

## ALGUNOS COMENTARIOS A LA CONTROVERTIDA *QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI\**

Sara BIALOSTOSKY

*Marta, gracias por los recuerdos*

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Libertad de testar*. III. *Elementos extrajurídicos que conforman la querella inofficiosi testamenti*. IV. *Concepto y orígenes de la querella inofficiosi testamenti*. V. *Naturaleza de la querella inofficiosi testamenti*. VI. *Bibliografía*.

### I. NOTA INTRODUCTORIA

El derecho sucesorio romano, debido a la amplia problemática dogmática que presenta, ha sido motivo para que gran número de romanistas se hayan dedicado a su estudio e investigación.

Destaca entre las figuras que han llamado su atención, la controvertida figura de la *querella inofficiosi testamenti* (q.i.t.).

A pesar del gran número de romanistas que se han abocado al estudio de la mencionada querella; tanto a sus orígenes nebulosos como a su naturaleza sustantiva y procesal; lo que se refleja en sendas y valiosas investigaciones;<sup>1</sup> los autores mexicanos no le hemos dedicado en nuestros textos,

\* Lista de abreviaturas: *Gayo Inst.*: Instituciones de Gayo; *Inst.*: Instituciones de Justiniano; *D*: Digesto de Justiniano; *C*: Código de Justiniano; *RE*: *Realenzykopaedie der Klassischen Altertumswissenschaft*, ed. Pauly, Wissowa (Biblioteca Bonifaz Nuño, del Instituto de Investigaciones Filológicas); *ZSS*: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*. En la Biblioteca Alfonso Caso de la Facultad de Derecho; *St. Bonfante* Estudio en honor de Bonfante.

<sup>1</sup> Vinnio A., *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano*, Barcelona, 1876.

Reñiré, J., *Etude sur l'histoire de la querella inofficiosi testamenti in droit romain*, 1942.

más de cinco líneas y en nuestras cátedras al referirnos a las vías sucesorias, generalmente la obviamos.

El presente estudio no pretende abarcar todos los aspectos de la tan controvertida *querella inofficiosi testamenti*.

Haremos uso del derecho que tenemos de seleccionar y nos referiremos solamente a algunos aspectos de ella, los cuales consideramos constituyen elementos *sine qua non* para adentrarnos en el futuro a un estudio más completo sobre la misma temática.

El derecho romano a diferencia del derecho mexicano, consagra como forma hereditaria el concepto de sucesión universal, es decir, la adquisición en bloque como unidad de todos los derechos comprendidos en el patrimonio por medio de un acto jurídico personal, testamento, en virtud de un título jurídico; *testamenti factio activa* y de una facultad del *heres*, *testamenti factio pasiva*, conceptos estos que no implican en derecho romano que se transfieran solamente los bienes activos, implican por lo contrario la transmisión de las deudas del *de cuius*, debido a que su patrimonio se consideraba como una unidad indivisa (*consortium ercto non cito*),<sup>2</sup> en la que cada heredero, en caso de que hubiera más de uno, hereda todo el patrimonio (*in universon ius defuncti*) sin menoscabo de que éste se dividiera en partes iguales o alícuotas (*concorsus partes fuint*).

Cabe hacer notar que la mayoría de los autores considera que durante los primeros siglos de la evolución histórica del derecho romano dicha sucesión implicaba a demás de la recepción de los mencionados derechos y obligaciones patrimoniales, una subrogación de la personalidad del difunto, así como la de los deberes de su culto, a aquellos *heredes suus* considerados como herederos forzosos.<sup>3</sup>

Si en los albores de la época republicana los mencionados *heredes suus* eran herederos automáticamente, es decir, no recibían la herencia *ex novo*, sino que a la muerte del *paterfamilias* se producía una *continuatio domini*

Schulz, F., *Principios del derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.

Kruger, H., Z. S. S., LVII, 1937, pp. 44 y ss.

Beseler, K., St. Bonfante II, 1930.

Ribas Alba, J., *La desheredación injustificada en derecho romano*, Granada, 1998.

Sanguinetti, A., *Dalla querela a la portio legitima*, Milán, Giuffrè, 1996.

<sup>2</sup> Herencia indivisa, de la que sólo podían salirse los herederos forzosos ejecutando una de las acciones divisorias, en este caso la *familia herciscundae*.

<sup>3</sup> Herederos que a la muerte del *paterfamilias* estaban bajo su potestad. D.38,16; Inst.2,19 y C.6,55.

permaneciendo unidos los hermanos en el consorcio ya mencionado; la *interpretatio a partir del Código Decemviral* va reconociendo al *paterfamilias* una amplia potestad de testar que le permiten dar disposiciones de muy diverso contenido, entre las que podía situarse teóricamente el desheredar a los *heredes suus* e instituir heredero a un *extranei*, siempre y cuando fueren contemplados explícitamente en el testamento. Estos conceptos van unidos al carácter unitario y autárquico del *paterfamilias* que implica libertad de testar y al carácter metafísico de la sucesión. A fines de la República, estos conceptos debido a las condiciones políticas, jurídicas y religiosas sufren cambios que se materializan en la creación paulatina de nuevas figuras jurídicas, por cierto, no intempestivas dado el carácter tradicional que envuelve en gran parte a la creación del derecho romano.

Los romanos nunca intentaron interrumpir el curso tranquilo de la evolución jurídica con intervenciones radicales. El derecho vigente rara vez se abrogaba, se le dejaba caer en desuso.

Cabe citar al respecto el ejemplo de la transición del sistema de las *legis actionis* al *per formulam*, que si bien la *Lex Aebutia* (126-150 a. C), anuncia la alternativa de su uso, fue hasta que una de las leyes *Lulia*, 17 a. C. la Iudiciaria, declara su derogación cuando ya nadie se acordaba de la primera.

Respecto a la gran libertad jurídica que en más de una ocasión garantiza el derecho privado, que entre parientes nunca significó que se pudiera hacer lo que se quisiera, deben tomarse en cuenta además los elementos extra-jurídicos que estaban en la mente de aquellos que se ocuparon de la creación del derecho y que provocaron sin duda al nacimiento de la q.i.t.

El cambio de un derecho creado principalmente por la labor jurisprudencial y por los edictos de los magistrados a un derecho estatal, derecho clásico, da su impronta a la q.i.t que se modificará por, las Constituciones imperiales que a partir del siglo III d. C. serán la única fuente viva del derecho posclásico cuya culminación en el derecho justiniano a través de la Novela 115 que nuestra controvertida q.i.t. se ve superada por la *actio ad suplandam legitimam*.

Ubicaremos nuestro ensayo entre los dos últimos siglos de la República y los primeros dos del Imperio, el Principado, derecho clásico y remitimos al lector para el derecho posclásico y justiniano a la obra de Sanguinetti.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Sanguinetti, A., *op. cit.*, nota 1, pp. 47 y ss.

Si al finalizar la lectura de nuestra investigación, he despertado entre los investigadores y maestros mexicanos el interés por adentrarse al estudio de dicha figura que recoge el Fuero Juzgo en su libro Sexto y la Sexta Partida,<sup>5</sup> obra legislativa de Alfonso X, misma que representó un auténtico paso del derecho romano bizantino al derecho castellano y más tarde al derecho indiano en la América española. Figura que sobrevivió en el Código de 1870 y desapareció en el Código de 1984 y 1928 (1932), y que este último sólo reconoce en su artículo 1374 como testamento inoficioso aquel en el cual no se deja pensión alimenticia. Si es así, la *ratio* de uno de los objetivos del estudio del porqué del estudio de derecho romano se verá satisfecho.

## II. LIBERTAD DE TESTAR

Aunado a la sucesión testamentaria se encuentra inmediatamente la discusión sobre el dogma de la libertad de testar que tiene el *paterfamilias* para disponer de sus bienes, el punto de partida de la libertad de testar se fundamenta en D 50,16,120 (Pomponio ad Q Mucio) y en Gayo Inst 2,124.

*Verbis legis tabularum bis legis uti legassit sual rei, ita ius est otiosissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et legata et libertatis dandi; tutilas quoque constituendi sed it interpretatione coangustam est vellegum ut auctiritate iura constitutum.*

La frase de la ley de las XII Tablas —tal como legó sobre lo suyo así sea derecho— parece tener un sentido muy amplio: de instituir heredero y de dar legados y libertades, también de nombrar tutores; pero se ha restringido por la interpretación de las leyes y por la autoridad de los fundadores del derecho (Iav. 5 ad Q. Muc).

<sup>5</sup> La fórmula de la legítima pasa a España, el Fuero Juzgo, Libro VI, Título V, Ley I, facultó al testador a disponer de la quinta parte de sus bienes para otorgarlos generalmente a la Iglesia; el Fuero Viejo de Castilla no permitía al testador “mandar lo suyo más del quinto”.

El Fuero Real, las Leyes del Toro y demás establecían como práctica invariable que los testadores sólo pudieran disponer de la quinta parte de sus bienes, pues el resto de ellos, llamada legítima forzosa, pertenecía a sus descendientes, sin que se les pudiera despojar de ella salvo la presencia de causas legítimas de desheredación.

La Sexta Partida determina que cuatro quintas partes eran propiedad de los herederos legítimos, salvo desheredación.

*Sed oline qui dem lictal tatum patrimonium legatis at que libertatibus erogare nee qui quam heredi relin quere praeter quam inane nomen heredis; dique le XII Tabularum permittere videbatur, qua cabetur est quod quisque de re sua testatus esset, id natum haberetur, bis verbis; uti legassit suae rei, ita ius esto.*

Si el testador ha omitido a otros descendientes libres, el testamento es al contrario válido. Estos individuos, en el caso de que sean omitidos, concurren con los herederos designados por el testamento para una parte igual si ellos son herederos internos, para la mitad si son herederos externos. Así, por ejemplo, se ha instituido a tres hijos y omitido a una hija, la hija toma sucesión por un cuarto, y por este cómputo ella obtiene lo que hubiera obtenido si su padre hubiera muerto intestado. Pero si se ha instituido herederos externos y omitido una hija, la hija, por derecho de incremento, es heredera por la mitad. Y la solución dada para la hija, entendemos que es aplicable a un nieto y a todos los descendientes libres de los dos sexos.

Estas citas son esgrimidas por los autores que apoyan la existencia de la libertad de testar en las XII Tablas y son rebatidas entre otros por Ribas Alba, autor al que nos referiremos en más de una ocasión por su amplio análisis doctrinal y la labor exegética tan completa que hace de las fuentes.

El principio de libertad imprime al derecho privado un carácter netamente individualista.

El derecho sucesorio no se sustrajo a dicha característica lo que se refleja, como señala Schulz, en el hecho de que la sucesión legítima ocupe un segundo lugar; ya su nombre característico, intestada implica que sólo puede tener lugar cuando no procede la sucesión testamentaria considerada como normal.<sup>6</sup> Es punto discutido, insistimos, el que la libertad de testar tuviera su origen en las XII Tablas, algunos autores consideran que la misma fue sólo una confirmación del derecho consuetudinario. Sin embargo la mayor parte de los expositores basados en las fuentes<sup>7</sup> coinciden en afirmar que así como el poder del *paterfamilias* era originalmente absoluto, también lo era consecuentemente la libertad de testar, misma que en el transcurso del tiempo, debido a razones económicas, políticas y religiosas, motivaron cambios normales.

<sup>6</sup> Schulz, F., *op. cit.*, nota 1, p. 178.

<sup>7</sup> Inst. 2,13; D2,82; C 6,28. Klingminler, R. E., 6.

Sin embargo la gran libertad jurídica en general garantizada por el derecho privado<sup>8</sup> no significó de ninguna manera que se pudiera hacer lo que se quisiera, el que el abuso del derecho no fuera consentido se remonta al derecho preclásico; durante el cual tanto el derecho público como la conciencia popular empiezan a tener conciencia de la excesiva libertad de testar, lo que tiene como consecuencia la creación de ciertas medidas para que se hiciera de ella, un uso razonable.

Se suscita consecuentemente el interés general por conocer como ésta u otra persona hacían su testamento. Por ejemplo, un heredero podía disponer de su cuota hereditaria, pero el *officium*<sup>9</sup> requiere que no lo haga sin el consentimiento de los coherederos.<sup>10</sup>

Hacia fines de la República, el *testamentum inhumanum o inofficiosum*<sup>11</sup> comienza a ser mal visto por el ordenamiento jurídico y surge así el derecho de la cuota de reserva.<sup>12</sup>

El testamento romano, acto esencialmente unilateral y estrictamente personal, fue una figura clave en el ámbito social, económico, político, religioso y jurídico en Roma. El romano sentía la necesidad de organizar su propia sucesión a través del testamento.

Dan fe de esta importancia un sinnúmero de fuentes literarias. Cicerón (Phil 2,42) consideraba que el testamento era el acto más grave en la vida del ciudadano y lo asimilaba al papel que la *lex* tenía en el derecho público. En Verres II, 1,23 señala que tener pronto un testamento era para un romano diligente tan obligatorio como tener su régimen de contabilidad bien ordenado.

Quintiliano (Declaraciones 308) relaciona el testamento con el *solacium mortis*: podía morir en paz el ciudadano que había testado. Plauto (Curculius 622) señala la maldición *intestatus vivito*, significando que sólo el ciudadano que había hecho testamento podía vivir tranquilo.

No es casual, sino sintomático que las XII Tablas (tabla 5.4) inicie la exposición sucesoria con la frase *intestatus moritur*, reconociendo la facul-

<sup>8</sup> Gayo, Inst., 2,102.

<sup>9</sup> *Officium*. Deber moral, vínculo extra-jurídico sin el cual no pueden entenderse ciertas figuras jurídicas. Véase *officium pietatis* en este ensayo. D 38,1, pr y D 28,7,15.

<sup>10</sup> Plinnio, Epist. 7,11.

<sup>11</sup> Cicerón, en Verres II, 1,421,107.

<sup>12</sup> Buckland, *Roman Law and Common Law*, Florida, Librería del Congreso, 1997, pp. 133 y ss.

tad del *paterfamilias* para disponer de su patrimonio como quisiera a través de un testamento.

Siglos después Sabino inicia su exposición del *ius civile* con la parte de testamentos. Las numerosas citas de Ulpiano en el Digesto no pueden ser más reveladoras.<sup>13</sup>

Valgan las fuentes literarias y jurídicas anteriores, carentes de un orden de prelación histórica, para reconocer en el testamento una figura *sui generis* tanto por el interés de la sociedad por asegurar y preservar el culto de los sacra, el patrimonio familiar y la autonomía de la voluntad de testar.

El testamento aparece en la historia jurídica de Roma en fecha muy antigua, ya hemos señalado que el Código decemviral lo mencionaba.

Tanto en el derecho republicano, como en el clásico, el testamento es un acto jurídico por el cual una persona es designada heredero.

Si bien el testamento puede contener otras disposiciones *mortis causa*, la institución del *heres* es esencial. Gayo (2,229) *velut caput fundamentum totius testamenti*.

La libertad testamentaria se relaciona funcionalmente con la patria potestad y la propiedad.

El testador estaba obligado a observar ciertas reglas que provenían de los pontífices y de los juriconsultos republicanos.

Parecía que cumplidas dichas reglas, entre las que destacan la observación de las formas de testar y la capacidad jurídica del *de cuius*; la *testamenti factio activa*, no habría otros límites jurídicos.

Sin embargo cuando la designación que hacía el *paterfamilias* no recaía en un *heres suus*<sup>14</sup> al que se consideraba debido a la conformación de la familia antigua como heredero debido a que formaba parte de esa herencia indivisa (*societas ercto non cito*),<sup>15</sup> ese testamento va a sufrir diferentes formas de impugnación.

Cabe hacer notar que la teoría del poder unitario del *paterfamilias* y de la familia antigua autárquica de concepción individualista, no es aceptada por Ribas,<sup>16</sup> quien considera que la opción excluyente que realizó la dog-

<sup>13</sup> Casi todo el título 5.2 del Digesto se refiere a la temática que nos ocupa: del testamento inoficioso. Ribas Alba cuestiona la clasicidad de algunos de ellos.

<sup>14</sup> El heredero que a la muerte del *paterfamilias* estaba bajo su potestad. Así D.38,16; Inst.2,19 y C.6,55.

<sup>15</sup> Véase cita 2. También Gayo 3,154 y Levy, Z. S. S., 54, 1934, 276.

<sup>16</sup> Ribas Alba, J., *op. cit.* nota 1, pp. 109 y ss.

mática decimonónica y el positivismo del siglo XIX, distorsionaron el verdadero perfil de algunas instituciones romanas, como es el caso de la familia. Sin embargo, dicho autor sostiene que el método evolucionista,<sup>17</sup> hoy día superado, es útil por sus capacidades didácticas.

A partir de la *interpretatio*, para no obstaculizar la libertad de testar, se empieza a requerir que hubiera *exhereditio*<sup>18</sup> tratando de lograr un equilibrio entre dicha libertad que podía estar en oposición a los intereses de las personas más íntimamente ligadas al testador.

Es indudable que a partir del derecho posclásico, el testador podía instituir heredero a cualquier persona provista de la *testamenti factio pasiva* desheredando a los *heres suus*.<sup>19</sup>

Como transacción entre las ideas opuestas a la libertad de testar por un lado y la latente copropiedad familiar por otro, se encuentran diversas restricciones a la desheredación<sup>20</sup> de las cuales unas son de carácter formal y otras de índole material. Entre las de carácter formal se encuentran conforme al *ius civile* la de la obligación del testador de desheredar a los *heres suus*, y sólo a ellos en forma individual, *nominatim*;<sup>21</sup> la copropiedad latente sólo podía anularse mediante disposición expresa. Si se omitía a alguno de ellos el testamento no era válido.

El pretor<sup>22</sup> amplía dicha forma de desheredación también a los emancipados, buscando alcanzar algunas soluciones que correspondieran a la equidad, no modificando los requerimientos de la sucesión necesaria formal, sino, concediendo la *bonorum possessio contra tabulas* que debía ser solicitada dentro de un plazo breve. Pero fue sólo a fines de la Repú-

<sup>17</sup> Sobre metodología de la investigación y enseñanza del derecho romano; sugiero la lectura de mi artículo, "Historia o dogmática: dicotomía que ha resuelto la romanística contemporánea", UNAM, *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LV, núm. 243.

<sup>18</sup> Véase sobre desheredación en este ensayo y D.28,2, y C.6,28.

<sup>19</sup> Restricción que no era aplicable al testamento militar vigente en el derecho clásico. Para *testamentum militar*, Inst. 2,11; D.29,1; 37,13; C.6,21.

<sup>20</sup> *Regula Catoniana*, D.29,1; 37,13; C.6,21.

<sup>21</sup> Gayo, Inst. 2,127. Vinnio considera que no cualquier desheredación excluía a los descendientes de la herencia del padre. Vinnio, A., *op. cit.*, nota 1, p. 492.

<sup>22</sup> El pretor en su función jurisdiccional tuvo, gracias al *ius edicendi*, un papel preponderante en la creación y desarrollo del derecho a través, principalmente de sus acciones. Su labor junto a la de otros magistrados constituyó lo que se conoce como derecho honorario; siendo éste el género y el pretoreo la especie que junto con el *ius civile* forman el dualismo en materia de fuentes en el derecho clásico. Es en el derecho sucesorio donde su labor es invaluable.

blica cuando surgió una efectiva limitación a la libertad de testar, aducida a través de una medida procesal, cuyo objetivo no iba dirigido contra el contenido del testamento, sino a lograr su nulidad; a través de la *querella inofficiosi testamenti*.

Si bien Ribas Alba,<sup>23</sup> autor tantas veces y merecidamente citado en este ensayo, considera que no se puede soslayar la importancia que tiene el tema de la libertad de testar para la indagación histórico-jurídica de la q.i.t., opta después de una exégesis de las fuentes, en especial del D.5,2, por reconocer la incompatibilidad de la absoluta libertad de testar en la *Lex* de las XII Tablas.

Por el contrario los partidarios de la libertad testamentaria consignada en el Código Decemviral, se basan, según el autor citado, en los dos pasajes de Pomponio y Gayo, ya mencionados, pasajes que se han convertido, debemos aclarar, en una realidad dogmática en el derecho posterior.

### III. ELEMENTOS EXTRAJURÍDICOS QUE CONFORMAN LA *QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI*

El derecho no nace como hongos salvajes después de una noche de lluvia, influyen en su formación, es bien sabido, relaciones económicas, políticas y religiosas amén de la costumbre. Pero aunado a estos factores el orden jurídico está ligado desde su génesis a un orden social, extra-jurídico, a un sinfín de relaciones jurídicas que en el mundo romano fueron determinantes, y que aunque no se mencionan estaban presentes en la mente de los que elaboraban el derecho.

Schulz distingue entre esos principios la abstracción, la sencillez, la tradición, el sentimiento nacional, la seguridad, la libertad, la fidelidad y el *officium*.

Nos referiremos a estos dos últimos por su estrecha relación con el derecho sucesorio en general y específicamente con la q.i.t.

Si bien es cierto que los elementos jurídicos han sido constantes en la elaboración del derecho, siguen sin embargo un proceso de evolución que les permite adecuarse a los cambios jurídicos característicos de los periodos mencionados.

Es reconocido que en el inicio de la historia del derecho romano, el *ius* y *el fas* iban de la mano, pero ya la ley de las XII Tablas contiene solamente

<sup>23</sup> Ribas Alba, J., *op. cit.*, nota 1, pp. 115 y ss.

disposiciones jurídicas, sin embargo confiado en la riqueza de esos vínculos extra-jurídicos, en este caso, de la separación entre derecho y religión, se da el espacio necesario sin mencionarlo<sup>24</sup> a los citados vínculos extra-jurídicos. Tampoco la jurisprudencia separó las normas jurídicas de las extra-jurídicas, al respecto de estas últimas guardó silencio. Sobre las disposiciones en materia hereditaria escasamente se mencionan vínculos jurídicos que derivan de la *pietas*, de la *fides* y sobre todo del *officium*, elementos extra-jurídicos que son determinantes para el estudio de la q.i.t.

*Tradición.* La fuerza de este elemento extra-jurídico en la formación del derecho está fuera de discusión.<sup>25</sup> En un sinfín de instituciones, pero sobre todo en la evolución y creación de numerosas figuras jurídicas el apego a no aceptar cambios radicales que se consideraban revolucionarios, los creadores del derecho obraron respetando la tradición. Como consecuencia el derecho vigente, como ya hemos señalado, raramente se abrogaba y se le dejaba, valga la expresión, morir lentamente. Esta actitud conservadora, ese apego a la tradición es una constante en la historia del derecho romano tanto en el clásico, el preclásico, el posclásico y perdura aun en el justiniano, el mejor apologista del *Corpus Iuris* quien en su Constitución refleja entre otras cosas la prohibición de hacer cambios en el futuro; prohibición, como nos consta, que no es respetada ni aun durante su vida.

En materia procesal, el caso de la *Lex Aebutia* y la *Iulia Iudiciaria* tantas veces citadas, merecen la aferración al pasado, tres siglos sobrevivieron ambas. *La Cognitio extra ordinarem*, tercera fase del proceso civil romano, tampoco rompe completamente con el que le precedió, su aparato terminológico permaneció igual, si bien adoptando un significado diferente, así la *litis contestatio*.

Pero es sobre todo en la vigencia del doble ordenamiento jurídico *ius ciuile* y *ius honorum*, que se inicia en el derecho clásico, que no concluye en el periodo posclásico y no consigue completamente su unificación en el *Corpus Iuris*, a pesar de los intentos de Justiniano. Cabe hacer notar que este apego a la tradición es una constante también en la enseñanza del derecho romano.

Ningún jurista romano enseñó esencialmente diferente de lo transmitido por sus predecesores y sus sucesores. Al respecto sirva de ejemplo el

<sup>24</sup> Schulz, F., *op. cit.*, nota 1.

<sup>25</sup> Kroll, W., *La fuerza de la tradición*, Kultur der Cicerones chen, vol. II, cap. 2.

plan de estudios para la enseñanza del derecho bizantino, que ya se anuncia en las *Instituciones* de Justiniano, cuyo material procede en gran parte de las *Instituciones* de Gayo, de fragmentos de las *res cottidianae gayana* así como de otros juristas clásicos como Marciano, Florentino, Pablo y Ulpiano.

*Conciencia nacional.* Este elemento fue un factor constructivo del derecho romano. El valor máspreciado para los romanos después de la libertad era el ser ciudadano romano que se contraponía al del extranjero (*peregrinus*) en sus tres niveles. Peregrino es cualquiera que no pertenezca a la égida de la nación latina. A pesar de algunas medidas legislativas de Augusto, entre ellas la *Lex Papia Paoppea* y ciertas prerrogativas a los no ciudadanos, fue hasta la conocida Constitución Antoniniana (212 d. C.) cuando se da la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio romano.<sup>26</sup>

Por lo que respecta al carácter nacional de la evolución jurídica romana prescindiendo del Código Decemviral que en este aspecto no nos revela nada y tomando en consideración el periodo del siglo II a. C. y al final del siglo II d. C. podríamos afirmar de acuerdo con Schulz,<sup>27</sup> Francisci<sup>28</sup> y Jolowicz,<sup>29</sup> entre otros, que la evolución jurídica romana se da en términos generales siguiendo una línea nacional y sus instituciones y figuras jurídicas salvo excepciones<sup>30</sup> no son producto de la recepción de otros derechos.

Por lo que respecta al derecho sucesorio en general, su concepción es exclusivamente romana, sin influencia alguna de otras legislaciones y costumbres, sin embargo cabe señalar que por lo que corresponde al *testamentum inofficiosum* en su respectivo *color insaniae* deriva según varios autores de la retórica griega. Hay que señalar que los autores<sup>31</sup> que esto afirman la ubican hasta el derecho posclásico.

No debe omitirse el hecho tan importante de la recepción de los derechos procesales que en algunos casos se adecua al desarrollo interno

<sup>26</sup> Shoenbauer, S. Z. Z., considera que no se exceptúan de esa categoría a los *dedictios* como generalmente se enuncia.

<sup>27</sup> Schulz, F., *op. cit.*, nota 1.

<sup>28</sup> Francisci P., *Síntesis histórica del derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954.

<sup>29</sup> Jolowicz, H. F., *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford University Press, 1957.

<sup>30</sup> Los usos marítimos comerciales (*lex Rodia de Iactu*).

<sup>31</sup> Beseler, en St. Bonfante 2,87.

del derecho romano y otros se confunden en él, como es el caso de la fusión del derecho civil y el honorario.

La historia jurídica de los siglos IV y V muestra todavía varias lagunas si bien el derecho justinianeo absorbe gran parte de lo elaborado durante esos dos siglos, vuelve los ojos a los clásicos, valga la expresión cristianizándolos.

*Autorictas*. El concepto de autoridad envolvía en los primeros siglos de la historia jurídica toda la vida romana. Tanto en el ámbito familiar, como en el patrimonial, en el de las obligaciones nacidas del contrato como la de los delitos y aun en la materia criminal su presencia se hace notar.

Si bien con el correr de los siglos a fines de la República decae su fuerza y en el Imperio por la influencia de la *humanitas* sufre grandes limitaciones, la creación de un *Concilium* en materia familiar, debilitan el poder unitario que el *paterfamilias* tenía anteriormente. En el orden público la *intercessio* sirve de freno a la autoridad ilimitada que pudieran haber tenido los cónsules, y a pesar de la *coertio*<sup>32</sup> que tenían los magistrados muy pronto se les señalaron límites a través de la legislación de la *provocatio*.<sup>33</sup>

*Humanitas*.<sup>34</sup> Este elemento es considerado por la mayoría de los autores como creación autónoma de los romanos.

Aparece tanto en las obras de los jurisconsultos como en las Constituciones imperiales. La idea de la *humanitas* ejerció una influencia considerable en el desarrollo del derecho romano a través de la *interpretatio* y de las decisiones de los jueces.

El concepto de *humanitas* implica la voluntad de hacer el bien, ponerse límites, tener respeto por los demás, pero, sobre todo, no perseguir sólo el derecho y la ventaja propia sino más bien renunciar a ella en el beneficio de los demás. Sin ser un término unívoco ha tenido una evolución *sui generis*.

Cicerón la usa frecuentemente, César la evita siempre que le es posible, la jurisprudencia clásica la menciona pocas veces y autores como Krueger

<sup>32</sup> *Coertio*, poder disciplinario que tenían los magistrados.

<sup>33</sup> *Provocatio*, recurso que ante los *Comitia centuriata* tenían los ciudadanos condenados por un magistrado en un juicio criminal. La *Lex Valeria Horaria de provocatione*, la *Lex Porcia* y la *Lex Sempronia* se refieren a dicha materia. Durante el Imperio este recurso se dirigía al emperador y se identificó en la *apellatio* C.7,64; 70.

<sup>34</sup> *Humanitas*, Así Heineman, R. E., Suppl 5, Kruger, Z. S. S., 10, 1898, 6, Wolf, Z. S. S., 53, 1933, 328, Maschi, en Ius 1, 1950.

consideran que la mención en sus obras es interpolada en las Constituciones imperiales del periodo clásico, aparece el vocablo con cierta frecuencia y en el periodo posclásico es una constante. Esta utilización tampoco uniforme no es casual es, por el contrario, sintomática.

En el ámbito familiar que regula la codificación decemviral; en la que la *manus* puede ser la consecuencia de la realización de un matrimonio seguido de una *confarreatio*,<sup>35</sup> así como por una *usucapio*,<sup>36</sup> no podía tener cabida el concepto de *humanitas*, de humano, cuando en los casos señalados anteriormente la mujer tenía un tratamiento similar al de cosa (*res rei*).

El desuso del matrimonio *cum manu* fue paulatino, ya en el siglo II a.C. el carácter pleno que el marido tenía sobre la mujer estaba agotado pero desaparece completamente hasta el derecho posclásico cuando ya muchos juristas ni siquiera recordaban la formula para realizarla.

Debe reconocerse que si bien ya en la época imperial encontramos disposiciones basadas en la *humanitas* como lo es la obligación de emancipar al hijo que había sido castigado contra *pietatem* que dicta Trajano (D.37,12) o la prohibición del *ius vendendi o el ius vita et necisque* en la época de Valentiniano I (C.Th 9,14), así en el ámbito patrimonial también se vive la influencia de la *humanitas* en virtud de la cual se atendían la rigidez de las normas jurídicas. Pero es en el derecho sucesorio donde el concepto es determinante para el cambio y aceptación de nuevas figuras jurídicas.

En materia penal el principio de *humanitas* se percibe claramente no sólo limitando sino incluso eliminando la pena de muerte.<sup>37</sup>

Las acciones *vindictam spirans*<sup>38</sup> que implican la intransmisibilidad de las acciones penales están evidentemente inspiradas en la *humanitas*, la cual exige que el acusado tenga ciertas garantías frente a la prepotencia del Estado y prevé que sean observadas las formas del proceso acusatorio.

En aras también de la *humanitas* es la prohibición de la tortura para los hombres libres.

<sup>35</sup> *Confarreatio*, ceremonia solemne utilizada por lo patricios para obtener los efectos de las *iuustiae nuptiae*. Inst.1.10; D.23,2; C.5,4;8.

<sup>36</sup> *Usucapio*, otra forma de caer en la *manus era el usus*, por el transcurso del tiempo se rompía si se alegaban tres noches.

<sup>37</sup> Mommsen, Teodoro, *Derecho penal romano*, Madrid.

<sup>38</sup> En virtud de la cual los herederos de los delinquentes sólo están obligados a restituir las ganancias que hubieran obtenido del delito.

Cabría decir, sin exagerar, que la evolución del derecho romano clásico sufre grandes cambios gracias al influjo de la *humanitas* cuya influencia se refuerza a partir del reconocimiento del cristianismo, como religión oficial.

Es en el derecho sucesorio donde, con base en la *humanitas*, se persigue lo que es conveniente según las exigencias de cada uno, así, el *ius civile* ignora todo derecho al cónyuge superviviente a la herencia, esto se corrige con la creación pretoria de la *bonorum possessio*.

La *humanitas* deja su impronta en la cuarta de la viuda pobre, cuarta legítima que analizaremos al referirnos especialmente a la *querella inofficiosi testamenti*.

Hacia fin de la República aparece el testamento inoficioso llamado por Cicerón *testamentum inhumanum*,<sup>39</sup> por violar el principio de la *humanitas*.

*Fides*. Entre los varios significados que se le dan a la *fides* además de la fidelidad, se encuentra el de la sujeción a la palabra dada al sentirse ligado a la propia declaración; significado éste que usaremos para el efecto de nuestro ensayo.

Los romanos tienden seriamente a la fidelidad; consideran la infidelidad como una mancha social, Cicerón<sup>40</sup> considera la fidelidad como lo más santo que hay en la vida.

El derecho romano debe al principio de fidelidad ciertas características muy importantes, como es el hecho de tener confianza en que la otra parte se va a comportar conforme a la palabra dada en relación en particular atendiéndose a la responsabilidad que eso implica.

*Fides* implica por lo tanto el elemento a la reciprocidad en las relaciones contractuales, la buena fe requiere que lo que se acordó se haga (D.19, 2, 2,21), en otras palabras la *bona fides* implica honestidad, equidad en los contratos (D.16,3,31,pr). Una gama de contratos<sup>41</sup> así como un sinnúmero de juicios; *iudicia bonae fidei* están basados en la buena fe.<sup>42</sup>

*Officium*. Si bien este deber moral se originó en el ámbito familiar y en las relaciones de amistad (*officium amicitiae*), posteriormente se usó

<sup>39</sup> Ciceron, en Verres II, 1,42,107.

<sup>40</sup> Ciceron, en Verres II, 3,3,6.

<sup>41</sup> *Emptio venditio, locatio condumio, depositum, commodatum, pignus, societas y mandatam*.

<sup>42</sup> Leonhard, R. E., 3, Bonfante Serittigiur, 2, 1926.

para el deber que se tenía por los intereses de otra persona (*officium tutoris, curatoris, advocatoris*). Durante el Imperio dicho término se refiere a las obligaciones que tenían los oficiales tanto en Roma como en las provincias.

Los primeros libros del Digesto y del Código contienen gran número de títulos referentes a este concepto de *officium*.<sup>43</sup>

Respecto al *officium pietatis* relacionado con la materia sucesoria, implica que con base en el deber moral: *pietas* y al sentimiento de la opinión pública, nuestra conducta nos impide lesionar a los dioses, a nuestros padres, hijos y familiares cercanos.<sup>44</sup>

La mayor parte de los autores al referirse al *testamentum inofficiosum* señalan que su origen se debió a que el testador infringía su *officium pietatis*; al no proveer nada a favor de sus parientes próximos, especialmente a favor de sus hijos. En resumen podemos afirmar que un testamento estigmatizado por la opinión pública que lo considera como una infracción a un deber moral, debe ser declarado inoficioso. El derecho castigaba esta ofensa a la moral otorgando al lesionado por ella, un recurso, la *querella*, que podía utilizar contra los herederos instituidos en el mencionado testamento (*scripti heres*).

Los herederos que a fines de la República tenían derecho a ejercer dicha querella eran tanto los descendientes del testador, como los *liberi*.

Durante el derecho clásico podían hacer uso de dicho remedio los ascendientes, los hermanos y hermanas del testador.

Ribas Alba considera que así como la *iniuria* da origen a la q.i.t.; ésta en muchos casos está basada en la relación de un *officium* y confirma que la relación entre *officium* y *querella* se confirma en un sinnúmero de fuentes, destacando entre ellas, las *responsa* de Papiniano y en las controversias de Séneca.

Para concluir con el elemento *officium pietatis* baste para efectos de este ensayo, señalar que es un término compuesto que se origina como un concepto filosófico de carácter ético, en otras palabras que es un elemento extra-jurídico sin el cual la q.i.t. sería incomprensible.

<sup>43</sup> Inst. 4,17; D.1,10; 22;C.1,40,43,46. Así Boak, RE 17.

<sup>44</sup> D.28,7,15 cita que se atribuye a Papiniano, si algunos consideran interpolada, Koch, R.E., 20, Kruger, Z. S. S., 19, 1908.

#### IV. CONCEPTO Y ORÍGENES DE LA *QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI*

La *querella inofficiosi testamenti* según Voci<sup>45</sup> debe definirse como una acción a través de la cual uno de los parientes más cercanos del testador, creyéndose injustamente desheredado o preterido impugna la validez del testamento y logra la apertura de la sucesión *ab intestato*.

La *ratio iuris* de la q.i.t. reside en que aquellos casos en los cuales sin causa, los *paterfamilias* desheredaban o preterían<sup>46</sup> a sus hijos, pudieran éstos, argüir que el pater no estaba en su sano juicio en el momento de hacer el testamento, no porque fuera *furiosi*, porque en ese caso el testamento sería nulo, sino porque tenía un *color insaniae*; lo cual lo motivaba a faltar al *officium pietatis*<sup>47</sup> que todo padre debía cumplir.

La *praeteritio* según Schulz significa un estadio, un escalón o paso en la evolución histórica de la q.i.t. el cual conduce lógicamente a su ejercicio.

Señala este autor que el orden de prelación histórica de las instituciones utilizada para limitar la libertad de testar, fue el siguiente:

*La sucesión iure civile en el caso de la praeteritio de los sui del testador.*

*La bonorum possessio contra tabulas testamenti.*

*La querella inofficiosi testamenti.*

Dicho desenvolvimiento histórico a pesar del esfuerzo de los juristas de los siglos II y III d. C. no logró fusionarse en una sola institución. Fue la Novela 115 de Justiniano en el año de 529 d. C. con la creación de la *actio ad supplendam legitimam* que consuma dicho objetivo.

Por lo que respecta al mencionado *color insaniae* como justificante al ataque de testamento inoficioso cabe señalar que deriva, según varios autores, entre ellos Wlassak,<sup>48</sup> de la retórica griega que el derecho romano en su etapa posclásica recogió.

<sup>45</sup> Voci, P., *Diritto hereditario romano II*, 2a. ed., Milán, 1963, p. 670. Este autor, a diferencia de otros, hace distinción entre el régimen sustantivo y el procesal, sin embargo separa perfectamente los conceptos *iniuria* y *color insaniae* que algunos autores identifican.

<sup>46</sup> Cabe hacer notar que mientras algunos autores consideran a la desheredación y a la preterición como dos instituciones en abierto contraste, Schulz las identifica. Así como tampoco admite que cualquiera de ellas condujera lógicamente a la q.i.t. Schulz, F., *op. cit.*, pp. 255 y ss.

<sup>47</sup> *Supra*, los fundamentos extra-jurídicos que determinan ciertas figuras, como es el caso del *officium pietatis*.

<sup>48</sup> Wlassak, R. E., 1899 y *Thes. Linguae latinae*, pp. 1721 y ss.

Se atribuye dicha expresión a la propensión, a la inexactitud y exageración que privaba en la práctica del tribunal centumviral.<sup>49</sup> A la fecha sigue siendo doctrinariamente controversial doctrinariamente los puntos relativos al origen y funcionamiento del tribunal centumviral.

El origen arcaico que algunos autores<sup>50</sup> atribuyen al origen del Tribunal de los Centumvirii, órgano judicial creado especialmente para conocer la problemática sucesoria, se debe a la utilización que hacía dicho órgano jurisdiccional de las *legis actionis sacramenta*, o probablemente de la *persponsionem*.<sup>51</sup>

El panel centumviral estaba compuesto originalmente por 105 jueces (35 por cada una de las tribus) dividido en grupos (tribunalia). Aumentó su número a 180. Después del procedimiento *in iure* frente al magistrado, se tramitaban los casos sucesorios y las vindicationes a través de una de las *legis actio*. A pesar del cambio al proceso *per formulam*, siguió vigente el tribunal, mismo que desapareció en el siglo III d. C.<sup>52</sup>

Desde el punto de vista procesal la q.i.t. podía ejercerse en el derecho preclásico a través de una *legis actio* (probablemente *per sponsionem*) en la fase *in iure* y tramitarse la fase *apud iudicem* en el mencionado Tribunal centumviral.<sup>53</sup>

A partir de la creación de la *cognitio extra ordinem* dicha competencia pasó al Colegio de los *Septemvirii*.<sup>54</sup>

Las razones para darle la competencia en materia sucesoria a un órgano colegiado y no al *iudex unus* pueden ser varias, entre ellas podemos citar la evolución de ciertos conceptos como el de la libertad de testar, el cambio tan radical que impuso la creación del testamento *per aes et libram*, la importancia que la conciencia social le dio a los problemas sucesorios, lo complicado que eran dichos juicios, amén de la relevancia pública en que devinieron.

En relación con el origen de la controvertida q.i.t. Álvaro D'Ors<sup>55</sup> considera que la misma era desconocida por Cicerón y atribuye al pretor el

<sup>49</sup> *Infra* sobre la naturaleza del Tribunal de los centumviro, en la sección última de este ensayo.

<sup>50</sup> Entre ellos T. La Rosa, *Decemviri e centumviri*, en Labeo 4, 1958, Nelly, J. M., *Studies in the civil judicature of the Roman Republic*, Oxford University Press, 1976.

<sup>51</sup> Así, Gayo, Inst. 4,31.

<sup>52</sup> Wlassak, R. E., 3; Kosckabeer, Z. S. S., 50, 1930, y Sanguinetti, *op. cit.*, nota 1.

<sup>53</sup> D.5,2,10; 5,2,29; 5,2,32; c.3,28,16. Wlassak, R. E., 3, Koschaker, Z. S. S., 1930.

<sup>54</sup> D.5,27; 5,28,16; Eizele, *Septemvitalia iudicia*, Z. S. S., 35, 1914.

<sup>55</sup> D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 2a. ed., Pamplona, Navarra, 1986, pp. 266 y ss.

que se hubiere adelantado a esa nueva vía procesal mediante la concesión de la *bonorum possessio contra tabulas*.

El mencionado autor cita un pasaje de Valerio Máximo (7.75) en el cual el pretor Calpurino Pison en 71 a.C. concede la mencionada *bonorum* a un padre que había sido desheredado por uno de sus hijos al que antes había dado en adopción.

El tema de la q.i.t. es muy debatido por la doctrina, en la que tenemos que reconocer que no hay una teoría unitaria sobre su origen y naturaleza.

Hemos seleccionado a discreción la opinión de algunos autores que por su reconocido prestigio pueden servir de pauta para futuras investigaciones.

Así Kasser<sup>56</sup> reconoce que dicha querella presenta desde sus orígenes problemas de lógica jurídica y señala que su tramitación, en el derecho preclásico se hacía a través de la *legis actio sacramento in personam* y en el derecho clásico era utilizable para la querella, el procedimiento formulario. Para este autor la competencia centumviral, quedaba reservada para negocios de mayor cuantía.<sup>57</sup>

En la época posclásica Kasser reconoce que la querella se confunde en su tramitación con la *petitio hereditatis*, régimen este que a pesar de las innovaciones de la Novela 115, se mantuvo igual en época justiniana en sus líneas fundamentales.

Otro punto de vista sostiene Pugliese<sup>58</sup> quien considera que hay dos tipos de querella; la centumviral y la tramitada por medio de la *cognitio*. La primera se configura como un medio autónomo, la segunda tuvo una función anexa y se utiliza para impugnaciones fuera de Roma o para sucesiones derivadas del derecho pretorio. Coincide con Kasser en reconocer que Justiniano trata de identificar a la querella con la *hereditas petitio* creando la actio *ad supplendam legitimam*. Cabe hacer notar que algunos autores aseveran, que a través de dicha acción sólo se afecta la institución del heredero.

Por lo que respecta al origen de la q.i.t. Schulz<sup>59</sup> afirma que se conoce poco de la historia de la querella por la falta e interpolación de las fuentes clásicas y el uso de terminología no clásica y sitúa su aparición sólo a fines de la República y tal vez más tarde (sic) pero reconoce que ya en la

<sup>56</sup> Passer, M., *Derecho romano privado*, Munich, 1989, pp. 323 y ss.

<sup>57</sup> *Supra*, Tribunal centumviral.

<sup>58</sup> Pugliese, G., *Institutioni di diritto romano I*, Padua, 1986, pp. 746 y ss.

<sup>59</sup> Schulz, F., *op. cit.*, nota 1, pp. 263 y ss.

época de Trajano era una institución estable y afirma que el desenvolvimiento de la misma se debió a la práctica del tribunal de los Centumvirii y que su punto de partida fue el *testamentum inofficiosum*, testamento en el que el testador infringía su *officium pietatis*.

Respecto a la naturaleza de la mencionada q.i.t. Sohm<sup>60</sup> hace una observación interesante; la considera una *actio vindictam spirans*<sup>61</sup> que por perseguir sólo una satisfacción personal es intransmisible a los herederos del querellante y que como toda acción de *statu defuncti* prescribe a los cinco años<sup>62</sup> de muerto el testador, lo que considera excepcional debido a que las acciones civiles a diferencia de las honorarias, no fijan plazo, son *actiones perpetuae*.

Coincidimos con la mayor parte de los autores mencionados respecto a que el origen de la q.i.t. es anterior el régimen clásico de la *bonorum possessio sine tabulas* y contra testamento, así como que la exclusión de la herencia no motivada se impugna a través del *color insaniae* concepto de origen griego, que no coincide con el de *furiosi* y que la trasgresión del *officium pietatis* representa una trasgresión moral y racional que reconoce el derecho posclásico.

## V. NATURALEZA DE LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI

El término de querella como concepto jurídico general ha sido objeto de atención de varios autores quienes le dan varias acepciones, entre las cuales cabe mencionar su carácter subsidiario, incidental, preparatorio, procesal, etcétera.

Por lo que respecta a la q.i.t. en especial, se destaca su íntima relación con la *iniuria*, la cual considera Ribas, complementaria al *color insaniae*.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Shom, R., *Instituciones de derecho romano privado*, Madrid, Revista del Derecho Privado, 1938, p. 562.

<sup>61</sup> *Acciones vindictam spirans*, acciones en las cuales se buscaba una venganza que la obtención de una ventaja, ejemplo típico era la *actio iniurarium* en caso de difamación. Entre parientes, este principio es conservado en el derecho actual; los herederos de la persona difamada no pueden ejercer la acción respectiva.

<sup>62</sup> Reconoce Sohm que no sabe si el plazo de cinco años tenga relación con el régimen de prescripción del derecho griego. Remite a Level, Z. S. S., t. 25, p. 370.

<sup>63</sup> Para un análisis más profundo de la q.i.t. su relación con la *iniuria* es determinante. Sugerimos una investigación *ad hoc*. Voci, P., *op. cit.*, p. 705; Ribas Alba J., *op. cit.*, nota 1.

Vinnio,<sup>64</sup> a fines del siglo XIX, comentando los títulos y libros del D.5,2 y C.5,2,8 hace la siguiente pregunta; ¿es la q.i.t. una acción, una petición de herencia, un juicio preparatorio o bien un remedio separado de la acción? Responde afirmando, que es una acción que tiene efectos rescisorios y en sus Comentarios rebate la opinión imperante en su época, que considera a la q.i.t. como una acción preparatoria cuyo ejercicio victorioso provocaba la caída del testamento y la apertura de la sucesión intestada, a través de la petición de la herencia; de la misma manera como la *actio ad exhibendum*<sup>65</sup> es preparatoria de la reivindicación, o sea que se reconocían dos juicios, el de la q.i.t. iba primero y el de la *petitio hereditatis*<sup>66</sup> después.

Vinnio considera que el ejercicio de la q.i.t. se desahogaba en un solo juicio en el cual impugnaba el testamento y se vindicaba conjuntamente la herencia, así como por la acción rescisoria de la *usucapio*<sup>67</sup> se pedía que ésta se rescindiera al mismo tiempo que se vindicaba.

Vinnio continúa sus Comentarios aclarando que aunque la q.i.t. pida la herencia se diferencia por varias cosas de la *petitio hereditatis*, a saber:

- a) La petición de la herencia es contra aquel que no siendo heredero, posee como tal, o como poseedor; nunca contra el heredero o contra aquél que está en lugar de tal; es decir, el poseedor de los bienes o el fideicomisario.
- b) La q.i.t. se da contra el heredero instituido, contra el fideicomisario, contra el preterido que recibe la posesión de los bienes contra el testamento.
- c) El heredero instituido en un testamento inoficioso no es heredero; y que se actúe contra él, como si no lo fuese; por cuanto ha sido instituido por uno que se considera no tiene la *testamenti factio activa*.
- d) La q.i.t. implica que aunque el testador tenga la *testamenti factio activa* el testamento es inoficioso por tener el *paterfamilias* un *color insaniae*.
- e) Toda petición de herencia debe hacerse en virtud de un testamento o *ab intestato* mientras que la q.i.t. no proviene de ninguna de estas

<sup>64</sup> Vinnio, A., *op. cit.*, nota 1.

<sup>65</sup> D.10,42. Levy, Z. S. S., 1917.

<sup>66</sup> D.5,3,4; C.3,20,3. Lenel, Z. S. S., 46, 1920, Kader, Z. S. S., 54, 1944.

<sup>67</sup> Gayo, *Inst.*, 2,55. Kruger, Z. S. S., 54, 1938. Cabe hacer notar que un senadoconsulto de Hadriano abolió la *usucapio pro herede*. D.41,5; C.7,29.

causas. Ni de un testamento pues se da precisamente a aquellos que son excluidos; ni tampoco *ab intestato* porque mientras subsiste el testamento no tiene lugar la sucesión intestada.

Entre los autores del siglo XX debemos mencionar a Schulz,<sup>68</sup> quien considera que la q.i.t. representa la culminación en el desarrollo histórico-jurídico de la *praeteritio*<sup>69</sup> debido a que ambas instituciones significan una tendencia a restringir la libertad de testar.

Sohm,<sup>70</sup> por el contrario, no ve ninguna correlación entre ambas figuras, sino las contrapone y considera que la q.i.t. es la respuesta al derecho hereditario forzoso material (sustantivo) y la *praeteritio* se refiere al derecho hereditario formal, o sea a la falta de los requisitos formales que obvió el testador.

Actualmente destacan las obras de Ribas Alba<sup>71</sup> y Sanguinetti,<sup>72</sup> ambas abocadas al estudio de la q.i.t. la del primero referida a la del derecho clásico y la otra a su transformación en el derecho posclásico y justiniano: *la actio ad suplandam legitimam*, que si bien no coinciden respecto a la naturaleza de la misma, ambas presentan un análisis de la doctrina imperante como una exégesis de las fuentes.

Ribas reconoce el carácter netamente procesal de la q.i.t. y llega a una conclusión, para él esencial (y para la que escribe novedosa y original), así basándose en el hecho de que el *color insaniae* no es una ficción de enfermedad mental, en sentido médico estricto, sino la expresión de una conducta irracional según la ética social respecto al *officium pietatis*, acorde con la conformación familiar y la posición del instituido con la del injustamente preterido. Concluye que a pesar del nombre de *querella inofficiosi testamenti* y de la opinión imperante, dicha querella se encaminó *exclusivamente a impugnar la institución de uno o varios herederos*, pero con procesos diferentes y *no podía dirigirse a la impugnación del testamento como tal*. Por otra parte, añade Ribas para reforzar su tesis que la declaración

<sup>68</sup> Schulz, F., *op. cit.*, pp. 263 y ss.

<sup>69</sup> El hecho de guardar silencio u omitir a una persona en un testamento, a diferencia de *exhereditio*, desheredar. D.28,2,19; C.6,28; D.28,2; Inst. 2,3.

<sup>70</sup> Shom, R., *op. cit.*, nota 60, p. 563.

<sup>71</sup> Ribas Alba, J., *op. cit.*, nota 1.

<sup>72</sup> Sanguinetti, A., *op. cit.*, nota 1.

de inoficiosidad es de naturaleza comparativa y no tiene carácter absoluto; que la inoficiosidad depende de las circunstancias concretas de las personas, personas del instituido y del desheredado, preterido o no instituido.

Sanguinetti, si bien reconoce el carácter procesal de la q.i.t., considera que iba dirigido a lograr la rescisión total o parcial del testamento, declarándolo inoficioso, dando por consecuencia, lugar a la apertura de la sucesión *ab intestato*, al menos por aquella parte del monto hereditario por el cual el testamento se iba a rescindir.

Este autor considera que si ha habido en el pasado y aun hoy en día (y se refiere principalmente a Ribas) autores que niegan la eficacia rescisoria a la q.i.t. se debe, a la interpretación de la pretendida controversia jurisprudencial entre Papiniano, Ulpiano y Paulo al D.5,2,19. Ribas niega dicha controversia, pues considera que la q.i.t. no iba dirigida a la rescisión del testamento y a la apertura de la legítima, sino a corregir la institución del heredero, a pesar de que dicha institución es *caput et fundamentum totius testamenti* y argumenta que la eficacia rescisoria de la sentencia, según Papiniano y Ulpiano, se limitaba a la cuota *ab intestada* del actor; mientras que para Paulo por el contrario si la mencionada querella era exitosa se caería por completo el testamento con consecuencia de que la cuota del heredero necesariamente acrecería a los otros herederos. Es decir, que la rescisión sería sólo *pro parte*.

¿Tenía la *querella inofficiosi testamenti* clásica carácter rescisorio, es decir, impugnaba el testamento declarándolo inoficioso o iba dicha medida procesal dirigida solamente contra el instituido heredero para así reconocerle al querellante (en caso de que procediera) tal carácter?

Dejamos la interrogante abierta, si alguno de los lectores intentara en el futuro responder a la interrogante, los *desiderata* de este artículo se verán más que satisfechos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Filadelfia, 1953.

BESELER, K., *St Bonfante II*, 1930.

BUCKLAND, *Roman Law and Common Law*, Florida, Librería del Congreso, 1997.

FRANCISCI, P., *Síntesis histórica del derecho romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954.

QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI

125

- JOLOWICZ, H. F., *Roman Foundations of Modern Law*, Oxford University Press, 1957.
- MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Madrid, Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia.
- RIBAS ALBA, J., *La desheredación injustificada en derecho romano*, Granada, 1998.
- SANGUINETTI, A., *Dalla querela a la portio legitima*, Milán, Giuffré, 1996.
- SCHULZ, F., *Principios del derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1960.
- SHOM, R., *Instituciones de derecho romano privado*, Wissowa, Pauly.
- VINNIO, A., *Comentario académico y forense a los cuatro libros de las Instituciones de Justiniano*, Barcelona, 1876.
- VOCI, P., *Diritto hereditario romano II*, 2a. ed., Milán, 1963.