

EL TESTAMENTO EN LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS DEL PERIODO ADRIANEO (117-138 D. C)

Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Senadoconsulto que elimina el requisito de la coemptio para que la mujer efectúe testamento.* II. *Rescripto que considera eficaz el testamento en donde hubiera testimoniado un esclavo.* III. *Senadoconsulto en materia de causae erroris probatio.* IV. *Decreto que sana las consecuencias de un testamento realizado por un error de evaluación del testador.* V. *Testamento del militar.* VI. *Otras disposiciones testamentarias.* VII. *Testamento inoficioso, falso, ruptum.* Posibilidad del heredero de ejercitar acciones útiles en contra del legatario. VIII. *Consideraciones finales.*

I. SENADOCONSULTO QUE ELIMINA EL REQUISITO DE LA COEMPTIO PARA QUE LA MUJER EFECTÚE TESTAMENTO

Un senadoconsulto aprobado con base en la autoridad de Adriano modificó un requisito necesario, exigido por el *ius civile* para conceder a la mujer la posibilidad de hacer un testamento. La referencia se encuentra en Gayo 1.115 a:

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent. Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit.

En el pasado se recurría a la *coemptio* fiduciaria también para confeccionar un testamento (*olim-coemptio*); en efecto, entonces las mujeres no tenían el derecho de hacer testamento, exceptuando ciertas personas, de otro modo que si hubiesen hecho la *coemptio* y hubiesen sido remancipadas y manumitidas (*tunc-fuissent*). Pero por la autoridad del divino Adriano, el senado quitó esta necesidad de hacer la *coemptio* (*sed-remisit*).

Volterra¹ piensa que en edad arcaica las mujeres después de la muerte del *pater familias* no se transformaban en *sui iuris*, sino que permanecían en el grupo familiar bajo la potestad de los agnados (o a falta de ellos, de los gentiles) continuando a ser *filiaefamilias*. Posteriormente, dejando de ser tan radicados los vínculos agnaticios y gentilicios, se admite que también las mujeres *filiaefamilias* se convirtieran en *sui iuris* después de la muerte del *paterfamilias* y, por lo tanto, aquello que antiguamente había sido una verdadera y propia potestad familiar será considerada como una tutela legítima o testamentaria. La presente tesis podría explicar la razón por la que las mujeres debían efectuar una *coemptio* fiduciaria antes de efectuar el testamento: la mujer habría debido salir de la potestad del agnato, y por ello se habría debido desarrollar el formalismo requerido que consista en efectuar una *coemptio* con la autoridad de su tutor, después volverse a emancipar por el *coemptionator* y manumitirse con la *vindicta*, obteniendo así un nuevo tutor que se llamará fiduciario.²

No podemos sostener que la tesis de Volterra sea efectivamente correcta por la falta de fuentes correspondientes al periodo arcaico,³ no obstante su explicación logra clarificar la necesidad de efectuar

¹ E. Volterra, *Sulla capacità delle donne a far testamento* en *BIDR*, 48, 1941, 74 ss. Críticas a la presente tesis fueron efectuadas por P. Zannini, *Studi sulla tutela mulierum. Profili funzionali*, 1, Torino, 1979, 168 ss.

² Gayo 1.115. *Quod est tale (coemptio fiduciaria): si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit*. Esta es tal (*coemptio* fiduciaria); si alguna quiera destituir los tutores que tiene y conseguir otro, con la autoridad de aquellos hace la *coemptio*, después remancipada por el *coemptionator*, al que la misma quiera y manumitida con la *vindicta* por éste comienza a tener como tutor a él por el que fue manumitida; este tutor es llamado fiduciario, como aparecerá abajo.

³ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 169 afirma, sin citar a Volterra: "per l'età arcaica è stato sostenuto che -a differenza dei figli maschi- la donna non sarebbe mai uscita da una vera e propria *potestas* degli agnati, che si sostituiva alla *patria potestas*, e che la *tutela mulierum* sarebbe una figura relativamente recente, in cui s'era

una *coemptio* fiduciaria como requisito necesario para conceder a la mujer la facultad de realizar un testamento. Según nuestra opinión, la necesidad de la *coemptio* fiduciaria tenía razones históricas: en el periodo arcaico se utilizaba tal porque la forma oral era fundamental para efectuar un testamento mientras que en edad clásica era la escrita, el testador presentaba un documento que confirmaba mediante la *nuncupatio*. Si el testador hubiera sido una mujer, sus tutores (legítimos o testamentarios) habrían tenido interés en conocer el contenido del testamento para darle la propia *auctoritas* y en el caso en que su voluntad hubiera sido contraria a las propias expectativas no habrían dado su propia autorización; por ello la mujer, después de la *coemptio*, pudo libremente disponer de sus bienes con la *auctoritas* del tutor *fiduciarius* que la habría otorgado sin ningún obstáculo porque no habría tenido ningún interés sobre el contenido del testamento. Cuando se difundió la práctica de presentar un documento escrito que sería posteriormente confirmado con la *nuncupatio*, la *coemptio* fiduciaria se transformó en un simple requisito formal, porque de todos modos el tutor no habría podido conocer el contenido del testamento. Además, visto que el tutor fiduciario habría siempre concedido su *auctoritas* para permitirle a la mujer realizar un testamento (difícilmente ella habría designado uno del cual no estuviera segura que le habría otorgado su *auctoritas*), la intervención del mismo, en consecuencia, se convertirá en una simple formalidad.

En relación con la sucesión testamentaria de la mujer tenemos noticia de un texto de Cicerón, *Top.* 4.18, que confirmaría la necesidad de la *coemptio* en edad republicana:⁴ así el gran orador, al explicar el *argumentum ab adiunctis*, afirma que, si la mujer hubiera hecho un testamento sin haber sufrido una *capitis deminutio*, no resultaría que con base en el edicto del pretor se concedería la *bonorum possessio secundum tabulas* (*si ea mulier testamentum fecit, quae se capite numquam deminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari*). La referencia a la *capitis deminutio* claramente debería relacionarse con la *coemptio*, porque, como es notorio, la segunda presupone la existencia de la primera, como recuerda Gayo

convertita quella *potestas*. Di ciò non si hanno, in effetti, tracce sicure, anche se può darsi che la sua incapacità fosse, originariamente, più estesa".

⁴ En relación con la similitud entre el pasaje de Cicerón y Gayo 1.115 a, ver Zannini, *Studi sulla tutela mulierum. Profili funzionali*, 1, cit., 159 ss.

1.162: Mínima es la *capitis deminutio*, cuando se retiene la ciudadanía así como la libertad, pero es cambiado el *status* de un ser humano; lo que sucede... a quienes hacen la *coemptio* (*minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit ...in his quae coemptionem faciunt*).⁵

La mujer comenzó a tener la posibilidad de escoger un tutor, si así hubiera sido establecido en el testamento de aquel que la tuviera en potestad⁶ y después, con base en el *ius liberorum*⁷ habría podido liberarse de tal tutela. La tutela legítima de las mujeres fue eliminada con la *lex Claudia*,⁸ y de este modo la causa por la que era exigida en el pasado la *coemptio* fiduciaria se convirtió en la edad adrianea en un requisito anacrónico.⁹ El príncipe, constatando que no existían razones para continuar una práctica que hacía más compleja la posibilidad de una mujer de realizar un testamento, promovió en el senado la promulgación de la disposición y a partir de tal momento se eliminó tal necesidad.

En relación con el requisito de la *coemptio*, Gayo afirma que no todas las mujeres debían cumplirlo en el pasado porque algunas podían ser exceptuadas (*exceptis quibusdam personis*). Sobre este

⁵ Sobre este punto L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, 56 ss, piensa que la *capitis deminutio* referida en *Top.* 4.18 no debiera limitarse necesariamente al solo caso de la *coemptio fiduciaria*, porque en el ordenamiento romano la *capitis deminutio*, considerada como ruptura de los vínculos agnaticios existe también en otros casos como en la emancipación, tal y como lo demuestra el texto de Gelio (que citaremos en nota al referirnos a las vestales). No obstante que el paréntesis del investigador es correcto (como se demuestra en Gayo 1.162 al tratarse de la emancipación), no vemos obstáculos para pensar que Cicerón hubiera dado por supuesto que la mujer fuera *sui iuris* y por esto la *capitis deminutio* será el efecto de la *coemptio*.

⁶ Gayo 1.150: *In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est ut liceat ei permittere quem velit ipsa tutorem sibi optare, hoc modo: TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DO...* (Sin embargo, respecto a la persona de la esposa que está *in manu*, también fue aceptada la opción del tutor; es decir, que sea lícito permitirle optar para sí el tutor que ella misma quiera, de este modo: A TICIA, ESPOSA MÍA, DOY LA OPCIÓN DE UN TUTOR...) Sobre este punto ver A. Guzmán, *Sobre la responsabilidad del tutor mulieris* en *AHDE*, 46, 1976, 160 ss.

⁷ Gayo 1.145: *...tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae...* (solamente, en efecto, con base en la ley Julia y Papia Popea son liberadas las mujeres de la tutela por el *ius liberorum*). Sobre este punto, ver R. Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, Padova, 1996, 316 ss.

⁸ Gayo 1.171 *...cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint* (...puesto que las tutelas de los agnados en las mujeres fueron abolidas por la ley Claudia).

⁹ En el mismo sentido Zannini, *Studi sulla tutela mulierum*, cit., 165 ss.

punto seguramente el jurista se refería a las vestales que salían de la *patria potestas* sin que fuera necesaria una emancipación, y adquirirían la facultad de efectuar testamento.¹⁰ El senadoconsulto es tratado también en Gayo 2.112:

...ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factum est, quo permissum est capite non minutis feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, tutore auctore testari deberent.

Con base en la autoridad del divino Adriano se hizo un senadoconsulto con que fue permitido a las mujeres no *capite minutae* de hacer testamento también sin *coemptio* (*ex-facere*), con tal que no fueran menores de doce años, evidentemente de modo que las que no estuvieran libres de tutela, hicieran testamento con base en la autoridad del tutor (*si-deberent*).

El texto confirma el contenido del pasaje anterior: el senadoconsulto emanado con base en la iniciativa imperial había eliminado el viejo requisito de la *coemptio* en el caso de las mujeres *sui iuris*. Incluye, además, que la edad para hacer testamento es de doce años, que correspondería al momento en que la muchacha habría podido empezar a ser considerada jurídicamente púber y tendría la posibilidad de contraer matrimonio. Las últimas palabras del jurista demostrarían que existían mujeres a las que la *auctoritas* del tutor no habría sido ni siquiera necesaria, situación que sucedía cuando se hubieran liberado de la tutela con base en el *ius liberorum*.

En el caso de las libertas la situación habría sido diferente, porque en Gayo 3.43 se afirma que, respecto a los bienes de las mismas, los padrones no sufrían ninguna injuria del derecho antiguo a diferencia de los libertos que impunemente habrían podido excluir de su testa-

¹⁰ Gell. *Noct. Att.* 1.12.9: *Virgo autem Vestalis, simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis minutione e patris potestate exit et ius testamenti faciendi adipiscitur.* (La virgen vestal, apenas haya sido escogida y conducida en el ingreso del templo de Veste y entregada a los pontífices, inmediatamente sale de la potestad paterna, sin emancipación y sin pérdida de los derechos, y adquiere la facultad de hacer testamento). Sobre el argumento ver J. Zablocki, *Appunti sul testamentum mulieris in età arcaica*, en *BIDR*, 94-95, 1991-1992, 162 ss., y por último, L. Sanz Martín, "Fundamentos doctrinales en torno a la tutela *mulierum*. Naturaleza y esencia de la tutela *mulierum*", en *Revista General de Derecho Romano*, 12, 2009, 6 ss.

mento el patrono¹¹ (*in bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni*). Las libertas, para hacer testamento, habrían tenido necesidad únicamente de la *auctoritas* del patrono, el cual tenía la tutela legítima (*cum enim hae in patronorum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore*). Después la *lex Papia*, mediante el *ius liberorum*, las libertas, que habrían tenido cuatro hijos, habrían podido testar también sin la autoridad del tutor, si bien el patrono habría tenido derecho a una cuota de la herencia.¹²

Ya que la *coemptio* fiduciaria era necesaria para conceder la posibilidad a la mujer ingenua de hacer testamento (en el caso de la liberta el texto de Gayo 3.43 excluiría tal necesidad), sería por ello factible aceptar la tesis,¹³ según la cual el senadoconsulto adrianeo habría tenido como presupuesto la eliminación de tal requisito únicamente para las mujeres ingenuas, *sui iuris* y que se encontraran bajo tutela (porque no habían tenido los tres hijos que la *lex Papia* exigía para tener el *ius liberorum*). Si la disposición del senado había eliminado el requisito de la *coemptio*, pero no aquello de la *auctoritas* del tutor, surge el problema del testamento hecho por la mujer sin *auctoritas*.¹⁴ En el caso de la liberta seguramente el testamento no habría tenido eficacia por el simple motivo que sin *auctoritas* no habría podido hacerlo, y sobre este punto el texto de Gayo 3.43 es claro: *non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore* (no podían hacer testamento en otro modo que con base en la autoridad

¹¹ Así Gayo 3.40: *olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento praeterire...* (Por esto en un tiempo era lícito al liberto excluir en el testamento a su patrono impunemente).

¹² Gayo 3.44: *sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate condere testamentum, prospexerit, ut pro numero liberorum, quos liberta mortis tempore habuerit, virilis pars patrono debeatur...* (Pero después la ley Papia, liberando de la tutela de los patronos a las libertas con base en el derecho de los cuatro hijos y concediéndoles en este modo instituir el testamento también si la autoridad del tutor proveyó que sea debida al patrono una parte viril por el número de hijos que la liberta haya tenido al tiempo de la muerte...). Sobre el presente problema, ver Astolfi, *La Lex Iulia et Papia*, cit. 219 ss. y C. Masi Doria, *Bona libertorum*, Napoli, 1996, 150 ss.

¹³ En tal sentido Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, cit., 59.

¹⁴ El problema se encuentra analizado por P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, Milano, 1967, 394.

del patrono), pero en el caso de la mujer ingenua el problema persiste, porque en la edad adrianea la *auctoritas* se había transformado en una simple formalidad a tal punto que el tutor habría podido ser constreñido a concederla.¹⁵

El testamento de la mujer ingenua, en el que hubiera faltado el requisito de la *auctoritas* del tutor, evidentemente no habría tenido efectos para el derecho civil, como recuerda Gayo 2.118: *observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur* (debe ser observado enseguida, que si la mujer que está en tutela haga testamento, debe hacerlo con la autoridad del tutor; de otro modo, inútilmente será realizado el testamento con base en el derecho civil). En relación con el derecho honorario la situación sería diferente, porque el pretor habría podido conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a los herederos referidos en el testamento, siempre que el documento hubiera tenido los siete sellos y no hubieran existido herederos *ab intestato* según el derecho legítimo.¹⁶

¹⁵ Gayo 2.122: *loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed de his quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri...* (Pero evidentemente hablamos "en referencia al testamento de la mujer hecho sin la autoridad del tutor" de estas mujeres que no están en la tutela legítima de los padres o bien de los patronos, sino de las que tienen tutores de otro género, que también contra su voluntad son constreñidos a dar la *auctoritas*).

¹⁶ El jurista analiza el problema en el texto siguiente 2.119: *praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas...* (Sin embargo, el pretor propone la *bonorum possessio* según las tablas del testamento a los herederos escritos, si el testamento hubiera sido impreso con los siete sellos de los testigos; y si no existiera nadie al que perteneciera la herencia *ab intestato* por el derecho legítimo...). Después, en 2.120, Gayo presenta una cuestión que habría sido discutida todavía en su tiempo. ¿Qué habría sucedido si hubieran existido herederos legítimos, como el hermano o el tío paterno? ¿Habrían sido preferidos a los herederos escritos? (*sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extit, potiores, scriptis heredibus habeantur*). Gayo hace referencia a un rescripto de Antonino Pío, en donde habría establecido que, si los herederos mencionados en un testamento, no realizado según el derecho civil, hubieran pedido la *bonorum possessio secundum tabulas*, habrían podido defenderse con una *exceptio doli* en el caso en que los herederos *ab intestato* hubieran reivindicado la herencia (*rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali*). No obstante, aunque Gayo hace referencia al rescripto de Antonino Pío que habría podido ser aplicado al presente caso, no afirma expresamente que tal pensamiento fuera aceptado por él, porque en el texto siguiente 2.121 usa el verbo *videbimus* sin dar una respuesta: *an autem et ad ea testamenta feminarum,*

II. RESCRIPTO QUE CONSIDERA EFICAZ
EL TESTAMENTO EN DONDE HUBIERA
TESTIMONIADO UN ESCLAVO

Como es notorio, el testamento *per aes et libram* necesitaba, junto a otros requisitos, la presencia de cinco testigos ciudadanos púberes que habrían testificado lo que había sucedido en su presencia;¹⁷ evidentemente un esclavo no podía ser testigo por obvios motivos;¹⁸ por esto, en el caso en que hubiera intervenido, en el acto lo habría invalidado. En Inst. 2.10.7 encontramos referencias a rescriptos imperiales donde el *princeps*, a partir de Adriano, habría demostrado una actitud menos rígida, considerando como plenamente válido el *testamentum*, no obstante que uno de los testigos hubiera sido un *servus*, pero bajo ciertas condiciones:

Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, atque si ut oportet factum esset, cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit nec quisquam esset, qui ei status quaestionem moveat.

Si al tiempo de realizar testamento alguno de los testigos hubiera sido considerado libre, pero posteriormente resultaba un esclavo (*sed-apparuit*), establecieron con rescripto, el divino Adriano a Catonio Vero, así como posteriormente, el divino Severo y el divino Antonino, que con base en su magnificencia, venían en ayuda del testamento (*tam-testamento*), considerándolo como si hubiera sido confeccionado regularmente, ya que, en el

quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus. (veamos si esta constitución concierne también a aquellos testamentos de las mujeres, que los hubieran hecho sin la autoridad del tutor). Nosotros aceptamos la tesis de Voci, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 394, al afirmar: “è probabile che le opinioni dei giuristi fossero divise”.

¹⁷ Gayo 2.104: *eaque res ita agitur: qui facit (testamentum), adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus...* (Y esto es hecho así: quien hace el testamento, predispuestos como en las otras *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos púberes...). En relación con las características de los testigos para hacer un testamento, ver, por último, F. Terranova, *Osservazioni su Gai 2. 108*, en *AUPA*, 52, 2007-2008, 283 ss.

¹⁸ Ulpiano, *libro primo ad Sabinum* en D. 28.1.20.7: *Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.* (Tampoco, con razón, puede ser presentado el esclavo para los actos solemnes, porque no tiene para todo la comunidad del derecho civil, ni ciertamente la del edicto del pretor).

tiempo en que fue sellado el testamento, tal testigo por un consenso común se encontraba como si hubiera sido libre sin que ninguno hubiera discutido la cuestión correspondiente a su *status (ut-moveat)*.

El texto que no encontraría origen en las Instituciones gayanas,¹⁹ cita un rescripto de Adriano y otro de los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala que habría confirmado el anterior. La disposición de Adriano dirigida a Catonio Vero se encuentra en C. 6.23.1:

Testes servi an liberi fuerunt, non oportet in hac causa tractari, cum eo tempore, quo testamentum signabatur, omnium consensu liberorum loco habiti sunt nec quisquam eis usque adhuc status controversiam moverit.

No debe ser examinado en este caso si los testigos eran esclavos o libres, ya que en el tiempo en que había sido sellado el testamento, por común consentimiento eran considerados como hombres libres (*testes-habiti sunt*), sin que nadie hubiera discutido en sede judicial una controversia sobre el respectivo *status (nec-moverit)*.

De acuerdo con lo que se encuentra escrito, Adriano habría afirmado en su rescripto dirigido a Catonio Vero,²⁰ que, no obstante uno de sus testigos fue un esclavo, el testamento habría tenido plena validez, si en el momento en que se hubiera celebrado el acto, se creía que era un hombre libre. La presente disposición, en conclusión, parecería ser novedosa, porque, no obstante el testamento habría podido ser considerado inválido por el derecho civil por falta de un requisito de forma, el príncipe, de acuerdo con la propia *liberalitas*,²¹ eliminó

¹⁹ G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, 247 piensa que la citación de las constituciones correspondientes al periodo del principado en el texto institucional, más que ser debida a la intervención autónoma de los compiladores sea el resultado indirecto de la utilización de fuentes clásicas en donde se hacía mención de las disposiciones normativas imperiales. El investigador piensa sea probable (si bien con reservas en el caso de Inst. 2.10.7) la tesis de C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano* en *BIDR*, 13, 1901, 158= *Opere di C. Ferrini*, 2, Milano, 1929, 369 que los compiladores tomaron en cuenta las Instituciones de Marciano.

²⁰ La única referencia al presente personaje la encontramos en el presente rescripto, así Stein, s.v. *Catonius Verus*, en *PWRE*, III-2, 1794.

²¹ Sobre el concepto *liberalitas* cfr. G. Barbieri, *vox: liberalitas*, en *Dizionario epigrafico di Antichità romane*, Roma, 1958, 4, Fasc. 27 e 28, 838 ss.; y sobre todo H. Kloft, *Liberalitas principis*, Köln-Wien, 1970, 85 ss.

el obstáculo que impedía la eficacia del testamento. En este modo el defecto ya no habría dañado la validez del testamento y sería considerado como si hubiera sido efectuado según el derecho. El argumento de la cancillería imperial para atribuir validez al acto era que al momento de celebrarlo ninguno había hecho notar la situación jurídica del esclavo, y por ello habría sido considerado un hombre libre. En esta manera la función del *servus* como testigo sería parecida a la de cualquier ciudadano púber y podría testificar la existencia del acto celebrado. Ciertamente el caso sería diferente si el testador, al momento de celebrar el acto, sabía que uno de sus testigos era un esclavo o alguno de los presentes hubiera hecho notar la falta del *status* requerido.

La decisión de Adriano, que originalmente había tenido una eficacia jurídica particular, había sido confirmada también por los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracala, adquiriendo en el tiempo una validez general, como se puede observar en las disposiciones que se encuentran en la obra institucional justinianea.

III. SENADOCONSULTO EN MATERIA DE CAUSAE ERRORIS PROBATIO

Gayo al tratar el problema del *testamentum rumpit* menciona dos senadoconsultos que habrían tratado el problema de la *erroris causae probatio* 2.142-143:

Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum. 143. Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, aequè ut olim omni modo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum; ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.

En un tiempo existió un similar derecho en la persona de aquel en cuyo nombre con base en un senadoconsulto se prueba la causa del error (*simile-probatur*), porque había nacido de una peregrina o bien latina que por error

hubiera sido conducida como esposa como si fuera ciudadana romana (*quia-esset*); en efecto, o bien él hubiera sido instituido heredero por el padre o bien desheredado, o bien la causa hubiera sido probada, vivo el padre o bien después de su muerte, de cualquier manera rompía el testamento como por agnación (*nam-testamentum*).¹⁴³ Pero actualmente, con base en un nuevo senadoconsulto que fue hecho bajo la autoridad del divino Adriano, si ciertamente vivo el padre es probada la causa, igualmente, como en un tiempo, rompe de todos modos el testamento (*nunc-testamentum*). Pero si después de la muerte del padre, ciertamente el preterido rompe el testamento, pero si en éste fue nombrado heredero o bien desheredado, no rompe el testamento (*si-testamentum*); para que evidentemente los testamentos hechos con diligencia no fuesen rescindidos en aquel tiempo en que no pudieran renovarse (*ne-non possent*).

Nosotros sabemos que de acuerdo con un senadoconsulto de fecha incierta,²² los ciudadanos casados por error con latinas o peregrinas sin *conubium* creyendo que eran ciudadanas, habrían podido, una vez demostrada la causa del error,²³ obtener la ciudadanía para la esposa y el hijo y además la potestad de este último. El pasaje de Gayo 2.142 explica una situación que existía antes de la disposición de edad adrianea mencionada en el pasaje siguiente respecto a la materia testamentaria. En el caso en que el padre hubiere designado el hijo como heredero (o lo hubiese desheredado) y la causa del error hubiera sido demostrada después de la realización del testamento, pero cuando todavía se encontraba en vida el padre, éste no habría producido efectos porque el padre habría designado como *heres* el hijo que no tenía todavía la ciudadanía o lo habría desheredado cuando jurídicamente no se encontraba bajo su potestad.²⁴ La misma situación

²² C. Castello, *L'acquisto della cittadinanza e i suoi riflessi familiari nel diritto romano*, Milano, 1951, 213 piensa que el *senatus consultum* había entrado en vigor seguramente después de la ley Elia Senzia del 4 d. C. (el contenido de la disposición se encuentra tratado en Gayo, 1.29). Tal afirmación es correcta porque en los textos que se refieren al senadoconsulto en cuestión (Gayo 1, 67-69, 71, 73, 74, 75 y 2, 142) se presupone la existencia de la ley. Sobre el presente argumento ver, por último, C. Terreni, *Gaio e l'erroris causae probatio* en *Labeo*, 45, 1999, 333 ss.

²³ Respecto al procedimiento de la *causa erroris probatio* ver Castello, *L'acquisto della cittadinanza e i suoi riflessi familiari nel diritto romano*, cit., 207 ss.

²⁴ Visto que la *causae erroris probatio* aún no había sido hecho notoria en el momento en que el pater había hecho el testamento, no podía ser aplicado el criterio afirmado en Gayo 1.56: *Itaque liberos suos in potestate habent cives Romani, si cives Romanas uxores duxerint vel etiam Latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant; cum enim conubium*

se daría en el caso en que la *causae erroris probatio* hubiera sido hecha después de la muerte del padre: el testamento efectivamente no habría tenido efectos y el hijo, una vez demostrada la causa del error, no obstante no haber sido heredero testamentario del padre, habría podido de todos modos pretender la herencia con base en el derecho de agnación.

El senadoconsulto propuesto por el emperador Adriano, cambió en parte la presente situación. Si el padre hubiera estado vivo todavía y la *causa erroris probatio* hubiera sido efectuada después de hecho el *testamentum*, el mismo no habría producido efectos como sucedía antes, porque el testador al momento de realizarlo había designado como heredero un peregrino. Si el padre hubiera muerto y hubiera preterido el hijo, la situación permanecía igual que antes. La novedad de la disposición corresponde a la eficacia del testamento del *pater* cuando había instituido como heredero el hijo peregrino que, a su vez, había demostrado la causa del error después de la muerte del padre. El testamento habría sido considerado válido, a diferencia de lo que sucedía antes, aunque el *de cuius* hubiera instituido heredero un peregrino. La razón de tal cambio debe ser atribuida al respeto de la voluntad del muerto que creía que el hijo era un ciudadano. Con este senadoconsulto se otorga al hijo peregrino la posibilidad de ser heredero civil del padre una vez demostrada la causa del error después de su muerte.

IV. DECRETO QUE SANA LAS CONSECUENCIAS DE UN TESTAMENTO REALIZADO POR UN ERROR DE EVALUACIÓN DEL TESTADOR

En un pasaje de Paulo, *libro singulari de septemviralibus iudiciis* en D. 5.2.28, se presenta un decreto de Adriano en donde se trataba el problema de un testamento en donde la designación de los herederos había sido hecha por un error de evaluación de la testadora:

id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non solum cives Romani fiant, sed et in potestate patris sint. (Por lo tanto, los ciudadanos romanos tienen en potestad a sus hijos, si hayan conducido como esposas ciudadanas romanas o bien también las latinas o peregrinas con que tengan el *conubium*; en efecto, haciendo el *conubium* de modo que los hijos sigan la condición del padre, sucede que, no sólo sean hechos ciudadanos romanos, sino también estén en potestad del padre).

*Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*²⁵

Habiendo una madre escuchado falsamente que su hijo había muerto e instituyendo otras personas como herederas en el testamento (*cum-instituisset*), el divino Adriano emitió un decreto donde se establecía que la herencia pertenecía al hijo haciendo en modo que fueran respetadas las libertades y los legados (*divus-praestentur*). En este caso se debe tener en cuenta de aquello que ha sido incluido en materia de libertades y legados (*hic-adicitur*), porque, cuando ha sido demostrado que el testamento es inoficioso, no vale nada en conformidad a lo que se dice en el testamento (*nam-valet*).

Hemos hecho notar en otra ocasión²⁶ como Adriano había decidido respecto a un caso de *querela* efectuada por un hijo en contra del testamento de la madre, que no lo había instituido heredero por haber falsamente creído que murió en guerra. La presente opinión no es aceptada por Voci,²⁷ quien afirmaba que el presente caso “certamente non è di inofficiosità”, porque no se trata de una aplicación del regimen de la *querela*, sino de una disposición que quiere sanar las consecuencias de un error. Nuestra tesis es diferente porque, como había hecho notar Di Lella,²⁸ Paulo encuadraba el caso en el esquema de la inoficiosidad (basta ver que la obra del jurista severiano es denominada *de septemviralibus iudiciis*,²⁹ y que el pasaje se encuentra en el título II del libro V del Digesto denominado *de inofficioso testamento*).

²⁵ No creemos existan problemas de interpolación, probablemente podríamos sustituir *adnotatum* por *adnotandum*, como había hecho L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, 1972, 234, el cual cita en nota 107 autores que habrían referido alteraciones al texto.

²⁶ Y. González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, 2008, 89, n. 130.

²⁷ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 701. Criterio seguido con ciertas dudas por A. Sanguinetti, *Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, en *SDHI*, 59, 1993, 267.

²⁸ Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, cit. 234 ss.

²⁹ La autoridad competente en materia de *querela inofficiosi testamenti* era, al menos en la edad de los severos los *septemviri*. Sobre este argomento ver la obra de L. Gagliardi, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, 350 ss.

El decreto de Adriano es claramente contrario a una rigurosa interpretación del *ius civile* como puede ser demostrado en las palabras de Paulo, el cual subraya la diferencia entre las libertades y los legados (*hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adicitur*) porque, mientras las consecuencias de una sentencia favorable en un juicio de impugnación del testamento por inoficiosidad habría determinado la ineficacia del *testamentum* (*nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*), con la decisión del príncipe las libertades y los legados habrían debido ser cumplidas por el heredero, que en este caso no sería el designado en el testamento, sino el indicado por el *princeps*.

El presente texto de Paulo demuestra la tesis de Palazzolo,³⁰ que “certi decreti imperiali presentano principi nuovi sul piano del diritto sostanziale; si tratta cioè di considerazioni di equità che inducono il príncipe ad abbandonare la rigorosa interpretazione dello *ius civile* a favore di una piú benigna”. La decisión del *princeps* que habría sido la sentencia al final del desarrollo de un juicio en el que había ejercitado su *cognitio* no habría tenido efectos únicamente en el caso específico, sino que, además, habría sido aceptado por otros emperadores.³¹

³⁰ N. Palazzolo, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991, 83 ss.

³¹ Como sería el caso discutido por los emperadores Septimio Severo y Caracala, mencionado por Paulo, en su libro primero (de los seis) de las sentencias imperiales hechas en materia de *cognitiones* o libro segundo de los decretos en D. 28.5.93(92), en donde sería considerada válida la institución de heredero de un testamento modificado después por el testador porque creía falsamente que su heredera había muerto. La decisión había sido que la institución de heredero en el primer testamento era válida y que tal persona habría debido cumplir las disposiciones del segundo testamento (*Pactumeius Androstheneus Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: 'quia heredes, quos volui habere, mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto'. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta*). Los autores que citamos en la nota anterior respecto a D. 5.2.28 analizan el texto junto a D. 28.5.93(92), así como W. Flume, *Irritum und Rechtsgeschäft im römischen Recht in Festschrift F. Schulz*, 1, Weimar, 1951, 230 ss.

V. TESTAMENTO DEL MILITAR

Como es notorio, en Inst. 2.12 pr. se afirma que los emperadores anteriores a Adriano habían concedido, con base en constituciones imperiales, la posibilidad a los militares que se encontraran bajo la potestad de su *pater*, de hacer testamento respecto al peculio castrense y que tal derecho, del cual gozaban únicamente aquellos que se encontraban en servicio, fue extendido por Adriano también a los veteranos de acuerdo con una *subscriptio*:

*Non tamen omnibus licet facere testamentum. Statim enim hi, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus et precipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. Quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem heredem reliquerint...*³²

Pero no a todos es lícito efectuar un testamento; efectivamente aquellos que son *alieno iuri subiecti* no tienen el derecho de hacerlo y tampoco si los propios ascendientes les hubieran concedido tal facultad, tendrán mayormente el derecho de testar (*non-possint*); la situación es diferente en el caso de las personas que hemos enumerado anteriormente (militares en servicio) y principalmente los militares que se encuentran en potestad, a los que se les permitió con base en las constituciones de los príncipes, de disponer por

³² Si bien las Instituciones de Gayo en 2.111-112 presentan una amplia laguna que no puede ser llenada, aceptamos la tesis de la doctrina, según la cual Inst.2.12 pr. habría tomado como modelo la obra gayana, así como pensaba C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, en *BIDR*, 13, 1901, 131 ss.= *Opere*, 2, Milano, 1929, 366 ss., opinión aceptada por V. Scarano Ussari, *Il testamentum militis nell'età di Nerva e Traiano* en *Sodalitas*, 3, Napoli, 1984, 1387 n. 16, porque el texto tiene una forma gramatical que recuerda el modo de expresarse del jurista, ver, por ejemplo, Gayo, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*, en D. 28.1.6 pr.: *Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi ius non habet. adeo ut, quamvis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure testari possit* (Quien se encuentra en la potestad del ascendiente, no tiene la facultad de testar, de tal manera que, ni aunque su ascendiente se lo permita, no puede, sin embargo, testar con base en el derecho). De todos modos podrían existir palabras incorporadas por los compiladores, como han hecho notar los investigadores.

testamento de aquello que hubieran adquirido en guerra (*exceptis-facere*). Ciertamente cuando en el pasado fue concedido únicamente a los militares, por la autoridad del divino Augusto, por la de Nerva³³ y por la del óptimo emperador Trajano, posteriormente, con base en una *subscriptio* del divino Adriano, se extendió también a los que dejaron la carrera militar, es decir a los veteranos (*Quod-concessum est*). En consecuencia se efectuaron testamentos en relación con el peculio castrense otorgándose tal patrimonio al que hubieran designado como heredero (*Itaque-reliquerint*).

En el presente pasaje es posible considerar que hasta el periodo de Trajano los militares, que se encontraban bajo la potestad del *pater*, habrían podido realizar un testamento con base en el peculio castrense antes que dejaran la carrera militar.³⁴ Tal derecho habría sido atribuido también a los veteranos por efecto de una *subscriptio* de Adriano, pero, como tal tipo de rescripto correspondía a una respuesta del emperador a una cuestión efectuada por un particular (a lo mejor un veterano) que le había solicitado una aclaración, el criterio, probablemente en origen, habría tenido una eficacia normativa limitada al caso específico y posteriormente habría tenido un valor general.³⁵

Resulta notorio que, si un civil venía condenado a una pena capital, su testamento se volvía inválido (*irritum*); en el caso de un militar la situación era diferente, como se encuentra afirmado en un rescripto adrianeo citado por Ulpiano, *libro decimo ad Sabinum* en D. 28.3.6.6:

Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium vel alia poena quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet, et non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est: nam poenae servus efficitur: nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit, et credo iure militari testabitur: qua ratione

³³ Las causas históricas por las que Nerva recupera tal concesión augustea son analizadas por Scarano Ussari, *Il testamentum militis nell'età di Nerva e Traiano*, cit. 1388 ss.

³⁴ Respecto a los militares, ver los datos que presenta A. Milan, *Le forze armate nella storia di Roma antica*, Roma, 1993, 120 ss.

³⁵ El caso tenía como presupuesto que el militar se encontrara fuera de servicio no por motivos de deshonor porque, como explica un jurista de edad severiana, Macro, *libro secundo militarium* en D. 29.1.26, el derecho de testar de los militares bajo la potestad del *pater* era considerado como un premio por los méritos, y por tanto esto no correspondía a aquellos que se hubieran alejado del servicio por motivos de ignominia (*... ius testandi de castrensi, quod filiis familias militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est*).

*igitur damnato ei testari permittitur, numquid et, si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? an vero poena irritum factum reficiendum est? et si militari iure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin, si voluit id valere, fecisse id credatur.*³⁶

Pero también si alguno hubiera sido condenado a una pena capital, por ejemplo, a las fieras, a la decapitación, o a cualquier otra pena que quita la vida, su testamento se convierte en irrito, y no en el momento en que se murió, sino cuando sea establecida la sentencia, por ello se convierte en esclavo de la pena (*sed-efficitur*). Esto no tiene valor para un soldado que haya sido condenado con base en un delito militar, porque a este se suele permitir de testar, como respondió el divino Adriano en un rescripto, y creo que, testará según el derecho militar (*nisi-testabitur*). Por ello, si por tal razón a este condenado se le permitió testar ¿tiene validez su testamento? O bien, convertido en irrito el testamento anterior a la condena, ¿debería ser hecho nuevamente? Y si hubiera efectuado el testamento según el derecho militar, no debe ponerse en duda que haya querido que este testamento tuviera validez, y así se consideró que hizo el testador (*qua-credatur*).

El jurista severiano presenta una distinción que existía ya en edad adrianea, respecto a la validez del testamento realizado por un civil o un militar que hubiera sido condenado por un delito capital.³⁷ La regla general era que el *testamentum* no habría podido ser válido, porque con la condena el ciudadano sufría una *capitis deminutio* transformándose en un *servus poenae*,³⁸ perdiendo la capacidad

³⁶ R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001, 75 ss., afirma que en D. 28.3.6.5 se encuentra el pensamiento de Sabino respecto al *testamentum irritum: irritum fit testamentum, quotiens ipsi testatori aliquid contigit, puta...* (Se hace irrito el testamento cuando al testador le suceda alguna cosa, por ejemplo...) y que, por el contrario, en nuestro pasaje Ulpiano habría incorporado más ejemplos de invalidez. Pensamos que la tesis del investigador sea aceptable, porque mientras Sabino habría presentado sus ejemplos con la palabra *puta*, Ulpiano habría incorporado los demás con los términos *sed et si*.

³⁷ Ulpiano se refiere específicamente a las condenas que tienen como sanción la muerte, como se demuestra en la expresión *vel alia poena quae vitam adimit*, por ello deberíamos incluir la pena *in crucem* (la crucifixión) y por *vivi crematio* (la hoguera). El presente argumento es tratado por A. McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010, 42 ss; la investigadora observa la dificultad de incluir la pena *ad metalla* (condenados al trabajo perpetuo en las minas), porque la duración de la vida podía ser variable.

³⁸ Los términos *servus poenae* son usados a partir de Antonino Pío para referirse al condenado, como había hecho notar U. Zilletti, *In tema di 'servitus poenae'*, en *SDHI*, 34, 1968, 40 ss., el cual afirma: "La servitù della pena è sorta in connessione con la condanna

de realizar testamento confiscándose sus bienes.³⁹ Tal regla no se aplicaba a los militares que hubieran sido condenados por un delito militar,⁴⁰ los cuales conservaban el derecho de disponer de la propia sucesión con base en un testamento, como había afirmado Adriano en su rescripto. Probablemente el caso del cual se origina la decisión partía del hecho que el militar, después de la sentencia de condena, había solicitado y obtenido por parte de la autoridad que determinó la decisión la autorización a realizar el testamento, como demostrarían los términos *ei testari permittitur*.⁴¹

En consecuencia, ya que el rescripto correspondía en origen al testamento hecho por el militar después de la sentencia de condena, Ulpiano trata una situación diferente: ¿el testamento anterior a la condena es válido o debería ser hecho nuevamente después de la condena?

in metallum, che ne costituisce il presupposto tipico; prima di Antonino Pio i condannati *in metallum* erano *servi Caesaris*, in ragione dell'appartenenza delle miniere all'imperatore; il passaggio del condannato *in metallum* dalla condizione di *servus Caesaris* a quella di *servus poenae* avviene appunto con Antonino Pio...". Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, cit., 76 con base en Marciano, *libro undecimo institutionum* en D. 34.8.3 pr. y Calistrato, *libro sexto de cognitionibus* en D. 49.14.12 hace notar que efectivamente fue Antonino Pio a atribuir al condenado la denominación de *servus poenae*. En el mismo sentido ver, por último, McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, cit., 13 ss.

³⁹ Además Gayo, *libro septimo decimo ad edictum provinciale*, en D. 28.1.8.4, presenta la misma idea: *hi vero, quid ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem*. Ver otros textos en M. Melluso, *La schiavitù nell'età giustiniana*, París, 2000, 53 n. 147.

⁴⁰ Los delitos militares son aquellos que el militar comete como tal recuerda Arrio Menandro, *libro primo de re militari*, en D. 49.16.2 pr.: *...quis, uti miles admittit...* En el caso en que el militar hubiera sido condenado por un "delito común" habría sido aplicada la regla general, como habían escrito algunos juristas severianos como Paulo y Meneandro, según noticias de Macro, *libro secundo de re militari*, en D. 38.12.1: *Militi, qui capite puniri meruit, testamentum facere concedendum Paulus et Menander scribunt eiusque bona intestati, si punitus sit, ad cognatos eius pertinere, si tamen ex militari delicto, non ex communi punitus est* (Paulo y Meneandro escriben que al militar que mereció ser condenado a muerte, se le ha de conceder que haga testamento, y que sus bienes, si hubiera muerto intestado, pertenezcan a sus cognados, si hubiera sido condenado por delito militar, no por uno común). Respecto a las sanciones por delitos militares, ver M. Carcani, *Dei reati delle pene e dei giudizi militari presso i romani*, Napoli, rist.1981, 33 ss.

⁴¹ Contrariamente Zilletti, *In tema di "servitus poenae"*, cit, afirma: "parrebbe che l'imperatore si fosse limitato ad una generica concessione di *testamenti factio*, senza ulteriori precisazioni", pero tal tesis no nos convence porque si el príncipe hubiera dado una respuesta en un rescripto parecería poco probable una concesión genérica de *testamenti factio*, sin considerar el caso concreto. La discusión jurisprudencial se refiere a la validez del testamento anterior a la condena y no al posterior porque sobre este último Adriano habría ya afirmado en el rescripto su validez.

Tal cuestión había sido tratada por la jurisprudencia y resuelta en el sentido que el testamento anterior a la sentencia continuaba siendo válido, como demostraría el término *credatur*. La presente tesis, probablemente aceptada por todos (*dubitari non oportet*), no habría resuelto en el fondo el problema ulpiano: el militar se convertiría en un *servus poenae*, y por esto no habría debido producir efectos el testamento anterior a la condena, pero como el militar habría tenido la capacidad de disponer de la propia sucesión, se podría considerar todavía válido.

El rescripto adrianeo habría aceptado la validez del testamento del militar, aun después de la condena, confirmando una práctica que existía en su tiempo (*nam huic permitti solet testari*), y la jurisprudencia, partiendo de tal presupuesto, habría además afirmado la validez del testamento realizado anteriormente. En tal rescripto parecería que el derecho del militar de realizar testamento correspondía a todo su patrimonio, pero subsiste un problema que no permite considerar válida tal interpretación, ya que en otros pasajes de Ulpiano se puede constatar que la facultad de hacer testamento del militar condenado era limitada a los *bona castrensia*, como es expresado en su libro cuadragésimoquinto *ad edictum* en D. 29.1.11 pr.: *ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castrensibus...* (a los condenados a muerte por delito militar les es lícito hacer testamento solamente de sus bienes castrenses) y en el libro trigesimotercero *ad Sabinum* en D. 24.1.32.8: *si miles uxori donaverit de castrensibus bonis et fuerit damnatus, quia permissum est ei de his testari (si modo impetravit, ut testetur, cum damnaretur), donatio valebit...* (Si un militar hubiere hecho a su mujer una donación con sus bienes castrenses, y hubiere sido condenado, será válida la donación, porque le está permitido testar de ellos, si se le permitió que testara cuando había sido condenado).

Si el caso que habría dado origen al rescripto adrianeo hubiera tenido como protagonista un *filiusfamilias*, no habría existido ningún problema, porque, como es notorio, el testador solamente habría podido disponer por testamento del peculio castrense y habría sido dado por supuesto la referencia al *peculium*, pero, visto que Ulpiano no afirma que el problema correspondía a un militar bajo la potestad de su padre, no podemos dar por cierto tal hecho. Otra interpretación podría ser que en el periodo adrianeo el derecho de testar del militar

habría comprendido todos sus bienes y que en un momento posterior tal facultad se encontraría limitada a los *bona castrensia*, sin embargo, tal interpretación encuentra como obstáculo que Ulpiano había hecho notar que no podía dudarse la validez del testamento anterior a la condena, sin destacar que tal eficacia habría sido limitada únicamente a los bienes castrenses.

Según nuestra opinión la solución del problema se encuentra en las palabras del jurista: *nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit...* (Esto no tiene valor para un soldado que haya sido condenado con base en un delito militar, porque a éste se le suele permitir testar, como respondió el divino Adriano en un rescripto); porque si en edad adrianea existía la práctica que al militar condenado le fuese permitido testar, debemos ver si tal concesión comprendía todos sus bienes o únicamente aquellos que hubiera adquirido por motivos militares. La respuesta se encuentra en D. 29.1.11 pr. que limita el contenido del testamento únicamente a los bienes castrenses; considerando, por ello, que si era costumbre reconocer al militar la posibilidad de testar sólo sobre los *bona castrensia*, resultaría razonable presuponer que el rescripto adrianeo habría podido referirse únicamente a tal tipo de bienes. La jurisprudencia, en un segundo momento, habría considerado válido el testamento anterior a la condena, restringiendo tal validez al contenido que habría tenido el *testamentum* posterior a la condena, en otras palabras, los bienes adquiridos por motivo de la milicia y no otros.

El testamento de un militar condenado sería válido únicamente en relación con los *bona castrensia*; diferente sería el supuesto del militar que se hubiera suicidado antes de la sentencia de condena, como había sido establecido en una epístola de Adriano. Ulpiano, libro decimo ad Sabinum, en D. 28.3.6.7, afronta tal situación:

Eius qui deportatur non statim irritum fiet testamentum, sed cum princeps factum comprobaverit: tunc enim et capite minuitur. sed et si de decurione puniendo vel filio nepoteve praeses scribendum principi interlocutus est, non puto statim servum poenae factum, licet in carcere soleant diligentioris custodiae causa recipi. nec huius igitur testamentum irritum fiet, priusquam princeps de eo supplicium sumendum rescripserit: proinde si ante decesserit, utique testamentum eius valebit, nisi mortem sibi conscivit. nam eorum, qui

mori magis quam damnari maluerint ob conscientiam criminis, testamenta irrita constitutiones faciunt, licet in civitate decedant: quod si quis taedio vitae vel valetudinis adversae inpatientia vel iactationis, ut quidam philosophi, in ea causa sunt, ut testamenta eorum valeant. quam distinctionem in militis quoque testamento divus Hadrianus dedit epistula ad Pomponium Falconem, ut, si quidem ob conscientiam delicti militaris mori maluit, irritum sit eius testamentum: quod si taedio vitae vel dolore, valere testamentum aut, si intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda.⁴²

El testamento de aquel que fue deportado no se hace inmediatamente, sino únicamente cuando el príncipe confirmó el hecho; efectivamente sufre una *capitis deminutio (eius-capite minuitur)*. Pero también si por punir un decurión o un hijo o un nieto, el gobernador haya solicitado por escrito el parecer del príncipe, no pienso, observa el jurista, que inmediatamente se haya vuelto un esclavo de la pena, aunque exista la costumbre de llevarlo a la cárcel para proceder a una custodia más diligente (*sed-recipi*). Tampoco su testamento se vuelve irrito si no cuando el príncipe haya respondido con un rescripto que le corresponde el suplicio. Por ello, si haya muerto antes, sin duda tiene validez el testamento, siempre y cuando no se hubiera suicidado (*nec-conscivit*). Ciertamente las constituciones hacen inválidos los testamentos de aquellos que prefieran morir por el remordimiento de haber efectuado un delito más que por la condena, si bien mueren con la ciudadanía (*nam-decedant*). Y por esto son considerados válidos los testamentos de todos aquellos que se encuentran bajo un estado de desinterés por la vida, de incapacidad de soportar un problema de salud o por la vanería, situación que sucede con ciertos filósofos (*quod-valeant*). Sin embargo, como viene establecido en una epístola del divino Adriano a Pomponio Falcón, el testamento de un militar, que prefirió morir por haber cometido un delito, es considerado irrito, contrariamente al caso de la muerte causada por aburrimiento de la vida o dolor. En el caso en que muera sin testamento, sus bienes serán reivindicados por los cognados o si no existieran, por la legión a la que pertenecían (*quam-vindicanda*).

El presente pasaje parte del supuesto que el gobernador de una provincia consideró a una persona merecedora de ser deportada en

⁴² Respecto al contenido del pasaje E. Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi* en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 6, 1933, 398, con referencias a la doctrina interpolacionista, el autor acepta la tesis de P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, 6, Roma, 1930, 295 n. 1, donde se afirma que el derecho de sucesión de la legión sea una interpolación, pero no estamos de acuerdo porque tal referencia tiene una razón histórica. Seguramente la mención de Pomponio Falcón es un error del amanuense, como se observará a continuación.

una isla, pero como el mismo carecía de la facultad de disponer tal pena (a diferencia del *praefectus urbi*), debe escribir al príncipe para explicar sus razones. Si el *princeps* decidiese la deportación, a partir de ese momento (y no antes), el condenado sufrirá una *capitis deminutio* y su testamento se volverá *irritum*.⁴³ El segundo caso corresponde a un decurión, el hijo o nieto que debe sufrir como pena el suplicio; en tal situación el gobernador (como en el caso anterior) debe escribir al príncipe expresando las razones por las cuales, según él debería ser condenado y en el tiempo en que se esperaba la decisión imperial, como no era todavía un *servus poenae*, podría ser conducido a la cárcel.⁴⁴ Por ello su testamento no será inválido hasta

⁴³ Tal parte del texto debe ser interpretada tomando en consideración la propuesta del gobernador de una provincia al príncipe respecto a la *deportatio in insulam*, como demuestran los términos *sed et*, que sirven de unión al supuesto presentado por el jurista inmediatamente en donde se habla de la intervención del gobernador de la provincia. El hecho que el príncipe debiera decidir sobre la propuesta de *deportatio* hecha por el gobernador puede comprobarse en otro pasaje de Ulpiano, *libro nono de officio proconsulis* en D. 48.22.6.1: *deportandi autem in insulam ius praesidibus provinciae non est datum, licet praefecto urbi detur...praesides itaque provinciae quotiens aliquem in insulam deportandum putent, hoc ipsum adnotare debeant, nomen vero eius scribendum principi, ut in insulam deportetur: sic deinde principi scribere missa plena opinione, ut princeps aestimet, an sequenda sit eius sententia deportarique in insulam debeat...* (Pero a los gobernadores de provincia no se les dio el derecho de deportar a una isla, aunque se le dé al prefecto de la ciudad... y así, cuando los gobernadores de provincia juzguen que alguien debe ser deportado a una isla deben anotar esto mismo, y han de escribirle su nombre al príncipe, para que sea deportado; y así escribir después al príncipe, enviándole su opinión justificada, para que el príncipe estime si ha de seguir su opinión, y así deberá ser deportado a una isla...). En relación con la palabra *deportatio* y sus consecuencias jurídicas, ver V. De Villa, *Exilium perpetuum* en *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, 295 ss. y G. Pugliese, *Linee generali dell'evoluzione del d. penale pubblico*, en *ANRW*, 2.14, Berlín, 1982, 766. Contrariamente F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiales in età classica*, Milano, 2000, 262 afirma que "il *princeps* non assumeva alcuna *cognitio*, ma, al contrario, si limitava, con la sua *epistula* di risposta, ad autorizzare il *praeses provinciae* all'esercizio del *ius deportandi*...", tal tesis no puede ser aceptada porque encuentra como obstáculo D. 48.22.6.1, en donde claramente es demostrado que el gobernador de la provincia no tiene la facultad de decidir sobre la *deportatio*.

⁴⁴ A. Lovato, *Il carcere nel diritto penale romano*, Bari, 1994, 14 ss., afirma: "È vero che la sospensione del giudizio ed il rinvio alla decisione imperiale costituivano un privilegio legale per i decurioni: una delle contropartite ai gravosi oneri che accompagnavano la carica..." No creemos sea correcto hablar de "suspensión del juicio", porque el mismo no se suspendió y el decurión (o su descendiente) se encuentra en cárcel esperando la sentencia del príncipe, el cual es el único que tiene la facultad de decisión. El reenvío a la decisión imperial no es "un privilegio legal para los decuriones", sino que representa la praxis judicial en campo criminal en relación con tales personajes, como puede ser confirmado también en

que el príncipe no haya respondido a la epístola en manera que haya sido considerado culpable.

Hasta este momento no hemos todavía hablado de la epístola de Adriano, pero las referencias anteriores servían para interpretarla porque, como veremos inmediatamente, la autoridad a la que fue dirigida era, como en los casos anteriores, un gobernador de provincia. Ulpiano afirma que varias constituciones habían establecido que los testamentos de las personas que "preferían morir por motivo del delito" se volverían inválidos, no obstante conservaban la ciudadanía; así, si antes de la condena la persona que iba a ser deportada (el decurión o su descendiente que debería sufrir el suplicio) se hubiera suicidado, el testamento se volvería *irritum*, si bien el testador no habría sido considerado todavía como un *servus poenae*. Tal situación es diferente a aquel que se había suicidado por otros motivos, por ejemplo, depresión (usando un término actual), el mal estado de salud o la vantería, como sucedía con algunos filósofos.⁴⁵

otro texto de Ulpiano, *libro primo de appellationibus* en D. 49.4.1 pr.: *...simili modo et in decurione erit probandum, quem punire sibi praeses permittere non debet, sed recipere eum in carcerem et principi scribere de poena eius* (del mismo modo se habrá de aprobar también tratándose de un decurión, a quien el gobernador no debe permitirse castigar, sino que debe reducirlo a prisión, y escribir al príncipe sobre la pena del mismo). El gobernador no tendría por esto la facultad de decidir por una condena de tal tipo (cuando se tratase de un decurión o descendiente) como tampoco de condenar a una *deportatio* (en cualquier otro caso).

⁴⁵ Sobre este punto A. Wacke, *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, en *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, 535, recuerda el caso del filósofo griego Peregrino Proteo, el cual había pasado del cristianismo a los Cincios y se había presentado a los juegos olímpicos del 165 como Hércules, dejándose quemar por las llamas (su biografía fue escrita por Luciano de Samosata y estos datos se encuentran específicamente en los textos 38-40). Evidentemente el jurista conocía tal dato histórico y el suicidio del filósofo habría sido considerado como un modo de *iactatio*, repudiando no únicamente la posición de los cincios, sino también de aquella filosofía estoica que aceptaba el suicidio como un acto natural. La crítica a tales corrientes filosóficas no es un dato aislado de Ulpiano, sino un criterio que prevalecía en la sociedad romana en el tercer siglo. *Cfr.* Plotino, *Enn.* 1.9 (16). Respecto a los otros casos (depresión y mal estado de salud) Ulpiano seguramente conocía varias constituciones imperiales, por ejemplo, una constitución de Antonino Pío que trata del argumento y es referida por Marciano, *libro singulari de delatoribus* en D. 48.21.3.4: *si quis autem taedio vitae vel impatientia doloris alicuius vel alio modo vitam finierit, successorem habere divus Antoninus rescripsit.* (Si alguno por tedio a la vida, o por no sufrir algún dolor, o de otro modo se hubiera quitado la vida, tendrá un sucesor como fue establecido en un rescripto del divino Antonino). McClintock, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, cit., 84 n. 61 notó que el elemento subjetivo se hizo importante a partir de Adriano en la determinación de las diferentes formas de suicidio.

La epístola de Adriano, redactada entre el 118 y 122 d. C., y dirigida a Pompeyo Falcón gobernador de la Britania,⁴⁶ demostraría un cambio de perspectiva existente en edad republicana y en el siglo I del imperio, según el cual, si el suicidio hubiera sido hecho antes que la condena hubiera sido pronunciada, el testamento habría conservado validez, también si el suicida hubiera sido culpable, con la consecuencia que sus bienes no habrían sido vendidos al asta.⁴⁷ En

⁴⁶ El pasaje hace referencia a Pomponio Falcón, pero creemos que existe un error en el texto, como ya había sido hecho notar por Mommsen en su edición del Digesto *ad h.l.* n. 1, porque en las fuentes literarias no tenemos noticias de tal personaje, a diferencia de Pompeyo Falcón. Respecto a su vida, ver C. Fea, *Iscrizioni di monumenti pubblici*, Roma, 1813, 7 n. 5 (si bien el autor afirma desconocer si sea el mismo Pomponio Falcón mencionado en el texto ulpiano) y Wolf, s. v. *Pompeius Falco*, en *PWRE*, 21-2, n. 76, 2270 ss. La figura de Pompeyo Falcón es de gran importancia en edad adrianea porque, como recuerda A. Birley, *Adriano*, Barcelona, 2003, 123 ss., bajo el imperio de Adriano fue nombrado gobernador de la Britania en el año 118 d. C., provincia en donde se habían originado varias revueltas, como se encuentra escrito en *S.H.A. vita Had.* 5.2: *Nam deficientibus his nationibus, quas Traianus subegerat... Britanni teneri sub Romana ditione non poterant...* (Por ello los pueblos que Trajano había sometido se estaban rebelando... a los habitantes de la Britania no era posible tenerlos más tiempo bajo la autoridad de Roma). Su función duró hasta el 122 d. C.; así piensa Bernard d'Orgeval, *L'empereur Hadrien, Oeuvre législative et administrative*, París, 1950, 407 y los cargos públicos que tuvo se encuentran referidos en el documento epigráfico de *L'Année épigraphique*, París, 1957, n. 336, 98. Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit., 399, lo denomina Pomponio Fabrón.

⁴⁷ Así el texto de Val. Max., 9.12.7 en donde Cayo Licinio Macro, ex pretor y padre de Calvo, indagado de *crimen repentundarum*, se habría suicidado para evitar que sus bienes hubieran sido subastados: *C. Licinius Macer vir praetorius, Calvi pater, repetundarum reus, dum sententiae diriberentur, in maeniam conscendit. si quidem, cum M. Cicero nem, qui id iudicium cogebat, praetextam ponentem vidisset, misit ad eum qui diceret, se non damnatum, sed reum perisse, nec sua bona hastae posse subici, ac protinus sudario, quod forte in manu habebat, ore et faucibus suis coartatis incluso spiritu poenam mortem praecurrit. qua cognita re Cicero de eo nihil pronuntiavit...* (Cayo Licinio Macro, ex pretor y padre de Calvo, acusado de crimen público, esperando que fuera hecha la cuenta de los votos, se cuenta que, Marco Cicerón como presidente del tribunal al presentar la acusación, le mandó decir que sería muerto no condenado, sino sólo acusado y que sus bienes no podrían ser puestos al asta, e inmediatamente después, apretándose con un pañuelo que por casualidad tenía en mano la boca y la garganta, se suicidó por asfixia antes de ser pronunciada la condena. Frente a tal hecho, Cicerón no pronunció la sentencia). El pasaje de Tácito, *Ann.* 6.29 recordaría el sistema todavía vigente en edad de Tiberio, cuando Pomponio Labeón, ex gobernador de la Mesia, se habría suicidado, evitando así la invalidez de su testamento: *at Romae caede continua Pomponius Labeo, quem praefuisse Moesiae rettuli, per abruptas venas sanguinem effudit; aemulataque est coniunx Paxeia. nam promptas eius modi mortes metus carnificis faciebat, et quia damnati publicatis bonis sepultura prohibebantur, eorum, qui de se statuebant humabantur corpora, manebant testamenta, pretium festinandi.* (En Roma mientras la matanza continuaba sin pararse y Pomponio Labeón, que, como ya referi había sido gobernador de la Mesia, se dejó morir desangrándose abriéndose las venas,

edad adrianea la situación cambia⁴⁸ para el *paganus* y para el *miles* y los bienes vienen confiscados en el caso en que el suicidio hubiera ocurrido antes de la condena. Pero sobre este punto era necesario determinar las razones del suicidio, porque, si bien hubiera sido lógico pensar que el mismo hubiera tenido como causa el miedo al verdugo (*nam promptas eius modi mortes metus carnificis faciebat Tac. Ann.* 6.29), podía suceder que el suicida, destinado a ser condenado, hubiera cometido el acto por otras razones, como en el caso presentado por Marciano, *libro singulari de delatoribus* en D. 48.21.3.5, en donde refiere una constitución de Adriano anterior o posterior a la dirigida a Pompeyo Falcón:⁴⁹

Videri autem et patrem, qui sibi manus intulisset, quod diceretur filium suum occidisse, magis dolore filii amissi mortem sibi irrogasse et ideo bona eius non esse publicanda divus Hadrianus rescripsit.

En el caso en que un padre se hubiera suicidado porque había sido acusado de haber matado a su hijo (*videri-occidisse*), se estableció por el divino Adriano

emulándose con su esposa Pasea. Por esto, era el miedo del verdugo que inducía a estas muertes precipitadas, además al hecho que, a quien hubiera sido condenado, se prohibía la sepultura y se confiscaban los bienes, mientras los cuerpos de los que se hacían justicia propia se inmulaban y se respetaban las disposiciones testamentarias; así se premiaba por haber muerto rápidamente. El argumento fue analizado por Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit. 393 ss. y por U. Laffi, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, 559 ss. Dudas sobre la veracidad de las anécdotas de Valerio Máximo, según el cual el imputado se habría suicidado antes de la sentencia para evitar la venta al asta de sus bienes, han sido presentados por C. Venturini, *Studi sul crimen repentundarum nell'età repubblicana*, Milano, 1979, 149 n. 48, porque no existirían confirmación en otras fuentes.

⁴⁸ Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit. 400, en modo más prudente afirma que el cambio habría sucedido en el intervalo del tiempo existente entre Tiberio y Adriano. Nosotros creemos que el cambio surgió en edad adrianea y precisamente entre el 118 y 122 d. C. (en lo que corresponde a los militares), tiempo en que Pompeyo Falcón era gobernador de la Britania, porque, como hemos hecho notar en una obra anterior, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 66 ss, en edad adrianea el fisco obtiene nuevas atribuciones, entre las que podrían incluirse los bienes de aquellos que antes de la sentencia de condena se hubieran suicidado; además, si tal cambio hubiera sucedido antes de Adriano, habría sido más lógico pensar que Ulpiano hubiera hecho referencia a una disposición anterior, situación que no sucedió.

⁴⁹ No podemos determinar si el rescripto citado en D. 48.21.3.5 haya sido anterior o posterior a la epístola dirigida a Pomponio Falcón, porque parecería que las dos constituciones tenían como presupuesto el criterio general que los bienes del suicida, bajo proceso en donde la condena habría sido la pena capital, habrían debido ser confiscados. Tal criterio no debería ser aplicado por los motivos que veremos inmediatamente.

en un rescripto que, si él se mató sobre todo por el dolor de la pérdida del hijo, sus bienes no deberán ser confiscados (*magis-rescripsit*).

En el presente texto se trata de un padre que se encontraría procesado por la muerte del hijo, pero no por ello se debe presuponer necesariamente que habría debido sufrir una pena capital, porque el pasaje no es muy claro sobre tal punto y no sabemos las causas por las que el padre habría cometido el delito. Considerando que él, encontrando al hijo en el momento en que trataba de robar dinero, lo hubiera matado involuntariamente, difícilmente habría sido condenado a una pena capital. Visto que el padre se encontraba bajo proceso y ya que, a partir de Adriano, los bienes del que se suicida deberían ser confiscados, surge la duda si aplicar la disposición también al presente caso. El emperador dispone (probablemente en respuesta al que presentó la cuestión) la no aplicación de la confiscación de bienes, porque la causa del suicidio no habría sido la condena, sino el dolor por la pérdida del hijo; se demuestra así que los casos identificados por Ulpiano en D. 28.3.6.7 como excluyentes de tal confiscación (suicidio por *taedium vitae* o dolor) habrían tenido origen en constituciones imperiales, como sucede en el presente caso examinado; por lo tanto, si el padre hubiera hecho testamento, éste seguiría siendo válido, mientras si hubiera muerto intestado habrían tenido derecho a la herencia los *sui heredes* y no el fisco.

En referencia a la epístola de Adriano a Pompeyo Falcón existe otro pasaje que parecería mencionarla⁵⁰: el de Papiniano, *libro quarto decimo quaestionum* en D. 29.1.34 pr.:

⁵⁰ No creemos que el texto de Arrio Menandro, *libro tertio de re militari*, en D. 49.16.6.7, tome en consideración la epístola de Adriano a Pomponio Falcón, como parecería suponer, si bien con dudas, Volterra, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, cit. 399, porque el rescripto adriano referido por Menandro se refiere a un caso totalmente diferente: las sanciones para el militar que, tratando de suicidarse, no lo hubiera logrado y no la validez o invalidez de su testamento: *Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator Hadrianus rescripsit, ut modus eius rei statutus sit, ut, si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur...* (Respecto al que se hirió o se procuró la muerte, resolvió por rescripto el emperador Adriano, que se determine la circunstancia del caso, para que, si por no sufrir un dolor, o por tedio a la vida, o por enfermedad o por locura, o por pudor prefirió morir, no se le castigue, sino que sea despedido por ignominia, si no alegara ninguno de estos hechos, sea castigado con pena capital...). Sobre este argumento, ver V. Giuffrè, *Lecture e ricerche sulla res militaris*, 2, Napoli, 1996, 316 ss.

Eius militis, qui doloris impatientia vel taedio vitae mori maluit, testamentum valere vel intestati bona ab his qui lege vocantur vindicari divus Hadrianus rescripsit.

El divino Adriano dispuso en un rescripto la validez del testamento de aquel militar que prefirió morir por incapacidad de soportar el dolor o el cansancio de la vida, y la facultad de reivindicar sus bienes, si hubiera muerto intestado, corresponderá a aquellos que por ley son llamados a la herencia.

El presente pasaje no incluye el contenido de la epístola que afirmaba la invalidez del testamento del militar que se hubiera matado por el conocimiento de las consecuencias del delito, sino únicamente refiere los mismos casos por los cuales el testamento seguiría siendo válido: incapacidad de soportar el dolor y el cansancio de seguir viviendo. En el supuesto de muerte sin testamento, si Papiniano afirma en modo general que debería ser aplicada la disposición de la ley de las XII tablas respecto a la sucesión *ab intestato*, Ulpiano es más preciso en D. 28.3.6.7 citando el contenido de la epístola: *si intestato decessit, cognatis aut, si non sint, legioni ista sint vindicanda*. La epístola hace referencia a los cognados en lugar de los agnados, pero tal diferencia no puede crear dudas porque los eventuales hijos del militar habrían podido no tener la ciudadanía romana y, como en el testamento del militar podían ser instituidas válidamente herederas también personas privadas en vía ordinaria de la capacidad de adquisición, como los peregrinos,⁵¹ no vemos razones para poner en duda que lo mismo pudiera suceder en la sucesión *ab intestato*.

En el caso en que faltaran parientes consanguíneos, la disposición adrianea afirma el derecho de la legión a adquirir los bienes del militar. Tal atribución de los *vacantia* concedida a la legión, en lugar del fisco, parecería haber sido un privilegio concedido por Adriano,⁵² que encontraría una razón histórica: la provincia de la Britania en el periodo en que Pompeyo Falcón era gobernador, vivía graves desórdenes sociales, como recuerda *S. H. A. vita Had. 5.2: nam defi-*

⁵¹ Sobre este punto M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, 95.

⁵² En nuestro libro anterior González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 342 ss., hicimos un análisis de los privilegios concedidos por el príncipe a las *civitates* en materia de bienes vacantes por diferentes motivos. No vemos razones para negar la misma posibilidad a las legiones.

cientibus his nationibus, quas Traianus subegerat... Britanni teneri sub Romana ditione non poterant (por ello los pueblos que Trajano había sometido se estaban rebelando... los británicos no podían ya tener bajo la autoridad de Roma); y visto que la legión tenía una importancia estratégica en tal parte del imperio, el príncipe le concedió la posibilidad de reivindicar los bienes de los militares que no tenían herederos.

Como hemos visto en la epístola dirigida a Pompeyo Falcón, el príncipe aplica también a los militares la disposición de derecho común respecto a la confiscación de los bienes del que se suicidó y que habría debido ser condenado con una pena capital. Parecería que en edad adrianea hubiera existido una tendencia a incorporar las normas ordinarias a la materia militar, como se puede comprobar también en otro rescripto de Adriano referido por Trifonino, *libro octavo decimo disputationum* en D. 29.1.41.1:

*Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus Hadrianus rescripsit.*⁵³

La mujer sobre la que puede caer sospecha de torpeza, con base en el testamento del militar no puede pretender nada.

Nosotros sabemos, gracias a Svetonio, *Dom.* 8.4, que el emperador Domiciano, en su intención de reformar las costumbres de su época, quitó a las mujeres inmorales el derecho de recibir herencia o legados (*probrosis feminis ademit ius capiendi legata heredita-*

⁵³ S. Solazzi, *Attorno ai caduca* en *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1963, 339 afirma que el pasaje está interpolado en la parte *in qua... potest*, porque no es justificable que baste la sospecha de torpeza; Adriano debía exigir la certeza. Sobre este punto R. Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria* en *SDHI*, 31, 1965, 42 ss, considera que su tesis no puede ser aceptada, porque las palabras *turpis suspicio* no deben entenderse necesariamente en sentido literal, sino como un eufemismo para indicar aquella que tiene una mala reputación por uno de aquellos hechos que la identifican como *probrosa*. Según nuestra opinión, el texto es clásico, ya que si bien resultaría absurdo considerar que la simple sospecha de torpeza hubiera sido el requisito para excluir a la mujer de la herencia del militar (como podría interpretarse), no lo sería si se presentara tal sospecha como un presupuesto mediante el cual sujetos, a los que les habría correspondido el *caducum*, pudieran pretender la herencia del militar, previa demostración de la torpeza de la mujer.

tesque).⁵⁴ La aplicación de tal disposición probablemente no tuvo efectos en el testamento del militar hasta que Adriano incorporó tal decisión en su rescripto.⁵⁵ La *femina probrosa* y la *mulier, in qua turpis suspicio cadere potest* tienen el mismo significado, porque, como explica Marcelo, *libro vicesimo sexto digestorum* en D. 23.2.41 pr., el término *probrum*, en referencia a las mujeres, significa un modo de vida torpe (*probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent vulgo que quaestum facerent, etiamsi non palam*).⁵⁶ Sobre este punto podremos considerar que la disposición de Domiciano así como la del rescripto adrianeo habrían considerado a las prostitutas como incapaces, como haría pensar el texto de Marcelo especialmente en las últimas palabras; incluyéndose en esta categoría otras mujeres como la “madame”,⁵⁷ las actrices,⁵⁸ la adúltera descu-

⁵⁴ Respecto a la falta de capacidad de las *feminae probrosae* y su efecto ver González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 56 ss. con bibliografía en la nota 73.

⁵⁵ En este sentido ver, por último, T. A. J. McGinn, *Prostitution, sexuality an the law in ancient Rome*, Nueva York, Oxford, 1998, 117.

⁵⁶ El presente pasaje fue analizado por A. Sicari, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari, 1991, 65 ss., con referencias bibliográficas en la nota 13. La investigadora además analiza el término *palam* explicado por Ulpiano, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 22.2.43 pr.-9. Según Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 21 ss., las meretrices para ser consideradas *feminae probrosae* habrían debido ejercitar su actividad públicamente y no clandestinamente, porque faltaría el elemento de la certeza, producido por el requisito de la notoriedad. Además, el dinero recibido por la prestación efectuada no es un requisito esencial, como había afirmado Octaviano en la referencia de Ulpiano, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 23.2.43.3: *Octavenus tamen rectissime ait etiam eam, quae sine quaestu palam se prostituerit, debuisse his connumerari* (con muchísima razón dice Octaviano que también la que públicamente se hubiere prostituido sin ganancia debió contarse entre estas); pero en cualquier caso, para considerarse un *caducum* la cuota de la herencia otorgada a la prostituta, debería ser demostrado el hecho que la mujer era una prostituta aunque su actividad no fuera conocida.

⁵⁷ Así recuerda Ulpiano, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*, en D. 23.2.43.6: *lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere* (Realizar lenocinio no es menos que ganar con el propio cuerpo. Sobre este argumento E. Nardi, *La incapacitas delle feminae probrosae*, en *Studi Sassaresi*, 2, 1939, 151 ss.= *Scritti minori*, 1, Bologna, 1991, 101 ss.; Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 22 ss.

⁵⁸ Sobre este punto el título XLI del libro XI del Código tiene como denominación: *de spectaculis et scaenicis et lenonibus*, viéndose así que eran consideradas del mismo modo las prostitutas y las actrices, además confrontar, por ejemplo, Papiniano, *libro secundo de adulteris* en D. 48.5.11(10).2: *mulier, quae... lenocinium fecerit aut operas suas in scaenam locavit...* (la mujer que... realizó lenocinio o que alquiló su actividad escenográfica). Las actrices son consideradas como las prostitutas por Paulo, *libro secundo ad legem Iuliam et*

bierta en el momento de cometer adulterio y aquella condenada en un juicio público (*iudicio publico damnata*).⁵⁹

Solazzi⁶⁰ sostiene que el presente pasaje recuerda otro de Papiniano, *libro trigesimo tertio quaestionum* en D. 34.9.14:

Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi.

El jurista afirma de haber respondido hace poco (*proxime tibi respondi*) que la mujer reconocida en una sentencia culpable de estupro en cohabitación con un soldado (*mulierem-fuit*), si bien libre del juramento militar, y muerto en el año (*etsi-obierit*), no es admitida como heredera en el testamento efectuado con base en el derecho militar y todo aquello que se le haya dejado corresponderá al fisco (*non-pertinere*).

Una mujer ingenua, de buena familia y no de malas costumbres,⁶¹ fue reconocida culpable de estupro (no en el sentido del derecho actual, sino en el significado romano) porque convivía con un militar, ella se convertía en una *femina probosa* a partir de la condena, y por esto no habría podido recibir nada con base en ningún testamento, después de haberse vuelto incapaz por haber sido condenada en un

Papian, en D. 23.2.47: *senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit...* (la hija de un senador que hubiera obtenido ganancia con su cuerpo o representado en las artes de diversión). Nardi, *La incapacitas delle feminae probosae*, cit., 101 ss., incorpora otros pasajes que no mencionamos para demostrar que la opinión de la sociedad romana sobre tal actividad fue la misma en el transcurso del tiempo; Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 23 n.19, presenta referencias bibliográficas en donde se discute si las actrices habrían sido consideradas *feminae probosae* por el propio trabajo o por la vida inmoral que normalmente llevaban. Nosotros creemos que sea más probable la primera tesis, porque su actividad era considerada por sí misma inmoral, aunque llevaran una vida moral fuera de los escenarios.

⁵⁹ En contra Nardi, *La incapacitas delle feminae probosae*, cit., 101 ss., el cual piensa que las *feminae probosae* eran las profesionistas del *probrum* invocando un pasaje de Papiniano, *libro trigesimo secundo quaestionum*, en D. 34.9.13. Tal tesis no fue aceptada por Solazzi, *Attorno ai caduca*, cit., 338 y por Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 23 el cual hace una exégesis del pasaje, y visto que aceptamos plenamente sus conclusiones, preferimos hacer un reenvío a la presente obra.

⁶⁰ Solazzi, *Attorno ai caduca*, cit., 339, n. 20.

⁶¹ Requisitos para considerar la existencia del estupro como recuerda Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 54 con referencias bibliográficas.

juicio público (*iudicio publico damnata*), después de morir su amante, si hubiera sido denominada heredera por otro militar, habría sido considerada incapaz con base en el rescripto adrianeo. El problema, sin embargo, como se entiende en el texto, no corresponde únicamente a una falta de capacidad,⁶² porque la mujer no únicamente se volvió incapaz por haber sido reconocida culpable, y por ello no poder recibir ninguna herencia, sino que el testador es la misma persona con la cual convivió, o sea el militar muerto dentro del año de su reposo en milicia, con el cual había cometido el estupro. Tal situación habría causado la coexistencia de dos consecuencias: por una parte la mujer habría sido considerada una *femina probosa* después de la condena, pero, además, por otro lado, se habría convertido también en indigna, porque no era posible que hubiera sido instituida heredera en el testamento de aquella persona con la que había cometido el crimen. El conflicto entre incapacidad e indignidad había sido resuelto por Papiniano a favor de esta última y por este motivo los bienes del testador habrían llegado al fisco.

En conclusión, el problema que analiza Papiniano no tiene nada que ver con el rescripto adrianeo,⁶³ porque cuando entran en conflicto problemas de falta de capacidad y de indignidad, es esta última la que prevalece.

Pensamos que el rescripto de Adriano, aplicando a la materia militar una disposición de derecho común, tuviera como objetivo no únicamente evitar a las *feminae probosae*, que hubieran convivido con militares,⁶⁴ de poder obtener en vía hereditaria los bienes de los mismos, sino que pensamos sobre todo en un diseño del príncipe de

⁶² Como sucede con F. C. Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. V. Scialoja, 2, Torino, 1888, 551, Solazzi, *Attorno ai caduca*, cit., 339 n. 20 y Nardi, *La incapacitas delle feminae probosae*, cit., 111.

⁶³ En tal sentido Astolfi, *Femina probrosa, concubina, mater solitaria*, cit., 43 ss. tesis aceptada por Voci, *Diritto ereditario romano*, 1, 443 n. 59, pero el último investigador afirma respecto a D. 34.9.14: "la donna non è probosa (tanto che si commette stuprum con lei), e pertanto non è colpita dalla sanzione generale dell'incapacitas, ma da quella relativa della indignità". Según nuestra opinión su tesis presenta dudas, porque si bien la mujer no era *probosa* antes de cohabitar con el militar, se vuelve una vez reconocido el estupro; por esto habría sido tachada de incapacidad si hubiera sido nombrada heredera en el testamento de otro militar, pero visto que el testador era la persona con la que había cometido el estupro prevalecía la indignidad sobre la falta de capacidad.

⁶⁴ Respecto a la relación entre milicia y prostitución ver B. E. Stumpp, *Prostitution in der römischen Antike*, Berlín, 1998, 186 ss.

querer extender normativas del derecho común al régimen especial previsto por los militares, evitando así situaciones diferentes entre el testamento civil y el militar.

VI. OTRAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Como es notorio, entre los gastos que habrían debido pagar los herederos (si no es que el testamento hubiera establecido en modo diferente) encontramos los gastos del funeral.⁶⁵ Tales gastos debían ser conformes a la facultad y a la dignidad del difunto, como recuerda Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum* en D. 11.7.12.5: *sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti* (los gastos del funeral se regulan según las facultades o la dignidad del difunto).

El testador habría podido establecer una serie de peticiones dirigidas a un heredero, por ejemplo, la construcción de algo de una espectacular magnificencia, como sería el caso de un porticado. Una disposición en tal sentido habría presentado el problema si la edificación suntuosa debería ser considerada entre los gastos del monumento del sepulcro. Adriano sobre este punto hizo un rescripto referido por Macro, *libro primo ad legem vicensimam hereditatium* en D. 11.7.37.1 en donde aclara el problema:

*Monumentum autem sepulchri id esse divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est causa muniendi eius loci factum sit, in quo corpus impositum sit. itaque si amplum quid aedificari testator iusserit, veluti incircum porticationes, eos sumptus funeris causa non esse.*⁶⁶

El divino Adriano estableció en un rescripto que el monumento de un sepulcro (*monumentum-rescripsit*) es algo de un monumento, en otras palabras, aquello que fue hecho con la finalidad de proteger el lugar en donde se metió

⁶⁵ En otra ocasión Y. González Roldán, *Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico*, México, 1997, 164 ss., identificamos los gastos de sepultura que habría debido pagar el comprador de la herencia en el caso en que el heredero la hubiera vendido. El pasaje que refiere tales gastos es el de Ulpiano, *libro vicensimo quinto ad edictum* en D. 11.7.14.3-5.

⁶⁶ E. Albertario, *Da Diocleziano a Giustiniano* en *Studi di diritto romano*, 5, Milano, 1937, 231 ss., piensa que el pasaje haya sido alterado por los compiladores y propone un contenido diferente. Como veremos inmediatamente, su opinión no podrá ser aceptada. A. Rodger, *D.35.2.2* en *ZSS*, 89, 1972, 347 duda que el texto haya llegado en buen estado pero piensa que la opinión de Albertario haya sido debida a una serie de preconceptos.

el cuerpo (*quod-impositum sit*). Por ello, si el testador dio órdenes que venga edificado algo opulento, por ejemplo, pórticos alrededor, estos no entran en los gastos sostenidos por causa del funeral (*itaque-non esse*).

El presente pasaje explica el concepto de *monumentum sepulchri* diferente del cenotafio.⁶⁷ El primer problema que encontramos en el texto es que dentro de los gastos del funeral se encuentra el costo del monumento, cuando en realidad la jurisprudencia parecería cumplir una clara distinción entre los dos tipos, según lo que se encuentra afirmado en un texto de Paulo, *libro singulari ad legem Falcidiam* en D. 35.2.1.19:

De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantam testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumptum est, deducendum. nam eius, quod in extructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam: nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura. idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum.

Se cuestiona si los gastos efectuados por motivo de un monumento funerario deban ser deducidos del patrimonio hereditario (*De-debeat*). Y piensa Sabino que deberían ser deducidos a condición que hubiera sido necesario construir el monumento (*et-extruere*). Consultado Marcelo sobre el problema si deberían ser deducidos como deuda los gastos del funeral y del monumento de la cantidad que el testador ordenó que se efectuara (*Marcellus-debeat*), el jurista respondió que a tal título no se debe deducir más de lo que se gastó para el funeral porque era diferente la causa de lo que se gastó en la realización del monumento (*respondit-causam*); ya que la edificación del monumento no era en este modo necesaria, a diferencia del caso del funeral y de la sepultura, situación por la que al que hubiera sido legado el dinero para hacer un monumento sufrirá la aplicación de la Falcidia (*nec-passurum*).

⁶⁷ Tal distinción se encuentra en Florentino, *libro septimo institutionum* en D. 11.7.42: *Monumentum generaliter res est memoriae causa in posterum prodita: in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum, si vero nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriae causa factum, quod Graeci 'cenotafio' appellant.* (Generalmente monumento es una cosa legada a la posteridad para la memoria, si en ella se enterrase un cadáver o restos humanos, se convertirá en un sepulcro, pero si nada de esto se pusiera en ella, será monumento hecho para memoria, al que los griegos llaman cenotafio).

Albertario⁶⁸ afirma que el texto de Paulo demostraría la alteración del pasaje citado anteriormente, porque habrían sido los compiladores los que hicieron entrar los gastos del monumento en los gastos del funeral. Tal tesis presenta dudas como veremos a continuación. En el rescripto de Adriano fue el testador a pedir (probablemente a uno de los herederos) la construcción de un *monumentum sepulchri*. El gasto de tal tipo de monumento era comprendido entre los del funeral, porque habría sido necesario construirlo de modo diferente a los otros elementos suntuosos; efectivamente su finalidad era la de proteger el lugar en donde había sido depositado el cuerpo. Tal situación encuentra afinidad con la opinión de Sabino, el cual consideraba que si se hubiera hecho necesario construir el monumento (tratándose de un *monumentum sepulchri* y no de un cenotafio), los gastos habrían debido ser deducidos, entrando así a formar parte de los gastos del funeral. Además, como recuerda Florentino, *libro septimo institutionum* en D. 11.7.42, si se enterró el cuerpo en el monumento, el mismo se convierte en sepulcro (*monumentum... in qua si corpus vel reliquiae inferantur, fiet sepulchrum*).⁶⁹

La tesis de Sabino, que Adriano habría aplicado en su rescripto, no venía necesariamente aceptada por toda la jurisprudencia, así el mismo Macro en el pr. de D. 11.7.37⁷⁰ afirma que entre los gastos del funeral se debería comprender aquellos que fueron efectuados antes de la sepultura, introduciendo después la referencia al rescripto adrianeo con un “pero” (*autem*), término con el cual el jurista incorporaría el *monumentum sepulchri* entre tales tipos de gastos, no porque el mismo hubiera estado de acuerdo (en caso contrario lo habría hecho al inicio del texto), sino porque así había sido dispuesto por el príncipe.

Además, según nuestra opinión, Labeón habría podido incluir el *monumentum sepulchri* entre los gastos del funeral, porque Ulpiano,

⁶⁸ Albertario, *Da Diocleziano a Giustiniano*, cit., 231 ss.

⁶⁹ Respecto al sepulcro ver el trabajo de A. Palma, s.v: *sepulcro (dir. rom.)*, en *ED*, 42, Varese, 1990, 1 ss. con bibliografía.

⁷⁰ *Funeris sumptus accipitur, quidquid corporis causa veluti unguentorum erogatum est, et pretium loci in quo defunctus humatus est, et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi et vectura: et quidquid corporis causa antequam sepeliatur consumptum est, funeris impensam esse existimo.* (Sea considerado gasto del entierro, todo lo que se gastó por causa del cadáver, por ejemplo, para los ungüentos, también el precio del lugar en que fue inhumado el difunto y otros tributos que existan, o todo lo que se gastó por causa del sarcófago y del transporte, y del cadáver antes que sea enterrado, todos aquellos pienso que sean gastos del entierro).

libro vicensimo quinto ad edictum en D. 11.7.14.3 presenta la tesis en donde si hubiera sido gastado algo en el lugar en que se enterró el muerto, habría sido considerado un gasto del funeral, porque con base en una necesidad se prepara el lugar en donde se enterró (...*sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferretur, funeris causa videri impensum Labeo scribit, quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur*). No podemos negar que el verbo “parare” (preparar o disponer) podría referirse a un acto anterior a la sepultura y no a uno posterior (como sería el caso del monumento que se incorpora después que se introdujo el cuerpo en la fosa), pero parecería que el pensamiento de Labeón corresponde también a un momento posterior porque el jurista, al hablar de los gastos del funeral, incorpora aquellos efectuados en el lugar en que se enterró el muerto (caso que podría incluir el *monumentum sepulchri*).

Probablemente tal tesis no fue aceptada por Ulpiano porque el jurista en D. 11.7.14.3, antes de referir el pensamiento de Labeón, había afirmado que eran gastos del funeral únicamente aquellos hechos para tal finalidad, sin los cuales no se podría llevar a cabo (*funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideo fuit ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit...*).

Hasta el momento hemos visto como en el siglo I d. C. la jurisprudencia no tenía dudas si incluir o no los gastos del *monumentum sepulchri* entre los gastos del funeral, y como tal tesis había sido aplicada por Adriano en su rescripto. En edad severiana la situación es diferente, porque Macro, así como Ulpiano, habrían comprendido entre los gastos únicamente aquellos que eran anteriores al funeral. Probablemente el cambio de perspectiva inició en un periodo posterior al de Adriano (entre Antonino Pio y Marco Aurelio), porque habría sido Marcelo el que efectuaría la distinción entre gasto del funeral y gasto del monumento, como si observa en D. 35.2.1.19. El jurista, con una visión más limitada habría afirmado que mientras el funeral y la sepultura eran necesarios, la construcción del monumento no lo sería. No estamos seguros que Marcelo hubiera hecho mención del *monumentum sepulchri* porque habría podido referirse al cenotafio, pero si su opinión fuera tal sería evidente un cambio de perspectiva. En conclusión la tesis de Albertario no puede ser aceptada ya que el texto de Paulo no puede demostrar la alteración sufrida en el texto de Macro.

Veamos ahora el rescripto de Adriano con la finalidad de determinar su decisión en relación con la disposición del testador. Probablemente el *de cuius* había establecido en su testamento que uno de los herederos habría debido realizar un *monumentum sepulchri* y otras construcciones suntuosas. Tales gastos seguramente eran muy altos y el heredero, al cual se le había dirigido la disposición, habría solicitado al emperador una explicación si deberían ser considerados gastos funerarios. La determinación de la cuestión tenía consecuencias bajo el aspecto práctico, porque, como es notorio, los gastos de sepultura debían ser pagados con el patrimonio hereditario, disminuyendo por tanto la cantidad que habría sido percibida por todos los herederos. El emperador incluyendo el *monumentum sepulchri* entre los gastos del funeral, habría hecho en modo que no únicamente el heredero al cual había sido dirigida la disposición hubiera sufrido la disminución de su cuota hereditaria, sino también los otros, situación que no habría sucedido en el caso de los pórticos que no eran gastos funerarios.

Ya que hasta este momento hemos hablado del *monumentum sepulchri*, pensamos que este sea el lugar adecuado para referir otro rescripto adrianeo relacionado con la sepultura. Ulpiano, *libro vicen-simo quinto ad edictum* en D. 47.12.3.5 cita su contenido:

*Divus Hadrianus rescripto poenam statuit quadraginta aureorum in eos qui in civitate sepeliunt, quam fisco inferri iussit, et in magistratus eadem qui passi sunt, et locum publicari iussit et corpus transferri. quid tamen, si lex municipalis permittat in civitate sepeliri? Post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus, quia generalia sunt rescripta et oportet imperialia statuta suam vim optinere et in omni loco valere.*⁷¹

El divino Adriano estableció en un rescripto una pena de cuarenta aureos, que ordenó fueran pagados al fisco por aquellos que hubieran enterrado un muerto en la ciudad (*divus-iussit*) y la misma pena en contra de los magistrados que lo hayan permitido, y ordenó que el lugar fuese confiscado y el

⁷¹ F. Lamberti, *Tabulae Irnitanae*, Napoli, 1993, 248 ss. hizo notar que la segunda parte del texto (de *post rescripta principalia* en adelante) es formulada en modo sospechoso porque el texto iniciaba hablando de un rescripto para después hacer un discurso referente a los rescriptos de los príncipes perdiendo así una cierta coherencia, además la expresión *imperialia statuta*, que indicaría los rescriptos imperiales, no encuentra otras menciones en los textos del Digesto. En la presente investigación únicamente interesa el contenido de la primera parte del pasaje que no presenta problemas de interpolación.

cuerpo transferido (*et-transferri*). Sin embargo, en el caso en que el estatuto municipal hubiera permitido de poder enterrar cadáveres en la ciudad, ¿qué se haría al respecto? Veamos si después de los rescriptos de los príncipes haya sido abandonada tal práctica, porque tales actos son generales y es adecuado que las disposiciones imperiales tengan fuerza propia y sean válidas en todo lugar (*quid-valere*).

El rescripto adrianeo en materia de higiene comunal probablemente fue emitido con base en una cuestión dirigida por alguna ciudad.⁷² En tal disposición Adriano presenta nuevamente la prohibición decemviral de enterrar cadáveres en la ciudad,⁷³ incluyendo diferentes sanciones: el pago de cuarenta aureos al que no hubiera obedecido y a los magistrados que hubieran autorizado la sepultura, así como la confiscación del lugar en donde el cuerpo hubiera sido inhumado y el traslado del cuerpo. La doctrina manifestó especial interés por las últimas afirmaciones del jurista,⁷⁴ pero para nosotros, en la presente investigación, solamente la primera parte tiene interés porque demostraría que un funeral no habría podido ser celebrado *intra moenia* (dentro de los muros de la ciudad), no obstante así hubiera establecido el *de cuius* en su testamento.

Dentro de las disposiciones testamentarias el testador habría podido conceder la libertad a un esclavo con la condición de dar una cantidad de dinero al heredero. El problema que podía presentarse era el de la muerte del heredero antes de recibirla y sobre este punto Adriano emanó un rescripto referido por Paulo en el libro sedicesimo *ad Plautium* en D. 40.7.20.4:

*Heredi autem iussum dare, etiam heredis heredi dare posse divus Hadrianus rescripsit; et si hoc sensit testator, etiam in legatario idem dicendum est.*⁷⁵

⁷² Tesis de F. M. de Robertis, *Sulla efficacia normativa delle costituzioni imperiali*, 2, Bari, 1942, 168 ss., la cual encontraría como fundamento la cuestión presentada por el jurista (*quid-sepeliri*) que haría pensar que había sido la falta de una reglamentación existente el motivo por el que los *municipes* solicitarían el parecer del emperador.

⁷³ *Tabula* 10.1. *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito* (el muerto no debe ser enterrado ni cremado en la ciudad), en *F.I.R.A.*, 1, 66.

⁷⁴ Sobre este punto, además de los autores citados en nota, ver T. Spagnolo Vigorita, *La legislazione imperiale. Forme e orientamenti* en *Storia di Roma*, 2.3, Torino, 1992, 111 n. 135.

⁷⁵ G. Grosso, *Sull'applicazione della regola: heredi decem dare iussum et liber esse et heredis heredi dando pervenit ad libertatem* en *Scritti giuridici in O. di A. Ascoli*, Messina, 1931, 39 ss., = *Scritti storico giuridici*, 3, Torino, 2001, 343 ss. no pone en duda

Pero el divino Adriano respondió en un rescripto que el esclavo al que se le ordenó de dar dinero al heredero puede darlo también al heredero del heredero (*Herediti-rescripsit*); y lo mismo debe ser dicho también en relación con el legatario, si esta sea la voluntad del testador (*et-dicendum est*).

No existen dudas que el *statuliber* habría podido obtener la libertad también después de la muerte del heredero (o del legatario) a quien debía dar una cantidad de dinero,⁷⁶ pero, si el heredero (o el legatario) hubiera muerto, la cantidad habría podido entregarse al heredero del heredero, y tal criterio habría sido aceptado por toda la jurisprudencia.⁷⁷

Una disposición testamentaria que habría podido causar problemas sería el de la mujer de un militar *filius familias* que había nombrado heredero al marido. El caso fue afrontado por Adriano en otro rescripto referido por Papiniano, *libro sexto decimo quaestionum*, en D. 49.17.13 y *libro nono decimo responsorum*, en D. 49.17.16 pr. El primer texto dice:

*Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat filium, extitisse heredem et ab eo servos hereditarios manumissos proprios eius libertos fieri.*⁷⁸

el contenido del presente principio sino su aplicación a un pasaje de Papiniano, en el libro vigésimo primero *quaestionum* en D. 40.7.34 pr. G. Donatuti, *Lo statulibero*, Milano, 1940, 256, sustituye el término *testator* por *heres* pero tal propuesta no puede ser aceptada porque el rescripto trata de una disposición testamentaria y no vemos razones por las que habría debido tener importancia la voluntad del heredero. No existen dudas de su origen clásico por parte de P. Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione*, Bari, 2006, 91 y 236.

⁷⁶ Sobre este punto ver el pasaje anterior en D. 40.7.20.3, en donde es presentado el punto de vista de Sabino y el de Juliano; sobre tal ver Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione*, cit. 215 ss.

⁷⁷ Ver Papiniano en el libro vigésimo primero en D. 40.7.34 pr; Ulpiano, en el libro vigésimo séptimo *ad Sabinum* en D. 40.7.6.4; Modestino, libro quinto *differentiarum* en D. 35.1.51.1; Hermogeniano, libro primero *iuris epitomarum* en D. 35.1.94.1.

⁷⁸ El presente texto así como el segundo causan problemas a una parte de la doctrina que no acepta que la herencia de la mujer del militar pueda formar parte del peculio castrense; así, por ejemplo, G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 5, Leipzig, 1931, 59 modifica el contenido de los pasajes y lo mismo sucede con E. Albertario, *Appunti sul peculio castrense* en *Studi di diritto*, 1, Milano, 1933, 174 ss. F. La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano, 1953, 51 ss. es de la misma opinión y llega a la conclusión que D.49.17.13 fue falsificado. Por el contrario, estamos de acuerdo con A. Guarino, *L'oggetto del castrense peculium*, en *BIDR*, 48, 1941, 64 ss., que el contenido de los textos sea clásico, como veremos inmediatamente.

El divino Adriano estableció con un rescripto que la mujer que había instituido heredero el *filius* militar permanece tal y que los esclavos hereditarios que había manumitido se vuelven sus libertos.

El segundo:

Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. nec ea res contraria videbitur ei, quod divi Hadriani temporibus filium familias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrense peculium habuisse. nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.

Respondí que la dote dada o prometida al *filius familias* no forma parte del peculio castrense (*Dotem-respondi*). Tal afirmación no es contraria a la decisión establecida en los tiempos del divino Adriano donde el *filius familias* militar permanecía heredero de su mujer y la herencia formaría parte del peculio castrense porque había sido adquirida por derecho adventicio (*nec-quaeritur*), pero la dote que tiene como fundamento el matrimonio se incorpora en los gastos del mismo modo como sucede con los hijos en común que forman parte de la familia del abuelo (*dos-confertur*).

No podemos negar la dificultad que existe en considerar la herencia de la mujer como parte del peculio castrense, porque, como es notorio, tal corresponde a lo que el *filius familias* adquiere en la milicia y seguramente tal herencia no tiene nada que ver con la función militar. Claramente Guarino⁷⁹ afirma sobre este punto que lo que se adquiere en la milicia es una categoría de bienes, particularmente determinada, que los emperadores a partir de Augusto hasta Adriano, concedieron al *filius familias* que se dedicaba a las armas y que, si bien la herencia de la mujer correspondía a otra categoría de bienes, el *princeps* habría concedido la posibilidad de gozar del mismo régimen de lo adquirido en guerra.

La Rosa⁸⁰ no está de acuerdo con la reconstrucción de Guarino, porque la considera una tentativa audaz para salvar la información

⁷⁹ Guarino, *L'oggetto del castrense peculium*, cit., 64 ss.

⁸⁰ La Rosa, *I peculii speciali in diritto romano*, cit., 51 ss.

de los dos fragmentos, no logrando el investigador su cometido. El rescripto adrianeo encontraría como obstáculo un texto de Ulpiano, *libro quadragesimo quinto ad edictum* en D. 49.17.8,⁸¹ en donde se excluye que el *filius familias* pueda adquirir en su peculio un legado dispuesto por la mujer. ¿Habría sido excluido de un legado lo que por el contrario se habría adquirido con base en una herencia? Además, la investigadora recuerda la información de C. 12.36(37).1.3,⁸² en donde se dice que la herencia de la madre no forma parte del peculio castrense.

Las anotaciones de la investigadora no parecen insuperables, porque si Adriano hubiera concedido a un militar el privilegio de incluir la herencia recibida de la mujer como parte integrante del peculio castrense, no significa por esto que tal decisión (limitada al caso concreto) debiera ser aplicada a una materia diferente como era la de los legados. Además, la constitución de Alejandro Severo trata de un argumento diferente al del rescripto adrianeo.

En conclusión, consideramos sea clásico el contenido de los pasajes en donde se cita el rescripto adrianeo en donde el *princeps* habría concedido al *filius familias* militar el privilegio de incluir en su peculio la herencia de la mujer. Tal decisión no habría alterado la naturaleza de tal peculio castrense, pero habría simplemente consentido al *filius familias* de obtener la aplicación de tal régimen en la adquisición de los bienes de su esposa. La decisión del *princeps* fue novedosa y evidentemente no correspondía a una rígida interpretación del concepto de peculio castrense, sino, como hemos visto también en otros casos, los rescriptos de Adriano fueron varias veces novedosos.

⁸¹ *Si forte uxor vel cognatus vel quis alius non ex castris notus filio familias donaverit quid vel legaverit et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat: an possit castrensi peculio adgregari? et non puto: veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit.* (Si acaso la mujer o un cuñado u otra persona le hubiere donado o legado con ocasión de la milicia a un hijo de familia o hubiera expresamente establecido que lo tuviera en su peculio castrense, ¿puede ser incorporado al peculio castrense? No lo considero posible, porque atendemos a la verdad, sobre si el conocimiento o el afecto es de considerarse como castrense, no lo que se fingió como tal).

⁸² Constitución del emperador Alejandro Severo del 223 d. C: *matris autem hereditas, quamvis in militia delata sit, ad peculium castrense non pertinet.* (Pero la herencia de la madre, al que le fue dejada no obstante se encuentre en la milicia, no pertenece al peculio castrense).

Como es notorio, entre las disposiciones testamentarias podemos encontrar legados, fideicomisos y manumisiones fideicomisarias, considerando que en el periodo adrianeo estos argumentos fueron ampliamente tratados, ya publicamos anteriormente dos investigaciones sobre tales aspectos.⁸³

VII. TESTAMENTO INOFICIOSO, FALSO, RUPTUM. POSIBILIDAD DEL HEREDERO DE EJERCITAR ACCIONES ÚTILES EN CONTRA DEL LEGATARIO

En un pasaje de Ulpiano, *libro quarto decimo ad edictum* en D. 5.2.8.16 encontramos referencias a una disposición adrianea que habría establecido la posibilidad del heredero de demandar a los legatarios con acciones útiles cuando el testamento fuera inoficioso:

*Si ex causa de inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit, aut ab eo qui optimuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optimuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt.*⁸⁴

Si por un juicio de inoficiosidad,⁸⁵ el juez haya conocido de la cuestión y haya decidido en contra del testamento, y no se hubiera hecho apelación, el testamento dejará de tener efectos jurídicos (*Si-rescissum est*) y será consi-

⁸³ Y. González Roldán, "Manumisiones fideicomisarias. Senadoconsultos y constituciones de edad adrianea", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 33, 2009, 445 ss. "Legados en edad adrianea. Disposiciones normativas", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 34, 2010, 265 ss.

⁸⁴ El texto seguramente es una síntesis de los compiladores, pero su contenido es clásico como piensa Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 689 y aceptan otros autores como L. Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti*, Napoli, 1972, 230 ss. y S. Querzoli, *I testamenta e gli officia pietatis*, Napoli, 2000, 140, n. 106, con referencias bibliográficas. Efectivamente la referencia al *bonorum possessor* resulta oscura, pero la explicación de L. Gagliardi, *Decemviri e Centumviri*, Milano, 2002, 299 ss. es aceptable.

⁸⁵ M. Marrone, "L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano", en *AUPA*, 24, 1955, 453, n. 131, presenta las diferentes interpretaciones que la doctrina hizo respecto a los términos *ex causa*, pero el investigador piensa, justamente como nosotros, que tienen el significado de controversia o proceso.

derada *heres suus* la persona a favor de la cual se juzgó, y si hubiera existido un conflicto será un *bonorum possessor (et suus-contendit)*; y las libertades *ipso iure* no tendrán valor, ni serán debidos los legados, y aquellos legados que hubieran sido cumplidos, serán repetidos por parte del que hubiera cumplido o por el que ganó el juicio, y en los dos casos con una acción útil serán repetidos (*et libertates-repetuntur*). Generalmente en el caso en que antes de la controversia se hubieran cumplido, los repite el que ganó y así fue establecido con rescriptos por el divino Adriano y el divino Antonino Pio (*ferre-rescripserunt*).

El pasaje ulpiano explica las consecuencias de una sentencia de *querela inofficiosi testamenti* favorable al querellante:⁸⁶ el testamento se rescinde *ipso iure* y como tal no produce efectos para el derecho civil. Las manumisiones no serán debidas,⁸⁷ así como tampoco los legados; pero el problema principal consiste en los legados que fueron cumplidos: el jurista afirma que podrían ser repetidos con una acción útil por parte del que los hubiera cumplido o quien hubiera ganado el juicio de inoficiosidad. Sobre este punto Ulpiano recuerda un rescripto de Adriano (y también otro de Antonino Pio),⁸⁸ en donde el príncipe habría considerado que si antes de la *querella* hubieran sido cumplidos los legados, el querellante, que había ganado el juicio de inoficiosidad, habría podido ejercitar una acción en contra de los

⁸⁶ Ver el caso contrario (consecuencias de una sentencia desfavorable en un juicio de impugnación del testamento por inoficiosidad) en nuestra monografía, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 90 ss. Seguramente el dato ulpiano correspondía a una *cognitio extra ordinem* y no a un *iudicium centumvirale*, como podría demostrarse en la referencia al *iudex* que habría pronunciado la sentencia, pero sobre este punto (que no interesa en la presente sede porque el régimen sustancial es el mismo para las sentencias centumvirales, así como para las sentencias *extra ordinem*) existen diferentes opiniones que fueron ampliamente tratadas por K. P. Müller-Eiselt, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlín, 1982, 105 ss.

⁸⁷ Sobre este punto específico ver G. Impallomeni, *Le manomissioni mortis causa*, Padova, 1963, 188 ss., en donde el investigador recuerda el pasaje posterior en D. 5.2.8.17 que afirmaría la validez de las manumisiones si la *querella* hubiera sido efectuada después de cinco años, pero ya que tal problema no concierne, el rescripto adriano no será afrontado en esta investigación.

⁸⁸ Müller-Eiselt, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, cit. 106, hizo notar el modo poco elegante de la referencia al contenido del rescripto adriano (*sed soluta-repetuntur*) porque, por ejemplo, se encuentra repetido dos veces el término *repetuntur*, pero el pasaje es un resumen de los compiladores. No vemos motivos para poner en duda, como hace Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 458, que Adriano, así como Antonino Pio, habían emanado disposiciones en el mismo sentido.

legatarios. La breve referencia al rescripto no especifica en qué modo habría podido ejercitar la acción el querellante que ganó el juicio, pero no vemos motivos para negar la posibilidad de hacerlo con acciones útiles, sobre todo porque antes de la citación del rescripto, Ulpiano refiere la acción útil y, además, como recuerda la doctrina,⁸⁹ la *condictio indebiti* no habría podido corresponder al querellante que ganó el juicio, porque no había pagado los legados y tampoco al heredero testamentario, porque no había pagado algo no debido. Si bien el rescripto adriano (y el de Antonino Pio) había declarado que sería el querellante que ganó el juicio a pretender la restitución de los legados, debemos subrayar que en edad severiana la aplicación de la decisión del príncipe era una simple posibilidad, porque el término *ferre* (generalmente) no excluiría que también quien había cumplido los legados pudiera ejercitar acciones útiles.

Antes de continuar con el análisis del rescripto adriano debemos hacer un paréntesis concerniente a la citación de la *bonorum possessio*. El texto sobre este punto no es claro porque, como hace notar Voci,⁹⁰ la contraposición entre heredero civil y *bonorum possessor* es presentada en modo confuso: antes de nada la preposición está sin un nexo gramatical con la anterior (aquella era impersonal y ahora entra un *suius heres*) y en segundo lugar el inciso *si hoc se contendit* (si hubiera existido un conflicto) es oscuro y se puede interpretar sólo con un poco de buena voluntad. Probablemente sobre este punto tiene razón Gagliardi,⁹¹ quien piensa que en el presente caso el querellante ganador habría sido considerado heredero, además de *bonorum possessor*, si con tal título hubiera iniciado el juicio. El *suius heres*, antes de intentar la *querella*, se había dirigido al pretor para pedir la *bonorum possessio litis ordinandae gratia*, no obstante en el presente caso la misma no habría sido necesaria para instaurar la *querella inofficiosi testamenti*, como puede confirmar Paulo, *libro singulari*

⁸⁹ Tesis de Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 460, seguida por N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.*, Milano, 1974, 119 y por I. Fagnoli, *Rescripts actionem dandam sulla reperibilità del legato per damnationem*, en *Labeo*, 47, 2001, 262.

⁹⁰ Voci, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 689. Soluciones diferentes de la doctrina son presentadas por Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, cit., 231 n.100.

⁹¹ Gagliardi, *Decemviri e Centumviri*, cit., 299 ss. y sobre todo la nota 483 de la p. 300.

de septemviralibus iudiciis, en D. 5.2.7: *ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei necessaria* (supongamos que él estuvo bajo potestad, en tal caso la *bonorum possessio* no sería necesaria). Por tanto, visto que el querellante había ganado, habría sido reconocido no únicamente *heres suus* sino también *bonorum possessor*.

Regresando al rescripto de Adriano parecería que el mismo hubiera sido citado también por Ulpiano, *libro sexto decimo ad Sabinum* en D. 12.6.2.1:

*Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur; vel si post multum temporis emergerit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademptionem continent legatorum solutorum vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relictas sunt. nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.*⁹²

Si hubiera sido pagada alguna cosa según el testamento, que después resultó falso, inoficioso, irrito o inválido se repetirá (*Si-repetetur*), y se hará así también en el caso en que después de mucho tiempo haya surgido una deuda o bien hayan sido elaborados codicilos que se encontraban escondidos por un largo tiempo en donde se establecía la revocación de los legados cumplidos o la reducción por el hecho que las mismas cosas fueron dejadas en legado a otras personas (*vel si-sunt*). Efectivamente, respecto al testamento inoficioso y falso, el divino Adriano estableció con un rescripto que debe

⁹² Recuerda Fagnoli, *Rescripsit actionem dandam. Sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit., 263 ss. que por un largo tiempo la entera frase *vel si post-relictas sunt* fue considerada una incorporación postclásica. El término *repetetur*, así como se presenta en el texto, no aclara a quién debería corresponder la repetición. Según E. Valiño, *Acciones útiles*, Pamplona, 1974, 198, el pasaje mencionaba dos instrumentos procesales diferentes, los dos idóneos para obtener la restitución de lo no debido, el verbo *repetetur* (es repetido) habría sido referido a aquel que había pagado los legados y que habría podido ejercitar la *condictio* y con la palabra *nam* (ciertamente) habría sido introducido un caso diferente, la posibilidad de ejercitar en vía útil el que habría resultado heredero después de haber sido demostrado que el testamento era inoficioso o falso. Tal tesis no es aceptada por Fagnoli, *idem*, 264 ss., el cual justamente hace notar la dificultad de pensar que Ulpiano, ignorando totalmente la *regula* del *ius civile*, habría admitido, en toda una serie de casos de ineficacia del testamento, la posibilidad de ejercitar la *condictio* para exigir los legados. Efectivamente, la *condictio indebiti* no habría podido corresponder al heredero testamentario porque no había pagado algo indebido. Nosotros creemos que el término *repetetur* (ser repetido) corresponde al sujeto mencionado en el rescripto adrianeo, esto es, aquel a quien le fue concedida en vía útil una acción.

ser concedida una acción a aquel a favor del cual se hubiera adjudicado la herencia (*nam-iudicatum est*).

En la primera parte del pasaje el jurista presenta una serie de casos en donde el heredero legítimo habría podido exigir la restitución de aquello que hubiera sido pagado de acuerdo con un testamento que no habría debido producir efectos; después cita otros casos en donde el heredero testamentario habría podido hacer lo mismo. Después de tales datos Ulpiano afirma que Adriano habría establecido con un rescripto que, en el caso del testamento inoficioso y falso, se habrían debido conceder a aquel que hubiera obtenido la herencia, una acción para repetir lo que se hubiera pagado.

No ponemos en duda que el presente pasaje haga referencia al rescripto adrianeo, referido también en D. 5.2.8.16 como piensa la doctrina;⁹³ pero el problema es que en D. 12.6.2.1 la disposición trataría del testamento inoficioso y del falso, mientras que en el otro texto el caso correspondería únicamente al *inofficiosum*. Según nuestra opinión los términos *inofficiosum et falsum testamentum* no deberían necesariamente relacionarse con un solo rescripto, sino que podría comprender varios rescriptos (entre ellos el mencionado en D. 5.2.8.16) que habría aceptado la misma solución aplicada a los testamentos inoficiosos y a los falsos.

Fagnoli acepta la tesis de Marrone⁹⁴ según la cual el rescripto de Antonino Pio, mencionado también en D. 5.2.8.16, habría delimitado la aplicación del remedio concedido de su predecesor Adriano a los legados pagados antes de haberse iniciado el juicio. Según el investigador, la limitación se debería interpretar a la luz de lo establecido en el senadoconsulto "Juvenciano", en donde tal norma estableció que el poseedor demandado con la *querella* sería considerado responsable de los bienes hereditarios enajenados después del inicio de la controversia, con la consecuencia que el heredero vencido habría sido obligado en todo caso a entregar las cosas hereditarias enajenadas o cedidas, de las que había perdido con conocimiento su posesión. Por

⁹³ Como Fagnoli, *Rescripsit actionem dandam. Sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit. 262 ss. y Gagliardi, *Decemviri e Centumviri*, cit., 230.

⁹⁴ Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 459 ss. Tesis seguida por Fagnoli, *Rescripsit actionem dandam sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit. 262 ss.

tanto, en abstracto, el heredero victorioso habría podido exigir la repetición de los legados a su contraparte con base en el senadoconsulto y, al mismo tiempo, habría podido exigir en contra del que los recibió con base en la novedad adrianea: por este motivo, probablemente, el emperador Antonino Pío interviene para delimitar la aplicación del remedio concedido por su predecesor Adriano a los legados antes de haberse iniciado el juicio.

No aceptamos la presente tesis, porque Ulpiano en D. 5.2.8.16, cuando refiere los rescriptos de Adriano y Antonino Pío, no hace una distinción total en relación con los mismos. El jurista afirma que los dos eran referidos al mismo problema: cumplimiento de los legados antes del inicio de la controversia (*autem si ante controversiam motam soluta sunt... et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt*). Además, en D. 12.6.2.1 el *rescriptum* adrianeo trata el mismo problema, como puede observarse al inicio del pasaje, donde, efectivamente, antes había sido pagado el legado y después fue considerado el testamento inoficioso (*si quid ex testamento solutum sit, quod postea... inofficiosum... apparuerit*). Por ello no vemos ninguna relación entre la disposición y el senadoconsulto "Juvenciano", porque este último no estableció que el poseedor demandado en la *querella* fuera considerado responsable de los bienes hereditarios enajenados después del inicio de la controversia, sino que concede a aquel que fue reconocido como heredero, la posibilidad de pretender con la petición de herencia el precio recibido de los poseedores que habían enajenado las cosas hereditarias (D. 5.3.20.6b). Además, si bien en vía interpretativa al §6c del *senatus consultum* Ulpiano en D. 5.3.25.7,⁹⁵ afirma la responsabilidad de los poseedores, también después de la *litis contestatio*, debemos notar que el presupuesto de la disposición del senado era la "pérdida dolosa de la posesión" y la jurisprudencia nunca consideró el cumplimiento de los legados como un ejemplo de tal tipo de pérdida.

En el caso en que los herederos designados como tales en un testamento inoficioso hubieran cumplido los legados, el querellante victorioso habría podido demandar a los legatarios con acciones útiles, si antes del inicio de la *querella* hubieran recibido los legados, como

⁹⁵ Sobre este punto reenvío a nuestra monografía, González Roldán, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, cit. 203 ss.

afirmaba el rescripto de Adriano (y también el de Antonino Pío). En el caso en que esto hubiera sucedido después, en vía interpretativa se habría podido hacer lo mismo, como demuestra Ulpiano en D. 12.6.2.1 cuando se refiere nuevamente al rescripto sin distinguir si los legados fueron entregados antes o después del inicio de la *querella*.

En otro rescripto adrianeo viene tratada la posibilidad del heredero de demandar a los legatarios con acciones útiles para la restitución de aquello que se les había pagado, no por causa de un testamento inoficioso y falso como vimos anteriormente, sino por un testamento que era válido y que después por un nuevo *testamentum*, el anterior se convertía en *ruptum*. El dato se encuentra en Paulo, *libro tertio ad Sabinum* en D. 12.6.4:

Idem divus Hadrianus rescripsit et si aliud testamentum proferatur.

Lo mismo estableció con un rescripto el divino Adriano también si fue realizado otro testamento.

El presente texto se encuentra unido en la compilación justiniana a otro pasaje de Papiniano, *libro vicensimo octavo quaestionum*, en D. 12.6.3, en donde viene citado un rescripto de Antonino Pío que habría concedido al póstumo o al hijo que regresó de la tierra extranjera en donde se encontraba esclavizado acciones útiles en contra de aquellos que habrían recibido los legados;⁹⁶ por esto, el texto se debería interpretar en el sentido que Adriano había concedido acciones útiles en contra de los legatarios del testamento que se había convertido

⁹⁶ *Idem est et si solutis legatis nova et inopinata causa hereditatem abstulit, veluti nato postumo, quem heres in utero fuisse ignorabat, vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obisse falso praesumpserat: nam útiles actiones postumo vel filio, qui hereditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, imperator Titus Antoninus rescripsit, scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur nec periculum huiusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.* (Sucede lo mismo si pagados los legados, una nueva causa y sin discusión privó de la herencia, por ejemplo, habiendo nacido un póstumo, que el heredero ignoraba que se encontraba en el claustro materno, o también habiendo regresado de los enemigos el hijo, que erróneamente había considerado que el padre había muerto, porque el emperador Tito Antonino respondió en un rescripto, que debían darse al póstumo, o al hijo que había vindicado la herencia, las acciones útiles contra los que percibieron el legado, ciertamente, porque el poseedor de buena fe se obliga por cuanto se hizo más rico y el riesgo de créditos de esta naturaleza no corresponderá al que pagó sin culpa).

en *ruptum* del mismo modo como había hecho el emperador posterior en otras situaciones en donde el testamento no habría podido producir efectos.

El problema que debemos afrontar en este momento es si los rescriptos adrianeos que hemos visto en el presente párrafo puedan ser considerados novedosos o si simplemente el príncipe habría explicado en tales *rescripta* la utilización de un remedio procesal que habría tenido aplicación en su tiempo (así como habría hecho también Antonino Pio). Varios autores⁹⁷ piensan que en el caso del testamento inoficioso el rescripto adrianeo fue novedoso, porque habría establecido la derogación de la regla de la irretroactividad de la sentencia de inoficiosidad. Según esta teoría, antes de Adriano el querellante victorioso no habría podido exigir los legados cumplidos ya que la sentencia de inoficiosidad no habría podido producir efectos rescisorios retroactivos; además, gracias a su rescripto, habría podido demandar a los legatarios con acciones útiles.

Según nuestra opinión, difícilmente puede ser aceptada la presente tesis porque, si antes de Adriano, el querellante victorioso no hubiera podido exigir los legados pagados antes de la *querella*, entonces no habría tenido sentido la existencia de la *cautio evicta hereditate legata reddi* que podía ser exigida por el heredero testamentario a los legatarios, inclusive antes de la *querella*;⁹⁸ además, la concesión de

⁹⁷ Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit. 451 ss. Tesis aceptada por N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, 1974, 118 ss. Fagnoli, *Rescripts actionem dandam sulla reperibilità del legato per damnationem*, cit., 261, afirma que no es posible demostrar la presente tesis.

⁹⁸ La presente *cautio* podía ser exigida por el heredero testamentario desde el momento en que el juicio de inoficiosidad se estaba efectuando, así como anteriormente recuerda Ulpiano, *libro septuagesimo nono ad edictum*, en D. 35.3.3.6: *si legatarius heredi, qui controversiam hereditatis patitur iam vel sperat, de restituendo legato sibi praestito caverit...* (Si el legatario le hubiera dado al heredero, que ya soporta cuestión sobre la herencia, o que la espera, caución de restituir el legado que se le entregó...). Ciertamente la presente *cautio* era usada sobre todo en los casos en donde la cosa que habría sido entregada al legatario hubiera pertenecido al heredero establecido en el testamento, pero podía ser exigida también cuando se pagaba con dinero de la herencia, así Paulo, *libro septuagesimo quinto ad edictum*, en D. 35.3.4.2, afirma que ciertos juristas creían que la *cautio* no era necesaria en tal caso (pudiéndose interpretar que otros hubieran pensado en modo diferente): *haec cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat vel rem tradat: si vero pecuniam hereditariam solvat vel rem tradat, quidam non putant cavendum, quia nec teneri potest eo nomine victus, cum non possideat vel dolo fecerit, quo minus possideat...* (Esta caución es

acciones útiles no correspondían en el periodo adrianeo únicamente al testamento inoficioso, sino también al falso y al *ruptum*, casos en donde seguramente se habría podido pretender la restitución de los legados mucho antes de Adriano.

En conclusión no podemos afirmar que los rescriptos que vimos anteriormente hubieran concedido por la primera vez acciones útiles a favor del heredero en contra de los legatarios que hubieran recibido legados con base en un testamento inoficioso, falso o *ruptum*, porque, si bien no tenemos noticias sobre el remedio que se habría podido otorgar al heredero antes de Adriano, no creemos que la solución hubiera sido diferente (la *condictio indebiti* no habría podido corresponder por los motivos que vimos anteriormente). El rescripto adrianeo daba un parecer jurídico, que si bien correspondía a un caso específico, se habría podido aplicar también a otros casos futuros.⁹⁹ Visto que tal remedio procesal tenía aplicación en su tiempo, en el caso en que hubieran sido cumplidos los legados, el verdadero heredero habría podido pretenderlos de los legatarios con acciones útiles. Otra posibilidad habría sido que el verdadero heredero hubiera pretendido de la persona, que había cumplido los legados, la restitución de los mismos, en tal caso el que se encontraba obligado en el *testamentum* (si hubiera sido hecha la *cautio evicta hereditate legata reddi*) habría podido demandar a los legatarios con *l'actio ex stipulatu* para obtener

ciertamente necesaria, si alguno pagara con dinero propio, o entregase una cosa suya; pero si pagara con dinero de la herencia o entregase cosa de ésta, algunos no creen que se deba dar caución, porque tampoco puede quedar obligado por este título el vencido, no poseyendo, o no habiendo hecho con dolo de modo que no posea...). En referencia a la presente *cautio* ver O. Lenel, *Das Edictum perpetuum*, Aalen, 1956, 537 ss.

⁹⁹ Efectivamente la utilización de una acción útil, así como se encuentra citada en el rescripto adrianeo era considerada no únicamente por Ulpiano en D. 5.2.8.16 y D. 12.6.2.1, sino también por Papiniano en D. 12.6.3 (texto que transcribimos en la nota 96) y en el libro sexto *responsorum*, en D. 29.1.36.2, en donde el jurista presenta el caso de un testamento *ruptum* que se volvió tal porque el militar que lo había elaborado ignoraba que su mujer se encontraba embarazada: *Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnatam ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit neque legata deberi. si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset, utilibus actionibus filiae datis...* (Un militar que desconocía que su mujer estaba embarazada hizo su testamento sin hacer mención del nascituro, habiendo nacido una hija después de la muerte del padre, resultó el testamento roto y por ello que no se debieran los legados, pero si en el tiempo intermedio hubiera cumplido algunos legados el heredero instituido en el testamento, han de ser revocados por causa de este acontecimiento imprevisto mediante acciones útiles que habrá la hija...).

la restitución; pero, si no se hubiera diligentemente cautelado con la presente *cautio*, habría podido de todos modos demandar con una acción útil (como sería el caso de Ulpiano en D. 5.2.8.16).

Además, debemos subrayar que los rescriptos adrianeos eran referidos únicamente a los legados que habían sido pagados con el patrimonio hereditario, porque, como es notorio, también el testador habría podido otorgar en legado una cosa perteneciente al mismo heredero, por ejemplo, en el caso del legado *sinendi modo*, resultando impensable que después que hubiera sido determinada la ineficacia del testamento, el verdadero heredero (y no el que lo hubiera cumplido) habría podido demandar con una acción útil en contra del legatario cuando la cosa legada no hubiera pertenecido a la herencia.¹⁰⁰

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Después del análisis efectuado de las disposiciones normativas de edad adrianea en materia de testamento, podemos llegar a varias conclusiones. Según nuestra opinión, Adriano fue un príncipe que, dándose cuenta que ciertos requisitos formales existentes en su tiempo para hacer testamento se habían convertido en inútiles, trató de eliminarlos para favorecer la libertad de testar. Así, si bien la necesidad de la *coemptio* para que una mujer pudiera realizar testamento tenía una función específica (asegurarle la total libertad de disponer de sus bienes para después de su muerte), en edad adrianea se había convertido en un requisito formal sin utilidad práctica. El *princeps*, reconociendo tal situación, formula la propuesta en el senado y hace eliminar el requisito de la *coemptio*, concediendo a las mujeres una amplia facultad de disponer de sus propios bienes (Gayo 1.115 a y 2.112).

Como es notorio, la falta de requisitos formales para la realización de un testamento habría podido causar la invalidez del acto por parte del derecho civil, sin embargo, Adriano, con base en su *liberalitas*, acepta una menor rigidez en la forma para evitar que la voluntad del *de cuius* quedase sin efecto; de este modo consideró el testamento

válido aunque uno de los testigos fuera un esclavo. Tal criterio fue seguido por sus sucesores (Inst. 2.10.7 e C. 6.23.1).

Otra prueba de la intención del príncipe de proteger la voluntad del *de cuius* y evitar que los testamentos redactados con diligencia fueran considerados inválidos es representada por el senadoconsulto aprobada gracias a su iniciativa, en donde sería considerado válido el testamento de un *pater* que hubiera nombrado heredero el hijo peregrino que creía ciudadano una vez demostrada la causa del error (Gayo 2.143).

Adriano, con base en consideraciones de equidad, establece criterios novedosos y abandona una interpretación rigurosa del *ius civile*, como es el caso del testamento de una madre que, creyendo muerto el hijo militar, había nombrado a otra persona heredera. La decisión del príncipe no encuentra precedentes, sustituyendo el nombre del heredero, declarando válidas las otras disposiciones testamentarias y sanando el error de evaluación de la testadora (D. 5.2.28).

En lo que respecta al testamento del militar, el príncipe extiende a los veteranos, todavía bajo la potestad del *pater*, la posibilidad de efectuarlo limitándolo a su peculio, del mismo modo como sucedía a aquellos que se encontraban en servicio (Inst. 2.12 pr.) y confirma el criterio de su validez después de una condena (D. 28.3.6.6). Parecería existir la tendencia de incorporar a la materia militar, principios existentes en el derecho común, por ejemplo, cuando el militar se había suicidado antes de la condena, sus bienes serían confiscados como sucedía en el caso del ciudadano común "*paganus*" (D. 28.3.6.7); la situación sería diferente en el caso en que el suicidio hubiera sido efectuado por otros motivos (D. 48.21.3.5). Otro dato que podría demostrar tal tendencia parece ser la aplicación, también a los militares, de la prohibición de conceder un beneficio económico, con base en un testamento, a las mujeres susceptibles de ser consideradas en alguna torpeza de carácter moral (D. 29.1.41.1).

En referencia a las disposiciones testamentarias, el príncipe había interpretado la voluntad del *de cuius* en modo de no causar un gasto demasiado fuerte al heredero al que había sido dirigida una determinada petición (D. 11.7.37.1): así, si el testador hubiera solicitado la construcción de un *monumentum sepulchri*, considerándola entre los gastos del funeral, habría soportado una disminución de su cuota hereditaria, no únicamente el heredero, al cual había sido dirigida la

¹⁰⁰ Respecto al tipo de legado tratado en el rescripto adrianeo ver M. Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, Köln-Weimar-Wien, 1998, 311.

disposición, sino también a los otros (a diferencia de los elementos suntuosos como sería el caso de los pórticos). Adriano decide en un rescripto (D. 40.7.20.4) el problema que se había presentado por la imposibilidad de cumplir una condición, en el caso en que hubiera muerto el heredero, que con base en un testamento habría debido recibir una cantidad de dinero por parte del esclavo liberado, disponiendo que tal cantidad habría correspondido al heredero del heredero. Un rescripto que podría ser considerado novedoso (D. 49.17.13, 16 pr.) es aquel que habría reconocido al *filius familias* militar el privilegio de incluir en su peculio la herencia de la mujer, que lo había designado en el testamento.

Respecto al testamento ineficaz Adriano hizo varios rescriptos: en el caso del testamento inoficioso, falso y *ruptum*, viene admitida la posibilidad que el verdadero heredero pueda ejercitar acciones útiles en contra de los legatarios que habrían recibido los legados con base en tal tipo de *testamentum* (D. 5.2.8.16, D. 12.6.2.1 e 4).