cognitio extra ordinem*⁶³.

Eisele⁶⁴ considera que la *querela cognitio* es instituida por la *lex Glitia*, la cual se basa en una *inscriptio* de un fragmento de Gayo⁶⁵. A Marrone⁶⁶ por el contrario, no le parece verosímil; sería particular, que una ley aprobada por los comicios y fuente del *ius civile* sea un remedio *extra ordinem*. Los juicios de la *cognitio extra ordinem* tienen fundamento en la *auctoritas* del Príncipe, por esto, es que se prescinde de la intervención legislativa de los comicios populares.

Marrone⁶⁷ coincide y comparte con Eisele, la tesis de que la *querela inofficiosi testamenti*, nace como un incidente de la *vindicatio hereditatis*, siendo discutida la inoficiosidad ante los centunviro, los cuales juzgan nulo el testamento bajo la causa de la enfermedad mental del testador. Pero, como puntualmente explicamos en líneas anteriores, el romanista⁶⁸ palermitano disiente de la postura de Eisele en lo relativo a sus dos *querelae*, afirmando categóricamente, el primero, la unidad de la *querela*

⁶¹ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 193.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Supra* p. 9.

⁶⁴ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 206.

⁶⁵ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*): *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.*

⁶⁶ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 199.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 201.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 200.

clásica. Marrone⁶⁹ manifiesta que representan un obstáculo para la existencia en el régimen clásico de la *querela*, las normas y principios ajenos a la *vindicatio hereditatis*, argumentando como poco posible creer que tales normas y principios sean obra exclusiva de la praxis centunviral, – sobre todo, por la dificultad de la legitimación a la *querela inofficiosi testamenti* de sujetos no incluidos entre los herederos civiles *ab intestato* –; y bien, cada obstáculo, es superado con base en argumentos lógicos y textuales acerca del significado de la *bonorum possessio de inofficioso*, llamada por los clásicos *litis ordinandae gratia*. Es en virtud de esta *bonorum possessio* que los *cognati*, ni *sui* ni *adgnati*, pueden impugnar ante los centunviro el testamento inoficioso. Lo que significa que, a través de esta *bonorum possessio* los cognados forman parte del régimen de la *querela inofficiosi testamenti*.

Con la tesis propuesta sobre la *bonorum possessio de inofficioso*, y admitiendo que es objeto de una cláusula edictal adecuada, se explica la razón por la cual, la *querela inofficiosi testamenti* es tratada por los juristas clásicos de forma sistemática en las obras del Edicto pretorio.

Para las fuentes literarias y jurídicas,⁷⁰ que más adelante se analizarán a detalle, resulta que el testamento inoficioso es considerado ofensivo hacia los parientes próximos excluidos, observamos que el razonamiento anterior es válido, solo sí la *iniuria* fuese el fundamento jurídico de la *querela*, en otras palabras, la *insania* no sería el fundamento jurídico de la *querela inofficiosi testamenti*, pues un testador enfermo de la mente no tiene la capacidad de injuriar a nadie, o mejor dicho, su *iniuria* no tiene peso; esto no es admisible, ya que un testamento injurioso es por sí mismo jurídicamente válido, no es la *iniuria* una causa para declararlo inválido, he aquí el porque creemos que la *iniuria* es sólo un motivo social de la *querela*.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Infra* p. 115.

Redondeando lo anterior: se cierra la idea inclinándonos a favor de la teoría de Eisele adoptada por Marrone⁷¹, en cuanto a que la *querela inofficiosi testamenti* surge como un incidente de la *vindicatio hereditatis*, cuyo fundamento es la ficción de la locura del testador, causa aceptada por los centunviros para declarar la nulidad del testamento; complementado ésa teoría con la del profesor Marrone⁷², quien nos recuerda la dificultad de la legitimación de los parientes allegados no incluidos entre los herederos civiles *ab intestato*. Siendo superada esta limitación por la *bonorum possessio de inofficioso*, para poder impugnar el testamento ante los centunviros.

Tratándose de la *querela inofficiosi testamenti*, manifiesta Marrone⁷³: que los romanos utilizan el viejo esquema procesal de la *vindicatio*, que es el adecuado, al no querer introducir en el sistema jurídico romano una institución nueva para demandar la sucesión necesaria material contra el testamento.

La tesis de la *querela inofficiosi testamenti* como incidente de la *vindicatio hereditatis* basada en la *insania mentis* del testador, toma en cuenta:

- 1º. El comportamiento de los centunviros, y
- 2º. El efecto civil de la sentencia centunviral de inoficiosidad.

En cuanto al primer punto, es pertinente recordar que ni la inoficiosidad, ni la *iniuria* hacia los parientes próximos, son, por sí mismas, causas de invalidez del testamento. Para declarar nulo un testamento inoficioso ante los centunviros, el único medio posible es recurrir a la ficción de la enfermedad de la mente del *de cuius*, pues es la única causa de invalidez del testamento.

⁷¹ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 199.

⁷² *Ibidem*, p. 200.

⁷³ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 203.

Por lo que respecta al segundo punto, es necesario tener presente que las fuentes clásicas atribuyen a la sentencia centunviral el efecto de declarar la nulidad *iure civili* del testamento. Matteo Marrone⁷⁴ excluye la idea de aquellos autores, los cuales consideran que los centunviro y los jueces *extra ordinem* se pronuncian fundamentalmente y formalmente sobre la inoficiosidad (no nulidad) del testamento, ya que si fuese verdadera esta tesis, la sentencia centunviral no declararía la invalidez *iure civili* del testamento, siendo el testamento inoficioso por sí mismo, válido tanto por derecho civil como pretorio. Las fuentes clásicas, argumenta Marrone⁷⁵, son explícitas al referirse a la eficacia de las sentencias emitidas por los centunviro al declarar nulo el testamento por *ius civile*⁷⁶.

Las consideraciones adoptadas a favor de la tesis que defendemos, junto a las objeciones, podrían superarse suponiendo que quien instituye la *querela inofficiosi testamenti* o cuando menos quien la acoge en el *ius civile* (según La Pira)⁷⁷ es a través de una *lex* comicial, la *lex Glitia* (la misma que Eisele⁷⁸ hace referencia para la institución de la *querela cognitio* y que ya ha sido criticada en párrafos anteriores)⁷⁹.

Ahora, si así fuera, se entendería que los centunviro sin recurrir a la *insania mentis* del testador, invalidarían el testamento inoficioso a través de la *lex Glitia*, la cual les confiere tal facultad. Se podría pensar que los centunviro y los jueces *extra ordinem* se limitan a declarar inoficioso el testamento pero no la nulidad del mismo: esto contrastaría con los efectos *iure civili* de la sentencia de inoficiosidad, ya que se podría suponer que la *lex Glitia* otorga a la sentencia centunviral aquellos efectos.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 204-205.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 158.

⁷⁶ D. 5. 2. 17 (Paulo, 2 *quaest.*):... *uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint*. D. 5. 2. 25. 1 (Ulpiano, 2 *disput.*): *Si quis...ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet...*D. 31.76 (Papiniano, 7 *resp.*): *Cum filius divis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicum existissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit.*

⁷⁷ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 209.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 206.

⁷⁹ *Supra* p. 16.

Pero la idea de la *lex Glitia* como ley que instituye a la *querela inofficiosi testamenti* no es sustento de la explicación anterior. Puesto que la única ocasión que se hace mención en las fuentes a la *lex Glitia* es en la *inscriptio* de Gayo⁸⁰. Como se aprecia en el fragmento del *liber singularis ad legem Glitiam*, – obra que no aparece en el índice florentino, (trabajo donde aparece el índice de las obras jurisprudenciales utilizadas en la compilación de las *Pandectas*) –, el jurisconsulto⁸¹ proclama la imposibilidad de tolerar que los padres cometan en un testamento *iniuria* hacia los propios hijos, observa como ocurre esto por las instigaciones de las madrastras.

Lo descrito, es insuficiente para deducir el mérito de la *lex Glitia*; mucho menos podemos llegar a la conclusión de que dicha ley, por el fragmento ya citado, sirva para crear la institución de la *querela*. Por otra parte, si esta *lex* instituye la *querela inofficiosi testamenti* o, si es acogida por el *ius civile*, las fuentes jurídicas habrían hecho notar su importancia y, consecuentemente, habría sido tomada en cuenta por el emperador Justiniano, pero podemos ver que esto no es así porque en las *Institutiones*⁸² que es donde inicia el estudio de la *querela*, los compiladores callan sobre la *lex Glitia*, visto de otra forma, la costumbre de los compiladores hacia las instituciones imperiales es de no descuidar las fuentes jurisprudenciales, sobresaliendo por su probidad para citar las leyes y los senadoconsultos relevantes en la historia del derecho privado romano. En cambio, las fuentes, como se aprecia, no se refieren a la *lex Glitia*, excepto la *inscriptio*⁸³.

Otra observación que se debe considerar es, si la *querela inofficiosi testamenti* tuviese origen legislativo o por ley fuese acogida en el *ius civile*, entonces los jurisconsultos clásicos no habrían callado en los comentarios, pues cada *lex* comicial es fuente del *ius civile*, en cambio, no es sino en los comentarios *ad Edictum* y en las obras que siguen el mismo esquema,

⁸⁰ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*).

⁸¹ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*).

⁸² I. 2. 18.

⁸³ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*).

además, de los *libri singulares*, que los juristas de la época del Principado se ocupan sistemáticamente de la *querela inofficiosi testamenti*⁸⁴.

Se debe destacar que en la doctrina de Wlassak⁸⁵, compartida por von Woess⁸⁶ y por La Pira⁸⁷, la *querela* tiene origen pretorio, estos autores reconocen la labor del pretor en la historia de la *querela inofficiosi testamenti*; siendo, para estos romanistas, los pretores quienes tienden a la concesión de una *bonorum possessio contra tabulas* hacia el heredero necesario, quien por su parte, demuestra ante el pretor, o su delegado, o ante los centunviros la inoficiosidad del testamento. No se justifican los efectos *iure civili* de la sentencia de inoficiosidad, es decir, la nulidad total del testamento. Contra la tesis de Wlassak⁸⁸ se encuentra el siguiente pasaje del Digesto⁸⁹; en donde el pretor, recuerda Ulpiano, no considera oportuno admitir a la *bonorum possessio contra tabulas*, a las personas desheredadas; ni que el hecho de la desheredación de los hijos sea causa de invalidez *iure civili* del testamento de los padres, más bien, el remedio que se da a los hijos desheredados es la *querela inofficiosi testamenti*, por lo tanto, es totalmente distinta la *bonorum possessio contra tabulas* a la *querela*, porque ambas son instituciones independientes.

El texto anterior es explícito, y frente a éste pierde valor el fragmento de Valerio Máximo⁹⁰, sobre el cual se fundamenta la teoría de von Woess⁹¹ y La Pira⁹²; El episodio narrado por Valerio Máximo⁹³, indica que la *bonorum possessio* concedida por el pretor Calpurnio Pisón a Terencio debe ser considerado un caso aislado, el uso de la palabra *querela*, no le da

⁸⁴ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, pp. 208-209.

⁸⁵ Wlassak, Moritz, nota 30, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 81.

⁸⁶ Von Woess, Friedrich, nota 30, p. 178 y ss., cit. por Marrone Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 81.

⁸⁷ La Pira, Giorgio, *op.cit.*, nota 53, pp. 412 y ss.

⁸⁸ Wlassak, Moritz, nota 30, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 81.

⁸⁹ D. 37. 4. 8 (Ulpiano, 40 *ad ed.*): *Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentium turbant: sane si velint inofficiosi querellam instituere, est in ipsorum arbitrio.*

⁹⁰ Val. Max. 7. 7. 5: *Egredia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adolescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est.* traducción al español de López, Santiago, Harto, Ma. Luisa y Villalba, Joaquín, Madrid, Gredos, 2003.

⁹¹ Von Woess, Friedrich, nota 34, p. 178 y ss., cit. por Marrone Matteo, *op. cit.*, nota 26, p. 81.

⁹² La Pira, Giorgio, *op.cit.*, nota 53, pp. 412 y ss.

⁹³ Val. Max. 7. 7. 5.

importancia al problema presentado, dado que el término de *querela* es usado para cualquier queja o descontento dirigido ante un magistrado; debe considerarse que Valerio Máximo⁹⁴ emplea a la *querela* en un sentido no técnico. Por lo consiguiente, el pronunciamiento de los centunviro hacia la inoficiosidad, con base en el *ius civile* no tendrá ningún significado, pues el testamento inoficioso es formalmente válido, también el pretor lo puede deducir de la *bonorum possessio contra tabulas* hacia los querellantes. En cambio, las fuentes clásicas comprueban que la sentencia centunviral en materia de la *querela inofficiosi testamenti*, produce efectos civiles rigurosos, como la nulidad del testamento.

El profesor Marrone en alusión al paso de Ulpiano, anteriormente expuesto, expresa que esto no quiere decir que la *bonorum possessio contra tabulas* se contraponga a la *querela*, más bien queda establecida la siguiente regla: “en caso de un testamento inválido *iure civili* o *iure praetorio*, no se puede ejercitar la *querela*, porque sería inútil; el único remedio procesal será la *bonorum possessio contra tabulas*. En caso de un testamento válido *iure civili* o *iure praetorio* podrán los parientes allegados recurrir a la *querela*”⁹⁵.

Concluimos por identificar a la *bonorum possessio contra tabulas*, como parte del sistema sucesorio de la *bonorum possessio*, el cual corrige y complementa el sistema sucesorio de derecho civil; produciendo efectos de forma indirecta contra el testamento, ya que de forma directa lo hace sólo la *querela*. Se trata de instituciones distintas, incluso de época diversa, pero actúan de forma paralela; pues la sucesión contra el testamento por derecho pretorio, surge en el siglo I a.C., se establece por analogía a la sucesión necesaria formal (*ius civile*); ya que el pretor dispone la tutela a favor de los *liberi* (llamados *sui* para el *ius civile*), no sólo a los hijos sometidos a la potestad del testador al momento de su muerte, sino también a favor de los hijos emancipados, que no son ni instituidos ni desheredados por el testador, es decir, esta institución pretoria es en beneficio de los parientes allegados omitidos o desheredados; el pretor les otorga a los interesados la *bonorum*

⁹⁴ Val. Max. 7. 7. 5.

⁹⁵ Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, pp. 38-39, 99-100.

possessio contra tabulas, debido a que se trata de un testamento inoficioso pero jurídicamente inválido. En cambio, la *querela inofficiosi testamenti*, surge en el siglo I d.C.; pueden impugnar de inoficioso el testamento *iure civili* y *iure praetorio*, los hijos injustamente desheredados, los padres, y los *cognati* hasta el segundo grado de parentesco preteridos, no obstante la *praeteritio* y la desheredación, el testamento es jurídicamente válido; en cuanto a los efectos de la sentencia, varían de acuerdo con el caso concreto.

La tesis de Wlassak es compartida por Marrone⁹⁶ en lo referente a la importancia del pretor en la historia de la *querela inofficiosi testamenti*, negando el romanista palermitano, que el pretor la haya creado, lo que es cierto, es que sí da un impulso decisivo al desarrollo de la autonomía del régimen de la *querela*, sobre todo para la creación de la *bonorum possessio de inofficioso*, la cual no es un recurso empleado después del pronunciamiento de inoficiosidad, se utiliza antes de este, con la finalidad de establecer la posición procesal de las partes involucradas. Y las reglas de la *bonorum possessio de inofficioso* son las mismas aplicables para la *querela inofficiosi testamenti*.

Resulta difícil abarcar las diversas teorías sobre la *querela inofficiosi testamenti* pasando por alto el pensamiento de Max Kaser⁹⁷; aunque no se conoce ningún ensayo de éste ilustre autor respecto al tema – pudiendo casi asegurar que no existe ninguno –, consideramos importante exponer su posición por ser una autoridad romanista hogaño. En su obra identifica a la *querela inofficiosi testamenti* como un recurso legal por medio del cual los parientes cercanos al testador, preteridos o desheredados injustamente, pueden impugnar el testamento y producir la invalidez del mismo, dando lugar a la sucesión hereditaria del intestado. “Al parecer, la corte centunviral tenía que decidir sobre una *sponsio praeiudicialis* con el fin de determinar si el testamento se trataba de *inofficiosum*, es decir, que no contemplaba, parcial o totalmente, a los parientes cercanos, infringiendo un deber hacia la

⁹⁶ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, pp. 211-212.

⁹⁷ Kaser se ocupa, brevemente, en su manual de derecho privado (Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 2ª. ed., Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, vol. I, pp. 709-713), estudia lo que se refiere al derecho clásico; en el segundo volumen (pp. 515-521), discurre sobre nuestra institución en el derecho posclásico y justiniano.

familia (*officium pietatis*).” Kaser dicta un axioma: la *querela inofficiosi testamenti* se decide apoyándose más en una cuestión moral que apeándose y aplicando un carácter legal. Como corolario de lo anterior, indica, “es de suponerse que los retóricos influyeron en gran medida en la formación de nuestra *querela*, quizás más que los propios juristas”⁹⁸. En un principio, los retóricos atribuían el incumplimiento de algún deber al *color insaniae*⁹⁹, posteriormente, los juristas retoman este argumento; si bien, no consideran al testador como un trastornado mental – pues en dicho caso, el testamento completo carecería de validez –, sí consideran que al momento de tratar las disposiciones de la herencia con sus parientes, el testador no podría encontrarse en plena facultad mental. Así, el testamento se considera desde el comienzo como inválido.

Max Kaser¹⁰⁰ distingue a las dos instancias ante las que puede llevarse la *querela*: frente a un juez único durante el proceso formulario, además de los centunviros. En ese mismo tenor, reconoce que durante el periodo del Principado, el proceso centunviral se separa del proceso cognitorio, el cual también se habría aplicado en las provincias. Añadiendo que la *querela* es una institución unitaria, independiente del tipo de proceso. Así mismo, Kaser¹⁰¹ distingue a las personas con derecho, y el orden, para impugnar el testamento, nos dice, corresponde únicamente a los *liberi* (del testador o testadora), luego a los padres y luego a los hermanos. La preterición o desheredación de estas personas constituye la infracción a un deber si no se justifican satisfactoriamente sus motivos.

La demanda se dirige en contra de los herederos del testamento, en donde el querellante ratifica su derecho a adquirir la herencia. Si la *querela* resulta favorable, el testamento se invalidará de acuerdo al *ius civile*, y el heredero será tratado como si nunca hubiera obtenido la herencia. El querellante victorioso obtendrá no solo su parte legal, sino toda la herencia intestada¹⁰².

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ *Infra* pp. 100 y ss.

¹⁰⁰ Kaser, Max, *op. cit.*, nota 91.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 712.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO HEREDITARIO

1. ÉPOCA ARCAICA

El régimen de la herencia en la época arcaica está vinculado con la institución de la familia, a la que se ve como una comunidad unitaria, solidaria y perpetua, destinada a continuar de generación en generación con el culto a sus antepasados difuntos (*parentes Manes*), siendo los descendientes los continuadores de la comunidad familiar.

Es en la época arcaica donde encontramos el régimen hereditario más antiguo, que se deduce de dos normas. La primera, de la ley de las XII Tablas y la segunda, de los juristas Gayo y Pomponio¹⁰³.

La primera norma decenviral que corresponde a la sucesión legítima es: « *Si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento* »¹⁰⁴.

En la doctrina es conocida la versión de la retórica sobre el régimen hereditario, nos llega a través de las obras de Cicerón, *De inventione*¹⁰⁵ y, de Cornificio, *De ratione dicendi ad C. Herennium*¹⁰⁶, en donde se señala: ‘*si paterfamilias <intestato moritur, familia> pecuniaque eius agnatum gentilium esto*’. Mientras que la postura jurídica es como ya se dijo en líneas

¹⁰³ Gai. 2. 224, D. 50. 16. 120 (Pomponio, 5 *ad Q. Mucium*).

¹⁰⁴ tab. 5. 4-5. Traducido al español por Rascón, César y García, José María, Madrid, Tecnos, 1996.

¹⁰⁵ Cic. *de inv.* 2. 50. 148. Traducido al español por Reyes Coria, Bulmaro, México, UNAM, 1997.

¹⁰⁶ *Rhet. Her.* 1. 13. 23. Aunque no existe en la doctrina una opinión unánime en relación al creador de la obra, la voz más uniforme atribuye la autoría del tratado a Cornificio – retórico y gramático –, realizada entre los años 88/86-82 y 86-75/70. En realidad, se trata de un debate interminable e insatisfactorio, es difícil identificar a su creador; en algún momento, se imputaba a Quintiliano, derivado de sus *Institutiones Oratoriae*; en otro tiempo, también se le atribuía a Cicerón por *De inventione*. Efectivamente, al analizar éstas obras, se desprende que entre los pasajes hay similitudes con la *Rhetorica ad C. Herennium*, debido a que todas están vinculadas por el mismo origen, así como por la pertenencia de estos retóricos al mismo ambiente. (ed. Calboli, Gualtiero, *Rhetorica ad C. Herennium*, Bolonia, Casa editrice Prof. Riccardo Patron, 1969).

arriba: «*si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*»¹⁰⁷.

Parte de los autores¹⁰⁸ atienden a la primera norma, por ser más antigua respecto al segundo aforismo, el cual habría sido fruto de la interpretación jurisprudencial. La fórmula '*familia pecuniaque*', inexplicable para el derecho clásico, es en cambio explicable en el derecho arcaico, correspondiendo a la presumible situación jurídico-económica de la edad decenviral.

Entrando al estudio de la norma decenviral, la primera parte se refiere al *adgnatus proximus*, en su frase inicial «*Si intestato moritur cui suus heres nec escit*», expresa que el llamamiento del *adgnatus* está subordinado a dos condiciones: la falta de testamento (*si intestato moritur*) y en caso de inexistencia de los *sui* (*cui suus heres nec escit*); lo que significa, que a falta de un *suius heres* y de testamento, la herencia será conferida al *adgnatus proximus*. Se entiende al *suius heres* como el primero llamado a la herencia, debiendo señalar que la preeminencia de este heredero no es necesaria establecerla en una norma, pues subsiste por sí misma, por parentesco.

En presencia de un *suius heres*, el requisito de la falta de un testamento no tiene sentido, porque él es de cualquier modo el sucesor, haya o no testamento. La prioridad del *suius* es tácita, porque el *suius* es heredero necesario del patrimonio familiar.

De la interpretación del precepto decenviral se deduce la imposibilidad de testar en presencia de los *heredes sui*. Además, las XII Tablas atribuyen al agnado el *ius familiae habendae*¹⁰⁹ y no el título de *heres*, reservado sólo al

¹⁰⁷ *tab. 5. 4-5.*

¹⁰⁸ Algunos autores como Solazzi y Franciosi seguidores del texto ciceroniano, argumentan que debe verse como el más cercano al original porque las obras retóricas son, por lo menos, dos siglos anteriores además que los retóricos usaban los preceptos de manera más conservadora, atendiendo a la versión original.

¹⁰⁹ La distinción *heres esse- familiam habere* ha provocado en la doctrina vivaces disputas inherentes a la naturaleza de la antigua *hereditas*: por un lado, sobre la huella de Bonfante, se sostiene el carácter no exclusivamente patrimonial de la *hereditas* arcaica, considerando que el título de *heres* no implica sólo la transmisión de la *familia*, es decir, del patrimonio hereditario, sino también la sustitución en las deudas y

suus. Así para Arangio Ruiz¹¹⁰, los agnados, teniendo sólo el *ius familiae habendae*, no son herederos, al adquirir *mortis causa* la *familia pecuniaque*.

El *suus heres* es la persona sometida a la *patria potestas* del testador, que a la muerte de éste se convierte en *sui iuris*; comprende a los *filii familias* y a las *filiae familias*, sean aun arrogados o adoptivos; además a la esposa del *pater* y a las esposas de los *filii*, siempre y cuando estén sometidas a la *manus* del *pater familias*. Todos ellos suceden en un plano de igualdad, es decir, estableciéndose entre ellos un *consortium ercto non cito*¹¹¹, todos son titulares pero las mujeres tienen limitada la facultad de disponer.

Puede ocurrir que un hijo muera con antelación al padre, dejando a su esposa *in manu* e hijos *in potestate*, en tal circunstancia, éstos suceden en el lugar del marido o del padre, según corresponda, y reciben la cuota que él hubiese recibido si no hubiese muerto, es decir, la sucesión será por stirpe, o también llamada por representación.

La existencia en las XII Tablas de una *successio ordinum*¹¹², referente a la herencia intestada, contempla la posibilidad de entregar a los *gentiles* la herencia rechazada por el *adgnatus*. Para eso debemos analizar la expresión ‘*si adgnatus nec escit*’, que se señala en la versión jurídica del precepto decenviral sobre la sucesión legítima, de acuerdo con su interpretación, – una literal y otra menos literal –, existen dos supuestos concretos:

a) Primeramente, ateniéndose a la interpretación literal del aforismo ‘*si adgnatus nec escit*’, “si el agnado no existe”, es decir, si el agnado falta.

en los créditos del *de cuius*, incluidos los llamados elementos extrapatrimoniales de la herencia (*sacra, ius sepulchri*, tutela, patronato); por otro lado, siguiendo la doctrina alemana, se ha terminado por identificar a la antigua *hereditas* con la *familia*; Oliviero, Giuseppina Maria, “A proposito di *successio ordinum* nell’eredità intestata delle dodici tavole”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, núm. 68, 2002, p. 626.

¹¹⁰ Arangio-Ruiz, Vincenzo, *Erede e tutore*, Atti Accademia Napoli, Nápoles, 53, 1930, pp. 116 y ss.

¹¹¹ A la muerte del *pater familias* se creaba entre los herederos un tipo de sociedad, llamada *ercto non cito*. Es decir, propiedad no dividida: “*erctum*”, significa propiedad; razón por la cual al propietario se le llama “*erus*” y “*ciere*”, que significa dividir. (Gai. 3.154a., ed. Balzarini, Marco, Giappichelli Editore, Turín, 2000).

¹¹² Véase Oliviero, Giuseppina Maria, *op.cit.*, nota 101, p. 627.

b) Por otro lado, está la hipótesis del repudio de la herencia, el agnado puede o no aceptar la herencia, por ser un *heres voluntarius*.

Ante cualquiera de esas situaciones, la facultad de adquirir el patrimonio hereditario será de los *gentiles*, para los cuales la norma no establece ninguna jerarquía entre sí, – en cambio, sí existe entre los agnados –, se les trata como una colectividad sin un jefe o *pater familias*, son titulares de una propiedad colectiva.

De todo lo descrito líneas arriba, como aclaración insistimos en manifestar que la vocación hereditaria del *adgnatus* está subordinada a la inexistencia de un *sui heredes*, y no a su eventual repudio, porque los *sui heredes*, siendo herederos necesarios, no pueden aceptar ni rechazar la herencia: son herederos *ipso iure*; por el contrario, el *adgnatus*, que es *heres voluntarius*, sí puede repudiar la herencia¹¹³. Eso lo demuestra el esquema siguiente:

‘*NEC ESCIT*’ : (*Suus heres: heres necessarii*):

Herederos *ipso iure*: no necesita aceptar, tampoco tiene posibilidad de renuncia.

Su inexistencia da lugar al llamamiento de los agnados;

(*Adgnatus*):

Puede aceptar o repudiar la herencia.

Si no hay o rechaza, ambas posiciones dan lugar al llamamiento de los gentiles.

El romanista Di Lella¹¹⁴, confirma lo manifestado, al señalar que esta disposición, se limita a regular el problema del destino del patrimonio familiar, en caso de que a falta de *heredes sui*, el autor de la herencia no hubiese dispuesto nada.

¹¹³ Gai. 2. 152 y ss., y EG. 2. 3. 6, ed. Baviera, J, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, II, Florencia, 1968, distinguen entre *heredes necessarii* (*servi cum libertate, heredes instituti*), *sui et necessarii* (*fili in potestate*) y *heredes extranei*: los esclavos incluidos en el testamento y los hijos sujetos a potestad son herederos *ipso iure*, los ajenos a la familia devienen herederos a través de la *aditio*; los agnados y gentiles no se encuentran en la categoría cerrada de los herederos necesarios, por lo tanto, aún estando ligados por parentesco al *de cuius*, pueden aceptar o repudiar la herencia, porque son *extranei* con respecto a la familia del difunto.

¹¹⁴ Di Lella, Luigi, *op. cit.*, nota 50, pp. 4, 6 y 7.

Di Lella¹¹⁵ indica que el principio de la plena libertad testamentaria no sufre ninguna limitación, al menos a partir de las XII Tablas, siendo verdadero que en aquella época ya se reconocía la posibilidad de instituir a una persona no perteneciente a la familia del testador (*extrana*). Esta opinión es la prevaleciente entre los romanistas; sin embargo, contra tal opinión, se encuentra la de Siro Solazzi¹¹⁶, quien al examinar la disposición relativa a la sucesión intestada¹¹⁷ concluye que todavía a la mitad del siglo V a.C., no era posible la institución hereditaria del *extranus*. A esa opinión se adhiere Gennaro Franciosi¹¹⁸ en su obra *heres extranus*. Sanguinetti¹¹⁹ dice que sólo a partir de la consolidación del testamento *per aes et libram* debido a su carácter formal y a la relación con la *nuncupatio*, el testador disfrutaba de una amplia libertad. La jurisprudencia reconoce las raíces de tal libertad ‘*Uti legassit suae rei ita ius esto*’¹²⁰ y ‘*Cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*’¹²¹. También los juristas preclásicos y clásicos, recuerdan la *latissima potestas* del *de cuius* derivada de la interpretación de tales normas y a tal propósito se recuerda el famoso texto de Pomponio¹²².

La segunda norma que trata de la sucesión testamentaria es el texto transmitido por Gayo y Pomponio¹²³:

«*Uti legassit suae
rei, ita ius esto*»

Sea jurídicamente válido
cuanto él dispone en
orden a sus bienes.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ Solazzi, Siro, *Diritto ereditario romano (Anno accademico 1931-32)*, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1932, p. 40.

¹¹⁷ *tab. 5, 4-5.*

¹¹⁸ Franciosi, Gennaro, “L’ «heres extraneus» e le dodici tavole”, *Labeo rassegna di diritto romano*, Nápoles, núm. 10, 1964, pp. 1-5.

¹¹⁹ Sanguinetti, Andrea, “Considerazioni sull’origine del principio *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*”, *Studia et Documenta Historiae et iuris*, Roma, vol. LIX, 1993, p. 275.

¹²⁰ *tab. 5. 3.*

¹²¹ *tab. 6. 1.*

¹²² D. 50. 16. 120 (Pomponio, 5 *ad Q. Mucium*).

¹²³ Gai. 2. 224, D. 50. 16. 120 (Pomponio, 5 *ad Q. Mucium*).

Al respecto Bretonne¹²⁴ dice, que esta es sólo una de las redacciones, pero que existen otras seis y todas se reducen a tres grupos y son los siguientes:

- A1 *Uti legassit suae rei, ita ius esto*¹²⁵.
 A2 *Uti legassit quisque de sua re, ita ius esto*¹²⁶.
 B1 *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*¹²⁷.
 B2 *super pecuniae tutelave suae*¹²⁸.
 C1 *Paterfamilias uti super familia pecuniacque sua legassit, ita ius esto*¹²⁹.
 C2 *Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto*.

Para este autor existe una relación de derivación o de simple sucesión entre estas redacciones y, en el *legare suae rei* se recoge el contenido del testamento arcaico (cualquiera que sea su forma). Señala que el texto donde se debe concentrar la atención es en el libro quinto al comentario de Pomponio¹³⁰ al *ius civile* de Escévola el pontífice¹³¹:

Verbis legis duodecim tabularum his «uti legassit suae rei, ita ius esto» latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.

Las palabras de la ley de las Doce Tablas son las siguientes «Como el testador ha dispuesto por sus cosas, así sea el derecho», atribuye es claro, un poder amplísimo, de instituir un heredero y de dar libertad y legados, y de constituir las tutelas. Pero la norma fue limitada a través de la interpretación, o bien a través de la voluntad de las leyes o de la autoridad de aquéllos que constituyen el derecho.

Esta segunda norma es considerada en varios textos, como fuente de la institución testamentaria, facultad del autor de la herencia en designar con un acto apropiado (*testamentum*) a su propio heredero y señalar otras

¹²⁴ Bretonne, Mario, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, Gius. Laterza & figli Spa., 1998, p. 26.

¹²⁵ Gai. 2. 224, D. 50. 16. 120 (Pomponio, 5 *ad Q. Mucium*).

¹²⁶ Nov. 22. 2

¹²⁷ *tab. 5. 3* y Tit. Ulp. 11. 14, <http://ancientrome.ru/ius/library/ulpianus/tituli.htm>

¹²⁸ D. 50. 16. 53 (Paulo, 59 *ad ed.*).

¹²⁹ C1 y C2 Cic. *de inv.* 2. 50. 148.

¹³⁰ D. 50. 16. 120 (Pomponio, 5 *ad Q. Mucium*).

¹³¹ Bretonne, Mario, *op. cit.*, nota 124, pp. 27 y 29.

disposiciones menores *mortis causa*. *Legare* equivale a *legem dicere*, hacer la ley de su herencia. *Res sua*, es la propiedad personal del *pater familias*: armas, caballos, ropa y ornamentos. El padre puede disponer con libertad de aquello que le pertenece¹³².

Es importante destacar que la sucesión legítima en la época arcaica, precede a la sucesión testamentaria. Esto se deduce del testamento *calatis comitiis*, que es el testamento más antiguo, por medio del cual, un sujeto *sui iuris* adquiere el *status* de *filius* del testador, pero para que surta efectos el testamento, es necesario que el heredero sobreviva al testador; en el periodo romano antiguo, los verdaderos herederos, como se puede apreciar son los *sui heredes*, es decir, los *fili familias* del autor de la herencia y para que un extraño pudiese convertirse en heredero, sólo podía serlo a través del testamento referido, ya que sólo así asume la condición de *filius familias* del testador. En resumen, en dicha época, ningún testamento es posible sin la presencia de los *sui heredes* y a falta de ellos, el *testamentum calatis comitiis* serviría fundamentalmente para crear un *suus heres* sustituto.

1.1 Patrimonio familiar

Recordemos que en derecho romano la sucesión hereditaria sólo es permitida tratándose de un sujeto *sui iuris*, es decir, una persona no sometida a la *potestas* de otro¹³³, capaz de tener relaciones jurídicas patrimoniales propias (*iure civili*, deudor y acreedor). Por el contrario, una persona *alieni iuris*, sea *filius* o *servus*, sujetos a la *patria potestas* del *pater* o a la *dominica potestas* respectivamente, careciendo de capacidad jurídica no podrían tener vínculos patrimoniales, por lo que su muerte no conlleva controversia alguna en cuanto a la transmisión de bienes.

La herencia importa principalmente la sucesión de una persona en la posición de otra, así como en sus cosas corporales, en consecuencia, en la

¹³² *Idem.*

¹³³ Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, p. 5.

sucesión romana del periodo arcaico, como en el periodo sucesivo, los bienes del *de cuius hereditate agitur* son considerados de forma unitaria, debiendo distinguirse dos tipos de elementos que la integran: elementos patrimoniales y elementos familiares.

Los primeros, pueden pasar a los herederos extraños. Los segundos, deben permanecer con los hijos o descendientes ulteriores del difunto, aunque con el paso del tiempo terminaría por permitirse su transmisión a extraños.

Los elementos patrimoniales se transmiten *mortis causa* a menos que lo prohíba la naturaleza de los derechos u obligaciones, lo conformaban *res Mancipi* y *res nec Mancipi*. Se trata de un patrimonio reducido y, por lo mismo, no crea tantas relaciones jurídicas con el autor de la herencia, pero aquellas ya constituidas por supuesto que se transmitían. Veamos entonces cuales son: en cuanto a las obligaciones derivadas de negocios jurídicos llevados a cabo por el autor de la herencia, éste transmite a los herederos sus créditos y deudas únicamente de carácter civil, – como ocurre en caso de la *sponsio* y el *nexum*, ejemplos de elementos pasivos del patrimonio hereditario –, en donde los herederos están obligados a cumplir con la prestación constituida por el *de cuius*. En cambio, aquellas obligaciones que surgen por actos ilícitos cometidos por el *de cuius*, aunque se debe pagar a la persona ofendida una suma de dinero a título de pena, debido al carácter estrictamente personal, no son transmisibles a los herederos, lo mismo ocurre con la condición del *addictus* que sufre de forma personal el deudor incumplido (*de cuius*) y a su muerte se extingue tal condición.

Los elementos familiares que transmite el *de cuius* a sus sucesores son: los *sacra familiaria* o ritos domésticos y el *ius sepulchri*.

Los *sacra familiaria* son los ritos inherentes al culto de las divinidades domésticas, pertenecen al *pater familias* y a su muerte pasan a sus descendientes. La religión doméstica, impone la carga del culto únicamente a aquellos miembros pertenecientes a la familia, aunque con el tiempo se va

perdiendo esa exclusividad. El *ius sepulchri*¹³⁴ tiene por objeto regular el sepulcro, que, en principio, es una *res* y se convierte en *religiosa* una vez utilizada la sepultura, se trata de una cosa *extra commercium*, inalienable y no susceptible a la usucapión, este derecho se transmite con la muerte del titular a los descendientes de la familia, es decir, al heredero, los agnados o en caso de ausencia de estos a los gentiles.

Los descendientes por el simple hecho de serlo adquieren la calidad de herederos, esto se debe al vínculo de parentesco que existe entre padres e hijos. Es importante resaltar, que en esta época el derecho hereditario se fundamenta principalmente en la continuidad que los hijos deben dar a la *familia* debiendo ellos seguir con los ritos domésticos y el derecho del sepulcro. Por tal motivo, los hijos son automáticamente herederos (*heredes necessarii*), el padre no puede quitar a los hijos la calidad de herederos, la excepción se presenta en dos situaciones: la primera, tratándose del hijo emancipado, ya que debido a la emancipación sale de la *patria potestas*¹³⁵ y, en consecuencia, no sucede al padre, por lo que se prefiere en su lugar al hijo adoptivo o bien al pariente lejano que sea agnado e inclusive a la *gens*; y la segunda es en caso de ausencia de hijos varones, cuando para asegurar la continuidad de la familia, el padre le otorga la calidad de hijo a un extraño con un acto denominado *adrogatio*.

1.2 ÉPOCA PRECLÁSICA

A partir de la última etapa del periodo arcaico y en el periodo preclásico¹³⁶, asistimos una profunda evolución del derecho hereditario, derivada de la creación y perfeccionamiento del *testamentum per aes et libram*, obra del *ius civile* y la labor de la jurisprudencia. En esta época, la sucesión

¹³⁴ D. 11. 7. 12 (Ulpiano, 25 *ad ed.*): Ulpiano recuerda un rescripto de Severo y Caracala referente a los territorios provinciales, por medio del cual se admite la existencia de un uso, reconocido y perfeccionado de este derecho.

Por su parte, Gayo al tratar sobre el *ius sepulchri*, expone: El titular del derecho al sepulcro puede obtener un paso mediante precario hacia el sepulcro, es decir, *iter ad sepulchrum*, el acceso a un sepulcro existente en el fundo ajeno (Gai. 2. 7).

¹³⁵ Es una hipótesis de *capitis deminutio* mínima y se rompe el parentesco civil, agnaticio.

¹³⁶ Entre la segunda mitad del siglo IV y la primera mitad del siglo III a.C.

testamentaria prevalece respecto a la sucesión legítima; pues en los confines de la época arcaica comienzan a crearse los negocios *mortis causa*, esto conlleva a admitir por parte de la jurisprudencia que el *pater* pueda disponer, *mortis causa*, a su voluntad del entero patrimonio familiar, instituyendo como herederos a extraños, inclusive junto a los *sui* o en algunos casos en lugar de los *sui* con la condición de desheredarlos expresamente. Esto representa un cambio notorio, ya que en la época arcaica el único heredero es el *heres suus* y solamente a través del testamento *calatis comitiis* se le transmitiría a un extraño la *familia* (patrimonio familiar), sin olvidar que para poder suceder es menester adquirir la calidad de *filius familias*.

Por lo que se refiere a la sucesión legítima, al inicio del periodo preclásico y clásico, continúa vigente la norma de la ley de las XII Tablas¹³⁷ que prevé, como minuciosamente se expone en el primer tema, que la herencia le corresponde a los *sui heredes*, a falta de ellos al *adgnatus proximus* y a falta de los agnados los *gentiles*. El *suus* continúa a ser *heres*, no importa si es testamentario, legítimo o necesario. En su caso, el *adgnatus proximus* era llamado a recibir y, según la norma establecida, a tomar posesión de la herencia, sin embargo, al inicio del periodo preclásico es considerado heredero (*heres voluntarius*), en el sentido que puede renunciar y aceptarla mediante un acto determinado (en la forma de *cretio* o *pro herede gestio*), pero si no rechaza la herencia de forma explícita, ésta no se puede transferir al agnado de grado ulterior ni a los *gentiles*.

La existencia de herederos voluntarios, puede producir una herencia vacante, por ello se justifica la introducción de la *usucapio pro herede*, entendida como usucapión: ésta se adquiere con la posesión continua durante un año de la *hereditas* como conjunto unitario y cuyo efecto es asegurar la continuidad de los *sacra* del difunto.

¹³⁷ tab. 5. 4-5.

Respecto a la inclusión de los gentiles en la sucesión, se sigue aplicando la norma establecida por la ley de las XII Tablas hasta la época preclásica; para el caso de la mujer, la herencia no va más allá del parentesco consanguíneo¹³⁸.

En los dos últimos siglos de la República surgen modificaciones llevadas a cabo por la legislación comicial y por el pretor.

Por una parte, la legislación comicial interviene para limitar la libertad de disponer *inter vivos* y *mortis causa* a través de las siguientes leyes: la *lex Cincia* (plebiscito del 204 a.C.), la cual limita la libertad de donar *inter vivos*, también la libertad del *pater* de disponer *mortis causa*, especialmente a título particular por medio del legado; así como la *lex Furia testamentaria* de inicio del siglo II a.C., y la *lex Voconia* del 169 a.C., dispone que el importe de cada legado no puede superar cuanto se haya dejado a los herederos¹³⁹, la misma ley prohíbe a los ciudadanos de la primera clase de la *comitia centuriata* con más de cien mil ases testar a favor de la mujer¹⁴⁰, para la época clásica dicha disposición cae en desuso y la *lex Falcidia* del 40 a.C., evita que el patrimonio hereditario se agote en legados, estableciendo que el testador no puede disponer por legados de más de tres cuartas partes del patrimonio hereditario y dejando una cuarta parte (*quarta Falcidia*) reservada a los herederos.

Por otra parte, el pretor interviene con la introducción de la *bonorum possessio*¹⁴¹ que constituye una institución nueva con diversas formas que son las siguientes: el pretor otorga la *bonorum possessio sine tabulis*, otorgando la sucesión legítima a los hijos emancipados y a otras personas vinculadas al autor de la herencia por parentesco consanguíneo. Se reconoce también eficacia concediendo la *bonorum possessio secundum tabulas*, a un testamento sin forma (*aes et libram*) resultando sólo un acto escrito sellado por siete testigos. El pretor dispone la tutela a favor de los *liberi*, es decir,

¹³⁸ Gai. 3. 14.

¹³⁹ Gai. 2. 225-226.

¹⁴⁰ Gai. 2. 274.

¹⁴¹ *Infra* p. 80.

todos aquellos que no fueron ni instituidos ni desheredados en el testamento, en consecuencia, son omitidos o preteridos, se les concede la *bonorum possessio contra tabulas*, tal omisión produce invalidez en el testamento y, consecuentemente, la apertura de la sucesión *ab intestato*.

Las innovaciones más relevantes en este periodo son las siguientes:

El *ius civile* favorece la autonomía del *de cuius* de disponer y de elegir a sus propios sucesores (libertad testamentaria), de la misma manera instaura límites a dicha autonomía, imponiendo la forma que se debe cumplir para su validez, para salvaguardar los intereses de los *sui*, subordinando su exclusión de la sucesión mediante una expresa desheredación (*exhereditio*). También reconoce a los parientes allegados la facultad de impugnar el testamento, al considerar injustas las disposiciones contenidas (*querela inofficiosi testamenti*). Se crea y perfecciona el *testamentum per aes et libram* cuyo efecto principal es transmitir el as hereditario a uno o más herederos ajenos a la familia.

En este periodo continúa la preeminencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima y se crea la institución de la citada *bonorum possessio*.

1.2.1 Patrimonio familiar

En esta época el contenido del patrimonio hereditario aumenta, comprendiendo: las cosas corporales, los *iura praediorum* (lado activo) o *servitutes* (lado pasivo), también los poderes sobre los *vades*, *praedes*, *nexi*, *addicti*, los créditos, las acciones hacia los promitentes que surgen a través de la *sponsio*, los mutuarios, asimismo las deudas y las relaciones que no consisten en una sumisión material de la persona. Es impensable ver a los herederos del deudor sometidos al mismo estado en el que se encontraba el autor de la herencia, en cambio, lo que sí es posible considerar es la transmisión del poder sobre el *nexus* o *addictus* hecha a los herederos del

acreedor: precisamente en esta época la *lex Poetelia Papiria*¹⁴² del 326 a.C., extingue el *nexum* y además introduce la *bonorum venditio* para la ejecución forzosa de las deudas adquiridas en vida del *de cuius*, pues se comienza a pensar en un vínculo de carácter patrimonial y, por consiguiente, transmisible a los herederos.

En cuanto a los elementos familiares, continúan vigentes las reglas de la época precedente.

1.3 ÉPOCA CLÁSICA

El régimen hereditario se consolida durante el Principado, pues en efecto en esta época es de suma importancia la libertad que adquiere el *de cuius* para disponer por testamento sobre sus bienes, reconociendo a determinados sujetos la facultad para hacer testamento, además del *pater*, a la mujer *sui iuris* y también al *filius* en la milicia con respecto a su peculio castrense; aunque se restringe la libertad de testar a través de la *lex Fufia Caninia* del 2 a.C., que limita las manumisiones testamentarias, disponiendo que sólo se puede manumitir por testamento una parte porcentual, en función de la cantidad específica de esclavos que tiene una persona, es decir, aunque se respeta la voluntad del testador, ésta se debe manifestar en una forma determinada.

La jurisprudencia contribuye para superar el formalismo del derecho civil reconociendo cada vez más la libertad de la voluntad del testador al tiempo que, la *cognitio extra ordinem* imperial identifica nuevas instituciones como el fideicomiso y el codicilo.

¹⁴² Dicha ley significa un éxito político obtenido por los plebeyos frente a los patricios; porque siendo la clase económicamente más débil, consecuentemente, se encontraba más expuesta al sometimiento del *nexum*. Tito Livio en su *Historia de Roma desde su fundación*, cuenta como se abolió el *nexum*: Liv. 8. 28. 8: «*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*», traducido al español por Villar Vidal, José Antonio, Madrid, Gredos, 2000-2001.

En el caso de la sucesión legítima, continúa el desarrollo a través de la intervención del pretor y de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano.

Asimismo, a través del senadoconsulto Tertuliano, emanado bajo el emperador Adriano entre el 117 y el 138 d.C., y el senadoconsulto Orficiano, del 178 d.C. bajo el emperador Marco Aurelio, se introduce un derecho recíproco de sucesión entre la madre y los hijos, es decir, se reconocen efectos sucesorios al parentesco cognaticio.

La sucesión legítima logra su evolución a través de la intervención del pretor y de los senadoconsultos antes mencionados, atribuyendo una mayor relevancia a las relaciones familiares fundadas en el vínculo de sangre, el derecho identifica que un emancipado cuenta como hijo y que el vínculo de parentesco continúa a pesar de que se produzca una *capitis deminutio* mínima, también desaparece la sucesión de los *gentiles*, a partir de esta época la estructura de la familia cambia.

Tanto la institución de la *bonorum possessio* como el régimen de la *querela inofficiosi testamenti*, se afianzan en esta época y se desarrollan por obra del pretor y de la legislación imperial.

1.3.1 Patrimonio familiar

Debemos mencionar que en la época clásica el contenido del patrimonio hereditario se amplía, debido al reconocimiento de nuevas situaciones jurídicas subjetivas. Por citar un ejemplo: si existe una relación obligatoria a la muerte del acreedor o del deudor, esta no conlleva la extinción de las obligaciones de un acto lícito o sancionado por una *actio rei persecutoria*, es decir, en el supuesto la acción va dirigida a reintegrar la pérdida patrimonial sufrida por el actor¹⁴³, los créditos y las deudas se transmiten por regla general a los herederos.

¹⁴³ Gai. 4. 6-9.

Debe tomarse en cuenta que en esta época es aplicable la *bonorum venditio*, para el cumplimiento forzoso de las deudas adquiridas por el *de cuius*, pero no incluye todas las situaciones jurídicas del sujeto, ya que algunas son intransmisibles, especialmente aquéllas en las que se prevé su extinción a la muerte debido a su carácter personal, como es el caso del usufructo, el uso, la relación creada por medio del contrato de sociedad, la *locatio operarum* (por causa de muerte del *conductor*), y por causa de muerte del mandante o mandatario en el contrato de mandato, en el caso de la estipulación *in faciendo*, se admite en el derecho clásico la transmisión a los herederos cuando la *stipulatio* los mencione¹⁴⁴.

Las obligaciones por acto ilícito sancionadas por acciones penales se someten a las reglas siguientes:

1) A la muerte del responsable (delincuente), la acción penal no se ejercita contra los herederos siempre y cuando no se haya llegado en juicio al momento de la *litis contestatio*, es decir, se extingue la responsabilidad, excepto aquélla de los herederos *proprio nomine*, se trata aquí del ejercicio de la acción noxal sobre los esclavos o los hijos que cometieron un delito, debiendo responder hasta el límite de su enriquecimiento (*beneficium competentiae*).

2) Por el lado activo (ofendido), la regla es que las acciones penales se transmiten a los herederos del acreedor, la muerte del acreedor no extingue la obligación. Esta regla tiene excepciones como las acciones llamadas *vindictam spirantes*, entre éstas la *actio iniuriarum* que no se transmite a los herederos.

Aunque no forman parte de la *hereditas*, los poderes familiares como la *patria potestas*, la *manus* y, con mayor razón la tutela y curatela, se extinguen a la muerte del titular. Lo que sí se transmite a los herederos es el

¹⁴⁴ D. 10. 2. 3 (Gayo, 7 *ad ed. prov.*); D. 45. 1. 38 (Ulpiano, 49 *ad Sab.*).

mancipium sobre los *fili familias* ajenos y la potestad sobre los esclavos se transmite junto con el *dominium*.

Por lo que respecta a la posesión que es considerada una *res facti*, se adquiere no por efecto de la sucesión, sino más bien por acto de disposición material y el *animus possidendi* de sus sucesores. Los *heredes necessarii* son automáticamente poseedores de las cosas que en vida tuvo en posesión el *de cuius*. No ocurre lo mismo con los *heredes voluntarii*, pues ellos requieren llevar a cabo un acto preciso para la posesión (*cretio* o *pro herede gestio*). Los herederos están protegidos por los interdictos posesorios, son continuadores de la posesión del autor de la herencia y se encuentran en su misma situación posesoria (*successio possessionis*).

Otras situaciones jurídicas del *de cuius* que no se extinguen con su muerte son los *sacra*, que quedan desiertos sólo si los herederos son extraños (*extranei*), por ello a mediados del siglo III a.C., se establece por decreto pontifical que estos deben ser dispuestos a favor de los herederos, sin importar si son *sui*, o *extranei*. En cuanto al derecho del patronato, se transmite a los hijos del patrono inclusive aquellos desheredados y, por último, el *ius sepulchri* se puede transmitir en el periodo tardo republicano a los herederos no familiares.

Existen dos clases de sepulcros: los sepulcros familiares, que se transmiten a los descendientes del fundador, es decir, a los emancipados, desheredados o aquéllos que rechazan la herencia y los sepulcros hereditarios, que se transmiten a los herederos incluso a personas ajenas a la familia.

El heredero no sólo es un sucesor de ciertas obligaciones que surgen directamente a su cargo: además de las cargas hereditarias, concernientes a la obligación de cumplir con los legados dispuestos en el testamento o codicilo confirmado, comprende otras, como el pagar impuestos sucesorios y cubrir los gastos funerarios¹⁴⁵.

¹⁴⁵ D. 11. 7. 12. 4-5 pr. (Ulpiano, 25 *ad ed.*).

Debemos distinguir entre los tipos de sepulcros mencionados, esto es, sepulcros familiares y sepulcros hereditarios: otorgados por el *pater familias*, quien construye el sepulcro fundador. Los sepulcros familiares son aquellos que el fundador destina para sí y para sus descendientes¹⁴⁶, no se requiere ser heredero, porque los hijos, instituidos o desheredados, acepten o no la herencia, conservan siempre el *ius sepulchri*. Los sepulcros hereditarios son destinados para su fundador y a sus herederos como tal. La práctica de la inscripción sepulcral, conoce un tipo mixto de sepulcro, en el cual se admiten familiares y extraños, incluyendo los no instituidos herederos. La norma requiere que los extraños sean herederos, como es el caso de los libertos¹⁴⁷.

En lo que se refiere al derecho del patronato que surge cuando el *dominus* manumite al *servus*, la consecuencia de dicho acto es que el esclavo se convierte en liberto. El manumitido adquiere obligaciones para con su patrono, como el *obsequium* y *operae liberti*, siendo este último, un deber de prestar servicios, derivado de una promesa que el patrono exige a los esclavos al momento de manumitirlos a través de la forma de un juramento (*ius iurandum* o *promissio iurata*), otorgada después de la manumisión¹⁴⁸. Siendo el liberto, el único sujeto que puede obligarse de esta forma; además de ser una expectativa de sucesión *mortis causa* del liberto que transmite a los hijos *de cuius* aunque hayan sido desheredados (expectativa tutelada por las acciones Calvisiana y Fabiana).

Por otra parte, las instituciones jurídicas de la *adrogatio* y *conventio in manum* sobre la mujer *sui iuris*, se extinguen *ipso iure*: las deudas sancionadas con una *actio rei persecutoria* no se extinguen, teniendo prioridad los contratos del adrogado y de la mujer. El pretor otorga a los acreedores una *actio utilis ficticia* como si la *capitis deminutio* mínima no hubiese existido y, así, poder exigir el cumplimiento de las deudas.

¹⁴⁶ D. 11. 7. 5 (Gayo, 19 *ad ed. prov.*).

¹⁴⁷ D. 11. 7. 6 (Ulpiano, 25 *ad ed.*).

¹⁴⁸ D. 38. 1. 7. 2 (Ulpiano, 28 *ad Sab.*).

Las obligaciones por delitos cometidos por el adrogado y mujer *sui iuris*, *conventa in manum* no se extinguen, la víctima del delito tiene la oportunidad de ejercer la acción noxal contra quien ejerce la potestad sobre ellos. Las deudas de carácter civil no son transmisibles por efecto del vínculo personal que se crea.

1.4 TESTAMENTO

1.4.1 Concepto e historia del testamento

En la vida social y jurídica romana, el testamento tiene una gran importancia, según Cicerón¹⁴⁹, es el acto de mayor seriedad en la vida del ciudadano, como la *lex* en el ámbito público.

La sucesión testamentaria en Roma, a diferencia de otros pueblos antiguos, es un acto normal, siendo muy extraño que el *pater familias* muriera sin hacer testamento.

Es costumbre, al menos de las clases pudientes, regular por testamento su herencia. “El romano siente la necesidad de organizar, individualmente, su propia sucesión con el testamento y evitar, se actúe en el régimen de la herencia intestada”¹⁵⁰. Por tal motivo, se comprende por qué el testamento encuentra amplio espacio en las fuentes jurídicas y extra jurídicas, comprendiendo, los textos literarios y las fuentes epigráficas.

En las fuentes jurídicas romanas encontramos tres definiciones de testamento:

«*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*»¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cic. *Phil.* 2. 41. Traducción al español por Bautista Calvo, Juan, Barcelona, Editorial Planeta, 1994.

¹⁵⁰ Schulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, 2ª. ed., Madrid, Ediciones Madrid, 2000, p. 178.

¹⁵¹ D. 28. 1. 1 (Modestino, 2 *pand.*).

«*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*»¹⁵².

«*Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*»¹⁵³.

Los tres textos se integran al resaltar el elemento de la *voluntas* y de la *testatio*: una manifestación de voluntad, solemne, mediante una exposición ante testigos, con relación a aquello que el testador desea que ocurra después de su muerte, en el ámbito de su poder de disposición, asegurando de ese modo la continuidad de la familia.

En cuanto al contenido, las primeras dos definiciones coinciden en subrayar que el testamento es un acto *mortis causa*, aunque con dos particularidades: la universalidad de las disposiciones sobre los bienes (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*)¹⁵⁴ y la necesidad de la institución del heredero (*heredis institutio est caput et fundamentum totis testamenti*)¹⁵⁵.

El tercer texto, agrega una característica formal del testamento, la de llevarse a cabo ante testigos, señalando contemporáneamente su perfil etimológico, *testamentum* viene de *testari*, en el sentido de “llamar a los testigos”, “testimonios de la voluntad”.

El modo de actuar de los romanos se mueve por premisas y fines diversos de la dogmática de otras culturas, así tenemos que para los griegos, el testamento es una transmisión del patrimonio, lo mismo sucede con el denominado testamento bárbarico, que se constituye a favor de los herederos legítimos, dando prioridad a la primogenitura; en el derecho romano, en cambio, el heredero típico no es siempre el heredero legítimo, sino el escrito en el testamento; el *favor testamentorum* es una característica

¹⁵² Tit. Ulp. 20. 1.

¹⁵³ I. 2. 10.

¹⁵⁴ D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*); D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*).

¹⁵⁵ Gai. 2. 229.

de la ley, de la costumbre y de la jurisprudencia romana, de ahí que sea necesario completar las definiciones con otros elementos:

1) El testamento es un acto típicamente unilateral, es suficiente para su eficacia, la simple voluntad del autor. Esto es muy importante, con el fin de excluir la posibilidad de pactos sucesorios. El derecho no admite ni el testamento conjunto ni el testamento recíproco. El testamento conjunto se refiere a la hipótesis de varios testamentos reunidos en el mismo acto, por ejemplo, dos personas redactan sus testamentos en un solo documento y después realizan una única perfección al mismo tiempo, ante los mismos testigos. El testamento recíproco es un testamento conjunto, en el que los testadores se instituyen herederos recíprocamente.

Las dos instituciones no se mencionan en textos clásicos, pero se encuentra una cita en la constitución de Valentiniano III¹⁵⁶, según la cual se permite a los cónyuges el testamento recíproco, aunque se trata de un privilegio que debe ser solicitado al emperador.

2) El testamento es un acto personal, en el sentido que debe nacer de la sola voluntad del testador. Éste, por lo tanto, debe gozar de capacidad jurídica como de capacidad de actuar. Es el acto más personal que conoce el ordenamiento jurídico privado, es decir, es importante que la voluntad deba manifestarse personalmente, con exclusión de cualquier intermediario; en consecuencia, los incapaces no pueden hacer testamento, ya que por medio de sus representantes sólo pueden realizar negocios.

3) El testamento romano se funda sobre la *heredis institutio*, es decir, no va dirigido a una mera distribución de los bienes, sino a designar al sucesor o a los sucesores en la posición jurídica del *de cuius*.

4) Es *iuris civilis*; sólo tienen acceso los ciudadanos romanos.

¹⁵⁶ Nov. 21. 1.

5) Es un acto formal; es necesario que la voluntad se manifieste en las formas establecidas; la formalidad es distinta conforme a las épocas históricas, de acuerdo con los distintos ordenamientos jurídicos.

6) Es *mortis causa*; es importante pues adquiere eficacia jurídica sólo a la muerte del autor de la herencia.

7) Revocable; el testador en cualquier momento de su vida hasta el último instante puede cambiar su voluntad, revocando el testamento precedente.

Al testamento romano lo podemos definir por sus características, como aquel acto solemne de última voluntad, de carácter unilateral, a través del cual se nombra heredero; pudiéndose otorgar concesiones patrimoniales a favor de una o varias personas – legados –, también disposiciones particulares, como el nombramiento de tutores y manumisiones de esclavos.

Lo relativo al testamento pretorio – *bonorum possessio secundum tabulas* – se tratará en el capítulo II, párrafo 2.4, en donde se hace alusión al sistema sucesorio pretorio *bonorum possessio*.

1.5 LA *TESTAMENTI FACTIO*

La capacidad de instituir o de ser instituido heredero es llamada por los romanos *testamenti factio*. Los comentadores han distinguido entre la *testamenti factio* activa o capacidad de testar y la *testamenti factio* pasiva o capacidad de ser instituido heredero.

La *testamenti factio*, activa y pasiva, se subordina a la capacidad general de tener herederos y de suceder.

1.5.1 *Testamenti factio* activa

La *testamenti factio* activa se presenta cuando una persona redacta su testamento, manifestando así, su capacidad de llevar a cabo actos jurídicos válidos.

Son incapaces de testar, por razones naturales, los impúberes, en el derecho clásico, los sordos y los mudos a causa de las formas del testamento en uso. En el derecho justiniano, esta incapacidad se mantuvo sólo para los sordomudos de nacimiento, pues se presume un desarrollo intelectual imperfecto y la incertidumbre sobre su propio *status*.

Son incapaces de testar por razones jurídicas, los esclavos y los extranjeros, los *capite deminuti* en máxima, los *fili familias*, los locos, los pródigos. A los servidores públicos se les concede testar sólo la mitad de su peculio y los militares testan válidamente, independientemente de su estado físico, sean sordomudos o condenados a muerte, salvo por delito de traición y sólo en relación a los bienes castrenses¹⁵⁷.

Los *fili familias* pueden con el consentimiento paterno hacer donaciones por causa de muerte; pero ni siquiera el consenso paterno los convierte capaces de hacer un testamento. Tal exclusión se explica, porque la institución del heredero no es en su origen un mero acto patrimonial.

Como un privilegio militar, a partir de Augusto, se concede a los *fili familias* en servicio y, posteriormente también a los dados de baja, el derecho de testar en orden al peculio castrense. No obstante, la independencia patrimonial, casi total, del *filius familias*, en el derecho justiniano, éstos tienen facultad de testar sólo en orden al peculio castrense y cuasi castrense.

¹⁵⁷ Bonfante, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1987, p. 474.

En el caso de las mujeres – aunque *sui iuris* –, en el derecho más antiguo, salvo la conocida excepción de las vestales, son incapaces de hacer testamento. En la época clásica, el testamento romano se aleja del principio riguroso de la personalidad exclusiva del acto, permitiendo a las mujeres hacer testamento con la *auctoritas* del tutor; en el caso de los pupilos, el *pater familias* puede predisponer de una forma particular del acto llamado testamento pupilar¹⁵⁸.

Pueden presentarse casos en los que no exista la capacidad de testar, y a pesar de ello, el testamento tiene validez, esto se observa, además del caso del *filius familias*, con respecto al *peculium castrense* y *quasi castrense*, en los siguientes supuestos: el testamento del esclavo público, el del loco (*furiosus*) en los periodos de lucidez y el del pródigo, en caso de que se redacte el acto de última voluntad antes de que le sea impedida la administración de su patrimonio.

La *testamenti factio* activa es inherente al ciudadano romano, permanece con él durante toda su vida hasta su muerte. Para el caso del testador que sufría una *capitis deminutio*, posterior a la elaboración del testamento, éste resultaba ineficaz, la excepción a tal situación es la aplicación del *ius postliminium*, que ocurre cuando el ciudadano romano resultaba prisionero de guerra, convirtiéndose en esclavo (*romanus apud hostes*) y, en consecuencia, pierde el *status libertatis*, pero si regresaba a territorio romano con intención de residir ahí (*animus remanendi*), se le otorga el privilegio que concede el *ius postliminium*, por virtud del cual se le reintegra la titularidad de sus derechos como si nunca los hubiese perdido. Otra excepción se da en virtud de la *lex Cornelia*, en tiempo de Sila, el romano *captivus* que había muerto siendo prisionero es considerado como si fuese muerto al momento de la captura, en el último instante de su condición de libertad (así llamada *fictio legis Corneliae*). Dando lugar a la sucesión, de otra forma sería imposible porque un esclavo no puede tener herederos y si

¹⁵⁸ Para que el pupilo no corriera riesgos de una trampa después de la muerte del padre (Gai. 2. 181), se usaba escribir la sustitución pupilar en una parte del documento testamentario, destinado a mantenerse cerrado, por lo tanto, secreto; provisto de dos condiciones: enterar su contenido hasta que el pupilo llegase a la pubertad, siempre que no muriera antes (D. 28. 6. 2 Ulpiano, 6 *ad Sab.*).

el *captivus* antes de la captura había hecho testamento se abría la sucesión *ex testamento*.

1.5.2 *Testamenti factio* pasiva

Por su parte, la *testamenti factio* pasiva corresponde a la capacidad de ser instituido heredero, está vinculada al momento de la *hereditatis aditio* (aceptación de la herencia), cuyos requisitos consisten en: ser *sui iuris*, libre y ciudadano romano.

Existen algunas excepciones a esta regla general, que se señalan a continuación:

1º Para ser instituido heredero, no es necesario el *status libertatis*: si el testador instituye heredero a un esclavo ajeno, se requiere que el dueño sea sujeto de derecho para que adquiriera la herencia¹⁵⁹, a menos que, el esclavo se convierta en libre, en tal caso, el liberto adquiere por sí mismo¹⁶⁰. Si el testador instituye a un esclavo propio, este puede ser instituido heredero *cum libertate* y, a la muerte del testador convertirse por ese hecho en libre (*heres necessarius*). Justiniano siguiendo una decisión de Atilicino, admite que al instituir heredero al propio esclavo, se da de forma implícita la manumisión¹⁶¹.

Las personas *alieni iuris*, tienen la capacidad de recibir la herencia estando sometidas a la *patria potestas* y adquieren la herencia a favor de su *pater familias*.

2º En cuanto al *status civitatis*, son incapaces de heredar los extranjeros (*peregrini*). Aunque se trata de sujetos libres, no son ciudadanos romanos con capacidad plena otorgada por el derecho privado, para el caso de

¹⁵⁹ D. 28. 5. 31 (Gayo, 17 *ad ed. prov.*).

¹⁶⁰ Gai. 2. 189.

¹⁶¹ I. 2. 14.

relaciones privadas entre sí, se regulan bajo su propio derecho y, aplican el *ius gentium*, para regular las relaciones comerciales con ciudadanos romanos; gradualmente se fueron asimilando a los ciudadanos romanos hasta concederles la ciudadanía romana a través de la Constitución de Caracala (*Constitutio Antoniniana*), del 212 d.C., otorgada a todos los habitantes libres del Imperio, excepto a los *Latini Iuniani*¹⁶². Será más adelante Justiniano quien extingue esta clasificación y, en consecuencia, extiende la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

La disposición a favor de persona incierta es nula. Persona incierta es aquella de la cual el testador no tiene una representación precisa, *v.gr.*, el legado a favor de aquel que primero venga a mi funeral «*primus ad funus meum venerit*». La disposición es válida cuando se ha hecho mediante una delimitación precisa, *v.gr.* será mi heredero de diez mil, quien entre mis cognados, llegue en primer lugar a mi funeral «*ex cognatis meis, qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit, ei x milia heres meus dato*»¹⁶³.

Tratándose de los nascituri – *postumi sui* –, es decir, quienes ya están concebidos al momento de la muerte del testador; para ellos la adquisición de la calidad de heredero y, por lo tanto, el derecho a recibir la herencia está subordinada al hecho del nacimiento; de aquí la máxima “*conceptus pro iam nato habetur*”. De los principios existentes acerca de los póstumos, algunos los encontramos ya desde la época clásica, en las *Instituciones* de Gayo. El ilustre jurisconsulto refiere: los descendientes póstumos son instituidos o desheredados nominalmente¹⁶⁴, la antigua jurisprudencia admite la posibilidad de incluirlos a *qui in utero sunt*; es evidente, siempre y cuando nacieran vivos se convertirían en *sui heredes* a la muerte del *pater*.

¹⁶² Tit. Ulp. 20. 14: *Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest. Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitum est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.*

¹⁶³ Gai. 2. 238.

¹⁶⁴ Gai. 2. 130 y ss.

Un paso adelante da Aquilio Galo, jurista de la época republicana (de ahí el nombre de *postumi aquiliani*), quien interpreta la posibilidad de instituir herederos o desheredar a los nietos *ex filio* o ulteriores descendientes. Habla de aquéllos concebidos y no nacidos, para los casos en donde había premuerto su padre; en consecuencia, con el nacimiento se encontrarían bajo la inmediata potestad del testador y, por lo mismo, podrían gozar de la calidad de herederos¹⁶⁵.

Posteriormente, la categoría aumenta con la *lex Iunia Vellea* del año 26 o 28 d.C., que permite instituir herederos o desheredar con el mismo criterio a los hijos póstumos (*postumi sui*) y los descendientes – *in potestate* –; nacidos todavía vivo el testador, pero después que éste hubiera redactado su testamento (*postumi Iuniani* o *Velleiani primi*)¹⁶⁶; igualmente, a los nietos *ex filio* y ulteriores descendientes (*postumi Iuniani* o *Velleiani secundi*)¹⁶⁷, nacidos antes de la perfección del testamento y que, habiendo sucesivamente su padre premuerto al testador, hubieran estado sometidos a la inmediata potestad de aquel. Salvio Juliano uniendo las dos disposiciones de la *lex Iunia Vellea*, admite la posibilidad de instituir herederos o desheredar a los nietos *ex filio* y a los descendientes nacidos con posterioridad al perfeccionamiento del testamento, sucesivamente sometidos bajo la potestad del testador por la premoriencia de su padre o, en aquéllos

¹⁶⁵ D. 28. 2. 29 (Escévola, 6 *quaest.*): *Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: "Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt"*.

¹⁶⁶ D. 28. 2. 29. 11-12 pr. (Escévola, 6 *quaest.*): *Nunc de lege Vellea videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. Et videtur primum caput eos spectare, qui, cum nascerentur, sui heredes futuri essent...*

¹⁶⁷ D. 28. 2. 29. 13-14 pr. (Escévola, 6 *quaest.*): *Etiam si vovente parente vivo nascantur, sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult rumpere testamentum: et ita interpretandum est, ut, si et filium et nepotem et pronepotem habeas, mortuis utrisque pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent "si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit" ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquili [Aquili] sententia diximus: nec solum, si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri ac decedat, dummodo heres institutus sit aut exheredatus. Videndum, num hac posteriore parte "si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius" et cetera "in locum suorum sui heredes succedunt", possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet: nihil enim addidit, quo significaret tempus: nisi quod, licet audenter, possis dicere vivo patre hunc suum heredem esse desisse, licet post mortem decedat, quia nec redit nec potest redire.*

supuestos en que el padre hubiese salido de la familia, son los llamados *postumi Iuliani*¹⁶⁸.

Respecto al *postumus alienus*, es decir, aquel que nace fuera de la familia del autor de la herencia, la incapacidad, sostenida por el *ius civile*¹⁶⁹ es superada por el pretor, el cual acuerda para el póstumo ajeno la *bonorum possessio*¹⁷⁰.

Justiniano emite un principio general, relativo a que cualquier póstumo, sea propio o ajeno, puede ser contemplado en un testamento¹⁷¹.

Volviendo a la *testamenti factio*, es necesario que la persona pruebe tenerla en tres momentos importantes: la redacción del testamento, la muerte del testador y la aceptación de la herencia¹⁷².

Resulta relevante que el príncipe Augusto, persiguiendo una política favorable al desarrollo demográfico, promueve una legislación particular en el tema del matrimonio. Sobresale la *lex Iulia de maritandis ordinibus* del

¹⁶⁸ D. 28. 2. 29. 15 (Escévol, 6 *quaest.*): *Ille casus in difficili est, si filium habeas et nepotem nondum natum instituas isque nascatur vivo patre suo ac mox pater decedat: non enim suus heres est tempore quo nascatur nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere quam qui iam natus erit. Denique et superiore capite ut liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti, posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus: quod nullo iure potuit qui nondum natus erat. Iuliano tamen videretur duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.*

¹⁶⁹ Gai. 1. 147: *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis nobis nascentur, in potestate nostra fiant. Hoesiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit.* Gai. 2. 241-242: *Postumo quoque alieno inutiliter legatur: est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est, ideoque ex mancipato quoque filio conceptus nepos extraneus est postumus avo; item qui in utero est eius, quae connubio non interveniente ducta est uxor, extraneus postumus patris contingit. Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus, est enim incerta persona.*

¹⁷⁰ D. 37. 11. 3 (Paulo, 41 *ad ed.*): *Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse.* I. 3. 9: *Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia. nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adiuvabatur: sed hic e nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus.*

¹⁷¹ C. 6. 48. 10.

¹⁷² D. 28. 5. 50 (Florentino, 10 *inst.*); I. 2. 19. 4.

17 a.C., y la *lex Papia Poppaea* del 9 a.C., en las que se introducen reglas especiales aplicables a la capacidad de adquirir la herencia:

Se considera que son incapaces de adquirir herencia, los hombres de edad comprendida entre veinticinco a sesenta años y, las mujeres de veinte a cincuenta años, en caso de ser solteros (*caelibes*);

Son incapaces de adquirir la herencia el viudo o divorciado, a menos que contraiga matrimonio dentro de los cien días siguientes a la muerte del testador, o bien, dentro de un término establecido para la aceptación formal de la herencia. Se niega la capacidad de adquirir por testamento: total para los célibes y por la mitad, a favor de aquellos casados que no tienen hijos (*orbi*) y,

Se excluye la posibilidad de suceder recíprocamente entre marido y esposa que no tengan hijos, se admite la sucesión sólo de la décima parte del patrimonio hereditario y se aumenta la cuota en caso de que los cónyuges tengan hijos de un matrimonio anterior.

De esta época resaltamos una cuestión de gran relevancia para el desarrollo de este trabajo, a saber:

“A partir del Principado, se trata a la indignidad (*indignitas*) como conducta desleal e inmoral del heredero. A pesar de que tal persona conserva el título de heredero, los bienes hereditarios son adjudicados por el Fisco.”¹⁷³

¹⁷³ Mannino, Vincenzo, *Introduzione alla storia del diritto privato dei romani*, Turín, Giappichelli Editore, 2008. pp. 461-463.

1.6 TIPOS DE TESTAMENTOS

1.6.1 Testamentos de la época arcaica

De las formas arcaicas de testamento, tenemos noticia por Gayo¹⁷⁴, en sus *Instituciones* y por Aulo Gelio¹⁷⁵ en sus *Noches Áticas*. El primero, expone que al inicio existieron dos géneros de testamentos, *calatis comitiis* e *in procinctu*, más adelante, se agrega un tercer género, la *mancipatio familiae*, origen del *testamentum per aes et libram*. Aulo Gelio¹⁷⁶ repite en síntesis lo mismo, hablando simplemente de tres géneros.

El *testamentum calatis comitiis* es posible hacerlo en tiempo de paz, en forma oral y con carácter público, se hace ante el pueblo reunido. Los *comitia calata* son asambleas especiales del pueblo, convocadas para el despacho de ciertos negocios y, en dos casos particulares, con la finalidad de renunciar solemnemente a ritos sagrados y de formar testamentos. Esto es lo que explica Aulo Gelio: «*Calata comitia... quae pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa...*»¹⁷⁷. «*Isdem comitiis quae calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant*»¹⁷⁸.

La convocación de los comicios para el testamento *calatis comitiis*, se lleva a cabo dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo), particularidad que se conoce gracias a Teófilo, pero que hoy es confirmada por Gayo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Gai. 2. 101-103: *testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet...*

¹⁷⁵ Gellius, Aulus, *Noctes Atticae*, traducción al italiano por Rusca, Luigi, Milán, RCS Libri S.p.A., 2007.

¹⁷⁶ Gell. 15. 27. 3: «*Isdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio, et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhibetur*».

¹⁷⁷ Gell. 15. 27. 2.

¹⁷⁸ Gell. 15. 27. 3.

¹⁷⁹ Gai. 2. 101.

Se trata de los comicios curiados, precedidos por el *Pontifex Maximus*, por eso, sólo puede realizarlo un patricio, de sexo masculino y púber. Se discute si la tarea del *populus* fuera sólo la de dar testimonio o también de aprobación. Pero ante todo se discute sobre el contenido del testamento¹⁸⁰.

De acuerdo con Bonfante¹⁸¹, en su concepción de la familia como grupo político, del cual el *pater* es jefe y soberano, el testamento será el acto por medio del cual, el *pater* designa a su sucesor en su posición, eligiendo normalmente entre sus descendientes a los *sui*. Son más numerosos aquéllos que sostienen una tesis opuesta, para quienes en la familia romana arcaica el *pater* no podría disponer del patrimonio, queda directamente en los *sui* por vía de la sucesión legítima, sólo puede disponer de las cosas estrictamente personales, como las armas. En este contexto, hay quien reduce el testamento *calatis comitiis* a una mera asignación de cosas individuales, mientras la mayoría de los estudiosos lo aproxima con la *adrogatio*, concibiéndolo como un acto dirigido, a falta de hijos, a procurarse artificialmente un *suus*¹⁸². Tal forma de testamento por el acentuado formalismo y por la dificultad de practicarlo cae en desuso.

En cuanto al *testamentum in procinctu*, el jurista Gayo¹⁸³ da el significado de *procinctus*, ejército aprestado y armado: «*Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*». Diversos autores lo conciben como la variante en pie de guerra del *testamentum calatis comitiis*, practicado en tiempos de guerra; disponen de él, tanto patricios como plebeyos. Se elabora antes del inicio de la batalla, en forma oral, el testador debe manifestar su voluntad testamentaria ante los compañeros de armas, debido a la particularidad de la situación que origina este testamento, pierde eficacia si el soldado regresa vivo de la batalla. Ambos responden al carácter público del acto, en contraste con la forma privada, que con el paso del tiempo se consolida.

¹⁸⁰ Amelotti, Mario, *Scritti giuridici*, a cura di Livia Migliardi Zingale, Turín, Giappichelli Editore, 1996, p. 404.

¹⁸¹ Véase a Bonfante, Pietro, “Teorie vecchie e nuove sull’origine dell’eredità”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, Roma, vol. XXVII, 1914, pp. 99, 100 y 104.

¹⁸² Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119, p. 294.

¹⁸³ Gai. 2. 101.

Gayo¹⁸⁴ señala que el testamento *calatis comitiis* desaparece entre finales de la época arcaica y primer periodo preclásico y, mientras que el *in procinctu* cae en desuso en el periodo tardo republicano.

Aparece entonces la *mancipatio familiae* que no es un testamento, pero surge para superar o eludir las limitaciones formales y esenciales del *testamentum calatis comitiis* y del *testamentum in procinctu*. A la *mancipatio familiae* se recurre, según el relato de Gayo¹⁸⁵, cuando un ciudadano, no cumple con alguna de las formas testamentarias precedentes, se encuentra amenazado por un peligro de muerte o, “quizás se puede afirmar, en general, ésta se presenta ante un contexto económico-social complicado”¹⁸⁶.

El procedimiento de la *mancipatio familiae* se realiza a través de una transmisión (*mancipatio*) de todo el patrimonio (*familia*), del *pater familias* (*mancipio dans*) a un amigo (*familiae emptor*, comprador), cuya eficacia depende de la muerte del *pater familias*, (acto *mortis causa*, sujeto a una condición suspensiva); en una declaración del mismo *pater familias* mancipante (*nuncupatio*), cuyo fundamento se encuentra en (*tab. 6.1*). «*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*», da instrucciones al *familiae emptor* respecto al destino del patrimonio después de su muerte.

Sin embargo, la *mancipatio familiae* no es un testamento, es en sí un negocio *inter vivos*, que no contempla la institución de herederos; ni el *familiae emptor*, aunque adquiere efectivamente el patrimonio a título de fiduciario y puede ser el destinatario final, ni los otros destinatarios son herederos.

La *mancipatio familiae* se transforma, creando un nuevo tipo de testamento llamado *testamentum per aes et libram*.

¹⁸⁴ Gai. 2. 103.

¹⁸⁵ Gai. 2. 102.

¹⁸⁶ Amelotti, Mario, *op. cit.*, nota 180, p. 405.

La descripción del *testamentum per aes et libram* es hecha por Gayo¹⁸⁷ en sus *Instituciones*.

Para su desarrollo, primero se realiza la declaración solemne del testador, la llamada *nuncupatio*, exposición, oral y pública, sobre las disposiciones de última voluntad. La manera oral o nuncupativa muta con el tiempo a una forma escrita, las *tabulae* testamentarias, en cambio la *nuncupatio*, el testador declara haber escrito su voluntad en las tablillas, que exhibe para dar certeza, las *tabulae* se mantienen cerradas, quedando por deseo del testador en secreto su contenido.

En las tablas también se da noticia de la *mancipatio*, que se añade en una cláusula. Los siete participantes, es decir, el *familiae emptor*, el *libripens* y los cinco testigos, conservan sólo la función de testigos y signatarios del testamento, lo que cuenta es la voluntad del testador, la cual se lee en el documento.

Tratándose de una institución del *ius civile*, el *testamentum per aes et libram* es reservado a los ciudadanos romanos, observa un riguroso formalismo en todas sus disposiciones y debe redactarse en latín.

Desde la *heredis institutio*, los legados, las manumisiones directas, el nombramiento de tutores, todos son acompañados con frases solemnes, lo que implica el recurrir a escribas, más o menos expertos, de los que tenemos noticia a través de las fuentes literarias y epigráficas, quienes, a su vez, se apoyan en formularios.

¹⁸⁷ Gai. 2. 104: *Eaque res ita agitur: qui facit, adhibitis, sicut in veteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicens gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIA PECUNIAQUE TUA ENDO MANDATELA CUSTODELAQUE MEA, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et, ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori veluti pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS QUIRITES MIHI TESTIMONIUM PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

Cada testamento empieza con el nombre del testador, seguido de la expresión *testamentum fecit*. Continúa la frase solemne *heres esto, heredes sunt*, la institución del heredero o de los herederos, *ex asse* o en cuota, se acompaña a esa cláusula la *exheredatio* de los *ceteri omnes*, es raro el caso de una efectiva desheredación de los *sui*. De *exheredatio* se habla frecuentemente como consecuencia de la falta de *cretio* (*cretio perfecta*), dando lugar a las sustituciones. Después de que los herederos no han podido o querido aceptar, es previsto un esclavo, instituido *cum libertate*: siendo *heres necessarius* impide la invalidez del testamento.

Siguen las atribuciones de bienes particulares, realizadas mediante legado o fideicomiso, observándose las fórmulas determinadas para cada tipo de éstos. Los testamentos prosiguen con las manumisiones y nombramiento de tutores, para luego pasar a formas de menor importancia jurídica, pero no por eso, menos importantes para el testador: nombramiento de personas con funciones especiales, particularmente de administración, recomendaciones o disposiciones ulteriores de diversa naturaleza, entre las que resaltan aquéllas relativas a las exequias y al sepulcro.

“En este punto, el testamento de la sustancia regresa a la forma. Se lee la cláusula de dolo, que dice «*huic testamento dolus malus abesto*». Sigue la cláusula de la *mancipatio familiae*. Se añaden los nombres de los que intervienen en el rito, luego se indica el lugar y la fecha del testamento”.¹⁸⁸

También en su estructura externa el *testamentum per aes et libram* obedece a rigurosas prescripciones de forma. Las tablillas enceradas se guardan, de acuerdo con la extensión del texto, en uno o más polípticos, estos se juntan y sellan, de acuerdo con una norma del senadoconsulto Neroniano del año 60 d.C., para garantizar la autenticidad del texto y evitar falsificaciones. El ordenamiento jurídico no impone la secrecía. Un hilo debe atar las *tabulae*, por último, los siete participantes en el rito ponen su sello y su firma.

¹⁸⁸ Amelotti, Mario, *op. cit.*, nota 180, pp. 407 y 408.

Hasta los primeros decenios del siglo III el único testamento documentado es el *testamentum per aes et libram*, en cuya redacción escrita, figura siempre la *mancipatio familiae*, a partir del año 235 d.C., la cláusula desaparece, salvo raras excepciones¹⁸⁹.

La primera causa se debe a la *Constitutio Antoniniana*, que pone a la gran masa de los nuevos ciudadanos ante la dificultad de servirse del testamento, por el formalismo de sus cláusulas y con la exigencia de realizarse en latín. Para contrarrestar la situación, el emperador Alejandro Severo dispone que es válido, para los ciudadanos de Egipto testar en lengua griega. Desde el momento en que se permite testar en lengua propia, la práctica toma diferentes direcciones, dando lugar a resultados disímiles y en ocasiones aberrantes, viendo mezclarse, a las cláusulas latinas traducidas, fórmulas pertenecientes a las tradiciones locales, articulándose de otro modo. Con el tiempo desaparece también, el uso de los polípticos y el papiro sustituye a las tablillas de los testamentos originales.

Resulta importante destacar los cambios que se produjeron entre la *mancipatio familiae* y el *testamentum per aes et libram*: por un lado, se tiende a quitar la *mancipatio*, que se declara cumplida por la *testamenti facendi causa*, en la cual, el *familiae emptor* se reduce a mera figura por haber perdido importancia. El patrimonio no es adquirido por el *familiae emptor* y mucho menos a título fiduciario. Por otro lado, se da importancia a la voluntad expresa del testador, que califica el acto como testamento y formula la institución de heredero. La esencia del acto es la *nuncupatio*, ya no consiste en una instrucción del *mancipio dans* hacia al *familiae emptor*, las instrucciones se encuentran en la institución del heredero. Esta forma de testamento permanece en vigor durante toda la época clásica.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 411.

1.6.2 Testamentos de la época preclásica y clásica

La ley de las XII Tablas¹⁹⁰, interpretada por los juristas, es el fundamento de la nueva institución, que permite a los romanos su primer testamento privado, el *testamentum per aes et libram*.

De la naturaleza del nuevo acto surgen dos consecuencias que son fundamentales: con el testamento el *pater familias* dispone de todos sus bienes, es decir, dispone de una sucesión universal, ello deriva de la función atribuida a la *mancipatio familiae*, que para quitar fundamento a la delación legítima debía referirse a todo el patrimonio del *pater familias*.

Con la admisión del *testamentum per aes et libram* el *pater familias* adquiere una libertad ilimitada de disponer: *latissima potestas*, dice Quinto Mucio Escévola¹⁹¹. Puede instituir los herederos que quiera y por las cuotas que desee y posteriormente puede disponer de legados, ordenar manumisiones, nombrar tutores, nombrar un heredero al hijo que hubiese muerto impúber. La *latissima potestas* tiene límites, pues debe usarse con responsabilidad. Usamos *diligentia* cuando escribimos el testamento, dice Séneca¹⁹².

Es necesaria y es la esencia del testamento la institución del heredero (*heredis institutio*) «*caput et fundamentum totius testamenti*»¹⁹³, las disposiciones testamentarias son sometidas a los principios de tipicidad y del formalismo. La institución del heredero debe ser expresada en forma solemne e imperativa «*Titius heres esto*»¹⁹⁴. Una vez instituido heredero, el testador puede ordenar otras disposiciones.

¹⁹⁰ *tab.* 6.1; *tab.* 5.3.

¹⁹¹ D. 50. 16. 120 (Pomponio, 5 *ad Q. Mucium*).

¹⁹² *De benef.* 4. 11. 4-5, traducido al español por Fernández Navarrete, Pedro, Madrid, Espasa Calpe, 1972.

¹⁹³ Gai. 2. 229.

¹⁹⁴ Gai. 2. 117.

La jurisprudencia laica precisa la función de la institución del heredero en relación con el testamento, no sólo si es esencial establecerla en forma explícita o implícita, sino también si debe ser puesta al inicio de la *nuncupatio*, es decir, del verdadero y propio testamento. De aquí la regla sintetizada por Gayo¹⁹⁵: «*Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*» (Los testamentos reciben su eficacia de la institución del heredero, y por esto la institución del heredero se considera principio y fundamento del testamento entero).

El magistrado, a partir del siglo I a.C., concede la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien tiene la capacidad (*testamenti factio activa*) para presentar las tablas testamentarias.

Por lo que se refiere al *testamentum militis* no se aplican las normas que son válidas para el testamento ordinario. Ni el *ius civile* ni el *ius honorarium* requieren del militar instituir o desheredar a los propios hijos, la pura y simple *praeteritio* los excluye de la sucesión.

1.6.3 El testamento militar

En el derecho clásico no es una forma especial de testamento, pero tiene un régimen privilegiado¹⁹⁶. De acuerdo con Ulpiano¹⁹⁷, surge como una concesión de César, seguida por los Flavios y por Nerva hasta llegar a Trajano.

Gozan del privilegio sólo los militares, este tipo de testamento es libre de redactarse por escrito o se puede disponer de forma oral, en latín, griego u otra lengua y no debe atenerse a alguna observancia formal, lo importante es

¹⁹⁵ Gai. 2. 229.

¹⁹⁶ Amelotti, Mario, *op. cit.*, nota 180, pp. 417-419.

¹⁹⁷ D. 29. 1. 1 (Ulpiano, 45 *ad ed.*).

que se trate de una manifestación de voluntad seria, como se precisa en el Digesto¹⁹⁸.

El contenido es absolutamente libre, sus disposiciones pueden derogar todas las normas del *ius ordinarium*. El *filius familias* militar puede disponer de la totalidad de su *peculium castrense*, o de una sola parte de los bienes, pudiendo instituir a quien él decida y no aplica la *querela inofficiosi testamenti*.

“El testamento militar, después de haber gozado de notable difusión durante el Principado, entra en crisis en la edad tardo-romana. En el 529 d.C., Justiniano interviene restringiendo el testamento militar únicamente a los soldados que participan en operaciones bélicas. De régimen privilegiado, el testamento militar deviene en una forma especial de testamento ordinario”¹⁹⁹.

1.7 INVALIDEZ, INEFICACIA Y REVOCACIÓN TESTAMENTARIAS

El testamento puede ser invalidado en una o varias de sus disposiciones, incluso puede declararse inválido en su totalidad.

La invalidez es generalmente total, (por efecto de la incompatibilidad entre delación testamentaria y *ab intestato*) “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus deceder potest*”²⁰⁰, literalmente, ninguno puede morir en parte *testatus* y en parte *intestatus*: *testatus*, es decir, habiendo hecho testamento; *intestatus*, sin testamento. Lo que se indica es que no pueden coexistir sobre un mismo *de cuius* sucesores testamentarios y sucesores *ab intestato*; así que, si uno heredero testamentario voluntario repudia la herencia su cuota no se devuelve a los herederos *ab intestato*, más bien, incrementa la cuota

¹⁹⁸ D. 29. 1. 24 (Marcelo, *l. sing. resp.*).

¹⁹⁹ Amelotti, Mario, *op. cit.*, nota 180, p. 419.

²⁰⁰ D. 5. 2. 19 (Paulo, *2 quaest.*); D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, *14 quaest.*).

de los otros coherederos testamentarios que sí aceptaron, por el derecho de aumento (*ius adcrescendi*)²⁰¹.

El testamento debe necesariamente contener la *heredis institutio*, la falta de esta produce la invalidez de todo el acto.

De la *heredis institutio* deriva que la invalidez del testamento puede ser mediata o inmediata. Es inmediata cuando el vicio causa de invalidez se encuentra en el testamento, y es mediata cuando el vicio se encuentra en la *heredis institutio*.

Se usa distinguir entre invalidez originaria y sucesiva: la invalidez originaria se presenta, cuando el acto o la disposición son *ab initio* inválidos; por otro lado, se trata de una invalidez sucesiva, cuando la invalidez sobreviene posterior a la perfección del testamento.

La invalidez originaria e inmediata del testamento derivan de una las siguientes causas.

- a) Incapacidad jurídica o de ejercicio del testador, y
- b) Defectos en las formas externas, que son necesarias para la perfección del testamento, según los requisitos propios de cada tipo.

Las causas de invalidez mediata y originaria, son las siguientes:

- a) Incapacidad o inexistencia de los instituidos herederos;
- b) Defectos de forma en la *heredis institutio*, y
- c) Defectos en el contenido de la *heredis institutio*, vicios en la voluntad – error de identificación, los requisitos de la voluntad: personal y cierta –.

²⁰¹ *Infra* p. 138.

La invalidez que sobreviene es inmediata en los siguientes casos.

- a) Pérdida o modificación de la capacidad jurídica, es decir, *capitis deminutio* máxima, media o mínima, sufridas por el testador posterior a la perfección del testamento. La pérdida de la capacidad de ejercicio no influye en la validez del testamento, y
- b) Revocación del testamento, según los requisitos de cada tipo.

La invalidez que sobreviene y es después mediata se aprecia en los casos siguientes.

- a) Incapacidad o muerte de los herederos, posterior a la perfección del testamento, y
- b) Sobreviene un *postumus*²⁰² *suus*. En el caso que sobrevenga un hijo (*suus*), el testamento pierde validez después de la perfección del testamento. Puede tratarse de un descendiente natural del testador, un hijo adoptivo o una mujer sobre la cual el testador ejerció en vida la *manus*. Con relación a los descendientes naturales se habla de invalidez que sobreviene al testamento (*agnatione postumi*); en relación a los hijos adoptivos y a la *mulier in manu*, la invalidez que sobreviene se le conoce como *quasi agnatione postumi*;
- a) Impugnación del testamento mediante la *querela inofficiosi testamenti*, e
- b) Impugnación del testamento por error en el motivo de la *heredis institutio*.

La ineficacia del testamento es siempre mediata, es decir, es ineficacia de la *heredis institutio*. Esta se debe a la:

- a) Falta del cumplimiento de la condición, cuando la institución del heredero está condicionada, y

²⁰² Gai. 2. 131 y 2. 138. *Postumi*, son los nacidos después de la muerte del testador. Con respecto a la sucesión testamentaria el término es utilizado para indicar los nacidos en vida del testador después de la perfección del testamento.

b) Falta de aceptación de parte de los herederos extraños instituidos, incluso porque ninguno de los instituidos adquiriera *ex testamento* la herencia o *bonorum possessio*.

Sobre la invalidez, ineficacia y revocación del testamento los romanos adoptan una terminología propia y diversa según los casos²⁰³: así hablan de *testamentum non iure factum* o *iniustum* para denominar al testamento nulo por defecto de forma externa, *irritum* en caso de testamento inválido por *capitis deminutio* del testador, *desertum* para nombrar al testamento ineficaz por falta de adquisición de parte de los instituidos herederos, *ruptum* para señalar al testamento revocado o bien invalidado *agnatione postumi*, *nullius momenti* o *inutiliter factum* para denominar al testamento inválido por falta de observancia en la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*, es decir, por la cual los *sui* deben ser instituidos herederos o desheredados.

A parte, se encuentran expuestas las hipótesis de *testamentum ruptum* (por agnación del póstumo, hechos análogos, y por testamento sucesivo); así como de *testamentum irritum* por *capitis deminutio* del testador.

De todo lo anterior se deduce que los romanos distinguen claramente entre invalidez originaria e invalidez sucesiva, obteniendo una clasificación comprensible en las *Instituciones* de Gayo, repetido en el sistema de Sabino.

Fuera del sistema de Sabino, una clasificación comprensible de las diversas figuras de invalidez se debe a la *Definitiones* de Papiniano²⁰⁴. No obstante la clasificación de Papiniano sobrevive la tradición sabiniana y, paralela a esta el Epítome de Ulpiano²⁰⁵.

²⁰³ *Infra* pp.78 y ss; pp. 84-85.

²⁰⁴ D. 28. 3. 1 (Papiniano, 1 *defin.*): *Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est: aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis: aut in irritum constituitur non adita hereditate.*

²⁰⁵ Tit. Ulp. 23.

La invalidez que se ha tratado hasta aquí es civil. Es decir, en donde nulidad e invalidez coinciden: cada invalidez no puede ser más que nulidad y el negocio nulo es tratado *ipso iure* como si no existiese.

Ahora bien, al consolidarse el derecho pretorio se multiplican las hipótesis de negocios *iure civili* válidos y eficaces, cuyos efectos se pueden neutralizar por razones de equidad a través de remedios pretorios como los siguientes: *denegatio actionis*, *exceptio*, *in integrum restitutio* y en materia hereditaria la *bonorum possessio contra tabulas*; por lo tanto, no se produce en el negocio la nulidad, no es anulado y mucho menos se convierte en ineficaz, los efectos producidos permanecen, sólo que en la práctica se impide la realización de los mismos en el caso de la *exceptio* y de la *denegatio actionis*, o bien, son ignorados en el caso de la *in integrum restitutio* y de la *bonorum possessio*.

La realidad jurídica romana acerca de la invalidez negocial no encuentra lugar en la moderna concepción de anulabilidad, esta ignora la dicotomía *ius civile-ius honorarium*. En cambio, para el derecho romano, los negocios jurídicos son nulos y, otros se neutralizan *iure praetorio*.

El testamento es esencialmente revocable: el principio base es que un testamento puede revocarse sólo por otro testamento que sea igualmente válido. «*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*»²⁰⁶.

Respecto a un testamento válido *iure civili* puede bastar también uno *non iure factum* que el pretor acepte, una vez que la *bonorum possessio* deviene *cum re*, es decir, el pretor deniega la acción al sucesor civil y adquiere la posesión definitiva el sucesor pretorio²⁰⁷.

²⁰⁶ D. 34. 4. 4 (Ulpiano, 33 *ad Sab.*).

²⁰⁷ *Infra* pp. 133-135.

A partir de los Antoninos adquiere relevancia la revocación informal, mediante actos de derogación en el documento testamentario. Sobre los efectos de tal revocación las fuentes presentan una antinomia, en el sentido de que a veces prevén la *bonorum possessio ab intestato*, y otras ocasiones, la *indignitas*.

El primer grupo de textos presenta casos de derogación total del documento: éstos muestran una voluntad del testador contraria al testamento realizado, voluntad que el pretor tutela acordando la *bonorum possessio ab intestato*, que es *cum re*, lo que significa, contra los *heredes scripti*; pero si los actos derogados son parciales, es decir, estos demuestran una voluntad del testador no contraria al testamento, el no quiere morir intestado, en este segundo grupo de textos, los herederos son instituidos y después son tachados de *indignitas*²⁰⁸.

²⁰⁸ *Infra* p. 173.

CAPÍTULO II

DESHEREDACIÓN Y PRETERICIÓN SEGÚN EL *IUS CIVILE* EN LA ÉPOCA PRECLÁSICA Y CLÁSICA

En la sucesión romana del periodo arcaico, el título de heredero está reservado al hijo sometido a la *patria potestas* del *pater familias*: quien se convierte en *sui iuris* y en titular del patrimonio hereditario a la muerte de su *pater*, por lo que no es necesaria la desheredación, en cambio a partir de la época preclásica, cuando la libertad de disponer por testamento empieza a restringirse por diversas disposiciones, una de ellas ante la presencia de descendientes directos *in potestate*. La posibilidad de instituir herederos a personas ajenas a la familia (*heredes extranei*) fue restringida por el *ius civile*, por medio de la regla *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, con base en la cual el testador, instituía por una cuota irrisoria o desheredaba expresamente a los *heredes sui* sin omitirlos para evitar la invalidez del testamento. Quien no hubiese tenido el cuidado de hacerlo, dice Gayo²⁰⁹, *inutiliter testabitur*.

Este es el motivo por el cual se distinguen los hijos varones de las hijas y de los nietos. Los primeros deben ser desheredados individualmente, por su nombre (*nominatim*), los segundos y terceros en grupo (*inter ceteros*).

2. DESHEREDACIÓN DE LOS *SUI HEREDES*

El principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* es posible que se usara en forma diversa, en fecha anterior a Ulpiano²¹⁰, como lo indica

²⁰⁹ Cfr. Gai. 2. 123.

²¹⁰ Tit. Ulp. 22. 14.

Gayo²¹¹ en sus *Instituciones*. Por lo que refiere a la desheredación explícita de los *sui heredes*, se manifiesta en el Epítome de Ulpiano²¹².

De estos dos testimonios se puede recabar, que la necesidad de nombrar a los *sui* en el testamento se considera regla vinculante en época clásica. Más difícil es determinarlo en la época preclásica.

a) Muchos autores atribuyen la regla a la época más antigua, identificando la razón de ésta, con la calidad de *heredes* atribuida a los *sui* por la ley de las XII Tablas. Quien quisiera instituir como heredero a un ajeno a la familia debía privar al *suus* de tal expectativa, mediante la *exheredatio*²¹³;

b) Otros autores atribuyen su origen a la jurisprudencia republicana, es decir, después de la redacción de las XII Tablas²¹⁴, y

c) Pocos autores sostienen el origen de la regla *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* en una época tardía, no usada todavía en la época de Cicerón, estos últimos encuentran apoyo a su argumento en dos textos de Cicerón y de Valerio Máximo²¹⁵.

Cicerón²¹⁶ afirma en *De oratore*: El principio '*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*' mismo que no corresponde a su época, pues el texto se realiza en el 55 a.C. después de su regreso del exilio; y el diálogo se desenvuelve en el año 91 a.C. en la villa Tuscolana. El caso es muy

²¹¹ Gai. 2. 123: *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, rell.*

²¹² Tit. Ulp. 22. 14: *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi: item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus.*

²¹³ La Pira, Giorgio, *op.cit.*, nota 53, pp. 3, 27 y 569.

²¹⁴ Negri, Giovanni, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milán, Giuffrè Editore, 1975, pp. 138 y 286.

²¹⁵ Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119, p. 268.

²¹⁶ *De orat.* 1. 38. 175: ... *Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei visum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. [Nempe] in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim;* traducción al español de Iso, José Javier, Gredos, Madrid, 2002.

conocido, pues ochenta años después de la publicación del *De oratore*, Valerio Máximo²¹⁷ lo recuerda en sus *Hechos y dichos memorables*.

Los dos fragmentos narran el mismo episodio: un *pater familias* recibe una noticia falsa sobre la muerte de su hijo que se encuentra en la batalla, cambia su testamento, en el cual es evidente que lo instituye heredero y debido a tal noticia instituye a extraños, el hijo regresa a su casa después de la muerte del padre y llama a juicio a los herederos testamentarios. Los autores destacan diferentes aspectos sobre la cuestión: “Cicerón pone más atención en el aspecto jurídico del problema, mientras Valerio Máximo se ocupa de resaltar el lado humano y la relevancia social del asunto”²¹⁸.

Cicerón²¹⁹ dice que el padre habría hecho un testamento y, posteriormente, es modificado, como consecuencia de la llegada del *nuntius*; para Valerio Máximo²²⁰, el padre muere *aliis heredibus scriptis*, e informa sobre el éxito del procedimiento: al hijo militar le dá la razón el tribunal centunviral. El testimonio sobre la existencia de distintas sentencias, indica que los centunviro habrían juzgado divididos en secciones; también es probablemente que siendo más los herederos testamentarios, el joven habría intentado un número de causas igual al número de herederos²²¹.

En el texto *De oratore*²²², podría parecer que en el segundo testamento existe una cláusula general de desheredación, y que los herederos testamentarios en su posición de adversarios del hijo militar, señalan que el hijo debe considerarse *exheredatus inter ceteros*. Esta interpretación

²¹⁷ Val. Max. 7. 7. 1: *Atque ita, ut ea ordine quo proposui exequar. Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, [qui erat falsus,] aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, inprudencia alienorum [domum] sibi clausam reperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuuentae pro re publica absumpserat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum inprobissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit.*

²¹⁸ Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119, pp. 261-262.

²¹⁹ *De orat.* 1. 38. 175.

²²⁰ Val. Max. 7. 7. 1.

²²¹ D. 5. 2. 24 (Ulpiano, 48 *ad Sab.*).

²²² Cic. *De orat.* 1. 38. 175.

encuentra razón de ser, en la constitución del 531 d.C. de Justiniano²²³, en donde reforma la disciplina de la *exhereditio*. El emperador recuerda, que inicialmente también los hijos podían ser desheredados *inter ceteros* y sólo por obra de los centunvirose se pide la *exhereditio nominatim facta*.

Ambos textos dan lugar a la interpretación. La más congruente es la de Sanguinetti²²⁴ al decir que es un caso de *praeteritio*, porque el adverbio *nominatim* empleado por Cicerón²²⁵ hace referencia a *scripsisset* y no a *exheredem*. Es decir, Cicerón²²⁶ quiso decir, que el hijo no había sido expresamente instituido ni desheredado. El término *exheres* que Cicerón²²⁷ utiliza tres veces: *testamento exheres filius* y *possetne paternorum bonorum exheres esse filius*, son empleados en forma general “privado de la herencia por medio del testamento” y “privado de los bienes paternos”. Pero en la tercera ocasión hace referencia a una cláusula de desheredación: ... *quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*. Por tanto, Cicerón²²⁸ ya conoce la forma de la desheredación, señalando que la existencia de tal regla pertenece al último siglo de la República. Aunado a esto, Cicerón²²⁹ conoce el concepto de inoficiosidad.

Las hipótesis planteadas acerca del hijo militar, están fundamentadas en la equidad, motivo considerado por los centunvirose para apoyar la petición del hijo militar, cuyo efecto será la nulidad del testamento del padre. No resulta equitativo que el hijo pierda la herencia por un error del padre; está comprobado²³⁰.

²²³ C. 6. 28. 4. 2 (a. 531): *Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.*

²²⁴ Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119, pp. 261-262.

²²⁵ *De orat.* 1. 38. 175.

²²⁶ *Idem.*

²²⁷ *De orat.* 1. 38. 175.

²²⁸ *Idem.*

²²⁹ Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119, pp. 261-262.

²³⁰ Cic. *De orat.* 1. 57. 245: *Et, credo, in illa militis causa, si tu aut heredem aut militem defendisses, ad Hostilianas te actiones, non ad tuam vim et oratoriam facultatem contulisses: tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum videretur, vel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses; statuisses ante oculos; complexus esset filium flensque eum centum viris commendasset; lapides me hercule omnis flere ac lamentari coegisses, ut totum illud VTI LINGVA NVNCVPASSIT non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur.*

Antonio, uno de los protagonistas del diálogo ciceroniano²³¹, recuerda a Craso su interlocutor, que también él, si hubiere sido el defensor del joven habría recordado la figura del padre y el deber de afecto hacia su hijo, y por tal motivo, indica que la equidad debe prevalecer frente a una rígida interpretación de lo escrito en el testamento.

Todas las cuestiones referidas por Cicerón²³², son objeto de disputas jurisprudenciales, como testimonio de esto²³³.

La introducción del principio ‘*sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*’ deriva de la jurisprudencia del tribunal centunviral, aplicándose entre finales del siglo III e inicios del siglo II a.C., es decir, el nacimiento de este principio lo coloca Sanguinetti²³⁴, entre el 241 a.C., y el 185 a.C., fecha probable de surgimiento del tribunal de los centunviro, producto de debates entre los juristas y acogido en el *testamentum per aes et libram*, cuando inicia el problema para instituir herederos a personas ajenas a la familia en presencia de los *sui*, porque ni con el *testamentum calatis comitiis*, ni tampoco con el *in procinctu*, aparece este conflicto al no existir una forma para instituir heredero a un extraño en lugar de un *suus*, menos aún representa un problema desheredar a los hijos.

Indica Francesca Lamberti²³⁵, que en realidad no parece verosímil que una regla estable como la *exhereditio* de los *sui* pueden emanar de un solo suceso y sea impuesta de forma obligatoria por el colegio de los centunviro, es probable que su fundamento se encuentre en las *mores*.

²³¹ *Idem*.

²³² *De orat.* 1. 175-183.

²³³ Cic. *De orat.* 1. 56. 238: *Nam, quod maximas centumviralis causas in iure positas protulisti, quae tandem earum causa fuit, quae ab homine eloquenti iuris imperito non ornatissime potuerit dici? Quibus quidem in causis omnibus, sicut in ipsa M'. Curi, quae abs te nuper est dicta, et in C. Hostili Mancini controversia atque in eo puero, qui ex altera natus erat uxore, non remisso nuntio superiori, fuit inter peritissimos homines summa de iure dissensio.*

²³⁴ Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119, p. 273.

²³⁵ Lamberti, Francesca, *Studi sui «postumi» nell' esperienza romana*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 73.

Resulta difícil establecer el inicio de aplicación y creación de este principio. En primer lugar, el debate entre los juristas clásicos y las divergencias entre los autores modernos, da lugar a distintas interpretaciones de las fuentes literarias. En nuestra opinión, el inicio de aplicación es a través del tribunal centunviral y la razón de su constitución es para limitar la libertad de disponer por testamento. Por tanto, congeniamos con Sanguinetti²³⁶ que es a partir de la aplicación del *testamentum per aes et libram*, que el *de cuius* adquiere libertad de disponer de su patrimonio. A su vez, surgen limitaciones a tal libertad, como la de instituir y desheredar expresamente a los hijos. Siendo el tribunal centunviral, el colegio facultado para resolver y sancionar las controversias hereditarias; tomando en cuenta las *mores* que aluden al buen comportamiento social, debiendo el testador cumplir con las obligaciones dictadas por la *pietas* familiar, en particular, las referidas a los vínculos de sangre.

2.1 Categoría de los *sui*

Los *sui* según el derecho civil, son los descendientes del testador, hijos e hijas, nietos y póstumos. El *ius civile* les da un trato distinto; por esa razón la desheredación difiere según la categoría de descendientes, incluida la esposa *in manu*:

- a) *Filii sui iam nati*: descendientes inmediatos de sexo masculino sean naturales²³⁷ o adoptivos;
- b) *Ceteri sui iam nati*: hijas, esposa *in manu*, nietos (de ambos sexos), y
- c) *Postumi sui*: son los hijos que nacen después de la muerte del testador y los que nacen después de la elaboración del testamento.

²³⁶ Sanguinetti, Andrea, *op.cit.*, nota 119.

²³⁷ Al hablar de hijos naturales se hace referencia a los hijos efectivamente engendrados por el *pater familias*, no en el sentido de hijos nacidos fuera del matrimonio.

3. DESHEREDACIÓN DE LOS HIJOS VARONES

La *exhereditio* de los *sui masculi sexus*, debe ser nominal. Si el padre los quiere desheredar, debe usar la fórmula solemne que menciona explícitamente al desheredado: “Hijo mío Ticio seas desheredado” «*Titius filius meus exheres esto*» o así; “hijo mío seas desheredado” «*filius meus exheres esto*»; sin añadir el nombre²³⁸. La necesidad de una forma imperativa se atenúa con la constitución de Constancio que no establece una forma determinada para la institución del heredero, en consecuencia, tampoco para la desheredación, así que podía ser de cualquier forma, siempre y cuando fuere evidente la intención del testador, lo anterior fue expresamente establecido por Justiniano en el 531 d.C²³⁹.

Con el transcurso del tiempo la necesidad de la *exhereditio*, se vuelve menos exigente desde el punto de vista formal, como se explica a continuación: el principio original se refiere al *de cuius* quien debe iniciar la redacción del testamento con la institución del heredero y también por la desheredación nominalmente. El testador, si nombra herederos de varios grados, es decir instituidos y sustitutos, debe repetir la *exhereditio* después de cada grado. Por ejemplo: *Titius filius meus exheres esto. Sempronius heres esto. Si Sempronius heres non erit, Caius heres esto*. A tal regla, Trajano responde por rescripto, que el testador puede desheredar nominalmente al hijo antes de la institución del heredero²⁴⁰, debiendo ser colocadas ambas disposiciones al inicio del testamento y eliminando la necesidad de las repeticiones para cada grado.

La *exhereditio* debe estar contenida en un testamento, nunca en un codicilo como ocurre con la *heredis institutio*. En ambas disposiciones se produce la misma consecuencia la nulidad del testamento, cuyo efecto jurídico es la invalidez de todas las disposiciones contenidas en el mismo²⁴¹.

²³⁸ Gai. 2. 127.

²³⁹ C. 6. 28. 3 (a. 531).

²⁴⁰ D. 28. 5. 1 (Ulpiano, 1 *ad. Sab.*).

²⁴¹ *Supra* p. 61.

3.1 Condición y término en la *exhereditio*

Además de obedecer las reglas generales previas, lo mismo ocurrirá en cuanto a las normas particulares en materia de condición y término, la desheredación podría subordinarse a término o condición bajo pena de nulidad, a menos que estuviese acompañada de una institución del heredero condicionada en sentido opuesto. Una hipótesis particular es la que prohíbe la *exhereditio post mortem filii*: “Sea heredero Ticio después de la muerte de mi hijo, y quede desheredado mi hijo” «*Titius post mortem filii mei heres esto: filius exheres esto*», no tiene ningún valor porque el hijo habría sido desheredado, después de su muerte, por lo cual, este hijo podrá recibir la posesión de los bienes aun contra el testamento de los libertos paternos²⁴².

No existen prohibiciones a la desheredación. Sólo una, introducida por un edicto de Augusto, en el que se dispone, que el padre no desheredará a su hijo militar, tal edicto, posteriormente es derogado en tiempo de los Severos²⁴³.

3.2 Desheredación *ex certa re*

La *exhereditio* excluye al hijo de toda la herencia, frente a los herederos, instituidos o sustitutos, por lo tanto, no puede existir una *exhereditio ex certa re*²⁴⁴.

El *pater* instituye a la hija sobre toda la herencia, le atribuye únicamente un legado al hijo que estuvo bajo su potestad “y en la parte restante será para mí desheredado” «*et in cetera parte exheres mihi erit*»²⁴⁵. Cervidio

²⁴² D. 28. 2. 13. 2 (Juliano, 29 *dig.*).

²⁴³ D. 28. 2. 26 (Paulo, 3 *sent.*).

²⁴⁴ D. 28. 2. 19 (Paulo, 1 *ad Vitellium*): *Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit "et in cetera parte exheres mihi erit", et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adiuvandae.*

²⁴⁵ D. 28. 2. 19 (Paulo, 1 *ad Vitellium*).

Escévola, maestro de Paulo juzga no válida la desheredación, como tampoco al que se deshereda por un fundo. En efecto, él dice, la *heredis institutio ex certa re* es válida por aplicación del *favor testamenti*²⁴⁶, pero las desheredaciones no deben ser favorecidas.

Ulpiano brinda una solución²⁴⁷, habla de responsabilidad por cuotas y de ahí se deduce que a los coherederos se les puede asignar las deudas o los créditos correspondientes con la *certa re*, es decir, que responden por cuotas.

3.3 Efectos de la desheredación y preterición en un *testamentum irritum*

Cuando el testador no respeta las reglas generales y particulares expuestas, puede ocurrir que omita la mención de los hijos, o bien, los desherede en un testamento *irritum*²⁴⁸ el testamento resulta nulo. La nulidad es inicial y no se puede subsanar, tal regla se aplica si el hijo premuere al padre²⁴⁹.

Como es notorio, se impuso la opinión sostenida por los sabinianos que es acogida por Justiniano²⁵⁰. Opinión contraria la de los proculeyanos quienes afirman que: la premoriencia del hijo no perjudica la validez del testamento, es suficiente que cumpla con todos los requisitos al momento de la muerte del testador.

El estatuto de nulidad establecido por los sabinianos, se limita a algunas causas particulares. De éstas la más importante, es el caso del testamento

²⁴⁶ Para evitar la nulidad del acto, se prefería la interpretación de la voluntad efectiva del testador en las disposiciones testamentarias, para establecer los efectos que el negocio debía producir.

²⁴⁷ D. 28. 5. 35. 1-2 pr. (Ulpiano, 4 *disp.*).

²⁴⁸ Testamento irrito o inicialmente válido y posteriormente nulo, cuando el testador después de la confección del testamento sufre una *capitis deminutio* o cuando el heredero pierde la capacidad para recibir. Si recupera la capacidad antes de la muerte el pretor concede la *bonorum possessio* conforme al testamento, si el testador ha muerto en cautividad la ley Cornelia dispone la validez del testamento mediante la ficción de que ha muerto en el momento de caer prisionero. *Cfr.* García Garrido, Manuel Jesús, Diccionario de jurisprudencia romana, 3ª. ed., Madrid, Dykinson, S.L., 2006, p. 344.; *sub voce.*

²⁴⁹ Gai. 2. 123: ... *etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quod scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio...*

²⁵⁰ I. 2. 13.

que contiene varios grados, señalando que sea nulo sólo el grado, que resulta carente de la desheredación²⁵¹, se admite que el testador instituya herederos y nombre sustitutos en el lugar de cada uno de los instituidos, sustitución por causa de premoriencia del instituido heredero o porque el instituido es un descendiente impúber y por último disponga en su testamento desheredar al hijo frente a los sustitutos. La regla general es la siguiente: el póstumo es excluido, no es admitido el sustituto, normalmente se dice que no es válido aquel grado en el que fue preterido el hijo, pero no es verdad en todos los casos, porque si en el primer grado hubiera sido instituido heredero el hijo, no debe ser desheredado respecto de los sustitutos, y por esto, si habiendo sido instituidos herederos un hijo y Ticio, hubiera sido Mevio sustituto de Ticio, abandonando Ticio la herencia, puede adirla Mevio, aunque el hijo no haya sido desheredado en el segundo grado la sustitución conserva validez²⁵².

Se permite salvar las disposiciones *mortis causa* a título particular (legados y manumisiones, nombramiento de tutor)²⁵³. Si el testador no los instituye o deshereda y no nombra sustitutos produce la nulidad del testamento y de las disposiciones particulares contenidas en éste, en consecuencia, se abre la sucesión *ab intestato* y los hijos preteridos son llamados en calidad de *sui heredes*.

El paso anterior hace referencia a la hipótesis contraria, el hijo es desheredado frente a los instituidos y omitido frente a los sustitutos. Las instituciones son válidas si los herederos aceptan la herencia, y el hijo preterido no puede alegar. Si uno de los instituidos no acepta, aunque el hijo sea excluido, no es admitido con más razón el sustituto, pues la cuestión será sobre la validez de la sustitución ya que ésta es nula por la *praeteritio* del *suus*, es decir, el testamento resulta ineficaz. El *suus* obtiene la herencia *ab intestato*.

²⁵¹ D. 28. 2. 3. 6 (Ulpiano, 1 *ad Sab.*).

²⁵² D. 28. 2. 14. 1 (Africano, 4 *quaest.*).

²⁵³ D. 28. 2. 14 (Africano, 4 *quaest.*).

4. DESHEREDACIÓN DE LAS HIJAS, NIETOS Y ESPOSA *IN MANU*

Los *ceteri sui iam nati* comprenden a las hijas, nietos (de ambos sexos, del hijo premuerto o emancipado) bajo la potestad del testador, *uxor in manu*. La desheredación está dispuesta mediante una indicación general: “todos los demás sean desheredados” «*ceteri omnes exheredes sunt*»²⁵⁴, es decir, *exhereditio inter ceteros*.

4.1 Efectos de la desheredación y preterición de los *ceteri sui*

Análogas son las modalidades de desheredación atribuidas por Gayo²⁵⁵, a la *lex Iunia Vellea*²⁵⁶, en otra categoría de sujetos, los póstumos: las *neptes* «*postumorum loco*», es decir, las nietas ya nacidas cuyo padre está bajo la potestad del abuelo al momento de la redacción del testamento. Tales nietas así como los nietos que se encuentran en la misma situación, por efecto de aquella que Gayo²⁵⁷ califica una *quasi adgnatio*, esto significa que en caso de premoriencia del padre respecto al *avus*, los nietos y nietas ingresan entre los *sui* directos de éste último, provocando la ruptura²⁵⁸ del testamento que no los menciona. Mientras los nietos varones deben desheredarse individualmente, las nietas ya nacidas pueden desheredarse *inter ceteros*. La omisión o defecto de la desheredación no provoca la nulidad del testamento.

Siro Solazzi²⁵⁹ dilucida que el primer capítulo de la *lex Vellea* ordena instituir o desheredar *nominatim* a los póstumos nacidos entre la redacción del testamento y la muerte del testador, hombres y mujeres. Y el segundo capítulo de la *lex*, permite la desheredación *inter ceteros* de las mujeres que son *postumorum loco*, es decir, sustituyen al *suus* por premoriencia al

²⁵⁴ Gai. 2. 128: *Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his verbis: “ceteri omnes exheredes sunt”, quae verba statim post institutionem heredum adici solent.*

²⁵⁵ Gai. 2. 130-134.

²⁵⁶ *Supra* p. 50.

²⁵⁷ Gai. 2. 134.

²⁵⁸ Llamado testamento revocado o invalidado por *agnatione postumi*.

²⁵⁹ Solazzi, Siro, *Scritti di diritto romano*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1960, vol. 3 (1925-1937), p. 338.

testador, pero exige que el *de cuius* otorgue a las mujeres desheredadas un legado.

La *praeteritio* de los *ceteri sui* no produce la nulidad de testamento sino que da lugar a la invalidez parcial y al derecho de acrecer:

a) La persona omitida consigue con respecto a los herederos instituidos que son *sui*, una porción igual a la de ellos, como si todos fuesen sucesores *ab intestato*. Por ejemplo: el testador instituye a sus tres hijos varones y omite a la hija; en este caso, ella concurre con los hermanos y cada uno obtiene un cuarto, y

b) El *suus* obtiene, en relación con los extraños, la mitad del as hereditario. Por ejemplo: si tres sujetos extraños a la familia fuesen instituidos herederos ellos conservarían la mitad del patrimonio, mientras que la otra mitad era para la hija²⁶⁰. Los juristas clásicos consideran que los preteridos, beneficiarios del aumento, son considerados como herederos testamentarios, teniendo que cumplir con una carga, en relación a la cuota hereditaria esperada, que consiste en cumplir con los legados.

4.2 Desheredación de los hijos póstumos

Postumi sui hijos o ulteriores descendientes que adquieren la calidad de *sui* después de la elaboración del testamento o que nacen después de la muerte del testador.

La *exheredatio* para los nietos es nominativa, será *ex lege Iunia Vellea*²⁶¹ en caso de que a los nietos les haya sido otorgado un legado, por lo menos *inter ceteros*: la *praeteritio* esta determina en cada caso, el momento en que

²⁶⁰ Gai. 2. 124.

²⁶¹ *Supra* p. 50.

estos adquieren la calidad de *sui*, invalidando el testamento²⁶²: pero sí el póstumo, una vez que consigue la calidad de *suus* después de la redacción del testamento, muere antes que el testador, el pretor le restituirá valor al testamento inválido concediendo la *bonorum possessio secundum tabulas* al heredero instituido²⁶³.

4.3 Efectos de la desheredación y omisión en un testamento *irritum*

La omisión y la desheredación de los póstumos no convierten en inválido el testamento *ab initio*: sólo el nacimiento del póstumo conlleva invalidez o ruptura del testamento²⁶⁴. Si se trata de un recién nacido, se requiere que el feto esté vivo, basta que viva por un momento²⁶⁵. De esta forma, si el póstumo nace después de la perfección del testamento, pero muere antes que el *pater familias*, el testamento se rompe por derecho civil y sin remedio procesal. Por benevolencia de Ulpiano²⁶⁶, los instituidos herederos pueden pedir la *bonorum possessio secundum tabulas*, basta que el testamento cumpla los requisitos de validez en el momento de la perfección y en aquél de la muerte del testador.

Si el testamento tiene varios grados, la *praeteritio* del póstumo no sólo perjudica al grado al que se refiere, sino que lleva a la ruptura de todo el testamento. Naciendo el póstumo rompe el primer grado, de modo que

²⁶² Gai. 2. 130-132: *Postumi quoque liberi vel heredes institui debent vel exheredari. Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus sive masculini praeteritio valet quidem testamentum, se postea agnatione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur, ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. Sed feminini quidem sexus personae vel nomitim vel inter ceteros exheredari solebant, dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem praeteritae esse. masculini vero sexus liberorum personas placuit non aliter recte exheredari, quam si nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: "quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.*

²⁶³ D. 28. 3. 12 (Ulpiano, 4 *disp.*): *Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque suptilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest...*

²⁶⁴ Gai. 2. 131.

²⁶⁵ Sobre las divergencias de los juristas romanos C. 6. 29. 3 (a. 530); D. 28. 2. 12. 1 (Ulpiano, 9 *ad Sab.*).

²⁶⁶ D. 28. 3. 12 (Ulpiano, 4 *disp.*).

ocupa su lugar excluyendo a los sustitutos, es decir, se convierte en heredero *ab intestato* y todo el testamento se rompe²⁶⁷.

En la hipótesis opuesta, el póstumo es desheredado en primer grado y omitido en el segundo. La adición de los instituidos conserva eficacia en el testamento. La renuncia hace que ingrese como heredero legítimo el póstumo, siendo las sustituciones inválidas. La invalidez no sería evitada por la muerte del póstumo antes de la renuncia de los instituidos²⁶⁸.

El póstumo, tiene la calidad de *suus* por derecho de representación, rompe el testamento sólo si adquiere la calidad antes de la muerte del testador. Si se piensa en un *pater familias* que después de haber desheredado al hijo, preterido a un nieto nacido de él e instituido a un extraño, muere dejando al hijo en vida y a la nuera embarazada, la muerte sucesiva del hijo y el nacimiento del póstumo no hacen que el testamento se rompa, ya que al momento de la muerte resulta desheredado de acuerdo con la regla quien era inmediatamente sucesor²⁶⁹.

Como se deduce de todo lo dicho anteriormente, la situación de los póstumos es distinta a la de los *sui iam nati*. No se distingue entre *filii postumi* y *ceteri postumi*, todos tienen el mismo trato y diversa es la desheredación, según se trate de hombres o mujeres, añadiendo que el póstumo rompe el testamento de varios grados mientras que la preterición del hijo ya nacido no conduce a la invalidez. La protección jurídica hacia los póstumos es mayor que la de los *iam nati*, esto se deduce del régimen aplicado a los póstumos imponiendo límites más graves al *pater familias*²⁷⁰.

En los últimos años de la República, interviene el pretor, en materia de la *exheredatio* y crea la *bonorum possessio contra tabulas*, pero hablar de ésta es necesario antes hacer referencia a la *bonorum possessio*.

²⁶⁷ D. 28. 3. 5 (Ulpiano, 3 *ad Sab.*).

²⁶⁸ D. 28. 2. 14 (Africano, 4 *quaest.*).

²⁶⁹ D. 28. 2. 9. 2 (Paulo, 1 *Sab.*).

²⁷⁰ Voci, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*, 6ª. ed., Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, pp. 618 y 619.

5. BONORUM POSSESSIO

Entre las instituciones concatenadas o afines a la *querela*, es conveniente tratar el tema de la *bonorum possessio*, ahondando también en su clasificación, dentro de la cual, podemos colocar paralelamente con la *querela* a la *bonorum possessio contra tabulas, secundum tabulas y sine tabulis*.

Lo anterior resulta, debido a que el *ius civile* en lo referente a la sucesión *ab intestato*, está integrado y corregido por el sistema pretorio de la *bonorum possessio sine tabulis*. De igual forma, es de medular importancia para nuestro interés la sucesión testamentaria, sujeta a la *bonorum possessio contra y secundum tabulas*.

El sistema sucesorio civil *ab intestato* está adecuado conforme a la sociedad romana arcaica, de manera rígida y patriarcal. Poco a poco el régimen sucesorio civil iba mutando, adecuándose a las exigencias sociales; tan es así, que ya en la época clásica prevalece el sistema sucesorio testamentario y, en consecuencia, la libertad de testar. Dicha libertad trae aparejada una serie de problemas, pues el testador podía en su testamento omitir o desheredar a los hijos, por tal motivo, surge la necesidad de imponer límites a esta libertad testamentaria. Es decir, los hijos *in potestate* no podían ser desheredados, salvo por voluntad, expresamente manifestada, del testador; sin ser válida – en ningún caso –, la omisión de éste.

Para remediar tal conflicto, surge hacia finales de la época republicana el régimen pretorio conocido como *bonorum possessio*, corrigiendo las lagunas del *ius civile*; como es sabido, por derecho pretorio no se adquiere la *hereditas* sino la *bonorum possessio*, esto es, no se adquiere la calidad de heredero sino la de *bonorum possessor*.

El origen de la *bonorum possessio* se remonta a la acción procesal *legis actio sacramenti in rem*, en la cual el magistrado asigna a una de las partes en juicio la posesión provisoria de la cosa objeto del litigio, mientras que en

el caso relacionado a controversias hereditarias, el pretor asigna la posesión interina de los bienes hereditarios a una de las partes, concretamente, al solicitante, es decir, a quien acude a él.

En la época preclásica, cambia el procedimiento: con la adopción de la fórmula petitoria en los litigios hereditarios. El pretor continúa con la asignación provisional de la posesión, sólo que la dispone en la fase *in iure* del juicio. Cuando surge la controversia entre las partes por la posesión de la herencia, el pretor interviene en la asignación de la *bonorum possessio* a favor de la persona que parece ser el probable heredero o aquél que otorga mejor garantía para la restitución en caso de resultar vencido.²⁷¹

Posteriormente, en la época tardía de la República, el magistrado concede la *bonorum possessio* ya no a favor del heredero más probable, sino a favor de aquel que por razón de la equidad²⁷² le corresponde. Es así que la *bonorum possessio* pierde su valor procesal originario y se convierte en una institución de derecho sustantivo, en donde los edictos de los pretores poco a poco van indicando a cuáles sujetos y en cuál orden conceden la *bonorum possessio*. Las reglas se siguen, paulatinamente precisando y consolidando, hasta llegar a la codificación de los edictos en tiempos del emperador Adriano, por obra del jurista Salvio Juliano²⁷³ (hacia el 130 d.C.).

5.1 *Bonorum possessio secundum tabulas*

Un antecedente de la *bonorum possessio secundum tabulas* se encuentra narrado en las *Verrinas*²⁷⁴: *Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur,*

²⁷¹ Marrone, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, Giappichelli Editore, 2004, pp. 362-363.

²⁷² Esto significa: a falta de herederos civiles, el pretor acuerda la posesión de la herencia a quien le parece digno. Apoyándose en una valoración equitativa, con base en la existencia de un vínculo de sangre con el difunto, estos pueden obtener la posesión, no porque la cláusula edictal se refiera a ellos de forma exclusiva, sino que son preferidos a los extraños vinculados por amistad con el difunto; Di Lella, Luigi, *op.cit.*, nota 50, p. 60.

²⁷³ Lenel, Otto, *Das edictum perpetuum*, Leipzig, Tauchnitz, 1927.

²⁷⁴ Cic. *in Verr.* II 1.45.117, traducción al español por Salinas, Rafael, UNAM, México, 1987.

secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Hoc translaticium est:...

En las *Verrinas* el pretor promete la *bonorum possessio* a quien le presente las tablillas testamentarias provistas de los siete sellos requeridos por el derecho civil, aunque éstas carezcan de la *mancipatio* y la *nuncupatio*, elementos indispensables para la validez del testamento civil²⁷⁵.

En la legislación adrianea, resultado – como se indica – de la codificación de Salvio Juliano²⁷⁶ el edicto aparece formulado de manera más simple: “*Si tabulae testamenti extabunt non minus quam septem testium signis signatae...*”. De acuerdo con el texto edictal, el pretor no requiere la presentación de las tablillas, basta se pruebe su existencia, presuponiendo el magistrado que se encuentran firmadas por los siete signatarios. Buena parte de la doctrina, reconoce en este ejercicio del pretor, la creación de una nueva forma testamentaria, de ahí la denominación de testamento pretorio.

Tanto las *tabulae* como los siete testigos firmantes, devienen elementos habituales y vitales de la práctica del *testamentum per aes et libram*, único tipo de testamento vigente en la época. El pretor da mayor énfasis y relevancia al sistema sucesorio pretorio que al del derecho civil, pasando por alto algunos elementos formales y concediendo la *bonorum possessio*, aunque las tablas no hubieran sido realizadas conforme a derecho, ya sea por falta de *mancipatio familiae*, o por la falta del pronunciamiento de las palabras solemnes de la *nuncupatio*. La concesión de la *bonorum possessio* no se reduce a esta situación, sino que el pretor la otorga en otros casos, en los cuales, el testamento es *ab initio non iure factum*, derivado de un motivo diverso al mencionado, o también, siendo inicialmente *iure factum*, deviene en seguida *inritum*, *ruptum* o *iniustum*. Deben hacerse dos observaciones.

²⁷⁵ Amelotti, Mario, *op.cit.*, nota 180, p. 409.

²⁷⁶ Lenel, Otto, *op. cit.*, nota 273.

La primera se refiere a la eficacia de la *bonorum possessio*; siendo al inicio *sine re*²⁷⁷, lo que significa que los bienes podían ser conservados por el *bonorum possessor*, sólo cuando no existiera otra persona con derecho a la herencia, ya fuese por sucesión intestada o por otro testamento, de fecha anterior pero civilmente válido. En efecto, si se tiene la presencia de otro *heres*, éste podía ejercitar la *hereditatis petitio*, constriñendo al *bonorum possessor* a dejar los bienes hereditarios.

Con Antonino Pío, se admite que los bienes puedan ser retenidos aun en contra del heredero de derecho civil, cuya *petitio* se paraliza al oponer una *exceptio doli*. El *bonorum possessor*, con base en un testamento inválido *iure civili*, puede obtener la posesión de los bienes a través de la denominada *bonorum possessio cum re*.

La segunda observación se refiere al objetivo de la *bonorum possessio*, que se relaciona con la función general del derecho pretorio, de acuerdo con la célebre definición de Papiniano²⁷⁸: *supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*. En otros términos, la *bonorum possessio* puede actuar en un plano correctivo, remediando una invalidez *iure civili* del testamento, o también, en un plano confirmatorio, sobre la base de un testamento válido según el *ius civile*.

Desde el punto de vista correctivo, son dos las hipótesis, en las que el pretor interviene para salvar un testamento inválido *iure civili* desde su creación:

a) Aquélla del testamento *non iure factum*, por falta de la *mancipatio familiae*, o cuando el testador no ha pronunciado las palabras solemnes de la *nuncupatio*, y

²⁷⁷ De los muchos significados de “res”, éste se refiere a “patrimonio”, es decir, “as hereditario”.

²⁷⁸ D. 1. 1. 7. 1 (Papiniano, 2 *defin.*).

b) En caso del testamento hecho *inutiliter*, por realizarlo una mujer *sui iuris* (pero no a través de su tutor) sin la interposición de la *auctoritas*²⁷⁹ del tutor. En ambas situaciones el pretor concede la *bonorum possessio secundum tabulas*, pero en el caso de la mujer, ésta no puede ser *cum re* contra el *parens manumissor* o el *patronus*, sin cuya autoridad de tutores legítimos la hija emancipada o la liberta realiza el testamento.

También dentro del plano correctivo, la *bonorum possessio* se concede en tres casos de testamentos devenidos inválidos *iure civili*:

- 1) Tratándose de *testamentum irritum*, es decir, cuando el testador, sucesivamente a la elaboración del testamento, sufre una *capitis deminutio*;
- 2) Un *testamentum ruptum*, o sea, en la hipótesis del nacimiento de un *postumus*, que nace luego de la confección del testamento o después de la muerte del *de cuius*, siendo preterido por éste, y
- 3) En el *testamentum iniustum*, que ocurre en los siguientes casos: en un testamento se omite un requisito formal (*testamentum imperfectum*), o bien al testador se le priva de la *testamenti factio* activa, o son los herederos quienes no tienen la *testamenti factio* pasiva. Este tipo de testamento es conocido como *iure non factum*, por carecer de eficacia.

En las tres hipótesis la *bonorum possessio* se otorga *sine re*²⁸⁰.

La *bonorum possessio* en un plano confirmativo trata del testamento puramente nuncupativo. Ante la falta de *tabulae signatae*, quienes afirman que el testamento pretorio son forzados a negar la concesión de la *bonorum possessio* o a imaginar un testamento pretorio oral; en tal caso, la *bonorum possessio* es efectivamente acordada y la prueba textual es el paso de

²⁷⁹ A propósito de la capacidad de ejercicio que se les otorga a las mujeres *sui iuris* de hacer testamento: se les concede en la República-tardía, a través de la *auctoritas* del tutor fiduciario; en tiempos del emperador Adriano, por medio de la *auctoritas* del *tutor mulieris*; desde los primeros años de la época clásica, incluso *sine tutoris auctoritate* para las mujeres, con *ius liberorum*, exoneradas ya de la tutela.

²⁸⁰ Tit. Ulp. 23.6.

Juliano²⁸¹ y por el rescripto de Gordiano²⁸² en el cual se declara: *iure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est.*

5.2 *Bonorum possessio contra tabulas*

La *interpretatio* pontifical, afirma que la tutela de los parientes próximos del testador, es por medio de la regla: *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* (los *sui* deben en el testamento ser instituidos o desheredados).

La desheredación – sucesión necesaria formal según el *ius civile* – debe manifestarse en el testamento y de forma imperativa. La desheredación del *suus* lo excluye de la herencia, y la *praeteritio* de un *suus* y/o de un póstumo conlleva la invalidez total del testamento. La *praeteritio* de los *ceteri sui* (hijas y nietos), da lugar a invalidez parcial; derogando el principio de incompatibilidad entre sucesión testamentaria y *ab intestato*, los *ceteri sui* concurren a la herencia con los herederos testamentarios. Produce invalidez en el testamento tanto la desheredación como la preterición y, por consiguiente, la apertura de la sucesión *ab intestato*.

Se trata para los *sui*, de una garantía completamente formal, porque impone al testador la carga de nombrarlos, no importando si es para instituirlos o desheredarlos.

La sucesión contra el testamento por derecho pretorio se establece en los últimos años de la República; por analogía con la sucesión necesaria formal (*ius civile*), dispone el pretor la tutela a favor de los *liberi* (llamados *sui* para el *ius civile*) no se refiere sólo a los hijos sometidos a la potestad del testador al momento de su muerte que son desheredados, sino que incluye a los hijos emancipados omitidos por el testador; el pretor les otorga a los interesados la *bonorum possessio contra tabulas* produciéndose las mismas

²⁸¹ D. 37. 11. 8. 4 (Juliano, 24 *dig.*).

²⁸² C. 6. 11. 2 (*a.* 242).

consecuencias que la sucesión necesaria formal según el *ius civile*. En conclusión, la *bonorum possessio contra tabulas*, puede ser solicitada por el sucesor necesario civil o pretorio, por un *suus* o un *liberi*²⁸³.

Están legitimados para solicitar la *bonorum possessio contra tabulas*, las siguientes personas:

a) Los hijos del *de cuius*, bajo su potestad hasta el momento de su muerte, es decir, los *sui*²⁸⁴;

b) Los hijos que son *sui iuris* en el momento de la muerte del padre. Se trata de personas que salen de la familia de origen, por emancipación²⁸⁵ o por adopción en este último caso, salen de la potestad del padre adoptivo²⁸⁶, nunca han estado bajo la potestad del *de cuius*, (esto ocurre, cuando el *pater familias* emancipa al hijo y retiene bajo su propia potestad al nieto, muere el abuelo y después el padre, el nieto es sucesor necesario de este último)²⁸⁷, debiendo existir entre el *de cuius* y el sucesor relación de filiación natural y no adoptiva, ya que si se trata de hijos adoptivos, la extinción de la *patria potestas* marca el final de la relación filial²⁸⁸;

c) De las categorías de hijos que se encuentran bajo potestad ajena en el momento de la muerte del *de cuius*, son admitidos dos casos:

El primer caso, cuando un hijo es adoptado por el *pater naturalis* o por un ascendiente paterno, es decir, el *pater familias* emancipa al hijo y al nieto, para después adoptar al nieto. Este tiene derecho a solicitar la *bonorum possessio contra tabulas*, en el enfrentamiento con el padre, ya que es *alieni*

²⁸³ La categoría de los *liberi*, está constituida por sucesores varones entre los que se encuentran los *sui* llamados a la sucesión *iure civili* e incluyendo los hijos emancipados y los dados en adopción y, por último, los emancipados por el padre adoptivo a falta de descendientes de aquel.

²⁸⁴ D. 37. 4. 1. 1 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

²⁸⁵ D. 37. 4. 1. 7 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

²⁸⁶ D. 37. 4. 6. 4 (Paulo, 41 *ad ed.*).

²⁸⁷ D. 37. 4. 6. 2 (Paulo, 41 *ad ed.*).

²⁸⁸ D. 37. 4. 1. 6 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

iuris, es decir, no pertenece a una familia extraña, sino a la familia originaria²⁸⁹.

En el segundo caso, el hijo dado en adopción por el propio padre a un extraño, éste no puede pedir la *bonorum possessio contra tabulas*, con respecto al padre, excepto cuando haya sido instituido en el testamento del padre²⁹⁰: es un caso de *bonorum possessionis petitio commissio per alium edicto*²⁹¹.

Los hijos ajenos bajo potestad pertenecen a la clase pretoria de los *cognati* para la *bonorum possessio contra tabulas*, y difieren de la clase *unde liberi* de la *bonorum possessio sine tabulis*, y son:

d) Los descendientes *ex filio*, que por *successio in locum* toman el lugar del ascendiente premuerto o incapaz²⁹², y

e) Los póstumos, cuya capacidad se reconoce por derecho pretorio²⁹³.

Los *liberi* piden la *bonorum possessio contra tabulas* cuando son omitidos, instituidos o desheredados; esta es la *bonorum possessio contra tabulas* original, pero existe otra derivada que se manifiesta en el supuesto de dos hermanos, uno es instituido en el testamento paterno, y el otro omitido, la *bonorum possessio contra tabulas*, corresponde al segundo y no al primero este último podrá solicitarla por el simple hecho que el testamento es impugnado, pero la petición por parte del instituido heredero debe ser posterior a aquélla del hijo omitido²⁹⁴.

El mismo edicto pretorio prevé una *bonorum possessio contra tabulas* especial llamada *bonorum possessio dimidiaie partis*²⁹⁵ a favor del patrono,

²⁸⁹ D. 37. 4. 3. 8 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

²⁹⁰ D. 37. 4. 11 (Paulo, 41 *ad ed.*).

²⁹¹ D. 37. 8. 4 (Modestino, 6 *pand.*).

²⁹² D. 37. 4. 1. 8 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

²⁹³ D. 37. 4. 1. 2 (Ulpiano, 39 *ad ed.*); D. 37. 4. 3 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

²⁹⁴ D. 37. 4. 10. 6 (Ulpiano, 40 *ad ed.*).

²⁹⁵ Gai. 3. 41.

por la mitad de la herencia (*dimidiae partis*) del liberto muerto sin hijos, incluso a favor del *parens manumissor*, por la mitad del patrimonio del hijo emancipado muerto en la misma situación²⁹⁶.

La norma civil es lineal: si es inválido el testamento son inválidas todas las disposiciones contenidas en el mismo. En cambio para la norma pretoria, si el testamento resulta inválido, algunas disposiciones son consideradas eficaces. La finalidad de la *bonorum possessio contra tabulas*, es la de llevar a cabo una sucesión *ab intestato*²⁹⁷.

El pretor antes de conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a los herederos instituidos en el testamento, comprueba si el derecho de los hijos ha sido respetado. Por lo tanto, son admitidos a la impugnación del testamento a través de la *bonorum possessio contra tabulas*, en primer lugar, los *liberi*, siempre y cuando no existan herederos instituidos que puedan pedir la *bonorum possessio secundum tabulas*. Así, el derecho pretorio confirma la posición que tienen los sucesores con respecto al testamento paterno, la validez del testamento depende del respeto del derecho de los llamados a suceder. El principio del *ius civile* es rígido en su espíritu, el derecho pretorio reconoce lo restringido de éste y, por lo mismo, el pretor extiende a todos los *liberi* el tratamiento hecho a los *sui* por parte del *ius civile*.

Un trato excepcional es el caso del *testamentum militis*. Ni el *ius civile* ni el *ius honorarium* solicitan al militar instituir o desheredar a los propios hijos, la simple *praeteritio* los excluye de la sucesión. Se entiende que en la hipótesis de una omisión, ésta es el deseo del militar, mas si por el contrario, es derivada de un error, no tiene ninguna eficacia.

A continuación compendiamos en un esquema tanto lo que ha sido expuesto²⁹⁸:

²⁹⁶ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 271, pp. 382 y 383.

²⁹⁷ Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 58, p. 667.

²⁹⁸ Véase Negri, Giovanni, *op.cit.*, nota 214.

a) Los *sui* suceden *ex iure civili (ex lege)*, es decir, si son preteridos o por falta de un testamento;

La *heredis institutio* confirma la sucesión.

La *exheredatio* los excluye.

b) Los *liberi* suceden *ex iure honorarium* como *sui* (si falta el testamento acceden a la *bonorum possessio sine tabulis*, si son omitidos a la *bonorum possessio contra tabulas*, como *sui*).

La *heredis institutio* confirma la sucesión (legitimación a la *bonorum possessio secundum tabulas*).

La *exheredatio* los excluye.

Esta *bonorum possessio*, va colocada en un amplio contexto de la inoficiosidad del testamento, por la grave violación del deber de afecto de parte del testador hacia sus hijos, manifestada en la *exheredatio*.

Es importante destacar, que los juristas revelan la existencia de una función y una estructura común entre la *bonorum possessio contra tabulas* y la *querela inofficiosi testamenti*, pues ambas instituciones están dirigidas a favor de los parientes consanguíneos. Mientras en la primera, se actúa indirectamente y en modo sólo sustancial (opera la *fictio suitatis*²⁹⁹), la segunda es directa y formal. Dos ejemplos de la señalada coordinación se encuentran en dos fragmentos del Digesto³⁰⁰.

Las palabras de Negri³⁰¹, “Los textos citados no sólo aluden a una coordinación del régimen de la *bonorum possessio contra tabulas*, y el de la

²⁹⁹ El llamamiento de los *liberi*, que no son *sui*, se obtiene por medio de una *fictio*: el pretor finge que ellos están bajo la potestad del *de cuius* en el momento de su muerte. Es importante porque mantiene el sistema pretorio vinculado al civil, así, los hijos no pueden suceder como *liberi* a la madre, ya que las mujeres no tienen *sui heredes*. Cfr. D. 38. 6. 1 (Ulpiano, 44 *ad ed.*), el pretor se refiere a los *sui*, a los adoptivos y a los emancipados, todas las denominaciones que son válidas contra la última voluntad del padre.

³⁰⁰ D. 37. 4. 8 (Ulpiano, 40 *ad ed.*): *Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant: sane si velint inofficiosi querellam instituere, est in ipsorum arbitrio*. D. 37. 4. 10. 5 (Ulpiano, 40 *ad ed.*): *Exheredati liberi quemadmodum edictum non committunt, ita nec commisso per alios edicto cum illis venient ad bonorum possessionem unaque eis querella superest, si de inofficioso dicant*.

³⁰¹ Negri, Giovanni, *op.cit.*, nota 214.

querela, sino que también subrayan el paralelismo estructural entre el ordenamiento de la sucesión necesaria formal y el sistema del derecho hereditario civil: Ulpiano³⁰² observa que la desheredación no legitima la solicitud de la *bonorum possessio contra tabulas*, ni es directa, ni *commissio per alium edicto*, es decir, así como no permite obtener la rescisión del testamento *ex iure civili*, deja a salvo el ejercicio de la *querela* en el caso de inoficiosidad³⁰³.

De todo esto se deduce que la *exhereditio* se presenta como requisito formal de validez del testamento, debiendo el *de cuius* respetar el derecho de los *sui* y de los *liberi* a recibir una *portio debita* por ser parientes allegados a éste, y con miras a la piedad que, debemos recordar, se trata de una obligación jurídica, representando para el testador una limitación a su libertad de testar.

Se observa que los sistemas sucesorios civil y pretorio coadyuvan a regular la *exhereditio* y *praeteritio* otorgando soluciones para remediar el incumplimiento del *officium pietatis* del testador hacia los *sui* y *liberi*.

Es pertinente dilucidar, que la *bonorum possessio contra tabulas* se otorga sólo a favor de los *liberi*, donde están incluidos los hijos bajo la potestad del testador, los hijos emancipados, los hijos póstumos, los hijos adoptivos, también los dados en adopción y los nietos. Únicamente es posible impugnar el testamento paterno, aunque existen casos excepcionales como el del patrono en relación con el liberto y el del padre respecto al hijo emancipado. Ante esta hipótesis, éstos pueden solicitar la *bonorum possessio dimidiaie partis*. Además, en el caso de los *liberi*, se trata de una *bonorum possessio cum re* o *sine re*, es decir, *bonorum possessio cum re*, si durante un juicio prevalece el sucesor pretorio frente al sucesor civil, diversa de la *bonorum possessio sine re*, en la que el heredero civil tiene preferencia en el litigio frente al sucesor pretorio, respecto del as hereditario.

³⁰² D. 37. 4. 1 (Ulpiano, 39 *ad ed.*).

³⁰³ Negri, Giovanni, *op.cit.*, nota 214, p. 135.

En cambio, como será analizado en el capítulo cuarto, la *bonorum de inofficioso* o *bonorum possessio litis ordinandae gratia*³⁰⁴, amplía la clasificación de los sujetos que podían solicitarla estableciendo un orden:

- 1º. Padres (*parentes*);
- 2º. Hijos (*liberi*), y
- 3º. *Cognati*, comprende sólo a los hermanos (*ultra fratrem*).

Particularmente relevante es la situación del hijo emancipado preterido en el testamento paterno, ya que él podrá solicitar la *bonorum possessio contra tabulas*, en caso de invalidez del testamento *iure civili* o *iure praetorio*, el recurso de la *querela* será inútil, pues para poder ejercerla se requiere que sea contra un testamento válido.

Lo anteriormente expuesto no quiere decir que la *bonorum possessio contra tabulas* se contraponga a la *querela*, sino que gracias a la jurisprudencia se perfecciona hasta lograr una institución independiente como lo es la *querela inofficiosi testamenti* queda establecida la siguiente regla: en caso de un testamento inválido *iure civili* o *iure praetorio*, no se puede ejercitar la *querela*, por resultar inútil y en tal hipótesis, el único remedio procesal sería la *bonorum possessio contra tabulas*. En caso de un testamento válido *iure civili* o *iure praetorio* podrán los parientes allegados recurrir a la *querela*.

5.3 *Bonorum possessio sine tabulis*

En cuanto al régimen pretorio de la sucesión *ab intestato*. Las clases de sucesores *ab intestato iure praetorio*, cuyo Edicto promete la *bonorum possessio sine tabulis* son cuatro:

³⁰⁴ D. 5. 2. 8 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

La clase de los *liberi* constituida por los *sui*, hijos emancipados e hijos dados en adopción, y después emancipados por el padre adoptivo a falta de descendientes de aquéllos;

Legitimi, que son los sucesores *ab intestato* según el *ius civile*;

Los *cognati* son los parientes de sangre, incluso en línea femenina, no más allá del sexto grado y,

En la cuarta clase *vir et uxor*, el marido y la esposa, quienes son llamados recíprocamente a la *bonorum possessio*.

Como se aprecia, el sistema pretorio no solamente presupone al sistema civil, lo integra y lo corrige. Cada sujeto señalado como *heres ab intestato*, también está presente en el sistema pretorio de la *bonorum possessio sine tabulis*. Es incorrecta la hipótesis contraria, es decir, que el derecho pretorio a diferencia del *ius civile* considera a la *cognatio* como un vínculo de sangre de forma muy endeble; por lo que se refiere al vínculo conyugal, es independiente de la existencia de un matrimonio *cum manu*.

Puede darse el caso que un sujeto sea llamado, al mismo tiempo, a la sucesión *ab intestato iure civili* y *iure praetorio* (por ejemplo, un *suus*). Ante esa situación, el sujeto seguramente obraría en su calidad de heredero civil, pero, también habría podido pedir la *bonorum possessio*. De tal forma, reforzaría su posición y, si hubiese sido privado de la posesión de los bienes del *de cuius*, habría obtenido la restitución, con un procedimiento más rápido. Gracias al *interdictum quorum bonorum*, que se otorga al *bonorum possessor*, dando lugar a un procedimiento más rápido, respecto a la acción hereditaria *vindicatio hereditatis* o *hereditatis petitio* concedida al heredero civil.

Otro supuesto se presenta cuando alguien sea heredero civil y sucesor pretorio, pero *iure civili* sería llamado primero; sin embargo, por la vía del *iure praetorio*, sería precedido por otros. Así, si el testador hubiera dejado un hermano y un hijo emancipado, por derecho civil, el hermano – y sólo él – habría sido llamado a la sucesión *ab intestato* (como agnado); en cambio, *iure praetorio*, sería llamado primero el emancipado, en cuanto a que

pertenece a la primera clase, aquélla de los *liberi*, que precede a la clase de los *legitimi* (a la cual pertenece el hermano). Ahora bien, en un caso como estos que se crea un conflicto entre sucesión pretoria y sucesión civil, el sucesor pretorio prevalece sobre aquel civil; en el ejemplo ilustrado, el pretor otorga y garantiza la *bonorum possessio* al hijo emancipado, denegando la acción hereditaria al hermano del difunto. La *bonorum possessio* sería *cum re* (por el contrario, sería *sine re* cuando el heredero civil predomina sobre el sucesor pretorio)³⁰⁵.

A diferencia del *ius civile*, donde los *heredes sui* son *necessarii*, en el derecho pretorio no existe la categoría de *bonorum possessores necessarii*: los llamados a heredar, si quieren adquirir el patrimonio del difunto o una cuota, deberán manifestar su propia voluntad de aceptar. La aceptación, por otra parte, es implícita en la petición judicial de la *bonorum possessio*, la llamada *agnitio bonorum possessionis*. Naturalmente, aquel que es llamado, puede repudiar también la *bonorum possessio*, no sólo de forma expresa incluso tácitamente (no aceptando dentro del término establecido).

La aceptación está hecha bajo pena de caducidad, dentro de un año si los llamados son los padres o los hijos, dentro de un plazo de cien días, si se trata de otros sucesores como los pertenecientes a la segunda, tercera y cuarta clase, y se computa a partir del momento en el cual expira el término para la aceptación de parte de los integrantes de las clases precedentes; para aquéllos que conforman la primera clase, el término se calcula a partir del momento en el cual es cierto que no habrá sucesión testamentaria.

Los que pertenecen a la clase sucesiva son admitidos a la *bonorum possessio*, en caso de inexistencia o por falta de aceptación de aquéllos que integran la clase precedente. De este modo, si uno de los *liberi*, como parte de la primera clase, pide y obtiene la *bonorum possessio*, los *legitimi* son excluidos; la adquisición de la *bonorum possessio* de parte de uno de los

³⁰⁵ *Infra* pp. 133-134.

legitimi, como elemento de la segunda clase, impide el llamamiento de los *cognati* y así sucesivamente.

El sistema pretorio de la *bonorum possessio ab intestato* admite la *successio ordinum*, a diferencia del sistema civil que no la acepta, es decir, si algún individuo de la clase precedente, por cualquier razón, no acudía a la sucesión, en su lugar, es llamada la clase sucesiva. Esto ocurre cuando ningún sujeto de la clase precedente estaba al momento de la delación (como es en *ius civile*), inclusive aún cuando estuviera o por cualquier motivo no hubiera aceptado la *bonorum possessio* en tiempo útil.

Además de la *successio ordinum*, el derecho pretorio admite la *successio graduum* (también negada por *ius civile*). Por lo tanto, al interior de la misma clase, puede un individuo de ésta venir a la sucesión no sólo cuando no exista algún llamado de grado superior, también cuando exista, y no hubiera por cualquier motivo aceptado la *bonorum possessio*. Esto es válido para la primera clase y la tercera clase (de los *liberi* y de los *cognati*, respectivamente), no así para la segunda clase, aquélla de los *legitimi*: ya que la sucesión tiene lugar según las normas del *ius civile*, la *successio graduum*, en consecuencia, es excluida. Entre más sean los llamados del mismo grado, cada uno tendrá derecho a una cuota. La sucesión ocurre *per stirpe* en la clase de los *liberi*; *per capita* en las otras clases.

De todo lo hasta aquí expuesto, se deduce la diferencia existente entre la sucesión civil *ab intestato* y la *bonorum possessio sine tabulis*. Esta última, integra y completa a la primera para que los sucesores tengan una u otra opción de recibir lo que por derecho les corresponde, una cuota o *portio debita*.

Por último, en caso de invalidez del testamento *iure civili*, recurrir al recurso de la *querela inofficiosi testamenti* es inútil; ya que la inoficiosidad asume relevancia en el plano jurídico sólo cuando se trata de un testamento válido. En dicho caso, el interesado debía recurrir a la *querela*; debe quedar claro que una vez declarado inoficioso el testamento por el tribunal centunviral, el

efecto será la nulidad o invalidez del testamento, obteniendo así los parientes allegados al testador la *portio debita*, e igualmente, encontrando aplicación las reglas de la sucesión *ab intestato*. Es decir, en armonía con los criterios del pretor en la concesión de la *bonorum possessio ab intestato*, y no obstante que la *querela inofficiosi testamenti* nace como un incidente de una acción civil (la *vindicatio hereditatis*), el fenómeno se explica con la intervención pretoria a través de la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* o *de inofficioso*³⁰⁶.

³⁰⁶ *Infra* p. 128.

CAPITULO III

QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

3. GÉNESIS DE LA *QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI*: *VINDICATIO HEREDITATIS*

El surgimiento de la *querela* como remedio procesal a favor de los parientes próximos del difunto, se logra en el siglo I a.C. por los oradores³⁰⁷, quienes defienden las causas de sus clientes ante el tribunal de los centunviro³⁰⁸; órgano colegiado con competencia en materia hereditaria, notable por la audacia y vanguardia de sus decisiones para anular un testamento jurídicamente válido.

Para alcanzar dicho resultado, se requiere de un argumento conforme a las reglas civiles, siendo el siguiente: el difunto por el hecho de haber redactado un testamento inoficioso, no puede tratarse – por lo menos en el momento de la redacción del testamento – más que de un enfermo mental. No se podría juzgar de otra manera, – indicaba el orador –, al hecho que un sujeto sin motivo justificado ¿excluya a un pariente próximo? Es un argumento débil, un artificio retórico, que toma fuerza al ser considerado por los centunviro, influenciados por satisfacer la conciencia social, la cual, como se apunta, condena los testamentos inoficiosos. Por tanto, el testamento redactado por un loco es *iure civili* nulo, y los centunviro concluyen el juicio dictando una sentencia que determina la nulidad del testamento inoficioso.

El efecto de tal sentencia, es la aplicación de las reglas relativas a la sucesión *ab intestato*; esto es, los parientes próximos como sucesores *ab intestato* sustituían al difunto en su patrimonio, siendo irrelevante para los jueces, si los parientes allegados eran desheredados o preteridos.

³⁰⁷ Véase fuentes literarias (*Infra* p. 118).

³⁰⁸ *Infra* p. 145.

Por esta razón, un pariente próximo desheredado sin motivo justificado, para poder poseer los bienes hereditarios debe ejercitar la acción hereditaria, *vindicatio hereditatis* – incidente de petición hereditaria –, ante los jueces competentes: los centuviros. Durante la República el afectado debe promover una *legis actio sacramenti in rem*, la cual es sustituida en el último siglo de la República por la *legis actio in rem per sponsionem*³⁰⁹, es más expedita que la *legis actio sacramenti in rem*.

3.1 Procedimiento de la *vindicatio hereditatis*

El pariente próximo excluido injustamente de la herencia debe intentar mediante *legis actio* una *vindicatio hereditatis*, dirigida contra el heredero instituido por el *de cuius* en su testamento, ya que no tiene la posesión de los bienes del difunto.

El rito de esta acción prevé que a la *vindicatio* de una parte, se contraponga la *contravindicatio* de la otra parte por medio de la *vindicatio hereditatis*. Por consiguiente, ambos contendientes deben afirmar su titularidad sobre la *hereditas* (*hereditatem meam esse*).

En primer lugar, puede ocurrir que el pariente próximo del testador excluido injustamente de la herencia, gane a falta de la existencia de un testamento, correspondiéndole la herencia como *heres civilis ab intestato*, tratándose de un *suus* o *adgnatus*.

Una vez llevado a cabo el rito de la *legis actio* y concluida la fase *in iure* del procedimiento ante el pretor, se pasa a la fase *in iudicio*, ante los centuviros, los litigantes por consejo de sus respectivos abogados, discuten su propia causa; uno, hace hincapié en lo que ha sustentado *in iure*, de ser el heredero *ab intestato* del *de cuius*, el otro, afirma la existencia de un testamento válido que lo instituye heredero y que excluye a su contraparte

³⁰⁹ Cic. *in Verr.* II 1. 45. 115.

de la herencia, a su vez, el heredero *ab intestato* replica que el testamento es nulo porque es obra de un loco. Concluido el debate, los centunviros llamados a juzgar sobre la existencia de una o de otra de las *vindicationes*, en caso de comprobar la efectiva inoficiosidad del testamento, lo declaran nulo por *insania mentis* del testador, aprobando cuanto es afirmado por el *heres ab intestato* (de ser titular de la *hereditas*).

En segundo lugar, puede suceder que el pariente próximo del testador impugne la validez del testamento siendo poseedor del patrimonio del difunto, entonces actuará en el juicio como demandado contra la *vindicatio hereditatis* ejercitada por el heredero testamentario para recuperar el patrimonio del testador. Bajo este supuesto, los centunviros reconocen la inoficiosidad del testamento, rechazando la acción del *heres scriptus* bajo la pretensión de la locura del testador, permaneciendo el *heres ab intestato* en posesión de la *hereditas*.

El único procedimiento para la *vindicatio hereditatis* es la *legis actio sacramenti in rem*. Los parientes consanguíneos los cuales no son herederos *ab intestato* (hijos emancipados, hijos dados en adopción, madre e hijos en caso de un matrimonio *sine manu*), cuando no poseen el as hereditario no pueden impugnar ante los centunviros el testamento del que son excluidos injustamente de la herencia. Dicha situación queda resuelta hacia el último siglo de la República, la *vindicatio hereditatis* puede ser ejercitada en forma de *legis actio per sponsionem*, donde el actor debe afirmar ser heredero civil y el demandado se opone a la acción, contrariando al actor sin tener que demostrar ser él el heredero. En consecuencia, una vez ejercitada la *legis actio per sponsionem* por el pariente allegado (no *suus* ni *adgnatus*), como parte demandada, impugna ante los centunviros el testamento inoficioso, quienes analizan y toman posicionamiento de la cuestión, si declaran la inoficiosidad del testamento, la afirmación del actor de ser heredero civil resultaría falsa.

La pregunta que surge aquí es por qué un pariente allegado no siendo *suus* ni *adgnatus*, es decir, *cognatus* y sin poseer bienes hereditarios puede impugnar con éxito el testamento inoficioso ante los centunviro.

Al respecto, suponemos que el pretor concede al *cognatus* no poseedor que manifieste la intención de impugnar el testamento inoficioso, la posesión provisional sobre los bienes posteriormente la *legis actio per sponionem* sería promovida por el heredero testamentario y, el pariente allegado al testador excluido injustamente de la herencia habría actuado en el litigio como parte demandada, con la posibilidad de obtener de los centunviro la declaración de inoficiosidad del testamento.

La hipótesis esta fundamentada, en la facultad del pretor de asignar la posesión provisional de la cosa en litigio a una de las partes. La elección del pretor entre ambos contendientes, es de acuerdo a las circunstancias del caso concreto. Esto quiere decir, que el principio empleado en las acciones reales: ‘quien posee inicialmente continúa a poseer durante el proceso’, no necesariamente es un principio aplicado en el sistema de las *legis actiones*.

Es importante destacar que en los litigios hereditarios, el pretor asigna la posesión provisional de los bienes a la parte que le parece probable heredero *iure civili*. En los últimos años de la República, el pretor haciendo uso de sus amplios poderes otorga la posesión interina a quien le parece equitativo venga a la sucesión del *de cuius*.

La copiosa actividad procesal del pretor da origen al sistema de sucesión pretorio, a través de la *bonorum possessio*. Es entonces que las fuentes clásicas hacen referencia de la cláusula edictal creada por los pretores, conocida como *bonorum possessio de inofficioso*³¹⁰ o *litis ordinandae gratia*, empleada a partir de los últimos años de la República³¹¹ y encontrando aplicación en materia de la *querela*. Sobre esta institución hondaremos más adelante. Aludimos a la *bonorum possessio*, ya que a

³¹⁰ Llamada así por el Profesor Matteo Marrone.

³¹¹ D. 5. 2. 6. 2-8pr. (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

través de esta institución se comprende: cómo por medio de la *legis actio per sponsionem*, los cognados no *heredes civilis ab intestato* pueden impugnar el testamento inoficioso; el pretor les concede la *bonorum possessio*, colocándolos en la posición procesal de demandado ante quién afirma ser heredero, que no es otro que el heredero testamentario. Los centunviros, a favor de los cognados declaran nulo el testamento inoficioso y rechazan la *vindicatio hereditatis* del heredero testamentario, siendo labor de los pretores, que los cognados en su posición de *bonorum possessores* conserven el patrimonio del difunto.

3.2 Fundamento de la *vindicatio hereditatis: color insaniae y furiosus*

Los orígenes de la *querela inofficiosi testamenti* están ligados en gran parte de la doctrina a ejercicios de naturaleza retórica, concatenados al *color insaniae, furiosus, iniuria* y al *officium pietatis*, fundamentos todos de la *querela* en las distintas épocas del derecho romano.

El profesor Matteo Marrone afirma que en los textos jurídicos acogidos en las *Pandectas* se comprueba que el *color insaniae*, se introduce mediante interpolaciones hechas por los compiladores de Justiniano. En referencia al *color insaniae*, vislumbra ya en la época republicana la existencia de “un artificio retórico dirigido a declarar, bajo el perfil de una enfermedad mental del testador, la inoficiosidad de los testamentos”³¹². En obra posterior³¹³, el jurista ratifica esta idea, al señalar que el argumento que se invoca ante los centunviros, el de la ficticia locura del testador, los retóricos lo comenzaron a emplear buscando la declaración de inoficiosidad.

En ese mismo sentido expresa su opinión Ribas-Alba, quien refiriéndose a los *colores*, establece que “*color* es una categoría retórica que significa la forma de aproximación elegida en el análisis y exposición de un asunto”, el

³¹² Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 80.

³¹³ Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, pp. 53, 196 y 197.

color insaniae, para el catedrático español, comprende la específica y concreta aplicación de una categoría retórica³¹⁴.

El romanista napolitano Luigi Di Lella identifica “la *insania* del testador como un elemento adoptado por el desheredado u omitido de la sucesión para resaltar la falta de justificación de su exclusión y «*colorear*» así su pretensión fundada en la *iniuria*, entendida ésta, como un simple motivo social”³¹⁵. Klima³¹⁶ afirma que ni el *color insaniae* ni la *iniuria* pueden calificarse como motivos jurídicos de la acción, porque ambos constituyen “justificaciones psicológicas” de la indebida exclusión de la sucesión.

Con respecto a la *iniuria*, en doctrina existe una posición sustentada por Giorgio La Pira³¹⁷, quien la resalta en un primer momento, como base para ejercitar la *querela*; el autor asimismo esgrime los argumentos que nos permiten diferenciar entre el *color insaniae* y la *iniuria*.

En su obra, el romanista³¹⁸ toscano introduce una nueva perspectiva en el estudio de la *querela inofficiosi testamenti*, reconociendo a la inoficiosidad tres episodios evolutivos, cada uno con un fundamento y con un objetivo diverso, de acuerdo con el momento histórico de que se trata.

Ya al inicio del capítulo expresa un comentario referido al *color*, análogo al resto de la doctrina: “Este *color insaniae* no tiene relevancia jurídica en el derecho clásico. Si bien, es innegable que los clásicos han hecho mención de éste, no es menos innegable, en opinión nuestra, que esta mención no adquiere en el derecho clásico importancia jurídica alguna, y tienen un mero significado retórico”. Y prosigue “no es sobre la base de la locura del difunto que vienen defendidos los consanguíneos”³¹⁹.

³¹⁴ Ribas-Alba, José María, *La desheredación injustificada en el derecho romano*, Granada, Comares, 1998, p. 182.

³¹⁵ Di Lella, Luigi, *op.cit.*, nota 50, p. 141.

³¹⁶ Klima, Josef, *op. cit.*, nota 26, pp. 43 y ss.

³¹⁷ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, pp. 412-413.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 412 y ss.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 416.

Manifiesta³²⁰ que los autores dedicados al estudio del tema no se percatan y, por lo mismo, no distinguen la nueva función asumida por el *color* en el derecho posclásico, ni sospechan, por tanto, la existencia de una *querela* posclásica, fundada propiamente sobre el *color insaniae*.

Argumenta, “En el derecho clásico la querella tenía su fundamento en el derecho reconocido por el pretor a los parientes consanguíneos de acudir a la herencia de un pariente allegado. Derecho que era transgredido cuando tales consanguíneos venían desheredados u omitidos sin motivo justificado. En este caso era concedida la querella, la cual tenía como objetivo rescindir el testamento en cuanto determinaba una *iniuria*, y en los límites, en la cual la determinaba el querellante. Fundada sobre la *iniuria* que el testamento causaba al querellante, la querella va dirigida a eliminar tal *iniuria* mediante la rescisión del testamento”³²¹.

La Pira³²² basa su hipótesis en la discrepancia existente entre el objetivo de la *querela* en el derecho clásico y en el posclásico. Por una parte, la base de la *querela* clásica, es el derecho de sucesión del legitimario, debido a la lesión provocada por el testamento. Su objetivo es la remoción de esta lesión (*iniuria*) mediante la rescisión del testamento en la medida en que tal lesión se produce. Por otra parte, el fundamento de la *querela* en el derecho posclásico cambia, de mera justificación retórica este *color insaniae* es elevado a una verdadera razón jurídica para solicitar la nulidad del testamento. La injustificada desheredación u omisión de los parientes próximos da lugar al surgimiento de una presunción de locura del difunto.

“En el derecho posclásico la *querela inofficiosi testamenti* tiene fundamento en la *insania* del difunto: *insania* argumentada por una presunción legal absoluta, del mismo carácter inoficioso del testamento. Tiene por objetivo la anulación del testamento, porque *a demente factum*, y la apertura de la sucesión intestada”³²³.

³²⁰ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, p. 416.

³²¹ *Idem*.

³²² *Ibidem*, p. 417.

³²³ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, p. 417.

De los párrafos precedentes podemos apreciar que el *color insaniae* se trata de una obra argumentativa empleada por los retóricos, fruto de su capacidad inventiva y su gran elocuencia, para defender *apud iudicem* la impugnación del testamento. “Sugeridos como instrumento técnico de invalidación del testamento, los *colores*, son medios de persuasión dirigidos al juez en ausencia de pruebas ciertas” “la *insania* correspondía a la ‘*manía*’ griega que los oradores elegantemente invocaban para impugnar un testamento”³²⁴, proponiendo una interpretación diversa de los hechos.

A quien realiza el testamento declarado inoficioso, no es otro que al testador, se le denomina *furiosus*, refiriéndose al estado mental en que se encuentra al momento de manifestar su última voluntad.

Podemos definir al *furiosus*, como aquel individuo cuyo comportamiento no está de acuerdo a una racionalidad que satisfaga plenamente las expectativas sociales. A un loco, según los *prudentes*, le falta disposición de ánimo³²⁵, disposición de querer.

El término *furiosus* se emplea desde las XII Tablas: «*si furiosus escit, ast ei custos nec escit agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*», referido a la curatela más antigua, la curatela de los locos, asignada a los agnados y a los gentiles.

Un estudioso del tema es el romanista Carlo Lanza³²⁶, en la segunda parte de su obra sobre el *furiosus* analiza en las fuentes antiguas los diferentes calificativos del enfermo mental, *furor*, *dementia*, *insania*. También estudia la semántica del *furor*, que originalmente habría indicado exteriorización de la locura, entendiéndose como el momento de la “inadaptación intelectual y social”.

³²⁴ Querzoli, Serena, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Nápoles, Loffredo Editore, 2000, pp. 163 y 164.

³²⁵ Cfr. D. 47. 10. 3. 1 (Ulpiano, 56 ad ed.).

³²⁶ Lanza, Carlo, *Ricerche sul 'furiosus' in diritto romano I*, [Pubbl. Ist. Dir. rom. e dei diritti dell' Oriente mediterraneo dell' Univ. di Roma. <La Sapienza>] Roma, La Sapienza Editrice, 1990, pp. 199 y ss.

Al respecto, cabe opinar que el derecho romano distingue *ab antiquo* dos tipos de locos: el *furiosus* y el *demens* o *mentecaptus*, denominado también *insanus*.

Entre los tipos de locos que se describen, existen para la doctrina teorías divergentes, tendientes a diferenciarlos u homologarlos, (negando distinción alguna emanadas de las fuentes jurídicas).

Por una parte, encontramos la teoría dominante en Francia, para esta el *furiosus* se distinguía del *mentecaptus*, porque el *furor* tiene intervalos lúcidos. Por otra parte, la doctrina dominante en Alemania retiene que el *furiosus* sea un loco sin remedio, mientras el *mentecaptus* es tonto de mente débil, es decir, no tocado en modo tan grave.

Pareciendo conciliar las dos teorías anteriores, partiendo de el contenido de sus propuestas, la escuela romanista indica que los locos tocados por *furor*, son locos más evidentes, (la forma típica de demencia añadida, no congénita). De aquí la idea de los antiguos que el *furor* se explica como un producto de poderes extrínsecos y superiores, de influencia divina: el *furor* aparece como un castigo divino, una pena. Cicerón³²⁷ dice quien ha merecido *graviores deorum immortalium iras*. Los mentecatos al contrario, nacen con debilidad mental, generalmente congénita.

Una tendencia más radical, sostiene que no existe diferencia alguna entre *furiosus* y *demens* en todo el régimen jurídico romano. Esta tendencia negativa obtiene sus pruebas directamente de los jurisconsultos clásicos³²⁸, quienes no hacen diferencia alguna de ambos términos; es común encontrar al *demens* y *furiosus* citados como sinónimos – catorce veces –, igualmente ocurre con *mente captus* y *furiosus* que se encuentran unidos tres veces referidos a un mismo concepto.

³²⁷ *Idem*.

³²⁸ Nardo, Enzo, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1983, p. 144.

Lo anterior resulta creíble de manera parcial y relativa, por el hecho de excluir la distinción de las dos categorías de locos hecha en el derecho justiniano. Pues siendo claro que *furiosus* para los jurisconsultos clásicos indica cualquier tipo de locura y se alude con varios apelativos, de los que sobresalen *demens* y *mente captus*; con Justiniano resulta afrontada la cuestión *ex professo*, *furiosus* y *demens* son claramente distinguidos, en disposiciones precisas, (*tam dementis quam furiosi...*)³²⁹.

Los intervalos lúcidos (*intermissio*, *intervallum*, en el lenguaje justiniano *indutiae*), eran reconocidos al *furor*, y el punto de diferenciación entre una categoría de loco y la otra; Lanza³³⁰ agrega, la existencia de una valoración del derecho, entre la intensidad y la duración de la enfermedad mental; distinguiendo los estados pasionales – *furor* –, de los niveles de alteración menos graves, – *demens o mente captus* –, “*furor brevis est*”.

El desarrollo de esta institución desata acaloradas controversias que consideramos ajenas a la presente investigación, por lo que sólo referiremos algunos ejemplos, soslayando ahondar en ellos, como lo son: la cuestión de si un testamento redactado durante un intervalo lúcido es válido o no; si un testamento comenzado en mente sana devenga inválido, por el hecho de que el testador antes de su terminación adquiere locura.

Concluiremos sosteniendo que los jurisconsultos clásicos no distinguen entre *dementia* y *furor*. Apoyando nuestra idea sobre la base de que en una serie de textos *demens* y *furiosus* se alternan o intercambian libremente en el mismo contexto, indicio de que los juristas no hacen una apreciación diversa de ambos términos. La misma indiferenciación se puede constatar para la palabra *mente captus*³³¹. En cambio, los términos se disciernen respecto a otros vocablos sólo en tiempos de Justiniano; presumiblemente sólo el lenguaje más tardío distinguió el *furiosus* del *demens*.

³²⁹ C. 1. 4. 28 (a. 530).

³³⁰ Nardo, Enzo, *op. cit.*, nota 328.

³³¹ Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milán, Giuffrè Editore, 1963, vol. I, pp. 649 y ss.

Siro Solazzi haciendo una amplia exposición del tema, culmina lo siguiente: “el derecho antiguo y el derecho clásico, no hicieron distinción alguna entre las diversas categorías de locos, y solo en la época romano-helénica se insinúa el concepto de los intervalos lúcidos y, correlativamente, la separación del *furiosus* en el sentido del loco proveído de intervalos lúcidos, del *demens* o *mentecaptus*”³³².

Por todo lo expuesto, podemos denotar que el *furor* es una enfermedad, pero diversa de una enfermedad orgánica. Se trata de un argumento retórico, siendo un pretexto la enfermedad de la mente del testador, indispensable para que ante los centunviros se invalide un testamento; es decir, quien hace un testamento tiene que estar sano de mente, entendiendo como tal, no atentar contra la piedad, tutelada por el *officium pietatis*.

Se ha dicho que el argumento invocado para declarar un testamento inoficioso sea la locura del testador, dicho argumento inicia su uso en el siglo I a.C., como lo ilustran los siguientes casos: la afirmación de Cicerón³³³ en su obra *pro Cluentio* (año 66 a.C.), donde relata un hecho donde los hijos omiten a la madre, siendo la inoficiosidad evidente. Valerio Máximo³³⁴ (en el 52 a.C.), expone el caso de un hijo dado en adopción y después convertido en *sui iuris*, el cual es omitido en el testamento paterno, lo impugna con éxito ante los centunviros.

El fundamento de la inoficiosidad de un testamento, es señalado en algunas pruebas textuales como se indica: el testamento de una madre, quien deshereda a una de sus dos hijas, en Valerio Máximo³³⁵. El hecho narrado sucede durante los últimos años de la República o bajo Augusto. A la misma época pertenece Quintiliano que escribe en sus *Institutiones oratoriae*³³⁶: el hijo de Liburnia instituye heredero a un amigo y deshereda a la propia madre.

³³² Solazzi, Siro, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, Modena, 1923, vol. 89, pp. 80-81.

³³³ *pro Cluent.* 15. 45. traducido al español por Aspa, José, Gredos, Madrid, 1995.

³³⁴ Val. Max. 7. 7. 2. *Infra* p. 118.

³³⁵ Val. Max. 7. 8. 2. *Infra* p. 119.

³³⁶ Quint. *inst.or.* 7. 2; 7. 5; 7. 26, traducido al español por Rodríguez, Ignacio y Sandier, Pedro, Madrid, Librería y Casa Editorial Hernando, 1942. *Infra* p. 120

El hecho de considerar a un enfermo mental autor de un testamento inoficioso es un artificio retórico. El argumento de la *insania* del testador puede no surtir el efecto deseado ante el tribunal centunviral. En tal sentido, están las palabras de Asinio, defensor de Liburnia, el cual impugna el testamento del hijo de Liburnia porque *furiosum*, no por *inofficiosum*. En palabras de Marrone³³⁷: parece que el orador no está seguro que la inoficiosidad produzca automáticamente a través de los jueces la nulidad del testamento por locura del testador, por ello recurre a la *vindicatio hereditatis*.

Existen dos episodios narrados por Valerio Máximo³³⁸, en ambos casos los hijos son excluidos de la sucesión por efecto del testamento de los padres, en lugar de seguir el medio judicial ordinario se dirigen a Augusto (de quien obtienen la declaración de nulidad del testamento y la posesión de los bienes hereditarios).

Los episodios urdidos muestran como todavía a finales del siglo I a.C., el juicio ante los centunviro no es considerado una opción clara y confiable para declarar la nulidad de los testamentos inoficiosos³³⁹.

No obstante los titubeos e incertidumbres en la práctica centunviral para juzgar los testamentos inoficiosos como nulos por la locura del testador, esta práctica va consolidándose con el transcurso del tiempo. Tan es así, que a finales del siglo I d.C., en la obra *declamationes minores* de Quintiliano³⁴⁰, se evidencia como los cognados del testador pueden impugnar el testamento: «*Tamquam impium, tamquam inofficiosum*».

³³⁷ Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, pp. 53-54.

³³⁸ Val. Max. 7. 7. 3: *C. autem Tettium a patre infantem exheredatum, Petronia matre, quam Tettius, quoad uixit, in matrimonio habuerat, natum, diuus Augustus in bona paterna ire decreto suo iussit, patris patriae animo usus, quoniam Tettius in proprio lare procreato filio summa cum iniquitate paternum nomen abrogauerat.* Val. Max. 7. 7. 4: *Septicia quoque mater Trachalorum Ariminensium irata filiis in contumeliam eorum, cum iam parere non posset, Publicio seni admodum nupsit, testamento etiam utroque praeterito. a quibus aditus diuus Augustus et nuptias mulieris et suprema iudicia improbauit: nam hereditatem maternam filios habere iussit...*

³³⁹ Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, p. 54.

³⁴⁰ *decl.* 264, ed. de Bailey, Shackleton, Stuttgart, Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum teubneriana, 1989.

Los juristas de los primeros años de la época clásica no consideran la autonomía de la inoficiosidad del testamento, ya que el testamento inoficioso permanece *iure civili e iure praetorio* válido.

Si los centunviros lo declaran nulo, su pronunciamiento lo hacen bajo el aspecto formal, no en razón de la inoficiosidad sino por causa de enfermedad mental del testador.

La inoficiosidad desde el punto de vista jurídico, no es un argumento útil para llegar a la conclusión que el testamento sería redactado por un loco. En cuanto al aspecto procesal, la acción sobre la cual los parientes allegados excluidos injustamente de la sucesión impugnan el testamento inoficioso, es por medio de la acción hereditaria: la *vindicatio hereditatis*.

La inoficiosidad del testamento es discutida en la fase *in iudicio* ante los centunviros, representa un incidente de la *vindicatio hereditatis*, tampoco es suficiente para invalidar un testamento. Es por eso, que la jurisprudencia del siglo I d.C., no considera la autonomía de la inoficiosidad del testamento. Durante ese mismo siglo comienzan a realizarse las condiciones para la creación de un sistema jurídico más sólido y fortalecido.

Ya en el umbral del Principado, el pretor propone una fórmula, la *hereditatis petitio*, un recurso procesal más destinado a resolver los litigios en materia hereditaria, dirimido ante un juez privado, ciudadano romano, elegido por las partes.

Es a partir de este momento, que la persona que desea poseer la herencia puede recurrir a dos vías:

- 1) *Vindicatio hereditatis*, con la relativa *legis actio* ante los centunviros, o bien;
- 2) *Hereditatis petitio*, creada por el proceso formulario cuya decisión es tomada por un único juez privado, además de ser elegido por las partes.

Los querellantes en su mayoría prefieren el medio procesal de *legis actio*, porque el órgano juzgador es el tribunal *centumviral* identificado en la época por su prestigio, seriedad e incorruptibilidad, al resolver la cuestión delicada que representa la inoficiosidad, pues en ésta, se expresan graves juicios morales sobre el actuar del testador y sobre la personalidad de las partes.

El tribunal centunviral es competente para resolver los litigios de inoficiosidad testamentaria a través de la *legis actio per sponsionem* y los otros litigios hereditarios, serían resueltos por un solo juez formulario (*iudex unus*), por medio de la *hereditatis petitio*.

La creación de la *hereditatis petitio* provocaría ya una diferencia entre los litigios hereditarios. Otra discrepancia entre los diversos conflictos hereditarios, se presentaría a finales del siglo I d.C., prometiendo el pretor en su edicto, que habría otorgado la *bonorum possessio* a quienes manifestaran su propósito de *inofficiosum testamentum dicere*.

No se trata de una novedad, pues sabemos que en la República tardía el pretor concede una *bonorum possessio de inofficioso* a los parientes allegados del difunto para impugnar el testamento inoficioso a través del colegio centunviral, incluso a pesar de no tener la calidad de herederos *civiles ab intestato*. Pero es un uso no consagrado en el edicto, la *bonorum possessio* es concedida por el pretor bajo petición de los interesados, sin que exista una cláusula edictal³⁴¹. Se trata de una *bonorum possessio decretalis*, es decir, no prevista en el edicto anual; el pretor la concede según las circunstancias, con base en su criterio discrecional, se convierte en una *bonorum possessio edictalis* a finales del siglo I d.C., por medio de una

³⁴¹ *Edictum repentinum*, orden o decreto emitido por el pretor para un caso determinado y concreto, se contraponen al *edictum perpetuum*. Cfr. García Garrido, Manuel Jesús, *op. cit.*, nota 248, p. 117.; *sub voce*. A través de la *bonorum possessio de inofficioso* (edicto *repentinum*) el pretor ejerce su facultad de *iuris dictio*, convirtiéndose esta en un medio de tutela judicial. El derecho pretorio es aquél que emana de las cláusulas edictales que promete instrumentos procesales como la *bonorum possessio de inofficioso*, que no son del *ius civile*. La intervención pretoria, se manifiesta en tres direcciones: *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*. D. 1. 1. 7. 1 (Papiniano, 2 *defin.*), es decir, agiliza la aplicación del *ius civile*, colma las lagunas y lo corrige. Esta cláusula edictal provoca el interés de los jurisconsultos por regular el problema de la inoficiosidad del testamento.

propuesta de un pretor en su edicto, donde concede la *bonorum possessio* a quienes manifiesten el propósito de *inofficiosum testamentum dicere*; entrando a formar parte del Edicto perpetuo, los jurisconsultos clásicos la denominan *bonorum possessio litis ordinandae gratia*³⁴².

La inoficiosidad de un testamento obtiene por primera vez reconocimiento formal en el plano jurídico debido a esta cláusula edictal relativa a la *bonorum possessio de inofficioso*, traza, efectivamente, la fecha de nacimiento de la *querela inofficiosi testamenti* como institución jurídica autónoma.

Debido a esta nueva disposición del Edicto pretorio, los jurisconsultos clásicos quieren formar parte del mismo. Y a ellos, que antes no les interesaba el problema de la inoficiosidad de los testamentos, a partir de este momento quieren ocuparse ampliamente del análisis de la *querela inofficiosi testamenti*, tomando en consideración la cláusula edictal; es por ello, que la trata Ulpiano³⁴³ en su obra *ad Edictum*, igualmente, se plantea en aquéllas obras de Juliano³⁴⁴, Escévola³⁴⁵, Trifonino³⁴⁶, Papiniano³⁴⁷, Paulo³⁴⁸, Modestino³⁴⁹ y Gayo³⁵⁰, siguiendo el mismo esquema de Marcelo, primer jurista que se ocupa *ex professo* de la *querela inofficiosi testamenti*, en el D. 5. 2. 3 (Marcelo, 3 *dig.*):

Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

Ulpiano, libro 14 *ad ed.*:

D. 5. 2. 1: *Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare.*

³⁴² D. 5. 2. 8 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

³⁴³ D. 5. 2. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

³⁴⁴ D. 37. 12. 1. 6 (Ulpiano, 45 *ad ed.*).

³⁴⁵ D. 5. 2. 20 (Escévola, 2 *quaest.*).

³⁴⁶ D. 34. 9. 22 (Trifonino, 5 *disp.*).

³⁴⁷ D. 5. 2. 16 (Papiniano, 2 *resp.*).

³⁴⁸ D. 5. 2. 23 (Paulo, *l. sing. de inofficioso testamento*).

³⁴⁹ D. 5. 2. 29 (Modestino, *l. sing. de inofficioso testamento*).

³⁵⁰ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*).

Cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent.

Se refiere también a la *querela*, Juliano citado por Ulpiano, 45 *ad ed.*:

D. 37. 12. 1. 6: *Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et ius antiquum, quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Iulianus scripsit: nec enim ei nocere debet, quod iura patronatus habebat, cum sit et pater.*

Y otros juristas como: Escévola, 2 *quaest.*:

D. 5. 2. 20: *Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere (totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor, ut interim et possideat et alatur et actionibus praeiudicium non patiatur: qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere nec ali, ne umquam melioris sit condicionis, quam si confitetur adversarius.*

Trifonino, 5 *disp.*:

D. 34. 9. 22: *Tutorem, qui pupilli sui nomine falsum vel inofficiosum testamentum dixit, non perdere sua legata, si non optinuerit, optima ratione defenditur et, si libertum patris pupilli sui nomine capitis accusaverit, non repelli a bonorum possessione contra tabulas, quia officii necessitas et tutoris fides excusata esse debet. Nec quisquam iudicum calumnia notabit tutorem, qui non suis simultatibus accusationem sub nomine pupilli instituit, sed cogente forte matre pupilli vel libertis patris instantibus. Et si tutor reum aliquem postulaverit pupilli nomine et ideo non sit exsecutus, quod interim ad pubertatem pupillus pervenerit, non oportet dici in Turpillianum eum senatus consultum incidisse. Discreta sunt enim iura, quamvis plura in eandem personam devenerint, aliud tutoris, aliud legatarii: et cum non suae personae iure, sed pupilli accusaverit, propriam poenam mereri non debet. Denique pupillo relicta in eo testamento, nisi a principe conservata sint, pereunt: adeo ille est accusator, is defensor et quasi patronus. Idem et Sabinus libris ad Vitellium scripsit.*

Papiniano, 2 *resp.*:

D. 5. 2. 16: *Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.*

Modestino en el *l. sing. de inofficioso testamento*;

D. 5. 2. 9: *Si autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait praestaturum fidei commissas libertates, scilicet viginti aureis et in hoc casu a singulis praestandis.*

Paulo *l. sing. de inofficioso testamento*;

D. 5. 2. 23: *Si ponas filium emancipatum praeteritum et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem petere bonorum possessionem, queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri et ita iungetur filio suo et simul cum eo hereditatem optinebit.*

Así como, Gayo *l. sing. ad legem Glitiam*;

D. 5. 2. 4: *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.*

No es sólo mediante la *bonorum possessio de inofficioso* que se convierte en objeto de estudio de los jurisconsultos clásicos, sino también por la práctica del tribunal de los centunviros que se van formando reglas precisas, para establecer si un testamento debe ser juzgado inoficioso. Reglas aplicadas constantemente en los juicios centunvirales de la *querela inofficiosi testamenti*, junto con aquéllas del *ius civile*, consideradas en cada *vindicatio hereditatis*.

El profesor Marrone³⁵¹ expresa que el régimen sustancial de la *querela inofficiosi testamenti* en época clásica, es un régimen compuesto, en donde llegan a confluír principios de origen y naturaleza distinta:

a) Principios del *ius civile*, la *querela inofficiosi testamenti* del lado formal es claramente un incidente petitorio – *vindicatio hereditatis* –, acción civil por excelencia, cuyo órgano juzgador es el tribunal centunviral.

³⁵¹ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 62.

b) Principios del *ius honorarium*, tomados en consideración por la *bonorum possessio de inofficioso*, que encuentra aplicación en cada hipótesis de la *querela*.

Añade, perspicuamente, el romanista³⁵² palermitano respecto al fundamento de la institución de la *querela*, que los juristas clásicos consideran la enfermedad mental del testador como un artificio retórico, necesario para invalidar los testamentos inoficiosos, sin dejar de ser una ficción. Así que, se debe hablar de *color insaniae* y no de *insania* verdadera; de un testamento redactado por un ‘*quasi a demente*’ y no del testamento de un demente³⁵³. De tal forma, por mérito de la jurisprudencia clásica se da el paso decisivo hacia la separación total de los litigios de *querela inofficiosi testamenti*, de otros litigios hereditarios; los juicios por inoficiosidad se diferencian en la sustancia, en cuanto a la forma procesal (debido a la introducción de la fórmula de *hereditatis petitio*), de aquéllos juicios hereditarios en los cuales el testamento es impugnado por causa de una verdadera locura del testador.

4. QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

La *querela*³⁵⁴, en primer lugar, es protesta, queja e *inofficiosus*, término que hace referencia a un juicio ético pero no jurídico, vale lo mismo decir, no conforme al *officium*, contrario a un deber moral; en segundo lugar, se presenta como el remedio concedido a los parientes más cercanos del difunto, el cual violando un deber de afecto (*officium pietatis*) los deshereda u omite sin motivo justificado.

Coherente con la relación entre el derecho y la moral, acentuado por la trascendencia de la opinión pública en el derecho clásico, no parece extraño

³⁵² *Ibidem*, p. 63.

³⁵³ *Cfr.* D. 5. 2. 2 (Marciano, 4 *inst.*); D. 5. 2. 5 (Marcelo, 3 *dig.*); D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*); D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*); 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14, *quaest.*).

³⁵⁴ En las fuentes, en ocasiones se lee *querella*, pero la doctrina se inclina hacia el término *querela* por ser el más antiguo y el más correcto. Véase a Di Lella, Luigi, *op.cit.*, nota 50, p. 14; Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 9, p. 40.

sostener, que en su origen la *querela inofficiosi testamenti* es empleada para remover las consecuencias inmorales provocadas por la desheredación u omisión, además de inoficiosas, desventajosas y nefastas para la colectividad. Por tanto, “para los romanos la *querela* es una reacción a una ofensa sufrida”³⁵⁵; “más que el interés patrimonial, venía lesionada, la estima y la dignidad del legitimario,... el lugar ocupado por el derecho lo ocupa el honor”³⁵⁶.

Afirmándose el principio de que los parientes próximos tienen a salvo su derecho de sucesión, debe derivar necesariamente³⁵⁷: a) que el *pater familias* según los principios de derecho agnaticio, deshereda sin motivo a sus descendientes. Una desheredación injustificada constituye una lesión al derecho de sucesión, reconocido en el nuevo derecho a los parientes más próximos; b) la madre no puede impunemente omitir a sus propios hijos, unidos a ella por un vínculo exclusivamente cognaticio; c) a su vez, los descendientes no pueden omitir al ascendente paterno o materno; d) los extraños no pueden ser preferidos a los consanguíneos en la sucesión. Verificada la violación a las situaciones descritas, la *querela* constituye el medio jurídico para removerla con la rescisión del testamento.

En este caso es concedida la *querela inofficiosi testamenti*, la cual tiene como objetivo rescindir el testamento, fundada sobre la lesión que le causa al desheredado u omitido y, en los límites que lo determina el querellante. Si los sujetos poseedores del derecho a promoverla, aceptan el acto de última voluntad, es decir, para quien no ve una lesión a este derecho, ni tiene la impresión de haber sido dañado, se da por descontada la vía para invalidar el testamento y debe abstenerse de manifestar duda acerca de las disposiciones testamentarias.

Recordemos que la *querela* se basa en el reconocimiento del pretor hacia los *cognati* de participar a la herencia de un pariente allegado. Cuando tales

³⁵⁵ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 41.

³⁵⁶ Fadda, Carlo, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1949, vol. II, p. 204.

³⁵⁷ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, p. 413.

consanguíneos son desheredados o preteridos sin causa justificada se les lesiona su derecho sucesorio. En resumen, la *querela inofficiosi testamenti* podría llevarse a cabo no sólo por los *sui exheredati*, sino también por los otros parientes próximos del *de cuius* excluidos de la sucesión, ya sea por el efecto de la simple *praeteritio*.

4.1 Fuentes jurídicas y fuentes literarias de la *querela*

La doctrina se encuentra dividida sobre la fecha de aparición de la *querela* en las fuentes jurídicas, resultado de las discrepancias cronológicas relativas a la práctica de nuestra institución. Escudriñando un punto de convergencia para la mayoría de las autoridades en el tema, encontramos que estas reconocen como fuentes primigenias los textos de Marcelo³⁵⁸ y Marciano³⁵⁹, otros pocos, siguiendo a La Pira³⁶⁰ en la *lex Glitia* citada por Gayo³⁶¹.

Así tenemos que el jurista más antiguo que se ocupa *ex professo* de la *querela*, en cuanto se ha dado a conocer es Marcelo³⁶². Sobre las circunstancias que consienten impugnar el testamento:

Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

En el comentario, el jurista aclara que tal problema surge cuando los padres erróneamente, por efecto de un mal entendido o una inducción al error, han desheredado u omitido a un descendiente – *cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt* –.

Así, a manera de ejemplo, una madre que deja fuera de testamento al hijo, por haber muerto en batalla, basada en informaciones erróneas – *Cum mater*

³⁵⁸ D. 5. 2. 3 (Marcelo, 3 *dig.*).

³⁵⁹ D. 5. 2. 2 (Marciano, 4 *inst.*).

³⁶⁰ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, p. 413.

³⁶¹ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*).

³⁶² D. 5. 2. 3 (Marcelo, 3 *dig.*).

militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset – o bien, – *quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest* –³⁶³. Igualmente, en el caso de que un testador afirme que un sujeto no es hijo suyo y por tal motivo lo deshereda, – *qui se filium eius esse adfirmat, qui testamento id denegavit, tamen eum exheredavit, de inofficioso testamento causa superest* –³⁶⁴. Situado en estas circunstancias, el desheredado fundamenta la petición de la *querela inofficiosi testamenti*. Se ve entonces, que la *querela* puede ser reconocida en caso de desheredación o preterición injustificada de quienes se consideran herederos legítimos.

La *querela inofficiosi testamenti* adquiere un significado particular y es aplicada con la finalidad de impugnar un acto de última voluntad, se deben considerar los elementos que inducen a la invalidación del contenido del testamento, es decir, con base a qué hacemos uso de la *querela*, esos argumentos aparecen en Marcelo³⁶⁵ y Marciano³⁶⁶.

Marcelo³⁶⁷ desarrolla su argumento³⁶⁸, y hace alusión al error o a la inducción al error como causas para considerar el testamento inoficioso; añade que la reclamación contra el testamento es, tanto para el desheredado como para el omitido, motivo de ofensa y vergüenza por ser privado de la participación a la masa hereditaria. Es interesante ver como Marcelo³⁶⁹ después de haber expuesto las razones para promover la *querela inofficiosi*

³⁶³ D. 5. 2. 27. 4 (Ulpiano, 6 *opin.*); Cfr. D. 5. 2. 28 (Paulo, *l. sing. de septemvir. Iud.*).

³⁶⁴ D. 5. 2. 27. 1 (Ulpiano, 6 *opin.*).

³⁶⁵ D. 5. 2. 5 (Marcelo, 3 *dig.*).

³⁶⁶ D. 5. 2. 5 (Marcelo, 3 *dig.*): *Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et obtinere assidue soleant. Huius autem verbi 'de inofficioso' vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuiste, cum testamentum inique ordinaret. I. 2. 18. [=D. 5. 2. 2 Marciano, 4 *Inst.*]: Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeterios, hoc coloro, quasi non sanae mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis: Nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.* Veáse a Voci, Pasquale, *op.cit.*, nota 58, p. 682., y La Pira, Giorgio, *op.cit.*, nota 53, p. 532.

³⁶⁷ Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, t. I, p. 592.

³⁶⁸ D. 5. 2. 3 (Marcelo, 3 *dig.*).

³⁶⁹ D. 5. 2. 5 (Marcelo, 3 *dig.*).

testamenti, propone también el apego jurídico para tutelar las argumentaciones.

Es necesario afirmar que las disposiciones testamentarias inoficiosas se explican solo tratándose de un estado de confusión mental del testador. A esto se refiere Marciano³⁷⁰, al explicar que los hijos omitidos o desheredados pueden impugnar el testamento, aduciendo que los ascendientes no gozaban de buena salud mental al momento de realizarlo. El jurista pronuncia dos explicaciones esenciales: la primera objeción al testador se refiere a la inobservancia al *officium pietatis*, puesto que un sujeto sano de la mente, frente a la muerte inevitable, debería preocuparse por el estado material de sus seres queridos. En segundo lugar, Marciano³⁷¹ se apresura a aclarar que no entiende el acusar al testador de enfermedad mental, para él, se trata de un subterfugio. El testador vendría a ser declarado *furiosus*, en ese caso el testamento sería privado de validez, al no poseer el sujeto en cuestión capacidad jurídica.

Para Giorgio La Pira³⁷², en cambio, el texto de Gayo³⁷³ en el Digesto, destella una luz sobre el modo de entender el sentido y los efectos de la introducción de la *querela inofficiosi testamenti*, en el mundo jurídico romano.

D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*): *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.*

El texto citado proviene de un comentario a la misteriosa *lex Glitia*, mencionada en las fuentes una sola vez, y cuya inscripción es probablemente añadida por los compiladores justinianos. Existe la teoría de que la *querela inofficiosi testamenti*, haya sido introducida con la citada ley.

³⁷⁰ D. 5. 2. 2 (Marciano, 4 *Inst.*).

³⁷¹ D. 5. 2. 2 (Marciano, 4 *Inst.*).

³⁷² La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, p. 413.

³⁷³ D. 5. 2. 4 (Gayo, *l. sing. ad legem Glitiam*): *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis instigationibusve corrupti.*

En la frase, el ínclito jurista pronuncia que no es consentido a los padres tratar a sus hijos injustamente en los actos de última voluntad. Esa injusticia provocada hacia los hijos deviene el fundamento para cuestionar la validez jurídica del testamento: un *pater familias* que dispone del patrimonio sin un sentido de equidad en relación a la propia sangre.

Como se expone, desde el punto de vista de las fuentes jurídicas, resulta complejo determinar una fecha exacta referida a la formación de la *querela inofficiosi testamenti*. Al respecto, el profesor Matteo Marrone expresa, “La *querela inofficiosi testamenti* representa la reacción de una conciencia jurídica más desarrollada y una evolución de las concepciones familiares, resulta irrelevante la cuestión relativa a la fecha de aparición de la institución, es suficiente precisar, sobre esto no hay duda alguna, que la *querela inofficiosi testamenti*, era empleada en el mundo jurídico romano al final de la República”³⁷⁴.

Para los romanistas una concreta comprensión de este régimen, no puede prescindir de los elementos que las fuentes literarias muestran, en orden al proceso de formación de nuestra institución.

Siendo opinión unánime para la doctrina, el determinar que las referencias textuales más antiguas de la *litis* orientada al proceso de la *querela* se encuentran en el siglo I a.C.³⁷⁵.

El fundamento primigenio de esta afirmación lo encontramos en Valerio Máximo³⁷⁶, autor de “*factorum et dictorum memorabilium libri IX*”; a propósito nuestro, Marinone³⁷⁷ en su *Cronologia Ciceroniana*, confirma cumplida la fase de formación de la acción para el año 52 a.C., cuando Valerio Máximo³⁷⁸ da noticia de un juicio contra el testamento *apud*

³⁷⁴ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, pp. 74 y 75.

³⁷⁵ Sobre el tema Cfr. Di Lella, Luigi, *op.cit.*, nota 50, p. 13; Renier, E., *op. cit.*, nota 26, p. 82, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 75; Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 58, p. 364.

³⁷⁶ Maximus, Valerius, *Facta et dicta memorabilia*, *op. cit.*, nota 90.

³⁷⁷ Marinone, Nino, *Cronologia Ciceroniana*, Roma, 1997, p. 67.

³⁷⁸ Val. Max. 7. 7. 2.

centumviri, por parte de un hijo dado en adopción que actúa contra el testamento del padre.

Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud Centumviros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi uiri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit. ceterum quamuis utraque haec aduersus nitebantur, tamen paterna bona optinuit: nam L. quidem Sextilius et P. Popilius, quos M. Anneius sanguine sibi coniunctos eadem ex parte qua Tullianum heredes fecerat, sacramento cum adulescentulo contendere ausi non sunt, tametsi praecipuis eo tempore Magni uiribus ad defendendas tabulas testamenti inuitari poterant, et aliquantum adiuuabat heredes quod M. Anneius in Sufenatis familiam ac sacra transierat. sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simidul uoluntatem et principis auctoritatem superauit.

En el texto, el hijo de M. A. Carseolano, adoptado por el tío Sufenate, obtiene una sentencia centunviral de rescisión del testamento del padre natural, que lo omite y consigue los bienes – *testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud Centumviros rescidit* –. Si bien, el testamento es considerado *legitime factum*³⁷⁹ bajo el perfil civilista o bajo aquél del derecho pretorio, Valerio Máximo³⁸⁰ comenta favorablemente la decisión del tribunal, no escondiendo las dificultades del asunto y las buenas razones de los herederos instituidos, nos revela sobre el particular: – *sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simidul uoluntatem et principis auctoritatem superauit* – “el vínculo de sangre, el más estrecho entre los hombres, pudo más que la voluntad del padre y la influencia del personaje más ilustre”.

Son numerosas las fuentes, en las cuales el testamento inoficioso está relacionado con la *querela*. Del mismo Valerio Máximo³⁸¹.

Vita Tuditani demens, Aebutiae autem, quae L. Meneni Agrippae uxor fuerat, tabulae testamenti plenae furoris: nam cum haberet duas simillimae probitatis filias Pletoniam et Afroniam, animi sui potius

³⁷⁹ Negri, señala que el testamento es válido, ya que no existe una carga por instituir al hijo dado en adopción, ni es todavía prevista una *bonorum possessio contra tabulas patris naturalis* a favor del hijo adoptivo: en esta época, tal *bonorum possessio* era quizás prevista para el emancipado. (Negri, Giovanni, *op. cit.*, nota 214, p. 282.).

³⁸⁰ Val. Max. 7. 7. 2.

³⁸¹ Val. Max. 7. 8. 2.

inclinacione propecta quam ullis alterius iniuriis aut officiis conmotata, Pletoniam tantum modo heredem instituit: filiis etiam Afroniae ex admondum amplo patrimonio XX nummum legavit. Afronta tamen cum sorore sacramento contendere noluit testamentumque matris patientia honorare quam indicio convellere satius esse duxit, eo se ipsa indigniorem iniuria ostendens quo eam aequiore animo sustinebat.

El caso descrito es aquel de Ebucia, una madre que deshereda a una de sus dos hijas, Afronia, sin un motivo justificado, las tablas testamentarias, dice Valerio Máximo, están llenas de *furor – tabulae testamenti plenae furoris –*, y con esto evidencia un vínculo entre la locura y la *querela inofficiosi testamenti*, derivada del testamento inoficioso. Dando a entender el autor, que si la hija hubiera actuado en juicio, habría hecho caer el testamento por la locura de la madre.

En el mismo orden de ideas, encontramos un paso en las Epístolas de Plinio el Joven³⁸², el cual examina la impugnación del testamento materno por parte del hijo excluido de la sucesión – *Pomponia Galla exheredato filio Asudio Curiano heredem reliquerat me –*.

De un problema análogo al recién citado, tenemos noticia a través de diversos pasos narrados por Quintiliano³⁸³ en sus *Institutiones Oratoriae*. El orador expone el proceso relativo a la herencia de Urbina, desenvuelto ante los centunviro en tiempos de Augusto (en torno al año 15 a.C.). El demandante actuando por medio de la *querela inofficiosi testamenti*, cuestiona la injusta preterición de Urbina, y confrontando a los herederos trata de hacer valer su derecho a la sucesión de la madre.

³⁸² Ep. 5. 1. 1 ... *Pomponia Galla exheredato filio Asudio Curiano heredem reliquerat me, dederat coheredes, Sertorium Severum, praetorium virum, aliosque splendoros equites Romanos. ... ille cum ceteris subscripsit centumvirale iudicium, mecum non subscripsit.*, traducido al español por González Fernández, Julián, Madrid, Gredos, 2005.

³⁸³ *inst.or.* 7. 2; 7. 5; 7. 26 ... *Est et illud, quod potest videri extra haec positum, coniecturae genus, cum de aliquo homine quaeritur, quis sit, ut est quaesitum contra Urbinae heredes, is qui tamquam filius petebat bona, Figulus esset an Sosipater. 5... Verum hoc quoque genus litis ex praeterito pendet. An hic sit ex Urbina natus Clusinius Figulus... 26... ut in lite Urbinae petitor dicit, Clusinium Figulum filium Urbinae acie victa, in qua steterat, iactatumque casibus variis, retentum etiam a rege tandem in Italiam ac patriam suam Marrucinos venisse atque ibi agnosci: Pollio contra, servise eum Pisauri dominis duobus, medicinam factitasse, a se rogantem, ut ei serviret, emptum.*

Del paso examinado, el profesor Marrone³⁸⁴ explica: en presencia de un testamento formalmente válido, los centunviro admiten su invalidez por la presunta *insania* de la testadora. El actor en la *litis*, demostrando su calidad de hijo y la falta de razón para su omisión, reclama los bienes de la madre.

Dentro de las mismas *Institutiones*, Quintiliano³⁸⁵ nos refiere otro ejemplo del empleo de la *querela*. El hijo de Liburnia instituye como heredero a un amigo, Publio Novanio Galión, a quien dice deber gratitud, desheredando a la propia madre: “madre mía, que me eres querida, a la cual estoy particularmente encariñado, que has vivido para mí y me has dado la vida dos veces en el mismo día... sea desheredada”.

La disposición comporta una contradicción intrínseca. Es evidente que la natural prosecución al elogio materno es con la fórmula ‘*heres esto*’ y no lo contrario, a menos que la disposición sea redactada por un verdadero loco, distinguiendo, el autor, con claridad tal hipótesis motivo de inoficiosidad.

Liburnia impugna el testamento pidiendo la rescisión, bajo el presupuesto de que el *de cuius* prefiriendo a un extraño la excluye, provocando una situación que equivale en sustancia a una *exhereditio*. La defensa de esta, Asinio Polión, sostiene en juicio, con la finalidad de rescindir el testamento, la locura del testador: «*Audisne? Furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprendimus*».

La fuente es relevante sobre todo por la colocación histórica y el argumento tratado: una injusta y ofensiva desheredación de una madre, Liburnia. El episodio se ubica en la segunda mitad del siglo I a.C., (el orador de la causa es Asinio Polión, 76 a.C.- 4 o 5 d.C.).

³⁸⁴ Citado en Di Lella, Luigi, *op. cit.*, nota. 50, p. 46.

³⁸⁵ Quintil. *inst.or.* 9.2; 9.34; 9.35: *Ut Asinius: «Audisne? Furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprendimus»*. 34. *Ut dicta autem quaedam, it scripta quoque fingi solent, quod facit Asinius pro Liburnia: «mater mea, quae mihi cum carissima tum dulcissima fuit, quaeque mihi vixit bisque eodem die vital dedit» et reliqua, deinde «exheres esto»*. 35 *Nam contra recitabatur testamentum: «P. novanius Gallio, cui ego omnia meritissimo volo et debeo pro eius animi in me summa voluntate»*.

Podemos deducir que en ese tiempo todavía no se reconocía como tal a la *querela inofficiosi testamenti*, cuyo apelativo y significado se asume en el lenguaje técnico de los juristas clásicos. De ahí que en la solicitud de la madre desheredada, la defensa no pida la rescisión por medio de la *querela*. Acorde al momento histórico, esta hipótesis resulta diversa de aquélla de la inoficiosidad; el objetivo es obtener la declaración de rescisión del testamento, porque su redacción hace pensar en un desequilibrio del testador, un presunto *furiosus*, es decir, estamos ante una *vindicatio hereditatis*, que en otro tiempo correspondería a la acción de la *querela* clásica.

A finales del siglo I a.C., se pueden apreciar los testimonios de Séneca³⁸⁶, que niega se pueda considerar *sanus* a quien “*filium a prima ofensa exheredat*”; Plinio El Joven³⁸⁷, declara como la desheredación injustificada puede ser tratada “*furoris modo*”; Juvenal³⁸⁸, califica como ejemplo de demencia, el caso de quien deshereda a sus hijos e instituye heredera a una esclava.

La casuística señalada en las fuentes literarias propuestas, contribuye a aclarar como surge la argumentación dirigida a la declaración de nulidad del testamento inoficioso (contrario al *officium pietatis*), basada sobre la presunta locura del testador.

Vemos como la preterición es injuriosa y, por lo mismo, se le considera inoficiosa para los hijos y los cognados. La *praeteritio* era difundida en la práctica utilizando el criterio de la clase de los legitimados de la sucesión civil *ab intestato* y lo mismo sucedía con los *liberi*. La omisión era precedida de una notable experiencia práctica guiada por la jurisprudencia.

Con la introducción de los emancipados en el ámbito del sistema sucesorio, el pretor sustancialmente recibe el principio del parentesco cognaticio, ya

³⁸⁶ *De clem.* 1. 14, traducido al español por Codoñer, Carmen, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1988.

³⁸⁷ *Ep.* 5. 9. 7.

³⁸⁸ *Sat.* 10. 232, traducido al español por Heredia Correa, Roberto, México, UNAM, 1984.

asimilado por la costumbre en las previsiones edictales sobre la *bonorum possessio sine tabulas*, para extender la norma civilística sobre la carga de la *exheredatio* de los *sui* y también de los *liberi naturales*.

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN PROCESAL DE LA *QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI: QUERELA CENTUNVIRAL* (Primera parte)

4. PROCEDIMIENTO DE LA *QUERELA CENTUNVIRAL*

El actor tiene la facultad de optar entre un *iudicium* centunviral, que inicia mediante el ejercicio de la *legis actio* o, la *cognitio extra ordinem*.

Las formas procesales de aplicación a la *querela* más antiguas son: la *legis actio sacramento in rem* y la *legis actio in rem per sponsionem*³⁸⁹.

4.1 *Legis actio sacramento in rem*

Este litigio tiene por objeto la *hereditas*, se trata de una *rei vindicatio* en orden a la herencia.

Las partes son: el heredero *ab intestato* (*suus* o *adgnatus*), que no tiene la posesión de los bienes hereditarios y el heredero testamentario, quien afirma la existencia de un testamento válido; en el caso de la *legis actio sacramento* no existe actor y demandado, porque ambos dicen tener el mismo derecho sobre la misma cosa, en este caso sobre la *hereditas*.

1) Fase *in iure*.

El litigio comienza en la fase *in iure*, siendo las formas de llamar al demandado a juicio: *in ius vocatio* o *vadimonium*, (de uso indistinto, sin

³⁸⁹ Remedio procesal empleado desde la época preclásica, es un procedimiento más sencillo y más rápido tiene relación con la *legis actio sacramento in rem*, también se utiliza para resolver en materia de *vindicaciones*, en particular a la *rei vindicatio* y a la acción hereditaria.

importar que la primera pertenezca al procedimiento de *legis actiones* y la segunda al formulario), posterior al llamamiento, quien tiene la iniciativa de la *litis* como parte del procedimiento toma una cosa que representa la *hereditas*, es decir, una *res* perteneciente al patrimonio hereditario. Cada una de las partes afirman ser titulares de la *hereditas*, (*hanc ego hereditatem meam esse aio...*), y deben tocar con la *festuca* la *res* que simboliza todo el conjunto hereditario, (debemos considerar que en los litigios centunvirales también está presente un hasta³⁹⁰). En esta parte del juicio, interviene el pretor, quien pronuncia las siguientes palabras: *mittite ambo rem*. Los litigantes dejan la cosa, acto seguido, se produce recíprocamente el *sacramentum*, cada uno de los contendientes prometen pagar al erario, en caso de resultar vencido, cincuenta o quinientos ases, dependiendo si el valor de la *litis* fuese inferior o superior a mil ases; además, como garantía del pago de la *summa sacramenti*, el pretor exige la intervención de garantes como *praedes sacramenti*; después del reto de las partes al *sacramentum* “*vindicias dicebat*”, el pretor asigna la posesión provisional de la *hereditas*, a uno de los litigantes. La parte a la cual se le otorga la posesión debe garantizar la restitución de la *hereditas* y de los frutos, frente al adversario mediante la intervención de *praedes litis et vindiciarum*. La asignación provisional de la posesión no tiende a establecer cual de las partes en litigio resultará vencedora. Ambas deben en la fase *apud iudicem* otorgar las pruebas de aquello que afirman.

Se debe considerar que no es un principio del sistema de *legis actiones*, el determinar quien posee inicialmente continuará haciéndolo durante el proceso. Más bien, el pretor asigna la posesión provisional de los bienes a quien cree probable heredero *iure civili*.

2) Fase *Apud Iudicem*.

Si ambos litigantes después del desarrollo de la fase *in iure* se presentan ante los centunviro, cada uno deberá sostener sus propias razones. Si se

³⁹⁰ Gai. 4. 16.

adopta el rito de la *legis actio sacramenti in rem*, los dos contendientes se encuentran en un mismo plano, ambos deberán entregar las pruebas. El heredero testamentario funda su afirmación sobre el testamento del *de cuius*, mientras que el querellante, lo hace sobre la delación *ex lege*, que presupone la ausencia de un testamento válido.

4.2 *Legis actio in rem per sponsionem*

A partir del emperador Vespasiano son dos los procedimientos aplicables: primero, *legis actio per sponsionem*, que inicia su aplicación durante el último siglo de la República³⁹¹ continúa su vigencia en el Principado; provocando la caída y posteriormente el desuso de la *legis actio sacramenti in rem* y, el segundo, *cognitio extra ordinem*.

Los cognados no tienen la calidad de *heredes civiles ab intestato* y, consecuentemente, no pueden ejercitar la *vindicatio hereditatis*. Para que puedan ser legitimados activamente a la *querela*, se introduce la *legis actio per sponsionem*, con base en la cual los sucesores pretorios *ab intestato* podrían entonces impugnar la cuestión de inoficiosidad en el rol de demandados; siempre y cuando posean los bienes hereditarios o el pretor les conceda la posesión ficticia para efecto del juicio, frente a la acción hereditaria promovida por el heredero testamentario.

1) Fase *in iure*

El rito de esta *legis actio* ante el tribunal de los centunvirov prevé que la fase *in iure*, entre actor y demandado, da lugar a dos *sponsiones*: la *sponsio praeiudicialis* y la *sponsio pro praedes litis et vindiciarum*³⁹². En la primera el actor se dirige al demandado con las siguientes palabras: “*si hereditas qua de agitur mea est centum viginti quinque sestertios dare spondes?*” y el

³⁹¹ Cfr. Cic. *in Verr.* II. 1. 45. 115; La referencia a la *litis* centunviral es implícita por eso, se trata de cuestiones hereditarias, en la época ciceroniana, los centunvirov tienen competencia exclusiva.

³⁹² Gai. 4. 93-94.

demandado responde: “*spondeo*”, obligándose a pagar ciento veinticinco sestercios³⁹³ al adversario, bajo la condición que éste sea efectivamente titular de la *hereditas*. La verdadera finalidad de la *sponsio praeiudicialis* no son los ciento veinticinco sestercios, sino que el juez determine si efectivamente la *hereditas* es del actor.

Como se aprecia, la discusión es sobre la cuestión de la pertenencia de la herencia, así que el actor debe probar *apud centumviri* ser heredero civil, por su parte, el demandado contradice tal afirmación sin tener que demostrar ser heredero (*suus* o *adgnatus*), se trata precisamente del pariente allegado desheredado injustamente. El juicio persigue establecer quien debe ser considerado poseedor de los bienes hereditarios.

Después de la *sponsio praeiudicialis*, tiene lugar la *sponsio pro praede litis et vindiciarum*, así llamada, porque desempeña un papel análogo a los *praedes litis et vindiciarum* en la *legis actio sacramenti in rem*. También ésta, es otorgada por el demandado, quien responde “*spondeo*” a la pregunta del actor, obligándose a restituir la *hereditas* de la cual es poseedor; en caso de que el actor gane el litigio, en orden a la *sponsio praeiudicialis*.

En la época clásica, cuando el demandado era poseedor ficticio, la *sponsio pro litis et vindiciarum* no se otorgaba, en virtud de la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. Haciendo a un lado esta segunda *sponsio* y considerando la situación que sí establece obligaciones a causa de la *sponsio praeiudicialis*: en ésta el demandado asume una obligación común *ex sponsione*, tiene por objeto el pago de ciento veinticinco sestercios, sancionada por la *actio ex sponsione*. Esta acción procede si la herencia le pertenece al actor.

La acción inicia inmediatamente después de la prestación de la *sponsiones* o, eventualmente, en la hipótesis de la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, solamente se otorga la *sponsio praeiudicialis*.

³⁹³ La *summa sponsionis* para los litigios centunvirales, dispuesta por la *lex Crepereia*: Gai. 4. 95.

La forma procesal adoptada, juzgada por los centunviro, es una *legis actio*: la *legis actio sacramenti in personam*, en consecuencia, siendo una pretensión real (*hereditatem meam esse*) procede como resultado de la *sponsio praeiudicialis*, a través de una acción *in personam*.

La fase *in iure* de la *legis actio per sponsionem*, está formada: a) por la prestación de la *sponsio praeiudicialis* y, eventualmente, de la *sponsio pro praede litis et vindiciarum*; b) de la fase *in iure*, compuesta por la *legis actio sacramenti in personam* con respecto a la *sponsio praeiudicialis*.

El desarrollo de la fase *in iure* de la *legis actio sacramenti in personam ex sponsione praeiudiciali*, no tiene ninguna particularidad. Con respecto a la información que se desprende sobre la *legis actio sacramenti in personam* en el manuscrito veronés de las *Institutiones* de Gayo³⁹⁴, aunque el jurista se ocupa del argumento, existe una gran laguna. Podemos decir solamente lo siguiente: a la afirmación del actor de ser acreedor de ciento veinticinco sestercios, el demandado lo niega. Las partes deben otorgar el *sacramentum*, prometiendo pagar al erario cincuenta ases³⁹⁵ en el supuesto de perder el juicio.

2) Fase *apud iudicem*

La ausencia de una de las partes en la fase *in iure* habría impedido el seguimiento del juicio y, por lo tanto, no se habría pronunciado la sentencia. En el debate *apud iudicem* de la *legis actio per sponsionem*, las posiciones de las partes no son iguales, la parte actora en la *sponsio praeiudicialis* tiene la carga de probar la pertenencia de la *hereditas*, es aquí donde debe probar ser heredero.

Si el actor es el querellante, debe afirmar y demostrar la apertura de la sucesión civil *ab intestato* a su favor. El demandado entonces habría

³⁹⁴ Gai. 4. 91.

³⁹⁵ El valor del litigio es de ciento veinticinco sestercios entonces menos de mil ases (cada sestercio vale dos ases y medio).

objetado que debido a la existencia de un testamento, la delación *ab intestato* se excluía. Y el actor, a su vez, habría replicado la nulidad del testamento asumiendo el relativo *onus probandi*.

Consideremos la hipótesis inversa: el actor es el heredero testamentario, en tal caso, está obligado a afirmar ser *heres civilis* del *de cuius*. Precisamente, el fundamento de su afirmación lo encuentra en el mismo testamento que lo instituye *heres*. Al querellante (*cognatus*) en la posición de demandado, le basta oponer y demostrar la nulidad del testamento. Al no ser heredero civil, únicamente puede actuar como demandado, e impugnar ante los centunviros el testamento de inoficioso, por el hecho de haber sido excluido de la herencia; es entonces donde interviene el pretor dirigiéndose a él, por medio de la *bonorum possessio*, precisamente en el rol de demandado.

4.2.1 *Bonorum possessio de inofficioso*

A la *bonorum possessio de inofficioso* son admitidos los sucesores *iure praetorio tantum*, desheredados o preteridos sin motivo justificado, con el fin de poseer los bienes hereditarios, y los herederos por derecho civil. Los primeros en su carácter de demandados, y como parte actora, los herederos civiles *ab intestato*. El ser demandado ofrece una ventaja relativa, ya que se ahorra la carga de probar su calidad de heredero civil, pero deberá comprobar ante los centunviros su calidad de sucesor pretorio *ab intestato*, para obtener la *bonorum possessio de inofficioso*.

En la práctica quienes consiguen la *bonorum possessio* son los sucesores pretorios *ab intestato*, sólo ellos tenían la oportunidad de un pronunciamiento favorable de parte de los centunviros, a favor de su causa, sostienen que existe un deber moral del testador de no excluirlos a la sucesión sin motivo justificado³⁹⁶.

³⁹⁶ D. 5. 2. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

Para la concesión pretoria de la *bonorum possessio de inofficioso*, es necesario que el querellante manifieste su intención de impugnar el testamento como inoficioso, es decir, *inofficiosum testamentum dicere velle*³⁹⁷.

Para que el pretor otorgue la *bonorum possessio de inofficioso*, debía primero regular la *agnitio bonorum possessionis*³⁹⁸, en ese orden de ideas, debía el sucesor pretorio manifestar su voluntad de aceptar el patrimonio del difunto, una vez aceptado el patrimonio hereditario, se le concede al destinatario no poseedor, la pronta adquisición de la posesión sobre los bienes hereditarios, por medio del *interdictum quorum bonorum*.

4.2.1.1 Requisitos para la concesión de la *bonorum possessio de inofficioso*

Para otorgar la *bonorum possessio de inofficioso* son requisitos indispensables, los siguientes:

- 1°. Quien hace la petición debe pertenecer a las clases de sucesores *ab intestato iure praetorio*³⁹⁹.
- 2°. Que el testamento no sea testamento *militis*.
- 3°. El solicitante no haya otorgado expresamente su voluntad en el testamento, es decir, aceptado un legado.
- 4°. La solicitud debe ser dentro de los cinco años, contados a partir de la muerte del testador.
- 5°. Que no exista otro remedio contra el testamento.

Al querellante le es permitido de *lege agere*, una vez que cumpla con los requisitos ya mencionados, debiendo promover la acción dentro del límite de su cuota civil *ab intestato*. (Sólo a nivel ilustrativo, se puede mencionar: el *suus* querellante que actúa contra el hermano, emancipado por el testador

³⁹⁷ D. 5. 2. 3 (Marcelo, 3 *dig.*) y D. 5. 2. 6 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

³⁹⁸ *Cfr.* Gai. 3. 34.

³⁹⁹ La *legis actio* es admitida contra los hijos, padres, hermanos y hermanas.

e instituido heredero en el testamento, puede actuar por todo el as hereditario, declarando nulo por inoficiosidad el testamento, pero el emancipado podía tener su cuota – *iure praetorio ab intestato* – solicitando la *bonorum possessio de inofficioso*; su petición no era rechazada porque reconoce el testamento, en cambio, sería rechazado si se tratara de una *bonorum possessio contra tabulas*).

Si alguno entre los legitimados moría sin haber conseguido la *bonorum possessio* en cuestión, la pretensión no se transmitía a sus herederos. Otra regla es que la *bonorum possessio* se difería a un *filius familias* si la solicitaba personalmente, siempre y cuando obtuviera el consentimiento del *pater*, o bien, el *pater* nombrara a los hijos *fili nomine* ⁴⁰⁰.

4.2.1.2 Orden de admisión y exclusión a la *bonorum possessio de inofficioso*

Tanto el orden de admisión como el de exclusión de aquéllos sujetos que pueden impugnar el testamento, son empleados tanto para la *bonorum possessio de inofficioso* como para la *querela*. Ambos juicios están dirigidos a la impugnación del testamento de inoficioso. Además, recordemos que la *bonorum possessio de inofficioso* impulsa la autonomía de la *querela*, por esta razón la aplicación de los mismos requisitos, así como, los centunviro que son los jueces competentes para resolver en materia de inoficiosidad.

El orden de admisión tanto para la *querela inofficiosi testamenti* y la *bonorum possessio de inofficioso* (Ulpiano, 14 *ad ed.*) ⁴⁰¹, es el siguiente:

1º. Padres (*parentes*);

2º. Hijos (*liberi*), y

⁴⁰⁰ Marrone, Matteo, “Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, Palermo, vol. XXVII, 1959, p. 175.

⁴⁰¹ D. 5. 2. 1.

3º. Cognados (*cognati*), únicamente del segundo grado, es decir, solo están incluidos los hermanos (*ultra fratrem*).

Con respecto a los *sui* – emancipados y aquéllos dados en adopción –, en el lugar del hijo premuerto, la *bonorum possessio de inofficioso* se concede a los nietos (hijos del hijo, llamada *successio in locum*). En cuanto a los hijos, se les consiente impugnar por inoficiosidad no solo el testamento paterno sino también el materno. A falta de hijos la *bonorum possessio de inofficioso* espera al padre, a la madre, a los hermanos y hermanas.

La posición de la madre respecto a los hijos, aún después del senadoconsulto Tertuliano, continúa la aplicación de dicho senadoconsulto para otorgar la *bonorum possessio de inofficioso*; la madre sucede *ab intestato* al hijo, en caso de que éste no deje hijos varones ni descendientes, ni le subsistan el padre o hermanos, vinculados a éste por agnación. Antes del senadoconsulto Tertuliano, la madre adquiere como sucesor *iure praetorio*, en la tercera clase, la de los cognados⁴⁰², siendo precedida por la hermana del hijo difunto, que está incluida en la segunda clase de los *legitimi*.

Son excluidos de la *bonorum possessio de inofficioso* y de la *querela*:

- 1) El heredero necesario que expresa su voluntad de aceptar un legado dispuesto a su favor o, hubiese prestado asistencia como abogado, como *procurator*, para la ejecución de un legado a favor de un tercero dispuesto en el testamento inoficioso.
- 2) Parientes allegados desheredados, que compran la herencia a los herederos testamentarios, instituidos en el testamento inoficioso o compran objetos individuales comprendidos en la masa hereditaria.

⁴⁰² Pertenecen a la tercera clase de sucesores *ab intestato iure praetorio*, es decir, a la *bonorum possessio sine tabulis* y son los parientes de sangre, tanto en línea masculina como femenina, no más allá del sexto grado.

3) Los herederos necesarios que toman en arrendamiento, fundos que pertenecen a la herencia.

4) Los herederos necesarios, deudores del testador que pagan la deuda al heredero testamentario.

4.2.1.3 Procedimiento de la *bonorum possessio de inofficioso*

Es el medio procesal adecuado para que recurra el sucesor, *iure praetorio tantum*, desheredado o preterido sin motivo justificado, con la finalidad de poseer los bienes hereditarios.

En primer lugar, como en líneas arriba se expone, para que sean admitidos a la *querela inofficiosi testamenti* los sucesores *iure praetorio tantum* no poseedores, deberán cumplir con los siguientes requisitos: no debe tratarse de un testamento militar, el querellante debe pertenecer a la clase de sucesores *ab intestato iure praetorio*; la solicitud debe ser promovida dentro de los cinco años a partir de la muerte del testador, siempre que no exista otro remedio procesal. Cumplimentando las condiciones exigidas y en el supuesto de que el pretor les confiera la calidad procesal de demandados, – condición indispensable para poder recurrir a la *querela inofficiosi testamenti* ante los centunviro –. Para tal fin, el pretor les concede una forma especial de *bonorum possessio*: la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, adquiriendo el título de *bonorum possessores*; el pretor, a su vez, deberá otorgar a una de las partes la posesión de los bienes hereditarios, en el caso de la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* la posesión es solo ficticia, porque una vez regulada la posesión, se promoverá la *querela inofficiosi testamenti* a través de la *legis actio per sponsionem*⁴⁰³.

Las partes en el proceso actor y demandado, son: el heredero testamentario (actor) y el *bonorum possessor* (demandado).

⁴⁰³ *Supra* p.125.

El demandado afirma querer *inofficiosum testamentum dicere*, una vez que se le concede la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, la otra parte, el heredero testamentario poseedor de la herencia está obligado, bajo amenaza de sanciones pretorias, a ejercitar contra quien lo demanda la *vindicatio hereditatis* en la forma de *legis actio per sponsionem*. En la fase sucesiva del procedimiento – *apud iudicem* –⁴⁰⁴, ante los centunviro y frente al heredero testamentario que fundamenta su calidad de heredero con base en un testamento válido, el querellante ejercita la *querela inofficiosi testamenti*, objetando que se trata de un testamento inoficioso y, por lo tanto, nulo *sub colore insaniae*, consecuentemente, también el querellante asume la carga de la prueba. Si los centunviro comprueban la efectiva inoficiosidad del testamento, emiten una sentencia absolutoria negando al heredero testamentario su calidad de heredero y, por lo mismo, el demandado querellante es absuelto. En este supuesto, el querellante *bonorum possessor* puede hacer valer tal calidad mediante el *interdictum quorum bonorum*, la *bonorum possessio* es *sine re*, pero una vez emanada la sentencia se convierte en *cum re*, Esta distinción de la *bonorum possessio* es aplicada en la práctica procesal inicial, ya que con el transcurso del tiempo no se clasifica la *bonorum possessio* en *cum re* o en *sine re*, sino que se convierte en *sui generis*.

Es necesario explicar cuando la *bonorum possessio de inofficioso*, es *cum re* o *sine re*⁴⁰⁵.

Se trata de una *bonorum possessio cum re*, si durante un juicio prevalece el sucesor pretorio frente al sucesor civil, puesto que, el pretor impide al heredero civil proceder con la acción hereditaria contra el *bonorum possessor*. El pretor deniega la acción al sucesor civil y adquiere la posesión definitiva el sucesor pretorio. En cambio, cuando nos encontramos ante la *bonorum possessio sine re*, es porque durante el litigio el heredero civil tiene ventaja sobre el sucesor pretorio, en este caso, el pretor le otorga al

⁴⁰⁴ *Supra* p. 127.

⁴⁰⁵ *Cfr.* Gai. 3. 34, sobre la clasificación *cum re* y *sine re*.

sucesor civil la posesión provisional sobre los bienes hereditarios, a través del ejercicio de la *vindicatio hereditatis*.

La *bonorum possessio de inofficioso*, considerada durante el proceso hasta la sentencia definitiva es *sine re*, después de la sentencia de inoficiosidad la *bonorum possessio de inofficioso* devendrá en *cum re*.

Los primeros juicios se desarrollan *sine re*, con posterioridad, se incorpora la *bonorum possessio cum re*. Un testimonio de aplicación de un juicio *cum re* lo encontramos en Valerio Máximo⁴⁰⁶, en una obra que se remonta a los años 69-70 a.C. Ahí, el escritor describe un caso, en el cual Terencio da en adopción a uno de sus ocho hijos. Ese hijo, una vez emancipado por el padre adoptivo, en su testamento deshereda al padre natural, Terencio. Si bien, el testamento es *iure civili* válido, Terencio después de la muerte del hijo se dirige al pretor Calpurnio Pisón, el cual le otorga la *bonorum possessio*, deniega la *vindicatio hereditatis* a los herederos contemplados en el testamento, de tal forma, que Terencio se ahorra la discusión sobre la cuestión de inoficiosidad ante los centunviros. Sabemos que en la época posterior, las cuestiones de inoficiosidad testamentarias son discutidas ante los *centumviri*, bien sea, porque la propone un heredero civil *ab intestato* o un sucesor *iure praetorio*. En la práctica, prevalece la concesión del pretor a aquel que propone impugnar el testamento como inoficioso y permite que el heredero testamentario proceda mediante la acción hereditaria, siendo los centunviros quienes discutirán sobre la cuestión de inoficiosidad.

Más tarde, cuando se adopta la *bonorum possessio de inofficioso* en el Edicto pretorio, la asignación de esta *bonorum possessio* es de carácter ficticio, se utiliza sólo para fijar el rol procesal del demandado, en donde se entiende que se quiere ejercitar la *querela inofficiosi testamenti*, sin que esto implique algún cambio en la posesión de los bienes hereditarios de la parte

⁴⁰⁶ Val. Max. 7. 7. 5: *Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est.*

actora hacia la parte demandada⁴⁰⁷. Los jurisconsultos, por lo tanto, hablan a propósito de *bonorum possessio litis ordinandae gratia*⁴⁰⁸. Redondeando lo documentado acerca de la *bonorum possessio de inofficioso*, apuntamos que la institución asume durante el proceso el carácter de *sui generis*, no empleando la clasificación de *cum re ni sine re*.

4.2.1.4 Causas para denegar la *legis actio per sponsionem*

El pretor puede no consentir el ejercicio de la *legis actio*, denegando la *legis actionem* en tres situaciones distintas, cuando:

- 1º. El querellante logra obtener la *bonorum possessio de inofficioso*;
- 2º. El querellante no ha conseguido la *bonorum possessio de inofficioso*, pero es efectivamente poseedor de la *hereditas*, y
- 3º. El querellante no ha conseguido la *bonorum possessio de inofficioso*, y no es poseedor de los bienes hereditarios.

1º. El querellante obtiene la *bonorum possessio de inofficioso*.

Muerto el heredero necesario (querellante), luego de haber conseguido la *bonorum possessio de inofficioso*, sus herederos son reconocidos para continuar con el litigio de la *querela*. En tal caso, el pretor no consiente al heredero testamentario de *lege agere* (tiene relevancia, el caso donde Calpurnio Pisón deniega la *legis actio* al heredero testamentario)⁴⁰⁹. El heredero testamentario tiene interés en promover la *legis actio* y acogerse a la *bonorum possessio de inofficioso*; porque de lo contrario, el heredero necesario habría mantenido definitivamente la posesión de los bienes adquiridos en virtud de la *bonorum possessio de inofficioso*. De otra manera, al no ejercitar el heredero testamentario la *legis actio*, el pretor habría consentido al *bonorum possessor* el cual es poseedor de la herencia la *litis*

⁴⁰⁷ Cfr. C. 3. 28. 2 (a. 196): *Quamvis de inofficioso testamento acturum te bonorum possessionem accepisse proponas, tamen scriptis heredibus Auferre possessionem incivile est.*

⁴⁰⁸ D. 5. 2. 8 (Ulpiano, 14 ad ed.).

⁴⁰⁹ *Supra* p. 134.

ordinandae gratia, debiendo éste ejercitar contemporáneamente el *interdictum quorum bonorum*, para obtener la posesión definitiva sobre los bienes hereditarios. Por tanto, la regla general es: el sujeto activamente legitimado a la *querela*, ejerce la *legis actio per sponsionem* como demandado y, viceversa, el heredero testamentario pasivamente legitimado a la *querela*, es actor en la *legis actio*.

Se identifica otra observación en la hipótesis planteada, un querellante que habría obtenido la *bonorum possessio de inofficioso* pasivamente legitimado a la *querela inofficiosi testamenti* y activamente legitimado a la *vindicatio hereditatis*, es el heredero testamentario, sólo él, puede ser actor en la *legis actio per sponsionem*, esto implica ser *heres iure civili*.

2º. El querellante no ha conseguido la *bonorum possessio de inofficioso*, pero es efectivamente poseedor de la *hereditas*⁴¹⁰.

El pretor, una vez que introduce en los juicios hereditarios la fórmula de la *hereditatis petitio*, se dirige a la *querela* a través de la *legis actio per sponsionem*, sólo si el querellante se encuentra en la condición prevista para conseguir la *bonorum possessio de inofficioso*.

El pretor, en esa coyuntura, corrobora si el querellante cumple con las condiciones y si no ha caducado la instancia⁴¹¹.

De acuerdo con la investigación llevada a cabo por el pretor, le exige al heredero testamentario ejercitar la *legis actio per sponsionem*, negándole la *hereditatis petitio* o, viceversa, niega la *legis actio per sponsionem* y le otorga la *hereditatis petitio*, en este último supuesto el testamento es tratado como válido por el *iudex unus*, donde la herencia se atribuye al heredero testamentario.

⁴¹⁰ D. 5. 2. 8. 13 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁴¹¹ *Supra* p. 129.

3°. El querellante no ha conseguido la *bonorum possessio de inofficioso* por lo cual no es poseedor de los bienes hereditarios.

En este caso, se dirige a la *querela* solamente el *heres civilis ab intestato*⁴¹². Para tal finalidad, es necesario que no exista otro *heres civilis ab intestato* de grado o clase superior, de otra manera, el de grado o clase más lejana sería excluido de la *vindicatio hereditatis*, en virtud del principio civil que niega la *successio graduum y ordinum*. Ante tal supuesto, el heredero necesario de grado o clase menos próxima habría podido recurrir a la *querela* por medio de la *bonorum possessio de inofficioso*.

En cuanto a la hipótesis, si el heredero necesario (querellante), *heres civilis ab intestato*, muere antes de promover la *querela inofficiosi testamenti*, según los principios civiles se debe distinguir entre: los *sui* y agnados. Los *sui* adquieren automáticamente la herencia con la delación, en esa tesitura, ellos deben transmitir a los herederos la acción relativa – *querela* –. Por su parte, los agnados se convierten en herederos previa aceptación, sólo después de tal aceptación, transmiten a los herederos la acción hereditaria; en caso de que, no tengan la posesión de los bienes hereditarios y, además eran excluidos de la herencia, existiendo la voluntad de promover la *querela inofficiosi testamenti*, la manifestación de dicha voluntad era suficiente para que sus herederos promovieran la *querela*. Algunos textos indican la necesidad para la transmisión a los herederos de la *querela inofficiosi testamenti*, que la controversia sea *coepta* o al menos *praeparata*⁴¹³: estas normas son aplicadas en el derecho clásico, exclusivamente para los sucesores pretorios y no para los herederos civiles.

Es labor del pretor, verificar si el querellante cumple con los requisitos para la concesión de la *bonorum possessor de inofficioso*, de no ser así, deniega

⁴¹² No todos los *heredes civiles ab intestato* son aceptados a promover la *querela inofficiosi testamenti* únicamente son: los hijos, los padres, hermanos y hermanas.

⁴¹³ D. 5. 2. 6. 2 (Ulpiano, 14 *ad ed.*); D. 5. 2. 7 (Paulo, *l. sing. de septemviri*); D. 5. 2. 15. 1 (Papiniano, 14 *quaest.*) y C. 3. 28. 5 (*a.* 211).

la acción – *legis actio per sponsionem* –, también, se deniega si el querellante hubiese iniciado la *legis actio* y después desistido⁴¹⁴.

Si se le permite al querellante de *lege agere*, debe promover la acción (en la forma ya descrita) dentro de los límites de su cuota civil *ab intestato*, por cuanto le correspondería si se abre la sucesión civil *ab intestato*.

4.2.1.5 *Ius adcrescendi* aplicable a la *bonorum possessio de inofficioso* y a la *querela* en caso de pluralidad de sujetos legitimados activamente

Si existen varios herederos necesarios tiene lugar la *bonorum possessio de inofficioso*, la *successio ordinum y graduum*⁴¹⁵, donde un legitimado de clase o grado más cercano al testador, renuncia expresa o tácitamente, o no es admitido a la *bonorum possessio*. Se puede pensar que para dar curso a la voluntad expresa en el testamento, se sustituye al legitimado de clase o grado menos próximo.

Tratándose de varios herederos necesarios legitimados a la *querela inofficiosi testamenti*, siendo estos *heredes civiles ab intestato* (del mismo grado), si uno renuncia a la *querela* o, por algún otro motivo, no la ejercita; los otros pueden impugnan el testamento de inoficioso, obtenido provecho a la falta de la *querela* del coheredero, y cuya cuota se habría añadido proporcionalmente a la de los otros herederos, o bien, los querellantes habrían debido ejercitar la acción limitadamente a su cuota inicial – cuota *ab intestato* –, es decir, cabe la aplicación del *ius adcrescendi*.

Los juristas clásicos niegan la aplicación del *ius adcrescendi*, debido al fundamento jurídico de la *querela inofficiosi testamenti*: el testamento inoficioso es declarado nulo por enfermedad de la mente del testador; en consecuencia, los hijos *in potestate* injustamente desheredados en el testamento paterno, una vez declarado nulo el testamento, son tratados no

⁴¹⁴ D. 5. 2. 8. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*); D. 5. 2. 21 (Paulo, 3 *resp.*).

⁴¹⁵ D. 5. 2. 31 (Paulo, *l. sing. de septemvir. Iud.*).

solo como herederos *ab intestato*, sino también, como *heredes sui atque necessarii*. Por esta razón, no se puede *iure civili* aplicar el *ius adcrescendi*.

Diverso es el punto de vista de Paulo acerca del *ius adcrescendi*: “si entre los sujetos activamente legitimados a la *querela inofficiosi testamenti*, uno de ellos renuncia a la *querela*, su cuota se añade *ipso iure*, por derecho de acrecer (*ius adcrescendi*) a las cuotas de los otros coherederos”⁴¹⁶.

Pero, siguiendo el *ius civile*, no se aplica el *ius adcrescendi* a los *heredes necessarii* por la imposibilidad misma, dado que el llamado a heredar no se convierte en heredero, es heredero por sí mismo.

En tal sentido, se expresa Papiniano (se trata de un hijo que impugna como inoficioso el testamento de la madre, el problema es que uno de los hijos ejercita la *querela*, vence limitadamente con respecto a su cuota.)⁴¹⁷ y Ulpiano⁴¹⁸, mientras que, por su parte Paulo, 2 *quaest.*,⁴¹⁹ difiere de ambos: su punto de vista sobre el *ius adcrescendi* es, que en caso de renuncia de uno de los dos hijos *in potestate*, el otro promueve la *querela inofficiosi testamenti*, por la totalidad de la masa hereditaria, el derecho no justifica tal comportamiento, ya que, una vez invalidado el testamento, también el otro hermano era llamado a la sucesión (*quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur*) y, por lo tanto, el hermano querellante no estaba actuando rectamente para obtener el as hereditario (*et ideo universam hereditatem non recte vindicasset*). Prosigue en su disertación, los centunviros que son los jueces competentes en materia de *querela inofficiosi testamenti*, tomando en cuenta la circunstancia que uno de los hermanos renuncia y el otro ejercita la *querela*, fingen la existencia de un solo hijo querellante, ignorando la existencia del renunciante, en

⁴¹⁶ D. 5. 2. 17 (Paulo, 2 *quaest.*): *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. Unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatatis ageret, quia rescisso testamento patris quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.*

⁴¹⁷ D. 5. 2. 16 (Papiniano, 5 *quaest.*).

⁴¹⁸ D. 5. 2. 8. 8 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁴¹⁹ D. 5. 2. 17.

congruencia con esto, el hermano que promueve la *querela*, obtiene la cuota entera de la herencia paterna frente a cualquiera que reclame parte de aquella herencia; en primer lugar, frente al hermano que renuncia a la *querela inofficiosi testamenti*. Los centunviro, añade el jurisconsulto, creen que aquel es el único hijo del testador (los centunviro en el momento que declaran nulo el testamento inoficioso, juzgan con un criterio análogo, como en aquel que muere sin testamento: esto quiere decir el jurista con las siguientes palabras: “*cum facerent intestatum*”).

Solo se enuncian las opiniones divergentes entre Paulo⁴²⁰, con respecto a las de Papiniano⁴²¹, y Ulpiano⁴²², adhiriendonos a la opinión de estos últimos. Regresando a la hipótesis⁴²³, ambos son hijos *in potestate* a la muerte del testador, si uno de ellos renuncia a la herencia, y el otro impugna el testamento de inoficioso, este sólo podrá obtener su cuota, no podrá incrementarla; al declararse nulo el testamento por enfermedad de mente del testador, ambos adquieren el mismo derecho sobre el patrimonio hereditario del *de cuius*, es decir, cada uno puede obtener su cuota proporcional, sin derecho al incremento, pues, no sería equitativo que únicamente uno de los hermanos adquiriera la totalidad del as hereditario, estaríamos ante una resolución inequitativa del juez centunviral.

4.3 Fundamento de la *querela* centunviral: *officium pietatis*

Superadas las normas de carácter familiar, en las cuales se inspiran las normas decenvirales que relacionan el régimen de la *hereditas* con la participación de la familia agnaticia (*sui, adgnati*) o a la *gens* (gentiles), vendrá asegurado un derecho pretorio de sucesión a los parientes privados de calificación agnaticia (*cognati*), en señal de un nuevo ordenamiento de la

⁴²⁰ D. 5. 2. 17 (Paulo, 2 *quaest.*).

⁴²¹ D. 5. 2. 16 (Papiniano, 5 *quaest.*).

⁴²² D. 5. 2. 8. 8 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁴²³ D. 5. 2. 17 (Paulo, 2 *quaest.*).

sucesión intestada, mientras, por otra parte, desaparece la sucesión gentilicia⁴²⁴.

La observación desarrollada se interpreta como un fenómeno histórico según el cual se reconoce el derecho hereditario de los *cognati*. Es decir, de forma paralela a la sucesión civil surge la sucesión pretoria, que considera a los parientes consanguíneos para recibir la *hereditas*; siendo factible verificar la afirmación en los textos de Polibio⁴²⁵, en donde se muestra que ya al final de las guerras Púnicas, al menos para los patricios, la institución del heredero tiene a menudo la finalidad de hacer prevalecer los vínculos de sangre sobre el parentesco civil, proteger al heredero, entendido éste, como garante de la unidad patrimonial de la familia.

El *officium* constituye una verdadera y propia obligación jurídica, viene afrontado sobre el terreno de los influjos de la doctrina ética (especialmente de aquella de la filosofía estoica divulgada en la literatura romana).

La palabra *inofficiosus* implica un juicio ético, lo contrario a un *officium*. *Testamentum inofficiosum* es el testamento en cuya redacción el testador viola el deber de afecto, *officium pietatis*, hacia los parientes más cercanos.

La desheredación y también la omisión – considerada una subespecie de desheredación –, pueden ser contrarias al *officium* si no son realizadas por una causa justa. En consecuencia, no basta el hecho de la desheredación, preterición o insuficiente consideración de un pariente allegado para que el testamento se declare contrario al *officium pietatis*, se necesita que ese sea injusto o injustificado.

El *officium pietatis* puede definirse como un deber moral de respeto y afecto hacia los parientes próximos. La perspectiva es siempre aquella de la primacía del pensamiento moral sobre lo jurídico, afirmando que junto al

⁴²⁴ Cic. *in Verr.* II 1. 45. 115; Cic. *De orat.* 1. 39. 176.

⁴²⁵ Boyer, Georges, “Mélanges d'histoire du droit oriental. Le droit successoral romain dans les oeuvres de Polybe”, Paris: Sirey, *Recueil de l'Académie de Législation*, 1962, p. 285.

ordenamiento de derecho merece mayor observancia el ordenamiento de la costumbre – *mores* – y de la moral.

Las *mores* aluden al buen comportamiento social, obedeciendo a las obligaciones y, a su vez, tomando en cuenta lo dictado por la *pietas* familiar, en particular, lo referente a los vínculos de sangre, basados en la solidaridad familiar.

La *pietas* es el sentimiento de afecto, cultivado y protegido por el ciudadano romano no sólo ante los familiares sino también de la patria y ante los dioses. El precepto, presumiblemente, surge en la época arcaica, cuando lo sacro y la familia forman parte de la estructura de la vida socio-cultural en las poblaciones del Lacio.

El término *pietas* se observa con una mayor intensidad ya en la época del Principado, lo que indica su carácter relevante e influencia. Como tal, “La *pietas* connotaba en el Principado augusteo, la figura del emperador como arquetipo del ‘padre’ sensible y atento a los deberes impuestos por la naturaleza”⁴²⁶. De ahí que la expresión *Optimus pater* o, el título de *Pater patriae* otorgado a Augusto evoque *pietas*, es decir, se hacía garante e interprete de los bienes y *mores*.

Augusto intenta reunificar al *populus*, luego de los trágicos eventos de las guerras civiles. El natural adversario de la *pietas* es el *furor* (sólo la locura puede inducir al homicidio, a la guerra civil y a olvidar los vínculos de parentesco). La *pietas* deviene un valor político instrumental, empleado por el *Princeps* para superar las sangrientas guerras civiles – *furor impius* – y reforzar la unidad de los ciudadanos bajo el naciente Principado⁴²⁷.

Ya a finales de la República, y, con mayor frecuencia, en el Principado, la esfera de acción del colegio de centunviro parece concentrarse en los

⁴²⁶ Querzoli, Serena, *op. cit.*, nota 324, pp. 13 y ss.

⁴²⁷ Cutolo, Paolo, *Letteratura e civiltà di Roma. Autori, testi e contesti. L'età cesariana e augustea*, Nápoles, Edizioni Simone per la scuola, 2003, p. 323.

testamenti inofficiosi, esto es, sobre la valoración de la postura en el disponer de la propia sucesión de los *officia pietatis*. En este campo los juicios analizados por los centunviros ofrecen una de las más importantes ocasiones para el ejercicio de la oratoria forense; la doctrina estoica relativa al tema de la impiedad, evidencia a quien presa de las pasiones, pierde el control, tendiendo a infringir los códigos morales.

En este sentido, la romanista Di Ottavio manifiesta “cuando los retóricos se conjuntaban con el propósito de discutir causas relativas a testamentos inoficiosos, centraban sus discusiones en el *furor* del testador, olvidado de la piedad, en relación a los propios parientes allegados”⁴²⁸.

En su obra sobre los *officia pietatis*, Serena Querzoli⁴²⁹, describe las distintas direcciones de política del derecho imperial y el cambiante rol de la *pietas*. La autora señala que esos notables cambios de la *pietas* son provocados por motivos públicos en la lucha política, haciendo referencia a los inmensos significados políticos creados para la justificación moral del expansionismo romano.

La reprobación social del intestado y, correlativamente, la gran relevancia asumida por el testamento en los últimos años de la época republicana y en aquella imperial, se manifiestan en la desaprobación unánime hacia quien deja de hacer testamento, debiendo entenderse en ese mismo orden de ideas a la desheredación y la preterición. “Pues se perdía la más importante y la mejor ocasión de tener en cuenta los innumerables vínculos que durante la vida del *de cuius* lo habían ligado al mundo social, por eso, hacer testamento era el primero de los *officia*”⁴³⁰.

De lo señalado, se distingue que tanto la desheredación como la preterición son injuriosas y, por lo tanto, inoficiosas para los consanguíneos, al igual

⁴²⁸ Di Ottavio, Daniela, “Sui precedenti retorici della querela inofficiosi testamenti nel I sec. a.C.”, *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, Nápoles, Editore Jovene, 2009, vol. 37, p. 316.

⁴²⁹ Querzoli, Serena, *op. cit.*, nota 324, pp. 13 y ss.

⁴³⁰ Negri, Giovanni, *op. cit.*, nota 214, p. 277.

que para los hijos, debiéndose observar que esto sucede independientemente de la existencia de un derecho a ser nominados en el testamento; es en este plano donde opera el sistema de la *pietas*, creadora del *officium* de no preterir ni desheredar sin causa justa a quien es titular de expectativas hereditarias.

Como se aprecia, los medios de tutela de la *pietas* y del *officium*, así como las intervenciones dirigidas a sancionar la inoficiosidad del testamento, son elegidos según una serie de reglas emergidas de la moral y controladas por la opinión pública, aunado a la emblemática preeminencia de la oratoria forense, la cual argumenta, que la falta a un deber moral deriva de privar a la propia descendencia del patrimonio hereditario en el testamento, sólo lo puede explicar la demencia del testador, siendo equivalente la determinación de inoficiosidad del testamento.

La antítesis entre *furor* y *pietas* (en donde hay piedad no hay locura y donde hay locura no hay piedad), se muestra perfectamente coherente con el contexto social y cultural de la época. Para Daniela Di Ottavio⁴³¹ no es casualidad que la *querela inofficiosi testamenti* lleve este nombre, agrega, el título ya nos indica la sustancia. Esta acción nace como un intento de tutelar mayormente el vínculo de parentesco, compactándolo en torno al concepto de la piedad.

5. PLAZO PARA IMPUGNAR EL TESTAMENTO INOFICIOSO

Después del decurso de cinco años, el pretor no habría concedido al heredero necesario la *bonorum possessio* de *inofficioso*, norma aplicable también a la *querela inofficiosi testamenti*, tal disposición no está sujeta a prescripción ni a caducidad. Ulpiano⁴³² manifiesta son cinco años, contados a partir de la adición del heredero testamentario; según Modestino⁴³³, se

⁴³¹ Di Ottavio, Daniela, *op. cit.*, nota 428, pp. 316-317.

⁴³² D. 5. 3. 7. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁴³³ D. 5. 2. 9 (Modestino, *l. sing. de inofficioso testamento*).

computan a partir del momento de la muerte del testador; excepcionalmente, *ex magna et iusta causa*, la *querela inofficiosi testamenti*, se puede ejercitar después de transcurridos los cinco años⁴³⁴. La única noticia sobre la controversia entre los juristas se encuentra en el *Codex* de Justiniano⁴³⁵, que sanciona el punto de vista de Ulpiano⁴³⁶.

En cambio, la acción hereditaria (*vindicatio hereditatis*) no prescribe, tampoco caduca.

6. ÓRGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA RESOLVER LA QUERELA

Como ha quedado plasmado, el tribunal competente es el colegio de los centunviro:

“Órgano judicial colegiado permanente, con sede en Roma, creado por una *lex* (de la cual no se sabe), alrededor de la mitad del siglo II a.C., y particularmente conocido por la equidad y audacia de sus decisiones. El número de los *centumviri* varía desde la época Republicana y aquella del Principado: bajo la República es de ciento cinco, tres por cada una de las treinta y cinco tribus territoriales (Festo, v. «*Centumviralia iudicia*»); el criterio de reclutamiento es probablemente aquel de la *lectio* de parte de un magistrado. Con el Principado, los *centumviri*, elegidos por suerte (Cass. Dio 54. 26. 6) al inicio de cada año judicial entre los miembros de las decurias de *iudices privati*, resultaban ciento ochenta; juzgan divididos por secciones (*iudicia, tribunalia, consilia, hastae*). La misma ley que instituyó los *centumviri* estableció la competencia exclusiva de la materia hereditaria. Pero, por propuesta del pretor, durante el siglo I del Imperio, una fórmula de *hereditatis petitio* (sobre la cual decidía el *iudex unus*), la competencia de los *centumviri* quedó prácticamente limitada a la *querela inofficiosi testamenti*; para la cual, por otra parte, se desarrolló la competencia concurrente de órganos judiciales *extra ordinem*. Los *centumviri* no tenían *iurisdictio*, solo *iudicatio*. Las partes (solo los *cives* podían ser juzgados por los *centumviri*) antes de

⁴³⁴ D. 5. 2. 8. 17 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁴³⁵ C. 3. 28. 36. 2 (a. 531): *Illud praeterea sancimus, ut tempora de inofficiosi querellae ab adita hereditate secundum Ulpiani opiniones currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris ilico cursum de inofficioso querellae temporibus dabat...*

⁴³⁶ D. 5. 3. 7. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

someterse a su juicio, debían cumplir ante el pretor urbano o peregrino, la formalidad de la *legis actio sacramenti in rem*; y ésta fue suplida del todo (en el siglo I del Imperio) por la *legis actio per sponsionem* (el monto de la *sponsio praeiudicialis* procede de la *lex Crepereia* fijado en ciento veinticinco sestercios: Gai. 4. 95). Las *leges Iuliae iudicariae*, suprimieron las *legis actiones*, fueron excepciones para los procesos centunvirales (Gai. 4. 31). La actividad del colegio de los *centumviri* decae hacia la mitad del siglo III d.C.”⁴³⁷

6.1 Concurrencia entre el tribunal centunviral y el *iudex unus* para resolver la *querela inofficiosi testamenti*

Para iniciar la explicación sobre la probable dualidad en competencia, o su inexistencia, entre el *iudex unus* (= *iudex privatus*) y el tribunal centunviral, comenzaremos citando dos teorías sobresalientes sobre el origen del colegio centunviral.

La primera teoría, es aquélla que señala como fundador de este tribunal a Romulo. Considera al tribunal centunviral idéntico al antiguo senado patricio instituido por Romulo, incluso durante la República se le atribuían determinadas facultades junto al senado patricio-plebeyo. Este tribunal resolvía las controversias sobre la *res Mancipi*; debido a las luchas constitucionales entre patricios y plebeyos se vieron disminuidos los privilegios de los primeros, por tanto, perdieron prerrogativas y se establecía que los centunviro eran escogidos por la tribu, esto acontecía antes del 513 d.R.

La segunda teoría, igualmente sitúa su eclosión en la época arcaica, pero en un tiempo menos remoto, atribuyendo la institución del tribunal centunviral al famoso rey Servio Tulio; que entre las innovaciones constitucionales habría aportado una limitación al poder del rey, eliminando la facultad de juzgar en materia civil, estableciendo límites a la jurisdicción de los procesos criminales e instituyendo un colegio de juicios privados para la

⁴³⁷ Azara, Antonio. *et al.*, *Novissimo digesto italiano*, 2ª. ed., Turín, UnioneTipografico-Editrice Torinese, 1968, t.V, pp. 114-115.

decisión de las controversias civiles, consecuentemente, este colegio de juicios sería el tribunal centunviral, resultaban los únicos jueces en materia civil. Después, en el 432 a.C. una ley Pinaria habría establecido que para la decisión de los litigios que tienen por objeto una suma de dinero – cuyo valor no supere los mil ases –, debían escoger las partes un *iudex privatus*, eliminando así de la competencia de los centunviro: las controversias sobre la propiedad y otros derechos reales, lo mismo, las vindicaciones de cosa determinada (al principio del VI a.C.) y, un poco más tarde también para todas las vindicaciones podría ser llamado a juzgar el *iudex unus*.

Profundizando en el mismo sentido de las teorías precitadas, consideramos valioso –no tanto por la fecha en que distingue la creación del tribunal, sino por las deducciones a las que llega, en cuanto a las causas que propician su origen–, mencionar la disertación de Francesca Bozza⁴³⁸, quien señala como fecha de origen del colegio, entre el siglo III e inicio del siglo II a.C. Explica sobre la inadmisibilidad de un comienzo más reciente, porque son los pontífices quienes resuelven los litigios recurriendo a la *legis actio sacramento*, y este tribunal se crea cuando tal acción está vigente.

No podemos ubicar a la institución de los centunviro en la época arcaica, más bien, pertenece a una época más reciente como lo señala Bozza⁴³⁹, sin embargo, el órgano juzgador de la *legis actio* que es el tribunal centunviral es reconocido incluso por la *lex Aebutia* de época posterior, misma que introduce la fórmula y establece que el procedimiento de *legis actiones* continúa vigente para resolver las causas centunvirales, quedando ratificado por las *leges Iuliae*.

Debemos determinar cuales eran las causas sobre las que decide este importante tribunal.

⁴³⁸ La Rosa, Franca, “Decemviri e Centumviri”, *Labeo Rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, Año 4º, 1958, p.27.

⁴³⁹ Bozza, Francesca, *Sulla competenza dei centumviri*, Nápoles, Stab. Tipografico F. Sangiovanni & Figlio, 1928, pp. 18-19 y 22-23.

Bozza⁴⁴⁰ alude, entre los motivos que originan la constitución del tribunal centunviral, se encuentran la necesidad de juzgar, tanto en materia de libertad de testar como sobre la validez del testamento, provocados por la importancia económica de la *hereditas*; “por eso es necesario confiar estos juicios a la decisión del colegio centunviral que da mayor confianza, por el número de sus miembros, garantiza la imparcialidad y la incorruptibilidad del juez”⁴⁴¹. Para la romanista, también entran en la competencia del tribunal de los centunviro, pero en concurrencia con el *iudex privatus*, el análisis y resolución de las causas relativas a la propiedad y a la esclavitud.

La misma Bozza⁴⁴² cita otro elemento para comprobar la competencia de los centunviro en materia de herencia, como es el procedimiento empleado, encontrando evidencia de esto en Cicerón⁴⁴³, que a la letra dice: «*si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret. Hoc, opinor, iure et maiores nostri et nos semper usi sumus*». En donde Cicerón manifiesta: si alguna persona se considera heredera testamentaria, no existiendo testamento, deberá interponer una acción hereditaria, u otorgar la fianza del litigio en el juicio, de ese modo debe litigar sobre la herencia. Y añade: ésta, según creo, ha sido la norma que nuestros antepasados y nosotros mismos hemos aplicado siempre.

Por el contrario, Marrone⁴⁴⁴ demerita el texto de Cicerón, porque señala; el *agere per sponsionem* se presenta en contraposición a la *legis actio sacramenti*. Por lo que no existe ningún elemento para afirmar que habría hecho alusión a un *agere per sponsionem* formulario.

Ya que en el último siglo de la República se instaura la aplicación de la *legis actio per sponsionem* junto a la *legis actio sacramento*, y poco tiempo

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pp. 41- 42.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 17 y 42.

⁴⁴² Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 42

⁴⁴³ *in Verr.* II 1. 45. 115.

⁴⁴⁴ Marrone, Matteo, “*L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*”, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, Palermo, 1955, vol. XXIV, p. 32.

después se aplica únicamente la primera *legis actio* ante los centunviros. Además, Cicerón⁴⁴⁵ hace referencia a la *praedes litis et vindiciarum*, que es una de las dos *sponsiones* aplicables al *agere per sponsionem*.

Para conocer sobre la competencia exclusiva de los centunviros, el profesor Marrone⁴⁴⁶ recurre a otro texto de Cicerón⁴⁴⁷:

Primum num populi Romani hereditatem decemviri iudicent, cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare. Los centunviros aquí son considerados jueces naturales de las causas hereditarias.

Ya en la República⁴⁴⁸, Cicerón manifiesta: aquel ciudadano romano si quisiera intentar una *litis* sobre la *hereditas*, deberá elegir entre dos medios procesales distintos: la *legis actio* o el *agere per sponsionem*. La fórmula, sin duda, en la época de la República es predominante, pero no puede ser usada para la *hereditatis petitio*.

El pensamiento de Cicerón es interpretado por Bethmann-Hollweg⁴⁴⁹ de la siguiente manera: quien desee hacer valer su propio derecho podrá optar entre dos procedimientos: el primero, *legis actio* llevado a cabo ante los centunviros o, el segundo, a través del procedimiento formulario, cuyo órgano juzgador es un *iudex unus*.

Bethmann-Hollweg⁴⁵⁰ comparte la opinión sobre el origen y competencia del tribunal centunviral con Wlassak⁴⁵¹, pero, disiente de este último en las causas a juzgar por los centunviros, ya que, Bethmann-Hollweg⁴⁵² limita la competencia a las *actiones in rem*, mientras que el segundo autor la extiende

⁴⁴⁵ *in Verr.* II 1. 45. 115.

⁴⁴⁶ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 444, p. 33.

⁴⁴⁷ *leg. ag.* II 17. 44. ed. Bellardi, Giovanni, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1975.

⁴⁴⁸ *in Verr.* II 1. 45. 115.

⁴⁴⁹ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 43.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁵¹ *Ibidem*, pp. 22, 32, 40, 48 y 65. La teoría de Wlassak identifica los orígenes del tribunal centunviral entre principios del siglo VII y finales del siglo VI a.C., soslayando las causas y las necesidades que impulsan a la creación de este tribunal.

⁴⁵² Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 22.

a las cuestiones de Estado (derecho público y derecho penal); ambos tienen el mismo juicio acerca de la concurrencia del *iudex unus* y los centunviro sobre la resolución de las vindicaciones del antiguo derecho civil, atribuye Bethman-Hollweg⁴⁵³ competencia al tribunal centunviral sobre todas las acciones (*actiones in rem*: propiedad, servidumbre, herencia), hasta la ley Pinaria y competencia exclusiva en materia de vindicaciones recurriendo a la *legis actio in rem* hasta la ley Ebuca.

Con esta última ley, inicia un nuevo periodo en la competencia centunviral, ya que introduce el procedimiento formulario para todas las acciones, con excepción de las pertenecientes al tribunal, las vindicaciones. Con la práctica surge un nuevo procedimiento la *sponsio praeiudicialis*, la cual transforma la acción real en acción personal y, por ende, se puede utilizar la fórmula para las vindicaciones. Esto conlleva a la aplicación de la ley Ebuca para las vindicaciones, obteniendo así dos procedimientos, los cuales conducen a dos juicios distintos: 1) la antigua *legis actio in rem* ejercitada ante los centunviro; 2) la nueva forma de la *sponsio praeiudicialis*, se actúa por medio de la fórmula ante el *iudex unus*. Bethmann-Hollweg⁴⁵⁴ advierte el uso de los procedimientos a elección de las partes, entre los cuales se prefiere la *sponsio* por ser más simple. Por lo mismo, decae el tribunal centunviral; reanudando con posterioridad sus funciones por obra de Augusto, quien emite varias disposiciones y determina su competencia.

Bethmann-Hollweg⁴⁵⁵ soporta su teoría en el texto de Cicerón⁴⁵⁶, y en las *Instituciones* de Gayo⁴⁵⁷ (descripción del procedimiento *in iure* para las *actiones in rem*). Admitiendo que hacia finales de la República, el tribunal de los cien, deciden sobre los procesos de derecho hereditario.

⁴⁵³ *Idem*.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁵⁵ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 23.

⁴⁵⁶ *De orat.* 1. 38. 173.

⁴⁵⁷ Gai. 4. 16.

Cicerón en *De orat.* 1. 38. 173:

Nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto, sed de aequitate ac iure certetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, adluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae.

En este pasaje, hace referencia a la impudencia de los abogados que defienden las causas sin conocimiento alguno de los principios básicos de derecho. Hace una escala de importancia sobre los distintos momentos de la actividad de un abogado, para los cuales es siempre necesaria una cultura de derecho civil, y cuando falta, se hace más evidente la desvergüenza. Indica que el proceso civil tiene fases: la primera, es el conocimiento del derecho civil y, la segunda, las razones del cliente que el abogado debe hacer valer ante el *iudex*; siendo el conocimiento del *ius civile* necesario para afrontar pleitos entre particulares, donde se discute, no acerca de si algo ha sucedido o no, sino de la equidad y la legalidad. Destaca la solemnidad del tribunal, además, cavila sobre la gran dificultad de defender determinadas causas centunvirales, por el hecho que pueden surgir innumerables cuestiones que requieren del conocimiento del derecho para ser resueltos con éxito.

Por nuestra parte, contrario a los autores que sostienen la extensión de la competencia centunviral hacia el *iudex* en los litigios enunciados en el texto de Cicerón⁴⁵⁸, particularmente en los juicios por herencia, no compartimos la misma idea, dado que no encontramos ni distinguimos algún indicio de la competencia del *iudex*. Las causas centunvirales nombradas por Cicerón⁴⁵⁹ son acciones exclusivamente de los centunviro.

⁴⁵⁸ *De orat.* 1. 38. 173.

⁴⁵⁹ *Idem.*

Bozza⁴⁶⁰ señala la introducción de la fórmula – *sponsio praeiudicialis* – junto a la *legis actio*, a través de la *lex Aebutia*, pero no puede ser usada para causas centunvirales.

En su obra *Sobre la competencia de los centunviros*, Bozza⁴⁶¹ considera y califica de absurda la interpretación de Bethmann- Hollweg⁴⁶², cuando expresa que debe transformarse una acción real en personal a través de la *sponsio praeiudicialis*. Para la especialista no es posible, ya que si la acción de herencia es una *actio in rem* común, nada la diferencia de las otras, no ve por qué deba transformarse una acción real en personal en materia de herencia. Concluye afirmando: es muy probable, que la ley Ebuca, al introducir la fórmula junto a la *legis actio*, haya estipulado que la fórmula no podía ser usada para causas centunvirales, porque para éstas es aplicable la *legis actio*.

En la época del Principado, mientras continúan numerosos textos referentes a la actividad de los centunviros, siempre en materia hereditaria, las fuentes dan testimonio de la existencia de una fórmula *hereditatis petitio*. Tal fórmula es reconstruida con base en dos textos de Gayo y extractos del comentario *ad Edictum provinciale*⁴⁶³; induciendo la investigación a limitar la existencia de la fórmula de la *hereditatis petitio* a las provincias.

El motivo de hacer referencia a la fórmula de la *hereditatis petitio*, se debe a que es admitida por la mayoría de los romanistas estudiosos⁴⁶⁴ del tema, como: los son Bozza, Biondi, Longo, Schulz y Pugliese, por mencionar algunos.

Después de las *leges Iuliae iudicariae* de Augusto, se restringe la competencia del tribunal centunviral, limita su competencia sobre todas las

⁴⁶⁰ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 45.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁶² *Idem*.

⁴⁶³ D. 5. 3. 3 (Gayo, 6 *ad ed. prov.*); D. 5. 3. 10. 1 (Gayo, 6 *ad ed. prov.*).

⁴⁶⁴ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 81 y ss; Biondi, Biondo, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè, 1952, p. 627; Longo, Giannetto, *L'hereditatis petitio*, Padua, Cedam, 1933; Schulz, Fritz, *Classical roman law*, Oxford, Clarendon Press, 1951, p. 305; Pugliese, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, Turín, Giappichelli, 1991, pp. 655 y ss, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 444, pp. 34-35.

vindicaciones *ex iure Quiritium*, concediéndole facultad únicamente para resolver litigios por causa de herencia, es decir, solo para la *querela inofficiosi testamenti*. Esta competencia se añade, porque las leyes ya citadas eliminaron la concurrencia entre los centunviros y el *iudex unus*. Ésta es una opinión muy difundida pero existen dos corrientes: La primera, a la cual asiente Bozza⁴⁶⁵, admite la competencia absoluta y exclusiva en materia hereditaria y, la segunda, sostiene que sólo las causas hereditarias de cierto valor pueden ser resueltas por el tribunal centunviral, mientras los litigios de poca importancia son juzgados por el *iudex privatus*.

Entre los defensores de la segunda corriente se encuentra Bethmann-Hollweg⁴⁶⁶ quien señala, las vindicaciones más importantes deben ser llevadas por los centunviros, las menos importantes por el *iudex privatus*, con excepción de la *querela inofficiosi testamenti*; por razones históricas y por la libertad de apreciación del juez en esta materia, son de exclusiva competencia los centunviros, resultando casi sinónimos acciones hereditarias y causas centunvirales.

Apreciación contraria es la de Wlassak⁴⁶⁷, asegurando que en ninguna época y por ninguna causa los centunviros tienen competencia exclusiva, basando su opinión en numerosos fragmentos del título *De inofficioso testamento* (5.2) del Digesto, en el cual se menciona un «*iudex*», y en las *Instituciones* de Gayo⁴⁶⁸ interpretando la existencia de un derecho a elegir entre los *centumviri* y el *iudex*.

Las fuentes adoptadas por Wlassak⁴⁶⁹ se refieren todas al *iudex* pero de la *querela cognitio*. Tal distribución de la competencia es corroborada por Eisele⁴⁷⁰, en su artículo sobre la *querela inofficiosi testamenti*, quien observa que las referencias al *iudex* en el título 5.2 del Digesto no hacen

⁴⁶⁵ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, pp. 37 y 39.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp.43 y 48.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pp. 48 -50.

⁴⁶⁸ Gai. 4. 31.

⁴⁶⁹ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, pp. 50-66.

⁴⁷⁰ Eisele, Fridolin, *op. cit.*, nota 20, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 9, p. 194.

referencia al *iudex* del proceso formulario, más bien, aquel de la *cognitio*. A esta hipótesis se adhieren Voci⁴⁷¹ y Marrone⁴⁷².

Cada justificación a la tesis de aquéllos que se fundamentan en la pretensión de la competencia exclusiva de los centunviro en la *hereditatis petitio*, sustentando que el *iudex* se encuentra de forma reiterada señalado en el título 5.3 de *hereditatis petitione* del Digesto, carece de validez. Porque es resultado de interpolaciones sistematicas de parte de los compiladores, o bien, se refiere al *iudex* del *arbitrium litis aestimandae* (tiene lugar después de la decisión centunviral). Francesca Bozza⁴⁷³ indica, en el caso de la competencia exclusiva de los centunviro se invoca a la constitución⁴⁷⁴ del emperador Justiniano, según él, la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat* es creada para evitar la sustracción del juicio de los centunviro en la misma dirección⁴⁷⁵, admitiendo que la concurrencia del *iudex unus* será frustrada por la *exceptio*. Sobre el tema de la *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*, es interesante recordar como en las *Instituciones* de Gayo, se contraponen los litigios hereditarios a los otros juicios: *cum petitor alio genere iudicii praeiudicium hereditati faciat*⁴⁷⁶.

¿Deberá pensarse en una concurrencia, en la misma materia, entre el *iudex unus*, quien decide con base en una fórmula y los centunviro quienes deciden basados en una *legis actio*?

En un examen estricto de las fuentes, jurídicas y literarias, encontramos los siguientes resultados:

La concurrencia entre *iudex unus* y centunviro en el tema de la *querela inofficiosi testamenti*, es negada. Las fuentes, más bien, dan testimonio de la

⁴⁷¹ Voci, Pasquale, *op. cit.*, nota 58, pp. 705 y ss.

⁴⁷² Marrone, Matteo, “L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano”, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, Palermo, 1955, vol. XXIV, pp. 35, 36, 38 y 40.

⁴⁷³ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, p. 77.

⁴⁷⁴ C. 3. 31. 12 (a. 531).

⁴⁷⁵ D. 5. 3. 5. 2 (Ulpiano, 14 *ad. ed.*).

⁴⁷⁶ Gai. 4. 133.

conurrencia en ésta materia entre los centunviros y los órganos juzgadores *extra ordinem*.

Todas las fuentes literarias referentes a la época imperial, donde se mencionan a los centunviros e igualmente aquéllas dirigidas a la naturaleza del litigio, se refieren a hipótesis de la *querela inofficiosi testamenti*: v.gr. Quintiliano⁴⁷⁷ (se habla de aquellos que actúan ante los centunviros, por ser desheredados por los padres).

A la misma conclusión se llega en las fuentes jurídicas. Son significativos, sobre todo, los textos del Digesto donde los centunviros se encuentran explícita e implícitamente, en el título 5.2 *de inofficioso testamento*: los centunviros son claramente reconocidos⁴⁷⁸.

Matteo Marrone⁴⁷⁹ acota: el *iudex unus* y los *centumviri* no resuelven en conjunto sobre la *querela*, es solamente el colegio quien mantiene su competencia para resolver litigios sobre la *querela inofficiosi testamenti*. Agrega, en la época republicana no existe rastro de una concurrencia entre el *iudex unus* y los centunviros; ya durante el Principado, el pretor habría propuesto una fórmula, la *hereditatis petitio*, donde un único juez es llamado a juzgar en esta materia; en cambio, los centunviros mantienen su competencia limitada a la *querela inofficiosi testamenti*, esto es, no actúan en conjunto con el juez privado. Para Marrone⁴⁸⁰ no es importante establecer cómo se determina la repartición de la competencia, él adopta la forma de pensar de los romanos, es decir, atribuir al magistrado que preside la fase *in iure* del procedimiento, en lugar de ser a través de una *lex*⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ *inst. or.* 7. 14. 1; 7. 4. 20; 9. 2. 25.

⁴⁷⁸ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*); D. 5. 2. 17 (Paulo, 2 *quaest.*) y D. 5. 2. 14 (Papiniano, 5 *quaest.*).

⁴⁷⁹ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472, p. 40.

⁴⁸⁰ *Idem*.

⁴⁸¹ Contraria es la opinión de Naber, quien señala que la *lex Glitia* les habría atribuido a los centunviros competencia exclusiva en materia hereditaria y las *leges Iuliae iudicariae* limitaría su competencia a la *querela inofficiosi testamenti*. Naber, J. C., *op. cit.*, nota 26, p. 184, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 22, p. 85.

Bozza⁴⁸² nos dice, ya desde tiempos de Augusto hasta Justiniano, está comprobada la competencia exclusiva de los centunviro en litigios por causas hereditarias, basándose en los siguientes fragmentos literarios y jurídicos:

Val. Max. 7. 8. 2. en referencia a la hija desheredada por la madre, *sacramento contendere noluit* (en estas palabras está implícita la referencia al juicio centunviral, los centunviro adoptan la *legis actio*, teniendo competencia exclusiva en materia hereditaria).

Quintil. *inst. or.* 7. 4. 20: *Iam vero si exheredatum a se filium pater testatus fuerit elogio propterea quod...: non omnis hic erit quaestio an huic delicto pater debu erit ignoscere et centumviri tribuere debeant veniam?* (un hijo desheredado injustamente por el padre, impugna el testamento)

D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 4 *quaest.*): *Filius, qui de inofficioso actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicium tulit et unum vicit, ab altero superatus est...* (es notorio en este fragmento el no mencionar expresamente a los centunviro, pero es evidente la referencia a ellos)

D. 5. 2. 17 (Paulo, 2 *quaest.*): *... quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.* (Los centunviro son claramente reconocidos)

Vale la pena mencionar, la siguiente constitución imperial de Justiniano sobre la jurisprudencia centunviral, en lo concerniente a la necesidad o no de la desheredación expresa de los *sui*, para la validez formal de los testamentos; dicha regla surge en la época republicana.

C. 6. 28. 4. 2 (a. 531): *Nam haec corrigentes et maiorum nostrorum sequimur vestigia, qui eandem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt.*

Un tercer punto de vista, menos creíble, lo propone Gagliardi⁴⁸³, que apoyado en la tesis de Wlassak⁴⁸⁴, se refiere a la incompetencia de los *centumviri* para resolver la *querela inofficiosi testamenti*, convencido de

⁴⁸² Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439, pp. 52-55.

⁴⁸³ Gagliardi, Lorenzo, *Decemviri e centumviri. origini e competenza*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, pp. 226-235.

⁴⁸⁴ Wlassak, Moritz, *op. cit.*, nota 30, cit. por Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 22, p. 85.

que es la voluntad de las partes litigantes, decidir entre los centunviros o el *iudex* para ser el órgano juzgador.

Nuestra postura es a favor del pensamiento desarrollado por Francesca Bozza⁴⁸⁵ y por Matteo Marrone⁴⁸⁶, acerca de la competencia exclusiva y absoluta de los centunviros para resolver sobre los litigios surgidos en materia hereditaria, porque se demuestra con fundamentos no sólo jurídicos sino también literarios tal atribución.

Consideramos clara y destacada, la aplicación del procedimiento formulario en el Principado a través de la *hereditatis petitio*, cuyo juzgador es un único juez facultado para resolver sobre causas hereditarias; pero es el tribunal centunviral quien garantiza imparcialidad e incorruptibilidad, por lo tanto, las personas prefieren recurrir ante el colegio para resolver en materia de libertad de testar, en lugar de acudir ante un *iudex unus* que no otorga garantía alguna, debido a la importancia de los asuntos y por las consecuencias económicas que trae consigo una herencia, de ahí, la trascendencia de las sentencias de inoficiosidad.

6.2 Facultad discrecional de los centunviros en el juicio de inoficiosidad

Por lo expresado con antelación, la libre apreciación de la corte centunviral en cuanto al pronunciamiento de inoficiosidad disminuye al conformarse los centunviros con el uso de ciertas reglas constantes, que se van confirmando a través de la práctica judicial del mismo tribunal, no por esto el juicio de inoficiosidad pierde la característica de dejar a los jueces amplio margen de discrecionalidad.

Es tarea de los centunviros, evaluar la conducta del querellante con respecto al testador. Se supone que el *de cuius* en relación con el pariente tiene una

⁴⁸⁵ Bozza, Francesca, *op. cit.*, nota 439.

⁴⁸⁶ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472.

*iusta causa irascendi*⁴⁸⁷, sin embargo, si se manifiesta la exclusión del pariente de la sucesión, no resulta una violación al *officium pietatis*. Cuando el testador no tiene el deber de dejar la *portio debita* al pariente allegado, porque no se lo merece o por una conducta reprobable, puede eximirse de dejarla, es decir, no existe algún *officium* y, en consecuencia, el testamento no puede ser juzgado de *inofficioso*.

Los intérpretes, haciendo referencia al caso de los hijos desheredados, distinguen entre: *exhereditio bona mente* y *exhereditio mala mente facta*⁴⁸⁸. La *exhereditio bona mente* es recordada en varias ocasiones⁴⁸⁹, ejemplo de esto se aprecia en aquél caso, donde el padre deshereda al hijo impúber y nombra heredero a un extraño, pero el extraño dispone restituir la herencia al hijo, cuando éste alcance la pubertad; diferente planteamiento observamos en la *exhereditio mala mente facta*, que da lugar a un pronunciamiento de inoficiosidad.

En cuanto a la materia en estudio, no resultaría complicado obtener un listado taxativo de *iustae causae irascendi*. Sin embargo, en la época clásica, no se realizó pero éstas se percibieron en la certidumbre de las relaciones jurídicas.

Algunas causas de exclusión se deducen en las constituciones imperiales:

- a) el ejercicio de un trabajo infame (C. 3. 28. 11 (a. 224); 12pr. (a. 229));
- b) la mala conducta (C. eod. 19 (a. 293)), y
- c) faltas específicas contra el testador (eod. 23 (a. 294)).

En cuanto al carácter ético del juicio que los centunviro expresan con el pronunciamiento de inoficiosidad, los jueces tienen la máxima elasticidad

⁴⁸⁷ La frase de Plin. *Ep.* 5. 1. 6. Diocleciano, C. 3. 28. 22 (a. 294) habla de la *iusta causa offensae*. D. 45. 1. 132 (Paulo, 15 *quaest.*), se refiere al hijo que *meruit exheredari*, y sobre los méritos del hijo en D. 48. 20. 7 (Paulo, *l. sing. de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*).

⁴⁸⁸ D. 38. 2. 12. 2 (Ulpiano, 44 *ad ed.*) *Mala mente*, a título de sanción, proviene de una *iusta causa offensae*. Cfr. Voci, Pasquale, *op.cit.*, nota 57, p. 678.

⁴⁸⁹ D. 27. 10. 16. 2 (Trifonino, 13 *disp.*; D. 28. 2. 18 (Ulpiano, 57 *ad ed.*); D. 38. 2. 12. 2 (Ulpiano, 44 *ad ed.*); C. 3. 28. 25 (a. 301).

para juzgar, evitando así criterios rígidos, que no permiten la valoración de las circunstancias del caso concreto.

Sobre el juicio de inoficiosidad, influye la calidad del sujeto si el difunto tiene preferencia sobre el heredero necesario, o bien, en relación al grado de parentesco entre este último y el testador. Así que, si el heredero necesario excluido es un hijo, hacia el cual el testador no tiene ninguna *iusta causa irascendi*, difícilmente se evita la invalidez del testamento por inoficiosidad. En cambio, en la relación con otros herederos necesarios como lo son: las hermanas y los hermanos, la calidad del instituido heredero asume mayor relevancia, por ejemplo: aquel que instituye heredero a un amigo al que le debe gratitud, y omite al hermano que no ha visto en años; en tal situación, el testador tiene un *officium pietatis* en relación con el hermano, que prevalece sobre el *officium* hacia un amigo y los centunviro lo confirman.

Un caso contrario al ejemplo anterior, ocurre cuando la preterición de un hermano habría producido la declaración de inoficiosidad, siendo el mismo hermano quien iniciara el juicio relativo, esto lo refiere el episodio de Valerio Máximo⁴⁹⁰ (mitad del siglo I a.C.). Pomponio Regino es omitido en el testamento del hermano, y él, en cambio, lo nombra en su propio testamento, los herederos testamentarios que son preferidos por Pomponio Regino no son “*neque sanguine patrio pares, neque proximi, sed et alieni et humiles*”. Se trata de una *prelatio contumeliosa*.

En este contexto, en la época clásica no se implantan criterios uniformes y rígidos para los juicios de inoficiosidad. Es el emperador Constantino quien establece el derecho de los hermanos a promover y con éxito el juicio de inoficiosidad pero está subordinado tal derecho a que los herederos testamentarios sean personas infames⁴⁹¹. Es posible suponer que el emperador adopta este criterio basado en la práctica centunviral de la época clásica.

⁴⁹⁰ Val. Max. 7. 8. 4.

⁴⁹¹ CTh. 2. 19. 1. Constantino, en orden a los parientes de segundo grado en línea colateral, limita la legitimación activa a la *querela inofficiosi testamenti*, solamente a los hermanos consanguíneos nacidos del mismo padre y agnados.

7. CASOS EN LOS QUE RESULTA LA *QUERELA* UN MEDIO JUDICIAL SUBSIDIARIO

La *querela inofficiosi testamenti* es un remedio grave contra la memoria del testador, el cual es acusado de haber violado el *officium pietatis* hacia los parientes allegados. Es natural que se recurra a otros remedios contra el testamento, la *querela* asume, en tal modo, carácter subsidiario. El pretor, con base a la *adgnitio bonorum possessionis*, tiene a su cargo aplicar el principio en cuestión, negando la *bonorum possessio de inofficioso* al heredero necesario, el cual puede recurrir a otro remedio procesal.

D. 5. 2. 23 (Paulo, *l. singul. De inofficioso testamento*): *Si ponas filium emancipatum praeteritum et ex eo nepotem in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem petere bonorum possessionem, Quero autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri...*

Paulo⁴⁹² nos habla de un caso, donde el *pater familias* emancipa a su hijo, pero adquiere la potestad sobre su nieto, hijo del hijo. En el testamento, omite al hijo emancipado e instituye heredero al nieto. Muerto el *pater familias* el hijo emancipado tendría contra el propio hijo, nieto del testador, la *bonorum possessio contra tabulas*, para solicitar la porción *ab intestato* que le corresponde. No puede ejercer la *querela inofficiosi testamenti*, solo la hubiese obtenido si fuese desheredado, la desheredación excluye al hijo emancipado de la *bonorum possessio contra tabulas*.

Existe un caso, en el cual existiendo otro remedio contra el testamento que lo excluye injustamente de la sucesión, es admitido a la *querela inofficiosi testamenti*. Nos referimos a la hipótesis del padre de un hijo emancipado, muerto sin dejar hijos; y habiendo hecho testamento, en el cual el padre no es considerado. El padre, como *parens manumisor*, puede pedir y obtener la *bonorum possessio dimidiaie partis*. No obstante esto, se le permite ejercer la *querela inofficiosi testamenti* para conseguir la herencia por entero, en lugar

⁴⁹² D. 5. 2. 23 (Paulo, *l. singul. De inofficioso testamento*).

de la mitad, que obtendría por vía de la *bonorum possessio dimidiaie partis*⁴⁹³.

8. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA *QUERELA CENTUNVIRAL*

La *querela* es transmisible *mortis causa*, sólo cuando el heredero necesario muere después de haber expresado la voluntad de adquirir la herencia. Esta voluntad deduce que el heredero necesario haya realizado un acto preparatorio del juicio. Los actos preparatorios son procesales o no procesales:

Son actos no procesales, la petición de la *bonorum possessio* por parte del sucesor pretorio o la conclusión de la *sponsio*.

Actos procesales, son los que dan inicio al litigio como, la *legis actio* o la *litis denuntiatio*.

Para la transmisión de la *querela* centunviral a los herederos del legitimado, en la época clásica se establece, que una vez aceptada la herencia por el heredero instituido, se podrá transmitir el ejercicio de la *querela* a sus propios herederos, siendo ellos los legitimados; en cambio, para la *querela cognitio* se requiere que el legitimado obtenga la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, la jurisprudencia supera tales requisitos para exigir una forma más simple la *praeparatio litis*. Cuya fuente se encuentra en D. 5. 2. 6. 2 (Ulpiano, 14 *ad ed.*):

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.

⁴⁹³ Cfr. Gai. 3. 41-42.

En este fragmento Ulpiano⁴⁹⁴ señala la transmisibilidad partiendo de la hipótesis más adecuada: el heredero necesario muere después de haber iniciado el litigio (*instituta accusatione*). Se trata del padre que actúa por el hijo, pero sólo con el consentimiento de él, bajo la condición de que el padre permanezca vivo hasta la sentencia.

La *querela inofficiosi testamenti* es transmisible, cuando el heredero necesario inicia el proceso, puede ocurrir tanto con la *litis contestatio* como con la introducción de la instancia en caso de la *cognitio extra ordinem*, o bien, cuando se realiza un acto de preparación al juicio (*sponsio* o *bonorum possessionis petitio*).

9. LA SENTENCIA CENTUNVIRAL

Terminado el debate, los centunvirose pronuncian sobre la cuestión “*utrius sacramentum iustum utrius iniustum sit*”; para decidir quien gana el *sacramentum* deben establecer: en la *legis actio sacramenti in rem*, quien resulta el titular de la *hereditas* y, por consiguiente, si el testamento se considera válido. En la *legis actio per sponsionem* a diferencia de la *legis actio sacramenti in rem*, previo a la sentencia se determina quien es el heredero. Si resulta que el demandado no es el heredero, entonces el promovente debe dar al actor ciento veinticinco sestercios correspondientes a la *sponsio praeiudicialis*; para resolver esto, es necesario establecer en forma preliminar, si el actor era el heredero y, por tanto, si el testamento es válido.

Si resultaba vencedor el heredero testamentario y vencido el querellante, la sentencia declaraba la validez del testamento y, consecuentemente, la exclusión del querellante a la *hereditas*.

⁴⁹⁴ D. 5. 2. 6. 2 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

En caso opuesto, es decir, resultando vencedor el querellante; con la sentencia se comprobaba la inoficiosidad, y los centunviro declaraban nulo el testamento por enfermedad mental del testador.

En relación con la sentencia de inoficiosidad, se deben precisar las diversas hipótesis en que se puede ver inmerso el heredero testamentario en su calidad de actor:

1) El heredero testamentario (actor), – *heres civilis ab intestato* –, y el – sucesor *ab intestato iure praetorio tantum* –, (querellante). Declado nulo el testamento los centunviro proclaman vencedor de la *litis* al heredero testamentario, por ser *heres ab intestato iure civili*, por tanto, el heredero civil habría obtenido la parte de la herencia esperada por *ius civile*; por su parte, el querellante, *iure praetorio*, habría obtenido la *bonorum possessio*, – *bonorum possessor litis ordinandae gratia* –, con el fin de intentar el *interdictum quorum bonorum*.

2) El heredero testamentario y el querellante son herederos civiles del mismo grado. Existen dos supuestos: primero, declarado nulo el testamento, los centunviro confirmaban al heredero testamentario (actor), la calidad de heredero – que él afirmaba –; por lo cual, el querellante (demandado), efectivo poseedor, ya no mantendría íntegra la *hereditas*. Si por el contrario, el heredero testamentario es vencido en el juicio de la *querela inofficiosi testamenti*, podría ejercitar la acción hereditaria para su cuota *ab intestato*, o bien, recurrir a la *bonorum possessio ab intestato*.

El querellante *heres civilis ab intestato*, pudiendo obtener desde el inicio la *bonorum possessio de inofficioso*, no siempre la solicitaba. Al respecto, basta señalar que como *bonorum possessor*, el querellante sostenía la *litis* como parte demandada, donde la sentencia declaraba nulo el testamento, pero sin proclamar heredero al *bonorum possessor*. En cambio, el pronunciamiento de la sentencia a favor del *heres civilis ab intestato* significaba adquirir la herencia. La sentencia favorable al querellante

representaba hacer valer ante cualquiera, *erga omnes*⁴⁹⁵, no sólo la invalidez del testamento sino también la calidad de heredero.

Una vez dictada la sentencia, lo que ocurre con el patrimonio hereditario, es que aquel que resulte vencedor y tiene la posesión durante la *litis*, mantiene esta posesión de manera definitiva. En caso de no tener la posesión durante el litigio, la parte vencedora, recurría a los siguientes recursos procesales:

1) La *legis actio sacramenti in rem*, la parte vencedora reclama a los *praedes litis et vindiciarum*, el cumplimiento de la promesa de restituir la *hereditas*.

2) En la *legis actio per sponsionem*, el vencedor para lograr la ejecución de la sentencia, es decir, para recibir el pago de los ciento veinticinco sestercios ejercita la *actio ex sponsione*, la cual, recordemos, surge de la *sponsio pro praede litis et vindiciarum*, que el adversario otorga en la fase *in iure*, para garantizar no el pago, más bien, la restitución de los bienes hereditarios, sobre los cuales tiene la posesión provisional durante el juicio.

En orden a la *legis actio per sponsionem*: si gana la *litis* el querellante, el cual obtiene al inicio del proceso la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, sin adquirir la posesión de los bienes, el *interdictum quorum bonorum* es el remedio idóneo; sólo que el pretor permite al querellante, interponerlo después del pronunciamiento de los centunviro. La *bonorum possessio*, en ese caso, es una *bonorum possessio cum re*.

Al hablar de la sentencia favorable al querellante, se ha empleado en este apartado la expresión “sentencia de inoficiosidad”, sólo para abreviar el término; no debemos olvidar que la inoficiosidad en un aspecto jurídico-formal, es un argumento el cual se concluye, a través de un razonamiento obligado y artificioso, de que el testamento se impugna por considerar al testador un enfermo mental, lo que provoca la nulidad del testamento. No es

⁴⁹⁵ *Infra* pp. 176 y ss.

la inoficiosidad en sí misma lo que se juzga, más bien, es la consecuencia que trae aparejada, al declarar la nulidad del testamento, y la decisión acerca de la pertenencia de la *hereditas*, las que asumen importancia en el pronunciamiento de los centunviro dando un significado jurídico preciso.

9.1 Efectos de la sentencia centunviral

El éxito de la *litis* de inoficiosidad fija la posición jurídica de las partes, hacia los deudores, los acreedores de la herencia y con los poseedores de bienes hereditarios; para todos ellos vale como cosa juzgada entre las partes⁴⁹⁶.

La sentencia de uno de los coherederos no perjudica la del otro coheredero, las resoluciones son diversas y no siempre en el mismo sentido; es decir, cabe la posibilidad de que se dicten sentencias contradictorias sobre la inoficiosidad⁴⁹⁷.

La sentencia *per legis actiones* en materia de la *querela inofficiosi testamenti*, produce efectos normativos *iure civili* ilimitados para las partes involucradas en el juicio de inoficiosidad. Nos referimos a los deudores, acreedores hereditarios, coherederos testamentarios, legatarios y esclavos manumitidos. Según Escévola⁴⁹⁸, los fideicomisos dispuestos en un testamento que es declarado nulo por causa de inoficiosidad, no se deben dar.

D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*): *Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: "Ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo." Quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.*

⁴⁹⁶ D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*).

⁴⁹⁷ *Cfr.* D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*); D. 5. 2. 16 (Papiniano, 2 *resp.*) y C. 3. 28. 13 (a. 239).

⁴⁹⁸ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

El paso suscita notables dificultades de interpretación, en el fragmento se presupone la existencia de dos hijos, de los cuales, una instituida heredera por toda la masa hereditaria y el otro preterido. La hipótesis, que no prevé Escévola⁴⁹⁹ pero que es considerada en la nota de Paulo⁵⁰⁰, es la siguiente: el hijo actúa contra la hermana y, naturalmente, por la mitad, gana, obteniendo la restitución de la mitad de los bienes, la otra mitad queda en posesión de la hermana. Pero nos preguntamos ¿a qué título? ¿A título de heredera testamentaria? Ciertamente no, porque el testamento es declarado nulo ya que la hermana es también heredera legítima; parece correcto pensar que en este hecho jurídico, los fideicomisos *ab intestato* son invalidados.

Una vez demostrada la autenticidad sustancial de la nota, no se puede imputar a Paulo⁵⁰¹ no entender el pasaje de Escévola⁵⁰², no se justifica pensar que se suprime la parte en la cual Escévola⁵⁰³ expone su tesis sobre la rescisión del testamento inoficioso, de otra forma, no se entendería el significado de la nota adherida. Es probable que Paulo⁵⁰⁴, aprobando la decisión de Escévola⁵⁰⁵, ponga él mismo la teoría de rescisión del testamento, y que para este propósito, diga: *nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente*.

D. 32. 36 (*Apud Scaevolam, libro 18 digestorum Claudius notat*): *Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

Estamos ante una nota a un fragmento de Escévola⁵⁰⁶, se admite que él exponga en el Digesto el mismo caso que en la *responsa*. El contenido de la nota de Claudio⁵⁰⁷ es idéntico al de la nota de Paulo⁵⁰⁸ en el texto de la

⁴⁹⁹ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰⁰ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰¹ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰² D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰³ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰⁴ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰⁵ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰⁶ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵⁰⁷ D. 32. 36 (*Apud Scaevolam, libro 18 digestorum Claudius notat*).

⁵⁰⁸ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

responsa. Lo que hace probable suponer, que también Claudio⁵⁰⁹ habría puesto una hipótesis faltante al pasaje de Escévola⁵¹⁰, y esto le habría dado apoyo para sustentar su nota.

Tales efectos sufren modificaciones con el paso del tiempo. Ya a partir de una constitución del siglo II d.C., de Marco Aurelio y Lucio Vero *divi fratres*⁵¹¹, al hacer referencia a la *querela* centunviral, éste rescripto es una excepción de la sentencia en contumacia de inoficiosidad, dictada en ausencia del heredero testamentario; tal resolución no perjudica a los legatarios, ni a los fideicomisarios, tampoco a los esclavos manumitidos.

La aplicación del principio acerca del ilimitado efecto normativo, si hubiese participado un sujeto no legitimado, conlleva graves consecuencias; la sentencia perjudica al verdadero legitimado, quien resulta excluido del juicio. A propósito veáse:

D. 5. 2. 25. 1 (Ulpiano, 2 *disput.*): *si quis, cum non possit de inofficioso testamento queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.*

La interpretación se dirige a reconocer que la sentencia produce sus efectos, inclusive frente a terceros, verdaderos titulares de la relación. La sentencia considera único y verdadero heredero al querellante, incluso si éste, no está activamente legitimado a la *querela* (*cum non possit de inofficioso queri*); además, si la acción es promovida *pro parte* contra un solo coheredero testamentario, también se convierte en irrefutable frente a cualquier tercero.

Las personas legitimadas pueden considerarse excluidas, y el actor que resulte sin razón victorioso, habría podido beneficiarse de la sentencia contra los otros herederos testamentarios, entre ellos los legitimados a la *querela inofficiosi testamenti*; los cuales reclaman la restitución de la herencia.

⁵⁰⁹ D. 32. 36 (*Apud Scaevolam, libro 18 digestorum Claudius notat*).

⁵¹⁰ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*).

⁵¹¹ *Cfr.* D. 49. 1. 14. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*) y D. 5. 2. 17. 1 (Paulo, 2 *quaest.*).

Esta interpretación contrasta con lo dicho por Ulpiano⁵¹²:

D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*): *Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit... et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem...*

En efecto, aquí está la misma situación prevista en el fragmento 25. 1, sobre la *querela inofficiosi testamenti*, promovida y ganada por un no legitimado; pero revela una solución distinta, indica que la victoria casualmente obtenida por el querellante no legitimado (sujeto no admitido a la sucesión *ab intestato*), se favorece frente a los verdaderos legitimados a la *querela*.

La diferencia entre los pasajes mencionados, se resuelve teniendo presente por una parte la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* (o de *inofficioso*), y el contenido de la sentencia centunviral; si el vencedor es el *bonorum possessor*, en el fr. 6. 1 en cuyo contexto está la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*. Debemos tener presente que en Ulpiano, 14 *ad ed.*⁵¹³, se plantea la *querela inofficiosi testamenti*, tomando en cuenta la cláusula edictal relativa a la *bonorum possessio de inofficioso*.

Ahora bien, en el fr. 25. 1, se expone que el querellante no legitimado impugna el testamento y gana la *litis* de inoficiosidad (*legis actio per sponsionem*), como parte actora. Ahí, los centunviro no solo niegan la validez del testamento inoficioso, también lo declaran único y verdadero heredero al querellante. Tal sentencia se puede hacer valer *erga omnes*, incluso frente a los parientes allegados al testador, verdaderos legitimados a la *querela inofficiosi testamenti*, los cuales, en consecuencia, son excluidos de la sucesión.

Caso contrario es lo contemplado en el fr. 6. 1. Es distinto porque el querellante no legitimado habría previamente solicitado, e injustamente ganado, la *querela inofficiosi testamenti*; pero, como *bonorum possessor*, es decir, como demandado; donde la sentencia centunviral de inoficiosidad invalida al testamento y niega la calidad de heredero al heredero

⁵¹² D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵¹³ D. 5. 2. 6. 1.

testamentario, sin embargo, no declara heredero al querellante, siendo éste sucesor *ab intestato*. Se comprueba para la *bonorum possessio de inofficioso*, que el pronunciamiento no tiene efectos normativos *iure civili*.

La consecuencia no puede ser otra que aquella expresada por Ulpiano⁵¹⁴ en el fr. 6. 1: la sentencia centunviral, en definitiva, habría favorecido sólo a los verdaderos legitimados a la *querela*. Ya que ellos habrían podido demandar, con la acción hereditaria al querellante no legitimado.

Como se ha dicho, los efectos normativos de la sentencia centunviral, en materia de la *querela inofficiosi testamenti*, en muchos casos pueden resultar sentencias contrapuestas; las sentencias contradictorias son en razón del número de querellantes o de coherederos testamentarios. El medio para solucionar el problema se indica en una epístola de Plinio el Joven⁵¹⁵; donde se narra que, Atia Viriola desheredada injustamente en el testamento de su padre, impugna el testamento, en juicios separados y todos al mismo tiempo, contra los cuatro herederos testamentarios; los cuatro juicios van confiados a cuatro secciones distintas del colegio centunviral. La resolución de cada sección se realiza de forma separada, con el resultado siguiente: en dos juicios Atia Viriola obtiene la victoria, mientras que, en los otros dos juicios, es derrotada.

Lo analizado exhibe la clave para resolver nuestro problema, cuando los sucesores son más de uno, las acciones son diversas y propuestas contemporáneamente; pero en juicios separados. De tal forma, que en la práctica, el pronunciamiento de una sentencia no influye en las otras. Aplicado al caso de Atia Viriola, las cuatro sentencias emanan al mismo tiempo, donde cada sección no tiene la posibilidad de conocer las resoluciones de los otros juicios.

Lo considerado anteriormente, se refiere al contraste en las sentencias de inoficiosidad sobre un mismo testamento; ya sea porque el heredero testamentario resulta victorioso frente a un querellante *pro parte*, o bien,

⁵¹⁴ D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵¹⁵ Plin. *Ep.* 6. 33. 2-5.

porque un coheredero testamentario se opone a la *querela inofficiosi testamenti*, frente a la cual, los otros coherederos testamentarios resultan vencidos.

La situación que en tales casos ocurre, es la misma que se dá cuando varios sujetos son legitimados para el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*. Un pariente allegado legitimado actúa por su cuota resultando vencedor, o bien, resulta vencedor al ejercitar la *querela* contra algunos coherederos testamentarios. En estos casos, el testamento es nulo en parte, ya que la cuota hereditaria, que le corresponde al heredero o al coheredero testamentario, la mantienen, poseyéndola a título de herederos testamentarios; por consiguiente, habría en cuanto a la misma herencia, tanto sucesores testamentarios como sucesores *ab intestato*. Esto lo determina el mecanismo procesal, no obstante, los centunviro declaran el testamento nulo, y la sentencia relativa produce efectos jurídicos *erga omnes*. La situación que se presenta está en contraste con el principio '*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*', el cual excluye que a la muerte de alguien, se abra la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato*. Los juristas clásicos regulan tal situación particular: admiten que en los casos planteados, se derogue la regla general, o sea, el *de cuius* muere *pro parte testatus pro parte intestatus*.⁵¹⁶

El hecho de que el testamento deba considerarse en parte nulo y en parte válido, repercute sobre las disposiciones particulares contenidas en el testamento; se reconoce la validez *pro parte*, en las deudas y en los créditos hereditarios, los pagan los herederos testamentarios y los querellantes en proporción a la cuota de herencia obtenida. En cambio, en los legados y en las obligaciones con carácter patrimonial y con objeto divisible, no hay dificultad para cumplir con éstas⁵¹⁷. No ocurre lo mismo, en el caso de las manumisiones dispuestas en el testamento: un esclavo no puede convertirse en libre sólo una parte, y el resto seguir siendo esclavo. El problema da lugar a variadas discusiones entre los jurisconsultos; Papiniano⁵¹⁸ concede la

⁵¹⁶ Cfr. D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*).

⁵¹⁷ Cfr. D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*); D. 31. 76 (Papiniano, 7 *resp.*).

⁵¹⁸ Cfr. D. 31. 76 (Papiniano, 7 *resp.*).

facultad, a los legatarios y a los esclavos manumitidos por testamento, para oponerse a la sentencia centunviral dictada como consencuencia del ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, ésto se puede comprobar en el D. 31. 76 (Papiniano, 7 resp.):

Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicum exstitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit. Sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset.

El paso hace referencia a la *querela* centunviral y, también al principio de oponibilidad a favor de los legatarios, en contra de la sentencia centunviral.

A la sentencia centunviral que rescinde un testamento inoficioso, pueden oponerse los legatarios y los esclavos manumitidos en el testamento; pero, existe una excepción, cuando dicha sentencia es emitida en ausencia del heredero testamentario.

D. 5. 2. 17. 1 (Paulo, 2 quaest.): *Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.*

En el D. 31. 76 (Papiniano, 7 resp.), los legados permanecen parcialmente válidos, ésto se debe a la validez del testamento que presupone la expedición de sentencias contradictorias. Por lo que concierne a las *libertates ex testamento*, a pesar de las sentencias contradictorias, continúan siendo válidas. En el caso de la indivisibilidad del *status libertatis*, frente a dos sentencias opuestas – una considera el testamento válido y la otra inválido –, prevalece para el esclavo manumitido, la primera sentencia. La forma en la cual es expresada la norma en el texto de Papiniano⁵¹⁹, induce a creer que la solución después de las discusiones y polémicas de los jurisconsultos de la época clásica, es aceptada.

⁵¹⁹ D. 31. 76 (Papiniano, 7 resp.).

La decisión inspirada en el *favor libertatis*, la encontramos en un hecho jurídico análogo, contenida en el fr. 76, aunque se trata de un paso referente a la *querela cognitio*⁵²⁰, el punto que nos interesa son los principios: una persona declarada libre frente a un supuesto condómino, es, contemporáneamente, declarada esclava respecto a otro; en el caso, se habría considerado esclava, por entero, del copropietario vencedor. Aquí, se procura resolver el conflicto entre las partes, si un sujeto es declarado en dos distintas *causae liberales*, *pro parte* esclavo y *pro parte* libre. La hipótesis presentada en esa constitución, trata de dos sentencias contradictorias, emanadas por causa de la *querela*, donde participa un heredero legítimo y un heredero testamentario; presenta similitud con el precitado fragmento de Papiniano⁵²¹, que debe ser recordado junto al de Juliano⁵²², ya que representan testimonios sobre la existencia de controversias y discusiones jurisprudenciales. Papiniano⁵²³ da una solución humana que favorece la adquisición a la libertad. Tanto las *libertates* como los legados de esclavitud, son indivisibles. Del problema de sentencias contradictorias de inoficiosidad, se ocupa el fr. 76.

En el D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*): *Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. Quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit. Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset: itaque dici potest eam quae omissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit: et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur. Ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant.*

⁵²⁰ C. 3. 28. 13 (a. 239).

⁵²¹ D. 31. 76 (Papiniano, 7 *resp.*).

⁵²² D. 40. 12. 30 (Juliano, 5 *ex Minicio*).

⁵²³ D. 31. 76 (Papiniano, 7 *resp.*).

Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae saluum ius sit adeundae hereditatis.

El significado del hecho jurídico es bastante claro en este pasaje: una madre, muere e instituye heredero por tres cuartas partes a un extraño, heredando el cuarto restante a una de sus dos hijas y omitiendo a la otra. No existe obstáculo alguno para aquéllos que ven en la *querela* centunviral una acción de mera rescisión: si tal *pronuntiatio* de inoficiosidad existe, esa no tendría alguna autonomía jurídica. Además, el querellante (hermana preterida) se dirige previamente a la acción, contra la hermana o contra el extraño, y deberá *in iure* especificar ampliamente su pretensión. La sentencia de rescisión reconoce a la *praeterita* por la mitad de la herencia. Si ésta ya lo obtuvo del extraño, la hermana instituida no tiene nada que temer. En cambio, si la *praeterita* actúa y gana por la totalidad de la herencia, entonces se estaría ante una sentencia errónea, contra aquel que no está presente; pero la cuestión de Paulo⁵²⁴ no se refiere a esto, más bien, la duda que se presenta es respecto al temor de la hija instituida. La *praeterita* puede ejercitar contra la hermana y pretender la mitad de los bienes hereditarios que ésta posee y contra el extraño, promueve para obtener la mitad del as hereditario; todo por *stricto iure*, es posible. La hermana instituida teme que la *praeterita* no pueda ejercitar la acción contra el extraño para obtener la mitad de los bienes hereditarios que éste posee, ante tal hipótesis, la *auctoritas rei iudicatae*, contra sí misma (hermana instituida) le habría ayudado. Pero el éxito de su acción se podría oponer al hecho que ella obtendría por testamento un cuarto de la herencia, causa que excluye el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*.

Todo cuanto se ha dicho, es conforme a los principios generales del derecho sucesorio romano y encuentra confirmación en la respuesta de Paulo⁵²⁵:
Respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura

⁵²⁴ D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*).

⁵²⁵ *Idem.*

esset...Sed non est admittendum ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: et ideo ab extraneo semissem vindicandum.

El jurista sugiere un remedio a los inconvenientes presentados: la *praeterita* debe actuar por la mitad contra el heredero extraño, por el contrario, en caso de que actúe contra la hermana instituida, le será denegada la acción.

Consideremos la posición del extraño: la *praeterita* habría obtenido del extraño la mitad de los bienes hereditarios. En tal caso, el extraño habría mantenido un cuarto de la masa hereditaria a título de heredero testamentario. Para esto, se debe admitir una excepción al principio civil: “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”.

Por otra parte, vemos la posición de la hermana instituida. A ella le quedaría un cuarto de los bienes, que posee y sobre la cual es instituida heredera. Ella, no puede actuar con la *querela* contra el extraño; la *auctoritas rei iudicatae*, entre el heredero extraño y la hermana *praeterita*, la habría favorecido; sin embargo, su *querela* sería rechazada, porque ya habría recibido por testamento un cuarto de la herencia. ¿Habría continuado a poseer aquéllo obtenido por testamento a título de heredera testamentaria o a título de heredera legítima? La cuestión es de forma, la solución depende de la responsabilidad de la hermana instituida respecto a los legatarios y a los fideicomisarios. De esta cuestión se ocupa Paulo⁵²⁶ en la segunda parte del fr. 19: la hija instituida puede obtener la herencia *ab intestato*, gracias a la eficacia prejudicial absoluta de la sentencia; el reconocimiento anterior del testamento por parte de ella, no será considerado como repudio a la herencia *ab intestato*, en cuanto que ella, creyendo en la validez del testamento, ignora la delación *ab intestato*. El razonamiento es digno de Paulo⁵²⁷ y no da lugar a ninguna objeción.

⁵²⁶ D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*).

⁵²⁷ *Idem.*

10. INDIGNIDAD PARA SUCEDER, SANCIÓN CONTRA EL QUERELLANTE VENCIDO

La indignidad para suceder se presenta para el caso en que el querellante actúa de mala fe, al promover la *querela inofficiosi testamenti*, sin fundamento, – recordemos la importancia del *officium pietatis* –; el querellante es reputado indigno de suceder a la persona a quien acusa grave e injustamente. Con esta medida, se pretende poner freno a los juicios de inoficiosidad carentes de fundamento o sustento.

Debe entonces, el testador asignar *mortis causa* una parte del patrimonio hereditario – *portio debita* – al heredero necesario en virtud de la institución del heredero o de algún legado u otra disposición *mortis causa*, si le deja una cuota pero es inferior a la *portio debita*, puede recurrir a la *querela inofficiosi testamenti*, si pierde la *litis*, al querellante se le califica de indigno y, consecuentemente, el fisco adquiere su parte de la herencia.

Ulpiano⁵²⁸ fundamenta y recuerda algunos límites a la indignidad: la *indignitas* produce efectos en el querellante que persevera durante el litigio hasta la sentencia, no sobre aquel que desiste; no resulta indigno el querellante vencido en contumacia, aquéllo que se le otorga al heredero necesario está gravado por un fideicomiso, la derrota del querellante no perjudica al fideicomisario. Tal situación encuentra respuesta en Papiniano⁵²⁹: un heredero necesario ha sido instituido heredero, el testador le impone la carga de un fideicomiso a su cuota de herencia, obligándole la restitución a un tercero. Abierta la sucesión, el instituido heredero afirma que su *portio debita* está dañada y ejercita la *querela inofficiosi testamenti*,

⁵²⁸ D. 5. 2. 8. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*): *Memnisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit: ceterum si ante sententiam destitit vel decessit, non ei aufertur quod datum est: proinde et si absente eo secundum praesentem pronuntietur, potest dici conservandum ei quod accepit. Eo autem solo carere quis debet, cuius emolumentum ad eum pertinet: ceterum si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. unde non male Papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus et rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non optinuit, id quod iure Falcidia potuit habere solum perdere.*

⁵²⁹ *Idem.*

resultando vencido en el juicio: el fisco se queda con la parte de la herencia que le corresponde al querellante vencido, y aplicando la *lex Falcidia* (ampliada a los fideicomisos a través del senadoconsulto Pegasiano), podría retener para sí un cuarto de la herencia asignada al instituido heredero. En cambio, le restituye al fideicomisario en virtud del fideicomiso que conserva eficacia ya que el testamento permanece válido al ser rechazada la *querela inofficiosi testamenti*, por consiguiente, no son confiscados todos los bienes hereditarios, el fideicomisario, consecuentemente, no sufre perjuicio alguno.

11. PORTIO DEBITA

Al no instituir heredero al hijo o al pariente allegado, el *de cuius* queda obligado, *mortis causa*, al menos por un cuarto de su cuota *ab intestato* para con aquél, cumpliendo así, con el *officium pietatis*.

A esta cuarta parte se le denomina *portio debita*⁵³⁰. Para determinarla se añade por analogía lo dispuesto por la *lex Falcidia*⁵³¹, donde la *portio debita* es llamada Falcidia, es decir, si el monto de los legados superan las tres cuartas partes del patrimonio hereditario, establece que éstos se reducen proporcionalmente, de modo tal, que los herederos testamentarios reciban una cuarta parte de la herencia.

La *portio debita*, que salva al testamento del juicio de inoficiosidad, puede ser dejada a los herederos necesarios a través de la *heredis institutio*⁵³², o mediante un legado, fideicomiso o por medio de una *donatio mortis causa*⁵³³. No se considera para determinar la *portio debita* aquello que el querellante hubiere recibido gratuitamente del disponente en acto *inter vivos*

⁵³⁰ Cfr. CGV. 2. 4. 2, ed. Krueger, P, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III, Berlin, 1890; C.Th. 16. 8. 28, traducido al inglés por Pharr, Clyde, Nueva Jersey, The lawbook Exchange, Ltd. 2001; C. 3. 28. 31 (a. 528).

⁵³¹ Cfr. Gai. 2. 224-227.

⁵³² D. 5. 2. 8. 9 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵³³ D. 5. 2. 8. 6 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

– donación, dote –⁵³⁴. Se requiere, que la cuarta parte de la cuota *ab intestato* se entregue a través de un acto *mortis causa*.

La *portio debita* se calcula eliminando las deudas, gastos funerarios y manumisiones que gravan la herencia⁵³⁵.

La afirmación del principio es tal, que el testador tiene el deber de dejar una cuarta parte de la cuota *ab intestato* a los hijos, a falta de ellos se le otorga a los padres y a falta de estos a los hermanos y hermanas.

Al heredero necesario si no se le deja la *portio debita*, puede impugnar con éxito el testamento inoficioso, y conseguir su cuota *ab intestato*; lo anterior, puede evitarlo el testador dejándole una cuarta parte al heredero necesario, este es el efecto requerido para crear el origen, naturaleza y fundamento jurídico de la *querela inofficiosi testamenti*. No debemos olvidar que del lado formal, el testamento inoficioso es impugnado por enfermedad de mente del testador, si es juzgado inoficioso es proclamado nulo y, por lo tanto, encuentra aplicación el régimen sucesorio *ab intestato*.

12. LA EFICACIA PREJUDICIAL DE LA SENTENCIA *PER LEGIS ACTIONES*

Partiendo del examen analítico de las fuentes concernientes a las sentencias centunvirales en materia de la *querela inofficiosi testamenti*, podemos confirmar que los estudiosos no analizaban la eficacia prejudicial de la sentencia *per legis actiones*; esto se debía a que sostenían su tesis sobre la naturaleza constitutiva de la *res iudicata*, es decir, se limitaban a una reclamación sobre el efecto rescisorio de la sentencia de inoficiosidad; recordemos que después de las *leges Iuliae iudicariae*, los procedimientos centunvirales eran vigentes a través de la *legis actio*. En cambio, nosotros a

⁵³⁴ CGV. 2. 4. 1.

⁵³⁵ D. 5. 2. 8. 9 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

través de la exégesis de textos individuales relativos a la *querela centunviral*, sostenemos que la sentencia *per legis actiones* produce efectos prejudiciales ilimitados.

Para sustentar la tesis sobre si las sentencias de las *legis actiones* son oponibles a terceros, se invoca con tal finalidad a Pomponio, 18 *ad Q. Mucium*⁵³⁶; donde está referida una opinión del jurista republicano Quinto Mucio, en materia de *hereditatis petitio*. El texto es, sin duda alguna, valioso para la solución del problema, porque contiene el testimonio de un jurisconsulto; cual vivía, cuando las *legis actiones* estaban todavía en vigor como procedimiento ordinario. Por ése mismo motivo, no debe ser descuidado el pasaje de Labeón, 2 *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*⁵³⁷ (aplicable en la época republicana), se refiere a una respuesta de Trebacio, concerniente a los efectos de la sentencia de la *actio communi dividundo*, gracias a este texto podemos entender a la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y, por lo tanto, se acredita la semejanza con las otras *legis actiones*.

Comprobada la competencia exclusiva de los centunviro en materia hereditaria en la época republicana. Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la *querela inofficiosi testamenti* en la época del Principado, podemos recurrir a Pomponio, 18 *ad Q. Mucium*⁵³⁸; excluyendo al texto de Labeón, 2 *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*⁵³⁹, que es utilizado en la República.

D. 40. 7. 29. 1 (Pomponio, 18 *ad Q. Mucium*): *Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat "si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto". Deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. Secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. Deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem*

⁵³⁶ D. 40. 7. 29. 1.

⁵³⁷ D. 33. 2. 31.

⁵³⁸ D. 40. 7. 29. 1.

⁵³⁹ D. 33. 2. 31.

valere? Quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore.

Quinto Mucio⁵⁴⁰ atribuye a la sentencia del juez de la *hereditatis petitio* (corte centunviral), un valor decisivo, cuya finalidad es resolver si compete la libertad de Andrónico, el cual es manumitido en el testamento bajo condición de pagar diez al heredero del testador. Ante esto, el jurista responde positivamente, si resulta vencedor el heredero testamentario; o bien, negativamente, si resulta vencido y, consecuentemente, se produce la victoria del *heres ab intestato*. En la primera hipótesis, el testamento del cual deriva la libertad de Andrónico, reconoce validez a la manumisión; mientras en la segunda hipótesis, se declara nulo tanto el testamento como las disposiciones contenidas en el mismo.

Con base en este primer texto, podemos afirmar que al menos que en el sistema de *legis actiones*, existe la posibilidad de una eficacia prejudicial. El análisis de los textos relativos a la *querela inofficiosi testamenti*, nos permiten comprobar la extensión de tal eficacia prejudicial.

En síntesis, podemos decir que nuestra tesis sobre la ilimitada eficacia de la sentencia en el proceso *per legis actiones* está fundamentada:

- a) D. 40. 7. 29. 1 (Pomponio, 18 *ad Q. Mucium*),
- b) Las fuentes relacionadas a la *querela inofficiosi testamenti*, establecidas por los centunviro;
- c) D. 33. 2. 31 (Labeón, 2 *posteriorum a Iavoleno epitomatorum*), y
- d) D. 5. 2. 25. 1 (Ulpiano, 2 *disp.*).

Es necesario advertir, que el uso de estas fuentes presume resolver algunas cuestiones particulares; aprovechamos los argumentos señalados, solamente después de haber indagado sobre éstos. En particular, debemos indicar:

⁵⁴⁰ D. 40. 7. 29. 1 (Pomponio, 18 *ad Q. Mucium*).

- a) La competencia exclusiva de los centunviros en materia hereditaria en la época de la República, es por medio del ejercicio de la *legis actio*;
- b) En el Principado, los centunviros son competentes sólo en materia de la *querela inofficiosi testamenti*;
- c) La amplia eficacia prejudicial de la sentencia centunviral de inoficiosidad depende de la naturaleza de la sentencia, y
- d) La sentencia falsa produce sus efectos, incluso hacia los verdaderos titulares, si el querellante no legitimado impugna el testamento y gana el juicio de inoficiosidad, los centunviros no sólo niegan la validez del testamento inoficioso, sino que también declaran único y verdadero heredero al querellante.

CAPÍTULO V

RÉGIMEN PROCESAL DE LA *QUERELA INOFFICIOSI*

TESTAMENTI: QUERELA COGNITIO

(Segunda parte)

El emperador Vespasiano para evitar el retraso en los juicios y aligerar el trabajo de los *centumviri*, instituye un órgano judicial con la tarea de resolver *extra ordinem*, en conjunto con los centunviro, la delicada cuestión de la inoficiosidad. Para la época del jurisconsulto Paulo⁵⁴¹, resultan competentes en materia de *querela cognitio* los *septemviri*, órgano colegiado, que juzga *extra ordinem* en materia de *querela*, mientras los que viven en provincia se dirigen al *praeses provinciae*, que es el órgano competente⁵⁴². De la misma manera, el emperador está acreditado para resolver las cuestiones de inoficiosidad, a través del *decretum*; así como el *procurator summae rationis*. Se constata lo anterior en una constitución de Antonino Pío⁵⁴³ hace alusión aquéllos bienes hereditarios, en posesión del fisco, como vacantes, la *querela* debe impugnarse de los herederos necesarios contra el fisco ante el procurador.

La *querela cognitio*⁵⁴⁴, nace a través de la labor en los foros imperiales, como un medio procesal dirigido solo a la rescisión del testamento; el querellante victorioso no poseedor debe después ejercitar la acción petitoria (*hereditatis petitio* o la *agnitio bonorum possessionis*), para recuperar los bienes hereditarios.

5. PROCEDIMIENTO DE LA *QUERELA COGNITIO*

Inicia el procedimiento con la citación mediante la *litis denuntiatio*. La diferencia con la *ius vocatio* y el *vadimonium*, que son formas privadas y, en

⁵⁴¹ D. 5. 2. 28 (Paulo, *l. sing. de septemvir. iud.*).

⁵⁴² C. 3. 28. 17 (*a.* 284).

⁵⁴³ C. 3. 28. 10 (*a.* 223).

⁵⁴⁴ *Cfr.* D. 5. 2. 10. 1 (Marcelo, 3 *dig.*).

este caso, la autoridad pública interviene por autorización del actor para llamar a juicio al adversario. Obtenida la autorización, el actor cumple con la *litis denuntiatio*, entregando al demandado un documento (*libellus*, ya presentado al funcionario y obtenida la autorización); sobre el mismo, se hace mención del objeto del litigio; se cita a la comparecencia en juicio, con fecha determinada (el término es de diez días⁵⁴⁵, en la *denuntiatio* del *Codex Theodosianus* el término para la comparecencia es de cuatro meses). Acto seguido el demandado al cual se le denuncia si no se presenta, se procede en contumacia, aunque esto no le ahorra al querellante la carga probatoria.

El principio de la victoria automática de la parte presente, sancionada por las XII Tablas '*post meridiem praesenti leteo addicito*'⁵⁴⁶, encuentra aplicación en el *ordo iudiciorum privatorum (apud iudicem)*, y no en la *cognitio extra ordinem*.

No hay noticias sobre la existencia de reglas procesales especiales, aplicables a la *querela*, excepto la de un rescripto de Antonino Pío⁵⁴⁷; con el cual se otorga facultad a los legatarios de defender la validez del testamento, tutelando sus propios intereses, cuando sospechan de un litigio entre heredero testamentario y querellante, litigio que puede invalidar el testamento.

El procedimiento *extra ordinem*, tiene las siguientes características: la libertad en la forma. El querellante recurre cuando es necesario a la *bonorum possessio de inofficioso*. Se cree que cada una de las partes sostiene indistintamente el rol de actor o demandado⁵⁴⁸; como en la *legis actio per sponsionem* y, la regla sobre el *onus probandi*, es igual tanto en la *querela extra ordinem* como en la *querela centunviral*; instituida, esta última, por *legis actio per sponsionem*.

⁵⁴⁵ D. 5. 1. 69 (Ulpiano, 4 *de omnibus tribunalibus*).

⁵⁴⁶ *tab.* 1.8.

⁵⁴⁷ D. 49. 1. 5. 1-2pr. (Marciano, 1 *de appellationibus*).

⁵⁴⁸ *Supra* p. 136.

El medio ofrecido al demandado en cada litigio *extra ordinem* para paralizar la pretensión del actor es la *praescriptio* (instrumento procesal, corresponde a la *exceptio* del procedimiento formulario).

La *praescriptio* tiene dos aplicaciones:

1º. Se opone al heredero necesario, reconoce la voluntad expresa del testador manifestada en el testamento. (*Iudicium sequi*: es decir, puede ocurrir al aceptar un legado o pagando al instituido heredero una deuda que tiene con el disponente)⁵⁴⁹.

2º. Se opone al actor después de transcurridos cinco años de la fecha de la adición de parte del instituido⁵⁵⁰.

Por lo que se refiere a la sustancia, naturaleza y finalidad de las normas aplicables al juicio de la *querela extra ordinem*, no hay ninguna diferencia fundamental entre ésta y la *querela centunviral*. Son las mismas reglas para la legitimación activa y pasiva; así como, los supuestos y condiciones para la admisión de la *litis*.

Se introduce una nueva norma limitativa recordada en D. 5. 2. 28 (Paulo, *l. sing. de septemvir. Iud.*):

Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituiste, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere...

El fragmento alude a la obra de *septemviralibus iudiciis*, dedicada a la *querela inofficiosi testamenti*, en el procedimiento *extra ordinem*. Paulo⁵⁵¹, recuerda una decisión de Adriano, decisión adoptada en juicio directamente llevado al conocimiento del emperador.

⁵⁴⁹ D. 5. 2. 8. 10 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁵⁰ D. 5. 2. 8. 17 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁵¹ D. 5. 2. 28 (Paulo, *l. sing. de septemvir. Iud.*).

Una madre, creyendo erróneamente que el hijo militar estuviese muerto, no lo contempla en el testamento, e instituye como herederos a otras personas en el acto de última voluntad. El testamento no habría podido llamarse “*inofficioso*”, porque sólo existe un error, es decir, la madre no incurriría en una falta al *officium pietatis*, al haber omitido al hijo. Éste, por tanto, en lugar de actuar mediante la *legis actio* ante los centunviro, los cuales ciertamente por el motivo comprobado, no habrían acogido su dolencia, se dirige al emperador Adriano, quien mediante un *decretum* inspirado en un sentido de equidad, invalida el testamento y asigna la *hereditas* al soldado.

De tal *decretum*, los juristas hicieron un principio nuevo, aplicable a la *querela* centunviral. Lo encontramos formulado en un texto de Ulpiano⁵⁵², con estas palabras: «*de testamento matris, quae existimans perisse filium alium heredem instituit, de inofficioso queri potest*» (puede uno querellarse de inoficioso por el testamento de su madre, que, creyendo a su hijo muerto, instituyó a otro heredero).

En orden al contenido de la sentencia de *querela inofficiosi testamenti*, no existe ninguna diferencia sustancial entre la *querela* centunviral y aquella *extra ordinem*, solamente que debido al procedimiento tan sencillo – los jueces *extra ordinem* – a diferencia de los centunviro, llamados a juzgar por la forma, sobre el *sacramentum* y sobre la *sponsio praeiudicialis*, se pronunciaban en el proceso *extra ordinem* inmediatamente sobre la validez del testamento y sobre la espera de la herencia. Probablemente, intimidaban *expressis verbis* al demandado, en caso de victoria del actor no poseedor, de restituir la *hereditas* (tal obligación, es implícita en la sentencia centunviral).

La sentencia como cada juicio en la *cognitio extra ordinem*, tiene fuerza ejecutiva directa. Esto es, la parte actora, victoriosa, que no posee la *hereditas*, habría podido proceder inmediatamente para la ejecución (sin necesidad de un ulterior juicio), contra el demandado, para que restituya los

⁵⁵² D. 5. 2. 27. 4 (Ulpiano, 6 *opin.*).

bienes hereditarios. Caso contrario, resulta si el vencedor del juicio es el demandado (*bonorum possessor litis ordinandae gratia*), ahí, no procede inmediatamente la ejecución de la sentencia, se debe interponer el *interdictum quorum bonorum* para obtener la posesión del as hereditario.

La sentencia *extra ordinem* en materia de *querela inofficiosi testamenti*, puede ser sujeta a apelación y, cuyo ejercicio, tiene por efecto suspender el procedimiento ejecutivo; excepto, aquélla sentencia emanada por el emperador (para ésta faltaría la autoridad jerárquicamente superior para apelar). La afirmación, está comprobada en textos jurídicos clásicos.⁵⁵³

Por lo que respecta al procedimiento de apelación, no existe peculiaridad alguna; solamente en orden a la legitimación activa sabemos que en la sentencia que da la razón al querellante, es admitida la apelación de la parte vencida, incluyendo a los legatarios (constitución de Antonino Pío⁵⁵⁴).

En lo concierne a la apelación en materia de *querela inofficiosi testamenti*, no hay informe alguno sobre los jueces competentes. Seguramente debe tratarse de una autoridad jerárquicamente superior al órgano juzgador, emisor de la sentencia de primer grado; es probable que se trate del emperador o un funcionario designado por él mismo.

5.1 Fundamento de la *querela cognitio: iniuria*

El adjetivo *inofficiosus* al cual hacemos referencia tratándose del testamento, es empleado cuando obtenemos contrariedad en el acto de última voluntad de parte del *de cuius*, es decir, la falta al *officium pietatis* hacia los parientes allegados del *de cuius*.

⁵⁵³ Cfr. D. 5. 2. 27 (Ulpiano, 6 *opin.*); D. 49. 1. 5 (Marciano, 1 *de appellationibus*) y D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁵⁴ D. 49. 1. 5. 1-2pr. (Marciano, 1 *de appellationibus*); D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

Ahora bien, para los romanos el hecho de ser inoficioso un testamento implica al mismo tiempo, una ofensa para la persona excluida de la sucesión; cometiendo el testador *iniuria* o *contumelia* hacia su pariente allegado⁵⁵⁵. De ahí la indignación del pariente cercano excluido⁵⁵⁶.

De forma evidente, el carácter ofensivo del testamento se obtiene de la designación de nuestra institución (*querela inofficiosi testamenti*), y de las fuentes: *accusatio inofficiosi testamenti*, donde el uso del término *accusatio* (que es propio de los juicios públicos criminales), muestra la impugnación del testamento inoficioso, vista por los romanos como reacción a una ofensa sufrida.

La relevancia de la *iniuria*, por otra parte, tiene influencia en el régimen sustancial de la *querela cognitio*, por lo que se refiere a la legitimación activa, es en este sentido que sólo a los parientes ofendidos se les consiente impugnar el testamento inoficioso.

El fundamento de la *cognitio*, lo encontramos en un fragmento de Trifonino:

D. 5. 2. 22 (Trifonino, 17 *disput.*): ...*nec prohiberi patrem dixi iure filii accusare: nam indignatio filii est.*

Los juristas clásicos designan a la *querela cognitio* con el término de *accusatio*; para ellos resulta absurdo hablar de *accusatio* al referirse a la *querela* centunviral, ya que para ésta se recurre a un incidente procesal – *vindicatio hereditatis* –.

⁵⁵⁵ D. 5. 2. 4 (Gayo *l. sing. ad legem Glitiam*): *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt.* D. 5. 2. 8 (Ulpiano, 14 *ad ed.*): *Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querellam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim iniuria est.* C. 3. 28. 25 (a. 294):...*neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum, restituere debet.*

⁵⁵⁶ D. 5. 2. 22 (Trifonino, 17 *disp.*): *Filius non impeditur, quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris accipiet vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate: nec prohiberi patrem dixi iure filii accusare: nam indignatio filii est.*

De los textos clásicos, en los cuales se encuentra *accusatio* como sinónimo de *querela*, lo que quiere decir, presentan indicios de la *querela cognitio*, encontramos los siguientes:

D. 5. 2. 31 (Paulo, *l. sing. de septemvir. Iud.*): *Si is qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est. Et placuit posse, ut fiat successioni locus.*

D. 5. 2. 32 (Paulo, *l. sing. de septemvir. Iud.*): *Si exheredatus petenti legatum ex testamento advocacionem praebuit procuracionemve suscepit, removetur ab accusatione: adgnosisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit.*

Las constituciones imperiales al tratar sobre la *querela cognitio*, señalan el caso del hijo mayor de veinticinco años que aprueba la voluntad del difunto, aunque se le haya dejado menos de lo que se le debe, esto significa el no ejercicio de la *querela*.

C. 3. 28. 8. 1 (a. 223): *Qui autem agnovit iudicium defuncti eo, quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit vel alio legitimo modo, etiamsi minus quam ei debebatur relictum est, si is maior viginti quinque annis est, accusare ut inofficiosam voluntatem patris quam probavit non potest.*

5.2 Transmisión de la *querela cognitio*

Por lo que se refiere a la transmisión de la acción del lado activo, no puede transmitirse a los herederos porque la *actio iniuriarum* es intransmisible activamente y, ésta pasa a los herederos, siempre y cuando, el ofendido conteste la *litis*; así la jurisprudencia termina admitiendo que la *querela cognitio* deviene transferible *mortis causa* con la *praeparatio litis*.

5.3 Efectos de la sentencia de la *querela cognitio*

La sentencia de inoficiosidad, en primer lugar, produce efectos entre las partes litigantes.

El querellante victorioso, no poseedor, tiene la acción petitoria para recuperar la *hereditas*: Ulpiano, 14 *ad ed.*⁵⁵⁷: ... *suscepturum se de inofficioso testamento iudicium et petitorium hereditatem...*

Entre los litigantes, al querellante victorioso *pro parte*, se le otorga el *iudicium familiae erciscundae*⁵⁵⁸; en cuanto al heredero testamentario vencido, éste puede obtener del querellante el pago de las deudas alegadas a favor del *de cuius*⁵⁵⁹.

Tanto en la *querela* centunviral como en la *querela cognitio* ocurre la invalidez parcial del testamento, surgiendo un concurso entre la sucesión intestada y la sucesión testamentaria «*pro parte testatus, pro parte intestatus decississe videbitur*»⁵⁶⁰.

Las consecuencias de la invalidez parcial, son las siguientes:

- a) El heredero necesario no cumple con los legados: *legata non debentur*; fideicomisos y las manumisiones no tienen valor: *libertates ipso iure non valent*⁵⁶¹, y
- b) Resultan inválidas tanto la sustitución pupilar⁵⁶² como el nombramiento de tutor testamentario⁵⁶³.

En alusión a los legados dispuestos en el testamento, debemos considerar el texto del D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*):

Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emergerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per

⁵⁵⁷ D. 5. 3. 7. 1.

⁵⁵⁸ D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*).

⁵⁵⁹ D. 5. 2. 21. 2 (Paulo, 3 *resp.*).

⁵⁶⁰ Cfr. Ulp. D. 5. 2. 24 (Ulpiano, 48 *ad Sab.*).

⁵⁶¹ D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁶² D. 5. 2. 8. 5 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁶³ D. 26. 2. 26. 2 (Papiniano, 4 *resp.*).

hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. Nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

Ulpiano⁵⁶⁴ confirma, implícitamente, la invalidez de los legados dispuestos en un testamento rescindido por inoficiosidad. Si Adriano, da al querellante victorioso, una acción para la repetición de los legados pagados antes de la sentencia de rescisión; es necesario admitir que los legatarios después de pronunciada la inoficiosidad impidan la *res iudicata*.

En lo referente a las manumisiones contenidas en el testamento, citamos el siguiente paso:

D. 5. 2. 9 (Modestino, *l. sing. de inofficioso testamento*): *Si autem itra quinquennium egerit, libertates non competunt.*

Del contexto en la obra de Modestino⁵⁶⁵, resulta evidente que la invalidez de las manumisiones está subordinada a la victoria del querellante.

Si con la rescisión total, resultan todas las disposiciones particulares contenidas en el testamento invalidadas; con la rescisión parcial, los legados y los fideicomisos son inválidos solo *pro parte*; y las manumisiones se deben cumplir por entero. Lo anterior, se señala, es dicho y sostenido por Gordiano⁵⁶⁶, siendo muy probable; porque en el 239 d.C., cuando surge la constitución imperial de su autoría, la actividad de los centunviro ya había terminado.

La rescisión parcial del testamento está expresada en:

D. 44. 2. 29 (Papiniano, *2 resp.*):... *nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quaestio tenuit aut etiam duobus separatim agentibus alter optinuit, libertates competere placuit [ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur].*

⁵⁶⁴ D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*).

⁵⁶⁵ D. 5. 2. 9 (Modestino, *l. sing. de inofficioso testamento*).

⁵⁶⁶ C. 3. 28. 13 (*a.* 239): Legados y fideicomisos tienen una validez parcial, mientras las manumisiones resultan válidas pues no se puede dividir la libertad. A esto se le conoce como *favore testamenti*.

La primera parte del fragmento, se refiere a la *cognitio extra ordinem*; por lo mismo, es verosímil que esta segunda parte se refiera también a la *querela cognitio*.

Por tanto, la solución favorable a las manumisiones en caso de rescisión parcial del testamento pertenece a la época clásica, esto está confirmado y reproducido en otro texto de Papiniano⁵⁶⁷: el jurista tanto en ese pasaje como en otro paso del Digesto⁵⁶⁸, deja entender que la cuestión es objeto de discusión doctrinal; por consiguiente, tiene sentido la existencia de controversias jurisprudenciales, que Juliano⁵⁶⁹ testimonia.

Después de la discusión doctrinal sobre la libertad del esclavo manumitido en el testamento rescindido parcialmente, se tiene el indicio de una compensación que debería pagar el heredero testamentario al querellante victorioso, en la medida del valor de su cuota respecto al esclavo⁵⁷⁰. Existe un principio análogo, al expresado en el extracto en cuestión, acerca de la manumisión de un esclavo⁵⁷¹.

Los legatarios y los esclavos manumitidos, por su parte, sufren los efectos de la rescisión del testamento inoficioso; no es hasta una constitución de Antonino Pío⁵⁷², que se protege a los legatarios. Esta constitución, se aplica a los esclavos manumitidos por obra de los compiladores de Justiniano:

D. 5. 2. 29 (Ulpiano, 5 *opinionum*.): *Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.*

D. 49. 1. 5. 1 (Marciano, 1 *de appellationibus*): *Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat, legatariis et qui libertatem acceperunt permittendum est appellare, si querantur*

⁵⁶⁷ D. 31. 76 (Papiniano, 7 *resp.*).

⁵⁶⁸ D. 44. 2. 29 (Papiniano, 11 *resp.*).

⁵⁶⁹ D. 40. 12. 30 (Juliano, 5 *ex Minicio*).

⁵⁷⁰ D. 44. 2. 29 (Papiniano, 11 *resp.*).

⁵⁷¹ D. 40. 12. 30 (Juliano, 5 *ex Minicio*).

⁵⁷² D. 49. 1. 5. 1-2pr. (Marciano, 1 *de appellationibus*); D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

per collusionem pronuntiatum: sicut divus Pius rescripsit. §2. Idem rescripsit legatarios causam appellationis agere posse.

D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*): *Si perlusorio iudicio actum sit adversus testamentum, an ius faciat iudex, videndum. Et divus Pius, cum inter coniunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. Et hodie hoc iure utimur, ut possint appellare: sed et agere causam apud ipsum iudicem, qui de testamento cognoscit, si suspicantur non ex fide heredem causam agere.*

Los tres textos arriba citados, proceden del rescripto de Antonino Pío⁵⁷³; en estos, en virtud de la *querela cognitio*, el emperador permite a los legatarios, que al sospechar de un litigio entre el heredero testamentario y el querellante, puedan intervenir en el litigio. A los legatarios, el emperador les concede la facultad de gravar con una apelación la sentencia de rescisión. Admitimos que el rescripto en cuestión, puede ser otorgado por el emperador al legatario, quien lamenta el litigio. Antonino Pío⁵⁷⁴ habría concedido la intervención en previsión del juicio o, en su caso, la apelación, si la *querela* ya estaba resuelta. Es muy cierta, la permisión de dicha apelación, cuando los legatarios sospechen del litigio entre heredero testamentario y querellante: *permittendum est appellare, si quaerantur per collusionem pronuntiatum*⁵⁷⁵; *cum... diceretur per collusionem...actum, appellare eis permisit*⁵⁷⁶.

Ulpiano⁵⁷⁷ hace referencia al litigio de inoficiosidad que se realiza en ausencia de una de las partes – *apud iudicem* –, en tal caso, los jueces deben *addicere litem* hacia la parte presente y la ausencia *in iudicio*; es decir, cuando no responde el heredero, se dicta la sentencia a favor del adversario. Ésto queda resuelto mediante un rescripto, el cual no perjudica la sentencia dictada en contumacia, ni a los legatarios, ni a los manumitidos; nos referimos al contenido de la epístola de los *divi fratres*.

⁵⁷³ *Idem.*

⁵⁷⁴ D. 49. 1. 5. 1-2pr. (Marciano, 1 *de appellationibus*); D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁷⁵ D. 49. 1. 5. 1 (Marciano, 1 *de appellationibus*).

⁵⁷⁶ D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁷⁷ D. 49. 1. 14. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

Posteriormente, el emperador Justiniano⁵⁷⁸ adopta los casos de controversia, contenidos en el rescripto de Antonino Pío⁵⁷⁹; además, en lo concerniente a los esclavos manumitidos en el testamento, los compiladores dan el poder de intervención y de apelación.

En el régimen clásico, se observa como Ulpiano⁵⁸⁰ trata sobre los efectos de la sentencia de inoficiosidad respecto a los legatarios; así mismo, del comentario de Ulpiano⁵⁸¹ es fácil intuir que el jurista clásico responde con la mención del rescripto de Antonino Pío⁵⁸², cuya aplicación hace que los efectos de la sentencia se suspendan hasta el cumplimiento de la causa de apelación, con este propósito el jurista aprovecha la ocasión para recordar que el emperador da a los legatarios la facultad de intervenir en la causa.

La sentencia de inoficiosidad *extra ordinem*, es restrictiva, ya que no se extiende hacia algunos terceros, es decir, no es oponible *erga omnes* hacia los coherederos, legitimados y no legitimados a ejercitar la *querela*.

Ésto se debe a que el éxito del litigio de inoficiosidad fija la posición jurídica de las partes hacia los deudores, acreedores de la herencia y poseedores de los bienes hereditarios; para todos ellos la sentencia vale como cosa juzgada entre las partes⁵⁸³.

Según los resultados obtenidos, la sentencia de inoficiosidad *extra ordinem*, vincula a las partes y a algunos terceros. Por lo que se refiere a los últimos, la sentencia se opone a aquéllos cuyo derecho está fundamentado en el testamento (legatarios, fideicomisarios, esclavos manumitidos y tutores testamentarios).

Al contrario, la sentencia de inoficiosidad *extra ordinem*, no se extiende a otras categorías de terceros, entre los cuales están los coherederos y los

⁵⁷⁸ *Supra* pp. 191-192.

⁵⁷⁹ D. 49. 1. 5. 1-2pr. (Marciano, 1 *de appellationibus*); D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁸⁰ D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁸¹ D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁸² D. 49. 1. 5. 1-2pr. (Marciano, 1 *de appellationibus*); D. 49. 1. 14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁸³ D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*).

verdaderos legitimados a la *querela inofficiosi testamenti*, ejercitada ilegítimamente por otros. Con respecto a ellos, se aplica el principio formulado por los juristas clásicos en vista de la *cognitio extra ordinem: res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*⁵⁸⁴.

En el supuesto de encontrarse con sentencias contradictorias acerca de la inoficiosidad de un mismo testamento, la solución dependería de la posición jurídica de las partes (deudores, acreedores de la herencia y poseedores de los bienes hereditarios). Las fuentes recurridas son:

D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*): *Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

D. 5. 2. 16 (Papiniano, 2 *resp.*): *Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.*

D. 44. 2. 29 (Papiniano, 2 *resp.*): *Iudicatae quidem rei praescriptio coheredi, qui non litigavit, obstare non potest, nec in servitutum videtur peti post rem pro libertate iudicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus: sed praetoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victi praestari non potest: nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quaestio tenuit aut etiam duobus separatim agentibus alter optinuit, libertates competere placuit, ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futuriue manumissoris consulatur.*

Si la sentencia no perjudica al verdadero legitimado a la *querela inofficiosi testamenti*, ejercitada ilegítimamente por otros. Ante ésta situación, es aplicable el notable texto de Ulpiano⁵⁸⁵:

⁵⁸⁴ La sentencia solamente produce efectos entre las partes. Tal principio está íntimamente relacionado con la naturaleza de la sentencia declarativa aplicable en cualquier momento y para cualquier ordenamiento procesal, a veces, se invoca para excluir teorías que son inconciliables. *Cfr.* Marrone, Matteo, *op.cit.*, nota 472, p. 11.

⁵⁸⁵ D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit.

La interpretación del texto divide a los estudiosos, por un lado, la doctrina de Faber⁵⁸⁶, con base en las palabras *nemo enim eum repellit*, concibe a la *querela* como acción popular (*quasi publica accusatio*), debe decirse, puntualmente, que ésta teoría no tiene seguidores entre los romanistas. En demérito de ésa teoría, es suficiente resaltar la falta de fuentes que atestiguen la naturaleza popular de la *querela inofficiosi testamenti*; naturaleza que por demás, es un medio directo para satisfacer intereses prevalentemente particulares.

Por otro lado, la mayoría de los romanistas se encuentran a favor de la interpretación del fragmento de Ulpiano⁵⁸⁷, de la siguiente manera: el querellante no legitimado habría ejercitado la *querela* para obtener solamente la rescisión del testamento, después del éxito de la *litis*, los verdaderos legitimados habrían podido ejercitar la acción petitoria. Ésta explicación se enfrenta a un obstáculo, es difícil comprender la razón que lo habría impulsado a un no legitimado, a ejercitar la *querela inofficiosi testamenti*; el cual después de promover la *querela*, no obtendría la restitución de la herencia.

El significado factible de este paso es el siguiente: si un querellante no legitimado obtiene mediante la sentencia errónea la rescisión del testamento y, con la acción petitoria, también la posesión de los bienes hereditarios, los verdaderos legitimados pueden pedir la restitución de la herencia. Sí, dice Ulpiano⁵⁸⁸, agrega, son los verdaderos legitimados quienes deben vencer al no legitimado. En consecuencia, debe entenderse que contra quien no poseé los bienes a título de heredero testamentario (querellante victorioso), los herederos legítimos con el ejercicio de la acción petitoria (*hereditatis petitio*

⁵⁸⁶ Faber, Antonius, *Rationalia ad pandectas*, Lyon, Sumpt. Phil.Borde, Lavr. Arnaud & Clavd. Rigaud, 1659-1663, 6 volúmenes, cit. por Marrone, Matteo, *op cit.*, nota 472, p. 477.

⁵⁸⁷ D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁸⁸ *Idem.*

o *agnitio bonorum possessionis*), no habrían necesitado probar la inoficiosidad del testamento, esto es porque el poseedor no se habría opuesto a la existencia de un testamento válido. De ésta consideración, resulta que el texto del Digesto en total concordancia, conserva el epítome recabado por los compiladores justinianeos: *nam intestatum patremfamilias facit*.

Una vez comprendida la sustancia del texto de Ulpiano 14, *ad ed.*⁵⁸⁹ se puede ubicar dentro de la época clásica; en cambio, no es así para Giorgio La Pira y, en parte, no lo es para Krüger, según los cuales⁵⁹⁰, en el derecho clásico, la categoría de los legitimados a la *querela*, son independientes de aquélla categoría de los sucesores *ab intestato*. Esta tesis se fundamenta sobre una pretendida derivación de la *querela inofficiosi testamenti* de la *bonorum possessio contra tabulas*.

Por cuanto concierne a la contradicción, relevante en la doctrina, son dos los fragmentos de Ulpiano⁵⁹¹ a considerar, en el fr. 25. 1, se refiere a la *querela centunviral*, cuya sentencia tiene eficacia absoluta contra terceros, es decir, la sentencia es *erga omnes*; en cambio la fr. 6. 1, es relativa a la *querela cognitio*, la cual tiene un régimen distinto, la sentencia no perjudica a los verdaderos legitimados; dicho de otra forma, el no legitimado, vencedor con el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*, habría obtenido los bienes hereditarios.

Resumiendo: a través de una evolución conceptual, de la que tenemos los momentos esenciales que se encuentran en la legislación imperial y en la jurisprudencia, ambas llegan a formular dos principios, los cuales regulan la eficacia de la sentencia: *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat* y *res iudicata pro veritate accipitur*.

⁵⁸⁹ D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁹⁰ La Pira, Giorgio, *op. cit.*, nota 53, Krüger, Hugo, “Zum römischen Pflichtteilrecht”, en *Festschrift Paul Koschaker*, Weimar, vol. II, 1939, p. 267, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472, p. 479.

⁵⁹¹ D. 5. 2. 6. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*) y D. 5. 2. 25. 1 (Ulpiano, 2 *disp.*).

Según el primero de estos principios, la sentencia es válida entre las partes no frente a terceros y mucho menos si son ilegítimos⁵⁹²; la *res inter alios iudicata*, no perjudica a los cotitulares que forman parte en el proceso⁵⁹³.

Para las otras categorías de terceros es válido el segundo principio: *res iudicata pro veritate accipitur*, en consecuencia, la sentencia se opone a aquéllos, de cuya relación depende lo resuelto en el juicio de otros; así, los legatarios, fideicomisarios y manumitidos se oponen a la sentencia de inoficiosidad referente al mismo testamento, sobre el cual se fundamenta su derecho; contemporáneamente, la sentencia de inoficiosidad se opone al tutor testamentario y, asimismo, fija la relación frente a los acreedores, los deudores y los poseedores de los bienes hereditarios⁵⁹⁴.

Las particularidades reguladas por los dos principios generales apenas mencionados, a cada uno de los cuales es otorgado un campo de aplicación definitivo, denota en los juristas clásicos una actividad dogmática digna de relevancia; lo que significa, que para un caso particular, se prefieren soluciones excepcionales⁵⁹⁵; se regresa al método general de la jurisprudencia romana siempre sensible a las exigencias concretas.

Merece un especial reconocimiento, la reconstrucción del sistema; debe ser considerada el primer intento, en la historia del pensamiento jurídico, de sistematizar la difícil materia de los límites de la cosa juzgada (una tentativa no puede ser realizada tomando en cuenta a la *legis actiones*, en el cual la eficacia de la sentencia es absoluta; ni al sistema formulario, cuya sentencia

⁵⁹² El propietario no se perjudica de la sentencia de reivindicación entre terceros, excepto que no sea sabedor del juicio, en el cual participa su actor (D. 42. 1. 63 Macer, 2 *de appellationibus*); el acreedor pignoraticio, legitimado pasivamente a la *rei vindicatio*, no se perjudica de la sentencia dictada en un litigio sostenido por el deudor en calidad de demandado, salvo el caso de *scientia* (D. 42. 1. 63 Macer, 2 *de appellationibus* y D. 44. 2. 9. 1 Ulpiano, 75 *ad ed.*), el patrono no se perjudica de la sentencia de ingenuidad o de servidumbre, que surge de un litigio entre su propio liberto y un tercero, excepto que no sea sabedor del juicio o que no haya intervenido en la causa (D. 40. 14. 1 Marcelo, 7 *dig.*; D. 40. 14. 5 Papiniano, 10 *resp.* y D. 42. 1. 63 Macer, 2 *de appellationibus*), el verdadero legitimado no se perjudica de la sentencia de inoficiosidad, en el enfrentamiento de un no legitimado a la *querela inofficiosi testamenti* (D. 5. 2. 6. 1 Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁵⁹³ La sentencia del enfrentamiento de uno, no perjudica a los condóminos, coherederos, coacreedores hipotecarios. Pueden dictarse sentencias contradictorias sobre un mismo testamento. La extensión de la cosa juzgada a la parte que no apela constituye una excepción.

⁵⁹⁴ D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*).

⁵⁹⁵ D. 42. 1. 63 (Macer, 2 *de appellationibus*).

esta privada de eficacia). Es notable, que este primer esfuerzo de sistematización dogmática se haya realizado por los juristas clásicos adecuadamente para un ordenamiento nuevo: la *cognitio extra ordinem*; en relación a la cual, se habría negado – hasta aquí –, la jurisprudencia, una actividad sistemática.

6. NATURALEZA DE LA SENTENCIA DE INOFICIOSIDAD

Entre la *querela* centunviral y la *querela extra ordinem*, existen únicamente diferencias en el procedimiento, pero no diferencias de sustancia; es decir, le son aplicables tanto el mismo fundamento como el régimen sustancial.

¿Es la inoficiosidad una sentencia declarativa o constitutiva? ¿Se comprueba la nulidad del testamento (sentencia declarativa), o bien, siendo el testamento válido antes de la sentencia, se convierte en nulo solo por efecto de ella (sentencia constitutiva)?

De lo antes expuesto, sobre la naturaleza y el fundamento de la *querela inofficiosi testamenti*, es necesario señalar que la sentencia de inoficiosidad desde un punto de vista formal, es una sentencia declarativa, que se limita a constatar, con el pretexto de la locura del testador, la nulidad del testamento inoficioso. Mientras que, desde un punto de vista sustancial, la sentencia de inoficiosidad puede ser considerada constitutiva, ya que anula un testamento *iure civili* válido.

A este respecto, la postura de los jurisconsultos clásicos es coherente en relación al fundamento jurídico de la *querela*. El testamento inoficioso es declarado nulo por enfermedad de la mente del testador, ellos evidencian como es solo una ficción, por eso hablan de *color insaniae*; en consecuencia, declaran que la nulidad del testamento es afirmada en la sentencia de inoficiosidad, es una ficción jurídica proclamada por la incapacidad del testador: *cum contra testamentum...iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*; son palabras extraídas de

Paulo⁵⁹⁶. Así como en un texto de Claudio Trifonino⁵⁹⁷ se lee: *quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse*.

De esto se desprende que los centunviros y los jueces *extra ordinem* anulan un testamento válido, significa la prevalencia del aspecto sustancial sobre el formal. No nos debe sorprender si en otras fuentes, incluso de jurisconsultos clásicos, al hacer referencia a la sentencia de inoficiosidad se habla de *testamentum rescindere*, *testamentum infirmari*, *patremfamilias intestatum facere* (en donde se considera al *pater familias*, con el mismo criterio de aquel que muere intestado, es decir, sin testamento); son expresiones encaminadas a manifestar el efecto de una sentencia constitutiva de anular, en lugar de un pronunciamiento declarativo de nulidad.

Cuando se trata de establecer, si en el período de tiempo entre la apertura de la sucesión y la rescisión del testamento, el testamento produce efectos o no, los juristas clásicos, llegan a una solución negativa, no olvidan la naturaleza formal y declarativa de la sentencia de inoficiosidad; consideran el testamento basado en la ficción, como si nunca hubiere existido y, por lo tanto, no produce efectos jurídicos, incluso antes de la sentencia de inoficiosidad.

Por añadidura, para llegar al mismo resultado – de negar valor al testamento incluso antes de la sentencia de inoficiosidad –, los juristas clásicos toman la idea de la sentencia de inoficiosidad como sentencia constitutiva, debiendo reconocerle efectos retroactivos, esto resulta una particularidad, siendo que el concepto de retroactividad es, generalmente, ignorado por los clásicos⁵⁹⁸. A propósito de la retroactividad en la sentencia de inoficiosidad, es

⁵⁹⁶ D. 5. 2. 17. 1 (Paulo, 2 *quaest.*).

⁵⁹⁷ D. 32. 36 (*Apud Scaevolam libro 18 digestorum Claudius notat*). Véase texto de Marciano en el D. 5. 2. 2 (Marciano, 4 *inst.*)= I. 2. 18.

⁵⁹⁸ Los clásicos consideran a la sentencia de inoficiosidad, sentencia constitutiva, se deduce del D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*) y D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*). Nada excluye que el heredero testamentario vencido, antes de la intervención de Adriano, ejercite la *condictio indebiti* contra los legatarios, y que Adriano la niegue, otorgando una acción útil para la repetición a favor del querellante victorioso. En cuanto a la intervención de Antonino Pío, éste concede a favor del heredero testamentario, la *condictio indebiti* por los legados pagados *post controversiam motam*, y admite la acción útil, por motivos inherentes a la postura del heredero testamentario, el cual paga *post controversiam motam*. (Cfr. *Infra* p. 201.)

interesante recurrir a la siguiente respuesta de Paulo en el D. 5. 2. 21. 2 (Paulo, 3 resp.):

Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querellam ab eo qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum qui superavit competere et compensationem debiti.

El testador instituye heredero al propio acreedor. Abierta la sucesión, acepta la herencia, siendo deudor y acreedor contemporáneamente, es decir, la obligación recae sobre una misma persona; por tanto, se extingue la deuda por confusión. Posteriormente, el testamento es impugnado por inoficioso, resultando el heredero testamentario (*heres institutus*) vencido ante la *querela inofficiosi testamenti*, intentada por un pariente allegado al testador, excluido injustamente de la herencia (*evicta hereditate per inofficiosi querellam*). Se pregunta, si efectivamente el crédito del heredero testamentario hacia la herencia debe considerarse extinto.

Paulo⁵⁹⁹ responde que no, ya que el testamento es declarado nulo por enfermedad mental del testador, la adición debe considerarse como nunca ocurrida (*perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset*). Por eso mismo, al heredero testamentario le queda íntegra la posibilidad de pedir el pago del crédito (*petitio debiti*), contra el querellante victorioso (*adversus eum qui superavit*), a quien se transfiere el patrimonio hereditario y, como tal, es responsable de las deudas del difunto.

Distinto es el caso de:

D. 7. 1. 57 (Papiniano, 7 resp.): *Dominus fructuario praedium, quod ei per usum fructum serviebat, legavit, idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit.*

⁵⁹⁹ D. 5. 2. 21. 1 (Paulo, 3 resp.).

En este texto de Papiniano⁶⁰⁰, se solicita la opinión del jurista: un sujeto dispone por testamento un legado de propiedad, tiene por objeto un fundo del cual es nudo propietario, a favor del usufructuario. Abierta la sucesión testamentaria y ejecutado el legado, el usufructo sobre el fundo se extingue por consolidación; es decir, se reúne en una persona la figura de usufructuario y propietario. Posteriormente, el testamento es impugnado con éxito por medio de la *querela inofficiosi testamenti*, donde el querellante (hijo del testador), se dirige al legatario para la restitución del predio. ¿Mantendrá el usufructo el demandado, o bien, debe considerarse definitivamente extinto por confusión?

Al considerarse válido el testamento inoficioso hasta su rescisión, la respuesta debería ser en sentido de la extinción definitiva del usufructo. Pero Papiniano⁶⁰¹ responde de forma diversa: el usufructo debe considerarse *ex post facto* como nunca extinto. Él, considera al testamento nulo *ab initio*, la sentencia de inoficiosidad, tiene desde el punto de vista formal, simplemente que declarar la nulidad.

En los distintos casos citados, se observa el contraste de opiniones sobre el análisis e inicio de la aplicación de la retroactividad en los litigios de inoficiosidad.

Tiene prevalencia la sentencia constitutiva, es decir, en un testamento inoficioso impugnado por los padres, los hijos o por los cognados, una vez que se pronuncie la sentencia a su favor, produciría el efecto jurídico de convertir un testamento válido en nulo; a su vez, se le debería otorgar al heredero necesario la *portio debita ab intestato* que le corresponde.

Respecto si la sentencia centunviral de inoficiosidad debe considerarse una sentencia declarativa de nulidad, o bien, constitutiva, es decir, que se convierta en nulo el testamento; tal situación es discutida entre los

⁶⁰⁰ D. 7. 1. 57 (Papiniano, 7 resp.).

⁶⁰¹ *Idem.*

romanistas modernos: la primera solución es la de Eisele⁶⁰², para él, los centunvirose se limitan a declarar la nulidad del testamento inoficioso. En cambio, Hellwig⁶⁰³ sostiene la tesis de Eisele, por lo que se refiere a la época preclásica, mientras que en el derecho clásico, indica que existe un cambio en la naturaleza de la sentencia centunviral de inoficiosidad, ya que habría anulado un testamento considerado válido hasta el momento de la sentencia. En las fuentes clásicas aparece el fundamento de la no retroactividad, es decir, al ser declarado nulo el testamento, se invalidan todas las disposiciones contenidas en el mismo⁶⁰⁴.

Krüger⁶⁰⁵, acerca de la naturaleza constitutiva de la sentencia centunviral, se pronuncia en un sentido semejante a Hellwig: antes de dictarse la sentencia, el testamento es considerado válido, será anulado por razón de la sentencia, la cual además opera de forma retroactiva⁶⁰⁶.

Para Marrone⁶⁰⁷, siguiendo la teoría de Eisele, son los centunvirose quienes dan la razón a los sucesores intestados, no obstante la presencia de un testamento *iure civili* válido, *sub colore insaniae*, considerando loco al autor del testamento inoficioso. Si lo hubiera hecho un loco, es nulo el testamento, tal condición es considerada por los centunvirose para atribuir la *hereditas* al heredero legítimo. De esto, son conscientes los jurisconsultos clásicos, cuando escriben: *nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere*⁶⁰⁸.

En la *querela inofficiosi testamenti* los efectos de la sentencia centunviral son drásticos, ya que es constitutiva de una situación de derecho, bien sea, que tal situación es preexistente a la sentencia o, se trate de una situación nueva. Es necesario recordar, que formalmente la sentencia centunviral,

⁶⁰² Eisele, Fridolin, *op. cit.*, nota 20 pp. 260 y ss, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472, p. 89.

⁶⁰³ Hellwig, Hans, *Erbrechtsfeststellung*, Leipzig, A. Deichert, 1908, pp. 12 y ss; 52 y ss; 59 y ss, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472, p. 89.

⁶⁰⁴ D. 5. 2. 13 (Escévola, 3 *resp.*); D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*).

⁶⁰⁵ Krüger, Hugo, *op. cit.*, nota 49, p. 97 y ss, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472, p. 89.

⁶⁰⁶ D. 26. 2. 26. 2 (Papiniiano, 4 *resp.*), cit. por Krüger, Hugo, "Querela inofficiosi testamenti", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Weimar, 1937, núm. LVII, pp. 97 y ss., en referencia a la retroactividad de la *querela cognitio*, cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 379, p. 89.

⁶⁰⁷ Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 379, p. 90.

⁶⁰⁸ D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*).

considera nulo un testamento inoficioso con base en el *ius civile*, ya que el *color insaniae* es un simple pretexto, y resulta para el ordenamiento quirritario falso y erróneo; en consecuencia, el pronunciamiento de los centunviros es acogido por la *querela inofficiosi testamenti*, creando siempre una nueva situación de derecho.

6.1 Retroactividad e irretroactividad de la sentencia de inoficiosidad

Por lo que concierne a la cuestión de la retroactividad, o no, de la sentencia centunviral de inoficiosidad, es posible hacer un análisis de la evolución conceptual en los textos clásicos, los cuales siguen una tendencia a la originaria irretroactividad absoluta, pero de forma gradual se va adjudicando a la sentencia un efecto retroactivo.

En un primer momento, los actos realizados con base al testamento declarado inoficioso, conservan validez incluso después de la sentencia rescisoria, la cual produce sus efectos a partir del momento de su emisión. Este estado de derecho se extrae de algunos textos jurisprudenciales, reflejando las condiciones jurídicas de una época, en la cual comienzan a darse nuevas concesiones:

D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*): *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur, vel si post multum temporis emerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt. Nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.*

En el pasaje se hace referencia a la *cognitio extra ordinem*, es denunciada tal situación, por el acercamiento del *testamentum inofficiosum* al *testamentum falsum*; pues, es cierto que para el crimen falso, más allá que ante la adecuada *quaestio criminalis*, en la época clásica se actúa también mediante el procedimiento *extra ordinem*.

El fr. 2. 1 supone que, en su origen, el pago del legado está fundamentado sobre un testamento declarado inoficioso, pero válido. Es necesaria la intervención de Adriano, para permitir la repetición a través de una acción útil a favor del querellante victorioso.

El resultado se confirma en:

D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*): *Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. Fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.*

El fragmento se refiere a la *querela cognitio*, y no a la *querela centunviral*, resulta de la cita de un rescripto de Antonino Pío⁶⁰⁹, cuyo contenido coincide con aquel de una constitución del emperador Adriano⁶¹⁰. Con base en esta consideración, podemos excluir que el *iudex* del fr. 8. 16 es el *iudex unus* del sistema formulario. El emperador Adriano, en el fr. 2. 1 habría dado una acción al querellante victorioso, para la repetición de cuanto se habría pagado a título de legado; mientras que en el fr. 8. 16 observamos la misma disposición, incluso la repetición sobre los legados pagados antes del inicio del juicio. Con base en lo anterior, afirmamos que Antonino Pío⁶¹¹ otorga al heredero testamentario una acción para la repetición de los *legata soluta post controversiam motam*.

Ulpiano⁶¹² indica que cuando se trate de un litigio de libertad promovido por los esclavos manumitidos, o sea, por medio de la *actio ex testamento* de los legatarios se rechaza *ipso iure*, sin necesidad de modificar la fórmula.

El rescripto de Antonino Pío⁶¹³, remedia la situación inequitativa que más tarde se dará con la concurrencia de dos acontecimientos: el rescripto de

⁶⁰⁹ D. 49. 1. 14. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁶¹⁰ D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*).

⁶¹¹ D. 49. 1. 14. 1 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁶¹² D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

Adriano⁶¹⁴ y la extensión del senadoconsulto Juvenciano⁶¹⁵, acerca de las causas fiscales que se producen por los litigios hereditarios entre particulares. Al querellante victorioso, el rescripto de Adriano, le concede la repetición de los legados, sin distinción entre aquéllos pagados antes y aquéllos pagados después del inicio del litigio; mientras que el senadoconsulto Juvenciano declara al poseedor demandado, responsable de los bienes hereditarios enajenados después del inicio de la controversia. De tal forma, que en lo concerniente a los legados pagados *post controversiam motam*, el querellante puede repetir directamente de terceros y, además, pretender la *aestimatio* del heredero testamentario vencido. Éste, por su parte, es llamado a responder del as hereditario, sin poder restarle cuanto habría pagado a título de legados. A esta situación le pone reparo en conjunto con la jurisprudencia, el emperador Antonino Pío, limitando los *legata soluta ante controversiam motam*, así como el rescripto de Adriano, consintiendo al heredero testamentario vencido repetir por los legados pagados después del inicio del juicio. El texto califica de *utiles* las acciones de repetición previstas en los rescriptos de los dos emperadores, las cuales han sido sostenidas. Lo anterior, se confirma ya que la acción directa (*condictio indebiti*) no se podría otorgar al querellante victorioso, el cual no pagaría los legados (nos referimos al rescripto de Adriano), tampoco la *condictio indebiti* directa le competiría al heredero testamentario (en referencia al rescripto de Antonino Pío), el cual no habría pagado una deuda.

Es necesario tener presente, que la enseñanza de los textos⁶¹⁶ es, precisamente, que los actos realizados con base en un testamento inoficioso conservan validez, incluso después de la sentencia de rescisión del testamento inoficioso; de tal forma, se afirma, producen sus efectos en el momento de su emisión.

⁶¹³ D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁶¹⁴ D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*).

⁶¹⁵ Chiazzese, Lauro, *Ius iurandum in litem*, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 281 y ss.; Di Paola, Santi, *Saggi in tema di hereditatis petitio*, Milán, Giuffrè, 1954, pp. 79 y ss., cit. por Marrone, Matteo, *op. cit.*, nota 472, p. 459.

⁶¹⁶ D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*) y D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

Después de las constituciones⁶¹⁷ de Adriano y de Antonino Pío la idea de retroactividad de la sentencia de inoficiosidad, que de aquéllas emergiera, se afirma, al punto que Severo y Caracala (*a.* 208), lo aplican para un caso particular; se definen en sentido de la irretroactividad, estableciendo que el esclavo al cual se le dá la libertad fideicomisaria, liberado coactivamente por el pretor, queda libre incluso después de la rescisión del testamento inoficioso.

Posteriormente, la retroactividad de la sentencia es confirmada por Papiniano en:

D. 26. 2. 26. 2 (Papiniano, 4 *resp.*): *Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam exheredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a praetore confirmari oportet: eventus iudicatae rei declarabit, utrum ex testamento patris an ex decreto praetoris auctoritatem acceperit.*

La referencia que hace este fragmento a la *querela cognitio* se recaba de la mención en el mismo §2, del *praetor tutelarius*, ante el cual se actúa *extra ordinem*, y de la citación del *provinciae pareces*, en el mismo fragmento.

Para efecto del presente estudio, nos interesa sobre todo la parte final: *eventus-acceperit*, en el cual se confiere a la sentencia de inoficiosidad eficacia retroactiva.

Del texto de Papiniano⁶¹⁸, es oportuno anticipar una objeción: aquélla de la naturaleza declarativa de nulidad. Contrario a lo que asumimos y se propone: una naturaleza constitutiva de la sentencia en la *querela inofficiosi testamenti*; esto es porque Papiniano sugiere al pretor nombrar un tutor dativo, mientras, el testamento inoficioso es considerado válido, el tutor testamentario habría tenido el poder de ejercitar la *querela inofficiosi testamenti*: el testamento es considerado inválido antes de ser dictada la sentencia; por esta razón, es que la sentencia de inoficiosidad habría sido de naturaleza declarativa.

⁶¹⁷ D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).

⁶¹⁸ D. 26. 2. 26. 2 (Papiniano, 4 *resp.*).

Replicamos sobre el fr. 26. 2, porque no está dicho que el tutor testamentario no puede actuar con la *querela inofficiosi testamenti*: si Papiniano⁶¹⁹ propone nombrar a un tutor dativo, es para evitar que rescindido el testamento, el pupilo quede sin tutor, o bien, sea para impedir que el tutor actúe a través de la *querela inofficiosi testamenti*, con base en poderes fundados sobre un testamento, del cual solicita la rescisión. Es únicamente por estos motivos que Papiniano propone la confirmación preventiva, por medio del pretor, del mismo tutor testamentario. Advirtiéndose que posterior al éxito del juicio de inoficiosidad, se decida acerca del fundamento de los poderes del tutor, aquéllos que derivan del testamento o del decreto pretorio.

⁶¹⁹ D. 26. 2. 26. 2 (Papiniano, 4 *resp.*).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El análisis del régimen hereditario en las distintas épocas históricas del derecho romano – arcaica, preclásica y clásica –, nos conduce a entender el por qué del surgimiento de la *querela inofficiosi testamenti* como un medio de impugnación.

Del estudio de las fuentes, podemos afirmar que en la época arcaica, la herencia está vinculada a la institución de la familia; pero, el *pater familias* no tiene la facultad de disposición por testamento, a pesar de ejercer un enorme, e incuestionable, poder sobre todos los miembros de la familia.

Se debe rescatar, el notorio reconocimiento del vínculo familiar, ya en tiempos de la ley de las XII Tablas, concretamente en *tab. 5. 4-5* (a falta de un *suus* y de testamento, se atribuye el *ius familiae habendae* al agnado, al rechazo o inexistencia de este a los gentiles).

SEGUNDA.- En la época preclásica, producto de las profundas transformaciones verificadas en la organización política y social en Roma, el derecho hereditario evoluciona, y se va perfeccionando, hasta permitir la libertad testamentaria, con la creación del *testamentum per aes et libram*. Este hecho, tan importante y trascendente, consiente al testador disponer de sus bienes y elegir a sus sucesores; sin embargo, se instauran límites a dicha autonomía, imponiendo la forma que debe cumplir el testamento para su validez; también se salvaguardan los intereses de los *sui*, subordinando su exclusión de la herencia, mediante la desheredación expresa; además, se reconoce a los parientes allegados la facultad de impugnar el testamento.

Prácticamente, es en este período cuando se vislumbra la inoficiosidad en los testamentos; derivada, precisamente, del surgimiento del *testamentum per aes et libram*, así como las limitaciones impuestas a éste.

Llegada la época clásica, perdura la libertad para disponer de los bienes hereditarios (debiendo recordar, la *latissima potestas* del *de cuius* en

Pomponio D. 50. 16. 120, considerada como fuente de la institución testamentaria). Debido al momento histórico, deviene inevitable la transformación inherente a la figura del testamento, adquiriendo una gran trascendencia para la época; Cicerón nos da testimonio de esto, al reconocerlo como el acto de mayor seriedad en la vida del ciudadano, comparando su importancia con la *lex* en el ámbito público, convirtiéndose entre los ciudadanos romanos en un acto habitual (*Phil.* 2. 41).

Se puede decir, la libertad testamentaria inicia en la época preclásica y se consolida en la época clásica. Asimismo, se evidencia la transformación de la herencia en un sentido más patrimonial que familiar.

TERCERA.- A lo largo de este estudio, se discurre sobre la figura de la *querela inofficiosi testamenti*, bajo la perspectiva de ilustrar la génesis, el fundamento e instituciones relacionadas con dicha *querela*.

Se puede concluir que es durante la época del Principado, que la *querela inofficiosi testamenti*, nace, se consolida y se afirma como institución autónoma, con un conjunto de normas propias de carácter general.

La *querela inofficiosi testamenti* surge como un incidente de una acción civil – *vindicatio hereditatis* –. Se logra el reconocimiento jurídico, debido a la cláusula edictal relativa a la *bonorum possessio litis ordinandae gratia* o *de inofficioso*; recurso utilizado para el pronunciamiento de inoficiosidad. Las reglas de la *bonorum possessio de inofficioso* son aplicables a la *querela inofficiosi testamenti*, ésta no es creada por el pretor, pero es muy importante la labor del derecho pretorio porque impulsa la autonomía y desarrollo de esta institución.

Concluimos estableciendo que la *querela inofficiosi testamenti*, se va gestando paulatinamente a finales del siglo I a.C., y queda constituida a finales del siglo I d.C. Prueba de tal acontecimiento se relata en la obra *declamationes minores* de Quintiliano, donde se evidencia como los

cognados del testador pueden impugnar el testamento: “*Tamquam impium, tamquam inofficiosum*”.

De manera definitiva, se niega y rechaza la hipótesis que promueve la introducción de la *querela inofficiosi testamenti* en el ordenamiento civil romano por obra de la *lex Glitia*, puesto que las fuentes jurídicas habrían hecho notar su importancia, y no ocurre así; la única ocasión que se hace mención en las fuentes, a dicha *lex*, es en la *inscriptio* contenida en el D. 5. 2. 4, pero no es suficiente esta referencia para la creación de la *querela* a través de la *lex Glitia*.

CUARTA.- Por lo que concierne al tribunal centunviral, es un tribunal colegiado, cuya aparición, de acuerdo con la opinión de varios romanistas autoridades en el tema, es muy probable, que fluctúe entre el 241 a.C. y el 185 a.C. Se trata del órgano competente para resolver controversias hereditarias, excepto la aplicación de sus disposiciones en la milicia, en otras palabras, no son aplicables a los militares, pues gozan de prerrogativas derivadas de su estatus.

La corte centunviral, resuelve el juicio con el uso de reglas constantes, conformadas a través de la práctica judicial, evalúan la conducta del querellante en relación con el testador, verifican si existe una violación al *officium pietatis*. “En caso de un testamento válido *iure civili* o *iure praetorio*, podrán los parientes allegados recurrir a la *querela*”, igualmente, la sentencia centunviral declaraba la nulidad *iure civili* de un testamento válido, tanto por derecho civil como por derecho pretorio. En el decurso de cinco años, el pretor le concede al heredero necesario el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*; el término no está sujeto ni a prescripción ni a caducidad.

La sentencia centunviral declara la nulidad *iure civili* de un testamento válido, tanto por derecho civil como por derecho pretorio.

QUINTA.- Con respecto al fundamento de la *querela inofficiosi testamenti*, podemos decir acertadamente, que se basaba en el *officium pietatis*, considerado como aquel deber moral de respeto y afecto, del *de cuius* hacia sus parientes allegados. Para el derecho romano existe un vínculo entre las ideas jurídicas y aquéllas morales. Observamos la gran influencia de la *pietas* sobre el testamento inoficioso durante el Principado, época de apogeo del *testamentum per aes et libram* y, por lo tanto, es cuando más se impugna el testamento por faltar al *officium*, pues debería estar presente en todos ellos.

SEXTA.- Ahondando en el fundamento para la impugnación del testamento inoficioso, se debe mencionar que los jurisconsultos clásicos no distinguen entre *dementia* y *furor*; podemos determinar que los romanos ven en el *furor* una enfermedad, ficticia y no orgánica, atribuida a una persona que no cumple con la *pietas*. Pero, para invalidar un testamento inoficioso ante los centunviros, se utiliza la ficción de la enfermedad mental del *de cuius*.

SEPTIMA.- Así, llegamos a la conclusión de que el fundamento de la *querela* centunviral es el *color insaniae*, argumento empleado por los retóricos aceptado por los centunviros para la impugnación del testamento. Por ello en el texto de Claudio Trifonino se lee: *quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse* (D. 5. 2. 2 Marciano, 4 *inst.* = I. 2. 18). La *iniuria* fundamento de la *querela cognitio*, es la transgresión al *officium pietatis* ya que el testamento inoficioso es también ofensivo para el pariente allegado. Es importante destacar que los jueces en el siglo I a.C. no estaban seguros de que la inoficiosidad produjera automáticamente la nulidad por eso recurren a la *vindicatio hereditatis*.

OCTAVA.- Excluimos la derivación de la *querela inofficiosi testamenti* de una *bonorum possessio contra tabulas*; afirmando que se trata, únicamente, de una institución relacionada con la *querela*. La *bonorum possessio contra tabulas* es parte del sistema sucesorio de la *bonorum possessio*, que corrige y complementa al sistema sucesorio de derecho civil, produciendo efectos de forma indirecta; mientras la *querela*, produce un efecto directo contra el

testamento. Se trata de instituciones distintas, ambas cuentan con una absoluta independencia, pero actúan en forma paralela.

La *bonorum possessio contra tabulas* es completamente diferente a la *querela*, la absoluta independencia de las dos instituciones es expresada claramente en el D. 37. 4. 8 (Ulpiano, 40 *ad ed.*), donde el pretor, no admite la *bonorum possessio contra tabulas* para las personas desheredadas, la desheredación es causa de invalidez *iure civili* del testamento, por tanto, el remedio que se da a los hijos desheredados es la *querela inofficiosi testamenti*. Mientras que, el pretor concede la *bonorum possessio contra tabulas*, para el caso de *praeteritio* de los *liberi*.

A su vez, el pretor frente a la desheredación civil plasmada en el aforismo ‘*sui heredes instituiendi sunt vel exheredandi*’, derivado de la jurisprudencia emitida por el tribunal centunviral y de exclusiva aplicación para los *sui*, provoca una desigualdad para con los hijos emancipados o aquéllos dados en adopción y después emancipados, es entonces que el derecho pretorio regula tal desheredación y son llamados a la *bonorum possessio sine tabulis*.

NOVENA.- Es muy cierta, la existencia de dos procedimientos utilizados contra el testamento inoficioso en la época clásica – *querela* centunviral y la *querela cognitio* –; pero no debemos incurrir en la equivocación de pensar que los dos tipos de procedimientos implican dos tipos de *querelae*.

Las formas procesales de aplicación para el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti* son la *legis actio*, en dos tipos: *legis actio sacramenti in rem* y *legis actio per sponsionem*, además el procedimiento *cognitio extraordinem*.

Los legitimados activamente para el ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti* son: en la *legis actio sacramento in rem* el *heres civilis ab intestato* (*sui heredes*, bajo potestad del testador, a falta de estos, el *adgnatus proximus*); en la *legis actio in rem per sponsionem*, es el cognado – sucesor pretorio *ab intestato* – (como parte demandada). Igualmente, en el

procedimiento *extra ordinem*, el querellante legitimado activamente actúa bajo el rol de demandado.

La *legis actio in rem per sponsionem*, dió origen a la *bonorum possessio de inofficioso*, donde son admitidos los sucesores *iure praetorio ab intestato* (padres, hijos y cognados hasta el segundo grado) – siempre, como parte demandada –; imponiendo el pretor, al heredero testamentario, actuar en juicio bajo amenaza de sanciones pretorias en su contra.

En cuanto a la sentencia *per legis actiones*, afirmamos que produce efectos normativos *iure civili* ilimitados – hacia los litigantes, deudores, acreedores testamentarios, legatarios y esclavos manumitidos –, cabe la posibilidad que resulten sentencias contrapuestas (tanto en la *querela centunviral* como en la *querela cognitio*), debido al número de querellantes o coherederos que ejercitan la acción, incluso, de acuerdo a la situación particular regulada por los juristas clásicos, quienes admiten que expresamente en los casos planteados, se derogue la regla general, es decir, el *de cuius* muere *pro parte testatus pro parte intestatus* D. 5. 2. 19 (Paulo, 2 *quaest.*).

DÉCIMA.- Por lo que se refiere a la sustancia, naturaleza y finalidad de las normas aplicables al juicio de la *querela extra ordinem*, no hay ninguna diferencia fundamental entre ésta y la *querela centunviral*. Son las mismas reglas para la legitimación activa y pasiva, así como, los supuestos y condiciones para la admisión de la *litis*.

DÉCIMA PRIMERA.- Sostenemos la tesis, según la cual la sentencia de la *legis actiones* es oponible a terceros; invocando al D. 40. 7. 29. 1 (Pomponio, 18 *ad Q. Mucium*), podemos afirmar que para la *legis actio sacramenti in rem* y *legis actio per sponsionem* (aplicables en materia de la *querela inofficiosi testamenti*) existe la posibilidad de una eficacia prejudicial ilimitada, es decir, la sentencia produce inexorablemente sus efectos incluso respecto a aquéllos que son los verdaderos titulares de la relación con otros que ilegítimamente alegan en juicio. En cambio, la

sentencia de la *querela cognitio* produce efectos entre las partes litigantes y algunos terceros (legatarios, fideicomisarios, esclavos manumitidos y tutores testamentarios).

DÉCIMA SEGUNDA.- La legislación imperial y la jurisprudencia, logran formular dos principios, los cuales regulan la materia de la eficacia de la sentencia: el primero, *res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*, la sentencia es válida entre las partes, pero, no frente a terceros no legitimados; tampoco perjudica la sentencia a los cotitulares que toman parte en el juicio; mediante el segundo principio, *res iudicata pro veritate accipitur*, se oponen los legatarios, los fideicomisarios, los manumitidos y el tutor testamentario a la sentencia de inoficiosidad, o bien, la sentencia de inoficiosidad fija la relación frente a acreedores, deudores y poseedores de los bienes hereditarios: D. 5. 2. 15. 2 (Papiniano, 14 *quaest.*).

DÉCIMA TERCERA.- Por lo que concierne a la cuestión de la retroactividad, o no, de la sentencia centunviral de inoficiosidad, los textos clásicos siguen una tendencia a la originaria irretroactividad absoluta corroborada en el D. 12. 6. 2. 1 (Ulpiano, 16 *ad Sab.*) y D. 5. 2. 8. 16 (Ulpiano, 14 *ad ed.*); pero de forma gradual se adjudica a la sentencia un efecto retroactivo, así lo confirma Papiniano en el D. 26. 2. 26. 2 (Papiniano, 4 *resp.*).

DÉCIMA CUARTA.- Opinamos que la sentencia centunviral de inoficiosidad debe considerarse una sentencia constitutiva, es decir, convierte en nulo el testamento; tal situación, es discutida entre los romanistas modernos: Eisele, Hellwig y Krüger, entre otros. De nuestra parte, nos apegamos a la teoría de Krüger; en el sentido de que antes de la sentencia el testamento es considerado válido, será anulado por razón de la sentencia, la cual, además, opera en forma retroactiva.

Podemos decir que la falta de afecto (inoficiosidad) hacia los parientes allegados es lo que provoca que se declare en la sentencia la nulidad del testamento, aún cuando se trata de una ficción. Afirmamos, por tanto, que

no se puede calificar a la sentencia de inoficiosidad porque no tiene relevancia jurídica; la importancia radica, en la declaración de nulidad del testamento, que determina la pertenencia de la *hereditas*.

DÉCIMA QUINTA.- La *querela inofficiosi testamenti*, desde su inicio hasta los últimos años de la época clásica, es un medio procesal notable. Partiendo de un punto de vista histórico-jurídico, la historia de este medio de impugnación, ofrece al estudioso moderno un campo fértil de observación y experiencia jurídica particularmente interesante; constituyendo la *querela*, por su origen, evolución histórica y modo de sostenerse, un ejemplo admirable de como los romanos, – los juristas, los pretores y los jueces centunvirales –, sabían que a través de la interpretación, respetando los principios jurídicos vigentes, remediaban situaciones de derecho que respondían a las exigencias de su tiempo.

Después de la época clásica, la evolución de la *querela inofficiosi testamenti* continúa, e inspira a diversos estudiosos y legisladores de la época posclásica, todavía, en la misma época justiniana, a adecuar el régimen de la institución hacia un sistema de sucesión necesaria material contra el testamento.

ÍNDICE DE AUTORES

AMELOTTI, M., 54.180; 55.186; 57.188; 58.189; 60.196; 61.199; 83.275
ARANGIO RUIZ, V., 27.110
AZARA, A. *et al.*, 148.437
BONFANTE, P., 46.157; 54.181; 106.331
BOYER, G., 143.425
BOZZA, F., 149.439; 150.440; 150.441; 150.442; 151.449; 151.450; 151.451; 151.452;
152.453; 152.454; 152.455; 152.453; 152.454; 152.455; 154.460; 154.461; 154.462;
154.464; 155.465; 155.466; 155.467; 155.469; 156.473; 158.482; 159.485.
BRETONE, M., 30.124; 30.131; 31.132
CUTOLO, P., 144.427
DI LELLA, L., 12.50; 15.59; 15.60; 28.114; 29.115; 82.272; 102.315; 114.354; 122.384
DI OTTAVIO, D., 145.428; 146.431
FADDA, C., 115.356
FRANCIOSI, G., 29.118
GAGLIARDI, L., 158.483
GARCIA GARRIDO, M., 75. 248; 110. 341
KASER, M., 23.97; 24.98; 24.100; 24.101; 24.102
KLIMA, J., 102.316
LANZA, C., 104.326; 105.327
LA ROSA, F., 149.438
LA PIRA, G., 13.53; 14.54; 14.55; 14.56; 15.57; 21.87; 21.92; 68.213; 102.317;
102.318; 102.319; 103.320; 103.321; 103.322; 103.323; 115.357; 116.360; 117.366;
118.372; 197.590
LAMBERTI, F., 71.235
LENEL, O., 82.273; 83.276; 117.367
MANNINO, V., 52.173
MARINONE, N., 120.377
MARRONE, M., 2.9; 3.10; 6.13; 6.15; 6.16; 7.17; 7.18; 7.19; 7.20; 7.21; 8.22; 8.25;
8.26; 8.27; 8.28; 8.29; 9.30; 9.32; 9.33; 9.34; 9.35; 9.36; 9.37; 9.38; 10.39; 10.40; 10.42;
10.43; 11.44; 11.46; 11.47; 12.48; 12.49; 13.51; 13.52; 16.61; 16.62; 16.64; 16.66;
16.67; 16.68; 17.69; 18.71; 18.72; 18.73; 19.74; 19.75; 19.77; 19.78; 21.84; 21.85;
21.86; 21.88; 21.91; 22.95; 23.96; 31.133; 82.271; 89.296; 101.312; 101.313; 108.337;
108.339; 113.351; 114.352; 114.354; 115.355; 119.374; 119.375; 150.444; 151.446;
154.464; 155.470; 156.472; 157.479; 157.480; 157.481; 158.484; 159.486; 195.584;
196.586; 197.590; 203.602; 203.603; 203.605; 203.606; 203.607
NARDO, E., 105.328; 106.330
NEGRI, G., 68.214; 89.298; 90.301; 91.303; 120.379; 145.430
OLIVIERO, G., 26.109; 27.112
QUERZOLI, S., 104.324; 144.426; 145.429
RICCIO, M., 11.45
RIVAS- ALBA, J., 102.314
ROTONDI, G., 8.28
SANGUINETTI, A., 29.119; 54.182; 68.215; 69.218; 70.224; 70.229; 71.234; 72.236
SCHULZ, F., 42.150
SOLAZZI, S., 29.116; 77.259; 107.332
VOCI, P., 15.58; 80.270; 88.297; 117.366; 119.375; 156.471; 160.488

ÍNDICE DE FUENTES

CASSIUS DIO

Historiae Romanae

54.26. 6 146

CICERO

Orationes

De Lege Agraria contra Rullum

II 17. 44 150.447

In Verrem

II 1. 45. 115 98.309; 126.391; 142.424; 149.443; 150.445; 150.448

II 1. 45. 117 82.274

Philippicae orationes

2. 41 42.149; 209

Pro Cluentio

15. 45 107.333

Rhetorica

De inventione

2.50.148 25.105; 30.129

De oratore

1. 38. 173 151.456; 152; 152.457; 152.458; 152.459

1. 38. 175 68.216; 69.219; 69.222; 70.225; 70.226; 70.227; 70.228

1. 39. 176 142.423

1. 56. 238 71.233

1. 57. 245 70.230; 71.231

1. 175- 183 71.232

CODEX THEODOSIANUS

2. 19. 1 160.491

16. 8. 28 177.530

CORPUS IURIS CIVILIS

Institutiones

2. 10 43.153

2. 13 75.250

2. 14 48.161

2. 18 20.82; 116.366; 199.597; 211

2. 19. 4	51.172
3. 9	51.170
<i>Digesta</i>	
1. 1. 7. 1	84.278; 110.341
5. 1. 69	183.545
5. 2	156
5. 2. 1	10.41; 111; 111.343; 130.396; 132.401
5. 2. 2	114.353; 116.359; 117.366; 118.370; 118.371; 201.597; 213
5. 2. 3	5.11; 111; 116; 116.358; 116.362; 117.368; 131.397
5. 2. 4	8.23; 9.31; 16.65; 20.80; 20.81; 20.83; 111.350; 113; 116.361; 118; 118.373; 188.555; 211
5. 2. 5	114.353; 117.365; 117.366; 118.369
5. 2. 6	10.41; 131.396
5. 2. 6. 1	139.413; 163; 164.494; 170; 170.512; 170.513; 171; 171.514; 195.585; 196; 196.587; 196.588; 197; 197.589; 197.591; 198.592
5. 2. 6. 2	138.346; 161
5. 2. 6. 2-8pr.	100.311
5. 2. 7	139.413
5. 2. 8	10.41; 92.304; 111.342; 137.408; 189.555
5. 2. 8. 1	10.41; 140.414
5. 2. 8. 2-4pr.	10.41
5. 2. 8. 5	10.41; 191.562
5. 2. 8. 6	178.533
5. 2. 8. 6-7pr.	10.41
5. 2. 8. 8	141.418; 142.422
5. 2. 8. 9	178.532; 179.535
5. 2. 8. 9-11pr.	10.41
5. 2. 8. 10	185.549
5. 2. 8. 12	10.41
5. 2. 8. 13	138.410
5. 2. 8. 13-15pr.	10.41
5. 2. 8. 14	178.528; 177.529
5. 2. 8. 14-15pr.	10.41
5. 2. 8. 16	187.553; 191.561; 194.581; 200.598; 205; 205.612; 206.613; 206.616; 207.617; 215
5. 2. 8. 16-17pr.	10.41
5. 2. 8. 17	147.434; 185.550
5. 2. 9	113; 146.433; 191; 191.565
5. 2. 10. 1	183.544
5. 2. 13	114.353; 157.478; 167; 167.498; 168.499; 168.500; 168.501; 168.502; 168.503; 168.504; 168.505; 168.506; 168.508; 169.510; 203.604
5. 2. 14	155.478
5. 2. 15. 1	139.413
5. 2. 15. 2	43.154; 61.200; 111.347; 112.140; 114.353; 141.417; 158; 167.496; 167.497; 190.558; 194.583; 195; 198.594; 215
5. 2. 16	111.347; 112; 141.417; 142.421; 167.497; 195
5. 2. 17	19.76; 141.416; 141.419; 142.420; 142.423; 157.478; 158

5. 2. 17. 1	169.511; 173; 200.596
5. 2. 19	43.154; 61.200; 114.353; 172.516; 174; 175.524; 175.525; 176.526; 176.527; 203.604; 203.609; 214
5. 2. 20	111.345; 112; 206.615
5. 2. 21	140.413
5. 2. 21. 2	190.559; 201; 201.599
5. 2. 22	188; 188.556
5. 2. 23	111.348; 113; 162; 162.492
5. 2. 24	69.221; 190.560
5. 2. 25. 1	168; 170; 181; 197; 197.591
5. 2. 27	187.553
5. 2. 27. 1	117.364
5. 2. 27. 4	117.363; 186.552
5. 2. 28	117.363; 182.541; 184; 184.551
5. 2. 29	111.349; 192
5. 2. 31	140.415; 189
5. 2. 32	189
5. 3	156
5. 3. 3	154.463
5. 3. 5. 2	156.475
5. 3. 7. 1	146.432; 147.436; 190.557
5. 3. 10. 1	154.463
7. 1. 57	201; 202.600; 202.601
10. 2. 3	39.144
11. 7. 5	41.146
11. 7. 6	41.147
11. 7. 12	33.134
11. 7. 12. 4-5 pr.	40. 145
12. 6. 2. 1	190; 191.564; 200.598; 204; 204; 205.610; 206.614; 206.616; 215
26. 2. 26. 2	190.563; 207; 207.618, 208.619; 215
27. 10. 16. 2	160.489
28. 1. 1	42.151
28. 2. 3. 6	76.251
28. 2. 9. 2	80.269
28. 2. 12. 1	79.265
28. 2. 13. 2	74.242
28. 2. 14	76.253; 79.268
28. 2. 14. 1	76.252
28. 2. 18	160.489
28. 2. 19	74.244; 74.245
28. 2. 26	74.243
28. 2. 29	50.165
28. 2. 29. 11-12pr.	50.166
28. 2. 29. 13-14pr.	50.167
28. 2. 29. 15	51.168
28. 3. 1	64.204
28. 3. 5	80.267
28. 3. 12	79.263; 79.266
28. 5. 1	73.240
28. 5. 31	48.159

28. 5. 35. 1-2pr.	75.247
28. 5. 50	51.172
28. 6. 2	47.158
29. 1. 1	60.197
29. 1. 24	61.198
31. 76	172. 517; 172.518; 173; 173.519; 174; 174.521; 174.523; 192.567
32. 36	168; 168.507; 169.509; 200.597
33. 2. 31	180.537; 180.539; 181
34. 4. 4	65.206
34. 9. 22	111.346; 112
37. 4. 1	91.302
37. 4. 1. 1	86.284
37. 4. 1. 2	87.293
37. 4. 1. 6	87.288
37. 4. 1. 7	86.285
37. 4. 3. 8	88.289
37. 4. 6. 2	87.287
37. 4. 6. 4	86.286
37. 4. 8	21.89; 90.300; 213
37. 4. 10. 5	90.300
37. 4. 10. 6	88.294
37. 4. 1. 8	88.292
37. 4. 3	88.293
37. 4. 11	88.290
37. 8. 4	88.291
37. 11. 3	51.170
37. 11. 8. 4	86.281
37. 12. 1. 6	5.12; 111.344; 112
38. 1. 7. 2	41.148
38. 2. 12. 2	160.488; 160.489
38. 6. 1	90.299
40. 7. 29. 1	180; 180.536; 180.538; 181; 181.540; 214
40. 12. 30	174.522; 192.569; 192.571
40. 14. 1	198.592
40. 14. 5	198.592
42. 1. 63	198.592; 198.595
44. 2. 29	191; 192.568; 192.570; 195
44. 2. 9. 1	198.592
45. 1. 38	39.144
45. 1. 132	160.487
47. 10. 3. 1	104.325
48. 20. 7	160.487
49. 1. 5	187.553; 192
49. 1. 5. 1	192; 193.575
49. 1. 5. 1-2pr.	184.547; 187.554; 192.572; 192; 193.573; 193.574; 194.582; 194.579
49. 1. 14	187.554; 192.572; 193; 193.574; 193.576; 194.579; 194.580; 194.582
49. 1. 14. 1	169.511; 193.577; 205.609; 605.611
50. 16. 53	30.128

50. 16. 120 25.103; 29.122; 29.123; 30.125; 30.130; 59.191; 210

Codex

1. 4. 28 106.329
 3. 28. 2 137.407
 3. 28. 5 139.413
 3. 28. 8. 1 189
 3. 28. 10 183.543
 3. 28. 11 160
 3. 28. 12 160
 3. 28. 13 167.497; 174.520; 191.566
 3. 28. 17 183.542
 3. 28. 19 160
 3. 28. 22 160.487
 3. 28. 23 160
 3. 28. 25 160.489; 188.555
 3. 28. 31 178.530
 3. 28. 36. 2 147.435
 3. 31. 12 156.474
 6. 11. 2 86.282
 6. 28. 3 73.239
 6. 28. 4. 2 70.223; 158
 6. 29. 3 79.265
 6. 48. 10 51.171

Novellae

21. 1 44.156
 22. 2 30.126

EPITOME CODICIS GREGORIANI VISIGOTHICA

2. 4. 1 179.534
 2. 4. 2 178.530

GAIUS

Institutiones

1. 147 51.169
 2. 7 33.134
 2. 101 53.179; 54.183
 2. 101-103 53.174
 2. 102 55.185
 2. 103 55.184
 2. 104 56.187
 2. 117 59.194
 2. 123 67.209; 68.211; 75.249
 2. 124 78.260
 2. 127 73.238
 2. 128 77.254
 2. 130 y ss. 49.164
 2. 130-132 79.262
 2. 130 -134 77.255

2. 131	63.202; 79.264
2. 134	77.257
2. 138	63.202
2. 152 y ss.	28.113
2. 181	47.158
2. 189	48.160
2. 224	25.103; 29.123; 30.125
2. 224- 227	178.531
2. 225- 226	35.139
2. 229	43.155; 59.193; 60.195
2. 238	49.163
2. 241-242	51.169
2. 274	35.140
3.14	35.138
3. 34	131.398; 135.405
3. 41	88.295
3. 41- 42	163.493
3. 154a	27.111
4. 6-9	38.143
4. 16	126.390; 152.457
4. 31	148; 155.468
4. 91	129.394
4. 93-94	127.392
4. 95	128.393; 148
4. 133	156.476

EPITOME GAI VISIGOTHORUM

2. 3. 6	28.113
---------	--------

GELLIUS AULUS

Noctes Atticae

15. 27. 2	53.177
15. 27. 3	53.176; 53.178

IUVENALIS

Satirae

10. 232	123.388
---------	---------

LEX DUODECIM TABULARUM

1.8	184.546
5. 3	29.120; 30.127; 59.190
5. 4-5	25.104; 26.107; 29.117; 34.137; 209
6. 1	29.121; 55; 59.190

LIVIUS

Ab Urbe condita libri

8. 28. 8	37.142
----------	--------

PLINIUS MINOR

Epistularum Libri Decem

5. 1. 1	121.382
5. 1. 6	160.487
5. 9. 7	123.387
6.33.2-5	171.515

QUINTUS CORNIFICIUS

De ratione dicendi ad C. Herennium

1.13.23	25.106
---------	--------

QUINTILIANUS

Declamationes minores

264	108.340
-----	---------

Institutiones oratoriae

7. 2	107.336; 121.383
7. 5	107.336; 121.383
7. 4. 20	157.477; 158
7. 14. 1	157.477
7. 26	107.336; 121.383
9. 2	122.385
9. 2. 25	157.477
9. 34	122.385
9. 35	122.385

SENECA PHILOSOPHUS

De beneficiis

4. 11. 4-5	59.192
------------	--------

De clementia

1. 14	123.386
-------	---------

TITULI EX CORPORE ULPIANI

11. 14	30.127
20. 1	43.152
20. 14	49.162
22. 14	67.210; 68.212
23	64.205
23. 6	85.280

VALERIUS MAXIMUS

Facta et dicta memorabilia

7. 7. 1	69.217; 69.220
7. 7. 2	107.334; 120.378; 120; 120.380
7. 7. 3	108.338
7. 7. 4	108.338
7. 7. 5	21.90; 21.93; 22.294; 136.406
7. 8. 2	107.335; 120; 121; 120.381; 158
7. 8. 4	161.490

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

Amelotti, Mario, *Scritti giuridici*, a cura di Livia Migliardi Zingale, Turín, Giappichelli Editore, 1996.

Bonfante, Pietro, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milán, Giuffrè Editore, 1963, vol. I.

Bonfante, Pietro, *Istituzioni di diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1987.

Bozza, Francesca, *Sulla competenza dei centumviri*, Nápoles, Stab. Tipográfico F. Sangiovanni & Figlio, 1928.

Bretone, Mario, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, Gius.Laterza& figli Spa., 1998.

Cutolo, Paolo, *Letteratura e civiltà di Roma. Autori, testi e contesti. L'età cesariana e augustea*, Nápoles, Edizioni Simone per la scuola, 2003.

Di Lella, Luigi, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1972.

Fadda, Carlo, *Concetti fondamentali del diritto hereditario romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1949, vol. II.

Gagliardi, Lorenzo, *Decemviri e cetumviri. origini e competenza*, Milán, Giuffrè Editore, 2002.

Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, 2ª ed., Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, vol. I.

La Pira, Giorgio, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Florencia, Vallecchi Editore, 1930.

Lamberti, Francesca, *Studi sui «postumi» nell' esperienza romana*, Milan, Giuffrè Editore, 2001.

Lenel, Otto, *Das edictum perpetuum*, reimp. de la edición de Leipzig, Tauchnitz, 1927.

Lenel, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis I*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, t. I.

Mannino, Vincenzo, *Introduzione alla storia del diritto privato dei romani*, Turín, G.Giappichelli Editore, 2008.

Marinone, Nino, *Cronologia Ciceroniana*, Roma, 1997.

Marrone, Matteo, *Manuale di diritto privato romano*, Turín, Giappichelli Editore, 2004.

Marrone, Matteo, *Querela inofficiosi testamenti. (Lezioni di diritto romano)*, Palermo, U. Manfredi, 1962.

Nardo, Enzo, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milán, Giuffrè Editore, 1983.

Negri, Giovanni, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso*, Milán, Giuffrè Editore, 1975.

Querzoli, Serena, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Nápoles, Loffredo Editore, 2000.

Ribas-Alba, José Maria, *La desheredación injustificada en el derecho romano*, Granada, Comares, 1998.

Riccio Coletti, Maria Laetitia, *La retorica a Roma*, Roma, Jouvence, 2004,

Rotondi, Giovanni, *Leges publicae populi romani*, Alemania, Olms, 1990.

Schulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, 2ª. ed., Madrid, Ediciones Madrid, 2000.

Solazzi, Siro, *Diritto ereditario romano (Anno accademico 1931-32)*, Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1932.

Voci, Pasquale, *Diritto ereditario romano, parte speciale*, 2ª. ed., Milano, Giuffrè Editore, 1963, t.II.

Voci, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano*, 6ª. ed., Milán, Giuffrè Editore, 2004.

DICZIONARIOS

Azara, Antonio. *et al.*, *Novissimo digesto italiano*, 2ª. ed., Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968, t.V.

García Garrido, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, 3ª. ed., Madrid, Dykinson, S. L., 2006.

FUENTES JURÍDICAS

Codex Theodosianus, traducción al inglés de Pharr Clyde, Nueva Jersey, The lawbook Exchange, Ltd. 2001.

Epitome Gai Visigothorum, edición de Baviera, J, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, II, Florencia, 1968.

Epitome Codicis Gregoriani Visigothica, edición de Krueger, P, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III, Berlin, 1890.

Le istituzioni di Gaio, traduzione italiana a cura di Marco Balzarini, Turín, Giappichelli Editore, 2000.

Ley de las XII Tablas, estudio preliminar, traducción y observaciones de César Rascón García y José María García González, Madrid, Tecnos, 1996.

Cuerpo del Derecho Civil Romano, traducción de D. Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, Lex Nova, S.A., 1892.

FUENTES JURÍDICAS CONSULTADAS EN INTERNET

Tituli ex Corpore Ulpiani, <http://ancientrome.ru/ius/library/ulpianus/tituli.htm>

OBRAS CLASICAS

Casio, Dión, Historia romana, introducción, traducción y notas de Domingo Plácido Suárez, Madrid, Gredos, 2004.

Cicerón, Marco Tulio, *De la invención retórica*, introducción, traducción y notas de Bulmaro Reyes Coria, México, UNAM, 2010.

Cicerón, Marco Tulio, *Le orazione*, a cura di Giovanni Bellardi, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1975.

Cicerón, Marco Tulio, *Filípicas*, introducción, traducción y notas de Juan Bautista Calvo, Barcelona, Editorial Planeta, 1994.

Cicerón, Marco Tulio, *Pro Cluentio*, introducción, traducción y notas de José Aspa, Gredos, Madrid, 1995.

Cicerón, Marco Tulio, *Sobre el orador*, introducción, traducción y notas de José Javier Iso, Gredos, 2002.

Cicerón, Marco Tulio, *Verrinas*, introducción, traducción y notas de Rafael Salinas, México, UNAM, 1987.

Cornificio, *Rhetorica ad. C. Herennium*, introduzione, testo critico, commento a cura di Gualtiero Calboli, Bolonia, Casa editrice Prof. Riccardo Pàtron, 1969.

Gelio, Aulo, *Notti Attiche*, traduzione e note di Luigi Rusca, Milán, RCS libri S.p.A., 2007.

Juvenal, *Sátiras*, traducción, introducción, traducción y notas de Roberto Heredia Correa, México, UNAM, 1984.

Livio, Tito, *Historia de Roma desde su fundación*, traducción y notas de José Antonio Villar Vidal, Madrid, Gredos, 2000-2001.

Máximo, Valerio, *Hechos y Dichos Memorables*, introducción, traducción y notas de Santiago López Moreda, Ma. Luisa Harto Trujillo y Joaquín Villalba Álvarez, Madrid, Gredos, 2003.

Plinio el Joven, *Cartas*, introducción, traducción y notas de Julián González Fernández, Madrid, Gredos, 2005.

Quintiliano, Marco Fabio *Declamationes minores*, edición de Bailey Shackleton, Stuttgart, Bibliotheca scriptorum graecorum et romanorum teubneriana, 1989.

Quintiliano, Marco Fabio, *Institutiones oratoriae*, traducción de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier, Madrid, Librería y Casa Editorial Hernando, 1942.

Séneca, Lucio Anneo, *De los beneficios*, traducción de Pedro Fernández Navarrete, Madrid, Espasa Calpe, 1972.

Séneca, Lucio Anneo, *Sobre la clemencia*, estudio preliminar, traducción y notas de Carmen Codoñer, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1988.

REVISTAS JURÍDICO-ROMANAS

Arangio Ruíz, “Erede e tutore”, *Atti Accademia Napoli*, Nápoles, núm. 53, 1930.

Bonfante, Pietro, “Teorie vecchie e nuove sull’origine dell’ eredità”, *Bulletino dell’Istituto di Diritto Romano*, Roma, vol. XXVII, 1914.

Boyer, Georges, “Mélanges d’histoire du droit oriental. Le droit successoral romain dans les oeuvres de Polybe”, Paris: Sirey, *Recueil de l’Académie de Législation*, 1962.

Di Ottavio, Daniela, “Sui precedenti retorici della querela inofficiosi testamenti nel I sec. a.C.”, *Index: quaderni camerti di studi romanistici, international survey of roman law*, Nápoles, vol. 37, 2009.

Franciosi, Gennaro, “L’ «heres extraneus» e le dodici tavole”, *Labeo rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, núm. 10, 1964.

Lanza, Carlo, “Ricerche sul ‘furiosus’ in diritto romano I”, [*Pubbl. Ist. Dir. rom. e dei diritti dell’ Oriente mediterraneo dell’ Univ. di Roma. <La Sapienza>*], Roma, 1990.

La Rosa, Franca, “Decemviri e Centumviri”, *Labeo rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, Año 4º, 1958.

Marrone, Matteo, “Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti”, *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, Palermo, vol. XXVII, 1959.

Marrone, Matteo, “L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano”, *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, Palermo, vol. 24, 1955.

Marrone, Matteo, “Sulla natura della ‘querela inofficiosi testamenti’”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, vol. XXI, 1955.

Oliviero, Giuseppina María, “A proposito di *successio ordinum* nell’eredità intestata delle dodici tavole”, *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, núm.68, 2002.

Sanguinetti, Andrea, “Considerazioni sull’origine del principio *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*”, *Studia et Documenta Historiae et iuris*, Roma, vol. LIX, 1993.

Solazzi, Siro, *Archivio giuridico Filippo Serafini*, Modena, vol. 89, 1923

Solazzi, Siro, *Scritti di diritto romano*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1960, vol. 3 (1925-1937).

Klima, Josef, “Querela inofficiosi testamenti”, en Moschetti, Guiscardo (coord.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto* (Verona, 27, 28, 29- IX), Milán, vol. III, 1948.