

“IUDICIUM PATRIS”: LOS EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

J.M. RIBAS ALBA
Universidad de Sevilla

1. Los rasgos esenciales del testamento romano clásico, del *testamentum per aes et libram*, aparecen destacados en las fuentes disponibles con rara unanimidad. En primer lugar, todo testamento debe contener una institución de heredero, según se lee en el conocido pasaje de Gai. 2,229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamentum vim ex institutione heredis accipiunt, et ob is velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio*¹. La creación de un heredero es la finalidad primordial de todo testamento. Es cierto que el propio ordenamiento conoce supuestos en los que puede caer la institución o alguna de las instituciones de heredero, de forma total o parcial en relación con la cuota asignada, sin que por ello se hagan ineficaces otras disposiciones como los legados y las manumisiones²; pero estos casos son siempre el resultado de una intervención *a posteriori* de índole procesal, y no contradicen por ello la necesidad de la institución³. En segundo lugar, el testamento romano se revela como un acto que expresa válidamente la *voluntas* o el *iudi-*

1. Cfr. IJ. 2.20,34 y Ep. Ulp. 24,15. Una síntesis muy útil sobre el testamento romano es ofrecida por B. KÜBLER, en *RE* Band V A 1 (Stuttgart 1934) s.v. *Testament (juristisch)* col. 985 ss.

2. B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. 2ª ed., trad. De M. Fairén (Barcelona 1960) 18; 192 ss.

3. Tal requisito diferencia al testamento del codicilo: D. 29,7,20 (Paulo, 5 *ad leg. Iul. Et Pap.*). Por otra parte, la existencia de un *heres* y su reconocimiento por parte del *ius civile* expresan la distinción cualitativa entre la *mancipatio familiae* y el testamento civil.

cium de su autor⁴. Este rasgo es el que se utiliza como concepto central de todas las definiciones que conocemos. Aulo Gelio, "12.1-2 lo encontró en Servio Sulpicio: *Servius Sulpicius iureconsultus, vir aetatis suae doctissimus, in libro De Sacris Detestandis secundo, qua ratione adductus "testamentum" verbum esse duplex scripserit, non reperio; nam compositum esse dixit a "mentis contestationis"*. Así también en D. 28.8.1 (Modestino, 2 *paud.*): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*. Y en Ep. Ulp. 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta ut post mortem nostram valeat*⁵. Aunque el negocio testamentario haya de ser por consideraciones históricas y funcionales un acto eminentemente formal, los juristas se esfuerzan por destacar como elemento central la voluntad del testador. Una voluntad expresada ante testigos (*cocontestatio*). Una voluntad resultante de la valoración previa de las circunstancias y que da lugar a una *sententia*, a un *iudicium*, expresión esta última que veremos utilizada en los pasajes que después analizaremos. Todo testamento expresa una actividad de *iudicare* que originariamente debió de estar reservada al *paterfamilias* (posteriormente también la mujer *sui iuris* pudo hacer testamento *tutore auctore*): es la *lex* (privada) que aquel promulga solemnemente (*solemniter facta*) y con arreglo a la cual se solventarían todas las cuestiones familiares y patrimoniales que surgían su muerte. Por tanto, el uso, en las definiciones antes consideradas, de conceptos procedentes de la terminología judicial, se apoya en una analogía real: el testador ejercita una actividad de *iudicare*⁶ que es respaldada por el *ius*. La *sententia* contenida en el negocio testamentario, sin embargo, no se impone como una decisión desprovista de límites: tanto las exigencias de la denominada sucesión necesaria formal, como el control de fondo establecido por el régimen de la inoficiosidad, expresan la dimensión exacta de la autonomía del testador; habría que añadir las limitaciones que se imponen a los legados y a otras disposiciones testamentarias. Teniendo en cuenta estos presupuestos, este logrado equilibrio entre la autonomía personal y las exigencias familiares, es fácil concluir que la sociedad y los juristas romanos atribuyeran al testamento una peculiar dignidad⁸.

4. Cfr. UR. V. 892 s.

5. Cfr. Isidoro de Sevilla, *Etymologiae* 5.21.2.

6. A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed. (Pamplona 1997) 349; partiendo de esta consideración del testamento como ley del padre de familia, se comprende la "comunidad temática" que, a efectos de interpretación, se establece con la ley pública. Sobre los diversos significados de *lex*: H. HUEMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auflage (Graz 1971) 311 s.; en especial, sobre el término *lex* en época arcaica: P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* (Roma 1959) 112. En particular, sobre la caracterización del testamento arcaico y del clásico como *lex* se puede consultar: R. von Ihering, *El Espíritu del Derecho romano I*, trad. de E. Príncipe, 1ª ed. de la traducción Madrid, 1891 (Granada 1998) 117 ss.

7. Los rasgos originarios del *iudicare* pueden contrastarse en G. BROGGINI, *Index Arbitrere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Graz 1957) 24 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, Zweite Auflage, neu bearbeitet von K. HACKL (München 1996) 120 ss.

8. Vid. E. LAMBERTI, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana I* (Napoli 1996); la autora subraya la función del testamento en la ordenación de las "esperanzas y propósitos del

El *favor testamenti* (aunque la expresión no aparezca como tal en las fuentes) es la consecuencia de aquella especial consideración valorativa del testamento en Roma⁹. Así lo encontramos formulado, por ejemplo, en D. 50,17,12 (Paulo, 3 *ad Sabinum*): *In testamentis plenius voluntates testatium interpretamur*. El *favor testamenti* es no sólo un criterio de interpretación, sino que inspira institucionalmente buena parte del tratamiento pretorio de la sucesión testamentaria y *contra tabulas* e, incluso, aspectos civiles del régimen de la *hereditas*, por ejemplo, lo que concierne a los *postumi*. Por otra parte, la defensa de las disposiciones testamentarias por vía de interpretación corregía en cada caso el pesado formalismo del derecho hereditario. No obstante, el *favor testamenti* no se fundamenta exclusivamente en el respeto por la última voluntad de la persona; debe también gran parte de su predominio al hecho de que el testador paradigmático es justamente el *paterfamilias*. El respeto al testador es originariamente un aspecto más del ámbito familiar de la herencia.

En nuestro estudio nos ocuparemos de las consecuencias que en el plano procesal produce el reconocimiento de la *voluntas* o *iudicium* del testador (excepcionalmente de un causante no testamentario) en supuestos en los que concurren herederos civiles o pretorios vinculados familiarmente con el *de cuius*. Se observará que, a pesar de las diferencias que pueden observarse entre los casos identificados en las fuentes, es posible confirmar la existencia de un principio común, según el cual, los hijos y demás familiares legitimados activamente en cada caso, se verán excluidos de la reclamación siempre que pueda afirmarse que de forma previa han aprobado total o parcialmente la voluntad del testador, que es, al menos como criterio general, el *paterfamilias*. La amplia casuística que se puede observar en las fuentes deriva de varios factores. En primer lugar, dado que por razones fundadas en el propio concepto, los herederos *sui et necessarii* no han de aceptar la herencia, se presenta el problema, a efectos del asunto de nuestro estudio, de la dificultad de delimitar con claridad si una determinada conducta puede ser calificada como de reconocimiento de la voluntad del testador. En segundo lugar, tanto en el *ius civile* como en el *ius honorarium* (en este caso hasta que transcurra el plazo establecido para la petición de la *bonorum possessio* u otro remedio pretorio), no se halla establecido un acto formal de renuncia. En tercer lugar, se plantea un problema análogo en el caso específico del *heres suus* instituido con la cláusula condicional *si volet*. En cuarto lugar, el derecho romano hereditario da una amplia cabida al error propio, es decir, al error en la formación de la voluntad; cuando se trata de actos dispositivos, la falsa creencia de que falta un presupuesto necesario, si existe en realidad, invalida el acto¹⁰. En quinto lugar, el *ius civile* regula las delaciones testamentaria y legítima como dos llamamientos autónomos, lo que da lugar a las

difunto", remitiéndose a la obra de CHAMPLIN, *Final Judgements: Duty and Emotion in Roman Wills* 250 B.C. - A.D. 250 (Berkeley 1991).

9. Vid. P. VOGLI, *Diritto ereditario romano II*, 2ª ed. (Milano 1963) 921 ss.

10. U. ALVAREZ SUÁREZ, *El Negocio Jurídico en Derecho Romano* (Madrid 1954) 64.

oportunas correcciones por parte del pretor, que vuelven a encontrar en su aplicación práctica dificultades interpretativas, procedentes de la necesidad de entrar a valorar si una determinada conducta puede ser calificada como de renuncia.

2. El reconocimiento del *iudicium patris* en la *bonorum possessio contra tabulas*. La ductilidad de los límites del reconocimiento puede ser constatada en D. 37.4.15 (Marciano, 5 reg.):

Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo: nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem. Quod ita intelligendum est: si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione "si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest", sed magis doli exceptione usus est.

El texto se refiere a un hijo emancipado preterido. Antes de que éste haya solicitado la *bonorum possessio contra tabulas*, es demandado por el heredero testamentario por una deuda que aquél tenía contraída con el causante. Según la opinión del jurista, la utilización de la excepción de dolo por parte del emancipado supondría la renuncia a la sucesión probatoria, es decir, a la voluntad expresada en el reconocimiento de la voluntad del testador, ya que implicaría la aceptación de la cualidad de heredero del actor. Se presupone que la reclamación de la deuda tiene lugar antes de que haya trascurrido el tiempo habil para la petición de la *bonorum possessio*, dado que si éste se hubiera agotado ya, la renuncia es notoria y no plantea ningún problema. Nos ocuparemos a continuación de otro pasaje de interés especial. Se trata de D. 37.4.14 pr. (Africano, 4 *quaest.*):

Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit: nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem, sive ab heredibus institutis sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit. Sed illum observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset: ut hactenus deteriore causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam dumtaxat retinere possit et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Quod si is qui in potestate est heres institutus sit, quoniam necessarius heres fit, non aliud dici posse, quam et ipsium petere posse bonorum possessionem, si modo hereditati se non immiscuerit, tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco quo emancipatum haberi debere.

Este segundo pasaje ofrece quizá el ejemplo más claro del régimen del reconocimiento de la voluntad del testador. Africano se ocupa de una sucesión en

11. Sobre el pasaje: G. LA PIRA, *La successione ereditaria mistata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze 1950) 315; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano II cit.*, p. 661.

la que concurren dos hijos emancipados, uno instituido y el otro preterido. El jurista distingue varios casos en los que no se podría pedir la *bonorum possessio* como consecuencia de la aceptación del *iudicium patris*. En síntesis son éstos: 1) Si el emancipado instituido acepta la *hereditas*. 2) Si el emancipado preterido acepta un legado contenido en el testamento. 3) Si un hipotético segundo heredero testamentario, bajo la potestad del testador en el momento de la apertura de la sucesión, hubiera gestionado algo de la herencia. La dificultad aparente que podría provocar el último supuesto se desvanece si se tiene en cuenta que la actividad del *heres suus et necessarius* no tiene nada que ver con una hipotética aceptación civil de la herencia, sino con la posibilidad de que pueda pedir el *ius abstinendi*, tal y como veremos más adelante. Por lo demás, el fragmento ha sido objeto de atención reciente, en la monografía de A. Caballe Martorell¹². La autora realiza una detenida exégesis, en la que se ocupa esencialmente del estudio de la *hpet commissio per alium edicto*, es decir, y como es sabido, de la posibilidad de que el *suius* instituido pueda pedir también la posesión de los bienes bastando que exista al menos un emancipado preterido. Si este no llega a pedirla, la solución que propone Caballe¹³, es esta: la *bonorum possessio contra tabulas* con edicto in *suius* tiene los efectos de una *bonorum possessio contra tabulas* con edicto in *heredes* “si fuerit heres maior, minor, vel equali a quella”. En mi opinión, sin embargo, la solución correcta sería otra. Una vez admitida la legitimación activa del *suius*, si el emancipado no solicita la protección pretoria, nos hallamos lisa y llanamente en un supuesto de acrecimiento producido por la renuncia implícita en la omisión de la solicitud¹⁴. En el supuesto que estamos comentando el *suius* obtiene todo el caudal hereditario. La segunda posibilidad es que el *suius* instituido no solicite la *bonorum possessio*. En ese caso, coincidimos con las reflexiones de Caballe respecto al título sucesorio: “al respetar el *iudicium patris*, el *suius* instituido se mantiene en el ámbito del *ius civile* como *heres* sin unir a su título sucesorio civil el pretorio. De este modo, la *hpet* solicitada por un emancipado preterido no hace caer la institución de heredero, cuando el instituido es un *liber*, convirtiendo a todos en *bonorum possessores* como a veces suele creerse”¹⁵. El problema que suscita la presencia de un *suius* en este supuesto es más de tipo práctico que doctrinal. La condición de heredero necesario hace

12. A. CABALLE MARTORELL, *La collatio emancipati* (Madrid 1997) 53 ss.

13. *Ibidem*, p. 57.

14. Se trataría de un supuesto semejante al que se contiene en D. 57.4.12 pr. (Gajo): *Et ed prae: Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepotibus bonorum possessio competat et alter ex nepotibus non petat, pars eius fratri adhaerescit. Si vero ex filiis alter non petat, tam fratri quam nepotibus il prodest. Namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotem consequantur*. El principio general se recoge en D. 57.1.3.9 (Ulpiano, 39 ad ed v. *In bonorum possessione scendum est ius esse adhaerendi proinde si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non adhaerent*) (sigue en el siguiente fragmento).

15. A. CABALLE MARTORELL, *op. cit.*, p. 58. Cfr. L. VACCA, *La tenui di bonorum possessio contra tabulas*, en *BILR* 80 (1977) 173.

superflua cualquier intervencion ante el pretor. Sin embargo, su no concurrencia con el emancipado llevaría inevitablemente a que el pretor concediera toda la herencia al único solicitante. En pura teoría el heredero civil debería en este caso acudir a la *petitio hereditatis* para obtener (siempre en el caso concreto que nos ocupa) la mitad de la cuota, dado que se supone que estamos ante una *bonorum possessio cum re*¹⁶. Quizá, por motivos de economía procesal, el pretor tenía en cuenta, si la conocía, la existencia del heredero necesario que, aun sin solicitar formalmente la *bonorum possessio*, debería ser tutelado a través de algún pronunciamiento incidental del que no queda rastro en las fuentes.

Dentro de la *hpct* se pueden encontrar otras manifestaciones del reconocimiento del *iudicium patris* en la materia de la conservación de los legados atribuidos a las *exceptae personae*¹⁷. Los legados a favor de los descendientes y ascendientes sin limitación de grado conservan su validez. Este edicto se funda explícitamente en consideraciones de tipo familiar, de la familia cognaticia. Y supone una manifestación del *favor testamenti* y de la consiguiente ineficacia parcial que en tantas ocasiones se aplica al negocio testamentario, sea por parte del derecho civil, sea —como en el caso que nos ocupa— debida al derecho pretorio, D. 37.5.1 pr. (Cipiano, 40 *ad ed.*)

His titulis acceptationem quandam habet naturam et ad aequum non tam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent hoc est liberis et parentibus, uxori namque dotis nomine legatum.

Hay que subrayar que esta medida de defensa de ciertos legados se apoya en razones vinculadas a la protección de la familia, pero tiene un fundamento próximo en el respeto al *iudicium patris*, es decir, a su decisión expresada en el testamento. La sucesión familiar y la libertad testamentaria del *paterfamilias*, aunque inevitablemente den lugar a tensiones en su aplicación práctica, no eran consideradas en derecho romano como realidades antagónicas; se procuraba más bien una integración recíproca, que es precisamente la finalidad que subyace en la institución que estamos considerando. Un problema específico de este régimen, relacionado directamente con el objeto de nuestro trabajo, se plantea en el caso de que pida la *hpct* un *suius* preterido. El supuesto se discute en D. 37.5.15 pr. (Paulo, 41 *ad ed.*):

Is qui in potestate est praeteritus legota non debet praestare, etsi contra tabulas possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati heredi-

16. Cfr. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di lezione)* (Milano 1954) 129 ss.

17. Vrl. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3. Neudruck der 3. Auflage Leipzig 1927 (Aalen 1985) (a partir de ahora se citará como *EP*) 344; *De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*. Por otra parte, la función de la *aditio hereditatis* respecto a la adquisición de los

tatem optineret. nec enim exceptio doli mali huic nocet et absurdum est eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure. Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem diuidiam, cum et si hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est? Ubi praeteritus sit suus, verius est quod dictum est: ubi vero scriptus est et voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiamsi omiserit bonorum possessionem.

El *heres suus et necessarius* preterido que solicita y obtiene la *bpct* no se halla obligado a pagar los legados. Se argumenta para ello que el testamento es civilmente nulo y que la petición de la *bonorum possessio* no debe perjudicarlo, puesto que podría conseguir toda la herencia abintestato¹⁸. Si el heredero de propio derecho concurre con un emancipado también preterido, el jurista se hace eco de la opinión de que ni siquiera este último debe cumplir los legados¹⁹. ¿Y si el *suus* no solicita la *bpct*? A esta posibilidad nos hemos referido más arriba al analizar D. 37,4,14 pr. (Africano, 4 *quaest.*). El heredero necesario puede pedir la *bpct* siempre que no haya reconocido la voluntad del testador (*si non immischerit*). En el supuesto contrario (*etiamsi omiserit bonorum possessionem*) no se plantean dudas sobre la obligación de cumplir los legados, puesto que se ha aceptado la voluntad del testador. Hay que destacar que esta actividad de reconocimiento del *iudicium testatoris* o *iudicium patris* no es, como ya antes hemos comentado, un acto de adición de la herencia, excluido de antemano por la cualidad del heredero como *heres suus*, sino que supone tan sólo una renuncia a la posibilidad de pedir la *bonorum possessio*. Veremos más adelante que el pretor exigía también la omisión de cualquier actividad que supusiera reconocimiento como requisito para la obtención del *ius abstinendi*²⁰.

legados y la propia individualización del *dies cedens* sufrieron un proceso de desgaste paulatino como consecuencia de la aplicación de diversas medidas pretorias o contenidas en la normativa imperial; una valoración general de este fenómeno en G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, 2ª ed. (Torino 1962) 378 ss.

18. El pasaje presenta un caso de *committere per alium edictum* que, aunque no sea citado por A. CABALLÉ MARTORELL, *op. cit.*, pp. 55 ss., confirma claramente la toma de posición de la autora sobre el concepto y alcance de esta medida pretoria.

19. Entre los juristas clásicos se daba una disparidad de criterios sobre la obligación de cumplir los legados dispuestos a favor de personas no *exceptae* en casos en que, como el que nos ocupa, concurrían a la *bpct* herederos civiles y sucesores sólo pretorios. Vid. P. VOCI, *Diritto ereditario romano II* cit., p. 658.

20. El *heres suus* era a efectos del derecho pretorio un sucesor voluntario. Esta dualidad de regímenes podía ocasionar algunos problemas, puesto que el pretor exigía, como estamos viendo, el no reconocimiento del *iudicium patris*. Ahora bien, esta situación, que se hacía equivaler a una renuncia y cerraba el paso a la protección pretoria, es el resultado de una labor interpretativa, dado que, como se sabe y ya hemos repetido, no existía un acto formal de repudio y, además, al tenerse en cuenta la intención, el error era relevante. Las dificultades que plantean los difusos límites de la renuncia son habituales en muchos sectores del derecho hereditario romano. Así, en el caso del régimen de adquisición del legado *per vindicationem*, los juristas sabianianos defendían que el bene-

También respecto a la colación de la dote se tiene en cuenta el reconocimiento de la última voluntad del padre. El deber de colacionar no existe cuando la hija recibe en la *hpct* una porción igual a la que le viene atribuida por testamento. Tampoco debe colacionar si renuncia a la protección pretoria. Por el contrario, si como consecuencia de la aplicación de la *hpct*, hubiera recibido una porción mayor, entonces sí se hace necesaria la colación. D. 37.7.3 (Ulpiano, 4 *disput.*):

Si filia fuerit heres instituta, collatione dotis non fruetur. Unde si commissio ab altero edicto necesse habuerit contra tabulas honorum possessionem accipere, dicendum est, quoniam nullam iniuriam patri facit, non debere eam dotem conferre, nam quod habuit ex iudicio, convertitur ad contra tabulas honorum possessionem. Plante si ex minore parte fuit heres instituta et alia quaedam ut eam contulit contra tabulas honorum possessio aueta portione eius, dicendum erit collationis munere eam frangi, nisi forte contenta fuerit portione, ex qua instituta est, tunc enim dicendum est ex iudicio parentis eam venientem uouit debere munus collationis sustinere.²¹

3. El reconocimiento en la *honorum possessio contra tabulas* a favor del patrono. El liberto que no tuviera hijos o que los desheredara, debía instituir en la mitad al patrono o a sus descendientes. Esta *hpct* provocaba en consecuencia una rescisión parcial del testamento del liberto y exigía que al menos un heredero testamentario hubiera aceptado la herencia; de otro modo se abría la sucesión abintestato²². El reconocimiento de la voluntad del liberto provoca la imposibilidad de solicitar esta *honorum possessio*. Es muy probable que este presupuesto de admisibilidad haya sido tomado del régimen de la *hpct* común; en todo caso, revela una cierta sensibilidad del pretor respecto a la situación personal del liberto y se inserta dentro del espíritu general de este edicto, introducido con el propósito de moderar las exigencias del patrono, como se lee en D. 38.2.1 pr. (Ulpiano, 42 *ad ed.*). Respecto a los efectos del reconocimiento hay varios pasajes muy ilustrativos. Podemos destacar D. 38.2.16,5 (Ulpiano, 45 *ad ed.*):

Si quis honorum possessionem contra tabulas liberti acceperit, ab omni liberti iudicio repellitur, nec tantum si ipsi liberti heres fuerit scriptus, verum etiam si impuberi filio substitutus. Nam et Iulianus scripsit, si post petitam honorum possessionem adierit impuberis filii liberti hereditatem patronus, denegare ei debere actiones.

ficiario adquiría *ipso iure*, aunque ignorara la existencia del legado; pero si después de saberlo rechaza el legado es como si este no hubiese existido. *Gay.* 2. 195. Para los proculyanos era necesaria la aceptación, y, por tanto, era posible la renuncia. Juliano aplicaba a estos casos su teoría de la pendencia, y como afirma P. VOGL, *Diritto ereditario romano II* cit., p. 573, en los pasajes de este jurista se indica la adquisición con las palabras *non repudiare, non repellere legatum*. Sobre la doctrina de Juliano: G. GIROSSO, *op. cit.*, pp. 501 ss.

21. Vid. A. CABALLÉ MARFORELL, *op. cit.*, p. 127.

22. Sobre el orden de las cláusulas en el edicto: LENSEL, *EP.*, pp. 350 ss.

Una vez impugnado el *iudicium liberti* el patrono queda excluido de cualquier ventaja patrimonial que pudiera derivarse del testamento. El patrono es sucesor voluntario del liberto, por lo que, incluso cuando éste le haya dejado más de lo debido, sería admisible que el patrono repudiara la herencia. La petición de la *hpet* tendría un valor de renuncia a la condición de *beres scriptus*²⁵. La consecuencia del reconocimiento se expresa casi como principio general en D. 38,2,6,1 (Ulpiano, 43 *ad ed.*):

*Patronus patronique liberi si secundum voluntatem mortui liberti hereditatem adierint legatimve aut fideicommissum petere maluerint, ad contra tabulas bonorum possessionem non admittuntur*²⁶.

Y en el siguiente fragmento se propone un fundamento para este régimen, que podría extenderse a todos los supuestos análogos de reconocimiento, D. 38,2,7 (Gayo, 15 *ed. pror.*):

*Nam absurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim exheredere*²⁷.

Para terminar este apartado nos ocuparemos de la incidencia del error en el reconocimiento de la *voluntas liberti*. Conviene adelantar que no se observa ninguna divergencia de peso en relación con el que puede ser considerado como régimen general del error en el ámbito hereditario²⁸. El que acepta o repudia la herencia o la *bonorum possessio* debe hacerlo en virtud de una *vera et certa scientia* que da lugar a una *certa voluntas*. Si no es así, el acto es nulo²⁹. Concentraremos nuestra atención en un pasaje en el que se yuxtaponen tres supuestos diversos; pero reconducibles al efecto común del error propio, como defecto

25. Vid. D. 38,2,16,6-8 (Ulpiano, 15 *ad ed.*) y la observación de P. VOGL, *Diritto ereditario romano II*, cit., p. 750 n. 61, sobre una posible cláusula edictal que recogiera explícitamente el rechazo de la *hpet* cuando directa o indirectamente se hubiera recibido alguna ventaja del testamento que se pretende impugnar. (Cfr. D. 38,2,8,2 (Ulpiano, 43 *ad ed.*)).

26. Un caso particular, que da lugar a una *electio* del patrono, se recoge en PS. 3,2,5: *Sicut testamento facto decedente liberto potestas datur patrono vel libertatis causa imposita petere vel partis bonorum possessionem, ita et cum intestato decesserit, earum rerum electio ei manet*.

27. El argumento es en alguna medida similar al que se propone sobre el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* en D. 50,17, 7 (Pomponio, 7 *ad Sabium*): *Ius nostrum non patitur eundem im paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est "testatus" et "intestatus"*. Un fundamento semejante se encuentra también en el siguiente pasaje, en materia de los efectos de la desheredación de los hijos del liberto en un testamento ineficaz por la falta de aceptación, D. 38,2,12,5 (Ulpiano, 44 *ad ed.*): *Ex testamento autem, ex quo neque adita hereditas est neque petita bonorum possessio, liberis exhereditatio non nocet: absurdum est enim in hoc tantum valere testamentum, ut exhereditatio vigeat, cum alias non valeat*.

28. Un examen amplio, con exegesis de las fuentes, en P. VOGL, *Diritto ereditario romano I*, 2ª ed. (Milano 1967) 621 ss.

29. D. 50,17,70 (Papiniano, 24 *quest.*).

en la formación de la voluntad, que impide que una determinada conducta pueda ser interpretada como de reconocimiento del *iudicium testatoris*. D. 38,2,8 pr. (Ulpiano, 43 *ad ed.*):

Si vero non habuit effectum petitio eius, dico non impediri, quo minus adiuvetur. Quin immo et si sic adit quasi ex debita portione institutus, mox apparuit eum minorem partem quam speravit accepisse, aequissimum est admitti eum ad suum auxilium. Sed et si testato convenisset heredem, ut sibi legatum solveretur, mox paenitisset, puto eum posse adiuvari.

El primer supuesto es éste: si el patrono (o un descendiente) solicitó la *bonorum possessio secundum tabulas* y fue rechazado por el pretor, se entiende que no reconoció la voluntad del testador y puede solicitar la *bpct*. El termino *petitio* indica estrictamente la solicitud ante el pretor. La causa de esta decisión es la existencia implícita de un error por parte del solicitante, puesto que se entiende que si fue rechazado en la petición de la sucesión testamentaria era porque tuvo que concurrir algún defecto en la institución que, si hubiera sido conocido por el reclamante, hubiera llevado a que éste se inclinara desde el principio por solicitar la *bpct*. La consecuencia es clara: no se puede entender que hubo reconocimiento²⁸. El segundo supuesto se refiere a un error sobre la cuota y de él se deriva también la nulidad de la aceptación²⁹. El tercer supuesto es el más problemático: si se ha reclamado del heredero testamentario que se pague el legado y, establecido el juicio, se repudia luego ese mismo legado, también es posible la petición de la *bpct*: entendemos que se sobreentiende que el cambio de postura del actor se debe a que se hace consciente de un error antes inadvertido. La amplitud con la que se admite el error en esta esfera hereditaria se completa con la admisión de la *restitutio in integrum* a los patronos menores de veinticinco años³⁰.

4. La excusa del tutor testamentario. Quien es nombrado tutor en un testamento, podía originariamente renunciar al cargo (*abdicatio tutelae*). La posibilidad de renuncia fue abolida en época de Claudio, que hizo obligatoria la tutela testamentaria³¹. La tutela se convirtió en una función pública y se exten-

28. La solución se aplica también al caso en que el patrono hubiese aceptado el legado, y éste fuera después objeto de evicción, porque también aquí se da un error sobre los presupuestos que llevaron a la aceptación: D. 38,2,8,1 (Ulpiano, 43 *ad ed.*).

29. El principio general se formula en un inciso de D. 5,2,19 (Paulo, 2 *quaest.*): (...) *dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciunt ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant. Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessione contra tabulas repudiasse. (...)*

30. Vid. D. 38,2,8,5 (Ulpiano, 43 *ad ed.*).

31. Vid. J. DAZA MARTÍNEZ - L. RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (Alicante 1993) 417.

dió también para la tutela testamentaria el régimen de *excusationes*. Esta unificación es la que se advierte en D. 27.1 *De excusationibus*. Respecto al objeto de nuestro estudio, existe un supuesto en el que se aplica el régimen de reconocimiento de la voluntad del testador, que, en este caso, es originariamente el *paterfamilias*. Como en algún caso anterior, el planteamiento se realiza desde un punto de vista que podríamos llamar negativo: rechazado el *iudicium patris*, no puede obtenerse ninguna ventaja patrimonial del testamento. El respeto a la voluntad del testador exige que no pueda realizarse una fragmentación interesada de las diversas cláusulas del testamento. Dejando aparte su primera y última parte, que plantean problemas que nos alejarían de la finalidad de este trabajo, el asunto se trata en D. 27.1,32 (Paulo, 7 *quaest.*):

(...) Respondi: qui non iure datus tutor vel curator a patre, confirmatus a praetore excusationis beneficio uti maluit, repellendum est a legato: idque et Scaevola nostro placuit: nam praetor, qui eum confirmat tutorem, defuncti sequitur iudicium (...)

El tutor testamentario no nombrado conforme a derecho pero confirmado por el pretor, que pretenda hacer valer alguna excusa, rechaza, aunque sea de un modo indirecto el *iudicium testatoris*. Al menos esa era la opinión de Esccevola seguida por Paulo. Por otra parte, la vinculación que se establecía entre el legado y el nombramiento como tutor se expresa con gran claridad en D. 27.1,36 pr. (Paulo, 9 *resp.*):

Amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam bonore legati eos persequi. Sed cum proponatur is de quo quaeritur in testamento legatum meruisse et idem pupillo substitutus, non est verisimile hunc demum eum testatorem substituere voluisse, si et tutelam suscepisset: et ideo eum de quo quaeritur a legato quidem, si adhuc viveret pupillus, repellendum fuisse, a substitutione autem non esse summovendum, cum eo casu etiam suscepta tutela finiretur.

Paulo estudia un caso en el que el tutor testamentario recibe un legado y es nombrado, además, sustituto del pupilo. Si el hijo vive y se rechaza la tutela, debe ser rechazada la reclamación del legado. Sin embargo, si no vive el hijo, puede aceptar la herencia como sustituto. Con independencia de que la solución es como casi siempre discutible, aquí nos interesa indicar que la argumentación del jurista se centra en la interpretación de la voluntad del testador: *non est verisimile hunc demum eum testatorem substituere voluisse*. La petición del legado y la renuncia a la tutela suponen un desprecio de la *voluntas testatoris*. Se presume que el mismo testador hubiera rechazado esta quiebra de la lealtad en que fundó las dos disposiciones³².

32. Un supuesto en el que se amplía esta solución para casos semejantes lo encontramos en D. 27.2.1.3 (Ulpiano, 34 ad ed.): *Certe non male dicitur, si legatarius vel heres educationem recu-*

5. El reconocimiento del *iudicium patris* excluye el *ius abstinenti*. El *heres suus et necessarius* puede obtener del pretor el *ius, facultas, potestas o beneficium abstinenti*⁵⁵. El beneficio surge en el ámbito de la *bonorum venditio*. Se permite que el heredero necesario se abstenga de la herencia, que será vendida a nombre del *paterfamilias* evitándose así la infamia del hijo⁵⁶. Es una medida ya conocida en tiempos de Cicerón, aunque posiblemente sea más antigua⁵⁷. No se exigía una petición formal ante el pretor, que ni siquiera parece que estuviera prevista. D. 29,2,12 (Ulpiano, 12 *ad ed.*): *Ei, qui se non miscuit hereditate paterna, sive maior sit sive minor, non esse necesse praetorem adire, sed sufficit se non miscuisse hereditati*. La reclamación de los acreedores hereditarios daba lugar a la declaración del *suius*, que se concretaba en la introducción de una *exceptio*, puesto que la determinación de la existencia o no de la *immixtio* era una cuestión de hecho que necesitaba de una actividad probatoria⁵⁸. Es justamente el concepto de *immixtio* el que comporta el reconocimiento implícito de la *voluntas patris*. Se exige, como requisito negativo, al *puber*, porque se entiende que éste posee ya la suficiente madurez de juicio para rechazar o aceptar el testamento paterno⁵⁹. Creo que este punto es de importancia. En mi opinión, la relevancia de la distinción entre *puber* e *impuber*, para exigir sólo a este último el deber de no mixturarse en la herencia, otorgaba carácter consistente al *animus heredis* como categoría jurídica, es plenamente clásica. Esta postura es compatible con el hecho de que los juristas fueran poco a poco explicitando sus límites y efectos, y que Juliano tuviera en ello un papel principal. Debemos

set testamento sibi iniunctam, denegari et actiones debere exemplo tutoris testamento dati: quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum: ceterum si esset relicturus, etiamsi educationem recusaturum sciret, non denegabimur ei actio, et ita dicit Severus saepissime statuit. Se observa que la solución se hace depender de la interpretación de la voluntad del testador. Si éste sabía que el heredero o el legatario rechazaban la carga de la educación (sin ser tutotest), y aun así realizo las disposiciones, estas son válidas.

55. Vid. LENEL, *FP*, p. 418; P. BONEANTE, *Corso di diritto romano VI*, 1930 (Milano 1974) 477 ss.; G. LA PIRA, *op. cit.*, pp. 68 ss.; B. BRONDI, *Diritto ereditario romano enl.*, pp. 219 ss.; P. VOGLI, *Diritto ereditario romano I cit.*, pp. 578 ss.

56. *CJ*, 2,11,7 (a. 295).

57. Sostiene G. LA PIRA, *op. cit.*, p. 49, contra la opinión de Fadda, que el *ius abstinenti* es históricamente anterior a la posibilidad de la institución condicional del *heres suus*. La jurisprudencia debió establecer un remedio que evitara algunos efectos negativos para el *suius* no resueltos por el *ius abstinenti*. La condición potestativa no destruye la estructura de la sucesión civil e incorporaba un régimen de más fácil aplicación.

58. Si el *ius abstinenti* tiene lugar respecto a un *status impuber* no alcanzaba relevancia jurídica la *immixtio*. En tal caso, la aplicabilidad del beneficio da lugar a una *denegatio actionis*. En este caso es admisible la petición de un *tempus ad deliberandum*: D. 28,8,7 pr. (Ulpiano, 60 *ad ed.*).

59. D. 29,2,57 pr. (Gayo, 23 *ed. prov.*): *Necessarius hereditibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinenti se ab hereditate proconsul potestatem facti, ut, quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinenti facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint*. Cfr. D. 29,2,11 (Pomponio, 3 Sabinus t. Sobre la aplicación de la *restitutio in integrum*: P. BONEANTE, *op. cit.*, p. 478 n. 4.

partir del dato cierto que ve la *immixtio* como una realidad sustancialmente análoga a la de la *pro herede gestio* (así lo subraya Voci³⁸), lo que hace que estas consideraciones tengan un valor general que exceden al *ius abstinendi*. Nos parece que tanto la *pro herede gestio* —referida a un testamento— como la *immixtio*, son conceptos que formalmente contienen como elemento central el *animus* del sujeto a quien se atribuyen, pero que este *animus* respecto a su contenido no es sino el reconocimiento de la voluntad del testador.

El debate sobre la función de la voluntad en la *pro herede gestio* se encontraba planteado ya en época de Labeón. D. 29,2,62 pr. (Javoleno, 1 *post. Lab.*)³⁹

Antistius Labeo ait, si ita institutus sit "si iuraverit, heres esto", quamvis iuraverit, non tamen enim statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia iurando voluntatem magis suam declarasse videatur. Ego puto satis eum pro herede gessisse, si ut heres iuraverit. Proculus idem, eoque iure utimur.

Y el importante texto de D. 29,2,20 pr. (Ulpiano, 61 *ad ed.*):

Pro herede gerere videtur is, quid aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere non esse facti quam animi, nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custoditiae causa fecit, non videtur pro herede gessisse.

La coherencia de estos pasajes y la armonía de su planteamiento con el régimen de la *immixtio* suponen un argumento muy fuerte contra la doctrina que de modo sistemático ubica la relevancia del *animus* en época justinianea⁴⁰. En todo caso, el reconocimiento del *iudicium testatoris*, como requisito positivo en la *pro herede gestio*, o como requisito negativo en la *immixtio*, se presenta con un perfil común. La dignidad del testamento exige como principio general su reconocimiento. De ahí que cualquier actividad que implícitamente presuponga la aceptación de lo contenido en él, deba ser interpretada (y así lo hace en abstracto el derecho en los supuestos que se están considerando) como la expresión de un *animus* favorable a la decisión del causante. Sólo cuando el propio *iudicium testatoris* se aparte de las exigencias morales exigidas por el derecho⁴¹

38. P. VOGL, *Diritto ereditario romano* I cit., p. 598.

39. *Ibidem*, p. 597.

40. A favor de su carácter no justinianeo: A. CALZADA, "Aditio nulla voluntate". La aceptación de la herencia en el Derecho Romano (Zaragoza 1995) 214 ss. Por otra parte, conviene destacar que existe una línea de continuidad sobre el papel relevante del *animus* en la *pro herede gestio*, a pesar de las diferencias concretas que puedan subrayarse, desde las Instituciones de Gayo hasta las de Justiniano, pasando por los Fragmenta Augustodunensia. Vid. Gaï, 2,169; FA, 2,44; IJ, 2,19,7. Sobre FA, 2,44 y otros pasajes concordantes: vid. la edición y comentario de J.D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Fragmenta Augustodunensia* (Granada 1998) 188 ss.

41. La consideración moral del testamento se expresa de modo muy significativo en D. 28,7,15 (Papiniano, 16 *quaest.*): *Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut*

podrá ser impugnado para restaurar de algún modo el equilibrio debido. Ese mismo respeto es el que veta cualquier posibilidad de aceptar alguna ventaja al tiempo que se intenta la reclamación. En el caso del *ius abstinenti*, se realiza la transformación de un heredero necesario en un sucesor voluntario, es decir, en alguien que puede elegir libremente si quiere convertirse realmente en heredero. El ejercicio de esta libertad es el rasgo que, según hemos visto, vendría subrayado por la diferenciación entre *puber* e *impuber*. Es posible que esta diferenciación se aplicara también a la condición *si volet* en la institución de un heredero necesario, aunque no haya noticia de ella en las fuentes. La cláusula guarda una clara proximidad con el *beneficium abstinenti*; sus efectos, sin embargo, son más radicales, ya que se producen en el *ius civile*. Esta proximidad y la efectividad de su régimen llevaban a G. La Pira⁴² a postular que el *ius abstinenti* había nacido con anterioridad. Hay un pasaje en el que Marciano establece una vinculación entre *ius abstinenti* e institución del heredero necesario con la condición *si volet*. Un problema que puede surgir en este segundo caso, semejante al ya mencionado a propósito de la *hpc*⁴³, es el resultante de la inexistencia de un acto formal del aceptación o de renuncia previsto para el *heres suus*, por motivos obvios. El cumplimiento o no de la condición que estamos considerando depende de la *comuptio* de *instancia*. D. 28,7,7,1 (Marciano, 7, *inst. i.*):

Non ab re autem hoc loco etiam excessus hic subiungitur suis in heredibus institutis "si voluerint heredes esse" non permitendum amplius abstinere se hereditate cum ea conditione instituti iam non ut necessarii, sed sua sponte heredes existerent. Sed et ceteris condicionibus, quae in ipsorum sunt potestate, si sui parentum, ius abstinenti adsequi non debent

Teniendo en cuenta que el *ius abstinenti* sólo puede constatarse por vía procesal, en el momento de la reclamación del algún acreedor testamentario, y que el segundo inciso del párrafo se refiere expresamente al cumplimiento de una condición potestativa, parece derivarse que el supuesto indica un caso en que el *heres suus* insituído *si volet* ha realizado algún acto de gestión que ha supuesto ya el reconocimiento del *iudicium testatoris*. En mi opinión, el pasaje demuestra que en su aplicación al caso concreto, los efectos de la cláusula *si volet* añadida a la institución de un *suius* y del *ius abstinenti* se superponen⁴⁴. La realidad de la *pro herede gestio*, respecto al posible cumplimiento de la cláusula

*principis improbant, testamentum infirmet patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Como es sabido, la regla general es la de tener la condición por no puesta: vid., por ejemplo, D. 28,7,1 (Marciano, 1 *inst. i.* podría decirse que de esta manera se protege el testamento respecto a su propio autor.*

42. Vid. supra n. 35.

43. Vid. supra n. 20.

44. Salvo que el testador hubiera establecido un manera específica de exteriorizar el cumplimiento de la condición, es decir, una figura similar a la cretio de los herederos voluntarios.

sula *si volet*, y la *immixtio* en relación con el *ius abstinendi*, se unifican por cuanto la determinación de su existencia se realiza en función de la interpretación de la misma conducta del instituido. Y esa conducta no es divisible: los mismos actos con los que haya podido convertirse en heredero son los que podrán ser interpretados como *miscere se paternae hereditati*. El cumplimiento de la condición potestativa es ya una expresión del *iudicium patris*; la valoración se realizará en la fase *apud iudicem* del proceso en el que se sustancie la reclamación del acreedor hereditario.

6. Supuestos del edicto *Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem*⁴⁵. Como es sabido, el *ius civile* permitía que el instituido en un testamento renunciara a la delación, y luego se hiciera heredero abintestato, evitando el cumplimiento de los legados y otras cargas impuestas en el testamento. Hay que tener en cuenta que el supuesto afecta a herederos que son miembros del grupo familiar del testador, y que el supuesto más frecuente es el de los *liberi* del *paterfamilias*. Con esta medida el pretor protege la *voluntas testatoris* e impone su reconocimiento a quienes intenten defraudarla. La explícita finalidad moral de la actuación pretoria se observa en varios pasajes. Por ejemplo en D. 29,4,1 pr. (Ulpiano, 50 *ad ed.*):

Pretor voluitates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrir, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemque eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur.

Que el reconocimiento del *iudicium testatoris* es la finalidad de la actuación pretoria, se comprueba por el hecho de que no hay lugar a la acción cuando es el mismo testador el que permite la delación abintestato. Es decir, el edicto no se configura como un régimen que rectifica la autonomía de la voluntad, sino que da preeminencia a la voluntad del testador frente a la del heredero, porque estima –por motivos éticos– que aquélla es más digna de tutela. La voluntad del testador puede, por tales motivos, excluir el régimen pretorio. D. 29,4,6,1 (Ulpiano, 50 *ad ed.*):

Plane si nominatim id ei permisit, dicemus non eum incidere in edictum, quia usus est facultate ea, quam ei testator concessit: quod si non ei concessit specialiter testator omittre, is ordo erit sequendus, quem Iulianus ostendit.

Por esta vía se llega a lo que podríamos considerar el principio general que inspira al pretor en esta materia. La existencia de una *iusta causa* en la omisión de la delación testamentaria dará lugar a la inaplicabilidad del edicto. D. 29,4,6,3 (Ulpiano, 50 *ad ed.*):

⁴⁵. Vid. D. 29,4; Cf. 6,39; LENEL, *FP.*, pp. 363 ss.; Según Lenel las palabras *rel alio modo*, que figuran en la rúbrica de D. 29,4, son ajenas al Edicto.

Non simpliciter autem praetor pollicitus est se daturum actionem, sed causa cognita: nam si ve inveniit testatorem huius rei auctorem esse ipsumque permisisse ab intestato succedere aut si qua alia iusta causa omittendi intervenit, utique non dabit actionem in eum legatorum.

7. El no reconocimiento del *iudicium testatoris* como presupuesto de admisibilidad de la querrela por testamento inoficioso. La rectificación más grave que puede sufrir una institución de heredero es la que procede de la *querrela inofficiosi testamenti*, porque con esta acción civil se someten a revisión los criterios de fondo que utilizó el testador, y si cumplió o no, y en qué medida, el deber moral que le une a sus hijos o, en su caso, a otros miembros de su familia (*officium pietatis*). Como en los casos anteriores, pero quizá con mayor intensidad, se comprende que el ordenamiento ponga algunos límites procesales a la reclamación (plazo de interposición, *portio debita*, etc.) precisamente porque la querrela pone en tela de juicio, y por razones no formales, el fundamento de todo testamento: la institución de heredero⁴⁶.

El concepto de *iudicium patris* (y sus equivalentes⁴⁷) que se utiliza en la querrela coincide exactamente con el que hemos estudiado en los apartados anteriores. Se prevé, por tanto, que el legitimado activamente a la acción no haya reconocido la voluntad del testador. Algunos textos señalan que en tal caso será rechazado por medio de una *praescriptio*⁴⁸. Señalaremos dos ejemplos de esta coincidencia: D. 5,2,23,1 (Paulo, *de inoff. test.*):

si hereditatem ab heredibus institutis exhereditati emeruit vel res singulas scientes eos heredes esse aut conduxerunt praedia aliudve quid simile fecerunt: vel solverunt heredi quod testatori debebant: iudicium defuncti adgnosceri videntur et a querella excluduntur.

El reconocimiento (*adgnosceri*)⁴⁹ aparece como una categoría intelectual, en la que lo esencial es la intención (*scientes*), mientras que la actividad exterior es sobre todo un medio de identificación del *animus*, por lo que ni siquiera interesa realizar una catalogación excesivamente precisa (*aliudve quid simile fecerunt*). De una manera análoga se expresa D. 5,2,31,4 (Paulo, *de septem. iud.*):

Quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim? Puto in testamento adscripserit post mortem patris consentire me? Repellendum sum ab accusatione.

Desde este punto de vista, que ve en el reconocimiento de la voluntad del testador un fenómeno más intelectual que material, es coherente que la falta de

46. Para evitar innecesarias repeticiones nos remitiremos en este apartado a: J.M. RIBAS-ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho Romano. Querrela inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico* (Granada 1998) 231 ss.

47. *Ibidem*, p. 83; 87; 89; donde se encuentran identificadas las fuentes sobre esta materia.

48. Vid. D. 5,2,12 pr y 2 (Modestino, *de praescrip.*).

49. Cfr., por ejemplo, D. 5,2,8,10 (Ulpiano, 14 *ad ed. l. adgnovit eam iudicium*).

reclamación efectiva de un legitimado activo, cuando al menos en teoría se den todos sus presupuestos, pueda ser valorada precisamente como un caso de aceptación de esa voluntad. Pero, conviene destacarlo, no siempre será esta la solución, porque pudiera suceder que la falta de reclamación se debiera a un error en los presupuestos de hecho o tuviera otro tipo de intencionalidad. Justamente a un caso de este tipo se refiere D. 5,2,17 pr. (Paulo, 2 *quaest.*), que comienza afirmando: *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem*... El jurista saca las oportunas conclusiones en la segunda parte del supuesto, en D. 5,2,19 (Paulo, 2 *quaest.*)⁵⁰: (...) *nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri* (...) ⁵¹ Todos estos testimonios confirman que la construcción del concepto de *animus heredis*, como núcleo de la idea de reconocimiento de la voluntad del testador, pero aplicable igualmente en la *pro herede gestio*, y en la configuración de todos los supuestos de renuncia a la herencia o a la *bonorum possessio* que hemos ido identificando, responde a un criterio general y coherente dentro del derecho romano clásico⁵². Los esfuerzos que ha realizado un sector de la doctrina para lograr probar la alteración de todos estos pasajes son más bien fruto de un prejuicio de tipo evolutivo y no tienen en cuenta suficientemente la coherencia lógica interna de los textos y la sintonía entre las diversas figuras en las que opera⁵³.

8. Conclusión. Hemos intentado ofrecer una clasificación de los diversos ámbitos del derecho hereditario en los que opera el reconocimiento de la voluntad del testador, que es, en muchos casos, al menos originariamente, el *paterfamilias*. También ha sido nuestro propósito indicar que el reconocimiento es una operación intelectual, un *animus*, más que un conjunto de actos externos, aunque sean éstos los que, por medio de la interpretación, descubran la presencia de aquél. Por lo demás, hay una evidente simetría entre la consideración del testamento como un negocio jurídico en el que, a pesar de las exigencias formales, se alza con claridad la idea de *voluntas* o *iudicium*, y el reconocimiento del heredero que, conscientemente, admite, presta su consentimiento, a aquella voluntad. La aceptación de alguna disposición testamentaria excluye la legitimación activa en la reclamación, por ejemplo en la *bonorum possessio contra tabulas*, porque se estima que la dignidad del testamento debe excluir que alguien tome de él alguna ventaja al tiempo que, por otro lado, pretende impugnarlo. La peculiaridad de los supuestos que hemos estudiado consiste en que, en muchos casos, nos hallamos en presencia de herederos *sui et necessarii*; y siempre dentro de la esfera familiar del testador. En todos los casos, el recono-

50. La solución que proponemos para el difícil pasaje de D. 5,2,19 (Paulo, 2 *quaest.*) se contiene en: J.M. RIBAS-ALBA, op. cit., pp. 270 ss.

51. A continuación se realiza el paralelismo, ya comentado, con el caso de quien por error aceptó el testamento del difunto, sin que ello suponga renuncia a la *bonorum possessio contra tabulas*; vid. supra n. 29.

52. Vid. supra n. 40.

53. Vid. J.M. RIBAS-ALBA, op. cit., p. 274.

cimiento aparece como un principio general que se aplica sin sufrir variaciones apreciables en los diversos apartados en que, convencionalmente, hemos dividido la materia. Incluso hubiera sido posible, si no nos impidiera hacerlo el fin de este trabajo, estudiar con detenimiento su aplicación en la *pro herede gestio*.

¿Cuál es el fundamento de esta figura? Una primera aproximación, legítima, pero incompleta, a los diferentes supuestos que hemos presentado, podría ser la que ve en los efectos del reconocimiento una expresión concreta del *venire contra factum proprium*, máxima que tradicionalmente se vincula con la buena fe⁵⁴, y que, en nuestra materia posee, como hemos comprobado, apoyo en las fuentes⁵⁵. Esta regla vincula la materia jurídica a la que se aplica con el mundo de la moral; de ahí su indudable fuerza argumentativa⁵⁶.

Dentro de este ámbito fronterizo entre la moral y el derecho, nos parece que aún podemos identificar un fundamento próximo. Éste es el deber fundado en la *pietas*. Recordemos que los supuestos estudiados, aunque se centran en el testamento, tienen siempre por protagonistas a miembros de la comunidad familiar. El *iudicium testatoris* es casi siempre el *iudicium patris*, y así debió serlo en la institución más antigua de las mencionadas, la querrela por testamento inoficioso, al menos, en su régimen más arcaico. La libertad que se concede al testador presupone que este cumplirá su tarea con arreglo a unos criterios de justicia, concepto este que en la querrela se materializa como *officium pietatis*. Pero la piedad, y esto es lo que nos interesa, es sobre todo deber y virtud de hijos (y de otros descendientes e incluso del liberto)⁵⁷. Para Cicerón, *de inv.* 2,60: *Religionem eam quae in metu et caerimonia deorum sit appellant; pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat*. También Cicerón en *part. or.* 78: *In communiōne autem quae posita pars est, iustitia dicitur, eaque erga deos religio, erga parentes pietas, vulgo autem bonitas, creditis in rebus fides, in moderatione animadvertendi lenitas, amicitia in benevolentia nominatur*. Podrían citarse varios pasajes de Valerio Máximo⁵⁸.

En el Digesto, y en relación con la materia que estamos considerando, se comprueba que los juristas reconocen el valor de la *pietas* como una realidad que precede y afecta al campo de lo jurídico. D. 29,2,20,1 (Ulpiano, 61 *ad ed.*):

54. Vid. F. WIEACKER, El principio general de buena fe, trad. de J.L. Carro (Madrid 1982) 60 ss.

55. Vid. supra n. 25.

56. Vid. Ch. PERELMAN, La Lógica jurídica y la nueva Retórica, trad. de L. Díez-Picazo (Madrid 1988) 123.

57. Vid. C. KOCH, en RE XX,1 (Stuttgart 1941) s.v. Pietas col. 1221 ss. El autor señala que los deberes fundados en la piedad son de dos tipos: culturales, respecto a los antepasados, di parentes; estrictamente morales, respecto a los otros miembros de la familia, que merecen respeto. Ambas manifestaciones encuentran su unidad en el concepto arcaico (pero persistente) de familia como comunidad de vivos y difuntos. Vid. g. WISSOWA, Religion und Kultus der Römer, unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage 1912 (München 1971) 331; K. LATTE, Römische Religionsgeschichte (München 1960) 239.

58. Vid. por ejemplo, Valerio Máximo 2,1: 5,4: 7,7,3.

Et ideo solent testari liberi qui necessari existunt, non animo heredis se gerere quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo. Et puta patrem sepe licit vel iusta ei fecit si animo heredis, pro herede gessit, enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse. C. 1. 17.

Pero quizá el pasaje donde mejor puede observarse que el reconocimiento de la voluntad del testador se funda en un deber moral de respeto es D. 34,9,24 (Papiniano, 18 *quaest.*):

Si testamentum patris iure factum filius negavit, quoniam de iure disputavit, non iudicium impugnavit aut accusavit, retinet defuncti voluntatem.

El hijo que reclama porque tiene la opinión de que el testamento del padre no cumple los requisitos legales de forma o capacidad, puede beneficiarse después, una vez aceptada su eficacia en el juicio, de aquel testamento. La causa es evidente: el hijo respetó en todo momento la voluntad material del padre, es decir, reconoció el *iudicium patris* no obstante la acción interpuesta (que no fue la querrela por testamento inoficioso). Sólo cuando una reclamación pone en duda la decisión de fondo contenida en el testamento se quebra el principio de confianza contenido en *l. pactas*.⁵⁹ En nuestra opinión esta fundamentación sería aplicable a todos los supuestos arriba estudiados.

59. Cfr. D. 3,5,33 (31) (Paulo, 1 *quaest.*) donde se menciona el caso de unos alimentos pagados *iure pietatis*. Cfr. D. 11,7,1 (Ulpiano, 25 *ad ed.*).

60. El mismo principio opera en sentido inverso cuando el hijo impugna injustamente un testamento como inoficioso; la consecuencia es que pierde lo que aquel testamento le hubiera atribuido, *quasi indigno ablatum*: D. 5,2,8,14 (Ulpiano, 14 *ad ed.*).