

## 4. SUCESIÓN LEGÍTIMA CONTRA EL TESTAMENTO



LA INFLEXIÓN DE LA *QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI* EN  
PAPINIANO: ANÁLISIS DE D.5.2.16  
*Carmen Tort-Martorell*

PRESENTACIÓN

*La querela inofficiosi testamenti* (qit) es uno de los temas que ha provocado más discusiones y opiniones enfrentadas en la doctrina romanística, divergencias que tienen su raíz en la aparente disparidad de soluciones que plantean los textos<sup>1</sup>. Ha sido ampliamente estudiado por autores que le han dedicado trabajos de importancia, monográficos o casi, especialmente en el último medio siglo<sup>2</sup>.

Me interesé por el tema a partir de una animada discusión con mis estudiantes de la optativa de cuarto curso, a los que propuse el conocido fragmento de Paulo recogido en D. 5,2,19, la llamada *lex mater*<sup>3</sup>. Para estudiar el citado fragmento de Paulo tuve que enfrentarme asimismo a los textos de Papiniano sobre la *querela inofficiosi testamenti*. No pretendo solventar un tema tan debatido, pero sí creo que puedo aclarar, a partir del estudio de D. 5,2,16, cómo aborda Papiniano el controvertido problema de qué porción hereditaria puede reclamar el legitimado a la qit y con qué consecuencias.

---

<sup>1</sup>.- Añade complejidad al tema la diversidad semántica con que, tanto las fuentes como la doctrina romanística, se refieren a la impugnación del testamento. UGO KRÜGER hace una recopilación sistemática de las diversas expresiones utilizadas por los juristas en las fuentes en: *Nachträge zur Querela inofficiosi testamenti* BIDR, 6 (1940), p.63-73.

<sup>2</sup>.- La bibliografía que cito a continuación no pretende ser exhaustiva; simplemente recoge por orden cronológico los principales autores de los que me he servido para preparar este trabajo, cuyas teorías han marcado hitos sucesivos en el planteamiento y estudio de la *querela inofficiosi testamenti*; remito a la bibliografía por ellos citada a quien desee tener un cuadro completo de los trabajos publicados sobre esta materia: GIORGIO LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Firenze, Valecchi Ed., 1930. CESARE SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas* Annali Palermo, 17 (1937) p.65-335. UGO KRÜGER, en varios artículos: *Querela inofficiosi testamenti* ZSS 57 (1937), p. 95 ss.; *Zum römischen Pflichtteilsrecht* Festschrift Paul Koschaker, 2 1939; *Nachträge zur querela inofficiosi testamenti* BIDR, 6 (1940), p. 63-73. E. RENIER, *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942. MATTEO MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Annali Palermo, 24 (1955), p.5-604. *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti* SDHI 21 (1955), p. 74-122, en este trabajo el A. hace una completa exposición crítica de las tesis mantenidas en esta manteria por los diversos romanistas que habían trabajado el tema hasta entonces. *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, Annali Palermo 27 (1959), p. 165-179. *Voz Querela inofficiosi testamenti* en NNDI, 14 (1967). PASQUALE VOGLI, *Diritto ereditario romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Ed., 1 (1967), 2 (1963), sec. ediz. rifatta. LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, con una primera parte dedicada a la revisión de los textos no estrictamente jurídicos que hacen referencia a la inoficiosidad del testamento. Entre los autores españoles, cabría citar a JOSÉ GINESTA, *Agere color insaniae* Rev. de Derecho Notarial, 123 (1984) p. 269-286; JOSÉ RIBAS-ALBA, *Una pretendida controversia entre Papiniano Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 qaest.) y una hipótesis sobre la legítima* IVRA 39 (1988) p. 75-98; ANTONIO FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, SDHI 40 (1989), p.98-122.

<sup>3</sup>.- La discusión planteó más preguntas que respuestas, por lo que tuve que seguir estudiándolo y, unos meses más tarde, lo presenté en la SIHDA de Bruselas. Aparece como artículo en la RIDA del año 1996.

## 1.- BREVE ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA

Es hoy pacífico que el concepto de *testamentum inofficiosum* (como contrario al *officium pietatis*) aparece mucho antes que la acción específica de impugnación de estos testamentos conocida como *querela inofficiosi testamenti*. Parece que en esa primera época la inoficiosidad constituía un incidente procesal vinculado a un juicio de naturaleza petitoria. No existe acuerdo, sin embargo, acerca de los motivos y plazos de su evolución hasta configurar la qit como acción con una fisonomía estable que produce la rescisión del testamento<sup>4</sup>. Especialmente oscuros son los aspectos procesales, que de ser conocidos arrojarían mucha luz acerca de los derechos relativos de instituidos y querellantes y sobre las consecuencias de la qit. en cada caso.

En la sesión de hoy, dedicada al proceso, no quiero dejar de mencionar a los autores que han intentado una aproximación procesal a los complejos interrogantes que las fuentes<sup>5</sup> siguen planteando en el tema de la qit.

Matteo Marrone concede una importancia decisiva al tipo de proceso en el que se ventila la qit para determinar sus características esenciales en cada época. En sus primeros trabajos este autor acoge la solución radical que había planteado antes Eisele para explicar las diversas soluciones de los juristas: existieron dos *querelae*, la querela centunviral y la *querela cognitoria*<sup>6</sup>.

4.- PASQUALE VOCI refiere la primera mención de la qit en un texto de Valerio Máximo del año 52 a.C., *Diritto ereditario romano*, Dott.A. Giuffrè ed., 2, 1963, p. 671. MATTEO MARRONE considera que la qit adquiere una fisonomía estable sólo a fines del s. I d.C. *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti* SDHI 21 (1955), p. 75. LUIGI DI LELLA vincula su aparición al Edicto Perpetuo, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 134.

5.- El Digesto dedica específicamente a la qit 32 textos en el título 2 del Libro 5, *de inofficioso testamento*, aunque por supuesto también se mencionan problemas relacionados con la qit en otros lugares, como en el título siguiente *de hereditatis petitione* y en D. 37,4 *de bonorum possessione contra tabulas* También bajo la rúbrica de testamento inoficioso CJ. 3,28; Inst. 2,18; CTh. 2,19 y PS IV. Hay que subrayar que de los textos de D. 5,2 el más antiguo pertenece a Gayo. Antes de Gayo sólo disponemos de referencias literarias o no estrictamente jurídicas. Los textos de este tít. se distribuyen así: de la segunda mitad del siglo II (aprox.), se recogen 1 texto de Gayo, 3 de Marcelo (el primer jurista que dedica un libro al tratamiento de la qit, el libro 3 de sus digesta) y 2 de Escévola. De la generación siguiente, 3 textos de Papiniano, 1 de Trifonino y 9 de Paulo; 8 textos de Ulpiano y 2 de Marciano. Cierra el ciclo Modestino, con 2 textos. Los tres autores citados en primer lugar, los más antiguos, son también los que plantean cuestiones de carácter más general, o apuntan soluciones con gran dosis de prudencia. La inscriptio del texto de Gayo (D. 5,2,4, *lib. sing. ad legem Glitiam*), ha dado pie a Cuiacio a plantear el origen de la qit en esta desconocida lex Glitia, hipótesis que MÜHLENBRUCH rechaza y otros autores aceptan, como MATTEO MARRONE. Compárese MÜHLENBRUCH en FEDERICO GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, V, (Trad. ed annot. da Biagio Bruggi), Dott. Leonardo Vallardi Edit., Milano, 1893, p. 619 y MATTEO MARRONE *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, SDHI 21 (1955), p. 86.

6.- La que MARRONE llama *querela centunviralis* no era una acción autónoma, sino que formaba parte de una acción petitoria. Así, en el proceso frente a los *Centumviri*, ventilado mediante una *legis actio*, se plantearía primero la *vindicatio hereditatis* y, en la segunda fase, la inoficiosidad como incidente procesal fundada en el *color insaniae*. Caso de ser atendida, produciría la rescisión total del testamento. La razón fundamental es que, por la propia naturaleza del proceso, la sentencia es siempre *erga omnes*; el resultado es que la declaración de inoficiosidad provoca la apertura de la sucesión intestada. *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, SDHI, 21 (1955), p.74-122. El breve *summarius* en latín con que se inicia el trabajo resume con gran claridad su tesis, de la que parte asimismo para plantearse *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Annali Palermo, 24 (1955), p.5-604. Según manifestaciones del propio autor (p. 77 ss. de *Sulla natura...*, la existencia de dos querelae diferentes había sido expuesta ya por EISELE en *Zur querela inofficiosi*, ZSS, 15 (1894), p. 256 ss.

A partir del Principado, siempre según Marrone, se producen dos hechos, ambos relacionados con el proceso, que van a tener importantes repercusiones en la declaración de un testamento como inoficioso:

El primero es que, en el tribunal de los Centumviri, la *legis actio per sponsionem* sustituye a la antigua *legis actio sacramento in rem*, con lo que, junto a los herederos legítimos civiles, pueden ser admitidos también los cognados<sup>7</sup>. La actividad de este tribunal queda reducida, a partir de este momento, a la *qit*.

El segundo será, a medio plazo, determinante: surge un nuevo tipo de proceso, la *cognitio extra ordinem* (c.e.o.), a cuya jurisdicción se somete asimismo la impugnación de los testamentos inoficiosos, dando lugar a la que Marrone denomina querella cognitoria. Sus efectos son decisivos y alteran radicalmente el enfoque de la *qit*: la querella cognitoria es ya una acción autónoma<sup>8</sup>, fundada en la *iniuria* y, para Marrone, preliminar respecto de la acción de petición de herencia.

Cambian, pues, todos los presupuestos procesales, incluso la eficacia de la sentencia, que, de ser necesariamente *erga omnes* en la querella centunviral, es ahora *inter partes* (*res inter alios iudicata aliis non praeiudicat*<sup>9</sup>). La principal consecuencia, en lo que atañe a nuestro tema, es que permite sin problemas la invalidez parcial del testamento.

Durante toda la época clásica, nos dice Marrone, coexisten ambas formas de *querelae* y sólo cuando el antiguo tribunal de los *Centumviri* desaparezca<sup>10</sup> tendremos un único tipo de *qit*. Hay que señalar que la mayoría de autores están fundamentalmente de acuerdo en que la *qit* no pudo nunca ventilarse según el proceso formulario<sup>11</sup>.

7.- MATTEO MARRONE *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, Annali Palermo, 27 (1959), p.169-172. Sobre el tema, véase ANTONIO FERNANDEZ DE BUJÁN, *La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso*, SDHI 40 (1989), p.98-122. Cita la opinión de La Pira, según la cual el origen de la tutela de los cognados no es la praxis centunviral sino el edicto del Pretor; en opinión del A., ambas instancias operaron conjuntamente (p. 100, 103)

8.- MATTEO MARRONE, *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti* Annali Palermo 21 (1955), p. 75, declara que la *qit*, con estas características, era sin duda conocida a fines del s. I d.C.; en el mismo sentido en NNDI, 14, 1967, p.670.

9.- Véanse, sobre este punto, los interesantes textos de D. 20,4,16 (Paul. 3 *quaest.*) y D. 44,1,10 (Mod. 12 *resp.*)

10.- MATTEO MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Annali Palermo, 24 (1955), p.44: Dell'attività dei Cviri, fortemente limitata nel corso dell'età classica dal sorgere della q.i.t. avente luogo nelle forme di una cognitio extra ordinem, scompare ogni traccia solo con la caduta dell'Ordo iudiciorum privatorum nel III sec. d.C. En n. 69 cita la opinión de Renier y Wlassak, entre otros, que coinciden en la fecha de su desaparición. En *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti* SDHI 21 (1955), p. 55, había planteado también la coincidencia de ambos tipos de *querelae* durante la época clásica. En cuanto a la aparición de este tribunal, es Luigi DI LELLA el que propone una fecha, el año 241 a.C., a partir de un testimonio de Festo. *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 72

11.- MATTEO MARRONE *Sulla natura della querela inofficosi testamenti* SDHI 21 (1955), p. 75 y 76 examina textos y doctrina sobre este punto, para confirmarlo. En contra, MAX KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, C.H. Beck, 1966. Tras Augusto, E. RENIER nos recuerda que "le domaine de la *querela* permet à l'empeureur de jouer le rôle du préteur par des réglements équitables", *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p. 97.

Matteo Marrone revisa su teoría tras la aparición de la monumental obra de Pasquale Voci y retira su propuesta de dos *querelae* diferentes, pero sigue manteniendo, ahora con Voci, que aunque la qit en el derecho clásico sea una institución unitaria, adoptó formas procesales diversas que incidieron en algunas de sus características<sup>12</sup>. Esta rectificación posterior no invalida, a mi juicio, las consideraciones que había desarrollado hasta entonces sobre la incidencia del mecanismo procesal en el juicio de inoficiosidad, que creo que siguen siendo de gran interés.

El siglo pasado Mühlenbruch había planteado también una solución procesal al controvertido tema de la prejudicialidad de la qit, que sin embargo no ha encontrado eco en la doctrina posterior<sup>13</sup>.

Luigi Di Lella parte de una concepción radicalmente diversa: la qit sólo pudo aparecer, con características definidas, a partir de la consolidación del orden sucesorio cumplida principalmente por obra del pretor, es decir, a partir del Edicto Perpetuo<sup>14</sup>. La obra de este autor ha marcado un nuevo hito en el estudio de la qit, de la que me interesa destacar la que considero una de sus aportaciones fundamentales, de la que pueden extraerse aún mayores consecuencias: la importancia de las relaciones entre qit y *bonorum possessio*. La nueva regulación que va haciendo el pretor de la sucesión intestada identifica a los legitimados para interponer la qit y, a su vez, la concesión de la *bonorum possessio* es, en muchos casos, un impedimento para su utilización, puesto que el ejercicio de la qit sólo procede cuando el legitimario no tiene otro recurso para reclamar su derecho<sup>15</sup>. Entre estas distintas concepciones de la qit tenemos situados, según la doctrina que someramente hemos examinado, a los juristas clásicos. Sus testimonios nos mostrarían una *querela* en

---

<sup>12</sup>.- MATTEO MARRONE, *Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti*, Annali Palermo, 27 (1959) p. 165-179; en p. 166 se refiere expresamente a las objeciones de PASQUALE VOCI (recogidas en la primera edición del *Diritto ereditario romano*, Milan, 1956, p. 408 ss) respecto a la existencia de diferencias sustanciales entre la *querela* centunviral y la *querela* cognitoria. Pero mantiene contra VOCI que la qit es un incidente de la *hereditatis petitio*, p. 168. En parecidos términos se había manifestado antes E. RENIER, *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi* en Droit Romain, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p. 190-206.

<sup>13</sup>.- Según este autor, el preterido puede encontrarse en dos situaciones distintas respecto de los bienes hereditarios: como poseedor o como no poseedor. Si posee la herencia, deberá defenderse mediante una exceptio de la *hereditatis petitio* del instituido; la qit sería aquí prejudicial, pues para tener éxito el preterido debería alegar en la exceptio la inoficiosidad del testamento. Si el preterido no posee la herencia, la debe reclamar mediante una actio, la actio inofficiosi, que no es más que un tipo de petitio hereditatis; qit y petitio hereditatis serían así dos aspectos de una misma acción. Véase MÜHLENBRUCH en FEDERICO GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, V, (Trad. ed annot. da Biagio Bruggi), Dott. Leonardo Vallardi Edit., Milano, 1893, p. 617.

<sup>14</sup>.- Para LUIGI DI LELLA, pues, la aparición de la qit tiene un origen distinto al cambio de proceso: el elemento decisivo que provoca su nacimiento es la formación, por parte del pretor, de un sistema sucesorio orgánico que asegura la tutela de los derechos de los parientes consanguíneos. Esto no se produce antes del s. II d.C., época, por tanto, de formación de la qit como acción que produce la rescisión del testamento y la apertura de la sucesión ab intestato. Antes se hablaba de testamento inoficioso, pero era desconocido un medio específico para impugnarlo; debía de hacerse con la petitio hereditatis tras una legis actio sacramento in rem. La inoficiosidad era, pues, un elemento incidental en un juicio de naturaleza petitoria, que no tenía como efecto la rescisión total del testamento. *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 126 ss.

<sup>15</sup>.- También se da la situación inversa, puesto que el preterido no puede solicitar la bpct pero sí actuar mediante la qit, como explica Ulpiano en dos textos del libro 40 ad ed. recogidos en D. 37,4,8 pr y D. 37,4,10,5.

evolución, adaptándose a las nuevas posibilidades, abiertas según Marrone por la c.e.o., según Di Lella por el nacimiento de la qit como acción autónoma. E. Renier ya había insistido especialmente en estas fluctuaciones de la doctrina<sup>16</sup>, que Di Lella intenta resolver planteando un enfrentamiento jurisprudencial entre Papiniano y Ulpiano, por un lado, frente a Paulo por otro; enfrentamiento que José Ribas-Alba niega expresamente<sup>17</sup>.

## 2.- LA INFLUENCIA DE PAPINIANO

A mi parecer, Papiniano es el que, en este como en otros temas<sup>18</sup>, marca la pauta no sólo de sus contemporáneos, sino también de los juristas posteriores.

En una muy interesante conferencia sobre Papiniano que tuve ocasión de traducir para el Profesor Hans Ankum<sup>19</sup>, remarcaba la enorme autoridad de que gozó Papiniano entre los juristas que vivieron inmediatamente después, como Paulo, Ulpiano y Marciano, que lo citaron casi sin asomo de crítica, aceptando prácticamente siempre sus soluciones (son los tres autores a los que pertenecen 19 de los 32 textos de D. 5,2) Estos juristas citan muy a menudo las opiniones de Papiniano utilizando adjetivos elogiosos como '*eleganter*' o '*recte ait*'. Ulpiano concretamente, en los fragmentos de sus obras recogidos en el Digesto, lo cita 116 veces y Paulo y Ulpiano escribieron '*notae*' a algunas de las obras de nuestro jurista.

Destacaba también Hans Ankum como rasgo fundamental de Papiniano su interés por encontrar soluciones jurídicas que fueran a la vez equitativas y prácticas, a las que su preocupación por la exactitud dogmática llevaba a justificar con argumentos jurídicos precisos, expresados con un estilo difícil y extremadamente conciso. Para Papiniano, la solución correcta debía de ser además impecable desde el punto de vista dogmático.

Estas características generales de nuestro autor dan una especial relevancia a sus textos sobre la qit.

Para Renier, Papiniano cierra la evolución en este tema y sus soluciones son las acogidas por Justiniano<sup>20</sup>.

<sup>16</sup>- E. RENIER, *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, especialmente en p. 112-120, 127-132...

<sup>17</sup>- LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successiones necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, especialmente p. 199-226. En contra de la controversia doctrinal, JOSÉ RIBAS-ALBA *Una pretendida controversia entre Papiniano Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legitima* IVRA 39 (1988) p. 75-98.

<sup>18</sup>- En este punto es obligado mencionar dos medios legales específicos, creados por Papiniano, que han sido acogidos históricamente en el derecho europeo: la *actio ad exemplum institoriae* y la *exceptio evictionis imminetis*.

<sup>19</sup>- En el Departamento de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Amsterdam funciona, desde hace años y bajo la dirección del Profesor Hans Ankum, el llamado Papinian's Seminar, que reúne regularmente a los profesores de la citada Facultad y a profesores invitados (tuve el honor de serlo en mayo de 1993) para discutir textos de Papiniano. De esta actividad han surgido, entre otros, los siguientes trabajos de HANS ANKUM: *Le laconisme extrême de Papinien* Estudios de Historia del Derecho Europeo, Homenaje al Prof. G. Martínez Díez, vol. 1, Editorial Complutense, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 43-61; *Papinian, ein dunkler Jurist?*, Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies 2 (1996), p. 5-32.; ambos con bibliografía. La conferencia en español a la que hago referencia en el texto no ha sido todavía publicada.

<sup>20</sup>- E. RENIER, *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p. 121-123.

## 3.- LOS TEXTOS: D. 5,2,16.

Veamos dos textos de Papiniano recogidos en el libro segundo de los *Responsa*, que probablemente recogen casos reales procedentes de su actividad práctica, como jurista al que se le encargaban dictámenes: D. 5,2,16 pr. y 1<sup>21</sup>.

El primero ha sido ampliamente estudiado por la doctrina, subrayando su dificultad<sup>22</sup>. El segundo, en cambio, ha quedado al margen de la discusión y si aparece citado suele ser de forma muy marginal<sup>23</sup>. En este breve trabajo interesa estudiarlos conjuntamente pues considero que sólo así permiten explicar la tesis de Papiniano sobre un punto fundamental de la qit: el legitimado puede reclamar sólo su cuota intestada y la consecuencia puede ser tanto la rescisión parcial como total del testamento<sup>24</sup>.

Pero vayamos ya a los textos, cuyo comentario nos permitirá analizar la tesis de Papiniano sobre el tema de las cuotas.

D. 5, 2, 16 pr. (Pap. 2 resp.)

*Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit<sup>25</sup>, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.*

<sup>21</sup>.- El tit. 2 del Digesto es '*de inofficioso testamento*', precisamente el mismo título de la obra de Papiniano en que estaban recogidos estos *responsa*. De esta obra de Papiniano sólo se conservan nuestro fragmento y D. 39,6,41, además de varias citas de Ulpiano a Papiniano y una referencia en el *Codex* de Justiniano (LENEL, Pal. 424 a 428) Los *Responsa* de Papiniano son posteriores a sus *Quaestiones*, pues fueron escritos desde el año 198 hasta el 211 o 212, año de su muerte. HANS ANKUM, *Papinian, ein dunkler Jurist?*, *Orbis Iuris Romani, Journal of Ancient Law Studies* 2 (1996), p. 9.

<sup>22</sup>.- GIORGIO LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Firenze, Valecchi Ed., 1930, p.428-431 y 447-448, a quien el texto sirve para identificar qit y bpct. CESARE SANFILIPPO *Studi sull'hereditas Annali Palermo*, 17 (1937) p.204, n.(d); discute las opiniones de diversos romanistas, en especial sobre el alcance rescisorio de la qit en este caso. E. RENIER, *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p.203-206, para quien el texto prueba la unidad de qit y *petitio hereditatis*. MATTEO MARRONE *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, *Annali Palermo*, 24 (1955), p.87 se refiere sólo incidentalmente a este texto al valorar la presencia de varios actores, subrayando que se trata del único caso en que las fuentes nos presentan dos herederos legítimos actuando contra uno testamentario. Asimismo, subraya que Papiniano se refiere aquí a la *querela cognitoria*. LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 209-211, parte de cuyas propuestas son acogidas en mi comentario. JOSÉ RIBAS-ALBA, cuyas tesis no comparto (véase n.32) en *Una pretendida controversia entre Papiniano Ulpiano y Paulo en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima IURA 39* (1988), p.79-82.

<sup>23</sup>.- Con la excepción de GIORGIO LA PIRA, que lo analiza en las p. 428-430 de *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Firenze, Valecchi Ed., 1930 y de JOSÉ RIBAS-ALBA, que lo menciona brevemente en *Una pretendida controversia entre Papiniano Ulpiano y Paulo en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima IURA 39* (1988), p.79-81.

<sup>24</sup>.- La rescisión total del testamento provocada por su declaración de inoficiosidad tras la qit debía suponer normalmente la caída de todo el testamento. A través de un texto de Paulo conocemos, sin embargo, una disposición de Adriano (117-138) en la que, caído el testamento por la qit, salva las manumisiones y los legados.

<sup>25</sup>.- LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, en p. 210 defiende acertadamente la genuinidad de '*aut non optinuit*', que Pescani había negado (véase n. 56 en la página citada)

El texto es muy breve, pero Papiniano condensa en él gran cantidad de información (la 'affektierte Brevilouquenz' de Papiniano, que nos decía el Profesor Wieacker<sup>26</sup>)

El caso planteado es el siguiente: una madre tiene tres hijos, dos varones y una mujer. Instituye heredero a uno de los hijos y olvida (o deshereda) al otro hijo y a la hija. El hijo se querella por el testamento inoficioso de su madre, reclamando su parte contra su hermano instituido y gana el pleito; la hija, que no se querelló o no ganó el pleito, nos dice Papiniano que no participa en la sucesión intestada.

Papiniano opone, con una simetría perfecta, al *filio, qui egit et optinuit*, a la *filia, quae non egit aut non optinuit*. El punto clave del texto es precisamente que esta hija no puede beneficiarse de la qit interpuesta por su hermano para participar en la herencia legítima. En otras palabras, la qit rescinde parcialmente el testamento sólo para dar entrada al que ha actuado con éxito, en un paralelismo evidente con la bpct, de la que sin embargo se aparta radicalmente en otros puntos, como veremos en seguida.

La exégesis pormenorizada de este texto presenta dos problemas, que he discutido largamente con el profesor Juan Miquel: las palabras 'ante' y 'fratri' en dativo, que no tienen una explicación fácil.

La interpretación de 'ante' la discutiremos más adelante, pues es uno de los argumentos de una determinada interpretación del texto que no comparto.

Centrémonos ahora en el dativo de 'fratri'. Bajo una aparente sencillez, la frase ha sido objeto de diversas tentativas de interpretación<sup>27</sup>. Entre las que mantienen que es auténtica (criterio de la *lectio difficilior*, el más correcto paleográficamente, máxime tratándose de Papiniano) se perfilan dos tendencias: a) La interpretación de García del Corral desliga *fratri* del resto de la frase, que queda "*filia, in hereditate legitima non concurrat*". Su versión, la más fiel gramaticalmente, sólo nos dice en definitiva que la hija no participa en la herencia legítima. y b) D'Ors y Watson, en traducciones más discutibles gramaticalmente, aportan un matiz dogmático importante: la hija no participa en la herencia legítima con su hermano querellante.

26.- En un seminario de profesores celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en marzo de 1992, tras su investidura como Doctor Honoris Causa por esta Universidad. Véase, sobre este punto: HANS ANKUM, *Le laconisme extrême de Papinien* Estudios de Historia del Derecho Europeo, Homenaje al Prof. G. Martínez Diez, vol. 1, Editorial Complutense, Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 43-61, con bibliografía.

27.- En el aparato crítico de la Editio Maior, MOMMSEN indica que los Basílicos y sus escolios sustituyen *fratri* por *firmant* (afirmar, asegurar, confirmar...), de aún más difícil interpretación; Antonio Faber la suprime. Entre los autores que estudian el texto, sólo LUIGI DI LELLA menciona, muy marginalmente y en una breve nota a pie de página, el problema de 'fratri' al discutir sobre la posibilidad de acrecimiento entre los hermanos, donde se limita a referir la opinión de Emilio Betti en el sentido de que "la parola fratri andrebbe spunta": *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 211, n. 58. La versión castellana dirigida por ALVARO D'ORS (Aranzadi, Pamplona, 1968) es muy libre y no mantiene el dativo de *fratri*: "La hija que no se querelló o no prevaleció en la querella no concurre en la herencia legítima con el otro hijo que por su parte acusó de inoficioso el testamento de la madre contra un hermano instituido y sí prevaleció". La traducción de Ildefonso García del Corral (Barcelona, 1889), muy literal, fuerza extraordinariamente la frase para mantener el dativo: "... no concurre en la herencia legítima la hija, de quien aquél es hermano, que no se querelló o no ganó el litigio." La versión inglesa de Alan Watson (Philadelphia, 1985) no respeta el dativo: "...a daughter who has not brought an action or not have been successful does not join her brother in receiving her statutory inheritance"

Entre los diccionarios especializados, el único que recoge este texto es el Diccionario Latino-Español de Agustín Blánquez Fraile<sup>28</sup>. Nos explica que, en este caso concreto, *concurrere* con dativo debe traducirse como "disputar la herencia a su hermano".

Me parece un acierto, no sólo gramatical, sino también dogmático, pues subraya el dato que quería destacar Papiniano colocando este *fratri* en el lugar privilegiado de la frase, al final: la *qit* victoriosa del hermano no supone que se abra, aunque sólo sea en una parte, la sucesión intestada, a la que tendría también derecho la hermana. No, el querellante victorioso reclama y obtiene su cuota para él y la que *non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat*. Más adelante veremos la importancia clave que tiene esta palabra en la interpretación del texto.

Pero analicemos los presupuestos y consecuencias de la situación de los actores. En este caso el sexo de los hijos no tiene importancia, puesto que la testadora es una mujer<sup>29</sup>. Si se tratara de un testamento hecho por un *paterfamilias*, o bien sería nulo por preterición de un *suus* varón, o deberíamos suponer que el hijo preterido es un emancipado, o bien que los dos hermanos no han sido preteridos sino expresamente desheredados. En cualquier caso la solución sería radicalmente distinta a la del supuesto que nos plantea Papiniano.

Aquí se trata del testamento de una mujer. El emperador Marco Aurelio, el año 178, ya había reconocido las expectativas legítimas de los hijos a la sucesión de su madre con el SC Orficiano, que establecía que a la madre *sui iuris* que moría intestada le sucedían, como herederos civiles, todos sus hijos<sup>30</sup>. El reconocimiento de esta cualidad de herederos legítimos les da a los preteridos la posibilidad de utilizar la *qit*, que es la única vía para reclamar derechos contra el testamento de una mujer, ya que la *bpct* está reservada a los *liberi* y la mujer no tiene *liberi*<sup>31</sup>.

Así, el hijo preterido se querella contra su hermano instituido *de parte*<sup>32</sup>, nos dice Papiniano; es decir, no insta la nulidad de todo el testamento, sino que simplemente recla-

<sup>28</sup>.- Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1985. Ni Felix Gaffiot, ni Lewis and Short, ni Heumann Seckel lo recogen.

<sup>29</sup>.- El conocido principio *sui heredes vel instituendi sunt vel exheredandi* (Gayo 2,123) sólo afecta al *paterfamilias*: la mujer no tiene *sui heredes* porque no puede ser nunca titular de *patria potestas*. Al no tener *sui* la mujer tampoco tendrá, más tarde, *liberi*, en el ámbito del *ius honorarium*. Recordemos que los *liberi* son, en principio, los *sui heredes* más los emancipados, que el pretor iguala a los primeros mediante la *fictione suitatis*. Una vez más, el elemento que determina la inclusión de un heredero en esta clase pretoria es, por la vía real o ficticia, el de la *patria potestas*.

<sup>30</sup>.- La oratio de Marco Aurelio y Commodo está citada específicamente en: D. 38,17,1 (Ulp. 12 ad Sab.), D. 38,17,4 (Mod. 9 reg.) y D. 38,17,9 (Gai. *lib. sing. SC Orphit.*) Este SC modifica drásticamente el régimen anterior, tanto en el ámbito del *ius civile* como del *ius honorarium*. Véase mi artículo "*Le testament d'une femme: a propos de D. 5,2,19*" RIDA 1996 (en prensa) Sobre el tema en general véase, por todos, Marianne Meinhart, *Die Senatusconsulta Tertullianum und Orphitianum in ihrer Bedeutung für das klassische Römische Erbrecht*, Hermann Böhlau Nachf., Graz-Wien-Köln, 1967.

<sup>31</sup>.- D. 37, 4, 1 pr. (Ulp. 39 ed.). Véase asimismo n. 29.

<sup>32</sup>.- JOSÉ RIBAS-ALBA refiere el '*de parte*' a los instituidos; necesita entonces suponer que los hijos instituidos deben ser al menos dos (no explica el singular de contra *fratrem institutum*), que sólo uno de ellos fue vencido y que es su cuota la que pasaría íntegramente, no en 1/3, al hermano que se querelló; en *Una pretendida controversia entre Papiniano - Ulpiano y Paulo en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legitima* IURA 39 (1988), p.79-82.

ma su participación en la parte que le hubiera correspondido de haber muerto su madre intestada.

Y aquí se plantea la gran discusión: esta parte que reclama, ¿es 1/3 del as hereditario, porque los hermanos son tres? ¿o bien es 1/2 porque la hermana 'non egit aut non optinuit'? En otras palabras, la cuota que puede reclamar el querellante, ¿está prefijada y limitada, en cualquier caso, a su cuota intestada? ¿O bien se considera que la hermana, que no actúa o pierde el pleito, es como si no existiera y su parte acrece a sus hermanos?

Examinemos primero la segunda posibilidad, defendida por La Pira, Solazzi y Sanfilippo<sup>33</sup>. Parten del principio, base del acrecimiento, de que todos los herederos están llamados al todo, con lo que únicamente ven limitado su derecho por la concurrencia de los demás (*concurso partes fiunt*) Este principio se aplica, si se da el caso, tanto entre sucesores intestados como entre sucesores testamentarios. Pero, ¿puede aplicarse también entre sucesores que ostentan títulos diversos?

Esto es lo que sucedería si admitimos que el tercio no reclamado (o no obtenido) por la hermana se lo reparten los dos herederos restantes, pues no hay que olvidar que estamos ante una rescisión parcial del testamento. Es decir, al rescindir-se sólo en lo necesario para dar cabida al hijo querellante, se mantiene válido para el instituido, que sucede por tanto como heredero testamentario, no *ab intestato*<sup>35</sup>.

Estos autores aducen a su favor una determinada interpretación de la palabra 'ante' (*filio, de parte ante egit et optinuit*): el querellante sólo pide 1/3, no 1/2, porque actúa antes de la renuncia de su hermana o antes de que ésta pierda el pleito. Pero si la hermana simplemente no actúa, sin renunciar, ¿qué sentido tiene el *ante*?

La otra posibilidad es que el hermano interponga la *qit* antes de que su hermana pierda el pleito independiente en el que actúa también como querellante contra ese testamento. Pero Marrone había explicado ya que contra un mismo testamento cabían procesos independientes instados por actores diversos y que en la c.e.o. la eficacia de la sentencia es siempre *inter partes*, por lo que el inicio anterior o posterior, o incluso la sentencia de uno de ellos no debe afectar al resultado del otro<sup>36</sup>.

<sup>33</sup>.- GIORGIO LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Firenze, Valecchi Ed., 1930, p. 453, 545, en p. 566, dice expresamente que el hijo admitido a la *qit* debe "rivendicare tutta l'heredità; si intende, dedottane la porzione lasciata dal testatore al fratello". CESARE SANFILIPPO *Studi sull'hereditas* Annali Palermo, 17 (1937) p.203-205.; en p. 204 n.(d) examina la opinión de Solazzi.

<sup>34</sup>.- Parece que está en contra, PASQUALE VOCI, *Diritto ereditario romano*, Dott.A. Giuffrè ed., 2, 1963, que en la n. 55 de p. 683 cita este texto, entre otros, como un caso más que demuestra que "la sentenza che accoglie la *qit* toglie valore al testamento e *intestatum facit patrem familias*" Más adelante, sin embargo lo cita como ejemplo del régimen que resulta de una victoria parcial (p. 691, n. 75) en la que sólo uno de los desheredados ha interpuesto la *qit* para conseguir una cuota del as (p. 693, n. 83)

<sup>35</sup>.- MOMMSEN recoge en la Editio Maior un escolio de Estéfano a los Basilicos en el que opina que Papiniano quería decir aquí *aut de parte ad se spectante aut de triente*, con lo que sigue dejando abiertas las dos posibilidades que estamos analizando.

<sup>36</sup>.- MATTEO MARRONE *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Annali Palermo, 24 (1955), p.405-483.

Yo creo, con Voci y Di Lella<sup>37</sup>, que la interpretación dogmáticamente correcta de este texto es la opuesta. En definitiva, que la cuota que puede reclamar el querellante está prefiada y limitada a la cuota intestada, contabilizando, para calcularla, a todos los herederos *ab intestato*, no sólo a los querellantes e instituidos.

Papiniano no niega el principio '*concurso partes fiunt*' y por tanto el acrecimiento en general, sino que interpreta en qué momento debe de ser aplicado este principio: el acrecimiento se produce entre coherederos del mismo grado cuando uno de ellos muere o renuncia expresamente a su cuota, o, lo que es lo mismo, a su reclamación si ha sido preterido<sup>38</sup>. Si no hay premoriencia o renuncia, todos los legitimarios deben ser tomados en consideración para calcular la cuota intestada que les correspondería<sup>39</sup>, y esa cuota es la que cada uno puede reclamar mediante la *qit*, con independiencia de la actuación o no de los restantes.

Considero que un argumento importante a favor de esta interpretación es que el querellante de igual grado que el instituido siempre reclama una cuota, la que sea<sup>40</sup>, aspecto pacífico en toda la doctrina sobre el tema. En consecuencia, su reclamación dará lugar a una rescisión parcial del testamento<sup>41</sup>, que mantiene la consideración de herederos testamentarios de los instituidos, incluido un extraño, si lo hubiera y su cuota no perjudicara al querellante. En definitiva, el testamento sólo se rescinde en la proporción solicitada por el querellante y no cabe el acrecimiento<sup>42</sup>. Creo que sería muy problemática una ampliación retroactiva del efecto rescisorio de una sentencia victoriosa<sup>43</sup>.

<sup>37</sup>.- PASQUALE VOCI recoge repetidas veces la opinión de Papiniano en este sentido en *Diritto ereditario romano*, Milano, Dott. A. Giuffrè ed., 1963. Sirvan como ejemplos: "Secondo l'opinione di Papiniano...la presenza del coerede diminuisce la quota che spetta all'altro e limita la sua legittimazione ad agire" 2, p. 693 "...la tesi di Papiniano, che fissava oggettivamente ab initio le quote di ognuno e non faceva dipendere la totale invalidità del testamento dal volere di uno degli erede necessari" 2, p. 695. Véase, en el mismo sentido, LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 205 ss.

<sup>38</sup>.- En este mismo sentido D. 5,2,23,2 (*Paul. lib. sing. de inoff. test.*)

<sup>39</sup>.- Así lo expresa Ulpiano, citando a Papiniano: D. 5,2,8,8 (*Ulp. 14 ad ed.*)

<sup>40</sup>.- La cuota puede ser el todo, si el querellante es el único heredero legitimado y tiene más derecho que el instituido, o una parte en caso contrario. Véase D. 5,2,19 (*Paulo 2 quaest.*) y D. 5,2,8,8 (*Ulp. 14 ad ed.*); en éste último texto Ulpiano considera que incluso para el cálculo de la *portio debita* es la presencia de los coherederos la que determina la cuota, no su aceptación o renuncia; este mismo cálculo sirve para establecer la cuota reclamada en la *qit*: *et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.*

<sup>41</sup>.- D. 5,2,15,2 (*Pap. 14 Quaest.*)

<sup>42</sup>.- Los textos que normalmente se aducen a favor del acrecimiento son D. 5,2,23,2 (*Paul. lib. sing. de inoff. test.*): *Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamenti egerunt, et unus postea constituit non agere, pars eius alteri adcrecit. Idemque erit et si tempore exclusus sit.* Y D. 5,2,17 pr *Paul. 2 quaest.*): *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt.* Son los textos que proporcionan argumentos a Di Lella para justificar la contraposición dogmática de Papiniano y Ulpiano frente a Paulo. Han sido muy discutidos e interpretados diversamente por la doctrina, en especial el significado de '*repudiantis animo*'. Para la correcta comprensión del primero, creo que deben ser muy importantes los aspectos procesales, los peor conocidos en el tema de la *qit*: ¿se querellaron conjuntamente o por separado? ¿Por qué cuota? ¿El heredero instituido, era sucesor del mismo grado que los querellantes?. ARNDT DERNBURG, que admite el acrecimiento y cita en su apoyo estos dos textos, se refiere a "uno speciale diritto di accrescimento", aunque después no explica en qué se concreta esta especialidad. *Diritto di Famiglia e diritto dell'eredità*. Trad. sulla 6ª ed. di F. Bernardino Cicala. Torino, Fratelli Bocca ed., 1905, p. 560.

<sup>43</sup>.- Posición defendida por EMILIO BETTI, que tampoco LUIGI DI LELLA comparte. LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 210, n.55.

Para que pudiera tener lugar, sin problemas, el acrecimiento, la *qit* hubiera debido de funcionar como la *bonorum possessio contra tabulas*: en primer lugar, los interesados la solicitan por todo, y por tanto sin especificar cuotas, que serán fijadas a posteriori por el pretor en virtud del número de *bonorum possessores*<sup>44</sup>. En segundo lugar, los herederos civiles instituidos que deseen participar en esta asignación posesoria (incluida la colación, en su caso<sup>45</sup>), deberán pedir también la *bp comisso per alium edicto*, para evitar precisamente el problema de la diversidad de títulos sucesorios en el acrecimiento. El que no la pide mantiene su cuota testamentaria civil, pero no participa en el reparto de la *bpct*.

Papiniano ni siquiera menciona la cuantía de la cuota, sino que utiliza otros argumentos para determinar que siempre se trata de una cuota fija, que corresponde sólo al que la solicita. Veámoslos.

La hija preterida *non egit aut non optinuit*. En cualquiera de los dos casos el testamento es perfectamente válido para ella, puesto que su hermano ha actuado sólo por la parte que a él le hubiera correspondido<sup>46</sup>.

Si se anulara todo el testamento y se abriera la sucesión intestada, la hija preterida podría hacer valer sus derechos legítimos en concurrencia con sus hermanos y cada uno podría ejercitar *ab intestato la hereditatis petitio* por 1/3. Pero Papiniano nos dice que, al rescindir el testamento sólo *de parte*, en la parte reivindicada por el hijo querellante, la que no actúa no tiene posibilidad de acceder a la herencia legítima.

Admitida la rescisión parcial del testamento, podría plantearse que esta hija que no actúa mantiene sus derechos legítimos sobre la cuota intestada obtenida por su hermano, es decir, que a esta cuota se le aplicarían las normas generales de la sucesión *ab intestato*. Y ahí es donde adquiere toda su importancia la palabra *fratri* que hemos analizado antes: *filia, in hereditate legitima fratri non concurrat*, la hija no puede disputar a su hermano la herencia legítima que éste ha obtenido mediante la *qit*.

Con este planteamiento, Papiniano está además negando implícitamente la existencia de dos acciones independientes: *querela* que anula el testamento y posterior *hereditatis petitio* de los herederos legítimos; aquí rescisión y petición se funden en la propia *querela*<sup>47</sup>, con lo que el que la interpone obtiene, con una sola acción, el reconocimiento de su derecho a la parte que reclama, la rescisión del testamento respecto de esa misma parte y la asignación de esa cuota. Esto impide la participación en el reparto del que no se ha querellado o no ha ganado el pleito.

<sup>44</sup>- D. 37,1,3,9 (Ulp. 39 *ad ed.*); D. 37,1,4 (Gai. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 37,1,5 (Ulp. 39 *ad ed.*); D. 37,4,12 pr (Gai. 14 *ad ed. prov.*)

<sup>45</sup>- Véase sobre el tema la obra de ANNA CABALLÉ, *La collatio emancipati*, de próxima publicación en Marcial Pons, Madrid.

<sup>46</sup>- JOSÉ RIBAS-ALBA lo expresa con las siguientes palabras: "La *qit* no abre la sucesión intestada, sino que corrige la institución de heredero." *Una pretendida controversia entre Papiniano Ulpiano y Paulo: en torno a D. 5,2,19 (Paulo 2 quaest.) y una hipótesis sobre la legítima IVRA 39 (1988)* p. 94.

<sup>47</sup>- LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p. 218.

Veamos el caso siguiente, que requiere una explicación algo más prolija. Papiniano nos presenta en él el tema de las cuotas, que es el que une dogmáticamente ambos textos, desde la perspectiva opuesta, haciendo lo que parece otro juego de simetrías, ahora dogmáticas: en este segundo, mediante una *bpct* se reclama directamente una cuota determinada de los bienes hereditarios; mediante una *qit* posterior, otro personaje reclama la totalidad de la herencia.

Esto es posible porque se trata de una *bonorum possessio contra tabulas liberti* (*bpctl*). Este especial *bpct* aparece en el último siglo de la República, posiblemente es anterior a la otorgada a los hijos y representa un estadio previo en su desarrollo histórico. A diferencia de la *bpct* concedida por el pretor a los *liberi*, aquí el solicitante reclama una cuota determinada. Para Fritz Schulz, esta idea de una cuota fija que debía de ser dejada a determinada persona, sirvió de base a la *qit*<sup>48</sup>.

Mediante la *qit*, el otro personaje del texto reclama posteriormente la totalidad de la herencia. Papiniano quiere subrayar así el dato de que, si el querellante es uno sólo y tiene mayor derecho que el instituido (en este caso la hija frente a un extraño), su cuota *ab intestato* es toda la herencia, con la consecuencia de que entonces cae a su favor todo el testamento.

D. 5, 2, 16,1 (Pap. 2 resp.) *Contra tabulas filii possessionem iure manumissionis pater accepit et bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exheredaverat, quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum reccidit: nam prioreiudicio de iure patris, non de iure testamenti quaesitum est: et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est.*

Papiniano presenta aquí a cuatro personajes en la siguiente situación: un hijo emancipado por su padre hace un testamento civilmente válido, en el que instituye heredero a un extraño, deshereda formalmente a su hija y silencia a su padre.

El padre solicita la *bpct* contra el testamento de su hijo, basándose en su condición de emancipador.

Después, la hija del difunto, a quien éste había desheredado, interpone con éxito la que-rella de inoficiosidad, por lo que quedó invalidada la posesión que el padre había recibido; porque en el juicio anterior se había discutido sobre el derecho que tenía el padre, no sobre la legalidad del testamento.

Y por eso es necesario que se restituya a la hija toda la herencia con los frutos.

Los dos actores, estrictamente hablando, son el padre y la hija del testador. Recapitulemos acerca de los derechos de uno y otra.

---

<sup>48</sup>. - FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Trad. de José Santacruz Teijeiro, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, p. 262. También son de este A. los datos relativos a la aparición de la *bpctl*.

El padre que emancipaba al hijo (*parens manumissor*<sup>49</sup>) tenía reconocido, ya en el antiguo *ius civile* y en ausencia de hijos in potestate del causante, un derecho de sucesión *ab intestato* respecto de su hijo en calidad de patrono; este derecho es también acogido por el pretor en el orden sucesorio del *ius honorarium*<sup>50</sup>. Más tarde el pretor ordena al liberto sin hijos (o que los deshereda) que reserve en el testamento 1/2 de sus bienes para el patrono<sup>51</sup> y concede a éste la posibilidad de reclamarlos mediante la *bpct*, en este caso la especial *bpct* llamada *bpctl*. En el ámbito civil, el patrono puede reivindicar su condición de heredero mediante la *qit*, cuyo ejercicio, según nos recuerda el mismo Papiniano en otro lugar<sup>52</sup>, le compete tras los hijos.

El emancipado ha desheredado a su hija, es como si no existiera a efectos de la sucesión testamentaria, por lo que se mantiene el derecho del padre del testador, preterido, a solicitar la *bpctl*. La posibilidad civil de actuar mediante la *qit*, sin embargo, sólo la tendría si la hija del testador renunciara expresamente a interponerla. Mediante la *qit* reclamaría todo el *as* hereditario, como único heredero y con derecho preferente frente al extraño.

La hija del testador, por su parte, tiene cerrada la posibilidad de solicitar la *bpct* por el hecho de haber sido desheredada, pero si esta desheredación es injusta sí puede impugnar civilmente el testamento a través de la *qit*<sup>53</sup>. En tal caso, su abuelo no tendría derecho alguno, ni civil ni honorario, sobre esta herencia<sup>54</sup>.

El primero que reacciona contra el testamento es el padre, que, atendiendo a que los plazos de solicitud de la *bpct* son mucho más breves que el de la *qit*<sup>55</sup>, considera más prudente no esperar a una hipotética renuncia de su nieta a la acción (o a que perdiera el pleito si se considerara justa su desheredación) y solicita la mitad de los bienes mediante la *bpctl*. En definitiva, el padre escoge la vía más rápida y la única que con seguridad tenía

<sup>49</sup>.- Recibe el nombre de *parens manumissor* porque la emancipación se cumplía mediante *manumissio*. El hijo quedaba así libre de potestad pero como liberto del *manumissor*, que podía ser tanto el padre como un extraño y era llamado patrono.

<sup>50</sup>.- Así, el orden civil de sucesores *ab intestato* del emancipado sería: 1º *sui heredes*; 2º *parens manumissor*. El pretor admite este derecho especial de sucesión y lo configura en el siguiente orden: 1º *liberi*; 2º *parens manumissor* (como legitimus); 3º *cognati*. PASQUALE VOCI, *Diritto ereditario romano*, Dott.A. Giuffrè ed., 2, 1963, p. 24 ss. Véase Gayo, 3,39, Inst. 3,7,3 y C. 6,4,4,10 (*const. gca. ex Bas.*, a.531), en que Justiniano cita expresamente esta norma como procedente de las XII Tablas y recuerda asimismo que el pretor no llamaba al patrono a la *bpctl* si el liberto tenía *liberi*. En el párr. 14 de la misma *const.* Justiniano menciona también que si los libertos hubieran desheredado con derecho y razón a sus hijos, sean llamados los patronos, como si aquéllos no hubieran tenido hijos.

<sup>51</sup>.- Gayo 3, 41 y 42: La *dimidia pars* fue la regla hasta la *Lex Papia*; esta ley matizó la cuota debida al patrono en función de la riqueza del liberto y del número de hijos: si tenía menos de tres hijos, el patrono debía recibir una parte igual a los hijos, por lo que si tenía un solo hijo o hija, la parte de la herencia reservada al patrono era de 1/2. Justiniano acoge sólo parcialmente el derecho clásico y establece la cuota de 1/3 a favor del patrono preterido en el testamento del liberto que ha desheredado a sus hijos, a reclamar mediante la *bpct* (C. 6,4,4. Just., *const. gca. ex Bas.*, a.531; Inst. 3,7,3)

<sup>52</sup>.- D. 5,2,14 (Pap. 5 *quaest.*)

<sup>53</sup>.- D. 37,4,8 pr (Ulp. 40 *ad ed.*); D. 37,4,10,5 (Ulp. 40 *ad ed.*); D. 37,4,20 (Trifon. 19 *disput.*)

<sup>54</sup>.- C. 6,4,4,13 (Just., *const. gca. ex Bas.*, a.531) lo enuncia así, recogiendo en este punto el derecho clásico: si el liberto hubiera desheredado injustamente a sus hijos y éstos interpusieran con éxito la *qit*, no tiene lugar la sucesión del patrono, como si el liberto hubiera fallecido *intestato* y los hijos le sucedieran *ab intestato*.

<sup>55</sup>.- 165 días en el primer caso y 5 años en el segundo.

abierta en aquel momento: solicita inmediatamente la *bpctl*, que interpone contra el heredero instituido, el extraño, que mantiene como heredero testamentario la otra mitad del patrimonio hereditario. *Et bonorum possessionem adeptus est.*

La hija, precisamente por haber sido desheredada, sólo tiene una opción para reclamar su derecho: la *qit*, que interpone *postea*, es decir, tras la concesión de la *bpctl* a su abuelo. De acuerdo con la concepción de Papiniano, el objeto de la *qit* es su cuota intestada, que al ser la única heredera legítima, constituye todo el as.

El texto no dice contra quién interpone la *qit*: legitimado pasivamente lo está tanto el heredero como el *bonorum possessor*, por lo que la hija puede interponer la *qit* contra ambos<sup>56</sup>. E. Renier subraya que se trata de un caso más en que la jurisprudencia nos presenta la *qit* unida a la *petitio hereditatis*, como comentábamos respecto del fragmento anterior, pues el objeto de la demanda es la herencia misma y nada indica que deba ejercitar dos acciones distintas para obtenerla, sino al contrario<sup>57</sup>.

El resultado es que la *querela* de la hija tiene éxito, lo que produce tres consecuencias: es declarada heredera universal en lugar del extraño, se anula la *bp* concedida antes a su abuelo y debe restituírsele a la hija toda la herencia con los frutos. *Quaestionem inofficiosi testamenti recte pertulit: possessio, quam pater accepit, ad irritum reccidit: (...) et ideo universam hereditatem filiae cum fructibus restitui necesse est.*

El razonamiento con el que Papiniano justifica su decisión es el siguiente: *bonorum possessio* y *querela inofficiosi testamenti* no son remedios equiparables<sup>58</sup>, pues en ellos se discuten cosas diferentes. En la primera, *de iure patris*, en la segunda, *de iure testamenti*. El padre ha reclamado su derecho, un derecho personal, al extraño instituido heredero, pero si éste no mantiene tal condición, cae también el derecho del padre; en otras palabras, la *bpctl* está en función del derecho del heredero testamentario. La *qit*, en cambio, cuestiona la legalidad del testamento como institución civil; al ser admitida, supone la caída del testamento, y por tanto también del derecho que el padre había adquirido del heredero instituido en éste.

<sup>56</sup>.- Posibilidad reconocida expresamente para el *bonorum possessor* en D. 37,4,10,5 (Ulp. 40 *ad ed.*) y en C. 3,28,1 (*Imp. Severus*, a.193), que añade también al fideicomisario PASQUALE VOCI, *Diritto ereditario romano*, Dott.A. Giuffrè ed., 2, 1963, p. 703; en la n.3 se refiere únicamente a este texto en apoyo de la posibilidad de querrellarse contra el *bonorum possessor*, señalando que la hija interpone la *qit* contra ambos. LUIGI DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1972, p.167 n. 3 no interpreta correctamente a VOCI cuando indica que éste autor ofrece la posibilidad alternativa de dirigir la *qit* "sia nei confronti dell'avo (...) sia nei confronti di quest'ultimo" (el extraño instituido) Esta alternativa no tiene sentido en la construcción de VOCI: o contra ambos, como realmente indica VOCI, pues cada uno tiene 1/2; o sólo contra el heredero instituido si no se admite la legitimación pasiva del *bonorum possessor*. GIORGIO LA PIRA considera erróneamente que el padre ha obtenido mediante *bpctl* todo el patrimonio, por lo que la desheredada debe dirigir la *qit* únicamente contra él. *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Firenze, Valecchi Ed., 1930, p. 428 y p. 447.

<sup>57</sup>.- *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p. 203-205.

<sup>58</sup>.- En contra, GIORGIO LA PIRA: "La b.p.c.t. concessa al patrono ed al *parens manumissor* ha gli stessi presupposti e la stessa struttura della *querella*, e produce effetti identici a quelli che la *querella* produce" *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*. Firenze, Valecchi Ed., 1930, p. 429. En la p. 447 de la misma obra vuelve a exponer que "la b.p.c.t. liberti è istituto strutturalmente analogo alla *querella inofficiosi testamenti*"; véase asimismo n. (1) de p. 448

¿Por qué opone Papiniano en este texto la qit de la hija del testador a esta muy especial bpct que solicita el padre, la bpctl? Para subrayar la importancia de las cuotas y cómo, manteniendo el principio (reclamación de la porción *ab intestato*), las consecuencias pueden ser diferentes.

Le interesa la bpctl porque es un "híbrido": coincide con la qit en que es el único tipo de bp en la que se solicita una cuota determinada y en que permite respetar al extraño instituido; con la bpct en que sólo modifica parcialmente las cuotas de los herederos, pero nunca supone la caída del testamento, consecuencia civil que no puede ser actuada por el Pretor.

Respecto al ejercicio de la qit en ambos textos: en el primero tenemos varios herederos intestados de igual grado, cada uno en una situación distinta: uno instituido, un querellante y otra que no actúa. La existencia de los tres debe tomarse en consideración para calcular la cuota intestada, cuota por la que puede actuar el querellante y que sólo a él beneficia, rescindiendo en esa parte el testamento. Se premia así al que actúa pero se evita que la actuación de uno solo haga caer todo el testamento.

En el segundo texto, heredera intestada es sólo una y su actuación provoca la rescisión total del testamento a su favor, pues la cuota reclamada es todo el as.

En definitiva, Papiniano no niega, no puede hacerlo, la máxima de que '*concurso partes fiunt*' y por tanto el acrecimiento. Simplemente considera que sólo se produce entre coherederos del mismo grado cuando uno de ellos muere o renuncia expresamente a su cuota. Si no se producen estas circunstancias, todos los sucesores *ab intestato* deben ser tenidos en cuenta para calcular la cuota intestada que les correspondería, y esa cuota es la que cada uno puede reclamar mediante la qit, con independiencia de la actuación o no de los restantes.

#### 4.- LA REGULACIÓN DE JUSTINIANO.

Para Renier, la noción de qit de Papiniano está presente en la mayoría de soluciones que sobre este tema adopta Justiniano, especialmente en lo relativo a las consecuencias de la rescisión parcial en las disposiciones accesorias del testamento. Su idea es también la que retomarán los bizantinos después de Justiniano<sup>59</sup>. Matteo Marrone recalca el proceso de fusión de las que él valora como distintas teorías sobre la qit que se produce con Justiniano, proceso que arranca de los postulados de Papiniano; como prueba, el mismo Matteo Marrone nos da un dato concreto, aceptando que "*In Iustiniani iure querela inofficiosi testamenti causa hereditatis petitionis fit*"<sup>60</sup>

La reforma de Justiniano en este tema es estructural. En definitiva, Justiniano refunde los regímenes de preterición y desheredación injusta en la Novela 115, que cierra la evolución del sistema sucesorio romano contra el testamento: los ascendientes, sin distinción de sexos, no pueden preterir ni desheredar a sus descendientes (ni éstos a aquéllos), salvo

<sup>59</sup>.- *Etude sur l'histoire de la querela inofficiosi en Droit Romain*, H. Vaillant-Carmanne, S.A., Impr. de l'Académie, Liège, 1942, p. 205.

<sup>60</sup>.- *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti* SDHI 21 (1955), p. 74.

por causa legalmente reconocida y expresada en el testamento. La *portio legitima* es de 1/3 de la cuota intestada (1/2 si los herederos son más de cuatro) y debe ser dejada a título de herencia. El instituido en menos de la portio debita puede solicitar su complemento mediante la *actio ad supplendam legitimam*<sup>61</sup>.

Respecto del tema que nos ocupa, Juan Vallet de Goytisolo retrotrae hasta Justiniano una idea presente en el derecho positivo actual, la distinción entre impugnación de la institución de heredero e impugnación del testamento: el preterido o desheredado sin justa causa puede anular la institución de heredero, no el testamento, mediante la *qit*<sup>62</sup>. ¿Fue Papiniano quien abrió el camino?<sup>63</sup>

Carmen Tort-Martorell

---

<sup>61</sup>.- Véanse el análisis y las consecuencias que para el derecho posterior extrae JUAN VALLET DE GOYTISOLO en *Panorama del Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982, p. 98 ss. y 450 ss; del mismo autor, *Panorama del Derecho de Sucesiones II, Perspectiva Dinámica*, Madrid, Civitas, 1984, p. 672 ss.

<sup>62</sup>.- JUAN VALLET DE GOYTISOLO en *Panorama del Derecho de Sucesiones II, Perspectiva Dinámica*, Madrid, Civitas, 1984, p. 673-675: A partir del análisis del texto del art. 851 Cc, se pregunta "si la acción de que dispone el desheredado injustamente es de nulidad, de anulabilidad o de rescindibilidad o impugnabilidad"; manifiesta que no hay acuerdo entre los autores que se han planteado tal pregunta. VALLET, siguiendo la opinión de algunos de los primeros comentaristas, hace derivar esta acción directamente de la *querela inofficiosi testamenti*. Sea nula, anulable o impugnable, todos los autores que cita tienen en común que refieren la acción a la institución de heredero, no al testamento. Subraya VALLET que en Derecho Romano la *qit* era, al menos en un principio, una acción de impugnación del testamento, por lo que los problemas respecto de la naturaleza de la *qit* no afectaban sólo al alcance de la validez de la institución de heredero, sino a todo el testamento. Véase, del mismo autor, el comentario al art. 851 del Cc (y al art. 814 Cc) en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, M. Albaladejo (ed.), Madrid, Edersa, 1978, T. 11, donde hace un recorrido por el iter histórico de la acción de impugnación del testamento. El mismo tema en la Compilación Catalana está tratado por PABLO SALVADOR CODERCH en, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985; y por ENCARNA ROCA TRÍAS en *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 1980, especialmente T. I, p. 1-99 y T. III, p. 316-325 (art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña) Véase asimismo el *Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña* (Ley 40/1991 de 30 de Diciembre), que contiene una normativa autónoma, completa y global del derecho sucesorio catalán que sustituye al derecho de la Compilación; aquí interesan especialmente los arts. 127 y 367.

<sup>63</sup>.- La pregunta tiene un fuerte componente retórico, pues no hay que olvidar, en el terreno metodológico, la que CARLOS PETIT califica acertadamente como "tensión entre textos y contextos" subrayando que para valorar adecuadamente la continuidad, no hay que desdeñar el orden discursivo subyacente, dotado en cada caso de una lógica jurídica diversa. *Variaciones sobre un tema de diritto comune vivente* Ponencia presentada en el Incontro Internazionale di studio su Diritto Comune Vigente. Pisa (Università di Pisa), 29-30 Settembre de 1995 (art. en prensa, del que dispongo de una copia por gentileza del A.).