

EL TESTAMENTO INOFICIOSO EN LAS PARTIDAS Y SUS FUENTES*

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. El testamento inoficioso en el Derecho Romano.—3. La reelaboración del testamento inoficioso por los glosadores.—4. Las Partidas.—5. Recapitulación y conclusiones finales**.

* Este trabajo se inscribe dentro del proyecto de investigación: *El dret comú i Catalunya*, dirigido por el Prof. Dr. Aquilino Iglesia Ferreirós y financiado por la CICYT-PB 87/1000.

SIGLAS, ABREVIATURAS Y EDICIONES

AHDE	<i>Anuario de Historia del Derecho Español.</i>
ASC	<i>Azonis Summa super Codicem. Instituta. Extraordinaria.</i>
Auth	<i>Authenticae ad Codicem.</i>
BIDR	<i>Bulletino del Istituto di Diritto Romano.</i>
BIMA	<i>Bibliotheca iuridica medii aevi, ed. Augustus Gaudentius. Scripta Anecdota Glossatorum.</i>
C	<i>Codex Iustinianus.</i>
CGJC	<i>Corpus Glossatorum Juris Civilis (I a XI) curante Juris Italici Historiae Instituto Taurinensis Universitatis. Rectore ac moderatore: Mario Viora.</i>
D	<i>Digesta Iustiniani.</i>
gl.	glosa.
HID	<i>Historia. Instituciones. Documentos.</i>
Inst	<i>Institutiones Iustiniani.</i>
IRMA	<i>Ius Romanum Maedii Aevii.</i>
LE	<i>Leyes del Estilo. Declaración de las leyes del Fuero, en Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, I, Madrid, 1872.</i>
Nov	<i>Novellae Iustiniani.</i>
NRHDFE	<i>Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger.</i>
P	Ed. Andrea de Portonaris, <i>Las Siete Partidas</i> , glosadas por el Licenciado Gregorio López, Salamanca, 1555, reed. anastática, Madrid, 1974.
PSC	Ed. Bottega d'Erasmus, <i>Placentini Summa Codicis. Accessit Proemium quod In Moguntina editione desiderabatur</i> , Torino, 1962.

1. PLANTEAMIENTO

El ordenamiento jurídico castellano del siglo XIII es tributario de la tradición derivada del derecho visigodo. El testamento visigodo, tal como aparece regulado en su derecho oficial, es el acto *mortis causa* que el *de cuius* puede realizar para disponer libremente de determinados bienes de procedencia regia, para determinar la mejora entre los hijos, para otorgar el quinto «de libre disposición», para disponer de todos los bienes adquiridos, —en caso de no existir descendientes— y en algún otro supuesto especial¹. Sin embargo, el régimen general del sistema hereditario visigodo, tal como puso de manifiesto el Profesor Otero², es un régimen de reservas, dentro de un sistema de teórica libertad de testar, facilitada por la persistencia de la facultad de desheredación.

La tradición del derecho visigodo en la Alta Edad Media supone un proceso de desvirtuación de las fórmulas de disposición *mortis causa* del que fue su derecho oficial, de manera que el testamento visigodo cae en desuso, tanto en Castilla como en León, según ha indicado en sus estudios sobre este tema el Profesor Arvizu³. La razón de esta decadencia y desaparición del testamento, que deja paso a la sucesión legítima en favor de los herederos familiares forzosos, mediante una distribución igualitaria entre los hijos del causante, son de tipo metajurídico y con-

-
- PSI *Placentini Summa Institutionum*, Maguncia, 1535, reed. en CGJC, I, Turín, 1973.
- QIS Ed. Hermann Fitting, *Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlín, 1894, redd. Berlín, 1977.
- RSC *Rogerii Summa Codicis*, en: *Scripta Anecdota Glossatorum*, BIMA, I, ed. Palmieri, Bolonia, 1913.
- SCHRADER, Institutionum...: SCHRADER, E., *Imperatoris Instiniani Institutionum Libri IV. Ad fidem Codicum manuscriptorum alcorumque subsidiorum criticorum recensuit, commentario perpetuo instruxit Eduardus Schrader, rtus.*, Berolini, 1832.
- ST Ed. Hermann Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, [*Summa Trecensis*], Berlín, 1894, reed. Frankfurt, 1971.
- ZSS *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*.

1. Aquilino IGLESIA, «Individuo y familia. Una historia del Derecho privado Español», en *Enciclopedia de Historia de España*, I, Madrid, 1988, pp. 433-536.

2. Alfonso OTERO, «La mejora», en *AHDE*, 33, 1963, p. 25.

3. Fernando de ARVIZU, *La disposición «mortis causa» en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977.

sisten en el proceso de regresión a formas de vida más primitivas en donde el sistema de economía natural y autarquía imposibilitarían la acumulación de riquezas y bienes sobre los cuales disponer.

La familia se identifica con un patrimonio que es la base imprescindible para su supervivencia en cuanto colectivo familiar. Por ello, se comprende que el testamento no encuentre acogida dentro del ordenamiento de estas sociedades en donde no es al individuo a quién se protege sino a la familia y a sus miembros.

El cambio de coyuntura económica se produce a partir del siglo XI en Europa occidental y también en la península ibérica. Al compás de las nuevas roturaciones de tierras en territorios reconquistados e inmediatamente repoblados, se inicia un proceso de recuperación de la vida ciudadana en aldeas, villas y ciudades, con su secuela de nuevas actividades económicas, comerciales y artesanales.

Es a partir de estos instantes, cuando se puede detectar una revitalización del testamento en el Norte y Oeste de la península, aunque, como señala el profesor Arvizu, el significado de este testamento integra una categoría jurídica genérica ⁴ o, si se quiere decir de otra forma: el término testamento tiene un valor polisémico muy alejado de la precisión de las construcciones romanas. Dentro de este término «testamento», tienen cabida todos aquellos actos, de naturaleza jurídica diversa, que muchas veces encontramos documentados en *escrituras*, como son las donaciones *pro anima*, donaciones *post obitum*, donaciones *reservato usufructu*, *perfiliatio*, actos unilaterales irrevocables, actos de ejecución de disposiciones, pactos *inter vivos* con eficacia sucesoria, actividades judiciales, etc... ⁵.

Este mundo de escrituras jurídicas que documentan actos de disposición de bienes de contornos imprecisos y borrosos, no tienen otro denominador común que la base sobre la que se asientan, es decir, la tradición del derecho visigodo que opera como un derecho general subyacente. La diversidad de nombres se explica por la necesidad de dar una respuesta jurídica específica a cada una de las necesidades que se plantean. Estos actos de la práctica ponen de manifiesto la lucha contra la idea de generalidad de la norma jurídica que sólo se encuentra representada por

4. *Ibidem*, p. 32.

5. *Ibidem*, pp. 145-221.

la tradición del Liber, la cual, recordemos, mantiene un sistema hereditario basado en un régimen general de reservas dentro de una teórica libertad de testar ⁶.

Con la difusión del derecho común y el fortalecimiento del poder monárquico, se operará una notable transformación en el derecho castellano de sucesiones cuyo exponente máximo se encuentra en las Partidas. En ellas se introduce un nuevo régimen del testamento abanderado por el principio de libertad de testar individual, a tenor de la regulación justiniana que se acepta plenamente. Las Partidas no conciben esta libertad de testar de una forma meramente teórica, como el Liber Iudiciorum, sino que al determinar una legítima del 1/3 ó de la 1/2, en función del número de hijos, conceden a la libertad de testar un carácter verdaderamente práctico o material.

Sólamete partiendo de la base de que esta libertad de testar sustancial es un principio rector de todo el sistema hereditario de las Partidas, podremos explicarnos y comprender la regulación específica que proyecta: sobre la *portio debita* a los herederos forzosos, sobre la facultad de desheredación y, finalmente, sobre el testamento inoficioso y su remedio jurídico: la querella *inofficiosi testamenti*.

El ordenamiento jurídico castellano del siglo XIII (síntesis de normas y de organización) ⁷ refleja, ciertamente, una sociedad estamental, pero también una sociedad dinámica y en expansión bajo la dirección de una monarquía que se consolida y de una economía en auge que ha permitido la formación de patrimonios, no sólo a una clase nobiliaria, sino también a unas capas burguesas de los grandes municipios que no viven exclusivamente de la tierra, sino de una economía basada en el intercambio, en el comercio y en la división social del trabajo ⁸. Las nuevas riquezas acumuladas ya no se consideran tanto de la familia como de la persona que las ha forjado, y ello redundará en un reforzamiento de la persona individual que, titular de un patrimonio amasado con sus artes y esfuerzos, es considerada también como titular de un derecho de

6. Vide supra n.º 2.

7. Francesco CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le Fonti*, Milano, 1954, pp. 26-27.

8. Para una visión general de este período vide: José Angel GARCÍA DE CORTAZAR, *La época medieval*, en Miguel ARTOLA direct.: *Historia de España Alfaguara*, II, Madrid 1974, pp. 177-374.

disposición *mortis causa* sobre el mismo. Existen límites derivados de los derechos hereditarios de ciertos parientes, a quienes, sin embargo, la nueva coyuntura económica facilita medios de vida suficientes con independencia de los bienes familiares. Estos bienes ya no son imprescindibles para su subsistencia, aunque se considere que siguen teniendo una expectativa hereditaria a una cuota de los mismos en virtud del derecho de ser estimado y atendido económicamente por determinados parientes.

Cada generación, según este planteamiento que las Partidas recogen, podrá disponer libremente de la mitad o mayor parte de su patrimonio. Es un régimen pensado para una sociedad dinámica y en transformación. Por ello no ha de extrañar que los sectores más apegados a perpetuar en su linaje la propiedad del patrimonio familiar recurran a fórmulas vinculatorias que están en los orígenes del mayorazgo y que implican la necesidad de plantear una oposición activa al sistema hereditario de las Partidas que no les da cabida ⁹.

La monarquía castellana, con Alfonso X, reverbera en su labor legislativa estas tensiones sociales. El régimen hereditario de las Partidas es una apuesta por la libertad de testar y en favor del elemento burgués y más dinámico de la sociedad, que no se opone a la subsistencia de la tradición anterior de forma voluntaria, sino que la integra, por imponer una cuota menor de disposición forzosa y por permitir la subsistencia de las formas tradicionales de disposición *mortis causa*, siempre que atribuyan la legítima ¹⁰.

9. Acaso también por ello no se encuentra en Partidas el régimen sucesorio propio del Mayorazgo. Al respecto vide: Bartolomé CLAVERO, *El mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Madrid, 1989 (=2.ª ed. corregida y aumentada), p. 76: «En las Partidas hemos encontrado noticias sobre la existencia de las fundaciones y las concesiones feudales anteriores a su conformación en la institución del mayorazgo; pero, respecto a sus respectivos regímenes patrimonial y sucesorio, los datos inducidos son parciales y contradictorios;...». Con los Mayorazgos también se consiguió romper la tendencia ínsita en las Partidas de «asimilar la propiedad territorial feudal a las concesiones feudales sometidas a un derecho señorial eminente que, en este caso, sería el del rey» *Ibidem*, p. 78.

10. Alfonso OTERO, «La mejora», en *AHDE*, 33, 1963, pp. 73-74, En la Alta Edad Media se produce la consagración de la comunidad patrimonial familiar. En consecuencia, los fueros municipales establecen la igualdad de los hijos en la sucesión.

A pesar de ello las Partidas tendrán una efectividad problemática que no se zanjará oficialmente hasta el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y su famoso orden de prelación de fuentes.

Entre tanto, las leyes del Estilo habrán recordado: que la costumbre usada y racional, las posturas de las partes y el derecho natural contrario al derecho positivo, al igual que las leyes y el perdón del Rey, son cosas que embargan al derecho escrito; que, en cierto modo, existen unos límites en la pretensión monárquica de monopolizar la creación del derecho a través de la Ley ¹¹.

La costumbre contra la ley. El derecho natural contra el derecho positivo. La voluntad individual contra la voluntad pública. Éstas fueron las tensiones del reinado de Alfonso X desde la perspectiva jurídica ¹². Si el monarca representa a la ley, al derecho positivo, a la voluntad pública; quienes otorgaban un acto de disposición *mortis causa* en los reinos de Castilla y León hasta el siglo XIII expresaban una voluntad individual que se basaba en la costumbre y en el derecho natural, o como señala el Profesor Iglesia, en el antiguo y buen derecho ¹³.

Alfonso X llevó a término una política legislativa dirigida a monopolizar el poder de crear el derecho, a su renovación y a su unificación, que afectaba a toda la situación anterior ¹⁴. Para ello, utilizó las nuevas doctrinas sobre el derecho, sobre la materia de la jurisprudencia y sobre las funciones que todo príncipe debía desarrollar en este campo, para aplicarlas a él mismo. Con el objetivo de plasmar por escrito estos principios, Alfonso se rodeó de juristas que conocían el nuevo derecho común, el derecho de un Emperador ortodoxo como Justiniano a quién Dante había situado en el Paraíso de su Divina Comedia, en cuanto César a quién Dios encargó la reforma de la legislación ¹⁵.

11. Cfr. LE, 238 en: «Las Leyes del Estilo. Declaración de las leyes del Fuero», en *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*, I, Madrid, 1872, p. 342. Al respecto *vide*: Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La Creación del Derecho. Una Historia del Derecho Español. Lecciones*, 2, Barcelona, 1988, p. 318 n.º 1.

12. Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España. Parte General. I. Introducción al derecho civil*, pp. 596-597.

13. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La Creación del Derecho. Una Historia del Derecho Español. Lecciones*, 2, Barcelona, 1988, pp. 70 y ss.

14. *Ibidem*, pp. 262 y ss.

15. Dant ALIGHIERI, *Divina Comèdia. Versió catalana d'Andreu Febrer i Callís (1375-1440/4)*, con el texto italiano fijado por Giorgio Petrocchi sobre el manuscrito

Los glosadores, desde Irnerio, elaboraron una teoría del derecho que se proyectaba sobre los libros de leyes de los Príncipes. Las Partidas son el Libro de Leyes de un Rey castellano (¿Alfonso X?)¹⁶ elaborado por juristas que conocían el derecho común y los principios jurídicos que otorgaban al Príncipe un derecho de intervención activa en los tres grandes aspectos de la materia jurídica, es decir: la equidad ruda (el derecho natural), el derecho aprobado (equidad erudita y/o constituida) y aquello (las posturas) que se observa por derecho, es decir, la voluntad legítima de los hombres en cuanto productora de negocios jurídicos.

De esta división tripartita de la jurisprudencia¹⁷ seguida por Búlgaro; La Summa Trecensis, Rogerio, Placentino, Juan Basiano, Azón, etc...nos interesa especialmente, en esta sede, el tercer elemento, es decir la voluntad individual de los hombres productora de efectos jurídicos al manifestarse *inter vivos*, como en los contratos, o *mortis causa*, como en el testamento, es decir, el derecho no legislado de la autonomía privada.

A la voluntad pública..., al monarca le corresponde según esta teoría de los glosadores la facultad de interpretar las últimas voluntades de los causantes, y tanto en lo que se refiere a las disposiciones de carácter general, como a las disposiciones de carácter especial, es decir, respecto a las disposiciones de bienes *mortis causa* a título universal o singular, respectivamente.

De esta manera, podrán interpretar que se ha realizado una institución de heredero cuando realmente no se ha otorgado: *Si quidem interpretan-*

de la antigua vulgata y editado por la Società Dantesca Italiana, Milano 1966-67, Barcelona, 1988, Canto VI Paradiso:

Cesare fui e son Iustiniano
che, per voler del primo amor ch'i sento,
de'entro le leggi trassi il troppo e'l vano.

16. Alfonso GARCÍA-GALLO, «El "Libro de Leyes" de Alfonso el Sabio», en *AH-DE*, 21-22, 1951-52, pp. 345-528. Con todo, estimamos como muy probable la atribución de la autoría de las Partidas a Alfonso X formulada por determinada historiografía. Sobre el estado de la cuestión al respecto, y en 1985, vide una ajustada y precisa formulación en: José Antonio ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid, 1985, pp. 462-467.

17. Cfr. E. M. MEIJERS, «Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glosateurs», en *Études d'Histoire du droit*, IV, Leyde, pp. 149 ss.

*tur...institutionem factam que facta non est*¹⁸. Como en el supuesto de la madre que muere en el puerperio, sin instituir a su hijo recién nacido, éste se presumirá instituido por la madre en virtud de una conjetura derivada de la piedad materna que se le supone para con el hijo preterido¹⁹. Pero los Príncipes también podrán intervenir con su voluntad pública en los testamentos, a través de la interpretación, para determinar que una institución de heredero realizada en el testamento, por voluntad del causante, no se ha realizado, como en el caso de que se instituya heredero a una persona en calidad de hijo cuando resulta que no lo es²⁰.

Si traemos a colación estas teorías de los glosadores es porque abonan un papel activo del monarca en una esfera de actividad reservada tradicionalmente a la libre disposición de los particulares. Alfonso X traducirá esta competencia que le señala el derecho común en este ámbito privado, en un intervencionismo efectivo por vía jurisdiccional, a través de asignar a los jueces unas misiones concretas en el ámbito testamentario que, como señalaremos más adelante²¹, es una de las características identificadoras de las fuentes doctrinales en las que han bebido las Partidas. Avancemos, sólomente, que esta intervención jurisdiccional de los jueces reales se podrá realizar a dos niveles, es decir, tanto en la primera instancia como en alzada.

El libro de las Leyes de Alfonso X está escrito en castellano a diferencia de las obras de los glosadores escritas normalmente en latín. Se trata de un libro con el que se quiere manifestar y poner en práctica la nueva política legislativa del monarca destinada a sus súbditos castellanos, por ello las elucubraciones teóricas de los glosadores han sido rebajadas de tono o eliminadas para recoger únicamente los grandes principios teóricos que, articulados en lengua castellana, reciben: ya una cumplida explicación, ya su particular versión o, incluso, una radical corrección cuando, para ejecutar la mencionada política, la dificultad o inadecuación de los términos y/o de su construcción lo requiere. A pesar de que las Partidas operan con este sentido pragmático, dirigido a poner al alcance de no especialistas del derecho común el conocimiento del nuevo derecho que se

18. *Ibidem*.

19. En base a C.3.28.3.

20. En base a C.6.24.4.

21. Vide infra p. 289.

reivindica como propio, lo cierto es que dichas Partidas beben de las fuentes doctrinales de los glosadores. En este sentido conocer cuáles son las doctrinas de los glosadores en puntos controvertidos nos permitirá avanzar en la resolución del problema que plantea el conocimiento de las fuentes en que se han inspirado las Partidas ²².

En este sentido, la metodología que seguimos en el presente trabajo de investigación consiste en detectar los puntos doctrinales controvertidos entre los glosadores, que se refieren a la sucesión legítima contra el testamento para, a continuación, profundizar: en la argumentación de fondo con la que los diversos autores construyen sus teorías al respecto y en las razones que les deciden a tomar partido por una u otra postura. Finalmente, deberemos contrastar las doctrinas identificadas con la sistemática que se acoge por las Partidas. Respecto al primer problema que se nos plantea: la identificación de las controversias, su solución viene facilitada por la existencia de un género literario específico sobre esta cuestión que es el de las *Dissenssiones dominorum*, el cual, según Calasso nos informa, consistía en apuntes sobre las cuestiones jurídicas más célebres en torno a las cuales algunos maestros habían expresado opiniones opuestas e inconciliables ²³.

Gracias a Gustavo Haenel poseemos la edición de varios de estos apuntes debidamente anotados, entre los cuales nos interesan especialmente, por razón de la materia, los que realizó Hugolino titulados: *Hugolini diversitates sive dissensiones dominorum super toto corpore iuris civilis* ²⁴.

Dos son las cuestiones disputadas sobre las que centraremos nuestra investigación: *la primera* se refiere a la Auténtica *Hodie non licet* a C.3.28.6 sobre el tema: *Quo titulo portio legitima liberis relinqui debeat* ²⁵?; y *la segunda* es la referida a C.3.28.1 sobre la cuestión: *Querela inofficiosi*

22. Hemos tenido en cuenta las observaciones realizadas por Arias sobre este problema. Al respecto vide: Juan Antonio ARIAS BONET, «Sobre presuntas fuentes de las Partidas», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 9, 1985, pp. 11-23.

23. Francesco CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le Fonti*, Milano, 1954, pp. 537.

24. Gustavus HAENEL, *Dissensiones Dominorum sive Controversiae Veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Neudruck ders Ausgabe Leipzig, 1834, reed. Aalen, 1964, pp. 247-552. También nos interesa de esta obra *Codicis Chisiani Collectio*, pp. 123-246.

25. *Ibidem*, p. 379.

*testamenti sitne utilis saltem petitio hereditatis*²⁶?, sobre cuya problemática se reincide en la disputa sobre la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4 bajo el epígrafe: *De testamento nullo et de querela inofficiosi testamenti iure novissimo*²⁷, es decir, sobre aquella regulación del testamento nulo y sobre la naturaleza de la *querela inofficiosi testamenti* que los glosadores analizaban en el derecho antiguo y en aquel otro que consideraban vigente en su época — siquiera con carácter teórico— lo que nos remite a la normativa derivada de las reformas introducidas por las Novelas contenidas en el *Liber Authenticum*, ahora agrupadas en colaciones dentro del *Volumen parvum*.

Si a través de este camino podemos centrar el tema de nuestra investigación, los elementos que van a permitir su avance se encuentran en las obras de los glosadores. En este punto las limitaciones derivadas de la propia naturaleza y estado de consevación de estas fuentes que, como indicaba Viora en 1972, se encuentran muchas de ellas sin editar y en manuscritos dispersos en varias bibliotecas europeas y aún americanas, se dejan sentir con toda su trascendencia²⁸. Las actuaciones realizadas por diversos Centros de Investigación se han dirigido, sobre todo, a la catalogación y reproducción por microfilms de estos manuscritos. La publicación de fuentes no ha avanzado aun lo suficiente para acceder a ellas con facilidad²⁹. Además, los textos publicados también

26. *Ibidem*, p. 373.

27. *Ibidem*, p. 454.

28. Cfr. CGJC, Turín, 1973, p. VI. Al respecto también es ilustrativa la noticia que recordaba recientemente Gero Dolezalek sobre los manuscritos existentes de los textos jurídicos romano-canónicos que contienen glosas apenas estudiadas: «There still exist about six hundred manuscripts of the Decretum Gratiani, of Compilationes decretalium and the Corpus Iuris Civilis which contain glosses prior to the respective gloss ordinaria. In addition to this there are many fragments ranging in size from tiny bits of one sheet of parchment to complete quires or even series of quires», en Gero DOLEZALEK, «Research on manuscripts of the Corpus iuris with glosses written during the 12th and early 13th centuries: state of affairs», en *El Dret Comú i Catalunya, Actes del 1er. Simposi Internacional*, Barcelona, 25-26 de maig de 1990, Barcelona, 1991, p. 19. En el mismo sentido este autor ya nos había informado anteriormente, aunque con la intención de ofrecer un método para la clasificación e individualización de los grupos afines de manuscritos que han transmitido un mismo texto y poder determinar así el árbol genealógico: Gero DOLEZALEK, «Nuove Techniche per far luce sulle Fonti dal secolo VIII al secolo XV», en *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, ed. Joaquín CERDÁ Y RUIZ-FUNES y Pablo SALVADOR CODERCH, Bellaterra, 1985, pp. 45-60.

29. Cfr. Gero DOLEZALEK, *Research*, pp. 27-40.

ofrecen problemas; así, la falta de una edición crítica de la magna glosa de Acursio impide conocer exactamente la procedencia de sus elementos integrantes y su ubicación temporal, de manera que utilizaremos la glosa de Acursio conscientes de que supone el punto final de un trabajo intensísimo realizado durante unos ciento cincuenta años por una pléyade de juristas cuya doctrina ha sido seleccionada y sistematizada por Acursio³⁰. Por otra parte, no podemos afirmar con certeza absoluta que los redactores de las Partidas conocieron y utilizaron directamente el trabajo de Acursio, cuya realización se suele situar en el segundo cuarto del siglo XIII y, por lo tanto, en una época demasiado próxima a la obra Alfonsina, sobre todo si tenemos en cuenta las dificultades materiales con que se encontrarían los juristas de la época para difundir un texto de tan enorme envergadura como es la Magna glossa.

Diversos testimonios nos informan sobre la presencia de juristas en la Corte de Alfonso X y sobre el conocimiento que se pudo obtener de la producción jurídica boloñesa a través de los códigos que la contenían. El profesor Iglesia ha valorado el significado que cabe atribuir a la presencia de Azo de Lambertazi en la Corte de Alfonso X, en orden al conocimiento de las últimas novedades producidas en Bolonia, en materia jurídica³¹.

30. Estamos aun muy lejos de llegar a un conocimiento pleno del proceso de formación de la magna glosa. A este respecto se ha escrito: «... quasi voglie apparente ritrovamento di notizie, non condaze a certezze absolute, ma rende ancor piú incerta e problematica la materia sulla composizione dell'opera e sulla formazione della stessa.»: Giovanni DIURNI, «La glossa Accursiana: Stato della questione», en *El Dret Comú i Catalunya, Actes del 1er. Simposi Internacional*, Barcelona, 25-26 de maig de 1990, Barcelona, 1991, p. 87.

31. Cfr. Aquilino IGLESIA FERREIROS, «¿Azo da Bologna ou Azo de Lambertazzi?, en *AHDE*, 55, 1985, pp. 749-752 y más recientemente en «Doctrinas e Instituciones Civiles: Familia, Patrimonio, Sucesiones. La situación de los estudios de historia del derecho privado en España», en *Hispania, entre derecho propios y derechos nacionales*, Milano, 1990 (=Per la storia del pensiero giuridico moderno) 34/35, I, p. 213: «Hoy debe desecharse la tradición que habla de una participación activa en su redacción de Azón, pero quizás podemos seguir manteniéndola, aunque corregida, vinculándola a aquellos datos históricos que muestran la presencia en la corte castellana de Azzo de Lambertazzi y, lo que es más importante, la de sus libros...». Sobre los contactos de Vidal de Canellas con Fernando III y con el futuro Alfonso X vide: Cfr.: Ferenc Oliver BRACHFELD, *Violant d'Hongria*, Barcelona, 1991, p. 67: «... va enviar (Jaime I en 1240) sota les muralles de Sevilla, que llavors eren assetjades pel rei Ferran i l'infant Alfonso, uns dels jurisperits més doctres, Vidal de Canyelles, bisbe d'Osca, per negociar les noces (de Violante con Alfonso)...».

Los glosadores civilistas trabajaban sobre las fuentes del derecho romano justiniano redescubierto buscando desentrañar los secretos de la ciencia jurídica. La exposición más completa y sistemática de su trabajo se encuentra en las *Summae*, que no son, como podría parecer a primera vista, un resumen o compendio del libro al que se refieren (Código, Instituciones o Novelas), sino una exposición sistemática y completa de la esencia o principios jurídicos inferidos de la materia englobada por el título correspondiente —en el caso del Código o de las Instituciones— o de la materia o materias que encierran cada una de las Novelas sumadas. A través de este género literario de las *Summae*, y como señala Calasso³², se armonizan sistemáticamente todos los argumentos encontrados sobre la cuestión, tanto si pertenecen al libro que se suma como si se encuentran en otro lugar de la compilación justiniana.

La *Summa*, pues, es la forma literaria de los glosadores que ofrece, en este punto de la investigación, el mayor interés para nosotros. En su redacción los glosadores invocan el objeto y finalidad comunes a todos los libros de leyes como pautas metodológicas que les obligan, en nuestra temática, a buscar los principios de equidad sobre sucesiones *mortis causa* y a plantearse las cuestiones conjetural, definitiva, general y traslativa sobre estas cuestiones, a partir de los textos justinianos y mediante su reflexión creadora de la teoría jurídica al respecto³³.

32. Francesco CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le Fonti*, Milano, 1954, p. 534. Según Meijers la Suma es un resumen sistemático de una materia destinado a la enseñanza. Sobre ello vide: E. M. MEIJERS, «Summes, lectures et commentaires (1100 a 1250)», en *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, p. 211. Para ORESTANO, las *Summae*: «Piú che compendi —come il nome potrebbe far pensare— erano scritti, anche di grande mole, condotti con l'intento di dare un'esposizione non frammentaria del diritto di Giustiniano,...», en: Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 145.

33. Cfr. PSC, p. XIII: «Super predictis omnibus —id est super equitate, super iure, super eo quod probatur pro iure— tam varie tamque multipliciter, prout expositum est, intendunt principes nostri. Hoc quoque faciunt referentes suas constitutiones ad quatuor questiones, quas Tullius (de inven. 1, 8, 10) vocat constitutiones. Prima est questio facti et dicitur coniecturalis, ut D. de donationibus inter virum et uxorem, l. verum (=utrum: D. 24, 1.47). Secunda est nominis et vocatur diffinitiva, ut si constat quid ablatum, sed ambigitur sitne furtum an sacrilegium, ut D. de penis, l. aut (D. 48, 19, 16). Tercia questio appellatur generalis, et committitur non iudici, sed legis auctoritati, ut D. ad municipalem, l. si quis (D. 50, 1, 15). Quarta questio nuncupatur traslativa, que agitur cum queritur ubi causa debeat agitari». Sobre la investigación de los glosadores en torno a la materia de los Libros de Leyes vide: Ennio

Los ejes vertebradores de su discursos son, pues, los supuestos de hecho de las normas sucesorias, las consecuencias jurídicas que se le atribuyen, la definición de la institución examinada y los medios arbitrados para su eficacia. Temas de derecho sustantivo y de derecho adjetivo que en nuestro caso se referirán, por un lado, a la desheredación y preterición de los hijos y, por el otro, al testamento inoficioso.

Sobre estos temas, al igual que en los demás, los glosadores trabajarán para encontrar una respuesta a las cuestiones antes mencionadas proyectando su reflexión en las *Summae* a partir de los textos de Derecho Romano que analizan y discriminan cronológicamente para su síntesis, distinguiendo, en algunos casos entre: el *ius vetus* —que abarca todo el derecho romano clásico y postclásico— el *ius novum* —referido a las constituciones justinianas insertadas en el Código— y, finalmente, el *ius novissimum* representado por las novelas y las auténticas que derivan de ellas. Estas últimas tienen una especial trascendencia en nuestra investigación dado que es a partir de la interpretación contradictoria de dos de ellas que se establecen las doctrinas contrapuestas sobre las cuestiones disputadas que antes mencionábamos como ejes vertebradores de nuestro argumento. Como nos informa Federico Patetta, con el nombre de Autentica se designaban en un primer momento a las Novelas de Justiniano contenidas en el *Liber Authenticum* o versión vulgarata de las Novelas pero, más adelante, se restringió su significado para designar únicamente los extractos o condensaciones de dichas Novelas, situadas al lado de las Constituciones que sintetizaban o de los pasajes de las Instituciones y del Código a los que modificaban o completaban. También recibieron este nombre dos constituciones de Federico I y once de Federico II insertas finalmente en el texto del Código de Justiniano al igual que las restantes, que pasaron a considerarse partes integrantes del mencionado Código ³⁴.

CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, s.l., 1964, pp. 1-4 (=Ius Nostrum. Studi e testi pubblicati dall'istituto di storia del diritto italiano dell'università di Roma, 6.2).

34. Con la cura, revisión e integración bibliográfica de María Ada BENEDETTO: Federico PATETTA, «Authentiche», en *Novissimo Digesto Italiano*, dir. da Antonio AZARA e Ernesto EULA, I², pp. 1459-1551.

En todo caso, las Auténticas se contraponen claramente al *Liber Authententicum* ya que, a pesar de que proceden de él, veremos como en la labor de condensación se traiciona conscientemente el sentido de la Novela, en algunas ocasiones, para introducir ciertas modificaciones de su sentido que sólo son debidas a la labor de los glosadores que las realizaron. Respecto a esta última cuestión se admitió, en general, que fue Irnerio el autor de la mayor parte de estas Auténticas, aunque algunas de ellas son debidas a autores posteriores tales como Martín, Hugo, Jacobo, Alberico, Placentino, Juan Basiano, Azón y Hugolino. Acursio, salvo excepciones, no recoge en la versión vulgata del código otras Auténticas que las atribuidas a Irnerio, de manera que las posteriores sólo se encontrarán normalmente en manuscritos preacursianos o mencionadas por otros glosadores posteriores³⁵. Este hecho puede explicar el porqué la *Authentica Hodie non licet* a C.3.28.6—sobre la que se plantea la cuestión de saber bajo que título debe disponerse la legítima en favor de los hijos— no se encuentra en la redacción vulgata del Código, aunque existan manuscritos que parecen recogerla³⁶.

Sobre esta cuestión, y para conocer cuáles serán los efectos del testamento inoficioso, tendremos en cuenta la formación doctrinal de unas teorías jurídicas recogidas en diversas *Summae* cuyos vestigios o paralelismos también aparecen en libros de leyes redactados en castellano, durante estos primeros momentos de la recepción del derecho común. Por ello, aunque tendremos en cuenta, de forma primordial, a las Partidas, no olvidaremos estudiar, si bien de forma colateral, la versión castellana de Lo Codi, en cuanto representa en la materia investigada un contrapunto doctrinal de las Partidas.

Trataremos nuestro argumento analizando, en primer lugar, esta problemática sucesoria y su formalización por el derecho romano, considerado éste en sus diversas etapas hasta el período justiniano, para retomar a continuación el tema en la configuración teórica que le dieron los glosadores y culminar con la determinación de las coincidencias de éstos último con las Partidas, lo que nos permitirá delimitar sus posibles fuentes doctrinales a tenor de la opción escogida por las Partidas.

35. *Ibidem*, p. 1151.

36. Gustavus HAENEL, *Dissensiones Dominorum sive Controversiae Veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur*, Neudruck ders Ausgabe Leipzig, 1834, reed. Aalen, 1964, p. 379, n.c.

2. EL TESTAMENTO INOFICIOSO EN EL DERECHO ROMANO

Entre los prejuicios frente a los cuales el historiador debe estar en guardia se encuentra —como indicaba Vico— el de suponer que los antiguos estaban mejor informados que nosotros sobre los tiempos que les están más cercanos ³⁷.

En este sentido, no es cierto que los glosadores tuvieran un mejor conocimiento de la historia del derecho romano del que nosotros poseemos en la actualidad. Como hemos señalado anteriormente, mientras que los glosadores eran conscientes de que existía un derecho justinianeo nuevo o novísimo que modificaba al anterior produciendo en sus perfiles definitivos el derecho que estaba vigente, según ellos, coetáneamente (*hodie*); no tenían, sin embargo, el suficiente conocimiento histórico para distinguir dentro de aquel derecho anterior, el *ius vetus*, los diversos estratos históricos que lo integraban. La identificación del derecho clásico romano será una tarea reservada al porvenir, cuando los humanistas (Poliziano, Alciato, Cuiacio, etc...), a partir de fines del siglo XV, abordarán el estudio del derecho romano con otra perspectiva metodológica basada en la filología y en la historia ³⁸.

Con ello queremos significar que si hoy podemos conocer mucho mejor la historia del testamento inoficioso en el derecho romano, no hemos de olvidar que los glosadores utilizaron los testimonios del pasado que se refieren a ella con la finalidad prioritaria de construir una o varias doctrinas jurídicas al respecto, más que con la de intentar explicar históricamente cuál era su sentido en función de un momento concreto en el proceso evolutivo de la sociedad romana.

La clásica visión de la doctrina tradicional sobre la sucesión necesaria en el derecho romano partía de la existencia original de la libertad de testar en época de las XII tablas y de la gradual introducción de límites por parte de la Ley y de la jurisprudencia ³⁹.

37. Cfr. R. G. COLLINGWOOD, *Idea de la historia*, México, 1968, pp. 74 y ss.

38. Francesco CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I. Le Fonti*, Milano, 1954, p. 597 y ss.

39. Cfr. Luigi DI LELLA, *Querela Inofficiosi Testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoles, 1972, pp. 3 y ss. Seguiremos básicamente a este autor en el planteamiento histórico que formula para comprender críticamente el origen y evolución en Roma de la Querela Inofficiosi Testamenti.

Frente a la absoluta libertad de testar del *paterfamilias* se establecerían, en un primer momento, limitaciones que afectarían a la forma del testamento, y por ello fácilmente observables o burlables, sin que se resienta la libertad de testar efectiva, y que se reflejarían en la regla *heredes sui aut instituendi sunt aut exheredandi*, para proseguir en una época posterior con la introducción de limitaciones al contenido del testamento, cuando se exige, como indica el Profesor Juan Iglesia, que el testador deje a determinadas personas parte de sus bienes, lo cual se traduce en la determinación de la cuantía de una *portio debita* respecto a determinados parientes naturales beneficiados por el cumplimiento de un *officium pietatis* que ahora gravita sobre el *paterfamilias*, dentro de una nueva concepción de la familia que ha perdido su consideración de célula de organización política básica de la sociedad romana ⁴⁰. El testamento que se otorga incumpliendo este deber de disposición de la cuota hereditaria que le corresponde, la *quarta debita portionis*, en favor de determinados parientes naturales, se convierte en un testamento inoficioso susceptible de ser impugnado por la *querela inofficiosi testamenti*.

Por el derecho justinianeo se establecen las últimas modificaciones al sistema de sucesión legítima contra el testamento: se varía la cuantía de la cuota, se establece la acción de suplemento de la legítima, se obliga a que la cuota legitimaria se deje a título de institución de heredero y no por cualquier otro, etc...

No obstante, este planteamiento tradicional fue criticado hace unos años por Di Lella aduciendo su inconsistencia ya que no da razón de alguno de los hechos básicos constatados. Así, niega que se pueda hablar de una sucesión necesaria formal en Roma ya que la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* alude, desde sus orígenes, a un límite de carácter sustancial impuesto a la libertad de testar ⁴¹.

Di Lella revisa la doctrina anterior (Eisele, Krueger, Kenler, Gaudemet, La Pira, etc...) ⁴² para ofrecer una explicación histórica al régi-

40. Cfr. Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1990¹⁰, pp. 625 y ss.

41. Luigi DI LELLA, *Querela Inofficiosi Testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, 1972, pp. 78 y ss.

42. Cfr. F. EISELE, «Zur querela inofficiosi», en *ZSS*, 15, 1894, pp. 256 y ss.; «Septemvralia iudicia», en *ZSS Rom. Abt.*, 1914, 35, pp. 320 y ss. H. KRUEGER, «Que-

men de sucesión necesaria y material que los romanos fueron perfilando desde fines de la República, mediante la intervención activa del órgano jurisdiccional competente en materia de herencias, es decir, el tribunal de los Centumviri. Por ello, en orden a la inoficiosidad hay que distinguir el régimen inicial del testamento inoficioso, de la regulación posterior de los juristas del siglo III que configura la *querela testamenti inofficiosi*. La doctrina tradicional se ha construido a partir de esta última y luego ha retroproyectado sus conclusiones —como indica Di Lella— sin la oportuna verificación histórica. De esta forma se ha incurrido en anacronismos que impiden una exacta comprensión del significado del testamento inoficioso y de la querella que le afecta.

La evolución de la sociedad romana, con su expansión territorial al compás de las guerras púnicas, provocó un enriquecimiento de sus ciudadanos que amasaron grandes fortunas. Ante esta situación el sistema de la libertad de testar absoluta se mostraba muy peligroso para la sociedad, ya que mediante él se podía dar entrada en la clase dirigente a personas de niveles inferiores que, rompiendo la jerarquía establecida, podían plantear problemas políticos internos. Por esta razón, y para proteger los vínculos de sangre frente a estos advenedizos, se impidió la transmisión indiscriminada a extraños de un patrimonio que era la base estabilizadora de la sociedad romana, y ello mediante la introducción, con relevancia jurídica, del concepto de inoficiosidad dentro del ámbito del derecho civil⁴³. Esta actividad juridizadora de la realidad social corrió a cargo del Tribunal Centumviral, al permitir la participación en un concurso de méritos, junto a los instituidos, a quienes habían sido ex-

rela inofficiosi testamenti», en *ZSS*, 57, 1937, pp. 94 y ss.; «Nacträge zur “querela inofficiosi testamenti”», en *BIDR*, 47, 1940, pp. 65 y ss. E. RENIER, *Etude sur l’histoire de la querela inofficiosi en droit romain*, 1942, Liège. J. GAUDEMET, «Testamenta ingrata et pietas Augusti. Contribution à l’étude du sentiment impérial», en *St. Arancio Ruiz*, 3, 1953, pp. 115 y ss. M. MARRONE, «Sulla natura della “querella inofficiosi testamenti”», en *Studia et Documenta Historiae et iuris*, 1955, 21, pp. 74 y ss. G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestate e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 412 y ss. Una bibliografía más amplia puede encontrarse en: Matteo MARRONE, «Querela Inofficiosi Testamenti», en dir. da Antonio AZARA e Ernesto EULA, *Novísimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, pp. 670-673.

43. Luigi DI LELLA, *Querela Inofficiosi Testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, 1972, pp. 73 y ss.

cluidos de la sucesión de los parientes más próximos, con independencia de su calidad o no de sucesores civiles *ab intestato*. En todo caso su reclamación se vehiculaba a través de una acción petitoria de la herencia que no iba dirigida directamente a la impugnación del testamento sino contra todos o alguno de los instituidos ⁴⁴.

El concurso de méritos consistía en un juicio comparativo entre el pariente excluido y el heredero o herederos instituidos. Si la resolución del Tribunal era favorable a éstos las disposiciones testamentarias se confirmaban en su integridad, mientras que si lo era respecto a aquél, entonces la acción de petición de herencia conseguía su eficacia, de manera que el demandante excluido, no sólo conseguía la adquisición de bienes hereditarios, sino también la adquisición de la calidad de heredero, aunque esto no implicaba la rescisión del testamento ni la apertura de la sucesión *ab intestato*, sino un derecho de participar en la sucesión a título de heredero que se hacía valer frente a los demás instituidos.

Según Di Lella, los Centumviro consintieron a los cognati la impugnación de las instituciones singulares contenidas en el testamento de quién les había excluido, en base a un principio de equidad que impulsaba la adecuación del viejo derecho civil a las nuevas exigencias sociales ⁴⁵.

Cuando los Centumviro sentaron una doctrina al respecto, el Pretor empezó a prometer la *bonorum possessio* a quienes aparecieran con más méritos que los herederos instituidos para conseguir la herencia y no fueran sucesores *ab intestato* ni testamentarios. En la práctica se trataba siempre de cognados ⁴⁶.

La actuación jurisdiccional de los Centumviro, que tenían competencias exclusivas en materia hereditaria, se proyectó inicialmente sobre los casos de simple preterición porque permitían una investigación de la presunta voluntad del testador que se definía como título para hacer entrar en la sucesión a personas no mencionadas en el testamento, las cuales, sin embargo, acreditaban unos méritos superiores a los poseídos por los herederos instituidos que podían definirse en función de los valores sociales atribuidos a los vínculos de sangre y a las circuns-

44. *Ibidem*, pp. 28-33.

45. *Ibidem*, p. 67.

46. *Ibidem*, p. 67.

tancias concretas que, como la gratitud debida por el testador, concurrieran en cada supuesto concreto.

Las consecuencias de la preterición también se fijarían por los centumviros, de manera que se reconocería un derecho de acrecer para las hijas y nietos preteridos, en unas determinadas cuotas y en función del carácter de extraños o no que concurriera en los herederos instituidos. También la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* se iría formando gradualmente dentro de la praxis centumviral y conllevaría, con el tiempo y como carga normativa, la invalidez del testamento cuando se hubiere preterido con él a un hijo varón bajo potestad.

Con esta actuación de los Centumviros nacería el concepto de testamento inoficioso como aquel otorgado en violación de los deberes impuestos al testador por el común sentir social, el cual Di Lella encuentra representado en aquel fragmento del *De Officiis* de Cicerón (I.17.57-58), según el cual se afirma que: la unión de la sangre ata a los hombres con vínculos de benevolencia y estimación ⁴⁷. Vínculos que deben traducirse en recíprocas disposiciones de bienes *mortis causa*.

La actuación de los Centumviros en cuanto a interpretar la voluntad presunta del testador que ha preterido a determinados parientes provocaría como reacción la necesidad de desheredar expresamente a éstos, si se quisiera mantener en su integridad la validez del testamento.

Pero también esta reacción defensiva de los que defendían el principio de libertad de testar en su grado máximo fue superada por los Centumviros en casos de injusta desheredación, después de que el Pretor interviniera en alguno de estos supuestos denegando la acción a los herederos instituidos. Fue un paso mucho más delicado y costoso en cuanto tuvo que superarse el principio que imponía un respeto pleno a las palabras del testamento: *uti lingua nuncupassit*. Por ello, los Centumviros

47. CICERO, *Dels Deures*, I, Fundació Bernat Metge, Barcelona, 1938, p. 32: «sed cum omni ratione animoque lustravis, omnium societatum nulla et gravior, nulla carior quam ea, quae cum re publica est uni cuique nostrum, cari sunt parentes, cari liberi, propinqui, familiares, sed omnes omnium caritates patria una complexa est... Sed si contentio quaedam et comparatio fiat, quibus plurimum tribuendum sit officii, principes sint patria et parentes, quorum beneficiis maximis obligati sumus, proximi liberi totaque domus, quae spectat in nos solos neque aliud ullum potest habere perfugium, deinceps bene convenientes propinqui, quibuscumque communis etiam fortuna plerumque est...».

proyectarían su labor interpretativa sobre las razones de la desheredación para valorar, en la resolución del concurso de méritos planteado por el desheredado, si tales motivos eran congruentes o suficientes para justificar su desheredación o si, por contra, se trata de simples pretextos para eludir el *officium pietatis*, o incluso se trata de claros síntomas de locura, en cuyos dos últimos supuestos, el testamento se declara inoficioso y se concede al desheredado la adquisición de bienes hereditarios, al mismo tiempo que la adquisición del título de heredero.

Un paso más en el proceso de completar la noción de inoficiosidad del testamento vendrá dado por la intervención de los Centumviros en aquellos supuestos en que no existe preterición ni desheredación pero la institución otorgada al heredero necesario es irrisoria ya que su cuantía es insignificante. En estos casos, el testamento se consideraría inoficioso, pero para determinarlos se tuvo que fijar un límite a partir del cual la institución se consideraría suficiente y no podría atacarse de inoficiosidad. Para ello se utilizó la 1/4 parte de los bienes que hubieran correspondido al heredero necesario si se hubiera deferido la herencia por la sucesión *ab intestato* y no por la testamentaria. En el cálculo de esta cuarta se contaba todo lo que el heredero recibió del difunto por actos *mortis causa* (institución de heredero, legados, fideicomisos, etc...).

La razón de fijar esta cuota parte en 1/4 estriba, probablemente, en el influjo ejercido por la ley Falcidia, tal como señala Di Lella a partir de un testimonio de Plinio ⁴⁸. Ello puede explicar que, en algunas ocasiones, esta similitud produzca una confusión. Así, en la edad media veremos como los glosadores utilizarán eventualmente el nombre de Falcidia para designar a la legítima ⁴⁹.

En conclusión, podemos apreciar como hasta fines del siglo I d. de Xto. se conoce el testamento inoficioso (por preterición, desheredación o institución en parte irrisoria de ciertos parientes del causante), pero no se conoce un medio específico para impugnarlo. Todavía no existe la Querella como acción dirigida a rescindir el testamento y a preparar la apertura de la sucesión *ab intestato*.

48. Luigi DI LELLA, *Querela Inofficiosi Testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, 1972, p. 123.

49. Vide infra p. 302.

Los Centumviros sólo se preocupaban de resolver el concurso de méritos con la adjudicación de bienes a quién —como cognado— muchas veces no era ni heredero *ab intestato* según el derecho civil. Por este motivo, se comprende que no entraran en la cuestión de rescindir el testamento y declarar abierta la sucesión *ab intestato*, sino que su tarea, basada en la equidad, iba dirigida a conceder la petición de herencia solicitada por el excluido. El juicio de los Centumviros se excitaba con una petición de herencia planteada por los excluidos y dentro de este juicio petitorio, la cuestión de inoficiosidad era un trámite incidental previo del cual dependía la atribución o no de bienes hereditarios, con independencia de la potencial condición de heredero *ab intestato* del reclamante.

A partir del siglo II de nuestra era la inoficiosidad del testamento adquirió una autonomía gracias a que el ordenamiento jurídico romano le atribuye el efecto rescisorio del testamento y la consecuencia subsiguiente de la apertura de la sucesión *ab intestato*. El instrumento operativo para conseguir tal finalidad será la querrela de testamento inoficioso, la cual se fundará en la insania del testador como expediente retórico para justificar la mencionada invalidez del testamento, a diferencia de la acción de inoficiosidad anterior que, si bien sólo otorgaba la adquisición de bienes hereditarios, lo hacía en base a la causa real que había provocado tal defecto en el testamento, es decir: la injuria ocasionada al pariente excluido.

También, con el transcurso del tiempo, la preterición del *suus heres* dejó de considerarse como el defecto de aquel testamento que permitía al Tribunal establecer la voluntad presunta del testador en beneficio del preterido, al que se reconocían los máximos méritos para adquirir la herencia frente a todos los herederos instituidos; para convertirse en un motivo de invalidez del testamento. En este supuesto, el testamento no existe jurídicamente y no es posible su rescisión.

La *querela inofficiosi testamenti*, en cuanto acción típica dirigida a la rescisión del testamento procederá en los supuestos de desheredación; los sujetos activos de la misma estarán determinados por la cualidad de sucesores *ab intestato* del *de cuius* a tenor de las reglas *ad hoc* del derecho civil y, más adelante, del derecho pretorio. Éstas expresaban unos principios sucesorios favorables a los parientes unidos por vínculos de sangre con el difunto que también se proyectarán en la sucesión tes-

tamentaria, precisamente convirtiendo la acción de inoficiosidad en acción rescisoria del testamento, preordenada a la apertura de la sucesión *ab intestato*.

Esta labor sistematizadora de los mecanismos sucesorios existentes para adecuarlos a los nuevos principios fue debida a los juristas. Ello explica, como indica Di Lella, la existencia de una doble concepción doctrinal de la *querela inofficiosi testamenti* representada por las posturas defendidas por Paulo y Papiniano, respectivamente. Los puntos conflictivos en que se produce la disensión son: El alcance rescisorio de la querella y sus efectos respecto a las disposiciones particulares que pudieran contenerse en el testamento ⁵⁰.

Mientras Paulo (D.5.2.17.1) sostiene que la querella provoca la caída de todo el testamento y la apertura total de la sucesión *ab intestato* (con la consiguiente caída de los legados, fideicomisos y demás disposiciones del testamento), para Papiniano (D.37.7.6.) la querella es un medio de impugnación del testamento, limitado, en cuanto a su alcance, al interés del querellante, es decir, a la cuota expectante que le correspondería como heredero *ab intestato*. Por esta razón, Papiniano concede la posibilidad de una rescisión parcial del testamento, lo que implica una derogación del principio sucesorio según el cual *nemo por parte testatus por parte intestatus decedere postest* y, además, permite la posible pervivencia de todas las otras disposiciones testamentarias (legados, fideicomisos, etc.,..).

Según Di Lella, las dos doctrinas coexistieron durante cierto tiempo y es probable que la pauliana precediera a la papiniana que nacería para atemperar el excesivo rigor de la primera en su línea contraria a la libertad de testar ⁵¹.

En la época postclásica no se producen novedades relevantes en esta materia tal como señala Marrone ⁵². Algunas disposiciones imperiales ratificarían el carácter relativo de la impugnación del testamento operado por la querella; se consolida la legitimación activa de los padres,

50. Luigi DI LELLA, *Querela Inofficiosi Testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Nápoles, 1972, pp. 197-211.

51. *Ibidem*, pp. 254-256.

52. Matteo MARROE, «Querela Inofficiosi testamenti», en dir. da Antonio AZARA e Ernesto EULA, *Novísimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, p. 672.

pero respecto a los hermanos se establece su derecho de impugnar condicionado a ser pospuestos, en el testamento, a persona torpe.

En definitiva, vemos como, en Roma, el concepto de testamento inoficioso se ha abierto paso al compás de las restricciones impuestas al principio de libertad de testar, que tienden a beneficiar a los parientes consanguíneos del difunto, y ello, en primer lugar, a través de una acción de inoficiosidad dirigida a la adquisición de bienes hereditarios y de la condición de heredero, que bien puede considerarse una acción de petición de herencia, en donde la cuestión de inoficiosidad es un incidente previo decisorio. En un segundo momento, la juridización de las exigencias sociales que pedían la protección de los consanguíneos transforma la acción de inoficiosidad en una querrela (queja) dirigida a la impugnación del testamento, para abrir la sucesión *ab intestato* en la que el nuevo orden sucesorio protege directamente a los mencionados consanguíneos.

O incidente en una petición de herencia o impugnación del testamento preordenada a la apertura de la sucesión *ab intestato*; esta es, en síntesis, la alternativa planteada a nuestra temática en el orden conceptual que sólo puede encontrar una explicación cabal si atendemos a su dimensión temporal, es decir, a su génesis y evolución en el tiempo, dentro de la misma sociedad romana que se transforma. Es desde la historicación de este proceso evolutivo y no desde una perspectiva sistemática o dogmática que, gracias a la aportación de Di Lella, podemos comprender científicamente la naturaleza jurídica del testamento inoficioso en Roma.

En contrapartida, los glosadores, que carecen de esta visión histórica del *ius vetus* romano, tropezarán con la dificultad de determinar las consecuencias de la inoficiosidad del testamento, dentro de su tarea de integrar o utilizar el derecho romano justinianeo para la construcción de su sistema jurídico en las *Summae*. Para unos, la querrela sólo subsiste en el supuesto de los hermanos excluidos para instituir a personas torpes, ya que en los demás casos la impugnación consistirá en un mero incidente dentro de una acción de petición de herencia que puede entablar directamente el excluido por ser nulo el testamento. Para otros la querrela subsistirá en ciertos casos de desheredación como medio para rescindir el testamento y permitir la petición de herencia para los herederos *ab intestato* excluidos.

Aunque sea avanzando ideas que más adelante deberemos desarrollar⁵³, vemos como, en cierto modo, una y otra postura encuentra parte de sus antecedentes doctrinales en el *ius vetus*, aunque utilizado ahistóricamente. Mientras unos utilizan la construcción de la acción de inoficioso a la que, sin embargo, atribuyen consecuencias previstas por Paulo, otros utilizarán las construcciones de la querella tal como se proponía por Papiniano. De todas formas, ello no debe hacernos olvidar que ambas posturas tienen muy presente la posterior regulación justiniana. Las constituciones justinianas insertas en el Código establecen la acción al suplemento de la legítima que impide plantear la querella cuando se recibe por el heredero necesario una porción menor que la que corresponde a la *portio debita*, ahora llamada legítima (aumentada por la Novela 18⁵⁴ del 1/4 al 1/3 ó 1/2, en función del número de hijos). La acción al suplemento permitirá al legitimario completar los bienes recibidos del difunto hasta el total de la cuota que le corresponde. La querella se concibe, como señala Marrone, como una causa o motivo de la *petitio hereditatis*⁵⁵.

Es la Novela 115⁵⁶ la que establece la necesidad de que la atribución de la *portio debita* a los legitimarios se realice a título de heredero ya que en caso contrario se rescindiría el testamento en cuanto a la institución de herencia, aunque se haya dispuesto la cantidad de bienes suficientes equivalentes a la *portio debita* por otros títulos sucesorios. Los glosadores formularán doctrinas diversas sobre este extremo, tal como ya hemos indicado en el planteamiento de la presente investigación⁵⁷.

También se rescindiría el testamento si no se hubieran inserido en el testamento alguna de las causas de desheredación previstas o éstas no se hubieran probado por el heredero instituido. En todo caso, los glosadores discreparán sobre la naturaleza de la rescisión del testamento en cuanto que existirá una doctrina favorable a la nulidad *ipso iure* y otra

53. Vide infra pp. 272 ss.

54. Nov. 18=Coll. III, *De triente et semisse*, vers. *Haec nos moverunt*, en: ACCURSI, «Glossa in Volumen», en CGJC, XI, Turín, 1969, pp. 185-186.

55. Matteo MARRONE, «Querela Inofficiosi testamenti», en dir. da Antonio AZARA e Ernesto EULA, *Novísimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, p. 673.

56. Novella 115=Coll. VIII, *Ut cum de appellatione cognoscitur*, vers. *Aliud quoque*, en: ACCURSI, *Glossa in Volumen*, en CGJC, XI, Turín, 1969, pp. 185-186.

57. Vide supra pp. 246-247.

partidaria de la anulabilidad. Ambas, sin embargo, se proyectan sobre supuestos de inoficiosidad del testamento.

3. LA REELABORACIÓN DOCTRINAL DEL TESTAMENTO INOFICIOSO POR LOS GLOSADORES

Para abordar esta cuestión deberemos tener en cuenta que nuestro objetivo es aportar nuevos elementos para avanzar en el estudio e identificación del influjo doctrinal que los glosadores pudieran ejercer sobre las Partidas en base a determinar las coincidencias sobre las dos cuestiones controvertidas que señalábamos líneas atrás en el planteamiento del tema (¿por qué título debe disponerse la legítima en favor de los hijos? y ¿cuál es la naturaleza de la querrela de testamento inoficioso según el derecho novísimo?). Sin perder de vista este objetivo, ahora debemos presentar el pensamiento jurídico de los glosadores en su versión más acabada y sistemática para poder, a continuación, centrarnos en los dos aspectos concretos mencionados. Con esta finalidad acudiremos a las *Summae*, en cuanto que son la fuente de conocimiento que nos puede proporcionar tal información y tomaremos como base para la exposición general a las realizadas por dos juristas que representan plenamente cada una de las dos grandes corrientes doctrinales que luego entrarán en debate sobre las cuestiones controvertidas, repetidamente aludidas. Nos fijaremos en las *Summae* que Placentino (fallecido hacia 1192) y Azón (fallecido hacia 1200) realizaron al Código y a las Instituciones⁵⁸.

En primer lugar, hemos de observar que en las Sumas que siguen el orden dispositivo de materias establecido por el Código, el tema del testamento inoficioso viene tratado con anterioridad al de los hijos desheredados o preteridos, mientras que en la Suma a las Instituciones la ubicación de estos dos temas es inversa⁵⁹. Las Partidas seguirán el orden de las Instituciones, así, mientras P.6.7. se referirá al tema de las deshe-

58. Para Placentino vide: André GOURON, *Etudes sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, reed. Variorum Reprints, London, 1987: I, pp. 3-8; II, pp. 32, 76, 106-112, 116 y VI, pp. 326-327.

59. Cfr.: CJ, 6.28 y Inst. 2, 13 para la desheredación de los hijos y CJ, 3.28 y Inst. 2.18 para el testamento inoficioso.

redaciones, P.6.8 tratará de: *Como puede quebrantar el testamento, aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dizen en latin querela inofficiosi testamenti*⁶⁰.

Desde un punto de vista lógico la sistemática de las Instituciones (y también de las Partidas) es la más acertada, ya que, si la libertad de testar se restringe por la legítima que ha de atribuirse a los herederos forzosos, la facultad de desheredar restringe el derecho de estos herederos forzosos, mientras que, finalmente, es el derecho de impugnar el testamento el que se contrapone, para modularla, a una facultad de desheredar que no se quiere arbitraria ni indiscriminada, sino justificada y motivada.

Existe, pues, un movimiento dialéctico entre estos cuatro principios (Libertad de testar, derecho a la legítima, facultad de desheredar, derecho de impugnar el testamento inoficioso) que postula precisamente este orden y no el contemplado en el Código y en las diversas obras de los glosadores que lo suman.

Sin embargo, no debemos dejar de explicar que el orden del Código tiene su razón de ser en el orden de distribución de la materia dentro de sus doce libros. El testamento inoficioso se encuadra dentro del libro tercero por razón del lugar que ocupa como instituto dentro del sistema de acciones romano, sacrificando a esta función procesal la que, de forma sustancial y no adjetiva, desempeña dentro del derecho sucesorio (tratado en el libro sexto).

Dado que las Partidas prescinden del sistema de acciones para introducir el nuevo procedimiento romano-canónico en la tercera Partida, es lógico que el testamento inoficioso se desplazara al lugar que le corresponde en el sistema sucesorio (libro sexto) y que se guardara en éste, el orden lógico de las Instituciones⁶¹.

60. P.6.8, p. 53 a y P.6.7, p. 44 a: «De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deve heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuesse establecido por heredero en el maguer no lo desheredasse». La existencia de esta diferencia en el orden temático ya fue puesta de manifiesto por Rafael ZURITA CUENCA, «Títulos de las Siete Partidas y del Corpus Iuris Civilis, en *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense*, Madrid, julio 1985, p. 149.

61. Referencias sobre obras medievales que tratan de las diferentes partes del proceso se pueden encontrar en: ANTONIO PÉREZ MARTÍN, «El ordo iudiciarius “Ad summariam notitiam” y sus derivados. Contribución a la historia de la literatura procesal castellana», I. Estudio, en *HID*, 8, Sevilla, 1981, pp. 214 y ss.

No obstante, las *Summae*, que mantienen el sistema de acciones, exponen cuáles son los motivos que inducen a tratar el testamento inoficioso después de exponer la regulación sobre los juicios y antes de tratar sobre la acción de petición de herencia. La argumentación (que encontramos en diversos autores: Placentino, Rogerio, Azón, etc...) estriba en que los juicios se instituyen por las acciones, de las cuales unas son reales y otras personales. Dado que son más dignas las reales (por las que decimos que alguna cosa es nuestra) que las personales (por las que afirmamos que alguien nos debe alguna cosa), se debe empezar a tratar de las reales. Pero, ya que de las acciones reales unas se dirigen a la universalidad —como la petición de herencia— mientras otras pretenden cosas singulares —como la reivindicatoria— parece que han de ser preferidas aquéllas por razón de su objeto y, por consiguiente, que debe iniciarse el estudio con el referido a la acción de petición de herencia.

En este punto, centrado en la naturaleza jurídica del acto de impugnación, ya se introducen las discordancias puesto que, mientras Placentino sostiene que la petición de herencia unas veces se acciona directamente —como en la sucesión *ab intestato*— y otras bajo el nombre de testamento inoficioso, para Azón la querrela de testamento inoficioso precede siempre a la acción de petición de herencia ⁶².

Las Partidas no entran en esta cuestión preliminar, ya que su ubicación no lo requiere, pero se vinculan a la justificación derivada de su relación dialéctica con la desheredación. El derecho de quebrantar el testamento es el contrapunto de la desheredación no ajustada a derecho. No obstante, las Partidas sí que siguen la sistemática de las *Summae*, a través de plantear y contestar una serie de cuestiones sobre el tema, que ya en Partidas aparece como un sumario traslativo al que se han realizado algunas modificaciones.

Las cuestiones que plantean los glosadores son las siguientes:

- a) Definición del testamento inoficioso y su relación con la querrela.
- b) Qué motivos provocan la *Querela inofficiosi testamenti*.
- c) Qué motivos la extinguen.

62. Vide: ROGERII, *Summa Codicis*, ed. BIMA, I, 1913, p. 86 y PLACENTINI, *Summa Codicis*, Torino, 1962, f. 108. También: AZONIS, *Summa super Codicem...*, Pavia 1506, reed. Turín 1966, p. 73.

- d) A quién se concede la *Querela inofficiosi testamenti*.
- e) Contra quién se dirige.
- f) Eficacia de la *Querela inofficiosi testamenti* ⁶³.

Como se puede apreciar, se trata de una visión sistemática de la institución inoficiosa que aparece explicada a través de su concepto, sujetos (activos y pasivos), requisitos, efectos y extinción. Si tenemos en cuenta que el tema de la naturaleza ya ha sido previamente tratado, el resultado es una exposición muy completa sobre el tema.

La doctrina de los glosadores es pacífica respecto a la mayoría de cuestiones. Nosotros, sin embargo, hemos podido advertir discrepancias sobre los dos extremos conflictivos ya mencionados repetidamente que se refieren a la naturaleza jurídica del testamento inoficioso y a uno de los motivos que provocan la inoficiosidad del testamento.

Sintetizando la doctrina sobre los diversos puntos del sumario podemos decir lo siguiente:

a) El testamento inoficioso es aquél realizado contraviniendo la piedad que debe observar el padre para con sus hijos. Esta piedad, inicialmente una obligación moral sin trascendencia para el derecho, ahora es un deber jurídico ⁶⁴, como el que existe para con el patrono por parte del liberto (*obsequium*) o para con Dios por parte del hombre (*religio*) o entre los mismos hombres, recíprocamente (*officium* o deber jurídico en sentido general) ⁶⁵. En el concepto de inoficiosidad está implícita la cuestión de sus efectos, lo que deriva, en definitiva, del significado que se atribuya a su naturaleza. Mientras que para Azón y un grupo de glosadores la inoficiosidad sólo es una causa de rescisión del testamento ⁶⁶, para Placentino y los que sostienen tal otra doctrina, la inoficio-

63. *Ibidem*.

64. La formación de este deber jurídico es el resultado de una evolución histórica del concepto de *patria potestas* en Roma tal como puso de manifiesto Alfonso OTERO, «La patria potestas en el derecho histórico Español», en *AHDE*, 26, 1956, pp. 4 y ss.

65. Vide por ejemplo: ASC, p. 73 «*Officium enim inter patrem et filium dicitur pietas ut ff. de obsequiis le pe. (D. 37.15). Inter patronum et libertum dicitur obsequium ut supra de negotiis gestis (C 2.18.5) lex officio. Inter Deum et hominem dicitur religio. Inter hominem et hominem stat nomine generali ut dicatur quod homo debet homini ex natura ut ff. de servis exportandis servus... (D 18.7.)*».

66. *Ibidem*, p. 73 «*Effectus autem querelle hic est quia si pronunciaverit iudex contra testamentum, nec fuerit provocatum ipso iure rescissum, est et erit suus heres qui agebat querella secundum quos iudicatum est vel bonorum possessor si hoc esse*

sidad será causa de su nulidad y de la petición de herencia útil, excepto en el caso de los hermanos que han instituido a personas torpes en su testamento excluyendo a sus propios hermanos ⁶⁷. El testamento inoficioso engendra, en determinadas personas, el derecho de impugnarlo por medio de la querrela o, directamente, el derecho de pedir la herencia. Esta alternativa está en función de los supuestos de hecho (preterición, desheredación en forma, desheredación injusta, etc...) que lo ocasionen y de la valoración jurídica de las diferentes doctrinas.

b) Provocan la querrela tanto la desheredación ocasionada inmerecidamente como la preterición realizada por la madre o por parientes de la línea materna que equivalía a la desheredación según el derecho de las Instituciones ⁶⁸, pero esto último fue modificado por la Novela 115,3 que establece los mismos efectos para toda preterición con independencia del sexo de quién la realiza, de manera que para los glosadores sólo provocala querrela determinado tipo de desheredación.

c) Hacen cesar la posibilidad de producir efectos jurídicos de impugnación a través de la querrela las catorce causas de ingratitud por las cuales los padres desheredan o preteren a sus hijos ⁶⁹ o las siete por las que estos últimos lo hacen respecto a sus padres ⁷⁰, siempre que se inserten en el testamento y sean probadas por los herederos instituidos, novedad, esta última, introducida por el Código ⁷¹, ya que antes eran los hijos desheredados quienes debían probar que fueron gratos a sus padres.

contendat et institutus heres desinet esse heres et legata non debentur, immo soluta repetuntur...».

67. Vide PSC, p. 268 Porro si exhaeredatio fuerit iniusta, per querelam evacuabitur: praesertim iure veteri, vel hodie ipso iure, cum hodie non sit (ut extimo) querela nisi inter fratres forte. Nam si exhaeredatio est iusta, ei stabitur: si est frivola, cassabitur.

68. Inst. 2.13 =ACCURSI, «Glossa in volumen», en CGJC, XI, Turín, 1969, p. 47.

69. Nov. 115,3=Coll. VIII, *Ut cum de appellatione cognoscitur*, vers. *Aliud quoque*, en: ACCURSI, «Glossa in Volumen, en CGJC, XI, Turín, 1969, p. 291 «Causas autem iustas ingratitudinis has esse credimus si quis parentibus suis manus intuletir. Si grave et inhonestam iniuriam eis ingesserit. Si eos in criminalibus causis accusaverit: que non sunt adversus principem sive reipublicam...».

70. Novella 115, 4=Coll. VII, *Ut cum de appellatione cognoscitur*, vers. *Aliud quoque*, en: ACCURSI, «Glossa in Volumen, en CGJC, XI, Turín, 1969, pp. 293-294.

71. C. 3.28-30 in pro. ACCURSI, «Glossa in codicem», en CGJC, X, Turín, 1968.

También se extingue la querella por caducidad cuando el desheredado no la plantea y guarda silencio durante cinco años, desde que se adió la herencia ⁷².

Igualmente, la entrega de la legítima excluye la querella. Sin embargo, en este punto existirá la discusión sobre el título por el que debe ser otorgada ⁷³. Se es consciente de la novedad introducida por el Código según la cual, si se entrega menos cantidad que la porción debida también se excluye la querella, aunque se tendrá derecho a la acción de suplemento, por la cual se garantiza que siempre se obtendrá la cuarta íntegramente y libre de condiciones, término o detracciones que pudieran gravarla.

Quién confirmó expresamente o implícitamente la voluntad del testador que le desheredaba injustamente, tampoco podrá ejercer la querella como, por ejemplo, en el caso de que lo manifestara por escrito suscribiéndolo en el testamento o si pagó al heredero instituido algún canon que implique reconocimiento de dominio, etc...

También se extingue la querella por renuncia.

d) Está legitimado para interponer la querella: el hijo, el nieto y todo descendiente que, en el momento de fallecer el causante hubiera podido sucederla *ab intestato* de no existir testamento válido y no lo impidiera una persona con derecho sucesorio preferente ⁷⁴.

También los padres y ascendientes podrán interponer la querella contra el testamento de los hijos, distinguiéndose varios supuestos en función de si se trata de hijos emancipados, en potestad, espúreos, etc...

A los colaterales, en principio, no se les concede la querella. Únicamente a los hermanos consanguíneos (y no a los uterinos) se les concedió por el derecho antiguo poder actuar la querella contra el testamento del hermano o de la hermana si los herederos instituidos fueran personas torpes, es decir, que estuvieran manchadas con la infamia, la deshonra o con una mácula leve. Sin embargo, el derecho justiniano extenderá el derecho de impugnar a todos los hermanos. También procederá la que-

72. ASC (=C.3.28.36.2) «Item temporis cursus excludit querellam ut si tacuerit quis quinquenio quod computatur ab hereditate adita...».

73. Vide *infra* pp. 293 ss.

74. ASC, p. 73 «Datur autem querella inofficiosi testamenti filio et nepoti et omni descendenti qui tempore mortis ab intestato posset succedere non obstante precedente persona».

rella de los hermanos si los herederos escritos son libertos que han conseguido su institución sin merecerlo a través de halagos o adulaciones fraudulentas al patrono, excepto en el caso del siervo instituido heredero necesario ⁷⁵.

e) La querella se dirige contra los herederos escritos. Aquí también existe una diferencia en la doctrina derivada de concebir diversamente la naturaleza de la inoficiosidad, ya que si el testamento es nulo, el heredero escrito carece de título válido al declararse así *ab origine* o *ex post facto* (Placentino) ⁷⁶ de manera que ni procede la querella, mientras que si el testamento inoficioso es anulable (Azón) ⁷⁷ el heredero escrito mantiene su título válidamente hasta el momento de la rescisión por la querella.

f) Los efectos de la inoficiosidad pueden ser, según la doctrina de que se trate, la nulidad o la anulabilidad del testamento. En este último caso la querella producirá la rescisión del testamento, de manera que el heredero instituido dejará de serlo y el querellante se convertirá en heredero. Los glosadores conocen las diferencias introducidas en este punto por la regulación justiniana respecto al *ius vetus* y las contraponen. Así, por ejemplo, son conscientes que anteriormente la rescisión del testamento era total pero *hodie* (en su tiempo) se mantienen las disposiciones particulares (legados y fideicomisos) y la rescisión sólo afecta a la institución de heredero ⁷⁸.

75. ASC, p. 73 «Item et datur querella quibusdam collateralibus scilicet fratribus et consanguineis non uterinis contra testamentum fratris vel sororis si scripti heredes infamie vel turpitudinis vel levis note macula asperguntur vel si scripti sunt heredes liberti...».

76. PLACENTINI, «Summa Institutionum», en *CGJC*, I, Moguntiae, 1535, reed. 1973 «Datur contra scriptos haeredes, licet enim titulo videantur possidere, ab initio tamen, vel ex postfacto censebitur nullius. Quippe se haeredes putant, et non sunt: nempe ex sententia fit ius, filiusque petitor probato testamento inoffitioso, probatur dominus, et inoffitiose scriptus haeres, non dominus».

77. ASC, p. 73 «Solet autem queri an qui agit querella agat hereditatis petitione quod quidam concesserunt argumento eius quod est *ff.e. lex de inofficioso* (D. 5.2.20), sed hoc est falsum. Nam constant quod escriptus heres, qui adivit, heres est insolidum licet desinat esse tunc demum cum contra eum fertur sententia in querela...».

78. ASC, p. 74 a/b «Hodie autem non videtur quod talis sit effectus querelle licet enim rescindatur testamentum quantum ad institutiones. Legata tamen et fideicomissa valent ut in *autentica ut cum de appellatione cognoscitur § si tamen contingerit* vel illud forte locum habet cum ipso iure non tenet testamentum non expressa causa exheredationis vel preteritionis in testamento et hoc evidentur dicit autentica. Si autem

Esta sistematización del régimen jurídico del testamento inoficioso es muy representativa del trabajo teórico de los glosadores, con independencia de las escuelas a las que se adscriban. El sumario que acabamos de comentar aparece, en sus líneas esenciales, tanto en la *Summa Institutionum* de Placentino, como en la *Summa Codicis* de Azón. Las Partidas aprovechan este trabajo y reproducen su esquema sinóptico en el preámbulo del título octavo de la Partida sexta, si bien introduciendo significativas variantes.

Para empezar, las Partidas⁷⁹, que se han pronunciado sobre el tema de la naturaleza jurídica de la inoficiosidad, reconducen directamente esta cuestión al medio procesal oportuno para anular (quebrantar) el inoficioso testamento, es decir, que dirigen su atención a la querella como medio de impugnación del testamento. De todas formas, también definen el concepto de inoficiosidad al ser la causa de la querella. Su programa muestra las estrechas analogías con el de los glosadores:

1. Razones para quebrantar el testamento en el que se ha desheredado de forma no ajustada a derecho (definición del concepto de testamento inoficioso).

2. *Procedimiento para ejercer la querella.*

3. Quién puede presentar la querella.

4. Definición de la querella.

5. Contra quién se dirige y *ante quién se presenta.*

6. Por qué razones se quebrantará el testamento.

7. Por qué razones no se quebrantará el testamento (preterición).

8. Efectos de la querella.

Los puntos 1 y 4 de partidas derivan del punto (a) de los glosadores, el 3 del (d), la primera parte del 5 del (e), el 6 del (b), el 7 del (c) y

expressa sit causa et perlata querella pronunciatum sit contra testamentum observabitur quod supra dictum est utpote cum tunc videantur legata pendere ex institutione qua cassata et ipsa debent infirmari argumento est pro hoc quod legitur in ff. de iniusto, rupto, et irrito testamento § nam et si sub conditione et deli. Et pone lex Et si perpeccetir § VI. Vel dic ut plerique dicunt indistincte prestari legata irritato testamento per querellam vel ipso iure quia non est preteritorio vel exhereditatio rita facta».

79. Una bibliografía crítica sobre las Partidas se encontrará en: Jerry R. CRADDOCK, *The legislative works of Alfonso X el Sabio: a critical bibliography*, ed. Grant & Cutler, Londres, 1986, 248 pp. y en su reciente suplemento: *A Bibliography of the Legislative Works of Alfonso X el Sabio, king of Castilla and Leon, 1252-1284. Up date: 1981-1991 (plus additions to and corrections of pre-1981 entries*, en prensa.

el 8 del (f). Se ha alterado el orden de los elementos sin que se modifique por ello el esqueleto conceptual que vertebra el régimen del testamento inoficioso, tal como fue construido por los glosadores.

Una diferencia, sobre la que deberemos volver, aparece manifiestamente: el punto 2 y la segunda parte del 5 no tienen equivalente en el plan de los glosadores. Se trata del procedimiento asignado para tramitar la querrela por las Partidas y del protagonismo que en él se concede a la figura del juez. El Libro de las leyes de Alfonso X puede contener un derecho teórico en contraste con el derecho tradicional de Castilla, pero también ha planificado los mecanismos jurisdiccionales que deberían permitir su efectividad. Esta diferencia entre las *Summae* de los glosadores y las Partidas pone de manifiesto la diferencia entre sus autores; mientras los juristas sólo poseen la autoridad que les concede su ciencia, los redactores de las Partidas son el portavoz del monarca (autor espiritual y formal de la obra) por lo que están muy atentos a reivindicar el monopolio de la creación del derecho —corrigiendo, si es preciso, al derecho común del que se inspiran—⁸⁰ y a garantizar su observancia en última instancia a través de impulsar el concepto de mayoría de justicia —como señala el profesor Bermejo⁸¹— y de organizar la administración de justicia real.

Habiendo examinado el planteamiento general y sistemático del testamento inoficioso en los glosadores y en las Partidas, viendo sus profundas analogías y sus diferencias más relevantes, debemos ahora centrarnos en los dos puntos conflictivos, repetidamente aludidos, para buscar su génesis y su desarrollo dentro de la escuela de los glosadores, a fin de poder discriminar en ellos las diferentes tendencias y poder precisar, de este modo, las coincidencias doctrinales. Estas bien podrían explicarse por razones cronológicas y de tradición científica, como influjos ejercidos, por determinados glosadores, sobre las Partidas, y ello de una forma más concreta que la ofrecida hasta ahora por el planteamiento ge-

80. Cfr. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La labor legislativa de Alfonso X el Sabio», en: ed. Antonio PÉREZ MARTÍN, *España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia, 26/28 de marzo de 1985), Murcia, 1985, p. 538.

81. José Luís BERMEJO CABRERO, «Mayoría de Justicia del Rey y jurisdicciones señoriales en la Baja Edad Media», en *I Jornadas de Metodología Histórica*, Santiago de Compostela, 1973, pp. 208 n.º 3. «Hay que advertir que el concepto de mayoría de justicia había quedado esbozado en Partidas, II, XIII, 22 y II, XV, 51».

neral del tema, ya que, este último, por ser común a todos los glosadores que ofrecieron una visión sintética de la materia, impide profundizar en la identificación de las fuentes doctrinales de las Partidas, es decir, en el objetivo de nuestra investigación ⁸².

Gracias a los estudios de Jobbé-Duval podemos conocer la historia de la doctrina relativa a la naturaleza de la querrela de testamento inoficioso desde la época anterior a los glosadores hasta el siglo XIX ⁸³.

Irnerio, en su glosa a D.5.2.7 establece que: se entiende que es, en cierto modo, heredero aquel que se queja. Esta afirmación se hace en el contexto de una ley que se refiere a la preparación del litigio debido a la inoficiosidad del testamento y a sus consecuencias en orden a la transmisibilidad o no de la acción ⁸⁴.

Evidentemente, si el que se queja con la querrela ya es heredero, ello quiere decir que el testamento es nulo, puesto que la herencia no puede deferirse a la vez por testamento y por sucesión *ab intestato*.

Por consiguiente, no ha de extrañarnos la noticia que suministra Azón respecto a la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4: *Et est illa autentica signata ab Y infra eadem lex non licet etc...male tamen quia non est ita in corpore autenticum nec enim dicit quod ex sola preteritionis causa irritum sit testamentum sed ita si non inseratur causa preteritionis vel exheredationis* ⁸⁵. Será pues el mismo Irnerio con su glosa a D.5.2.7 y, probablemente como le atribuye Azón, con la redacción de la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4 quién formulará inicialmente la doctrina que sostiene la nulidad de aquel testamento, en cuanto a la institución de heredero, por el que se hubiera preterido o desheredado a los herederos forzosos, y ello mediante una interpretación discutible y pronto discutida de la Novela 115 de Justiniano. En efecto, la mencionada Nove-

82. Cfr. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La labor legislativa de Alfonso X el Sabio», en: ed. Antonio PÉREZ MARTÍN, *España y Europa, un pasado jurídico común*, Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (Murcia, 26/28 de marzo de 1985), Murcia, 1986, p. 535.

83. E. JOBBE-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la "Querrela inofficiosi testamenti"», en *NRHDFE*, 31, 1907, pp. 755-801.

84. Enrico BESTA, *L'Opera d'Irnerio (Contributo alla Storia del Diritto italiano)*, Turín, 1896, reed. 1980, p. 67 «L. quemadmodum v. aditio: y hic intelligitur heredem esse quodammodo eum qui queritur».

85. ASC, p. 234, b.

la, en su capítulo tercero ⁸⁶ prohíbe a los padres y ascendientes preterir o desheredar en su testamento a los hijos o descendientes excepto si se tratara de personas ingratas, en cuyo caso los padres deben insertar la causa o causas de ingratitud taxativamente descritas por la ley, que deberán ser probadas efectivamente por los herederos escritos para determinar la validez del testamento. A continuación se enuncian las catorce causas justas de ingratitud.

Finalmente, el capítulo tercero de esta Novella 115 establece la sanción para quién incumpla esta prohibición de preterir o desheredar sin observar la forma preceptiva y que consistirá en que los hijos desheredados no sufrirán ningún perjuicio *...sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex equa parte pervenire...* En cuanto a los legados, fideicomisos, nombramientos de tutores... y otras disposiciones particulares del testamentos se manda que guarden su valor ya que *et tanquam in hoc rescissum non obtineat testamentum* ⁸⁷.

El capítulo cuarto de la mencionada Novela 115 es complementario del anterior y prohíbe a los descendientes preterir a sus ascendientes o desheredarlos sin ajustarse a la forma que se establece por la ley. Para determinar las causas que permiten desheredar a los ascendientes se describen a continuación 8 supuestos diferentes y finalmente se determina la eficacia de esta normativa. En caso de que insertaran las causas de desheredación en el testamento y fueran probadas por los herederos escritos, el testamento permanecerá en su valor. En el supuesto, sin embargo, de que no se observara la regulación anterior *...nullam vim huiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredem habere sancimus, sed rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res eius defuncti dari disponimus...»* ⁸⁸.

Las demás disposiciones testamentarias permanecen en su vigor. La Auténtica *ex causa* derivada de esta Novela 115 establece: *Ex causa praeteritionis vel exhaeredationis irritum est testamentum, quantum ad institutionem, cetera namque firma permanent* ⁸⁹.

86. Vide supra nota n.º 56.

87. *Ibidem*, pp. 292-293.

88. *Ibidem*, p. 293.

89. auth «es causa» a C.6.28.4 = ACCURSII *Glossa in Codicem*, en CGJC, X, Turín, 1968, p. 363.

Es decir, Irnerio interpreta el texto de la Novela y, en donde se habla de entregar la herencia a los herederos *ab intestato* una vez evacuado el testamento, es decir, una vez se haya rescindido el negocio jurídico que tuvo su validez inicial, ahora él establece que el mencionado testamento ya es írrito, es decir, nulo *ab origine* por el sólo hecho de darse la preterición o desheredación, si bien esta nulidad sólo afecta a la institución de heredero.

La evacuación o rescisión del testamento revelan claramente que la inoficiosidad es causa de su anulabilidad o rescisión, lo que exige una reclamación de la parte interesada que deberá plantearse a través de la querrela y resolverse mediante una decisión judicial que atribuye la nulidad al testamento y abre la vía a los herederos *ab intestato* para que pidan la herencia atribuyéndoles también la condición de herederos *ab intestato*. En contrapartida, la postura de Irnerio es más radical al sostener la nulidad *ipso iure* (no *ex sententia*) del testamento, lo que permite prescindir de la querrela y pedir directamente la herencia, ya que el excluido por el testamento inoficioso es heredero *ab intestato* desde el mismo momento de la muerte del causante. En este Supuesto la decisión judicial que protege al excluido será meramente declarativa de sus derechos en cuanto heredero e, incidentalmente, de la nulidad del testamento.

La doctrina de Irnerio será seguida, y en su caso desarrollada, por Martín ⁹⁰, Hugo ⁹¹, Alberico ⁹², Rogerio ⁹³, Placentino ⁹⁴...y también se

90. Gl. *Irritum* a Auth. *Ex causa* a C.6.28.4: «Irritum est ipso iure causa inserta et non probata et sic non habet locum hodie querela nisi inter fratres turpibus personis scriptis heredibus», en: ACCURSII, «Glossa in Codicem», en *CGJC*, X, Turín, 1968, p. 363.

91. Cfr. GUSTAVUS HAENEL, «Hugolini Diversitates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore iuris civilis», en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964), p. 454: *De testamento nullo et de querela inofficiosi testamenti iur. nov.*

Differunt in C. *Liberis praeteritis vel exhered.* (6,28.) Auth *Ex causa praeteritionis* (L. 4.) super illo verbo: *irritum est testamentum*. Mar. (Martinus) enim et V. (Hugo) et Al. (Albericus) dicunt irritum ipso iure, et sic secundum eos non habet hodie locum querela inofficiosi testamenti nisi inter fratres, turpibus personis heredibus institutis».

92. *Ibidem*.

93. Cfr. ROGERII, *Summa Codicis*, *BIMA*, I, Bolonia, 1913, pp. 87, «... nova autem Constitutione, querela nullum sibi vindicat locum...».

94. PLACENTINI, *Summa Institutionum*, Monguntiae, 1533, reed. *CGJC*, I, p. 34. «Olim testamentum rumpebatur per querelam, & adhuc hodie secundum quosdam, sed ego non puto: nam si ex haereditio sit iusta, serveatur, si iniustum: ruptum vel irritum est, ergo non irritandum, maxime si ex haereditus id alleget, etiam simpliciter, non querelam proponendo».

reverbera en las *Questiones de iuris subtilitatibus*⁹⁵, en la denominada *Summa Trecensis*⁹⁶ y en *Lo Codi*⁹⁷.

La *Magna Glossa*⁹⁸, que cierra el período de la glosa, recoge la doctrina inicial de los glosadores pero también las que de forma contrapuesta se opondrán a ella. Igualmente, reflejará este debate doctrinal Hugolino en sus *Diversitates sive dissensiones dominorum*⁹⁹.

Según la gl. *Ex causa* a la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4 hay que distinguir entre el supuesto de desheredación o preterición efectuado por el testamento omitiendo su causa —lo que implica su nulidad *ipso iure*—, del supuesto en que se insertó la causa en el testamento pero no fue probada por el heredero escrito, lo que conlleva que no sea nulo el testamento sino anulable (*irritandum* no *irritum*). Sin embargo, esta es la postura que sigue Acursio pero no la que deriva de Imerio a la cual también se refiere la gl. *irritum* a Aut. *Ex causa* a C.6.28.4 al decir que en el supuesto de desheredación o preterición por testamento en el que

95. Ed. Hermann FITTING, *Questions de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlín, 1894, reed. Berlín 1977, p. 68. Sobre esta obra vide: Hermann KANTOROWICZ-William BUCKLAND, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, reed. con addenda et corrigenda de Peter WEIMAR, Aalen, 1969.

96. Ed. Hermann FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlín, 1984, p. 53 «... nova autem constitutione inspecta nullum locum hodie inoffitiosi querela sibi vindicat, nisi inter fratres turpibus personis scriptis heredibus, cum alias testamentum ipso iure non valeat...».

97. Cfr. ed. Hermann FITTING, *Lo Codi (In der Lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus)*, Halle a.s., 1906, p. 48 a sensu contrario aunque de forma un tanto indeterminada «... et si ipse hoc fecerit, vallebit illud testamentum, set si ipsa persona cui dimisit mortuus bona sua dicet nominatim quare mortuus exheredavit filium suum, et insuper probabit hoc, tamen si inde est dubium...».

Cfr. ed. Félix DERRER, *Lo Codi (Die provenzalische fassung der handschrift a Sorbonne 632)*, Zürich, 1974, p. 38 «... si el a fait aizo, valra sos testamentz, si aquella persona a cui el laisset la honor dira per num per que lo morz deseretet son fill e sobre aizo o provara si n'es doptanza».

Cfr. igualmente: ed. Juan Antonio ARIAS BONET, *Lo Codi en Castellano, según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional*, Madrid, 1984, p. 120 «<Mas> si aquella persona a quién dexó lo suyo el muerto dirá que el muerto desheredó a su fijo a de provarlo si es en dubda tan bien que el muerto lo desheredó como la cosa porque diz que lo desheredó.»

98. En gl. *irritum* a Auth. *ex. causa* a C.6.28.4 = ACCURSII *Glossa in Codicem*, CGJC, X, Turín, 1968, p. 363.

99. Cfr. Gustavus HAENEL, «Hugolini Diversitates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore iuris civilis», en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964), pp. 247-552.

se insertó la causa pero no fue probada por el heredero, el testamento es nulo *ipso iure*, de manera que no procede la querella sino en el supuesto en que los legitimarios fueren hermanos y hubiesen sido excluidos para instituir herederos a personas torpes.

Esta doctrina, que la glosa atribuye a Martín y no a Irnerio, afirma que: o no se inserta la causa en el testamento, y entonces no vale, o se inserta y se prueba, y entonces es válido, o se inserta y no se prueba, y entonces *ipso iure* no vale.

La glosa se aparta de la doctrina de Martín y se adhiere a la de Juan Basiano, según la cual procede la querella en el supuesto de que se inserte la causa y no se pruebe ¹⁰⁰.

La magna glosa señala la infidelidad de la Auténtica *Ex causa* a la Novela 115 matriz, es decir la infidelidad de Irnerio, si tenemos en cuenta que Acursio sólo acogía las Auténticas atribuidas a aquél ¹⁰¹. Corrigiendo el sentido de la auténtica, la glosa afirma que aquélla sólo se refiere al supuesto en que el testamento es hecho nulo (se entiende, implícitamente, mediante la intervención judicial activada por la querella), es decir, que la palabra *irritum* significa *irritandum*. Si se afirma la nulidad *ipso iure*, se ha de precisar que se refiere al supuesto de omisión de causa en el testamento, cuando sucederán los herederos *ab intestato*. Afirma que al desheredado o presunto desheredado sólo le compete la querella. El preterido puede afirmar la nulidad *ipso iure* o la *bonorum possessio contra tabulas* si es preterido un emancipado.

La glosa, en definitiva, sólo recoge ecos de una controversia mucho más profunda en la que habían intervenido diversos autores que

100. Vide: gl. *irritum* a Auth. *Ex causa* a C.6.28.4=ACCURSII *glossa in Codicem*, CGJC, X, Turín, 1968, p.363: «Tu dic secundum Io. quod locum habet (la querella) quando est inserta (la causa de desheredación) et non probata».

101. vide supra nota n.º 35. Sin embargo, Meijers la atribuye a Martinus ya que al tratar sobre el contenido de la Summa Trecensis indica: «contient textuellement la fause Authentique composée par Martinus: *sed hodie querela inofficiosi testamenti locum non habet nisi inter fratres, turpibus personis scriptis heredibus*». De todas formas, no se trata de la Auténtica misma, sino de la glosa «*irritum*» a la mencionada Auténtica «*ex causa*», como ya hemos señalado anteriormente (vide supra nota n.º 92). Sobre ello cfr. E. M. MEIJERS, «Sommes, lectures et commentaires (1100 á 1250)», en *Etudes d'Histoire du Droit*, III, Ley de, 1959, p. 225.

aquí quedan reducidos a Martín y a Juan Bassiano, como representantes de las dos doctrinas opuestas.

Hugolino en su parágrafo 146 desarrolla la disensión a partir de la cuestión: *Querela inofficiosi testamenti sitne utilis saltem petitio hereditatis?* y en el n. 288 mediante el enunciado del tema conflictivo: *De testamento nullo et querela inofficiosi testamenti iure novissimo*¹⁰². La primera tiene por base la ley C.3.28.1 y la segunda la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4. Por la primera nos apercibimos que la disputa se centra entre ciertos *Quidam* (que sostienen la doctrina de Irnerio y Martín) por una parte, y Juan Basiano y Azón por la otra.

En la segunda disensión (pgfo. 288) las dos doctrinas aparecen encarnadas por Martín, Hugo y Alberico por un lado, y por Búlgaro, Juan Basiano y Azón por el otro.

La clave de la disputa nos la da esta segunda disensión. Se trata de determinar el alcance normativo que ha de darse a la Novela 118 que suprime toda discriminación en materia sucesoria por razón de sexo, emancipación y patria potestad.

Si antes de esta Novela el padre pretería o desheredaba al hijo constituido bajo su patria potestad, sin inserción de causa, se aplicaba Inst. 2.13 y C.6.28.4 que sancionaban tal situación con la nulidad *ipso iure*. En contrapartida, por ejemplo, la preterición de la hija sólo provocaba un derecho de acrecer pero no la nulidad del testamento.

Por ello, a partir de la mencionada Novela debe aplicarse de forma extensiva esta regla y afirmar que el testamento en que se desherede o se de una preterición de los hijos será nulo, con independencia de su sexo y de su sometimiento o no a la patria potestad del causante en el momento de su muerte.

Esta interpretación de las modificaciones introducidas por la Novela 118 sobre el régimen del testamento inoficioso se rechaza por Búlgaro, Juan Basiano y Azo de una forma parcial, a través de distinguir entre el testamento que inserta la causa de desheredación del que no la inserta. En el primer supuesto el testamento no puede ser nulo *ipso iure* porque se han observado las formalidades preceptuadas por el derecho,

102. Cfr. La opinión de Hugolino supra en nota n.º 91.

de manera que hay que modificar el sentido de la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4 y, donde dice *irritum*, debe entenderse *irritandum per querelam*. Donde se hacía nulo, según el derecho antiguo, hoy por la Novela 115 se hacer anulable mediante la querella. De esta forma se concilian las contradicciones de las fuentes romanas.

En el segundo supuesto, cuando no se inserta la causa de desheredación, la opinión de Martín y de sus seguidores es correcta, por consiguiente debe afirmarse que entonces el testamento si que es nulo *ipso iure* ¹⁰³.

La primera disensión de Hugolino se refiere al mismo problema aunque refleja un avance en la elaboración de la doctrina iniciada por Irnerio y seguida por su discípulo Martín de Gossia. Como en el caso anterior, sus contradictores son glosadores de la escuela de Búlgaro: Juan Basiano y Azón.

Sin identificarlos, Hugolino cita a unos *quidam* que afirman: *quod qui proponit querelam inofficiosi testamenti, proponit saltem utilem petitionem hereditatis*; y que fundamentan sus argumentos en C.3.28.1 y en D.5.2.20 ¹⁰⁴.

El concepto de acción útil es una de las construcciones doctrinales utilizadas por la escuela de Martín para aplicar la idea de equidad en aquellos supuestos en que el rigor de la Ley impide conseguir unos efectos más justos. Según Meijers esta doctrina atribuía un poder discrecional al juez a fin de poder oponerse a la Ley ¹⁰⁵. El juez puede, invocando la equidad natural, rechazar la aplicación de la ley general en un caso especial, pero también puede, en base a la idea de equidad, completar la ley y atribuir acciones útiles desconocidas por la Ley. En definitiva, el legitimario tendría la cualidad de heredero, como recuerda Jobbé-Duval, no por mor del rigor del derecho positivo (*subtilitate iuris*) sino por imperativo del derecho natural o de la equidad ¹⁰⁶. Al juez, con su sentencia, le correspondería declarar este derecho, pero en realidad se trata de una actividad dirigida a extraer de la equidad ruda el precepto

103. *Ibidem*, pp. 454-455.

104. *Ibidem*, p. 373.

105. Cfr. E. M. MEIJERS, «Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs», en *Études d'Histoire du droit*, IV, Leyde, 1966, pp. 149 ss.

106. Vide: E. JOBBÉ-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficiosi testamenti», en *NRHDFE*, 31, 1907, p. 765.

constituido, lo que implica una verdadera actividad creadora del derecho aunque sea a través de la sentencia que por ello no es meramente declarativa sino también atributiva de derechos. No es extraño que este planteamiento provoque reticencias en las monarquías que se consolidan fatigosamente reivindicando el monopolio de la creación jurídica.

Esta doctrina la encontramos *in nuce*, aunque no se pronuncie el sintagma: *petitio hereditatis utilis*, en las *Questiones de iuris subtilitatibus*. En ellas se concede prácticamente a los hijos la petición de herencia útil cuando son desheredados o preteridos injustamente. Las *Questiones...* es una obra perteneciente a un maestro del siglo XII que recoge lugares contrarios de las leyes justinianas y establece su conciliación a través de un diálogo entre un maestro y un discípulo que se encuentran delante del templo de la Justicia. Las cuestiones planteadas se han extraído de los cuatro primeros libros del Código. A pesar de que se atribuyó la autoría de esta obra a Imerio (Fitting¹⁰⁷) otros autores han discutido esta posibilidad (Calasso¹⁰⁸).

El diálogo se inicia preguntando el Auditor (discípulo) si acaso no es superflua la querrela de testamento inoficioso, atendiendo a la vigencia de las nuevas consuetudines (Novelas).

El Intérprete (maestro) contesta afirmando que el testamento *evacuatum est* por la Novela 115, si consta que se ha excluido injustamente a los hijos o a los padres¹⁰⁹. Sin embargo, en el caso de los hermanos o hermanas, se continúa precisando la querrela.

La conexión de esta respuesta con la interpretación que la auténtica *Ex causa*¹¹⁰ hace de la Novela 115 es evidente, pues se afirma (en presente) que aquel testamento que en sí mismo es una injuria para los

107. Cfr. ed. Hermann FITTING, *Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlín, 1894, reed. Berlín 1977.

108. Francesco CALASSO, *Medioevo del Diritto. I Le Fonti*, Milano, 1954, p. 370: «Un'operetta giuridica preziosissima, d'ignoto autore, ma de attribuire con certezza a un glossatore del sec. XII, inti= tolata *questiones de iuris subtilitatibus...*». Asimismo: Enrico BESTA, *L'opera d' Irnerio (contributo alla storia del Diritto italiano)*, Turín, 1896, reed. Sala Bolognese, 1980, pp. 141 ss. y PIANO-MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli, 1969, pp. 37-114.

109. «Si constat liberos qui instituendi sunt iniuste exclusos, testamentum quod eiusmodi continet iniuriam nova sanctione evacuatum est» = *QIS*, p. 68-XV, 1.

110. Atribuible a Imerio. Sobre ello vide supra nota n.º 35.

parientes es «evacuado» por obra de la ley, es decir, que es inválido o nulo *ipso iure*, en cuanto a la institución de heredero. De hecho, es la versión de la Auténtica *Ex causa* y no de la Novela 115 en donde no se utiliza el tiempo presente del verbo copulativo sino el ablativo absoluto *evacuato testamento* como acción previa a la atribución de la herencia a los herederos *ab intestato* reclamantes ¹¹¹.

En el siguiente diálogo se plantea con toda su crudeza la confrontación entre el derecho natural o equidad y la ley, con lo cual se demuestra que el autor de las *Questiones* es consciente de las contradicciones existentes en las fuentes del derecho romano, que sólo pueden resolverse imponiendo los criterios de equidad al rigor de la ley. La equidad postula que un testamento otorgado según las formalidades legales, pero que sea en sí mismo una injuria para los herederos forzosos, no puede tener ninguna validez, de manera que es nulo de pleno derecho. Sin embargo, el Auditor recuerda que por un lado, según D.5.2.20, el que acciona de inoficioso vindica la herencia, con lo que ejerce la acción de petición de herencia ya que es heredero; y, sin embargo, por otro lado: ¿quién puede negar que el testamento vale entre tanto, dado que incluso cuando se rescinde en parte, se mantiene en el resto? Con ello se está aludiendo a unos pasajes del Digesto (D.5.2.15.2; D.5.2.16; D.5.2.24 y D.5.2.25.1) que se refieren a supuestos del derecho romano anteriores a la querella, cuando la acción de inoficioso se dirigía a la adquisición de los bienes hereditarios y a la adquisición de la condición de heredero por quién era admitido a un concurso de méritos que los Centumvirores resolvían con criterios de equidad basados en las exigencias sociales del momento y a través de un juicio comparativo, lo que desaparecerá con la afirmación de la querella ¹¹².

El Auditor remarca que hasta el pronunciamiento de la sentencia el heredero instituido es heredero pero, con tal planteamiento, el que pide la herencia también lo es y, por consiguiente, se llega a una conclusión absurda: que una misma herencia en su totalidad es y no es de la misma persona, al mismo tiempo.

111. Novella 115=Coll. VIII, *Ut cum de appellatione cognoscitur*, vers. *Aliud quoque*, en: ACCURSI, *Glossa in Volumen*, en CGJC, XI, Turín, 1969, p. 292, b.

112. Vide supra pp. 255 ss.

El Interpres resuelve esta contradicción, que proviene de la historia del derecho romano, y que, por lo tanto, es de difícil encaje en un sistema dogmático formado por conceptos y categorías jurídicas, dado que sus elementos antagónicos u opuestos derivan de dos momentos o estadios distintos de la evolución histórica de la sociedad romana. Para ello distingue la solución ofrecida por la ley y el derecho positivo de aquella otra que ofrecen la razón y la equidad. Mientras que por el derecho testamentario vigente el heredero escrito es *dominus* en el interin (en el intervalo que va desde la petición de herencia hasta la sentencia del juez) y el testamento produce sus efectos inicialmente, debiendo ser por ello invalidado expresamente; para el derecho natural, o según la equidad, el testamento ya es inicialmente inválido puesto que la sentencia sólo tiene efectos declarativos de su nulidad y de la adquisición de la condición de heredero en el legitimario excluido.

Para completar su argumentación pone unos ejemplos análogos como el de, la restitución íntegra, donde por derecho común se considera que se ha enajenado la cosa propiedad del lesionado pero, dado que el pretor promete la restitución íntegra, no parece que se le haya excluido en tal cosa en base a la equidad que continua considerando a la cosa dentro del patrimonio del lesionado. También en materia de dote se dice, por sutileza del derecho positivo, que las cosas que lo integran se transfieren al patrimonio del marido; pero, por derecho natural, permanecen en el dominio de la mujer ¹¹³.

Hugolino señala que en el supuesto de proponerse la querrela los *quidam* (doctrina irneriana) sortean el obstáculo que les plantea Juan Basiano y Azo —consistente en mostrar la imposibilidad de que la petición de herencia se de contra quién posea con título de heredero— aduciendo que tales titulares poseen de mala fe, ya que conocen la existencia del hijo desheredado o preterido a quién pertenece la herencia ¹¹⁴.

La *Summa Trecensis*, como indica Jobbé-Duval ¹¹⁵, aporta a esta doctrina un nuevo elemento. Esta Summa al Código es la primera realizada por los glosadores de la que, en cierto modo, dependen las demás,

113. *QIS*, p. 69, xv-(2-3).

114. Cfr.: Gustavus HAENEL, *Hugolini Diversitates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore iuris civilis*, en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964), p. 374.

115. Vide: E. JOBBÉ-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficisi testamenti», en *NRHDFE*, 31, 1907, p. 767.

sobre todo la de Rogerius, la de Placentino y Lo Codi. Atribuida anteriormente a Irnerio (Fitting, Tourtoulon), Besta ya lo niega y piensa que su autoría se encuentra en el círculo de los cuatro doctores. Más tarde Kantorowicz la atribuyó a Rogerio, y en la actualidad Gouron sostiene que esta *Summa* presenta un proceso de elaboración complejo que ofrece una primera redacción atribuible a Geraud, un jurista provenzal que la elaboraría hacia 1135 sobre una base principalmente irneriana. Más tarde fue completada por el autor hacia 1142 en una segunda redacción que integraba aportaciones de Martín y de Búlgaro. La tercera redacción se elaboraría finales de la década de los cuarenta e iría seguida de una reelaboración efectuada a mediados del siglo XII. A partir de aquí sería utilizada por Rogerio y Placentino en sus obras ¹¹⁶.

La *Summa Trecensis* (denominada así por encontrarse uno de sus manuscritos en Troyes) se basa en el Código, pero aduce las demás obras del *Corpus iuris* para construir la sistemática completa de las diversas instituciones. Es incompleta ya que finaliza en el libro 9 título 7.

Al tratar sobre el testamento inoficioso dentro del tema de las acciones advierte que la precedencia de su estudio al del resto de las acciones se debe a que la querrela de testamento inoficioso *ad hereditatis preparationem introducta est*.

Continua señalando que la querrela de inoficioso testamento *non est per se actio, set allegatio que exercetur proposita hereditatis petitione* ¹¹⁷.

Es decir, que quién acciona de inoficioso, acciona la petición de herencia y la querrela es un incidente de esta petición de herencia.

Según Jobbé-Duval ¹¹⁸ la *Summa Trecensis*, en este pasaje, hace referencia a un juicio interlocutorio que resuelve el incidente planteado por la querrela dentro de la petición de herencia.

116. Cfr.: ed. Hermann FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlín, 1894, reed. Francfort, 1971; P. de TOURTOLON, *Placentin. La vie les oeuvres*, 1, París 1896, reed. 1972, pp. 227 ss.; Enrico BESTA, *L'opera d'Irnerio (contributo alla storia del Diritto italiano)*, Turín, 1896, reed. Sala Bolognese, 1980, pp. 179; Hermann KANTOROWICZ-William BUCKLAND, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, reed. con addenda et corrigenda de Peter Weimar, Aalen, 1969, pp. 146 ss. «The *Summa Trecensis*, a work of Rogerius»; y André GOURON, «L'auteur et la patrie de la *Summa Trecensis*», en *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, London, 1987, III, p. 37.

117. *ST*, III, VII, 1 y 3, p. 52

118. Cfr.: E. JOBBÉ-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la querrela inofficisi testamenti», en *NRHDFE*, 31, 1907, p. 767.

Sin nombrar el concepto de acción útil, la sentencia del juez podrá, por razón de la injusta desheredación o preterición, declarar el derecho y dejar sin efecto al testamento desde sus orígenes. Por la sentencia, el desheredado aparecerá como *dominus* desde el origen, aunque en el ínterin el heredero escrito sea le *dominus*.

Es mediante la sentencia del juez que se rechaza la aplicación de aquellas leyes generales que garantizan la eficacia del testamento a un caso concreto. En definitiva, y aunque no lo exprese con su nombre, se trata de una petición de herencia útil la que atribuye la *Summa Trecensis* al excluido injustamente de la herencia. El Juez hace prevalecer el derecho derivado de la equidad (derecho natural) sobre el derecho positivo.

No obstante, las afirmaciones anteriores se refieren al régimen del testamento inoficiosos tal como se deduce del Código y del Digesto: *Hoc prout in codicem et responsis prudentium continetur. Hodie* (según el régimen que perfilan las Novelas) no procede la querrela de testamento inoficioso sino entre hermanos que han sido excluidos para instituir como herederos a personas torpes. En los demás supuestos el testamento es *ipso iure* nulo (*non valeat*), excepto si se inserta nominalmente una causa de desheredación en el testamento que es probada por el heredero escrito. La nulidad (rescisión *ipso iure*) sólo alcanza a la institución de herencia ya que las demás disposiciones se mantienen ¹¹⁹.

Es evidente la analogía de esta última postura con la de Imerio y Martín.

Rogerio, contemporáneo de los cuatro doctores, vivía aún en 1162 cuando asistió a la Dieta de Turín defendiendo a los Baux en el proceso relativo a la sucesión del condado de Provenza contra Ramon Berenguer IV, defendido éste por Búlgaro y juzgando la controversa Federico II, tal como reporta Azón ¹²⁰. Como jurista mantiene una posición de

119. ST III.7.5.

120. Vide: AZONIS, *Lectura super codicem*, CGJC, III, Turín, 1966, p. 403= Lectura a C.5.16.10 «facit lex ista ad quandam magnam causam queae quandoque agitata fuit in curia domini imperatoris Friderici. accusabantur Barcenses magni viri provinc. de infidelitate coram imperatore a comite Barcionensi: & sic nuncius imperatoris occupavit omnia bona quae tenebant de imperatore. Dominus R. qui in causa pro eis orabat, induxit lex istam pro se dicens interim dum de causa cognoscitur, non debere eos carere + possessione bonorum. Dominus B cuius scholaris fuit R. adversae parti pres-

equilibrio entre las diferentes corrientes doctrinales de los glosadores. Su obra principal es la *Summa Codicis* inacabada que luego completará Placentino, a partir de uno de los últimos títulos del libro cuarto ¹²¹. La dependencia respecto de la *Summa Trecensis* es clara: la querella de testamento inoficioso es una alegación que se antepone en una acción de petición de herencia que no es simple. La querella caducará si no se alega durante cinco años por el excluido y ello implicará que no pueda pretenderse después la petición de herencia.

Como en la *Summa Trecensis*, es la sentencia la que declarará tanto la nulidad del testamento como el derecho del excluido a pedir la herencia, aquí de acuerdo con el derecho sucesorio de las XII tablas. En definitiva, aunque sin expresarlo explícitamente, se concibe la querella como una acción de petición de herencia útil. Al igual que la *Summa Trecensis*, Rogerio distingue la solución anterior de la que establece la regulación de la Novela 115 pero no directamente sino mediante su versión auténtica de Imerio, es decir, la auténtica *Ex causa* a C.6.28.4. y su desarrollo doctrinal.

Según este autor: o se ha desheredado justamente, y entonces no procede la querella, o se ha desheredado o preterido injustamente, y entonces, *ipso iure, circa institutionem, nullum es testamentum* ¹²².

Advirtamos, sin embargo, que por vez primera el concepto de nulidad, como la radical incapacidad para producir efectos jurídicos por existir determinado vicios iniciales en el negocio jurídico, aparece definido con el término «nulo» en lugar de los utilizados por los otros glosadores en diversos pasajes (*irritum, evacuatum, rescisum, rumpere, destruere, etc...*). También se distingue Rogerio por sostener que la querella no subsiste entre los hermanos ya que también respecto a ellos es preceptivo, según la Novela 115 dejarles la *portio debita* por medio de la institución de herencia ¹²³.

tans patrociniū, in contrarium allegabat dicens, quia propter infidelitatem commissam et crimen laesae maiesta. non erant bona restituenda. sed tamen pro R. fuit lata sententia,....».

121. Cfr.: Hermann KANTOROWICZ-William BUCKLAND, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, reed. con addenda et corrigenda de Peter Weimar, Aalen, 1969, pp. 122 ss.

122. RSC, pp. 86-87.

123. RSC, 3.8.7.

Placentino se inscribe dentro de la corriente doctrinal que analizamos y así, afirma que mientras por el derecho antiguo la desheredación injusta será «evacuada» por la querélla, por el derecho de la Novela (*Hodie*) será «evacuada» *ipso iure* ¹²⁴.

La querella surge del testamento inoficioso y concede contra los herederos escritos aunque parezca que posean la herencia con título. Éste, sin embargo, desde el origen o bien mediante una actuación posterior, será declarado nulo. Por consiguiente, los herederos escritos se creen herederos y no lo son ya que el derecho se aplica por la sentencia que tiene efectos atributivos y retroactivos, de manera que el hijo que pide la herencia, una vez ha probado que el testamento es inoficioso, igualmente ha probado que él es *dominus* y que el heredero escrito no es *dominus* ¹²⁵.

No obstante, este es el régimen derivado de la regulación anterior, cuando el testamento se rescindía por la querella, lo que aún se sostiene vigente por algunos juristas, pero Placentino afirma que *hodie*: o la desheredación es justa y se mantiene, o es injusta y entonces el testamento *ruptum vel irritum est, ergo non irritandum*, sobre todo si el desheredado lo alega simplemente, sin necesidad de plantear la querella. También es clara la referencia a la auténtica *Ex causa* a C.6.28.4 atribuible a Imerio ¹²⁶.

Frente a esta tradición doctrinal representada por: Imerio, *Questiones de iuris subtilitatibus*, Summa Trecentis, Rogerio, Placentino,... nos encontramos con la que se remonta a Búlgaro y a alguno de sus discípulos. Con ellos aparece una nueva doctrina que, según indica Jobbé-Duval, podría denominarse «moyen de procedure indépendant destiné à préparer la petition d'hérédité» ¹²⁷.

Recordemos que Búlgaro encabeza la doctrina que se opone a que el Juez pueda tomar en consideración una equidad no escrita en sus resoluciones y, por consiguiente, que se pueda admitir la existencia de acciones útiles basadas en este tipo de consideraciones equitativas extralegales.

124. *PSC*, p. 268 (=C 6.28) «Porro si exhaeredatio fuerit iniusta, per querelam evacuabitur: praesertim iure veteri, vel hodie ipso iure, cum hodie non sit (ut extimo) querela nisi inter fratres forte».

125. *PSI*, p. 33.

126. *PSI*, p. 34.

127. Cfr.: E. JOBBÉ-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficisi testamenti», en *NRHDFE*, 31, 1907, p. 769.

Para Búlgaro y sus seguidores la única equidad posible es la derivada de la *mens legis*, por consiguiente el Juez siempre debe preferir la ley a su opinión de equidad, pero al mismo tiempo nadie puede hacerse justicia a sí mismo en base a la equidad sino que siempre se debe acudir a la vía judicial, ya que los jueces son los encargados por su oficio de otorgar eficacia constitutiva a las leyes en aquellos supuestos concretos en que se produzca un conflicto o un enfrentamiento de pretensiones¹²⁸. Este pensamiento jurídico reserva la facultad de crear el derecho, a través de dar forma a la equidad ruda o derecho natural, a los Príncipes mediante la Ley y en determinados supuestos al pueblo mediante la costumbre, tal como señala Gouron¹²⁹. Los Príncipes crean el derecho con su interpretación necesaria y general de la equidad ruda. Los jueces sólo pueden realizar una interpretación necesaria y no general de la Ley pero nunca de la equidad extralegal, como sostenía Martín y su escuela.

Desde esta perspectiva no ha de extrañar que Búlgaro y sus discípulos se opongan a la consideración de la querrela como una acción de petición de herencia útil o, según el derecho novísimo, a la consideración en general del testamento como nulo *ipso iure*. Recordemos que las disensiones sobre las que informa Hugolino radican precisamente en estos dos extremos: ¿Es o no es la querrela, al menos, una acción útil de petición de herencia?¹³⁰; ¿cuál es la relación entre la querrela y la nulidad del testamento según las Novelas¹³¹?

Notemos que respecto a la primera cuestión se plantea el problema con independencia de su vinculación al *ius vetus*, es decir, como si éste pudiera considerarse también, en estos momentos, derecho positivo.

La idea directriz es la de afirmar que sólo con posterioridad a la declaración del testamento como inoficioso el mismo hijo quere-

128. Sobre la doctrina combatida por Búlgaro vide supra pp. 278 ss. Respecto a los planteamientos de Búlgaro y de su escuela vide: E. M. MEIJERS, «Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs», en *Etudes d'Histoire du droit*, IV, Leyde, 1966, pp. 146-147.

129. Cfr. André GOURON, «Coutume contre loi chez les premiers glossateurs», en: ed. André GOURON y Albert RIGAUDIÈRE, *Renaissance du pouvoir législatif et Genèse de l'Etat*, Montpellier, 1988, pp. 119 ss.

130. Vide supra nota n.º 26.

131. Vide supra nota n.º 27.

llante pueda proponer la petición de herencia, ya que sólo así el heredero escrito se habrá convertido en simple poseedor *pro herede* o *pro possessore* de los bienes de la herencia, que hasta este momento poseía con el título válido de heredero por ser válido el testamento. Quién reclama sólo obtendrá la consideración de heredero gracias al pronunciamiento de inoficioso.

La querella se concede precisamente contra quién ostenta un título de heredero o de fideicomisario universal formalmente válido pero afectado por un vicio o defecto legal que permite su impugnación. Para Búlgaro y su escuela la querella subsiste en el supuesto en que se haya otorgado un testamento que contiene la desheredación de un legitimario, habiendo sido inserida la causa de desheredación que no ha sido probada por el heredero instituido. En los demás supuestos: o es nulo *ipso iure*, cuando no se inserta la causa, o es válido, cuando se inserta y se prueba. Ello nos lleva a la contraposición entre anulabilidad y nulidad.

De todas formas, hay que tener en cuenta, como señala Renard y para no caer en anacronismos, que los juristas romanos no han construido una teoría sobre las nulidades de los actos o negocios jurídicos ¹³².

Al testamento nulo se opone el testamento rescindible por la *bonorum possessio contra tabulas* o por la *querela inofficiosi testamenti*, de manera que la inoficiosidad se contrapone, en principio, a la nulidad en el derecho romano clásico, pero después de las reformas justinianas el concepto de nulidad ha absorbido al de inoficiosidad, con pérdida de la querella en cuanto apéndice procesal de dicha inoficiosidad, tal como señalaban Martín y sus seguidores ¹³³, que sólo mantienen la querella en la sucesión de colaterales. Sin embargo otros autores, como Wilhelmus creen que la querella se ha conservado en todas sus aplicaciones, pero que el heredero excluido tiene la opción de utilizarla o de prevalerse de la nulidad de pleno derecho, a su libre elección ¹³⁴.

Búlgaro, Juan Basiano y Azón la mantienen, como hemos visto, en el supuesto de desheredación con inserción de causa que no ha sido probada por el heredero instituido. La querella se va concibiendo a partir

132. G. RENARD, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge» en *NRHDFE*, 27, 1903, p. 214.

133. Vide supra pp. 278-285.

134. G. RENARD, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge», en *NRHDFE*, 27, 1903, p. 237.

de aquí como la vía de anulación del testamento: *agendo querela faciat viam petitioni hereditatis; ...demum perlata querela desinit esse heres...*¹³⁵. Mientras tanto, el testamento produce efectos válidos.

Si la querella es el medio de anular el testamento ello implica que no produce automáticamente la adquisición de la herencia. Como prueba de esta última afirmación se aduce el caso de aquel extraño —a quién nada se debe *ab intestato* por no ser pariente del causante— que consigue probar que el testamento es inoficioso planteando la querella pero que no consigue otro efecto que la anulación del testamento puesto que la herencia se deferirá a los herederos *ab intestato* y no a él, dado que la querella no es una acción de petición de herencia y ésta es una acción que sólo compete a quién es heredero *ab intestato* o por testamento. Además, el querellante no es ni una cosa ni otra ya que, mientras subsiste un testamento, no se abre la sucesión *ab intestato* y, mientras subsiste una institución de heredero *in solido* no puede nadie atribuirse tal condición coetáneamente.

Por ello, Azón, que sigue en este punto la doctrina de Búlgaro y aquella que la glosa atribuye a Juan Basiano, al interrogarse sobre la naturaleza de la querella contesta diciendo que no es una acusación criminal, dado que no se pide la imposición de una pena corporal, tampoco dice que sea una acción de petición de herencia —y en este punto modifica a su gusto D.5.2.20— sino que la define como *ius quoddam rescindendi testamentum in totum vel pro parte... aperit ergo viam succedendi et obtinet medium nomen ut dicatur querella*¹³⁶.

La querella es una vía de anulación del testamento inoficioso. Su efecto consiste en la incidencia que tendrá sobre aquella sentencia que pronuncie el Juez contra el testamento que no sea provocada *ipso iure*, sino en base a un juicio de naturaleza atributiva. Después de atribuir el derecho de anular el testamento al *suus heres querellante*, el Juez declarará la rescisión del testamento quedando abierto el camino para que el *suus heres querellante* sea heredero por mor de la sentencia o *bonorum possessor*, si esto es lo que pretende. Además, el heredero instituido

135. Gustavus HAENEL, «Hugolini Diversitates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore iuris civilis», en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964), p. 374.

136. ASC, p. 74, b.

dejará de serlo y los legados no se deberán; las libertades, en principio, tampoco valdrán, excepto si son de naturaleza fideicomisaria. Sin embargo, Azón se admira de que la sentencia pronunciada contra los herederos escritos perjudique a los legatarios. Por consiguiente recuerda que *hodie* (por la Novela 115) sólo se rescinde el testamento en cuanto a la institución de heredero, de manera que los legados se prestan indistintamente, tanto si se ha irritado el testamento por la querella como *ipso iure*, al no desheredarse en forma ¹³⁷.

Advirtamos que en Azón aparece mencionado expresamente el Juez porque la querella se configura como un *judicium rescindens*, es decir, se trata de una vía de anulación del testamento que forma parte del *officium iudicis*. Este, con su sentencia, produce un efecto absoluto, eso es, produce *ex post facto* la nulidad *ab origine*. Como recuerda Renard, los efectos la anulabilidad sólo se diferencian de los de nulidad por la fecha en que se producen, aunque esta diferencia queda atenuada por su carácter retroactivo ¹³⁸.

La idea de anulabilidad que encierra la querella consiste en una ficción por la cual se considera como no acaecido un acto jurídico que se realizó ¹³⁹.

En la doctrina que sigue Azón, la petición de herencia encuentra su título originario en la sentencia del juez que anula el testamento, pero no como en la doctrina sobre el derecho antiguo que fluía en torno al eje formado por el pensamiento de Imerio-Martín-Placentino, según la cual la sentencia del juez constituía en un caso concreto la equidad ruda que proscribía la injuria y vehiculaba directamente una petición de herencia útil al atribuir directamente la condición de heredero al demandante; sino que aquí la sentencia del juez deriva directamente del *officium iudicis* tal como esta constituido por la normativa orgánica que regule en cada ordenamiento la estructura y competencias de la administración de justicia.

En definitiva, Azón, al igual que Juan Basiano sostienen la doctrina por la que se pronuncia Acursio en la glosa, al remitirse ésta a Juan

137. ASC, p. 74, a.

138. G. RENARD, «L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge», en NRHDFE, 27, 1903, p. 359.

139. *Ibidem*, p. 362.

Basiano para contradecir a Martín y afirmar que la querella procede cuando la causa de desheredación o preterición se ha inserido, pero no se ha probado ¹⁴⁰.

Esta postura se fundamenta en que no ha existido una interpretación correcta de la Novela 115 por la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4, ya que en el cuerpo de la Novela no se encuentra la palabra *irritum* sino que allí consta el término *evacuatio*.

La glosa, no obstante, recoge en parte la teoría de Wilhelmus al señalar que la anulabilidad del testamento se conseguirá por la querella (en caso de desheredación injusta) o por *contra tabulas* si el *suus heres* o emancipado fueran preteridos. Sin embargo, el *suus* puede optar por la declaración de nulidad cuando es preterido.

La glosa, por consiguiente, siguiendo la doctrina de Juan Basiano y de Azón modifica el sentido de la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4, en el sentido de afirmar que donde dice *irritum* debe entenderse *irritandum* en determinados supuestos.

Será nulo *ipso iure* cuando se produzca la preterición, pero no siempre que se produzca la desheredación, ya que en este último caso será preciso que se haya omitido la inserción de la causa de desheredación.

Si contiene la causa de desheredación, el testamento no es írrito sino irritable por la querella o por otros medios.

En conclusión, la doctrina que fluye en torno al eje formado por Búlgaro-Juan Basiano-Azón y Glosa acepta la nulidad *ipso iure* del testamento inoficioso en casos de preterición y de desheredación no ajustada a derecho, pero mantiene la querella como vía de anular el testamento para los supuestos de desheredación con inserción de causa no probada. La resolución de la querella es competencia que emana del *officium iudicis*. De la sentencia del juez dependerá si se abre o no la posibilidad de accionar la petición de herencia. La querella y la petición de herencia no son lo mismo como sostenía la otra doctrina.

Según nos indica Jobbé-Duval ¹⁴¹ esta doctrina es la opinión dominante a partir de la segunda mitad del siglo XII y XIII aunque la con-

140. Cfr. gl. *irritum* a Auth. *Ex causa* a c.6.28.4 = ACCURSU, «Glossa in Codicem», en CGJC, X, Turín, 1968, p. 363.

141. E. JOBBÉ-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficisi testamenti», en *NRHDFE*, 31, 1907, p. 769.

troversia nunca cesará. Por ser la desarrollada por Azón en su Summa y por Acursio en la magna glosa, se consideró como la única opinión de los glosadores, sin embargo, esta doctrina es una reacción contra las enseñanzas de Irnerio, demasiado científicas y más basadas en la equidad y en el arbitrio judicial que en el respeto, observancia e interpretación de la ley. Mientras que la estructura del Código (que antepone el título *De inofficioso testamenti* al *De petitione hereditatis*) sugiere dos momentos bien diferenciados de una reclamación genérica por la injuria cometida con la exclusión —impugnación del testamento y petición de la herencia—, la interpretación equitativa de la Novela 115, por rechazar en absoluto la injuria, exige que ya desde el principio se pida directamente la herencia mediante un sólo momento procesal. En el primer caso la querella es el derecho de pedir la anulación del testamento, en el segundo, y fuera del supuesto de la sucesión de colaterales, en donde la injuria deriva de otras consideraciones que será preciso valorar, o será un incidente dentro de la petición de herencia útil o no existirá por identificarse plenamente con esta última.

Se trata de una controversia doctrinal cuyos argumentos antagónicos sólo habrían podido conciliarse si los glosadores hubiesen alcanzado una comprensión histórica del proceso de formación del derecho romano, la cual, ciertamente, no poseían. Recordemos que la acción de inoficioso, que resolvían los Centumviri se dirigía directamente a la adquisición de la herencia y a la adquisición de la condición de heredero, mediante un concurso de méritos resuelto por un juicio basado en la equidad; mientras que la querella de testamento inoficioso (posterior en el tiempo) presupone la existencia de un orden sucesorio *ab intestato* fijado por el *ius honorarium* que protege a los cognados y se dirige a la impugnación del testamento. Aunque esté preordenada a la apertura de la sucesión *ab intestato*, la resolución de la querella supondrá, en último término, la aplicación del derecho objetivo que regula la sucesión *ab intestato* y no la declaración de un derecho basado en la equidad, como en el caso de la acción de inoficioso, pero esta aplicación del régimen positivo de la sucesión legítima sólo procederá en una segunda fase, si ya se ha resuelto la anulación del testamento. El derecho privado sólo será reconocido una vez se haya observado el derecho público que delimita las competencias jurisdiccionales del juez, es decir, *el officium iudicis*.

Mientras Irnerio y su doctrina se basan, probablemente sin plena conciencia histórica, en la tradición equitativa de la acción de inoficioso de los Centumviros, Búlgaro y la suya se basan en la recuperación de la experiencia histórica de la querella aunque, paradójicamente, de forma anacrónica, integrándola con la reforma operada por la Novella 115. Sin embargo, el problema reside en que, bajo una óptica sistemática, se hace muy difícil conciliar todos los textos del derecho romano recogidos en la compilación justiniana, ya que reflejan, en función de su origen y según ha expuesto Di Lella ¹⁴², dos momentos bien diferenciados de la experiencia jurídica de la historia de Roma. Por consiguiente los glosadores no tuvieron otra alternativa, para conseguir la integración sistemática pretendida, que introducir las modificaciones oportunas en el cuerpo de la compilación o en sus escolios como hicieron, respectivamente, Irnerio con la Auténtica *Ex causa* a C.6.28.4 que se le atribuye y Juan Basiano-Azón, con la adición del inciso *perlata querela* a D.5.2.20, según reporta Hugolino ¹⁴³.

La doctrina de Búlgaro-Azón separa claramente, a efectos procesales, la impugnación del testamento de la petición de la herencia (aunque la primera influya en la segunda o aunque puedan acumularse ambas demandas en un solo libelo).

Respecto a la impugnación del testamento, esta doctrina, al no fundarse sobre un principio de equidad que postule la nulidad del testamento ni existir alguna acción específica que sostenga esta pretensión —ya que la querella no es ni acción ni acusación— debe buscar su operatividad en un procedimiento basado en el *officium iudicis* por oposición a la *actio* que descansa sobre un derecho preexistente ¹⁴⁴. Desde esta perspectiva resulta que la sentencia del juez no es declarativa, sino atribu-

142. Vide supra pp. 253 ss.

143. Sobre Hugolino vide: Gustavus HAENEL, «Hugolini Diversates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore iuris civilis», en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964), p. 374 «Item pro eis facit, quod est D. eod. (5.2.) L. Qui de inoff.test. (20) § I s., ubi dicit, «quod qui agit de inofficioso testamento, nullam aliam movere debet, quam petitionem hereditatis». «Sed ibi respondeo; nullam aliam movere debet perlata querela, nam postea recte petit hereditatem, si velit, sed antequam agat de inofficioso, non potest petere, et, ita pro Me facit magis».

144. E. JOBBÉ-DUVAL, «Histoire de la doctrine relative a la nature de la querela inofficisi testamenti», en *NRHDFE*, 31, 1907, p. 772.

tiva, de un derecho. Es decir, el testamento que contiene una desheredación con inserción de causa no probada está protegido, en principio, por el derecho. Sólo a través de la querrela y su resolución positiva el Juez atribuye con su sentencia el derecho de anular el testamento al pariente injustamente excluido.

3.3.— La segunda disensión que debemos considerar se refiere al problema: *Quo titulo portio legitima relinqui debeat?*¹⁴⁵.

El texto sobre el que se proyecta el debate es la Auténtica *Hodie non licet patri*, en el pasaje en que afirma: *ius repletionis tunc locum habet quum ex aliqua parte heres instituitur*. La Auténtica se encontraba en C.3.28 *De inofficioso testamento*.

Este texto plantea un grave problema, ya que no ha sido recogido en la versión vulgata del Código, de manera que: o fue depurado por Acursio al confeccionar la magna glosa por no proceder de Imerio (o por otro motivo desconocido), o ya se había perdido su tradición en el primer tercio del siglo XIII.

Haenel nos informa que buscó infructuosamente esta auténtica en las ediciones de los manuscritos del Código. En la edición de las Instituciones de Schrader¹⁴⁶ apareció una auténtica con este encabezamiento.

También, en un manuscrito que adquirió en Padua aparece una Auténtica, intercalada entre las Auténticas *Novissima lege* y *Unde si parens* a C.3.28.6 del tenor literal siguiente: *Hodie iure institutionis debent habere praedictum trientem vel semissem, alioquin nullum est testamentum*¹⁴⁷.

Savigny facilitó a Haenel la noticia de otra auténtica que no fue tampoco recogida en la vulgata pero que consta en el Codex Casselanus n.4 vol.4 tit.C. *De inofficioso testamento*, es decir, en C.3.28 y cuyo tenor es más adecuado a la cuestión debatida: *Sed hodie non licet patri aut*

145. Vide supra nota n.º 91.

146. SCHRADER, *Institutionum...*, p. 785. Pese a lo que indica Haenel (vide supra nota n.º 147) el fragmento inicial de la Auténtica importa a nuestro objeto por señalar que: «Hodie non licet parenti, debitam portionem liberis relinquere, nisi iure institutionis:...».

147. GUSTAVUS HAENEL, «Hugolini Diversitates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore iuris civilis», en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964) p. 379 n. c. Sobre la Auténtica publicada por Schrader Haenel indica: «Haec tamen non continet nisi causas exheredationis e Nov. 115. sumtas, in ceteris multum ab Auth. Hodie n. l. differens».

avo aut aviae, proavo vel proaviae filios vel communes liberos exheredare, nisi per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum vel alium quemlibet modum eis dederit legibus debitam portionem, nisi ingratus probetur et caussa ingratitude nominatim inseratur in testamento: item liberis parente. Alioquin rescinditur testamentum circa institutionem, sed in ceteris perseverat. Item ius repletionis locum non habet, nisi quum ex aliqua parte heres instituitur, quia dicit, eum debere totam hereditatem amittere excepta sibi debita portione ¹⁴⁸.

El problema también deriva, como en el caso anterior, de la Novela 115,3: *Aliud quoque* de la cual ha pasado a la vulgata la Auténtica *Non licet* a C.3.28.6 que, a nuestros efectos, no entra en la cuestión debatida porque omite el pasaje objeto de la diversa interpretación. Por consiguiente, para seguir el debate entre los glosadores deberemos atender a la magna glosa que acompaña al texto de la Novela 115, 3 cuya estructura normativa consiste en declarar que no es lícito que el padre o la madre, el abuelo o la abuela... en su testamento deshereden o hagan preterición del hijo o hija u otros descendientes, *ni siquiera si* por alguna donación, legado o fideicomiso u otro cualquier modo les dieran la legítima, excepto si se prueba que fueron ingratos por causas insertas en el testamento ¹⁴⁹.

148. *Ibidem*.

149. Vide gl.*preterire* a [Nov.115,3 =Coll. VIII, *Ut cum de appellatione cognoscitur*, vers. *Aliud quoque*, en: ACCURSI, *Glossa in Volumen*, en CGJC, XI, Turín, 1969, p. 290]: *Preterire. alias preterire preteritio ad lineam femineam exhereditatio ad masculinam, sic inst. de exhaeredatione liberorum § mater* (=Inst.2.13.7), et quod subiicit. nec si per quamlibet donationem, etc... Nota quod oportet iure institutionis aliquid filio relinquere nec sufficit iure legati. et sic corriguntur hic iura antiqua *ff. de inofficioso testamento. lex Papinianus § si quis mortis* (=D.5.2.8.6) contra. *inst. de inofficioso testamento § penultimo. contra et supra de monachis § si vero filios* (=C.5.17.8.7) contra. et *supra de triente et semise § I* (=Nov.18.3.1=Coll.III.5.1) contra. et si qua sunt similia quibus dicitur quod sufficit quoquo relictis titulo relinquere sic ergo in minimo facta institutio excludit querela, ut infra eo § *ceterum* et agitur ad supplementum ut C. *de inofficioso testamento lex omnimodo* (=C.3.28.30) et *lex sancimus* (=C.3.28.36.1.a) et *de rei uxoriae actione § videamus* (C.5.13.1.11) vel dic quod predicta iura loquantur quando non faciebat testamentum sed codicillos hic atament quando solemniter testabatur unde iure insti.sibi ut aliis debet relinquere. Tertii dicunt hanc intelligi secundum illas et legunt sic literam istam: nec pro non, et dic et si, id est, quamvis per quamlibet donationem vel legati vel fideicommissi vel alio quocumque modo dedit debitam portionem et assume: non licet exheredare dico ubi (*sic*, en lugar de, *nisi*) forsan, etc... prima verior videtur ut corrigantur.

La Auténtica *Non licet* a C.6.28.4 ha suprimido el inciso culminativo que se inicia con el *nec si* (ni siquiera si) mediante el cual de forma negativa, se preceptua que la legítima debe entregarse a título de herencia ¹⁵⁰. Con tal supresión la Auténtica no se pronuncia sobre el supuesto de entregarse la legítima a través de otro tipo de disposiciones. En cambio, la Auténtica reflejada en el manuscrito de Padua sanciona con la nulidad aquel testamento en que no se disponga la legítima *iure institutionis*.

La Auténtica del Codex Casselanus no llega hasta sus últimas consecuencia dado que, si bien modifica el texto de la Novela 115, 3, continúa exigiendo que el legitimario sea instituido como heredero, siquiera en parte, para que proceda la acción al suplemento. La modificación que introduce consiste en cambiar el *nec si* culminativo por un *nisi* adversativo, de modo que la prohibición general de desheredar no queda enfatizada (*nec si*) como en la Novela 115, en el supuesto de atribuir la legítima por título diferente al de heredero; sino que ahora queda exceptuada (*nisi*) si se atribuye por cualquier otro título distinto al de herencia.

Es sobre la acción de suplemento donde Hugolino centra la disensión entre unos *quidam* que distinguen, a efectos de aplicar el principio que exige instituir heredero al legitimario, entre dos supuestos de hecho: si se otorga testamento o si se otorga otro acto distinto de última voluntad. En el primer supuesto se aplica el principio que recoge Hugolino con relación a la auténtica *hodie non licet* y que coincide con el que sostiene, en su inciso final, la Auténtica del Codex Casselanus: No procede el derecho al suplemento porque la legítima no se ha dispuesto por título de herencia.

En el segundo supuesto (no se otorga testamento sino otro acto de última voluntad) esta auténtica no se aplicará, por referirse al testamento, sino que debe aplicarse C.3.28.36 que, con carácter general, regula el derecho al suplemento de legítima, tanto por haber recibido menos cantidad por testamento, como por actos *inter vivos* o *mortis causa* (*quoquo relicto titulo*).

150. Auth. *non licet* a [C.6.28.4=ACCURSII *Glossa in Codicem*, en CGJC, X, Turín, 1968]: Non licet parenti aliquem ex liberis exheredare vel praeterire, nisi is probetur ingratus, et ingratitudinis causas nominatim inserat testamento. Causae vero ingratitudinis nova constitutione expressae sunt quatordecim».

Pero ello implica la necesidad de corregir, restringiéndola, esta Constitución de Justiniano, recogida en C.3.28.36, para excluir de sus supuestos de hecho a aquel que contempla el otorgamiento de testamento.

La postura de los *quidam* sólo exige la institución de heredero en una parte de la legítima para que pueda darse el suplemento de legítima cuando el padre otorga testamento. Parece que puede desprenderse el corolario de que si el padre otorga testamento podrá también otorgarse la legítima íntegra válidamente, mediante cualquier otro título. Este es el supuesto que contempla la Auténtia del Codex Casselanus como resultado de modificar la *littera* de la Novela 115,3. En definitiva, esta postura se encamina a superar una obligación formal que reforzaba el valor del testamento y de la institución de heredero. Se rebaja la exigencia de esta última, para la atribución de la legítima, al supuesto en que proceda la acción al suplemento y cuando se ha otorgado testamento. Se permite explícitamente la realización de otros actos de última voluntad por los que también se podrá conseguir válidamente la disposición de la legítima íntegra en favor de los herederos forzosos, sin que, naturalmente, sea necesario hacerlo a título de heredero.

La otra doctrina que se contrapone y disiente de esta es mucho más estricta y aferrada a la forma que se exige por Justiniano para la atribución de la legítima. Hugolino la describe concisamente: *Alii contra, et dicunt, quod filius semper havere debet iure insitutionis*¹⁵¹. Como podemos apreciar se trata del supuesto de hecho de la Auténtica del manuscrito de Padua aunque sin incluir la sanción que en éste se atribuye al incumplimiento de la conducta prescrita al decir: *alioquin nullum est testamentum*.

Esta doctrina quiere mantener en todo su vigor la perfilada por Justiniano en la Novela 115 y no se hace cargo de los problemas que ello provocaría, probablemente, en el mundo de la práctica, donde, en muchos países el testamento romano había entrado en decadencia o desuso durante la alta edad media¹⁵².

151. Gustavus HAENEL, «Hugolini Diversitates sive Dissensiones Dominorum super toto corpore civilis», en *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum*, Leipzig, 1834 (reed. Aalen, 1964), p. 380.

152. Sobre esta problemática vivida por los pueblos hispánicos de la época vide: Tomás DE MONTAGUT, *Los actos mortis causa en la Península Ibérica durante la edad media*, en prensa.

La magna glosa, a pesar de que no les atribuye ninguna autoría, recoge la polémica doctrinal reverberándola en tres posturas diferentes de las que escoge la primera como más verdadera.

La primera postura sostiene que se deberá disponer en favor del hijo alguna cosa por derecho de institución y afirma que no es suficiente hacerlo por derecho de legado. Esta doctrina es fiel a la Novela 115, 3 y supone prescindir de los derechos antiguos por estar corregidos. Se corresponde con la doctrina de los *alii* reportada por Hugolino y con la Auténtica del manuscrito de Padua ¹⁵³.

La segunda postura afirma que se excluye la querella otorgando una cantidad mínima al hijo por derecho de institución. A partir de aquí serán válidas las demás atribuciones por otros títulos. Si no se alcanzara con todas las disposiciones la cuota de la legítima se podrá accionar al suplemento. Los derechos antiguos que autorizaban el otorgamiento de la legítima por cualquier título se refieren al supuesto de disponer de los bienes *mortis causa* a través del codicilo. En contrapartida la Novela 115.3 se refiere al supuesto de otorgarse testamento solemne. Esta postura, con su distinción, concilia la normativa derivada de los derechos antiguos y la que resulta de la Novela 115.3. Además es coincidente con la doctrina sostenida por los *quidam* reportados por Hugolino ¹⁵⁴.

Finalmente, la tercera postura mantiene que se puede dejar la legítima por cualquier título (testamentario o no testamentario).

Ello supone mantener vigente la normativa de los derechos antiguos, de manera que no hay otra solución que modificar la Novela 115,3 a través de una lectura nueva de la misma. Así, donde decía «no» habrá que decir «ni», con lo cual el sentido culminativo que añade la segunda oración de la frase queda convertido en adversativo. Como podemos suponer se trata de la modificación introducida en la Auténtica del Codex Casselanus. Es cierto que se prohíbe desheredar o preterir en el testamento; pero si se atribuye la legítima por cualquier título, no se prohíbe otorgar un testamento válido siempre que no contenga ninguna exclusión de los herederos forzosos. Sin embargo, recordemos que, en su inciso final, la auténtica del Code Casselanus, rectificando su postura inme-

153. Vide supra nota n.º 150.

154. *Ibidem*.

diatamente anterior, prescribía la atribución de una parte de la legítima por derecho de institución para obtener el derecho al suplemento ¹⁵⁵.

Como hemos indicado, la glosa se pronuncia por la primera doctrina por considerarla correctora del derecho antiguo.

Pero: ¿a quién podemos atribuir la autoría de estas doctrinas?

El texto editado por Juan Bautista Palmieri como *additiones* al primer volumen de su *Scripta anecdota glossatorum* (Bolonia 1914), con el título: *Wernerii Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, puede ayudarnos a contestar este interrogante que nos formulamos ¹⁵⁶.

Aunque Palmieri ¹⁵⁷ y Fitting ¹⁵⁸ coincidieron en atribuir la autoría de la *Summa* a Imerio, posteriormente fue puesta en entredicho tal paternidad imeriana por Besta ¹⁵⁹ quién sitúa el texto en tiempos de los cuatro doctores y lo considera como un antecedente de la *Summa Institutionum* de Placentino. De hecho, más que una *Summa* es una paráfrasis de las Instituciones y, según Meijers, sus orígenes se vinculan tanto a Búlgaro como a Martín. En realidad, sólo se puede constatar que esta *Summa* fue escrita por un autor que vivió en la época en que las disensiones de los doctores empezaban a acentuarse. Meijers concluye afirmado que no es imposible sostener la paternidad de Imerio para esta *Summa*, aunque lo cree improbable. Es mejor creer que un Profesor suplente de Búlgaro la escribió para utilizarla en la escuela de Búlgaro ¹⁶⁰.

Esta *Summa* va acompañada de un texto complementario que Palmieri presenta como una colección de glosas de diversos glosadores. Sin embargo, Meijers sostiene que no se trata de glosas sino de una *Lectura* a la *Summa* realizada por una sola persona. Después de comprobar que recoge las teorías de Martín, rechaza la autoría de este doctor porque se introduce a menudo la opinión de Martín en tercera persona o

155. *Ibidem*.

156. Cfr. *BIMA*, additiones al vol. I, Bolonia, 1914.

157. *Ibidem*, p. II: «quoquo modo certum et indubitabile permanet quod dixi de auctore Summae Institutionum quod est haud dubie opus Guarnerii, ut demonstratur praecipue ea declaratione quae inest in glossa eius discipuli».

158. Cf. *ST*.

159. Enrico BESTA, *L'opera d'Imerio (Contributo alla storia del Diritto italiano)*, Turín, 1896, reed. Sala Bolognese, 1980, p. 67, [8, 11].

160. Cfr. E. M. MEIJERS, «Sommes, Lectures et Commentaires (1100 á 1250)», en *Études d'Histoire du Droit*, III, Leyde, 1959. pp. 216-219.

bajo el nombre de Magister. Tampoco se trata de una *Lectura reportata* porque el texto es seguido y no contiene faltas. Meijers concluye sosteniendo que la obra se debe a un ayudante de Martín que dictaría en sus clases el texto de las Instituciones de Martín. Los estudiantes dispondrían de la *Summa Institutionum* como texto básico sobre el cual se proyectaría la lección. La *Lectura* contendría las interpretaciones de Martín, en su estado definitivo ¹⁶¹.

En la *Summa* se recogen las dos doctrinas que derivan del derecho antiguo y de la Novela 115.3, respectivamente. Por la primera se afirma que la cuarta (legítima) debe obtenerse, para que no pueda invocarse la querella, *sive iure hereditario, sive iure legati, vel ex mortis causa donatione, vel inter vivos...*, con tal que se impute su importe a la legítima.

Por la segunda se recuerda que por el derecho novísimo (Novela 115.3) el testamento es *ipso iure* nulo (*ipso iure deficit testamentum*), en cuanto a la institución, si no se dispone alguna cosa en favor de los descendientes por derecho de institución. La *Lectura*, atribuible según sostiene Meijers a la escuela de Martín, sostiene en este pasaje que la segunda doctrina se aplicará cuando se instituyan herederos mediante el testamento; en otro caso —si no se otorga testamento— la atribución de la legítima por cualquier otro modo dispositivo impedirá la querella.

La doctrina de Martín es, por consiguiente, la que concilia los derechos nuevo y antiguo con el expediente de asignarles validez en dos supuesto de hecho diferentes (disposición de bienes con o sin testamento, respectivamente).

La *Summa Trecensis* recoge las dos opiniones ¹⁶², al igual que lo hizo la *Summa Institutionum* editada por Palmieri, y, al igual que esta última, no resuelve la contrariedad entre las soluciones ofrecidas por ambos derechos. También Placentino sigue esta postura ¹⁶³.

En cambio, la glosa *si quid* de Imerio a D.5.2.8.11 publicada por Besta, establece claramente *quia quarta in quocumque titulo habita inhibet*

161. *Ibidem*, pp. 212-216.

162. *ST*, pp. 183-184 (=VI, 15, 1-3).

163. *PSI*, p. 34 : «...et iuris remedio sufficebat habere modicum quoquo relicto titulo: iure novissimo oportet haberi vel modicum iure hereditario».

hanc querelam. Es decir, Irnerio parece sostener la doctrina que en la magna glosa se formulaba en tercer lugar y que sostenía la pervivencia del derecho antiguo contra el tenor literal de la Novela 115.3 ¹⁶⁴.

Rogero, en su *Summa Codicis*, sólo recoge, en esta sede, la regulación de la Novela 115.3 y, por consiguiente, afirma la nulidad del testamento que no atribuya la legítima por institución de heredero, recalcando el contenido de esta obligación al señalar que los padres deben instituir herederos a sus hijos, ya que la porción debida debe atribuirse por título hereditario. Con ello vemos plasmada la primera doctrina que menciona la magna glosa ¹⁶⁵.

Azón, al exponer las innovaciones efectuadas a la institución de la querrela por el Código y Novelas invoca la repetidamente mencionada Novela 115.3 para señalar que, si el padre otorga testamento perfecto, los descendientes necesariamente deberán obtener la legítima (*debitam partem*) por título hereditario (*iure institutiones*). Valdrá el testamento en caso de que el padre instituya al hijo heredero y le mande contentarse con cosas ciertas en concepto de dicha institución. Aunque pueda parecer que esta disposición se adecue mejor al concepto de legado, Azón sostiene que no se trata de un legatario sino de un verdadero heredero puesto que el testador impone una carga al heredero cuando instituye, carga que no surge cuando se otorga un legado. También valdrá el testamento en el supuesto de que el hijo fue heredero o pudo serlo por el testamento, lo cual no sucedería si aceptara los bienes que se le atribuyen, por derecho de legado (*iure legati*) ¹⁶⁶.

Si el padre no otorga un testamento perfecto no se le exige que instituya al hijo heredero, ya que incluso queriéndolo tampoco podría hacerlo en un testamento de tales características. En tal caso no procederá la querrela puesto que el hijo sucedera *ab intestato* de manera que obtendrá su legítima por esta vía. Un testamento imperfecto provoca la apertura de la sucesión *ab intestato*, al menos en cuanto a la herencia.

164. Enrico BESTA, *L'opera d'Irnerio (Contributo alla storia del Diritto italiano)*, Turín, 1896, reed. Sala Bolognese, 1980, p. 67 [8.11].

165. RSC, p. 87=[3.18.7] y p. 160=[6.15]: «...ex nova Constitutione, remota omni differentia, parentes omnes coguntur suos liberos heredes instituere, et hereditario titulo debitam portionem eis relinquere, vel exheredere, causa tamen ingratitude inserta. alioquin, quantum ad institutiones testamentum deficit».

166. ASC, f. 74, b.

Sin embargo, debemos tener en cuenta, como señala Vismara ¹⁶⁷, que desde la segunda mitad del siglo XII se puede constatar en la práctica la reinsertión de la cláusula codicilar en los testamentos, lo que explica su recepción por Acursio en la magna glosa. En consecuencia un testamento imperfecto puede continuar siendo válido como codicilo y compatible, de este modo, con la sucesión *ab intestato*. Azón, probablemente, estaría pensando en ello cuando excluye la querrela en caso de otorgarse un testamento imperfecto. Sin embargo, su fidelidad a la Novela 115.3 es manifiesta: si no hay institución de heredero en favor de los hijos, no hay testamento perfecto; si no hay testamento perfecto, se abre la sucesión *ab intestato* con independencia de que puedan mantenerse otras disposiciones de última voluntad. Estas, sin embargo, aun en el caso de que atribuyeran bienes suficientes a los hijos para colmar su legítima, no podrán subrogarse en la posición que el ordenamiento jurídico atribuye al testamento.

Lo Codi es una exposición sistemática del derecho romano realizada de acuerdo con el plan de los nueve primeros libros del Código de Justiniano ¹⁶⁸. Tiene presente la labor de la *Summa Trecensis* y la de Rogerio aunque, según Gouron ¹⁶⁹, esta última es influida por lo Codi y no al revés. De todas formas, Lo Codi, que se encuentra dentro de la tradición Boloñesa ¹⁷⁰ o entorno a la escuela Provenzal de juristas (Gouron), reflejaría, para Feenstra, que sostiene aquella tesis, una mayor atención por el derecho vivo y por el derecho provenzal del siglo XII, pasando por alto instituciones históricas ya periclitadas. En definitiva, Lo Codi constituye un tratado vulgarizador y práctico del derecho romano que contrasta «con el vuelo preferentemente teórico del las *Summae Codicis* que ven la luz

167. Giulio VISMARA, «Le successioni ereditarie», en *Scritti di Storia giuridica*, 6, Milán, 1989, p. 442.

168. Vide *supra* nota n.º 97 y André GOURON, «De nouveau sur le Codi», en *La science du droit dans le Midi de la France Moyen Age*, London, VIII, pp. 271-277.

169. André GOURON, «Lo Codi, source de la Somme au Code de Rogerius», en *Études sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, London, 1987, XI, pp.301-316.

170. Robert FEENSTRA, «A propos d'un nouveau manuscrit de la version latine du Codi (Ms. Lucques, Bibl. Feliniana, 437)», en *Recuell de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du Droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit*, fasc. VI, Montpellier, 1967, pp. 35-44, reed. en *Studia Gratiana*, XIII, 1967, collectanea Stephan KUTTNER, III, pp. 57-82.

en el siglo XII»¹⁷¹. Según este último autor el pragmatismo fundido con una especie de voluntad de docencia de Lo Codi recuerdan a Las Partidas. Los dos son libros de derecho que podrán manejar profanos en la ciencia jurídica, a diferencia de las *Summae Codicis* que presuponen en el lector un conocimiento técnico del derecho¹⁷². Su fecha de redacción se sitúa entre 1149-1162 y se piensa que fue redactado originariamente en provenzal aunque pronto traducido al latín por Ricardo Pisano y a otras lenguas: francés, dialecto del Delfinado, catalán y castellano.

Lo Codi 6.35, al regular en que forma el padre o el abuelo pueden hacer testamento entre sus hijos recuerda que la nueva ley (Novela 115.3) manda instituir herederos a sus hijos al menos en la cuota que determina la Falcidia. Es evidente que en este contexto la Falcidia significa la *portio debita* al hijo —la primera de las cuatro acepciones que recibe este término según la *Distinctio V* de los *Opuscula incertorum auctorum* publicada por Kantorowicz¹⁷³: *Una, que debetur lege nature filiis*— es decir, la legítima porque, a continuación, se declara que el testamento será nulo si no se cumple este precepto (*no val lo testamenz se non es aquesta guisa*). Si el padre instituyó heredero al hijo en menos de la legítima y le dejó una o dos cosas a título particular, ordenándole contentarse con ellas, el testamento será válido pero el hijo tendrá derecho a pedir el suplemento (*pot demanar tant que el aia complida la falcidia*).

En Codi 6.36 se establece que si el padre que otorga testamento no instituye ni deshereda a uno de sus hijos, el testamento será nulo *enca-ra aia aquel fillz d'aco de.l paire tant cum es la falcidia en alcuna guisa*. Es decir, la Falcidia (legítima) ha de otorgarse en el testamento por institución de heredero, en caso contrario el testamento es nulo. Aparece claramente que hasta aquí Lo Codi sigue la disposición de la Novela 115.3

171. Ed. Juan Antonio ARIAS BONET, *Lo Codi en Castellano, según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional*, Madrid, 1984, pp. 20-21.

172. Las *Summae* estaban escritas por maestros y destinadas a la docencia del derecho. Constituían el material de trabajo para los que querían convertirse en juristas. Lo Codi y Partidas tenían otra finalidad: facilitar a una determinada sociedad las leyes de un monarca caracterizadas por su modernidad y por su alto grado de complitud al referirse a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Por ello era necesario rebajar la dificultad conceptual que ofrecían los textos matrices mediante la explicación y simplificación del tecnolenguaje jurídico que éstos contenían.

173. Hermann KANTOROWICZ-William BUCKLAND, *Studies in the glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, reed. con addenda et corrigenda de Peter WEIMAR, Aalen, 1969. p. 304.

y la postura que finalmente dará por buena *Acursio* en la magna glosa. Sin embargo, *Lo Codi* 6.37 impide que la regulación de la Novela 115.3 tenga una eficacia absoluta en cuanto a prohibir el otorgamiento de la legítima por legados, fideicomisos u otro tipo de disposiciones y ello con independencia de que éstas se atribuyan por testamento o sin testamento.

Mediante *Lo Codi* 6.37 la prohibición anterior queda circunscrita al supuesto de otorgarse testamento, ya que dicha ley se refiere precisamente al supuesto de disposición de bienes *mortis causa* sin testamento (aunque en el texto provenzal el epígrafe de la ley 37 es ambiguo: *en cal guisa lo paire o las altras sobeiranas personas podunt dividere las soas causas entre sos efanz*; el texto latino [ley 36] y el castellano [ley 37] ya son más explícitos: *quo modo pater et alie superiores persone possunt dividere res suas inter filio suos sine testamento*).

Se distinguen dos posibilidades de actuación igualmente ajustadas a derecho:

a) Si el padre no hace testamento según la forma del derecho romano puede ordenar y dividir sus bienes entre sus hijos, sin escritura, es decir, oralmente, aunque está obligado a dejar a todos ellos, por lo menos, la *falcidia* (legítima del 1/3 ó 1/2 de la Nov.18).

b) Si el padre o la madre realiza la división mencionada en el apartado (a) la puede también reflejar en un escrito. Entonces *...tot aco que nos avem dig val ben, se el o fai, encara non i sia aquella altra forma que es dita de sobre e.l testament*.

Lo Codi, acaso por aquel sentido pragmático al que aludíamos anteriormente, supera el formalismo que impone el derecho romano justiniano para otorgar válidamente la legítima y, correlativamente, relativiza la sanción que acarreaba su incumplimiento al establecer la validez general de las disposiciones *mortis causa* (orales o escritas) que se realicen en favor de los hijos, siempre que atribuyan a todos y cada uno de ellos la *portio debita*, que ahora es la justiniana (1/3 ó 1/2). *Lo Codi* refleja fielmente la doctrina mantenida por el discípulo de Martín (según Meijers) en su *Lectura a la Summa Institutionum*¹⁷⁴ y coincide con

174. *BIMA*, I additiones, p. 68 a) «V. In Authentico hodie parenti non licet debitam portionem liberis in testamento relinquere, nisi totam vel aliquid habeant iure institutionis, hoc quidem tunc cum intendit testamenti modo instituere, alioquin, qualitercumque ad ipsos, modo relictis, veniat, inofficiosi querelam inhibet».

la segunda postura que recogía *Akursio* en la *gl. praeterire* a Nov. 115.3¹⁷⁵.

Ciertamente, es una doctrina basada más en la equidad que en la ley romana, más en la valoración de *id quod pro iure observetur* que en el *ius aprobatum*, es decir, más en el respeto a la voluntad privada de los que otorgan y disponen por causa de su muerte que en la observancia de una voluntad pública formalizada en la ley¹⁷⁶.

Probablemente Lo Codi procuraría con esta normativa el reconocimiento de los actos de la práctica coetánea en Provenza. Si no hay testamento perfecto, pueden existir otros actos *mortis causa* válidos que impidan la apertura de la sucesión *ab intestato*.

4. LAS PARTIDAS

Hemos visto anteriormente¹⁷⁷ como, en el planteamiento de la líneas directrices del testamento inficioso y sus consecuencias, la Partidas siguen el esquema de las *Summae Codicis* o de las *Summae Institutionum* de algunos glosadores (Placentino, Rogerio, Azón...).

Sin embargo, ahora debemos examinar cómo se produce el desarrollo concreto de estos principios rectores y si puede percibirse alguna coincidencia más concreta con alguno de aquellos glosadores.

En este sentido, y después de la investigación realizada vemos que en lo referente a esta materia los redactores de las Partidas utilizaron materiales análogos a los utilizados para configurar el régimen de la compraventa que, como puso de manifiesto Arias¹⁷⁸, derivan fundamentalment de las doctrinas de Azón aunque se advierten contrastes que: o bien indican que la *Summa Codicis* de Azón no fue el único modelo utilizado, sino uno más si bien importante; o bien señalan que los redactores se sirvieron de un escrito semejante al texto de Azón, acaso unos apuntes escolares derivados de las lecciones del maestro.

175. Vide supra nota n.º 155.

176. Vide supra pp. 245 ss.

177. Vide supra p. 270.

178. José ARIAS RAMOS-Juan Antonio ARIAS BONET, «La Compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del Título 5.º de la quinta Partida», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1964-65, pp. 341-433.

Sin embargo, podemos añadir a esta perspectiva que, en cuanto al tema examinado, los redactores de las Partidas también utilizarán en algún supuesto la doctrina contraria u opuesta a la de Azón, al menos en los términos de contraste que establecerá Acursio en su magna glosa. Pero vayamos por partes y analicemos, en primer lugar las similitudes y coincidencias, para examinar, posteriormente, las discrepancias respecto a la doctrina defendida por Azón y sus posibles filiaciones ¹⁷⁹.

Partidas ed. Gregorio LÓPEZ 6, 8, 1

El fijo o el nieto del testador o alguno de los otros que descenden del, por la línea derecha que oviessen derecho de heredar le si muriesse sin testamento, si lo hubiesen deseredado a tuerto e sin razon: puede fazer querella.

Ley II

... si aquel que fuesse establescido por heredero fuesse ome de mala fama, o oviessse sydo siervo del testador, o otro quel oviessse aforrado, e despues lo establesciesse por su heredero, por falago que le fiziesse el aforrado, non lo meresciendo el nin aviendo derecha razon porque lo deviesse fazer. *Ca seyendo el heredero tal como sobredicho es, estonce bien podria el hermano querellarse ante el juez, e quebrantar el testamento en que fuesse establescido por heredero.*

AZONIS, *Summa super Codicem* (ed. 1506), 3, *De inof. test.*

Datur autem querella inofficiosi testamenti filio et nepoti et omni autem descendenti qui tempore mortis ab intestado posset succedere non obstante precedente persona.

Item et datur querella quibusdam collateralibus scilicet fratribus et consanguineis non uterinis contra testamentum fratris vel sororis si scripti heredes infamie vel turpitudinis vel levis note macula asperguntur vel si scripti sunt liberti qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis id est blandimentis vel adulationibus sive patronum assecuti instituti sunt excepto servo necessario instituto herede.

179. Utilizamos las siguientes ediciones de Partidas: ed. Meynardo Ungut, Alamo y Lançalao Polono, [*Las Siete Partidas*. Adicionales por Alfonso Díaz de Montalvo], Sevilla, 1491, reed. anastática, Valladolid, 1988; ed. Andrea de PORTONARIS, *Las Siete Partidas, glosada por el Licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555, reed. anastática, Madrid, 1974 y Ed. Real Academia de la Historia, *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia*, III, Madrid, 1807.

Ley III

... si el testador estableciesse por su heredero algun su siervo: ca este atal, maguer quiera o non, puede lo apremiar segund derecho que sea heredero. E porende lo llaman en latin heredero necessario, e maguer este atal sea ome vil, e non de buena fama por todo esso non puede el hermano querellar se, nin quebrantar el testamento...

servo necessario instituto herede...

Hic enim institutus et si turpis sit persona non repellitur ab hereditate per querellam...

Ley IV

Otrosi dezimos que si alguno que fuesse deseredado callasse e non querella se fasta cinco años, despues que el heredero oviessse entrado en la heredad del testador, que de los cinco años en adelante non se podria querellar...

Item temporis cursus excludit querellam ut si tacuerit quis quinquenio quod computatur ab hereditate adita...

Ley VI

En cualquier manera que otorgasse o consentiesse el fijo, o el nieto en el testamento en que le oviessen desheredado, *assi como si le oviessen dexado manda enel o a su fijo o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse o si el fuesse abogado, o personero en defendiendo el testamento, o alguna delas mandas que fuessen enel escritas*, o consentiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas non podria despues querellarse, para quebrantar el testamento, nin deve ser oydo.

Item repellitur quis a querella si agnovit voluntatem testatoris puta *prestando advocationem pro his qui agunt ex testamento vel procuracionem pro his suscipiendo vel agnoscendo quod sibi vel persone subiecte potestati sue relictum est cum id alii non subministraverit amplius...*

Como podemos comprobar no se trata de una traducción literal al castellano del texto latino de Azón, sino de una expresión en castellano de la doctrina azoniana con construcciones gramaticales muy parecidas, en algunos pasajes, a las utilizada en latín por Azón. Aunque muchas veces se mantiene el orden de exposición de las ideas de Azón, en otros caso se altera aunque se mantenga incluso la construcción.

Otro aspecto ofrece el de la terminología empleada. En este sentido, podemos apreciar como toda una serie de términos del derecho romano son expresados a través de abreviaciones, paráfrasis (con indicación de la equivalencia al término de derecho romano en algunas ocasiones), términos vulgares o más sencillos, etc... Así, por ejemplo, lo constatamos en la tabla de equivalencias siguiente:

<i>AZON, 3, De inof. test.</i>	<i>Partidas 6,8</i>
querela inofficiosi testamenti	= querella (P.6.8.1).
successio ab intestato	= derecho de heredarle si muriese sin testamento (P.6.8.1).
libertus	= oviesse sido siervo del testador o otro que el oviesse aforrado (P.6.8.2).
patronus	= testador (P.6.8.2).
heres necessarius	= estableciesse por su heredero algun siervo (P.6.8.3).
aditio hereditatis	= el heredero oviesse entrado en la heredad del testador (P.6.8.4).
agnoscer voluntatem testatoris	= cualquier manera que otorgasse o consentiesse... en el testamento... (P.6.8.6).
agere ex testamento	= defendiendo el testamento (P.6.8.6.).

Como podemos comprobar, esta caída de estilo en cuanto a la terminología jurídica empleada y a la precisión de los conceptos es la tónica general en todo el título octavo de la sexta Partida, siquiera podamos explicarla por la naturaleza y finalidad diversa de las obras comparadas ¹⁸⁰.

Su explicación podría derivar, como señala el profesor Petit para un problema parecido que ofrece el Ordenamiento de Montalvo, de la misma historia de la recepción del *ius commune* en Castilla, mucho más intensa en el siglo XV que a mediados del XIII. En este último siglo la terminología jurídica se distanciaría más de la latina para facilitar la penetración de las categorías jurídicas del derecho romano que ahora podrán construirse, comprenderse y utilizarse, en su caso, con los vocablos castellanos habituales ¹⁸¹. Esta es la explicación que propone el profesor

180. Vide supra p. 302.

181. Cfr. ed. Ivy A. CORFIS e introd. Carlos PETIT, *Text and Concordance of the Ordenanzas Reales I-1338*, Biblioteca Nacional, Madrid, Madison, 1990, pp. 1-22.

Vallejo para aquellos supuestos en que manteniéndose el concepto se alteran los vocablos de la terminología jurídica romana¹⁸². No obstante, debemos recordar que ya de por sí toda traducción encierra una cierta traición al significado original y que ello se verá aumentado e intensificado cuando el término que se traduce no tiene su equivalente en la lengua traducida, porque no existe o porque el equivalente tiene un significado diferente. Estimo más adecuado afirmar que nos encontramos ante una manifestación más de aquel fenómeno de utilización y deformación del derecho romano-canónico en función de las propias necesidades y experiencias, si bien con la conciencia de estar elaborando un derecho propio más que recibiendo uno de ajeno a través de abrir una vía a su permeabilidad. Se trata de un fenómeno de evolución autónoma del derecho romano en Castilla y no de la asimilación pasiva de un derecho foráneo que se filtra.

Si para los redactores de las Partidas prevalecía el criterio metodológico de flexibilizar y adaptar los conceptos jurídicos romanos a una nueva política legislativa del monarca castellano, más que el de definirlos con la mayor rigurosidad en la lengua castellana, si ello es así, debemos sacar como consecuencia que no es importante realizar una traducción literal de los textos latinos de los glosadores, ya que éstos se movían en el plano teórico del derecho (que dominaban con mucha perfección gracias al conocimiento del tecnolenguaje jurídico aprendido en las Universidades y Estudios), mientras que las Partidas iban dirigidas a la mayor cantidad posible de súbditos de Alfonso X cuyo vocabulario habitual era reducido y no técnico, iban dirigidas a una sociedad castellana que Alfonso quería unificar, modernizar y dirigir absolutamente por medio del derecho.

¿Qué postura siguen las Partidas respecto a la naturaleza del testamento inoficioso?

182. Jesús VALLEJO, «La regulación del proceso en el Fuero Real: Desarrollo, precedentes y problemas, en *AHDE*, 55, 1985, p. 648. Ilustra su crítica a la postura que sostiene un valor transaccional entre las fórmulas derivadas del derecho romano y las procedentes del derecho municipal afirmando para el Fuero Real —y al menos en lo relativo a sus leyes procesales— que lo decisivo son los significados y no los significantes: «¿Qué importancia tiene, para lo que ahora examinamos, que a las excepciones perentorias se les llame *defensiones que rematan todo el pleyto*, a las dilatorias *defensiones que no rematan la demanda, mas prolongan el juicio*, y a la sentencia interlocutoria *juicio afinado*?

La inoficiosidad es una causa de anulabilidad del testamento que hace surgir el derecho de presentar una querrela delante del Juez, dirigida a obtener la anulación del testamento (P.6.8.1) ¹⁸³.

El testamento inoficioso por injusta desheredación no concede al pariente perjudicado una acción de petición de herencia sino simplemente una querrela que excita la actuación del Juez, el cual, por razón de su oficio, tiene la potestad de oír la querrela, citar al heredero instituido, examinar el pleito y resolver la anulación o no del testamento. Sólo si el Juez resuelve en un juicio contradictorio iniciado con la demanda del querellante y en el que se emplaza al heredero instituido, que la causa de ingratitud aducida por el testador para desheredar a su pariente, y no probada por el mencionado heredero escrito, fue injusta o que existió preterición del querellante (tal como interpreta Gregorio López al remitir en este punto a P.6.7.10, que trata de la preterición) ¹⁸⁴, sólo en estos casos, se insiste, el Juez podrá mandar entregar al querellante la herencia, después de declarar la invalidez del testamento.

No obstante, existe una contradicción no resuelta o, tal vez, una doble posibilidad para el preterido, ya que, en este supuesto, P.6.8.1 establece, más adelante, que no se podrá anular el testamento que contenga preterición del heredero forzoso porque tal testamento es nulo (non vale nin es nada). Como que es nulo, no se puede anular y debe entregarse la herencia al preterido. Además, la anulación *ex sententia judicis*, si es firme, (por no apelarse la sentencia o por confirmarse en segunda instancia), provoca la pérdida de la herencia para el heredero escrito. La anulación sólo afecta a la institución de heredero, ya que las otras disposiciones se mantienen (P.6.8.7).

Este doble tratamiento de la preterición deriva de considerar que el pronombre personal «él» (=del=d.él) tiene como antecedente a *El fijo o el nieto del testador o... que fue desheredado a tuerto*. Sin embargo, la puntuación y variantes que ofrece este pasaje —si comparamos las ediciones de 1491 (adicionada por Alonso Díaz de Montalvo), con la de Gregorio López y la de la Real Academia— permite colegir que el antecedente del pronombre «él» es «tuerto» ¹⁸⁵.

183. Vide supra pp. 270 y 266-267.

184. Gl. *mención del a* P.6.8.1.

185. Ed. Real Academia de la Historia, *Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia*, III, Madrid, 1807.

Partidas 6, 8, 1

Ed. 1491

El fijo o el nieto del testador o alguno de los otros que descendiesen por linea derecha del que oviesen derecho de heredar le si muriese sin testamento si lo oviesen deseredado atuerto sin razon... e el juez deve oyr-su quèrella e fazer enplazar al que es estableçido por heredero en el testamento de su padre e si fallare que fue deseredado atuerto o que en el testamento no fue fecho mençion del deve el iudgar que tal testamento no vala e mandar entregar la herencia al fijo o al nieto que se querello.

Ed. de Gregorio LÓPEZ

El fijo o el nieto del testador o alguno de los otros que descenden del, por la linea derecha que oviessen derecho de heredar le si muriese sin testamento, si lo oviessen deseredado a tuerto e sin razon... e el juez deve oyr su querella, e fazer emplazar al que es *establescido* por heredero en el testamento de su padre, e si fallare que fue deseredado a tuerto, o que en el testamento non fue fecha mençion del: deve el iudgar que tal testamento non vale e mandar entregar la herencia al fijo, o al nieto, que se *querello*.

Ed. R. ACADEMIA DE LA HISTORIA

El fijo ó el nieto del testador ó alguno de los otros que descendiesen dél por la liña derecha que hobiese derecho de heredarle si moriese sin testamento, sil hobiese desheredado á tuerto et sin razon... et el juez debe oir su querella et facer emplazar al que es escrito por heredero en el testamento de su padre; et si fallare que fue desheredado á tuerto, ó que en el testamento non fue fecha mençion *dél*, debe iudgar que tal testamento non vala et mandar entregar la herencia al fijo ó al nieto que se *querella en tal manera*.

Si admitimos esta interpretación la regulación de P. 6.8.1 sería mucho más coherente ya que la sanción atribuida a la preterición sería exclusivamente la de nulidad *ipso iure* mientras que el supuesto de desheredación vendría representado por dos situaciones diferentes: desheredar a tuerto (es decir, con inserción de una causa no justificada) y desheredar sin razón (es decir, sin inserción de causa). Sólo en el supuesto de que el excluido se querellase «*en tal manera*» se pronunciará la sentencia de anulación del testamento, pero no en caso de preterición en que tal testamento es ya nulo *ipso iure*. La lectura que ofrece la edición de la Real Academia sería, en esta ley, la más correcta desde el punto de vista lógico y sistemático. De todas formas a este problema sólo podremos darle una respuesta más certera cuando dispongamos de la necesaria edición crítica de las Partidas.

La querella debe presentarse ante el Juez para que éste, con su sentencia anule el testamento, por consiguiente se reconoce implícitamente

te que la querella no reposa sobre una acción de impugnación ni de petición de la herencia, sino en los deberes que derivan del *officium iudicis*.

Como podemos apreciar, esta doctrina es la que sostuvo aquel grupo de glosadores que desde Búlgaro discurre hasta la magna glosa a través de juristas de tal renombre como Juan Basiano o Azón¹⁸⁶.

Si la interpretación correcta del pasaje referido fuera la primera (*El hijo o el nieto del testador es el antecedente*), nos encontraríamos ante una doctrina que permite la subsistencia de la querella en caso de preterición pero que, al mismo tiempo, establece la imposibilidad de anularlo porque es nulo de pleno derecho. Estaríamos delante de una versión de la doctrina que, en este punto, sostenía Wilhelmus¹⁸⁷.

Si la interpretación correcta del mencionado pasaje fuera la segunda, nos encontraríamos con una doctrina que postula la anulación del testamento en el que la desheredación se realiza sin inserción de causa, tal como hemos dicho anteriormente. Por las razones de tipo filológico que apuntábamos estimamos que este es el verdadero sentido de P.6.8.1, aunque nuestra hipótesis no queda fortalecida por el hecho de que tal postura sea también la que sostiene Azón, cuya doctrina está presente en la atmósfera donde se ha desarrollado este título de las Partidas. En efecto Azón se remite a la Novela 115 al señalar que: *ipso iure non tenet testamentum non expresa causa exhereditationis vel preteritionis in testamento*. En consecuencia, se trataría de una variación introducida por los redactores de las Partidas para ampliar las competencias de los jueces en materia de anulación de los testamentos.

Sin embargo, fuera de este extremo —que aparece de una forma problemática por la misma redacción textual que presentan las ediciones— la doctrina que siguen las Partidas es la de la tradición bulgariana en su versión azoniana de la *Summa super Codicem*, la cual se constituye como posible fuente inspiradora de la estructura y de la mayoría de conceptos jurídicos que contiene P.6.8¹⁸⁸.

En cuanto a la segunda disensión de los glosadores, es decir, *Quo titulo portio legitima relinqui debeat?*¹⁸⁹ ¿cuál es la postura de las Partidas?

186. Vide supra pp. 289-293.

187. Vide supra p. 290.

188. Tal como ya fue detectado, en parte, por Gregorio López en la glosa a las Partidas. Al respecto, vide: gl. *Que oviessse derecho de heredar* a P. 6.8.1; gl. *Partiesse* a P. 6.8.5 y gl. *lo quebrantasse* a P. 6.8.7.

189. Vide supra pp. 293 ss.

La respuesta nos viene suministrada por P.6.8.5. Esta ley distingue dos supuestos: el primero es aquel en que el padre otorga testamento y en el segundo se contempla la hipótesis en que el padre no otorga testamento pero divide su patrimonio entre sus hijos, otorgando codicilo o algún tipo de escritura que pruebe su voluntad.

El planteamiento de P. 6.8.5 se aparta totalmente de la doctrina de Azón y encuentra su posible filiación en la segunda postura que recogía la glosa *praeterire* a Novela 115,3 de la que hemos hablado anteriormente ¹⁹⁰. Con ello encontramos una coincidencia de la doctrina Martiniana con las Partidas. Los redactores de éstas pudieron conocer aquélla a través de una de sus versiones. Nos interesará averiguar si existe algún texto que circule en esta época en la Corona de Castilla y que reverbere, de algún modo, estas teorías jurídicas.

Si el padre otorga testamento, debe otorgar toda la legítima o parte de ella al heredero forzoso a título de heredero. Si dejase la legítima a título de legado (manda), el legitimario podría presentar la querella para anular el testamento, si bien, en caso de recibir el legitimario el legado sin protestar, se enervaría la querella. Siempre que el padre dejará a su hijo una parte de la legítima en concepto de heredero, éste tendrá derecho a pedir el suplemento.

Como vemos, se trata de la normativa derivada de la Novela 115.3 cuyo ámbito de aplicación se ciñe únicamente al supuesto de otorgarse testamento.

Si el padre no otorga testamento pero dispone de sus bienes en favor de sus hijos por actos *mortis causa* como el codicilo o por otras escrituras en las que expresa su voluntad y aunque esta disposición no se realice a título de heredero, no procederá la querella para anular la mencionada escritura.

También es este supuesto nos encontramos con problemas derivados de la inexistencia de una edición crítica de las Partidas. No sabemos cuál es el texto correcto, ni si se ha producido alguna manipulación y, en este último supuesto, tampoco podemos determinar cuándo ¹⁹¹.

190. Vide supra p. 297.

191. Problema que ya fue puesto de manifiesto en su día por Clavero y que constituye, ciertamente, un condicionante de todo trabajo que valore en un sentido u otro los testimonios que ofrecen las Partidas. Al respecto vide: Bartolomé CLAVERO, «Behetría 1255-1356: Crisis de una institución de señorío y de la formación de un derecho regional en Castilla», en *AHDE*, 44, 1974, p. 247, n.º 62.

Las ediciones de Alonso Diez de Montalvo y de Gregorio López se refieren al codicilo y a las otras escrituras con el término «testamento». En este contexto testamento tendría un significado genérico, acaso vinculado al que tenía en Castilla y León a partir del siglo XI, como ha estudiado el profesor Arvizu, es decir, un testamento vinculado al derecho municipal y a los fueros¹⁹². Abona esta interpretación el hecho de que en la edición de las Partidas de la Real Academia de la Historia (1807) este término testamento no aparece, sino que ocupa su lugar el de «escritura»:

Partidas 6, 8, 5

Ed. 1491

... pero si el padre no fiziese testamento y partiese lo que oviese entre sus fijos faziendo coldixillo o alguna escriptura en que mostrase su voluntad. magner en tal escriptura no depase al fijo aquella parte que le mandava commo heredero por todo eso no se podria querellar para quebrantar aquel testamento.

Ed. Gregorio LÓPEZ

... Pero si el padre non fiziesse testamento, e partiesse lo que oviesse entre sus fijos, faziendo codicilo, o alguna escriptura, en que mostrasse su voluntad: maguer en tal escriptura non dexasse al fijo, aquella parte que le mandava *como heredero*, por todo esso non se podria querellar para quebrantar aquel *testamento*...

Ed. R. ACADEMIA DE LA HISTORIA

... pero si el padre non ficiese testamento et partiese lo que hobiese entre sus fijos, faziendo cobdicillo ó alguna escriptura en que mostrase su voluntát, maguer en tal escriptura non dexase al fijo aquella parte quel mandaba, por todo eso non se podrie querellar para quebrantar aquella *escriptura*.

De todas formas, como podemos apreciar, en la edición de la Academia se omite el inciso «como heredero», con lo cual la norma pierde sentido aunque bajo el nombre común de escrituras se englobe a los codicilos y a otras escrituras que no son testamentos.

192. Cfr. Fernando de ARVIZU y GALARRAGA, *La disposición «mortis causa» en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, p. 132: «Sin embargo del ovido del testamento, existen miles de documentos bajo la rúbrica de *testamentum* o *charta testamenti*. En ellos no se contienen actos unilaterales revocables y que surten efecto después de la muerte del testador . . . *Testamentum*. . . de ser una figura delimitada por unos rasgos típicos, pasa a ser *un instrumento del Derecho una categoría genérica*, de la que un derecho imperfecto se vale para producir efectos jurídicos estables».

Se trata de documentos de la práctica que ahora serán revalidados por las Partidas impidiendo que la exigencia formal de disponer la legítima por título hereditario se alce como un obstáculo infranqueable para su eficacia jurídica, si se permitiera por la nueva regulación demandar su anulación, cuando no se observara la mencionada formalidad.

La inseguridad jurídica que ello crearía explica, por motivos de prudencia, esta concesión a la práctica en perjuicio de la coherencia teórica de la regulación del derecho sucesorio justiniano.

Tanto si se trata de «escrituras» como si trata de un «testamento», el término alude a disposiciones *mortis causa* que no son testamentos perfectos según el derecho romano (por ejemplo un codicilo), aunque puedan considerarse testamentos por los ordenamientos jurídicos municipales y según el fuero del lugar. Abona esta interpretación un argumento *a posteriori* como el que viene representado por la adición que se realiza al título 34 del Pseudo Ordenamiento de Alcalá¹⁹³ donde, transcribiéndose casi literalmente P.6.7.2. , se matiza el significado de su inciso final añadiendo al término «testamento» el sintagma «segunt fuero»¹⁹⁴:

Pseudo Ordenamiento de Alcalá. P. 6, 7, 2. (ed. Gregorio LÓPEZ)
Título 34

... Et puede establecer a otro extraño e heredara todos los bienes maguer non quieran estos parientes a tales aunque el testador non feziere mención dellos en el *testamento segunto fuero*.

... E puede a otro extraño establecer por su heredero, e heredera todos sus bienes, maguer non quieran estos parientes a tales, e aun que el testador non fiziesse mención dellos en su testamento.

También refuerza esa hipótesis el hecho de que en la magna glosa Acursio sólo acepta esta doctrina en el supuesto de que no se otorgue testamento solemne, sino codicilo, es decir, no la extiende a otros supuestos de la práctica no contemplados por el derecho romano que se teoriza.

¹⁹³. Ed. José URLANDIS, «El pseudo Ordenamiento de Alcalá», en *AHDE*, 17, 1946, pp. 683-711.

¹⁹⁴. *Ibidem*, pp. 704-705.

Si se trata, por consiguiente, de una concesión a la práctica derivada de una doctrina martiniana, este planteamiento deberá aparecer también en otra obra que no milite contra las doctrinas de Martín y que esté pensada no principalmente como especulación teórica sobre el derecho sino, sobre todo, con una finalidad pragmática. Con este perfil es fácil identificar esta obra que no es otra que Lo Codi, el cual, como sabemos ¹⁹⁵, fue traducido al castellano mediante una versión cuyo arquetipo o modelo originario se ha perdido, pero conservamos dos manuscritos que derivan de él, sin ningún género de dudas ¹⁹⁶, ambos del siglo XIV, los cuales han servido como base para la edición del texto que publicó Arias Bonet en 1984. Según este autor, no es posible precisar la fecha del modelo originario, aunque no es presumible, por motivos lingüísticos, que la traducción se realizara en el mismo siglo XIV, como señalaba Ureña, sino que más bien es verosímil que se realizara con anterioridad en una fecha difícil de precisar ¹⁹⁷.

Lo Codi que estaría influido por la *Summa Trecensis*, aunque, como indica Gouron, mediante su versión primitiva, se situaría bajo una influencia básicamente irneriana, ya que tan sólo a partir de la segunda redacción de la *Summa Trecensis*, Geraud incorporaría las aportaciones doctrinales post irnerianas ¹⁹⁸.

Lo Codi 3.13.1 establece que si el padre, en su testamento, ha preterido a un hijo o lo ha desheredado sin insertar la causa de la desheredación, dicho testamento es nulo (no vale) y los hijos deben dividirse, en partes iguales, la herencia del difunto, puesto que tienen el título de herederos *ab intestado*, sin que se mencione la necesaria intervención del juez. Hasta aquí nos encontramos con una doctrina común, por genérica, a todos los glosadores que hemos examinado anteriormente. También en el inciso final de Lo Codi 3.13.1 aparece planteado el supuesto de hecho sobre el que se proyecta la disensión entre los glosadores (petición de herencia útil/nulidad del testamento contra querrela/anulabili-

195. Vide supra pp. 301-302.

196. Ed. Juan Antonio ARIAS BONET, *Lo Codi en Castellano, según los manuscritos 6416 y 10816 de la Biblioteca Nacional*, Madrid, 1984, pp. 24-27.

197. *Ibidem*, p. 39, n.º 39.

198. Cfr. André GOURON, «La science juridique française aux XI^e et XII^e siècles: Diffusion du droit de Justinien et influences canoniques jusqu'à Gratien», en *IRMA*, París I. 4d-Pars I. 4e, Milan, 1978, reed. en *Etudes sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*, II, London, 1987, II, p. 93 y supra nota .º 170 y nota n.º 116.

dad del testamento) sin que Lo Codi tome partido definido por no desarrollarlo en todas sus consecuencias: *...si el a fait aizo, valra sos testamentz, si aquella persona a cui el laisset la honor dira per num per que lo morz deseretet son fill e sobro aizo o provara, si n'es doptanza*. Es decir, en el supuesto de que exista duda (sin expresar si se plantea por una querrela o por otro tipo de reclamación judicial o extrajudicial) el testamento (escrito o no escrito) será válido si el heredero instituido declara nominalmente la razón de la desheredación del hijo y lo prueba. Lo que no prevee Lo Codi son las consecuencias jurídicas derivadas de no declarar formalmente las causas de desheredación (oralmente o por escrito) y/o no probarlas, que es donde radica el núcleo de las disensiones doctrinales.

Como hemos analizado en el apartado anterior ¹⁹⁹, en Lo Codi 6.37 se contemplan los supuestos en que los padres o ascendientes *non fazen testamento segund aquella forma que dicha de suso...* pero otorgan válidamente actos *mortis causa* de disposición de bienes, en los que se atribuye la legítima a los hijos, naturalmente por otro título que el hereditario, y ya sea por escrito ya oralmente.

Estimamos plausible que donde las Partidas encuentran en este punto su inspiración sea: parte en la tradición martiniana reflejada en la *Lectura* a la *Summa Institutionum* de un discípulo de Martín y recogida en la segunda postura de la glosa *praeterire* a la Novela 115.3 de Acursio ²⁰⁰ y parte en Lo Codi, en su redacción original o en su versión castellana que, de forma verosímil, bien pudieron conocer y utilizar los redactores de las Partidas. Recordemos al respecto que, entre ellos, se encuentra Fernando Martínez, Arcediano de Zamora y Obispo electo de Oviedo, y tengamos en cuenta la posibilidad, apuntada por Arias, de que la versión castellana de Lo Codi surgiera en algún lugar de la región del Duero ²⁰¹, en base a la cita de lugares, pues en la versión cas-

199. Vide supra p. 303.

200. Vide supra pp. 297 ss.

201. Asimismo, y en este sentido: Antonio PÉREZ MARTÍN, «El estudio de la recepción del Derecho Común en España», en *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas Técnicas de Investigación*, Bellaterra, 1985, p. 270, quién refiriéndose a Lo Codi señala: «Parece ser que la traducción (al castellano) se llevó a cabo y se utilizó primordialmente en la región de Zamora-Valladolid-Burgos. Debió tener gran influencia en los primeros momentos de la Recepción, cayendo después en el olvido al ser superada con creces por la obra alfonsina».

tellana Montpellier cede precisamente su lugar a Zamora²⁰² como Saint-Geli lo hace respecto a Benavente²⁰³. Aunque también podríamos, en base al mismo criterio, ampliar esta zona hasta el reino de Toledo si aceptamos que la sustitución de Tolosa por Toledo que realiza el Ms. 10816 de la BN no es un error de transcripción sino que se realizó intencionalmente²⁰⁴.

Aunque esta última constitución explicativa esté elaborada sobre unos indicios ciertamente poco expresivos, lo cierto es que en la glosa *praeterire* sólo se menciona al Codicilo como contraposición al testamento solemne y que no se menciona otro tipo de escrituras como en Partidas, si bien debemos tener en cuenta —como señala Vismara²⁰⁵— que el codicilo, según la magna glosa y a diferencia del derecho romano, puede otorgarse también oralmente. Asimismo es igualmente cierto que de Lo Codi se deduce claramente la posibilidad que tiene el padre de ordenar sus bienes entre sus hijos por cualquier título y sin escritura o haciendo escrito, en contraposición a los testamentos otorgados en forma. La única condición que se les impone a los padres, en este caso, es que: «*sol que non dexe a ninguno d'ellos menos de la falcidia, diz que cada uno d'ello debe Aver la terçia parte d'aguello que'l pertenesçeria si su padre o u madre de la qual eredat es en pleyto muriesden sin testamento si los hijos non som mas de quatro e Si ellos son mas...*»²⁰⁶. Como podemos observar, se impone la obligación de dejarles la legítima a los hijos, pero no se impone la de hacerlo a título de heredero, sino que expresamente se recuerda que «*E todo aguello que no avemos dicho val bien si él lo faz aunque non sea aquella otra forma que es dicha de suso en los testamentos*»²⁰⁷.

En las Partidas, finalmente, se menciona al codicilo o a alguna escritura del padre, como instrumentos divisorios, para reflejar la posibi-

202. Por ejemplo en *Lo Codi* 4.70.15 (ed. ARIAS, vide supra nota n.º 197): «... asi como si yo devia ir a Çamora e yo fui priso en la carrera o mori».

203. Cfr. *Lo Codi* 4.67.1 (ed. ARIAS, vide supra nota n.º 197): «Si algun ome vende un siervo por tal pleyto que el sea echado de alguna villa assi como Benabente...».

204. Cfr. *Lo Codi* 6.93.4 y n.º 357 (ed. ARIAS, vide supra nota n.º 197).

205. Giulio VISMARA, «Le successioni ereditarie», en *Scritti di storia giuridica*, 6, Milano, 1989, p. 442.

206. *Lo Codi*, 6.37.1, p. 289 (ed. ARIAS, vide supra nota n.º 197).

207. *Ibidem*, 6.37.3, p. 290.

lidad de realizar la partición del patrimonio entre sus hijos por medios diversos al testamentario. La similitud con la regulación de Lo Codi es notoria.

5. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES

1. En el planteamiento que formulamos al inicio de este trabajo señalábamos como un objetivo del mismo el de aportar nuevos datos y conocimientos para contribuir a la resolución del problema concerniente a la identificación de las fuentes de las Partidas, centrando nuestro estudio en alguna de las cuestiones que giran en torno a la sucesión legítima contra el testamento tal como está recogido en el mencionado Código. Creemos que si logramos determinar las coincidencias doctrinales de las Partidas con las que sostienen determinados glosadores, habremos alcanzado nuestro objetivo de avanzar en el estudio e identificación de los influjos recibidos por los redactores del Libro de las Leyes de Alfonso el Sabio.

Por ello hemos de advertir el diverso grado de probabilidad o certeza con el que operamos. Mientras que a nivel de teoría jurídica sostenida por un autor, conocido o anónimo, podremos llegar a determinar, con certeza y en relación con otro, su grado mayor o menor de coincidencia, discrepancia o divergencia, siempre nos moveremos a nivel de hipótesis, más o menos probables, en cuanto a establecer la existencia de un influjo entre las Partidas y otras obras, es decir, en cuanto a afirmar con certeza absoluta que una determinada obra influyó sobre la regulación del testamento inoficioso en las Partidas. Sin embargo, procuraremos mencionar aquellas circunstancias que favorezcan, faciliten o impidan la existencia de tales influjos.

2. Dentro del contexto de una monarquía que se afirma sobre una sociedad en expansión territorial y en auge económico, urbano y cultural, las Partidas representan un instrumento conformador de toda esta realidad a través de unas pautas de unificación, modernización y creación regia del derecho elaboradas por quien —examinado el debate historiográfico al respecto— estimamos como su muy probable autor, Alfonso X. Este monarca despliega una política legislativa de la que el Libro de las Leyes es el exponente máximo. Las Partidas, con esta fi-

nalidad, sintonizan con las doctrinas del derecho común en materia sucesoria, lo que supone proclamar la validez del principio de libertad de testar y, al mismo tiempo, del instrumento que la permite: el testamento romano con institución de heredero. Ello se proyecta sobre una situación anterior en la que el testamento romano de tradición visigoda había desaparecido y, en su lugar y dentro de un régimen general de sucesión forzosa, aparecían a partir del siglo XI diversos instrumentos de disposición de bienes *mortis causa* de ámbito especial.

3. La libertad de testar reconocida en las Partidas encontraba su contrapunto en el derecho de ciertos parientes a obtener la *portio debita* o legítima (1/3 ó 1/2) de los bienes del difunto. Sin embargo, este último derecho no era absoluto sino que estaba limitado por la facultad de desheredar atribuida al testador en determinados supuestos. Pero tampoco el derecho de desheredar era absoluto ya que, siguiendo al derecho romano, sólo se permitía por causas taxativamente determinadas y probadas.

4. En Partidas, se recupera el concepto de testamento inoficioso del derecho romano-justiniano aunque de una forma parcial e incompleta, en cuanto que no se le dota del mismo significado jurídico que este derecho le atribuía. Sólo el testamento que contenga una desheredación injusta, por no insertarse o no probarse la causa de desheredación, o que no atribuya los bienes otorgados en concepto de legítima por título hereditario, podrá ser calificado de inoficioso ya que en ambos casos se provoca el nacimiento de la querella que se concibe como una vía para anular (quebrantar) el testamento, en defensa del pariente excluido. El testamento que contiene preterición de los herederos forzosos es nulo de pleno derecho (*non vale: nin es nada*) de manera que si no tiene entidad, tampoco puede tener cualidad.

5. La naturaleza jurídica de la querella y el título por el cual debe atribuirse la legítima son dos cuestiones controvertidas por los glosadores en esta materia que se reflejan en los escritos sobre las Dissensiones *dominorum*. La primera es una discusión que encuentra su razón de ser en la incomprensión histórica del derecho romano por parte de los glosadores, que se afanan por sistematizar elementos antagónicos. La segunda disensión, sobre una cuestión aparentemente formal derivada de una reforma introducida por la Novela 115.3 de Justiniano tiene una parte oculta preñada de implicaciones prácticas. en cuanto incide directa-

mente sobre una tradición anterior basada en un mundo de negocios jurídicos *mortis causa* heterogéneos, ajenos a los principios romanos de amplia libertad de testar.

6. Por los estudios de Di Lella sabemos que la acción de inoficiosidad surgió por obra del tribunal centumviral que permitió a quien se sentía injustamente excluido de la herencia participar en un concurso de méritos con los herederos instituidos. Este concurso se resolvía a través de un juicio comparativo basado, a su vez, en criterios de equidad derivados de las nuevas exigencias sociales de Roma que propugnaban la conversión del deber moral de estimación y benevolencia para con los parientes de sangre en un deber jurídico. El éxito de esta acción planteada en un juicio de naturaleza petitoria de la herencia determinaba la adquisición de los bienes para el reclamante que también adquiriría la condición de heredero sin que el testamento se anulara.

7. Cuando se fijó el nuevo orden sucesorio *ab intestato* que protegía a los consanguíneos fue cuando la impugnación de inoficiosidad adquirió una autonomía propia y surge la querrela como vía de anulación del testamento preordenada a la apertura de la sucesión *ab intestato*. La protección de la familia de sangre estaba ya plenamente formalizada.

8. Esta doble configuración histórica de la acción de inoficiosidad, reflejada en la compilación justiniana junto con las reformas introducidas por Justiniano a través de sus Constituciones y Novelas, es el diseño que reciben los glosadores del testamento inoficioso y de sus consecuencias. Imerio y los primeros glosadores pudieron modificar el sentido de la compilación justiniana mediante la introducción en el Código y en las Instituciones de algunas Auténticas que derivaban, en último término, de las Novelas. Los glosadores eran conscientes de la diferencia entre el *ius vetus* (clásico y postclásico) y el *novum/novissimum* (justiniano), pero no conocían el proceso de formación del *ius vetus*. En su labor de modificar el *ius vetus* con las Auténticas introdujeron nuevo derecho al no ser fieles en su trabajo armonizador a las Novelas. Por ello no ha de extrañar que dos Auténticas, una recogida por Acurcio (auténtica *ex causa* a C.6.28.4) y otra extravagante a la vulgata (auténtica *Hodie non licet* a C.3.28.[4]) se encuentren en la base de las controversias.

9. Las *Summae* son el género de los glosadores más acabado de carácter didascalico en cuanto sistematiza por materias los conceptos

alambicados fatigosamente por las diferentes escuelas, siguiendo el orden del Código, Instituciones o Novelas. Seleccionando como más representativas de entre las dos principales doctrinas (Bulgariana y Martiniana) a las *Summae* de Azón y de Placentino, respectivamente, vemos que su urdimbre conceptual en lo relativo al testamento inoficioso es parecida:

1. Definición del testamento inoficioso y su relación con la Querella.
2. Nacimiento de la querella.
3. Extinción de la querella.
4. Sujetos (activo y pasivo) de la querella.
5. Efectos.

Su coincidencia con la estructura conceptual que sirve de esqueleto a P.6.8 (*De como puede quebrantar el testamento, aquel que es deheredado en el a tuerto, a que dizen en latin querela inofficiosi testamenti*) es evidente, sobre todo si comparamos este sumario con el prólogo que encabeza el mencionado título octavo de Partidas. De todas formas, las Partidas introducen como novedad la materia procedimental dirigida a otorgar al Juez un protagonismo decisivo en este tema al mismo tiempo que configuran los cauces orgánicos adecuados para la aplicación efectiva de esta normativa.

10. En su contenido, las *Summae* distinguen el régimen del testamento inoficioso derivado del derecho antiguo, de las innovaciones introducidas *hodie* por las Novelas. Su argumentación doctrinal se basa en normativa derivada de toda la compilación justiniana. La terminología empleada es muy precisa y técnica. Con este instrumental conceptual la preocupación teórica se impone sobre consideraciones prácticas. Las Partidas, al igual que Lo Codi, suponen una caída de nivel terminológico y conceptual en relación a la elaboración teórica de las *Summae*, explicable por su diversa naturaleza y finalidad. En aquéllas los conceptos recibidos aparecen expuestos con mayor sencillez, sin citas, y con un lenguaje mucho menos depurado. Con todo, puede comprobarse una sintonía conceptual mayoritaria respecto a las *Summa Codicis* de Azón, aunque en algunos extremos se aparte de ella.

11. La concepción de la querella como un incidente dentro de una acción útil de petición de la herencia o su identificación con esta última comportará sostener que el testamento inoficioso es nulo *ipso iure* y por

lo tanto que el excluido puede accionar directamente la petición de herencia en cuanto que ya es heredero desde la muerte del causante. Esta doctrina de claras resonancias centumvirales se fundamenta también, como en los centumviro, en la defensa de unos criterios de equidad, aunque ahora esta equidad se identifique, por influencia canónica, con un derecho natural cristiano. Desde esta perspectiva, el Juez es el encargado de declarar la prevalencia de aquel derecho natural que obliga al deber de piedad (de piedad y merced dicen las Partidas) hacia determinados parientes (que se presumen gratos, si no hay pruebas en contra) sobre el derecho positivo que autoriza la libertad de testar e incluso la desheredación.

Esta doctrina *in nuce* se encuentra ya en Imerio y se puede seguir a través de su progresiva configuración y desarrollo en las opiniones de Martín, Hugo, Alberico, Rogerio, Placentino y en las *Questiones de iuris subtilitatibus* y en la *Summa Trecensis*. Las Partidas no siguen en absoluto este punto de vista, lo que permite excluir la influencia de todos estos glosadores en este extremo.

12. Búlgaro, Juan Basiano y Azón encarnan la tradición doctrinal que coincide con la de las Partidas en cuanto a considerar la querella como una vía procedimental para impugnar aquel testamento que, o bien no atribuye la legítima por título hereditario, o bien provoca la disconformidad del excluido que pone en tela de juicio la causa de ingratitud aducida por el testador para desheredarle. Si se comprueba lo primero o el heredero escrito no puede probar lo segundo en un juicio contradictorio, el Juez anulará el testamento *ex sententia* y se producirá la apertura de la sucesión *ab intestato* en cuanto a la herencia, de manera que el querellante se convertirá en heredero con título y el antiguo heredero escrito se convertirá en poseedor sin título, con lo cual queda expédita la acción de petición de herencia del primero contra el segundo. Sin embargo, se mantienen las otras disposiciones del testamento.

Esta es la doctrina que siguen las Partidas, siendo sus puntos de contacto muy frecuentes con la versión que ofrece Azón y que también recoge la magna glosa. Partidas ni se plantea la controversia existente entre los glosadores y ya desde el mismo encabezamiento del título octavo opta por un testamento en el cual su carácter inoficioso, es causa de su anulación y no de su nulidad, a través de la querella. Ello se refuerza, incluso, con las funciones asignadas al procedimiento y al juez (en prime-

ra instancia y en alzada) en esta materia. La querrela no es ni una acusación ni una acción, de manera que no se fundamenta en ningún derecho previo a la herencia, sino que únicamente se dirige a la impugnación del testamento. Esta doctrina —inspirada en los textos de la jurisprudencia romana que operaba ya en una segunda época, cuando la impugnación de inoficiosidad adquirió autonomía propia mediante la querrela— descansa sobre las competencias atribuidas al Juez en materia sucesoria y de interpretación discrecional de los actos privados *mortis causa* por el derecho público, e implica una penetración de éste en un ámbito hasta entonces reservado, en mayor medida, a la libre actuación de los particulares, quienes conformaban la práctica del derecho con la libre expresión de su voluntad *mortis causa*, en la medida en que el ordenamiento jurídico de la sociedad en que vivían se lo permitía o facultaba.

13. ¿Por qué título debe atribuirse la legítima?

La falta de ediciones de muchos manuscritos jurídicos de los glosadores y la falta de ediciones críticas de aquellas obras que presentan una tradición manuscrita compleja, como en el caso de la magna glosa, configuran unos límites materiales de nuestra investigación que se acentúan en este punto. El debate sobre el particular se originó, según Hugolino, a partir de la auténtica *Hodie non licet* a C.3.28 que no se ha recibido en la vulgata (*littera bononiensis*) tal como fue glosada por Acurcio. Tres posturas diferentes se decantan sobre esta cuestión que surge a raíz de la contradicción existente entre el *ius vetus* y el *ius novissimum*. La primera opta por mantener, en todo caso, la solución prevista por la Novela 115.3, es decir, siempre ha de atribuirse la legítima (íntegramente o parte de ella) por título hereditario bajo sanción de nulidad de la institución de heredero. La segunda opta por mantener la observancia del derecho antiguo y por consiguiente mantiene que se puede atribuir la legítima por cualquier título. La tercera distingue, para conciliar los dos derechos, entre el supuesto de otorgar testamento y el de disponer de los bienes por otros actos *mortis causa*. Según esta última perspectiva, la Novela 115.3 se refiere únicamente al primer supuesto, mientras que el derecho antiguo subsiste para el segundo. La magna glosa, que recoge las tres doctrinas, se pronuncia por la primera por corregir al derecho antiguo.

Existen unos autores que recogen las dos primeras posturas sin pronunciarse por ninguna de ellas (*Summa Institutionum* editada por Palmieri, *Summa Trecensis* y *Placentino*); otros glosadores se pronuncian

por la primera (Rogerio, Azón...); otros por la segunda (Irnerio) y finalmente otros por la tercera (Lectura a la *Summa Institutionum* atribuida a un discípulo de Martín por Meijers y Lo Codi).

14. Las Partidas coinciden con las directrices de la tercera doctrina señalada en el epígrafe anterior. Con ellos nos encontramos con una regulación que se aparta de la doctrina de Azón y se acerca a la de Martín y a la de lo Codi.

Lo Codi, según Gouron, recibe la influencia de la *Summa Trecentis* a través de su primera redacción de tónica irneriana.

Su versión castellana pudo ser coetánea o anterior a las Partidas, por las razones de tipo filológico apuntadas por Arias. Lo Codi 6.37 ofrece como rúbrica: *En qual guisa el padre e la madre e las otras personas soberanas pueden deveyr las sus cosas entre sus fijos sin testamento.*

P. 6.8.5 contempla un supuesto análogo: *...si el padre non fiziesse testamento, e partiesse lo que ovisse entre sus fijos, faziendo codicilo, o alguna escritura...*

En los dos supuestos, si el difunto atribuyó la legítima a sus hijos y aunque no sea por título de heredero (Partidas) o en la forma que se preceptua para el testamento (Lo Codi en relación con Lo Codi 3.13: *E cada uno deve dar la falcidia por derecho de la heredad*), el acto *mortis causa* es válido y no se puede quebrantar ni romper.

Lo Codi contempla la posibilidad de que el acto *mortis causa* no testamentario sea oral o que se refleje en un escrito. Las Partidas hablan de Escrituras y de Codicilos. Por la existencia de las analogías doctrinales que hemos podido observar constatamos una coincidencia de carácter general entre las Partidas con la doctrina martiniana, que se intensifica en cuanto a la doctrina recogida en la glosa (que acepta la validez de la atribución de la legítima por Codicilo) y con respecto a Lo Codi (que concede la misma eficacia a otras escrituras que documentan actos de disposición *mortis causa* diferentes del testamento).

Tanto en las Partidas como en Lo Codi el otorgamiento de estos actos *mortis causa* impiden la apertura de la sucesión *ab intestado* en contra de las consecuencias que Azón atribuía a los testamentos imperfectos.

15. Creemos que la doctrina de las Partidas, en cuanto a la naturaleza de la Querella puede encontrar su explicación en la tendencia de la monarquía a dotarse de un derecho público que promueva el absolutismo monárquico y su elemento interdependiente —como ha señalado

el profesor B. González ²⁰⁸— el arbitrio judicial. La querella configurada en las Partidas descansa sobre el *officium iudicis* ²⁰⁹, pero el Juez de las Partidas es el Juez regio.

El monarca, como titular de la jurisdicción suprema, podrá conocer de los pleitos derivados de testamentos u otros actos *mortis causa* que sean inoficiosos: o a través de sus jueces reales o en alzada, según se desprende de P.6.8.7. En todo caso, la jurisdicción regia es una garantía de que la voluntad de los testadores podrá ser efectiva, si no existen motivos para impugnarla. El testamento inoficioso no será *ipso iure* nulo, ni se permitirá a los parientes desheredados prescindir de la voluntad del difunto si no se prueba que esta fue injusta. Es un mecanismo regio que impide la sucesión legítima o familiar de forma automática, en caso de desheredación con inserción de causa. La sucesión en el patrimonio familiar queda al arbitrio del monarca y de su administración de justicia cuando el titular de los bienes familiares ha dispuesto *mortis causa* de ellos desheredando, sin motivo o por determinados motivos, a los legitimarios.

En cuanto a la doctrina de Partidas, que circunscribe la exigencia de atribuir la legítima por título hereditario al supuesto de otorgarse testamento y que permite su atribución por cualquier título en caso de disponerse *mortis causa* mediante codicilo u otro tipo de escritura, creemos que su explicación reside en las características del derecho castellano-leonés de la práctica durante la alta edad media cuando, en materia sucesoria, constatamos la existencia de una pluralidad heterogénea de actos *mortis causa*, entre los cuales no se encuentra el testamento romano.

Las Partidas, en su afán por renovar y modernizar el derecho castellano no pueden hacer *tabula rasa* de todo el derecho tradicional, de manera que optarían por reconducirlo gradualmente hacia la forma testamentaria, tal como estaba configurada, en sus líneas fundamentales,

208. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, «La Justicia», en *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 2, Madrid, 1988, p. 399.

209. El *officium iudicis* constituye el momento judicial en que se actúa la equidad ruda según la tradición doctrinal glosiana. Al respecto vide: Ennio CORTESE, *La Norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, 1964, p. 324 (= *Ius Nostrum. Studi e testi pubblicati dall'istituto di storia del diritto italiano dell'Università di Roma*, 6.2).

por el derecho común. Por ello, impedirían la nulidad *ipso iure* de todos estos actos jurídicos de la práctica local o municipal, siempre que atribuyan la legítima, y con independencia del título dispositivo. Al mismo tiempo, introducen el testamento de corte romano, con la institución de heredero obligatoria (en todo o en parte de la legítima) en favor de los sucesores forzosos, como acto *mortis causa* solemne que goza de la mayor protección jurisdiccional del poder regio.

Los puntos de contacto entre las doctrinas de Azón y de las Partidas sobre la naturaleza de la querrela obedecerían a análogos principios rectores que las vertebran, es decir, aquellos que pretenden la defensa de un ordenamiento jurídico fundamentado en la ley y en el poder legislativo del Príncipe.

En contrapartida, los puntos de contacto entre las doctrinas de las Partidas y de Lo Codi sobre el título por el que han de recibir la legítima los herederos forzosos derivarían de la característica común a ambas consistente en su preocupación por tener en cuenta el nivel cultural y la práctica de sus receptores, entre quienes se quiere aplicar un nuevo derecho. Si por razones cronológicas, es imposible que las Partidas influyeran sobre Azón o sobre Lo Codi, es posible y bastante probable, por todas las razones que se han expuesto anteriormente, que las mencionadas coincidencias doctrinales supusieran un influjo de estos últimos sobre las Partidas.

TOMÁS DE MONTAGUT ESTRAGUÉS

Barcelona-Santiago 1991