

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

***AMBULATORIA VOLUNTAS Y VOLUNTAS
EVIDENS: LA DISCUTIDA HERENCIA DE
VALERIO NEPOTE***

**AMBULATORIA VOLUNTAS AND VOLUNTAS
EVIDENS: THE CONTESTED INHERITANCE OF
VALERIUS NEPOS**

**Ana M. Rodríguez González
Universidad Carlos III de Madrid**

Es conocida la referencia de Ulpiano a la naturaleza cambiante de la voluntad del hombre, ánimo voluble que puede variar

hasta el último instante de la vida¹. Y es que, como cambian los deseos, las amistades o las deudas de gratitud, cambia también la situación personal y patrimonial del individuo y no es extraño que un sujeto pueda justamente modificar lo que inicialmente había pensado como definitivo para después de su muerte².

Atendiendo a esta realidad, el Derecho romano reguló el modo de proceder para cambiar válidamente el testamento, pero hay que reconocer que los mecanismos previstos fueron inicialmente tan restrictivos, que algunos estudiosos han llegado a afirmar que el *testamentum* fue concebido en Roma

¹ *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (D.24,1,32 y 34,4,4 -Ulp. 32 ad Sab.). En el libro 33 de los Comentarios a Sabino, Ulpiano compara el cambio de voluntad relativo a las donaciones *inter virum et uxorem* con el cambio de parecer sobre legados y fideicomisos. En uno y otro caso se ha de atender a la última voluntad (*supremum iudicium*), ya que ésta es siempre variable. En desacuerdo con esta interpretación: A. SUMAN, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testatium*'. *Studio di diritto romano*, Roma, 1916, p. 126 ss.

² El cambio de parecer sobre el destino de la herencia ha constituido una escena recurrente en la literatura romana: como un ejemplo de manipulador de voluntades ajenas puede citarse a Régulo (Plin. *Ep.* 2,20), que consiguió que Verania modificara su testamento para beneficiarle con la adición de un codicilo. También Juvenal alude a Pacuvio como un implacable cazafortunas que consigue embaucar a sus "víctimas" para que borren sus testamentos (*delebit tabulas*) y redacten en su favor otros nuevos (Juv. *Sat.* 12,120); otros ejemplos: Marc. *Ep.* 6,63; Hor. *Sat.* 2,5.

como un acto esencialmente irrevocable³. Se explica esta afirmación porque el viejo *ius civile* admitía la modificación de un testamento sólo si se realizaba otro posterior formalmente válido (*iure factum*) para sustituir al precedente⁴, y excluía, por tanto, que cualquier otra manifestación de voluntad tuviera efecto jurídico alguno, por clara que pareciese en su intención de anular o modificar el testamento anterior⁵. En este sentido, puede decirse que la *hereditas adimi⁶ non potest*, como escribe Juliano⁷, y puede decirse también que la formalización del testamento suponía, en principio, la imposibilidad de volver atrás para morir voluntariamente intestado⁸.

³ SUMAN, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testatium*', cit. p. 124 ss.

⁴ Entre otros, Gai. 2,151 (*potest ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmetur*); D. 28,1,21,1 Ulp. 2 *ad Sab.* (*Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt*).

⁵ Caso distinto es, como se sabe, el testamento del *miles* (D.29,1,15,1 Ulp. 45 ed.; D.29,1,19 Ulp. 4 disp.)

⁶ Con el término *ademptio* se hace referencia tanto a la declaración de revocación como a cualquier otra manifestación del cambio de voluntad. P. VOCI, *Diritto ereditario romano. Parte speciale. Successione 'ab intestato'. Successione testamentaria*, Vol. II, (2 ed.), Milano, 1963, p. 483 n.6.

⁷ D. 28,2,13,1 Iul. 29 *dig.*; En el mismo sentido, D. 28,4,1,4 Ulp. 15 *ad Sab*; D. 28,7,27,1 Mod. 8 *resp.*; D. 36,1,76 Scaev. 19 *dig.*

⁸ El *ius civile* admitiría únicamente lo que se denomina revocación cualificada, es decir, la sustitución total de un testamento por otro; no contemplaba, pues, ni la modificación *post consummationem/perfectionem testamenti* de alguna de sus cláusulas, ni la eliminación del testamento

Sin embargo, el tratamiento que el Derecho romano dispensó a la revocación del *testamentum* es, en realidad, un asunto más complejo de lo que se desprende de esta vieja regla, ya que es necesario considerar que este *ius civile* tradicional fue flexibilizándose con el paso del tiempo. En esta evolución fue importante la función desempeñada por el *ius honorarium*, pero también la aportación del Derecho imperial, y gracias a los mecanismos introducidos por una y otra fuente de creación del Derecho, puede decirse que los supuestos de revocación se ampliaron en la práctica y que todos ellos tuvieron como denominador común el protagonismo cada vez mayor de la voluntad del difunto⁹.

En el siglo II d.C. algunas de estas modificaciones se encuentran ya plenamente consolidadas y otras están en pleno proceso de instauración, y una buena prueba de esto último puede encontrarse en un famoso litigio, el suscitado por el testamento de *Valerius Nepos*, que conocemos gracias a un fragmento del digesto de Marcelo recogido en la compilación justiniana (*de his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur*): D. 28,4,3. La voluntad de Nepote fue, sin duda, la de cambiar las tablas que había escrito un día, sin embargo, ni sus sucesores ni

para abrir la sucesión legítima. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit., vol. II, pp. 481 ss.

⁹ Cfr. SUMAN, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testatium*', cit. pp. 135-136; 160

quienes intervinieron sobre el reparto de su herencia pudieron saber con certeza en qué sentido. Un cambio de voluntad y, a la vez, una voluntad oscura generaron en este caso una auténtica *quaestio iuris*.

Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus. "Cum Valerius Nepos mutata voluntate et incidere testamentum suum et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur". Et advocatis fisci dixit: "Vos habetis iudices vestros". Vibius Zeno dixit: "Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues?" Antoninus Caesar dixit: "Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit?" Cornelius Priscianus advocatus Leonis dixit: "Nomina heredum tantum induxit". Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: "Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet". Priscianus dixit: "Manumisit quosdam et legata dedit". Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset, dixit: "Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse

voluisse, quae induxit". Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: quod videlicet favore constituit libertatis.

Del texto de Marcelo se desprende que Valerio Nepote había realizado un testamento en el que, además de designar herederos, y con el ánimo de beneficiar a los instituidos y a otras personas distintas, había dispuesto legados y prelegados¹⁰, y había concedido también la libertad a algunos de los esclavos que le habían servido. Las que iban a ser sus últimas voluntades fueron recogidas por escrito, probablemente en unas tablillas enceradas, como solía hacerse generalmente, pero pasado un tiempo, por algún motivo sus deseos cambiaron y, abriendo el documento (*inciderit testamentum suum*), tachó el nombre de todos los que anteriormente había

¹⁰ Aunque no vuelve a hacerse referencia a esta circunstancia en el texto, Marcelo dice que la cuestión más problemática a discutir en el *consilium* fue la validez de los legados atribuidos a los herederos tachados: *et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta*. Papiniano también hace referencia a esta circunstancia cuando dice: *de praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio* (D. 34,9,12 Pap. 16 *quaest.*). Vd. *Infra*, §3.3. Sobre la necesidad de una lectura conjunta de los fragmentos de Marcelo y Papiniano (D. 34,9,12 Pap. 16 *quaest.* y D. 34,9,16,2 Pap. 8 *resp.*), véase, por todos, V. WANKERL, *Appello ad Principem. Urteilsstil und Urteilstchnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)*, München, 2009, pp. 69 ss; Cfr. M. AMAYA, *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, en *Labeo* 34 (1988), pp. 18-42. Véase también *infra* n. 29.

nombrado herederos (*heredum momine induxerit*), dejó el resto de disposiciones tal y como las había redactado originariamente y, después de todo ello, murió.

Marcelo recoge esta última peripecia vital de Nepote como la causa de un pleito que provocó la intervención del mismo emperador Marco Aurelio y dio lugar a una discusión jurídica de cierta entidad en el seno de su *consilium*. ¿Era éste un caso especial, raro o extraordinario? La intervención imperial suele calificarse como un *decretum*, esto es, como resultado de una verdadera *cognitio principis*¹¹, pero si se tiene en cuenta la discrecionalidad y el carácter de excepción de la actuación jurisdiccional del emperador, una comprensión profunda del texto requiere explicar también los motivos que pudieron justificarla y los avances o cambios que, en lo referente a la revocación e interpretación del testamento, son a ella debidos. El texto de Marcelo es importante para apreciar la evolución en la revocación del testamento a la que se ha aludido, porque da cuenta de alguna de las novedades que en la materia fueron introducidas por el *ius novum* (anteriores y coetáneas con Marco Aurelio). Es interesante, también, porque proporciona la posibilidad de intuir los argumentos que adujeron cada una de las partes que se enfrentaron procesalmente en este caso, y las razones que, por su parte, esgrimieron los juristas del *consilium*

¹¹ N. PALAZZOLO, *Processo civile e política giudiziaria nel principato*, Lezioni di Diritto romano, 2 ed., Torino, 1991, p 81.

imperial cuando hubieron de discutir sobre la *quaestio iuris* generada a partir del pleito. Ciertamente, el pasaje de Marcelo, en la medida en que reproduce parcialmente los alegatos de los litigantes, ofrece más información de la que suele desprenderse de la mayoría de fragmentos jurisprudenciales, en los que el lector actual se encuentra con una escueta disección jurídica del caso¹². Por estas razones, y porque, de algún modo, este fragmento ofrece también la oportunidad de reflexionar acerca de la interpretación de la voluntad del fallecido y su reflejo en el testamento, puede resultar interesante volver de nuevo sobre él¹³. El cambio de voluntad (su interpretación y la eficacia de éste sobre un testamento ya formalizado) está en el centro de este caso, da título a estas líneas y constituye el hilo conductor del análisis textual que se propone. Se atenderá en primer lugar a la reconstrucción del pleito a partir de los datos que el texto

¹² Tampoco es común que el jurista que, en ocasiones, hace referencia a una constitución imperial proporcione una información extensa sobre el contenido completo de la misma, ni sobre las circunstancias en que ésta fue promulgada. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Vol II, Milano, 1963, pp. 19 ss. La inusitada pormenorización de detalles ha sido señalada por J. GARCÍA SÁNCHEZ, *A propósito de D.28.4.3.1, Marcelo, libro 29 'digestorum'*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, Vol. III, Milano, 1983, pp. 301.

¹³ Recientemente, WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. pp. 68-94; M. AVENARIUS, 'Benignior interpretatio': Origin and Transformation of a Rule of Construction in the Law of Succession, en *Roman Legal Tradition*, 6 (2010), pp. 1-21.

recoge sobre la audiencia que el emperador concedió a los enfrentados en el proceso; en un segundo punto se tratará de la discusión suscitada por este asunto entre los juristas del consejo imperial; y finalmente se comentarán algunos aspectos de la decisión tomada por el emperador Marco Aurelio.

1. La audiencia del emperador y la reconstrucción del litigio

El pleito sobre el testamento de *Valerius Nepos* tuvo su origen en un momento cercano al tiempo en que escribe Marcelo, pues el jurista se refiere a él como un acontecimiento sucedido recientemente (*proxime*)¹⁴. Transcurría entonces el año 166

¹⁴ Marcelo, que formó ya parte del *consilium* de Antonino Pío (SHA, *Pius* 12,1) refiere el caso de Nepote de primera mano. Puede haber escrito los 31 libros de sus *digesta* bajo el imperio de los *divi fratres* (Marco Aurelio y Lucio Vero), siendo buen conocedor de los rescriptos emanados de la cancillería de Antonino Pío: K.P. MÜLLER-EISELT, '*Divus Pius constituit*'. *Kaiserliches Erbrecht*, Berlin, 1982, p. 84. Además de Marcelo, en el consejo de Marco Aurelio destacaron también Escévola (SHA, *Marcus*, 11,10) y *Volusius Mecianus* (SHA, *Marcus*, 3,6 y D.37,14,17 pr. Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*). Vd. J. CROOK, '*Consilium Principis*'. *Imperial councils and counsellors from Augustus to Diocletian*, Cambridge, 1955, pp. 69-76; M. MORABITO, *Étude sur la composition du Conseil impérial d'Antonin le Pieux á Commode (138-193)*, en *Index* 12 (1983-84), p. 321-326 (incluye a *Vibius Zeno* como miembro del consejo del emperador); Cfr. V. MAROTTA, '*Multa de iure sanxit*'. *Aspetti della política del diritto di Antonio Pio*, Milano, 1988, p. 69, n. 134, y pp. 25 y 56 ss.

d.C.¹⁵, el fisco habría iniciado una reclamación de la totalidad de la herencia del difunto Nepote y a esta *vindicatio* habrían contestado en el proceso los favorecidos con los legados dispuestos por el causante, algún heredero prelegatario y también los manumitidos *ex testamento*¹⁶, haciendo valer, todos ellos, que debían ser respetadas y cumplidas las disposiciones de las que habían sido beneficiarios, a pesar de las tachaduras sufridas por la institución de herederos.

Planteado en estos términos, el pleito ha sido considerado generalmente como una controversia acerca del efecto de las tachaduras operadas en la institución de herederos sobre la eficacia global del testamento¹⁷; sin embargo, aunque no puede

¹⁵ *Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus*. A. ALFÖLDY, *Konsulat und Senatorenstand unter den Antoninen, Prosopographische Untersuchungen zur senatorischen Führungsschicht*, Bonn, 1977.

¹⁶ WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. p. 83; C. SANFILIPPO, *Potere del princeps e diritto testamentario*, en *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Vol. I, Firenze, 1982, p. 100: *heredes inducti*.

¹⁷MÜLLER-EISELT, '*Divus Pius constituit*', cit., pp. 190 ss; AMAYA, *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, cit., pp. 25 ss.; G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica, Le successioni ereditarie*, Vol. 6, Milano, 1988, pp. 55 ss; PALAZZOLO, *Processo civile e política giudiziaria nel principato*, cit., p. 84; A. PALMA, '*Humanior interpretatio*'. '*Humanitas*' nell'interpretazione en ella normazione da Adriano ai Severi, Torino, 1992, pp. 40 s. y 45; ID, '*Beningnior interpretatio*'. '*Benignitas*' nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai

negarse que en el pleito y en el *consilium* se discutió sobre la eficacia de un testamento sin herederos, no fue ésta, a mi juicio, la verdadera *quaestio iuris* del caso, esto es, el punto fundamental que pretende resolverse con la intervención del emperador y para el que éste utiliza la benevolencia o *benignitas* como criterio de interpretación. En realidad, la validez de las liberalidades del testamento de Nepote, objeto del pleito, no se discute a partir de la ineficacia general del testamento, sino a partir de la intención del difunto, que, no obstante, es necesario interpretar¹⁸. Como se verá, el fisco habría reclamado los bienes de esta herencia basándose en la declaración de indignidad de los herederos tachados, y se habría negado a cumplir legados, prelegados y manumisiones haciendo valer que también Nepote había querido revocarlos. Las tachaduras operadas en un testamento civil, se mencionará también, no produjeron nunca *iure civili* la ineficacia del testamento, ni tampoco fue ésta una consecuencia de la aplicación del régimen de indignidad, por lo que el argumento de la ineficacia de un testamento sin herederos que aparece en el texto de Marcelo

Severi, Torino, 1997, pp. 72 ss; WANKERL, '*Appello ad principem*', cit., p. 72; Cfr. S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, Milano, 1982, pp. 253 ss.

¹⁸ SUMAN, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testatium*', cit. p. 174; C. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1900, pp. 261 y 281

(Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet)
debe encontrar una justificación más satisfactoria.

Con el ánimo de reconstruir en lo posible el contenido de este litigio y comprender mejor la cuestión jurídica suscitada por el caso, se analizará en primer lugar el fundamento normativo de la reclamación de la herencia por parte del fisco; a continuación se referirán los efectos que ya el Derecho de la época reconocía a las tachaduras operadas en el testamento; por último se comentarán los argumentos esgrimidos en el juicio oral que se sostuvo ante el emperador.

§ 1.1. *La iniciativa procesal del fisco. ¿'ereptio' de los bienes del indigno o 'vindicatio' de 'bona vacantia'?*-

Parece claro que el pleito comienza con la iniciativa procesal del fisco, quien, tachados los nombres de los herederos, reivindica los bienes como caducos: *cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur...*¹⁹ No resultan, sin embargo, tan evidentes los presupuestos que se habrían dado en el caso para este ejercicio de la *vindicatio a fisci ut caduca*, ya que el término *caducum* aparece en las fuentes como un término polisémico, cuyo significado no es uniforme a lo largo del tiempo.

¹⁹ Las tachaduras y la sucesiva reivindicación del fisco se exponen como el desencadenante de la discusión, que gira en torno a la eficacia o ineficacia de los legados, prelegados y manumisiones.

Caduca fueron, en principio, los bienes dejados en herencia o legados a personas a las que las leyes *Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y *Papia Poppaea* (9 d.C.) habían sustraído la *capacitas*, esto es, la posibilidad de recibir y retener cuanto se les había transmitido *mortis causa*²⁰. Serían *caduca*, por tanto, todos los bienes (o parte de ellos) dejados en testamento a herederos, legatarios o fideicomisarios que fueran solteros (*caelibes*), casados sin hijos (*orbi*) o viudos que, aun con hijos, permanecieran solteros en edad casadera (*patres solitarii*)²¹. A este primer grupo de bienes dejados a *incapaces* se añadieron también en las leyes Julias²² con la misma consideración de caducos, los bienes dispuestos a favor de un heredero voluntario que repudiaba la herencia, que moría antes de aceptarla, o que perdía la ciudadanía tras la muerte del

²⁰ P. JÖRS, *Über das Verhältnis der Lex Iulia de Maritandis Ordinibus zur Lex Papia Poppaea*, Bonn, 1882, pp. 29 ss. (reimpreso con una nota de lectura de T. Spagnuolo Vigorita, en '*Iuliae rogationes*', *Due studi sulla legislazione matrimoniale augustea*, Npoli, 1985; B. BIONDI, *La legislazione di Augusto*, en *Scritti giuridici*, Vol. II, Milano, 1965, pp. 128 ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano. Introduzione. Parte generale*, Vol. I, Milano, 1967, pp. 430 ss.; R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* (4 ed.), Padova, 1996, pp. 235 ss.;

²¹ Sobre los célibes, Gai. 2,111; 144; 286; E.U. 17,1; 22,3; Sobre los *orbi*, Gai, 2, 286^a; Menciona al *pater solitarius* E.U. 13 (*de caelibe, orbo et solitario patre*).

²² La extensión de la figura del *caducum* más allá de los casos de *incapacitas* parece haber continuado después de la *lex Iulia et Papia*. VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. Vol. I, p. 456.

testador²³. Todos estos bienes se atribuían a los coherederos, o bien a los legatarios o colegatarios siempre que, todos ellos, reunieran la condición de *patres*²⁴; en caso de no existir, eran destinados a las arcas públicas (Erario/fisco)²⁵, como ocurría también, *ex lege Iulia de maritandis ordinibus*, con los bienes vacantes, es decir, los bienes que resultaban de los casos en que

²³ Cuando estas circunstancias, muerte o pérdida de la ciudadanía, se producían después de la redacción del testamento, pero antes de la muerte del testador parece que los bienes fueron denominados *in causa caduci* (C. 6,51,4). Cuando, en cambio, se está ante una disposición testamentaria inválida *ab initio*, esto es, en el momento de la redacción del testamento, esta disposición se consideró como no escrita. También hay que tener en cuenta que la *incapacitas* de un heredero *ex asse*, según Gai, 2,144 da lugar a la apertura de la sucesión intestada. El uso del nombre *Antoninus* por los juristas para referirse a Antonino Pío, Marco Aurelio y Caracalla dificulta, a veces, la identificación del emperador. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, cit., p. 6 n.19; MÜLLER-EISELT, '*Divus Pius constituit*', cit., p. 21. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 235 ss., p. 24 y pp. 285 ss., respectivamente.

²⁴ *Qui in eo testamento liberos habent* (Gai. 2,206; 207; 286a y E.U. 25,17). A los ascendientes y descendientes hasta el tercer grado se les aplicaba, en cambio, el *ius antiquum*: conservaban lo que les había atribuido el testador, recibían las cuotas vacantes por acrecimiento (E.U. 18,1) y sin el deber de soportar los *onera* que sobre éstos pesaran (D. 31,29,2 Celso 36 *dig.*).

²⁵ Las leyes caducarias mencionadas atribuyen siempre los bienes caducos al *aerarium populi romani*, pero en algún momento el erario es sustituido por el fisco (Ulpiano hace referencia a un Antonino: E.U. 17.2). ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit. pp. 270 ss.

faltaban herederos testamentarios y herederos *ab intestato* (tanto civiles como honorarios)²⁶.

Ahora bien, con el término *caduca*, se designan también en las fuentes, de forma genérica e indiferenciada, todos los bienes que van a parar al estado; la denominación aglutina, por tanto, no sólo los bienes anteriormente mencionados (esto es, los dejados a *incapaces*, o los vacantes), sino también los *bona ereptoria*, que son aquellos bienes que el erario o el fisco detraían al heredero por ser éste declarado indigno²⁷.

²⁶ Gai. 2,150: ... *le<ge> Iulia ... e<a> lege caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto...* que ha sido integrada por Krueger: ... *nemo heres vel bonorum possessor existat*; E.U. 28,7: *Intestati datur bonorum possessio per septem gradus : primo gradu liberis ; secundo legitimis heredibus ; tertio proximis cognatis ; quarto familiae patroni ; quinto patrono, patronae, item liberis parentibusve patroni patronaeve ; sexto viro, uxori ; septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet ; et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria*. Cfr. Gai 3,78 sobre la *bonorum venditio*; R. ASTOLFI, *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, en *BIDR* (1965), pp. 323-336; ID. *La 'Lex Iulia et Papia'*, 4 ed., Padova, 1996, p. 301; Cfr. S. SOLAZZI, *Attorno ai caduca*, en *Scritti di Diritto romano*, Vol. IV, Napoli, 1963, p. 268 n.12.

²⁷ Interpretan la expresión *ut caduca* como modal y no causal (esto es, “en el mismo modo que los bienes caducos”, en lugar de “porque, o puesto que, son caducos”) E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, p. 23, pp. 155 ss.; S. PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il proceso fiscale in età severiana*, Milano, 1992, pp. 256 ss. La equiparación se

Así las cosas, volviendo al texto de Marcelo y teniendo en cuenta la polisemia del término *caducum*, podría cuestionarse el fundamento jurídico sobre el que el fisco habría reclamado los bienes de Nepote. Dejando de lado la posibilidad de que el Estado reclamase la herencia con base en la *incapacitas* de los herederos y legatarios (que no guarda relación con el caso), se ha discutido si la *vindicatio* se fundamentó en la indignidad de los tachados o se explica mejor si se supone una situación previa de vacancia en los bienes de Nepote.

explicaría porque el tratamiento que otorgaron las leyes julias a los bienes caducos y vacantes (ser destinados a personas privilegiadas o al tesoro público) se extendió (probablemente en época de Antonino Pío) a los bienes objeto de *ereptio*: NARDI, *I casi di indegnità*, cit. p. 299; PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato*, cit., pp. 253 ss. La caducidad y la indignidad tuvieron en su origen fuentes normativas distintas: mientras que la primera proviene de la *lex*, la segunda fue la consecuencia del reconocimiento de casos concretos por el derecho imperial (senadoconsultos y constituciones imperiales). B.M. REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano Clásico*, I. Oviedo, 1983, pp. 38 n. 12; 43 ss; *passim*. No obstante, cree este último que la declaración de indignidad pudo inspirarse en un principio ya presente en las leyes caducarias: si se aparta de la herencia a una persona, los bienes sustraídos no pueden seguir la suerte de las disposiciones inválidas, sino que deben ir a parar a sujetos que gozan de una condición o tratamiento especial (*patres*/Estado). VOICI, *Diritto ereditario romano*, cit. Vol. I, pp. 451y 482.

El propio Marco Aurelio alude a una disposición de su padre, Antonino Pío, que apartaba de la herencia a los herederos que habían sido tachados (*heredis eius secundum divi patris mei constituuionem ad eos qui sripti fuerint pertinere non videtur*)²⁸; y Papiniano (D.34,9,12 y 34,9,16,2) dice que Marco Aurelio decidió sobre las tachaduras del testamento del mismo modo que ya anteriormente había resuelto el Senado sobre el denominado *testamentum posterius imperfectum*, es decir, apartando de la herencia como indignos a los herederos que no contaban ya con la voluntad del testador²⁹. Por ello, parece ésta

²⁸ GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, cit. p. 177.

²⁹ Si, como se ha sostenido, (entre otros, VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit., vol. II, p. 500) el texto de Marcelo fue acortado por los compiladores justinianos, puede completarse éste con la información que se obtiene de otros dos fragmentos de Papiniano, que debió informarse sobre el caso de Nepote y sobre la decisión imperial consultado los archivos de la cancillería. Gracias a Papiniano sabemos que Marco Aurelio resolvió decretando la indignidad de los herederos; que reenvió la causa al *Praefectus Aerarii*; que mantuvo la validez de los legados y demás disposiciones sobre las que se discutía; y que resolvió también sobre la *quaestio voluntatis* que planteaba el caso de Nepote. Marco Aurelio pronuncia su decreto para el caso del testamento de *Valerius Nepos*, pero su contenido se aplicará, andando el tiempo, con carácter general. El reconocimiento de *rescripta* y *decreta* del emperador como normas jurídicas de ámbito general es ya referido por Gayo y asumido sin fisuras en la época de los Severos, de la que proceden la mayor parte las referencias jurisprudenciales al derecho imperial. Sin duda, esta obligatoriedad tenía su fundamento en la autoridad del príncipe, en su prestigio personal y el

la justificación jurídica más probable para la *vindicatio a fisco ut caduca* de nuestro texto (es decir, que la reclamación del fisco se fundamentara en la indignidad de los herederos).

de los juristas de su *consilium*, pero contribuyó también a su generalización la labor de la jurisprudencia, que, en ocasiones, extendía las decisiones imperiales a casos análogos (Gai.1,5; D.1,4,1,1, Ulp. 1 Inst.; D.36,1,22 pr. Ulp.; Front., *ad M.A.Caes.* 1,6,1-3). Así se refieren a la decisión de Marco Aurelio los fragmentos de Papiniano, que da por sentado el alcance general de ésta: D. 34,9,12 Pap.16 *quaest.* *Cum quidam scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. Quod diuus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad praefectos aerarii misit: verum ab eo legata relicta salva manserunt. De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio: et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidentem testatorem voluisse appareat.* D. 34,9,16,2 Pap. 8 *resp.* *Cum heredis nomen mutata voluntate pater familias incisus tabulis induxisset atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, divo Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere.* Véase, entre otros, R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoría delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, Nota Prima, Torino, 1962, p. 61 ss.; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, en *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della società italiana di storia del Diritto*, Vol. II, Firenze, 1971, pp. 821-854.

La hipótesis alternativa (basada en la acepción de *caducum* como vacante), que justifica la reclamación del fisco sobre la base de una situación previa de vacancia en los bienes de Nepote, sólo sería factible, en realidad, si se aceptan tres afirmaciones importantes: por un lado, que las tachaduras de los nombres de los herederos habían producido una revocación de todo el testamento; en segundo lugar, que se había abierto, en consecuencia, la sucesión intestada; y, por último, que no existían herederos legítimos de Nepote o éstos no habían hecho valer sus derechos hereditarios. Así las cosas: ¿es posible que Valerio Nepote, tachando el nombre de sus herederos, quisiera en realidad revocar todo su testamento para conseguir de este modo que se abriese la sucesión intestada? De ser así, ¿habría conseguido su propósito?

§ 1.2. *Las tachaduras operadas voluntariamente por el causante (post consummationem testamenti) en la institución de herederos y los efectos que éstas producen sobre su eficacia jurídica.-*

Como es sabido, la eficacia de un testamento civil³⁰ en el que su artífice, el testador, tacha o borra el nombre de los herederos instituidos una vez formalizado, no se pone en cuestión en el ámbito del *ius civile* tradicional: el testamento continúa teniendo

³⁰ También del denominado *utroque iure*: D.28,1,23 Ulp. 4 *disp.* Véase también *infra*, n. 35

la misma eficacia *iure civili* que si se hubiera conservado intacto³¹.

Sin embargo, se ha dicho ya, la regulación de la revocación del testamento fue cambiando *iure honorario*, y cuando se tachaba (o destruía) todo el testamento con la clara intención del causante de morir intestado, el pretor empezó a conceder la *bonorum possessio sine tabulis* y la *exceptio doli* a los sucesores *ab intestato* contra los herederos instituidos y tachados³². En estos casos, el

³¹ Gai.2,151

³² D.44,4,4,10 Ulp. 66 *ed.*; D. 38,6,1,8 Ulp. 44 *ed.*; Gayo (Gai. *Inst.* 2.151a) parece apuntar a una *bonorum possessio* de los *ab intestato* en los casos de destrucción del documento testamentario, pero el fragmento tiene lagunas y su integración es discutida: VOICI, *Diritto ereditario romano, cit.*, Vol. II, pp. 493 y 498 n. 33; SUMAN, *Favor testamenti e voluntas testantium, cit.*, p. 142; NARDI, *I casi di indegnità, cit.* pp. 136 ss. Cfr. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano, cit.* pp. 29 n. 36 y 259; G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova 2006, pp. 56-68; El estudio del tratamiento global que el Derecho romano otorgó a la revocación del testamento es un asunto particularmente complejo, ya que las fuentes proporcionan en ocasiones información confusa y contradictoria. Es fundamental tener en cuenta si los textos se refieren a un testamento civil, pretorio o *utruque iure*, y es clave también determinar si las modificaciones o correcciones que el causante realiza sobre su testamento se han producido antes o después de haberlo formalizado (*ante* o *post consummationem testamenti*).

elemento determinante en la decisión fue la clara intención del difunto de morir sin testamento³³.

Siendo así las cosas, y presupuesta la voluntad del difunto de morir intestado³⁴, la ineficacia del testamento que aduce el *advocatus fisci*, se habría discutido únicamente en el ámbito del *ius honorarium*, dando lugar, en su caso, a la concesión del magistrado de la *bonorum possessio sine tabulis* a los parientes *ab*

³³ D.28,4,4, Pap. 6 *resp.*: *Paulus notat: ut intestatus moreretur*. Por el contrario en los casos en los que las tablillas testamentarias se habían destruido por la humedad y la putrefacción producidas por el paso de los años, o por haber sido roídas por los ratones, o que habían sido modificadas ilícitamente por terceros, el pretor concedía, no obstante la destrucción, la *bonorum possessio secundum tabulas* a favor de los designados en el documento: D.37.11.1.10 y 11 Ulp. 39 *ed.* (*si quidem alius contra voluntatem testatoris incidit, bonorum possessionem peti potest*); D.37.11.2.7 Ulp. 41 *ed.* (*bonorum possessionem petere eum non posse (...) qui heres scriptus est non consulto testatore*). Las alteraciones o destrucciones que fueran debidas a un momento de enajenación mental no habrían tenido tampoco efecto revocatorio alguno. Escévola (D.28.3.20 *Scaev.13 dig.*) se refiere a un caso en que el causante destruyó su testamento habiendo perdido el juicio (*cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit*). El jurista considera aquí únicamente los efectos civiles de este hecho, ya que habla de *hereditatem adiri posse*. SUMAN, *Favor testamenti e voluntas testantium* cit., p. 148.

³⁴ NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 142; SUMAN, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testantium*', cit. p. 175 n. 2.

intestato del difunto Nepote³⁵. Habría sido el pretor, por tanto, el que en ese caso habría dejado libre la posibilidad de que los

³⁵ El testamento de Nepote debió ser un testamento *utroque iure*. Es evidente que se había recogido por escrito y que había sido sellado, pues el texto menciona la acción de *incidere*, pero si sólo se tratase de un mero testamento pretorio, no se habría planteado el problema del caso, ya que el testamento pretorio se revoca por la mera ruptura de los sellos que lo cierran. En la medida en que éstos forman parte (en su materialidad) de la formalización del testamento, determinan la propia existencia de éste. Por la misma razón hay que interpretar también que las tachaduras que se realizan tras la ruptura de los sellos deben calificarse como *post consummationem factae*. En un testamento *utroque iure* la apertura de las tablas no supone una revocación del testamento (ni siquiera su destrucción conseguía tal efecto), ya que el testamento civil obtiene eficacia de la *nuncupatio*. Cuando el testamento vale *utroque iure* se le aplica el régimen propio del testamento civil: VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., vol. II, p 510 y pp. 488-514. Sobre el papel desempeñado por la escritura tanto en el testamento civil *per aes et libram*, como en el denominado testamento pretorio: V. ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del 'testamentum per aes et libram'*, en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*. Verona 27-28-29 sett. 1948, Vol III, Milano, 1953, pp. 81-90 (= *Scritti di diritto romano* Vol IV, Napoli, 1977, pp. 185-220); B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, M. Fairén (trad.), Barcelona, 1960, pp. 35-53; G. G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, en *Studi in onore di P. De Francisci*, Vol. IV, Milano, 1956, pp. 285 ss. (= *Scritti di diritto romano*, Vol. II, Milano, 1981, pp. 735 ss.); M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale I, Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, pp. 111 ss; *Testamento (diritto romano)*, en *ED* 44, 1992, pp. 459 ss; A. GUARINO, *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano (1956)*, en *Studi in onore di P. De Francisci*, Vol. II, Milano,

herederos *ab intestato* reclamaran los bienes solicitando dicha *bonorum possessio sine tabulis*, y, en ausencia de parientes con derecho a ésta, los bienes habrían quedado vacantes y el estado habría podido reclamarlos. Es necesario suponer, como se ha dicho, que no existían en el caso de la herencia de Nepote herederos *ab intestato* (en el orden de llamamiento pretorio), si se quiere explicar por qué el fisco reivindica los bienes como *bona vacantia*³⁶. De haber sido así, abierta previamente la sucesión intestada, no podrían exigirse al fisco el pago de los legados o de las demás disposiciones testamentarias³⁷, dada la

1956, pp. 53 ss. (= *Pagine di diritto romano*, Vol. VI, Napoli, 1995, pp. 315 ss); VOICI, *Testamento pretorio*, en *Labeo* 13 (1967), pp. 319 ss; M. TALAMANCA, *D.29,7,20 (Paul. 5 ad L. Iul. et Pap.): Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, en *Melanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bäle, 1999, pp. 73 ss; J.M. BLANCH, '*Nuncupare heredem*', en *RIDA* 47 (2000), pp. 123-149.

³⁶ Por la ley *Iulia de mar. ord.* los bienes vacantes se atribuyen al *populus romanus*. Gai 2,150; D.30,96,1 Iul 39 dig. Véase, AMAYA, *Un famoso pleito sucesorio que decide Marco Aurelio*, cit., pp. 18 ss.; M. BOHÁČEK, *Il problema della revoca informale del testamento nel diritto classico e giustiniano*, en *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, Vol. 4, Milano, 1930, pp. 307-334; GARCÍA SÁNCHEZ, *A propósito de D.28.4.3.1, Marcelo, libro 29 'digestorum'*, cit., p. 302 ss.

³⁷ La vacancia de los bienes de Nepote no sería comparable, por tanto, con la que recogen D.30,96,1 Iul. 39 dig. o D.36,1,6,3 Ulp. 4 fid, puesto que, una vez abierta la *bonorum possessio sine tabulis*, se excluye el testamento con todo su contenido. No obstante, si el que repudia la herencia es también sucesor *ab intestato* y lo hace para evitar el pago de los legados, deberá pagarlos: D.30,50,1 (Ulp. 24 *ad Sab.*); Por otra parte, si un *suus* ha sido

incompatibilidad existente entre la aplicación de la sucesión intestada y la testamentaria.

A pesar de que esta interpretación, posible quizás en los márgenes descritos, ha sido sólidamente argumentada³⁸, sin embargo, no explica la discusión sostenida por las partes del proceso, que esgrimen argumentos relacionados con la *voluntas defuncti*³⁹. Además, no puede olvidarse que existen referencias textuales explícitas de que los casos de tachaduras operadas en el testamento se resolvieron a partir de Antonino Pío aplicando el régimen de la indignidad⁴⁰, por lo que parece más razonable explicar la reclamación del fisco como un supuesto de *ereptio* de bienes del indigno. No obstante, resta pendiente de explicación que el *advocatus fisci*, con el ánimo de evitar el pago de los legados y demás disposiciones testamentarias, invoque la ineficacia del testamento de Nepote, cuando la ineficacia no es uno de los efectos producidos por la aplicación del régimen de

preterido en el testamento, pero premuere al causante o no acepta la herencia, el testamento se convalida: D.28,3,17 Pap. 5 *resp*; Controversia en las escuelas: Gai 2,123 y D.28,2,7 Paul 1 *ad Sab*.

³⁸ AMAYA, *Un famoso pleito sucesorio*, cit. pp. 18-42; BOHACEK, *Il problema della revoca non formale del testamento*, cit., *passim* y p. 327.

³⁹ SANFILIPPO, *Studi sulla 'heredita's*, en *Annali del Seminario Giuridico della U. di Palermo*, 17 (1937, pp. 88 ss. y 170 ss.; ID., *Potere del princeps e diritto testamentario*, cit., pp. 99-103;

⁴⁰ D.34,9,12 y 34,9,16,2 ya citados *supra*.

la indignidad, que no anulaba el testamento, sino que evitaba únicamente que los herederos tachados (a los que, incluso, se sigue denominando *heredes*⁴¹), accedieran a su cuota respetándose el contenido del testamento restante⁴². La alusión a la ineficacia del testamento debe encontrar una explicación alternativa.

§ 1.3. *La ineficacia del testamento como argumento 'ex voluntate'. El discurso retórico.-*

Se ha apuntado ya la singularidad del texto de Marcelo, que da cuenta, no sólo de la solución jurídica a un caso conflictivo, sino de los argumentos esgrimidos por las partes que se enfrentaron en la controversia judicial correspondiente.

Las palabras de los interlocutores en la audiencia sostenida por Marco Aurelio se transcriben literalmente (*verbatim*) en el texto en estilo directo y facilitan la representación ideal del acto del que dan cuenta. El *princeps* interroga a los *advocati* acerca de si

⁴¹ D. 28,6,43,3, Paul. 9 *quaest.*; siguen gozando del *ius sepulchrorum*: D.11,7,33 Ulp. 68 *ed.*; NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 325 ss. El indigno *potest capere sed non retinere*, dice ya el aforismo atribuido a Cuyacio, no coincidente totalmente con las fuentes romanas: VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit., vol. I, p. 466 n. 2; PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato*, cit. p. 154 n. 25 y p. 253. D.34,9,2,1 Marci. 11 *inst.*; D. 49,14,29,1, Ulp. 8 *disp.*; D.35,1,60,1 Paul 7 *ad leg. Iul. et Pap.*

⁴² D. 49,14,3,4 Call. 3 *de iur.fisci*; D.29,5,9 Gai. 17 *ed.prov.*; D.49,14,14 Gai. 11 *ad leg. Iul et Pap.*; D.36,1,3,5 Ulp. 3 *fideic.*

creen que alguien que ha tachado el nombre de sus herederos querría que valiese el resto de su testamento (*videtur tibi voluisse testamentum valere qui nomina heredum induxit?*). En respuesta a esta interrogante *Priscianus*, el *advocatus Leonis*, aduce que es sólo la institución de heredero lo que ha sido borrado, y que el testamento contiene también otras disposiciones que están intactas, como legados y manumisiones deseadas por el causante (*nomina heredum tantum induxit y manumissit quosdam et legata dedit*). Y ante esta respuesta el abogado del fisco, *Calpurnius Longinus*, argumenta en contra alegando que no puede valer ningún testamento que no contenga una institución de herederos (*non potest ullum testamentum valere quod heredem non habet*).

El propio Marco Aurelio, en la *interlocutio* con las partes, centra la atención en la voluntad del difunto, y, por eso, cuando Calpurnio Longino, el abogado del fisco, responde al emperador y contesta a las afirmaciones de los otros abogados haciendo referencia a la invalidez del testamento, hay que entender que lo hace, no para hacer valer que las tachaduras habían producido como efecto la invalidez del testamento, sino como un modo de demostrar que la voluntad de Nepote era la de revocar también los legados y las manumisiones realizadas, aunque no las hubiera tachado materialmente. El *advocatus* del

fisco aduce como prueba (*artificialis*⁴³) un argumento que es, en realidad, una regla jurídica⁴⁴: *heredis institutio caput et fundamenti intellegitur totius testamenti*⁴⁵. Con base en esta regla general, el abogado del fisco vendría a afirmar: como es sabido por todos que un testamento sin herederos no es válido, podría pensarse que bastaría cancelar el nombre de los herederos para anularlo por entero; así debió actuar Nepote, diría el abogado, y por eso no tachó más que la *heredis institutio*⁴⁶. El razonamiento no es, sin embargo, perfecto, porque aunque no es posible un testamento sin herederos, no es cierto que el hecho de ser éstos

⁴³ Quint. *Inst. Orat.* 5,1,1; 5,9; 5,10; H. LAUSBERG, *Manual de retórica literaria*, I, J. Pérez (trad.) [1960], Madrid, 1966, pp. 299 y ss. y especialmente 301 y ss. Ver también Gel., *N.A.* 14,2,17: *ante sententiae tempus signa et indicia faciat motus atque sensus sui*.

⁴⁴ Wankerl señala que el fisco y la mayoría del consejo imperial entienden las tachaduras de los herederos del testamento como *pars pro toto* y que de ahí coligen por medio del *genus ex iure manifesto* (Quint. *Inst. Orat.* 7,6,4) que la voluntad del testador era la de revocar todo su testamento: WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. pp. 92-93. Sobre el *genus legale scriptum et voluntas*, LAUSBERG, *Manual de retórica literaria*, cit., p. 197.

⁴⁵ Gai. 2,229: (...) *Heredis institutio caput*; Gai. 2,248: (...) *inutile est testamentum in quo nemo recto iure heres instituitur*; E.U 24,15; I.2,20,34; D. 28,6,1,3 Mod. 2 *pand.*: (...) *sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet*. WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. p. 76, n. 409.

⁴⁶ Ver Quint. *Inst. Orat.* 5,10,80: si un testamento no es válido, el que tacha el nombre de todos los instituidos es porque pretende que éste quede por completo anulado, como consecuencia.

tachados les arrebate la condición de tales⁴⁷. En el caso de Nepote existían herederos que, aunque tachados, seguían siéndolo para el *ius civile*, a pesar de haber sido declarados indignos. La eficacia del testamento sin herederos es sólo un argumento que se usa para interpretar la voluntad del ya difunto Nepote en pro de un discurso *verisimilis*. Por el contrario, el abogado de Zenón⁴⁸, que quiere justificar todo lo contrario, esto es, que la voluntad de Nepote no había cambiado respecto a legados, prelegados y manumisiones, aporta como prueba (también artificial, pero en este caso *signa*)⁴⁹, el hecho incontrovertido de que la escritura de los legados había permanecido incólume⁵⁰. Se trata, en ambos casos, de argumentos que se traen a colación con la finalidad de mostrar cuál era la voluntad del difunto respecto a las disposiciones no tachadas.

⁴⁷ Müller-Eiselt lo califica de sofístico: MÜLLER-EISELT, '*Divus Pius constituit*', cit., p. 191, y, anteriormente, FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, I, cit., p. 281. No obstante, este principio o regla jurídica referido por Gayo (Gai.2,229) comenzó a sufrir varias excepciones. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, cit., pp. 44 ss.

⁴⁸ AVENARIUS, '*Benignior interpretatio*', cit., p. 11 n. 27

⁴⁹ Quint. *Inst. Orat.* 5,9

⁵⁰ Wanklerl señala como argumento retórico esgrimido por los legatarios el *favor testamenti* y el *favor libertatis*, WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. p. 93.

Hay que pensar, por tanto, que la justificación que ofrece el fisco para evitar el pago de los legados y la formalización de las manumisiones, cuestiones éstas que están en el centro del litigio, es la voluntad contraria del testador, que se deduce de las tachaduras de toda la institución de herederos; una voluntad que no era explícita, pero que siguiendo los pasos de su razonamiento argumentativo, debía presumirse.

Existen numerosos ejemplos en las fuentes que demuestran que cuando la voluntad del testador sobre la validez o el contenido de los legados recogidos en su testamento era oscura o dudosa, las controversias generadas por tal situación solían resolverse deduciendo la voluntad del testador a partir de una interpretación de su comportamiento⁵¹. En estos pleitos debió ser fundamental el esfuerzo de cada una de las partes por aportar las pruebas necesarias para hacer de la suya la interpretación más verosímil⁵²; en ocasiones, incluso, vemos cómo los juristas dieron su respuesta a casos de este tipo sobre

⁵¹ Son varios los criterios que se aplican para tratar de esclarecerla: se recomienda indagar sobre las costumbres del testador, sobre los usos del lugar, sobre la relación que le unía con el beneficiario y su particular condición personal y social, el contexto en el que se inserta la disposición oscura, esto es, el resto del testamento. D. 30,50,3 Ulp.24 *ad Sab.*

⁵² D. 30,96 pr. Iul. 39 *dig.* El jurista Juliano da su respuesta basándose en la voluntad del difunto que cree más verosímil: *verosimilius est.*

la base de una voluntad presunta⁵³, que se aplicaba en tanto en cuanto no se probara de forma evidente que era otro el *iudicium defuncti*. Un ejemplo es la respuesta dada por Ulpiano al caso de un causante que dejó escrito en su testamento un legado de 100 a favor de su hija si llegaba a nacer y que tuvo finalmente varias descendientes femeninas. Ulpiano afirma que debe interpretarse en este supuesto que el testador habría dejado 100 a cada una de sus hijas, a no ser que resultara evidente que era otra su voluntad (*nisi evidens sit contraria sententia testatoris*-D.30,17,1 Ulp. 15 Sab). El mismo jurista (D.30,49,1-3 Ulp. 23 Sab.) ofrece una solución similar para un caso en el que la voluntad de un difunto que ha dejado un legado sometido a término no está clara y surgen problemas para realizar el cómputo del tiempo que ha de transcurrir para que el legado sea efectivo. De nuevo aquí la solución del jurista se propone para suplir la voluntad dudosa y tiene, por tanto, justificación en tanto no se pruebe de forma evidente que es distinta la *mens testatoris* (*nisi evidens ali mens probaretur testatoris aliud sentientis*). Esta voluntad presunta a la que se alude se aprecia también en un rescripto imperial citado por Ulpiano (D.30,74 Ulp. 4 disp.) en el que *videri* hace referencia a una interpretación que rige en

⁵³ D.32,73,3 Ulp. 20 *ad Sab.* ... *quod et praesumi oportet nisi contraria voluntas testatoris appareat.*

tanto no resulte contestada por la evidencia (*nisi evidens diversa voluntas*)⁵⁴.

Sin embargo, una presunción de estas características, como la que propone el fisco, habría tenido en el caso de la herencia de Nepote efectos muy rigurosos, porque habría supuesto dejar sin validez atribuciones patrimoniales sin contar con una evidencia suficiente de que fuera ésta la voluntad del causante, y, por eso, probablemente, fue rechazada en la decisión de Marco Aurelio. No obstante, la voluntad revocatoria del difunto es el argumento sobre el que el fisco funda su oposición al pago de

⁵⁴ Otro ejemplo podría ser el supuesto de un testador que legó varias veces la misma cantidad a la misma persona en el mismo testamento; Ulpiano dice que se debe pagar la misma suma tantas veces como apareciera escrita en el documento, siempre que pueda deducirse de forma evidente que la voluntad del difunto era la de multiplicar el legado (*si evidentissimis probationibus ostendatur*, D.30,34,3 Ulp. 21 *ad Sab.*) Pueden citarse también D.30,88 Marci 6 *Inst.*; D.30,90 Pap. 18 *quaest.*; D.31,44 y 45 Pomp. 4 y 8 *ad Q.Muc.*; D.31,85 y 86 Paul 4 y 13 *resp.*; D. 32,29, 4 *Lab. post. a Iav. ep.*; D. 32,78 Paul 2 *ad Vit.*; D.32,93,3 Scaev. 3 *resp.* Sobre la posible interpolación de los fragmentos introducidos por la partícula *nisi*, sostenida tradicionalmente, (O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, pp. 173 ss. [cap. VIII: *verba und voluntas*]); G. DONATUTI, *Le 'praesumptiones iruis' in diritto romano*, en *Annali della università di Perugia*, 43 (1931), pp. 3-112; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, pp. 19-81; A. TORRENT, *'Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitatibus*, Salamanca, 1971, pp. 70 ss; NARDI, *I casi di indegnità*, cit. p. 162.

los legados, y el peso que debía otorgarse a esta voluntad dudosa fue, sin duda, la cuestión principal que se discutió en el *consilium*, que en realidad debate acerca de los límites en que debe encerrarse la interpretación de una voluntad no expresa y oscura⁵⁵.

2.- Discusión del consejo y *quaestio iuris*. *In re dubia benigniorem interpretationem sequi*

Dice Marcelo que la mayoría de los miembros del *consilium* entendían que, junto a los herederos tachados, apartados de la herencia, debían también ser excluidos de los bienes los legatarios⁵⁶. En oposición a la opinión mayoritaria, un grupo menos numeroso de consejeros (*nonnullos*) cree, en cambio, que debe considerarse revocado (*peremi*) únicamente aquello que fue tachado por el testador, permaneciendo el resto válido (*cetera omnia valitura*). Marcelo no da más detalles, pero cuando afirma que también él estaría de acuerdo con la mayoría del consejo en excluir a los legatarios si se hubiera tachado todo el

⁵⁵ No resulta claro del texto si el *consilium* se reunió antes o después de la audiencia de las partes. A favor de la primera opción se pronuncian WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. pp 72-75 y AVENARIUS, 'Benignior interpretatio', cit., p. 11.

⁵⁶ Sobre la correspondencia posible entre *excludendos* y *denegatio actionis* del pretor, Vd. WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. p. 87

contenido del testamento, hace referencia, a mi juicio, a que la discusión giraba, en realidad, sobre la voluntad del difunto (*quod sane sequendum aiebam si omnem scripturam testamenti cancellasset*). Entiende Marcelo que la validez de las disposiciones testamentarias depende de si el difunto quiso o no morir intestado, como se desprende de la pregunta que formula a continuación: *Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret?* La eficacia indiscutible *iure civili* de un testamento con herederos declarados indignos hace difícil pensar que la discusión girase acerca de los efectos de un testamento sin herederos, porque éstos continúan siéndolo. Ya se ha visto que la ineficacia del testamento se contemplaba antes de la intervención imperial de Antonino Pío sólo *iure honorario* (*b.p. sine tab.*). La *quaestio iuris* debió residir, por tanto, en determinar qué debía hacerse en este caso en el que el comportamiento del *decius* no revelaba claramente qué deseaba hacer con los legados y manumisiones de su testamento, sólo en parte tachado. Entran en juego, por tanto, las reglas de interpretación del testamento y es en este ámbito donde encuentra justificación la solución imperial conectada con la *aequitas*. La mayoría del consejo cree que cuando se tacha la institución de heredero por completo hay que presumir la voluntad del difunto de revocar todo el testamento; unos pocos, al contrario, opinaron que la voluntad de revocación debe interpretarse restrictivamente y se debe considerar revocado

sólo lo tachado; tanto Marcelo como el propio Marco Aurelio, que le sigue en su decisión⁵⁷ consideran que debe averiguarse en cada caso la voluntad del difunto y, si esto no es posible, el asunto debe resolverse adoptando la solución más benevolente, más justa y más segura (*Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius....*)⁵⁸ y se debe considerar revocado sólo aquello que se tachó (*ut ea dumtaxat existimemus nepotem irrita esse voluisse quae induxit*).

A pesar de que el método interpolacionístico del pasado siglo rechazó que el término *benignitas* se correspondiera realmente con un criterio de interpretación empleado por los juristas clásicos, lo cierto es que son tantos los textos jurisprudenciales que lo mencionan que es dudoso que este hecho pueda explicarse satisfactoriamente por la intervención de los compiladores justinianeos⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, *A propósito de D.28.4.3.1, Marcelo, libro 29 'digestorum'*, cit., p. 302 n. 9

⁵⁸ Con carácter general: D. 50,17,192 *Marc. 29 dig.*; D. 50,17,56 *Gai. 3 de leg. ad ed.urb.*: *Semper in dubiis benigniora praeferendae sunt.*

⁵⁹ Sobre la interpolación del texto de Marcelo: AVENARIUS, '*Benignior interpretatio*', cit., p. 16 n. 40 y la bibliografía allí citada. Sobre el carácter clásico de las referencias a la *benignitas* y su relación con el vocabulario y la actitud moral de la filosofía estoica: F.B.J. WUBBE, '*Benignus redivivus*', en '*Ius Vigilantibus scriptum*', 2003, p. 393 (= *Symbolae iuridiciae et historicae Martino David dedicatae*, J.A. Ankum/R. Feenstra/W.F. Leemans (Hrsg.), Leiden 1968, pp. 237-262); Cfr. H. HAUSMANINGER, '*Benevolent*' and

Las fuentes demuestran que el recurso a una interpretación acorde con la *benignitas* fue utilizado con cierta frecuencia por los juristas clásicos y, en ocasiones, su finalidad fue la de contrarrestar los efectos demasiado rigurosos de la aplicación estricta del Derecho (*subtilitas iuris*). Un ejemplo de ello es la solución dada por Javoleno a un caso en el que un donante reclama la cosa donada yendo, así, contra sus propios actos. Se trata de un supuesto en el que el mandatario, desobedeciendo las órdenes del propietario de la cosa, dona ésta a Ticio, no en nombre de su mandante (el propietario), sino en el suyo propio. En puridad, estrictamente hablando, no se habría producido la transmisión de la propiedad, pero parece más justo, *benignius*, que la reclamación del propietario pudiera paralizarse por el donatario con la *exceptio doli*⁶⁰. En este caso la interpretación

'humane' opinions of classical roman jurists, en *Boston University Law Review*, 61 (1981), pp. 1147 ss.

⁶⁰ D.39,5,25 *Iav. 6 ep. Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam ei dederis, an factam eius putes? Respondit, si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis, <quantum ad iuris suptilitatem> accipientis facta non est et tu furti obligaris: <sed benignius est, si agam contra eum que rem accepti, exceptione doli mali me summoveri>*. Otros ejemplos podrían ser D.17,1,34,pr. Afr??.; D. 49,15,12,5 Trif. 4 disp. HAUSMANINGER, *'Benevolent' and 'humane' opinions of classical roman jurists*, cit., pp. 1145 y ss; ID. *Zur Gesetzesinterpretation des Celsus*, en *Studi in onore di G. Grosso*, Torino, 1972, pp. 256-263; ID., *'Subtilitas iuris'*, en *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser*, Wien-Köln-Graz, 1986, pp. 59-72.

jurisprudencial encuentra en la *benignitas* un criterio que permite la flexibilización, el ejercicio de la equidad y el actuar del *bonum et aequum*⁶¹.

En otras ocasiones *benignitas* justifica decisiones jurisprudenciales que tienen la finalidad de proteger al máximo la eficacia del negocio jurídico y que guardan relación con el principio *magis valeat quam pereat* (D.34,5,12 Iul 50 dig.). Wubbe cita como ejemplo una decisión tomada por Pomponio, quien (*benigna interpretatio*) considera útil una *stipulatio* inválida con el fin de que pueda ésta cumplir la finalidad económico-jurídica para la que fue realizada, esto es, que la dote quedase en el patrimonio familiar del marido (D.23,4,9 Pomp. 16 Sab.)⁶².

⁶¹ D.1,1,1, pr. Ulp. 1 Inst. (*nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*) Vd. W. WALDSTEIN, 'Aequitas' e 'Summum Ius', en *Tradition und Fortentwicklung im Recht. Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow am 21 August 1990*, Berlin, 1991, pp. 23-33 (=Saggi sul diritto non scritto, U. Fagnoli (trad.), V. Vincenti (ed.), Padova, 2002, pp. 133-163.

⁶² F.B.J. WUBBE, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, en 'Ius Vigilantibus scriptum', cit., pp. 435-437 (= *Festgabe für Arnold Herdlitzka*, F. Horak/W. Waldstein (Hrsg.), München-Salzburg, 1972, pp. 295-314); GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, cit., pp. 367 ss. Hausmaninger subraya el carácter utilitarista de la interpretación basada en la *benignitas*, mientras que aprecia como más propio de la *humanitas* la invocación de valores como la indulgencia o la benevolencia, mencionada a menudo en el derecho imperial: HAUSMANINGER, 'Benevolent' and 'humane' opinions of classical roman jurists,

En la decisión adoptada por Marco Aurelio la *benignitas* sirve fundamentalmente al propósito de conservar en lo posible el testamento de Nepote (*favor testamenti*)⁶³. Así, puesto que no puede conocerse por sus actos si éste quiso o no revocar sus legados y concesiones de libertad, en la duda, el emperador se pronuncia a favor del testamento, esto es, favorece que éste despliegue su eficacia en lo que no parece revocado *evidenter*⁶⁴. El testamento es lo más certero, lo más cercano a la voluntad de Nepote que es posible conocer, y, por eso, su aplicación aparece como lo más justo y seguro (*iustus/tutius*).

cit., p. 1148 ss.; Cfr. PALMA, '*Humanior interpretatio*', cit., pp. 40 ss; ID, '*Beningnior interpretatio*', cit. pp. 65-103, especialmente a partir de la p. 96.

⁶³ Cfr. PALAZZOLO, *Processo civile e política giudiziaria nel principato*, cit., p. 84; M. SARGENTI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli, 1984, pp. 2646 ss; GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, cit., pp. 146-151. Apuntan que la novedad introducida por la constitución de M. Aurelio habría sido la de flexibilizar la norma del *ius civile* que habría considerado nulo el testamento de Nepote a consecuencia de las tachaduras; Ya hemos visto, sin embargo, que el *ius civile* tradicional, exigía la formalización de un nuevo testamento para anular el anterior y que el derecho imperial, creador del régimen de la indignidad, tampoco atacaba la validez del testamento.

⁶⁴ Cfr. GARCÍA SÁNCHEZ, *A propósito de D.28.4.3.1, Marcelo, libro 29 'digestorum'*, cit., p. 302

Teniendo en cuenta esta argumentación, el criterio del *favor testamenti* que se aplica aquí aparece mucho más cercano a la *voluntas testatoris* de lo que suele reconocerse⁶⁵; porque es, precisamente, el *iudicium* de Nepote lo que se pretende proteger y lo que se busca, de forma más segura (menos incierta⁶⁶) en su testamento. Así, creo, debe entenderse el razonamiento del jurista, que bien podría haber operado del siguiente modo: puesto que se conocen aquellas atribuciones que el testador quiso inicialmente realizar (por ser recogidas en el testamento) y se desconoce si quiso revocarlas o no (sólo se tachó la institución de heredero), lo más seguro (en la duda, lo menos incierto), y lo más conforme a la equidad (pues respeta en lo posible el negocio jurídico testamentario y la voluntad que éste

⁶⁵ H. J. WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München, 1972, p. 82; 93 ss; *passim*; SUMAN, '*Favor testamenti*' e '*voluntas testatium*', cit. *passim*. No obstante, una interpretación benigna no siempre miraba a la protección de la voluntad del testador, pues, en ocasiones, limitaba disposiciones del testamento que, a pesar de ser queridas por el causante, suponían una limitación y no una atribución patrimonial, por ejemplo, las desheredaciones (D. 28,2,2, Ulp. 6 *reg.*): en este caso la voluntad del difunto se interpreta restrictivamente. AVENARIUS, '*Benignior interpretatio*', cit., pp. 18 ss.

⁶⁶ El uso del litotes refuerza la idea de que la solución otorgada se ofrece para el caso, en el que no puede conocerse la voluntad del testador, como la mejor solución posible, evitando una afirmación rotunda. Sobre esta figura literaria, LAUSBERG, *Manual de retórica literaria*, cit., pp. 87 ss.

recoge) es dejarlas tal y como están, es decir, respetar su eficacia⁶⁷.

3.- La decisión del emperador.

De acuerdo con el texto de Marcelo y haciendo uso también de los fragmentos de Papiniano ya mencionados (D.34,9,12 y D. 34,9,16,2) Wankerl resume la intervención de Marco Aurelio en el caso identificando distintos planos de actuación⁶⁸. En lo que se refiere a las tachaduras de la institución de herederos, Marco Aurelio habría confirmado lo que ya anteriormente había previsto Antonino Pío para el caso, esto es, la aplicación del régimen de indignidad. Respecto a la eficacia de los prelegados (legados *per praeceptionem*) en este testamento con herederos tachados habría establecido la necesidad de esclarecer la voluntad del testador sobre su pervivencia o no, y si esta voluntad era oscura o dudosa, habría ordenado que fuera aplicada al caso la interpretación más benevolente, esto es, la que permitiera conservar su validez. Con respecto a los demás legados, Marco Aurelio habría determinado su eficacia general, y, de este modo, los *bona ereptoria* habrían recibido el mismo tratamiento que se otorgaba ya a los *bona caduca*, en el sentido

⁶⁷ Avenarius se refiere a una más fácil verificación de la voluntad del difunto y lo pone en relación con la influencia de Juliano en la escuela Sabiniana, AVENARIUS, '*Benignior interpretatio*', cit., pp. 13 y 19.

⁶⁸ WANKERL, *Appello ad Principem*, cit. p. 87

en que el estado debía hacerse cargo de los *onera* que pesaban sobre las cuotas a las que accedía en lugar del heredero⁶⁹. En lo relativo a las manumisiones, también intactas en el testamento de Nepote, el emperador habría decidido respetar su validez *humaniorem causa*, fundamentando su decisión en el denominado principio de *favor libertatis*. Resueltas estas cuestiones, sin querer entrar verdaderamente en la resolución del procedimiento de la *ereptio* de los bienes, Marco Aurelio habría remitido el asunto al *praefectus aerarii*, órgano jurisdiccional competente. Sobre el alcance de algunas de estas decisiones y sobre las conclusiones que de ellas pueden extraerse se tratará a continuación.

§ 3.1. Sobre la naturaleza de la intervención imperial y su participación en el litigio.-

⁶⁹ El hecho de que el fisco se coloque en el lugar de aquel a quien se aparta de los bienes justifica también que se le haga responsable de las cargas que pesaban sobre aquel. PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato*, cit. p. 253. Se observa el mismo tratamiento en otros supuestos de indignidad del heredero que fueron creados con anterioridad al de las tachaduras del testamento: D. 29,5,9 Gai. 17 *ed. prov.*, relativo a la adjudicación al fisco de la cuota del heredero (indigno) que no ha vengado la muerte del testador; D. 29,6,2 pr. y 2 Paul. 44 *ed.*, que se refiere a un caso de indignidad del heredero (*denegatio actionis*) que procura dolosamente la invalidez de un testamento para evitar la revocación de un testamento anterior o para provocar la apertura de la sucesión intestada.

El proceso para la reclamación de los derechos del fisco sobre los bienes del indigno, en la época en que se tramitó el asunto de la herencia de *Valerius Nepos*, era un procedimiento bilateral, que, aun con algunas especialidades, se ajustaba al esquema procesal de la *cognitio extraordinem*⁷⁰. En el seno de este proceso se enfrentaban en pie de igualdad, ante un órgano jurisdiccional específico (el *praefectus aerarii*)⁷¹, de una parte, el representante de los intereses del fisco (no se sabe si *quivis de populo -delator-*, como había sido siempre, o el *advocatus fisci*, que asumió tal función posteriormente)⁷², de otra, el o los particulares cuya

⁷⁰ G. PROVERA, *La vindicatio caducorum, contributo allo studio del proceso fiscale romano*, Torino, 1964, p. 116; M. KASER, Recensión a Provera, 'La vindicatio caducorum. Contributo allo studio del proceso fiscale romano', Torino, 1964, en *IURA*, 16 (1965), p. 170. Piensan que la acción no era exactamente la misma, sino otra de similares características, NARDI, *I casi di indegnità*, cit. p. 23; PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato*, cit. p. 256.

⁷¹ PROVERA, *La vindicatio caducorum*, cit. pp. 117 ss.

⁷² La *vindicatio caducorum* fue introducida por Augusto como acción de legitimación general, esto es, ejercitable por cualquier ciudadano (salvo alguna excepción, como las mujeres, los veteranos, etc.) y cuyo titular era el *populus romanus*. El delator asumía la condición de parte en el proceso, no era un representante, sino un sustituto procesal (Las similitudes con el procedimiento bilateral del Derecho penal instado por un *quivis de populo* son evidentes: D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla 'quaestio' unilaterale alla 'quaestio' bilaterale*, Padova, 1989). La legitimación del delator era exclusiva, de manera que si, una vez hecha la denuncia, no continuaba promoviendo el procedimiento, éste se interrumpía, ya que el *praefectus aerarii* no podía actuar de oficio (D.

indignidad se pretendía declarar y cuyos bienes reclamaba el estado. Iniciada la causa, el fisco (bien como parte procesal, bien como abogado que asiste al delator) debía probar que se había verificado un supuesto de indignidad y justificar en ésta la solicitud de *ereptio* de los bienes. Sujeto pasivo de la reclamación del fisco era el o los herederos indignos, aunque en la medida en que pudieran resultar concernidos por dicha reclamación, podían también defender sus intereses, en oposición a la acción del fisco, otras personas distintas⁷³. El

49,14,2,3, y 4, Call. 2 *de iur. Fisc.*) La legitimación activa única de los delatores fue posteriormente compartida por los órganos de la cancellería que con el tiempo pudieron actuar en juicio en interés del fisco. PROVERA, *La vindicatio caducorum*, cit. pp. 24, 28 y 127 ss.; F. STURM, *La 'vindicatio caducorum'*, en *Labeo* 15 (1969), pp. 219 ss. La naturaleza jurídica de la participación del *advocatus fisci* en el seno de los procesos fiscales es muy discutida en la doctrina. Vd. PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato*, cit. pp. 260 ss; A. Agudo, *El 'advocatus fisci' en Derecho romano*, Madrid, 2006, pp. 81 ss; T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Praesente fisci patrono*', en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, Vol. III, Napoli, 1985, pp. 1119 ss.; Cfr. P. LAMBRINI, *In tema di 'Advocatus fisci'*, en *SDHI* 59 (1993), pp. 325-336, y especialmente p. 335. Cree la autora que la indicación del emperador al *advocatus fisci* (*vos habetis iudices vestros*) es una prueba de que en este momento este sujeto tenía ya legitimación para iniciar el proceso de *ereptio* sin necesidad de la intervención de delatores.

⁷³ Obsérvese que aquí es el fisco el que ha tomado la iniciativa procesal incoando la *ereptio* de los bienes. Los herederos no discuten las consecuencias de las tachaduras en su acceso a la cuota hereditaria, ni la oportunidad de ser declarados indignos; lo que reclaman únicamente,

proceso de Nepote parece ser un ejemplo de una situación de este tipo⁷⁴, en la que actúan como partes opositoras de los intereses del fisco los prelegatarios, legatarios y manumitidos del testamento. Por tanto, en el mismo juicio se solventaba la declaración de indignidad del demandado (D.34,9,8 Mod. 9 *reg.: indigno herede pronuntiatio*)⁷⁵ y la propia *ereptio* y adjudicación de los bienes reclamados (D.34,9,16,2 Pap. 8 *resp.: ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset*; y D. 26,7,47,5 *Scaev. 2 resp.: (... fisco bona defuncti adiudicata sunt)*).

Poniendo estos presupuestos en relación con lo que se desprende del texto de Marcelo y con la información complementaria de los dos fragmentos de Papiniano, se confirman algunas de las afirmaciones avanzadas hasta ahora, pero se plantean también nuevas interrogantes.

junto al resto de beneficiados por el testamento, es su condición de legatarios (prelegado). Se oponen junto al resto de sujetos afectados (legatarios y manumitidos) a la *ereptio* de los bienes porque ésta se refiere a la totalidad de la herencia sin tener en cuenta las liberalidades testamentarias. No parece que estemos, por tanto, en un caso en el que los herederos tachados hubieran ejercitado una *petitio hereditatis* denegada por el pretor a causa de la indignidad. *Vd. WANKERL, Appello ad Principem*, cit. p. 77; NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, p. 28; VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit. Vol. I, p. 481 ss; y VOGLI, *Diritto ereditario romano*, cit. Vol. II, p. 506 ss.

⁷⁴ NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, p. 315) 314, n. 2?

⁷⁵ NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, p. 299 ss

Puede considerarse confirmado el hecho de que no fue Marco Aurelio el creador del régimen de indignidad para el supuesto de las tachaduras de los herederos instituidos, ya que para que el fisco pudiera vindicar los bienes de *Valerius Nepos*, se habría requerido una disposición normativa previa que reconociera expresamente su derecho a la *ereptio*, sobre la que justificar esta pretensión. El texto menciona como punto de partida una reclamación procesal de los bienes efectivamente realizada. La referencia que Marco Aurelio hace a la regulación del asunto por parte de su antecesor Antonino Pío, puede explicarse como una alusión a la reciente creación de este supuesto de indignidad⁷⁶.

Por otra parte, parece claro también que, aunque las partes que contienen sobre la herencia (fisco y beneficiarios de Nepote) solicitan la intervención imperial para la solución de la controversia, el emperador no pronuncia verdaderamente una sentencia definitiva sobre el asunto, sino que, después de decidir sobre los problemas jurídicos que surgen del caso, remite la causa al juez competente para su resolución (*advocatis fisci dixit: Vos habetis iudices vestros* -D.28,4,3-; *causam ad praefectus aerarii missit* -D.34,9,12-).

⁷⁶ VOCI, *Diritto ereditario romano*, cit. Vol. II, p. 502: el texto de Marcelo y los dos fragmentos de Papiniano demuestran únicamente que el emperador Marco Aurelio juzgó y aplicó el régimen jurídico de la indignidad, no que lo creara para el supuesto de Valerio Nepote.

Estos puntos firmes abren la puerta a nuevas incertidumbres que tienen que ver con la reconstrucción del pleito incoado por el fisco, y con la naturaleza de la intervención imperial. En lo que se refiere a la reconstrucción del pleito, el problema está en que a tenor de la información no es posible concluir si el fisco se dirige a la jurisdicción imperial en primera instancia, como hiciera, por ejemplo, Pactumeya Magna [D.28,5,93 (92) Paul. 2 *decret.*]; o bien, lo hace en una segunda instancia, en apelación de una sentencia anterior que hubiera ya decidido sobre el asunto. No puede darse a esta cuestión una respuesta segura, pero la inmediata remisión del príncipe, al comienzo de su intervención, a los jueces encargados de enjuiciar los derechos del fisco en los supuestos de indignidad (*vos habetis iudices vestros*) puede indicar que no ha existido una sentencia previa⁷⁷.

Ahora bien, existe también la posibilidad de que se hubiera requerido la intervención del príncipe después de haberse ya incoado el proceso ante el juez competente, pero estando éste aún en su fase de instrucción, y, por tanto, pendiente de resolverse. Cualquiera de las partes, incluso el propio juez, habría podido, ante una cuestión jurídica especialmente difícil

⁷⁷ No se entiende que el emperador remita la causa a su origen sin haber expresado antes su parecer sobre la sentencia previa cuya revisión se le solicita, ni hacer referencia al sentido en que tendría que enmendarse o revisarse ésta.

planteada en el caso, reclamar la intervención de Marco Aurelio. En ese caso, dado el poder discrecional del príncipe para resolver con un rescripto o asumir él mismo el juicio, Marco Aurelio decide llamar a las partes a su presencia. Esto explicaría que el emperador rehusara resolver la controversia con una sentencia definitiva sobre la *ereptio* de los bienes de Nepote y que se limite a resolver y decidir sobre las cuestiones jurídicas que se habían planteado con ocasión del pleito. El decreto de Marco Aurelio tiene, en este sentido, características que lo acercan al rescripto (que incluso podía tramitarse oralmente en la forma de *ἀπόφασις*) o, incluso, a las *sententiae* orales que pronunciaba el emperador tras preguntas que le formulaban los particulares en la ceremonia de la *salutatio*⁷⁸. Sin embargo, la celebración de un verdadero proceso bilateral oral ante el príncipe, referido literalmente por Marcelo, y la participación segura del *consilium principis* indican que la constitución que emanó del caso reúne elementos determinantes del *decretum*.

⁷⁸ D.14,2,9 Volus. Mec., *Ex leg. Rhod.*; D.1,18,8 Iul., 1 *dig.* Vd. D. NÖRR, *Zu einem fast vergessenen Konstitutionentyp: 'interloqui de plano'*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Vol. III, Milano, 1983, pp. 521-543; V. MAROTTA, *'Multae de iure sanxit'*. *Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano, 1988, pp. 8-37; T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, 2ª ed., Oxford, 1994; pp. 1-70; J.P. CORIAT, *Le prince législateur*, Roma, 1997, pp. 94 ss; E. MORENO, *La acepción de 'interlocutio' en derecho romano*, en *RIDA* 50 (2003), pp. 249-286.

No es fácil determinar a partir del texto por qué Marco Aurelio decidió intervenir en el caso del testamento de Nepote, pero más allá de la posibilidad de que *Valerius Nepos* fuera un personaje relevante de la sociedad de su tiempo o de que la intervención del príncipe hubiera sido solicitada por el magistrado que estuviera enjuiciando la *ereptio* de sus bienes⁷⁹; más allá de que estuviesen involucrados los intereses del fisco (el príncipe falló, no obstante, en contra de los intereses de éste)⁸⁰; y de que el emperador viera en el litigio un supuesto idóneo para aplicar criterios de equidad⁸¹, no puede negarse que el testamento de Nepote suscitó una cuestión jurídica nueva y de cierta dificultad⁸²: no se trataba de aplicar sin más el régimen de la indignidad previsto para las tachaduras operadas en la institución de herederos, sino que a partir de éstas se cuestiona si puede colegirse la voluntad del testador de revocar su testamento por entero.

⁷⁹ CORIAT, *Le prince législateur*, cit. p. 94; R. HESKY, *Decretum*, en *RE*, Stuttgart, 1901, vol. IV.2, pp. 2289-2291.

⁸⁰ SHA, *Marcus* 12,5: nunca favoreció al fisco.

⁸¹ Cfr. WUBBE, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, cit., p. 432 ss.

⁸² PALAZZOLO, *Processo civile e política giudiziaria nel principato*, cit., p. 74. Los emperadores se reservaron las decisiones de los casos difíciles, de los que tenían consecuencias políticas importantes, de aquellos en los que la consideración de la equidad superaba la aplicación e interpretación más rigurosa; pero se trataba de pocos casos en los que la intervención era en gran medida excepcional.

§ 3.2. Sobre la revocación del testamento y su progresivo acercamiento a la voluntad del testador.-

El texto de Marcelo revela de forma patente la evolución que había experimentado el Derecho romano en lo que se refiere a la regulación de la revocación testamentaria, si lo comparamos con la regla tradicional *hereditas adimi non potest*, a la que se aludía al principio de estas páginas. La declaración de indignidad del heredero tachado, sancionada ya por Antonino Pío y confirmada para el caso de Nepote por Marco Aurelio, son una prueba de la importancia que había adquirido ya la voluntad del causante en la revocación de su testamento, aunque ésta se hubiera manifestado informalmente. Es más, de la discusión jurídica suscitada por el caso se deduce también que llegó a plantearse, incluso, qué eficacia podría tener una voluntad revocatoria ni expresa ni manifestada materialmente, sino deducida indirectamente a partir del comportamiento del causante (y, por tanto, sujeta a interpretación). Un grado de abstracción y espiritualización éste que, sin embargo, no es aceptado; a una solución de este tipo pone coto la *aequitas*, que no puede admitir una interpretación de la voluntad con fuertes efectos restrictivos si esta interpretación se basa sólo en la mera conjetura; ni siquiera aunque ésta resulte verosímil.

§ 3.3. Sobre la validez de los prelegados y su relación con la voluntad del testador.-

La *quaestio voluntatis* planteada por el fisco fue objeto de discusión entre los juristas del consejo y, al parecer, se mostró especialmente problemática respecto de aquellos legados que habían sido dispuestos en el testamento a favor de los instituidos y después tachados (*diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta*). Marcelo apunta esta cuestión como uno de los aspectos que más dudas suscitaron en la controversia jurídica del caso, pero, a diferencia de lo que cabría esperar, no se vuelve a hacer mención de ello en el texto. Se explica este silencio, probablemente, por la intervención de los compiladores justinianeos, que debieron mutilar el fragmento en gran parte⁸³. Sin embargo, Papiniano, cuando se refiere a la decisión que sobre este asunto tomó Marco Aurelio, (D. 34,9,12) vuelve a hacer referencia a que el problema de la determinación de la voluntad se planteó especialmente sobre los legados de preferencia (*de praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio: et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem evoluisse appareat*). Quizás el escollo se debiera a la propia naturaleza jurídica de estos legados, que, como se sabe, fue objeto de discrepancia entre las escuelas sabiniana y proculeyana. Gayo menciona la discusión cuando afirma que su propia escuela interpretaba que este tipo de legados sólo podía disponerse a favor de los herederos porque la elección de preferencia (que concede el legado *per praeceptionem*) sólo puede darse si se tiene

⁸³ VOICI, *Diritto ereditario romano*, cit., vol. II, p. 500

la condición de heredero (Gai, 2,217)⁸⁴ y, por ello, sólo puede reclamarse en un *iudicium familiae erciscundae*, esto es, con la acción de partición de herencia (Gai, 2,219). A diferencia de Gayo y sus afines, *diversae scholae auctores* opinaban que era posible establecer *legati per praeceptionem* a favor de extraños, y les concedían el mismo tratamiento que tendría cualquier legado vindicatorio.

Quizás esto explica que el fisco se negara a pagar los prelegados y que, basándose en la posición de la escuela sabiniana, adujera que los legados *per praeceptionem*, que presuponen la condición de heredero, habían quedado revocados por las tachaduras sufridas por la institución de herederos. Al contrario, los prelegatarios habrían defendido la interpretación de la escuela proculeyana haciendo valer que un legado vindicatorio otorgado a su favor, si no está tachado, no puede entenderse revocado y, por tanto, debe considerarse válido y eficaz. Desafortunadamente la información con que contamos no permite verificar esta hipótesis, ya que los textos hoy accesibles son fragmentos mutilados de tratados jurisprudenciales desarrollados en su origen con más detalle. No obstante, la

⁸⁴ *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. Praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.*

especial discusión sobre los prelegados a la que alude Marcelo encuentra en esta circunstancia una explicación plausible.

Por otra parte, la investigación de la voluntad del testador respecto a la conservación o anulación de las disposiciones testamentarias que no había tachado, ordenada por Marco Aurelio en este caso, probablemente se extendió a todos los legados del testamento, y no sólo a los establecidos a favor de los herederos. Papiniano (D 34,9,16,2), en un momento en que muy probablemente la decisión particular de Marco Aurelio para la herencia de Nepote, se habría generalizado y aplicado a otros supuestos de la práctica, hace referencia a los legatarios *qui retinuerant voluntatem* sin distinción alguna⁸⁵.

⁸⁵ VOI, *Diritto ereditario romano*, cit., vol. II, pp. 498-503; p. 502.