

1.3. *Indignitas*

LA INIURIA COMO CAUSA DE INDIGNIDAD

Marta Fernández Prieto
Universidad de Vigo

Sumario: I. La indignidad para suceder en el derecho romano. II. Evolución histórica del delito de *iniuriae*. III. La *iniuria* como causa de indignidad: el supuesto del legatario o el fideicomisario que *palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum iactaverit*.

I. LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN EL DERECHO ROMANO

Los diferentes supuestos de incapacidad de recibir *mortis causa*, entendida en el sentido amplio de situaciones que excluyen el fenómeno sucesorio, pueden agruparse, como afirma BIONDI¹, en torno a tres, o incluso cuatro, categorías con carácter y régimen diverso: *testamenti factio passiva* –o capacidad de suceder *mortis causa* a cualquier título; la incapacidad de suceder impide la delación de la herencia²–, *capacitas* –o capacidad de adquirir por ausencia de una prohibición legal de *capere mortis causa* que algunas leyes imponían a personas con *testamenti factio passiva* en quienes se daban determinadas circunstancias; la incapacidad no impide la delación pero sí la adquisición³–, indig-

1. BIONDI, *Istituzioni di Diritto Romano*⁴ (Milán 1965) p. 679 ss.; *Diritto ereditario romano* (Milán 1954) p. 207 ss.

2. La *testamenti factio*, al menos en los casos en que se refiere al *status* de las personas, es absoluta. Las fuentes hablan de *testamenti factio* pero la denominación usual empleada por los intérpretes es *testamenti factio passiva*, aunque propiamente se dice *testamenti factionem habere* –Pomponio, D.28,1,16 (*l. sing. reg.*)–. La capacidad de recibir por testamento, que se conecta con la capacidad jurídica de la persona, es diferente de la capacidad de aceptar, que requiere capacidad de obrar. Como dice BIONDI, *Istituzioni*⁴ cit. p. 680 ss. las personas *alieni iuris* tienen la capacidad de suceder, pero puesto que están bajo la *patria potestas* adquiere el respectivo *paterfamilias*, salvo las excepciones que gradualmente se han introducido. Análogamente, son incapaces de aceptar el *furiosus*, el impuber y el pródigo. Si falta la *testamentifactio* pasiva la herencia no se difiere sino que “si devolve a colore che sono chiamati in sottordine”, siempre que no pueda tener lugar el derecho de acrecer y el legado no se paga. Si falta la *testamenti factio*, tiene lugar el derecho de acrecer o la llamada sucesiva a favor de los sustitutos o de los herederos legítimos.

3. Si falta la *capacitas*, no hay delación ni adquisición y la cuota se atribuye a las personas indicadas por la ley. La *lex Furia* y la *lex Voconia* del s. II a.C. (Gayo 2, 225-226) impusieron prohibiciones que fueron eliminadas en el año 40 a.C. por la *lex Falcidia*. Igualmente los supuestos recogidos por la *lex Iunia Norbana* (Gayo 1,23) desaparecieron en el derecho justiniano. Las prohibiciones más importantes de *capere*, que se mantienen durante toda la época clásica, son las albergadas en la *lex Iulia et Papia Poppaea*. Además, se concede al interesado un plazo congruo para ponerse en regla con las disposiciones de la ley. D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona 1986) p. 210, en relación con el significado de *capere* –palabra técnica que sirve para explicar la esencia característica y específica del instituto de la incapacidad, dice textualmente: “si el verbo *habere* sirve para designar la disposición como propietario, el verbo *capere* (próximo por su origen) sirve para designar el acto por el que tal poder de disposición se adquiere realmente”. El *ius capiendi* es la capacidad legal para adquirir *mortis causa*.

nidad⁴ –o incapacidad de conservar la herencia o legado deferido⁵ *mortis causa*⁶, que surge, y tiene amplio desarrollo en época imperial, como sanción civil⁷ o, más bien, como sanción por la violación de la ética social o de valores morales⁸, contra el heredero o legatario culpable de determinados actos contra el difunto, consistente en la pérdida de lo dejado⁹, que es atribuido prevalentemente al Estado¹⁰; la indignidad no imposibilita la adquisición pero sí la conservación de los bienes- y *exhereditio* –o privación explícita¹¹ a los *heredes sui* dispuesta por el testador¹² del derecho que por ley tienen de suceder, siendo llamados a la herencia los nombrados por el testador, y siendo incumbencia de estos probar que aquél se ha atendido en la desheredación a las disposiciones de la ley¹³-. En el derecho justinianeo¹⁴ desaparece la *capacitas*, pero se mantiene la distinción entre capacidad de suceder, indignidad y desheredación, que, por tradición, ha llegado al derecho moderno¹⁵.

4. Evitamos usar el término *indignitas*, que parecería el más indicado para significar el instituto unitario de la indignidad, pues, como dice NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* (Milán 1937) p. 27 “appare quasi sconosciuto al linguaggio giuridico”.

5. La mayoría de la doctrina sostiene que no es necesario que se haya verificado la adquisición efectiva de los bienes; es suficiente con que haya tenido lugar la delación, aunque el indigno haya renunciado. En contra NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 305 ss. para quien “el derecho del fisco está lógicamente ligado a la delación: si la misma, por algún motivo, cae, la legitimación fiscal no tiene ya ni razón ni fin de subsistir”. Además el derecho a la *ereptio*, según este autor, puede extinguirse por prescripción, teniendo ésta lugar, a falta de un término especial, a los veinte años –Marciano, D.48,17,3 (2 de pub. iud.)-.

6. De ahí que los intérpretes formularan el principio de que el indigno *potest capere sed non potest retinere* –en tanto que puede adquirir pero no puede conservar lo adquirido-, aforismo que se remonta a Cuiacio y que algunos autores consideran inexacto, puesto que según Ulp., D.50,16,71,pr. (79 ad ed.) *capere cum effectu accipitur*. En el supuesto de heredero testamentario indigno, jurídicamente subsiste la *heredis institutio*, no obstante la confiscación de los bienes, y por ello el resto de las disposiciones testamentarias.

7. BRUNS, citado por ECK, *Indignität und Enterbung* (Berlín 1894) p. 76 n.2, la ha calificado de “offentliche Criminalstrafe”, lo que sorprende bastante porque está generalizada la consideración de la indignidad como integrante del derecho privado. Otros, como MANDRY, citado por NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 321 n. 3, la califican como “uneigentliche Privatstrafe”. Pero la mayoría de los autores hablan genéricamente de pena: FADDA, WINDSCHEID, MATTHIAE, KOEPPEN, WENDT, SENTENIS, AMANT, UNGER, FOLTZENDORFF, MÜLLER, citados también por Nardi.

8. Así, ECK, *ibid.* p. 76 ss.; y NARDI, *ibid.* p. 321 ss, según el cual, si la *ereptio* fuese una pena en sentido jurídico, en todo supuesto de indignidad deberían contemplarse los extremos de un hecho punible y esto no siempre ocurre. Además, aun cuando existe un hecho punible, la pena no consiste en la *ereptio* ni ésta presenta en absoluto los caracteres de una pena. En contra, KADEN, Rec. a Nardi, en ZSS 59 (1939) p. 670 s., al que responde nuevamente NARDI, *Leggendo una recensione*, en SDHI 6 (1940) p. 394.

9. BERGER, *Encyclopedic Dictionary off Roman Law* (1953, reimp. Filadelfia 1991) s.v. “Indignus” dice que es tal “la persona que, a causa de su actitud (ingrata) hacia el testador se convierte en inmerecedor del beneficio dispuesto a su favor por la última voluntad de éste.

10. La herencia o el legado se difieren y pueden incluso ser adquiridos, pero la ley priva al heredero o legatario de la adquisición. Como dice FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* I (Nápoles 1900) p. 137 “qui non manca la *testamenti factio*, non manca lo *ius capiendi*: manca el diritto di conservare il vantaggio deferito o acquisito”. El concepto de indignidad es absolutamente diverso del de capacidad de suceder y del de capacidad de adquirir y presupone ambas capacidades. Vid. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma 1934) p. 140 ss.

11. La desheredación tiene lugar sólo en el caso de que sea explícitamente dispuesta.

12. Afecta sólo a *liberos et parentes* y no puede desligarse de un testamento.

13. En derecho clásico podía desheredarse al *heres sui* sin motivo alguno, pero en el derecho justinianeo se enumeran las justas causas que autorizan la desheredación, que se consideran explícitamente bajo el perfil de la ingratitud, de modo que la desheredación es una condena que puede ser pronunciada por el testador en los casos establecidos por la ley y que, una vez pronunciada y a menos de que medie una ulterior condonación, alcanza siempre su fin.

14. Vid. BIONDI, *Diritto ereditario* p. 203 s.

15. Para una delimitación más precisa de las relaciones que median entre la indignidad de un lado, y la incapacidad de suceder, la incapacidad y la desheredación de otro, vid. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 46 ss.

El instituto de la indignidad, que es el que en principio interesa a nuestro estudio, aunque surge con fines estrictamente morales¹⁶, pronto comienza a tener, además, fines propiamente fiscales¹⁷, en cuanto que la cuota del indigno va a parar generalmente al *aerarium populi romani*¹⁸ –sustituído después por el fisco¹⁹–, constituyendo el *ereptorium*²⁰, y ello explica que lleguen a subsumirse en el mismo supuestos que no suponen una ofensa real al difunto sino que constituyen más bien transgresiones o fraude de leyes de notable consideración²¹ o incluso supuestos que no constituyen conductas reprobables²².

16. En efecto, no se considera honesto sino que repugna a la conciencia social que la persona culpable de los actos constitutivos de supuestos de indignidad –conductas reprobables contra el difunto o contra su voluntad– herede a la persona que previamente ha ofendido. La indignidad se funda en un presunto resentimiento del testador hacia el ofensor, y precisamente por ello, es posible que los efectos de la indignidad sean excluidos por voluntad del mismo disponente que, perdonando la ofensa, restablece en el puesto de sucesor al ofensor.

17. En contra NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 44, p. 70 para quien la *ereptio* por indignidad no viene en ningún caso determinada por motivos fiscales sino que tiene en todo caso un origen y un fin ético: eliminar los beneficios sucesorios cuya adquisición o conservación por parte del destinatario son considerados inoportunos por la sociedad, puesto que siempre que debe ser aplicada existe la inconveniencia de una adquisición o de un disfrute de los bienes hereditarios por un sucesor: “el fisco, si interviene ..., lo hace en tutela de la moral pública e incluso del respeto a la voluntad y la memoria del testador, y no principalmente para conseguir un lucro”. Si, a causa de las normas relativas a la indignidad, se produce un beneficio para las arcas del Estado, se trata simplemente de una consecuencia de la norma y no de un fin de la misma.

18. La intervención y el beneficio del Estado en materia hereditaria son propios de la época de Augusto, época a la que se remontan las disposiciones caducarias y las primeras disposiciones sobre indignidad –la *lex Papia* es del 9 y el senadoconsulto silariano del 10 d.C.–. Ahora bien, la *ereptio* fiscal no perjudica a nadie más que al indigno, pues el fisco paga las deudas, satisface los legados y da cumplimiento a las manumisiones.

19. Según ECK, *Indignität und Enterbung* cit. p. 24 no es fácil establecer en qué período tuvo lugar el traspaso de legitimación. No obstante, las disposiciones referentes a los *caduca* son, con toda probabilidad válidas también para los supuestos de indignidad; por lo tanto, en tiempos de Adriano es llamado el erario; en época de Caracalla lo es el fisco: *cfr.* Mauriciano, D.49,14,15,3 (3 *ad leg. Iul. et Pap.*); Valente, D.49,14,42,1 (5 *fideic.*); Ulp., D.29,6,1 (48 *ad ed.*); Ulp., D.36,1,3,5 (3 *fideic.*). En cualquier caso, las fuentes no son en este punto absolutamente fiables y se afirma frecuentemente en la doctrina la interpolación del término *fiscus*. *Vid.*, NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 298 ss., con literatura, que, basado en Paulo, D.49,13,49 (*l. sing. de tac. fideic.*), afirma que el traspaso de la legitimación al fisco tiene lugar en la época de Antonino Pío.

20. Como dice BIONDI, *Istituzioni*4 cit. p. 682 se habla técnicamente de *eripere* y de *aufferre* en el sentido que el fisco le quita al indigno lo que eventualmente había adquirido. Sólo eventualmente se transfiere a otras personas, “mai però ai chiamati in sottordine”, pues como dice Papiniano y recoge Marciano, D.29,5,15 pr. (*l. sing. de delat.*) *poena illius huius praemium esse non debet* –la pena del uno no debe ser premio del otro. En relación con la posible intervención de terceros, *vid.* literatura citada por SOLAZZI, *Attorno ai “caduca”*, en *Scritti* 4, 1938-1947, (Nápoles 1963) p. 293 n. 4, relativa a la doctrina común de los romanistas en obras generales. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 29 n. 5 considera que no se puede hablar de *eripere* en sentido técnico, pues el término, que se emplea en diferentes ámbitos del derecho sucesorio, aparece sólo una vez en el terreno de la indignidad, si bien el verbo interesa porque de él deriva la palabra *ereptorium*, cuyo significado técnico niega también Nardi, *ibid.* p. 30 ss. VOGLI, *Diritto ereditario romano* I (Milán 1960) p. 461 llama la atención sobre hipótesis de indignidad sin confiscación, como es el supuesto recogido por Ulp., D.34,9,9,pr. (14 *ad leg. Iul. et Pap.*) de *inimicitiae capitales* entre el testador y el legatario, “che importano la caduta del legato”, al que habría que añadir el previsto en el § 1 y referente al que pública y claramente *maledixerit* al testador, y contra él hubiera dirigido *infaustas voces*. En relación con el empleo del término confiscación para significar el acto de la *ereptio*, ECK, *Indignität und Enterbung* p. 77 n. 8 afirma: “Also auch nicht Konfiskation, die ja bei den Römern auch nur als Nebenfolge von Kapitalstrafen vorkam”. En el mismo sentido, NARDI, *ibid.* p. 43 para quien la *ereptio* no es una confiscación, puesto que esta palabra significaba “la *publicatio*” de todos los bienes de una persona que hubiese cometido una grave falta contra el Estado o contra la sociedad.

21. Para BIONDI, *Diritto ereditario* cit. p. 204 el fundamento de estas hipótesis es “reforzar o dar mayor sanción jurídica a algunas obligaciones o prohibiciones o hacer devenir jurídico un deber por medio de la declaración de indignidad”.

22. Tal es el caso de la cancelación del nombre del heredero realizada por el mismo testador que hace indigno a aquél, defiriéndose la herencia al fisco –Papiniano, D.34,9,12 (16 *quaes.*)–, hipótesis que se justifica atendiendo a la forma del testamento *per aes et libram*, que es esencialmente oral. Cuando el testamento es esencialmente escrito –en el testamento pretorio y en el derecho moderno– la destrucción o cancelación del testamento supone su revocación, si se puede precisar que ha ocurrido por voluntad consciente del disponente. *Vid.* BIONDI, *Sucesione testamentaria e donazioni* 2 (Milán 1955) p. 168 ss.

Parece que falta una *ratio* común en los supuestos de indignidad y ello lleva a un considerable sector doctrinal a afirmar que la legislación imperial²³ provee, mediante senadoconsultos y constituciones²⁴, de modo discontinuo, según las necesidades derivadas en cada momento de hipótesis singulares que entrañaban episodios clamorosos y propiciaban la intervención del emperador²⁵. De los textos que se refieren a la indignidad, sólo seis, como dice NARDI²⁶, tratan de la indignidad en general²⁷. De ahí que el instituto no tenga su sede material en los comentarios al edicto ni en los *digesta* sino que se trate del mismo en las diferentes hipótesis donde el supuesto concreto lo requiere²⁸. Los supuestos, aun siendo taxativos, habrían ido progresivamente en aumento por una razón sustancial: al excluir de la sucesión al indigno, la ley trata de irrogarle una pena de carácter patrimonial²⁹. En efecto, el elemento aglutinador de la gran heterogeneidad de los casos parece ser precisamente el *aufferre* o *eripere*, el hecho mismo de sustraer al indigno³⁰ lo adquirido *mortis causa*³¹, al que sigue la atribución de lo sustraído, del *ereptorium*, no siempre pero sí generalmente, e incluso después de la muerte del indigno³², al fisco, aunque no automáticamente sino mediante el *aufferre*³³. REIMUNDO³⁴ trata de demostrar, contrariamente a la opinión predominante en la doctrina, que la materia de la indignidad recibe ya en el derecho romano clásico una cierta unidad de tratamiento, la raíz al menos de una sistematización de la materia cuyo último estadio evolutivo se encuentra consagrado en la Compilación justiniana³⁵.

23. BERGER, *Encyclopedic Dictionary* cit. s.v. “*Indignus*” dice que la indignidad, como cualidad de ser indigno, fue primeramente introducida por la legislación imperial.

24. Si bien no se conocen las fuentes de todas las disposiciones referentes a la indignidad, puede afirmarse sin duda su origen legislativo, en cuanto que los juristas no pudieron tener autoridad en la materia y se puede declarar resumidamente con VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 464 que “entre Augusto y Antonino Pío aparecen varias disposiciones; que Marco Aurelio es particularmente activo en la materia; y que numerosas son también las disposiciones de los Severos”.

25. Así, BIONDI, *Diritto ereditario* cit. p. 204, que afirma que la indignidad es ignorada por el sistema del *ius civile*, que no admite situaciones intermedias: “la herencia o se difiere o no se difiere”.

26. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* cit. p. 11.

27. Ulp., D.11,7,33 (68 *ad ed.*); Modestino, D.34,9,8 (9 *reg.*); Calistrato, D.49,14,1,pr. (1 *de iure fisci*); C.I. 6,51,1,12; y C.I. 7,62,22.

28. Como dice VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 465, los comentarios *ad legem Juliam et Papiam* recogen los casos relacionados con la ley –uniones ilícitas y fideicomiso tácito–; las *quaestiones* y *responsa* papinianos otros casos bajo la rúbrica *de testamentis e de legatis*; otras disposiciones son incluidas en la rúbrica o en la obra *de iure fisci*. Si bien en las instituciones de Marciano parece que la indignidad llega a tener una de sus sedes, es como apéndice al tratamiento sobre *incapacitas*.

29. Para BIONDI, *Diritto ereditario* cit. p. 205 los casos de indignidad no podrían encuadrarse en la categoría de la *testamenti factio* pues si así se hiciese la consecuencia de la incapacidad habría sido “la devoluzione per diritto di accrescimento o agli eredi chiamati in sottordine”, beneficiándose estos de la culpa ajena, consecuencia injusta que la ley pretende evitar admitiendo la adquisición, pero no la conservación, de los bienes por el indigno, para posibilitar la posterior atribución al erario, que se configura como una confiscación.

30. En principio, pueden ser sujetos pasivos de la *ereptio*: el heredero –sea *ex testamento* o *ab intestato*, y sea *ex asse* o *pro parte*–; el legatario; y el fideicomisario –tanto a título universal como particular–. Pero, como dice VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 466 “se poi i beni ereditari si trovano presso un terzo possessore” son naturalmente perseguibles contra él.

31. Debemos hacer hincapié en que sólo puede ser sustraído al indigno lo que le ha sido diferido –de modo que si la invalidez civil de la disposición dirigida al indigno impide la delación a su favor, faltaría el objeto de la *ereptio* y no se puede hablar de indignidad; cfr. Papiniano, D.34,9,26 (14 *Resp.*)– y, según VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 466 todo lo que le ha sido deferido –sin importar que el indigno lo haya aceptado o rechazado–.

32. Marcelo, D.48,10,26 (30 *dig.*); Paulo, D.29,5,22 (16 *resp.*).

33. De Ulp., D.30.50.2 (24 *ad Sab.*) deduce BIONDI, *Diritto ereditario* cit. p. 206 la necesidad de un “acto, administrativo o judicial” que ponga de manifiesto la voluntad por parte del fisco de entrar en posesión de la cuota del indigno.

34. REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el derecho romano clásico* (Oviedo 1983).

35. Vid. SERANGELI, *Rec. a Reimundo*, en *IURA* 34 (1983) p. 192 ss. En contra, NARDI, *La sistematica della indegnità a succeder*, en *Labeo* 31 (1985) 3 p. 337 ss., que no es más que una recensión a Reimundo.

El origen reciente del instituto de la indignidad ha llevado a autores como VOCI³⁶ a afirmar la necesidad de que, antes de que la legislación imperial proveyese singularmente al respecto, se cumpliesen sus funciones con alguna suerte de precedente que impidiese la realización práctica del derecho de aquellos que eran considerados indignos de suceder. Parece que esto debía ser incumbencia del pretor y que la manera de llevarlo a cabo bien podía ser mediante la *denegatio* o de las acciones civiles o de la *bonorum possessio*³⁷.

La indignidad se refiere normalmente de forma indiferente tanto a la sucesión testamentaria como a la legítima e incluso a los legados³⁸, por lo que no es aconsejable una clasificación de los casos de indignidad bajo este punto de vista. Algunos autores los clasifican atendiendo a la persona que recibe los bienes arrebatados al indigno, pero este criterio es difícilmente aceptable puesto que normalmente es el fisco el destinatario de estos bienes. BIONDI³⁹, siguiendo a NARDI⁴⁰, clasifica los supuestos de indignidad recogidos en las fuentes bajo la perspectiva de la naturaleza del hecho determinante de la indignidad en tres grupos⁴¹: ofensas y hechos reprobables, e incluso delictivos, contra la integridad física o el honor del *de cuius*⁴²; actos contra la voluntad testamentaria⁴³; e infracciones de leyes que no implican propiamente ofensas para el testador⁴⁴.

36. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 463. En el mismo sentido se había pronunciado ya NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 103 n. 2, 278 n. 4, 279 n. 4-6 y 348.

37. Como dice VOCI, *ibid.* p. 463 incluso durante el principado, cuando el régimen de la indignidad estaba ya en vigor, la *denegatio actionis* fue practicada, con plena independencia del nuevo instituto: tanto en hipótesis de indignidad como en otras a las que, en abstracto, no era aplicable el régimen de indignidad.

38. Sólo excepcionalmente la indignidad se refiere únicamente a la herencia o únicamente al legado.

39. BIONDI, *Istituzioni* cit. p. 683 s.; *Successione testamentaria e donazioni* 2 (Milán 1955) p. 155 ss.

40. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* cit. p. 77 ss.

41. FADDA, *Concetti fondamentali* cit. p. 232 considera más simple poner, por una parte, los casos en los que la *ereptio* está fundada sobre el comportamiento inmoral del indigno frente al testador, y por otra, aquellos en los que indigno y testador han estado de acuerdo al contravenir una disposición legal. VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 446 ss., siguiendo un cierto orden sistemático y ofreciendo, en la medida de lo posible, anotaciones cronológicas, distingue hasta siete grupos en los que pueden ser subsumidas las disposiciones de indignidad que se pueden atribuir al derecho clásico –supuestos de indignidad que guardan relación con la muerte del *de cuius*; actos irrespetuosos contra el mismo; hechos dirigidos a turbar la ordinaria manifestación de la voluntad del testador; casos de impugnación del *iudicium testatoris*; supuestos de desobediencia de la voluntad del *de cuius*; hipótesis relativas a herederos, *qui non habent voluntatem testatoris*; y, finalmente, actos *contra legem*–.

42. Así, es indigno el heredero por cuya negligencia y culpa hubiese muerto la mujer por quien había sido instituido heredero –Marciano, D.34,9,3 (5 *reg.*)–; el que haya dejado de vengar la muerte del *de cuius* o haya aceptado la herencia o abierto el testamento antes de que hubiesen sido sometidos a tortura los esclavos del *de cuius*, a fin de descubrir al culpable (*SC. Silanianum* del 10 d.C.) –D.29,5–; el que hubiese promovido controversia sobre el *status* del difunto –Ulp., D.34,9,9,2 (14 *ad leg. Iul. et Pap.*)–; el que lo haya acusado de comercio ilícito –Marciano, D.34,9,1 (6 *inst.*)–; y el que se hubiese desatendido de prestar al *de cuius* furioso o retenido en cautiverio las atenciones precisas, aunque, en estos dos supuestos, la herencia se transfiere, respectivamente, a la persona, incluso extraña, que lo haya desatendido, y a la iglesia de la ciudad de que es oriundo –Nov. 115,3,12-13–.

43. *P.S.* 3,5,13: *Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis aufertur hereditas, si nihil testamento in fraudem legis fuerit cautum*. Dentro de este grupo, se considera indigno al que impugna *improbe* como falso o inoficioso el testamento, en caso de que la instancia sea rechazada –Paulo, D.34,9,4, pr., 1 y 12 (1 *de iure Fisci*)–; al hijo que suprime el testamento de su padre para que se abra la sucesión legítima y evitar así pagar los legados –Marcelo, D.48,10,26 (30 *dig.*)–; a quien impide hacer testamento o alterar el que ya ha sido hecho –Ulp., D.29,6,1 (48 *ad ed.*)–, siendo dudoso el caso del que compele al *de cuius* a hacer testamento –*vid.*, al respecto, NARDI, *La violenza testamentaria*, en *SDHI* (1936) p. 125 ss., fundado en *C.I.* 6,34,1, que habla genéricamente de *civili disceptationi*, controversia civil, a la que se añade la acción penal–; el heredero cuyo nombre ha sido cancelado por el mismo testador –Marcelo, D.28,4,3 (29 *dig.*); Papiniano, D.34,9,12 (16 *quest.*); Ulp., D.37,11,2,7 (41 *ad ed.*) y Juliano, D.37,11,8,3 (24 *dig.*)–.

44. De este modo, se estima indigno al funcionario imperial que hubiese contraído matrimonio con mujer de la misma provincia y al tutor que se hubiese casado con su pupila, contra la prohibición de la ley –Marciano, D.34,9,2,1 (11 *inst.*); al heredero que hubiese donado bienes de una persona viva que lo ignoraba –Marciano, D.34,9,2,3 (11 *inst.*)–; al que hubiese sustraído cosas de la herencia –Marcelo, D.34,9,6 (22 *dig.*)–; al tutor testamentario que se excusa de la tutela –Paulo, D.34,9,5,2 (1 *de iure fisci*)–; a los adúlteros entre sí,

Según VOICI⁴⁵ no parece que las constituciones del bajo imperio aumentaran el número de las disposiciones de indignidad que se pueden atribuir al derecho clásico. Justiniano, por su parte, recoge cuanto encuentra en las fuentes clásicas y dedica a la indignidad dos títulos próximos: uno en las Pandectas –D.34,9: *de his, quae ut indignis auferuntur*- y otro en el Código –C.I. 6,35: *de his, quibus ut indignis auferuntur, et ad senatusconsultum silanianum*-.

En relación con el procedimiento de *ereptio*⁴⁶, parece que generalmente se inicia con la *nuntiatio* o denuncia de un delator⁴⁷, a la que sigue discrecionalmente⁴⁸ la acción ejercitada por el fisco –por el *advocatus fisci*⁴⁹- contra el presunto indigno como *vindicatio*⁵⁰ por un procedimiento *extra ordinem* y ante un foro especial: ante el *praefecti aerarii*, primero, y ante el *procurator a rationibus*, posteriormente⁵¹. Así, iniciada la causa, el *advocatus fisci* debía probar que se había verificado en el caso concreto un supuesto de indignidad y, consecuentemente, pedir la *ereptio*, precisando los bienes que debían ser objeto de la misma. Si conseguía probarlo, el juez emitía una sentencia⁵² declarando indigno al sucesor y decretando la *ereptio*, asignando al fisco los bienes correspondientes. Los bienes deben ser entregados por el indigno al fisco con todos sus emolumentos, sean estos frutos o intereses⁵³. Contra la sentencia cabía apelación⁵⁴, en principio ante el senado, y

aunque contraigan matrimonio –Papiniano, D.34,9,13 (33 *quest.*)-; y a la concubina del militar, respecto al testamento de éste hecho con arreglo al derecho militar –Papiniano, D.34,9,14 (33 *quest.*)-.

45. VOICI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 460 s.

46. Algunos autores –WINDSCHEID, VERING, SCHÜTZE, citados por NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 309; y SCHNEIDER y DANZ, citados por ECK, *Indignität und Enterbung* cit. p. 50 n. 31-, consideran que la *ereptio* tendría lugar automáticamente en el mismo momento en que surge el derecho de *auferre*: al verificarse la indignidad, se produciría *ipso iure* el traspaso de los bienes al fisco, sin necesidad de un juicio previo contra el indigno, ni siquiera de una manifestación de voluntad por parte del fisco. No obstante, VERING y SCHÜTZE restringen expresamente el ámbito de aplicación de la *ereptio* automática al supuesto de que la adquisición por el indigno no haya tenido aún lugar, pues si éste ya ha adquirido los bienes, será necesaria la *ereptio* efectiva –*vindicare, auferre*, como dicen las fuentes-. Sin embargo, para la mayoría de los autores, que se apoyan tanto en razones lógicas como en las mismas fuentes –Papiniano, D.34,9,16,2 (8 *resp.*); Scévola, D.26,7,47,5 (2 *resp.*)- la *ereptio* automática no tendría lugar ni aun en este restringido ámbito. La *ereptio* constituye, en todo caso, la consecuencia de un juicio que verifica la indignidad.

47. Mediante la *nuntiatio* se ponen en conocimiento del fisco las circunstancias que le hacen considerar posible una *ereptio* –Calistrato, D.49,14,1,pr. (1 *de iure fisci*): *Variae causae sunt, ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet ... vel quod mors ab heredibus non vindicatur* [; *vel quod indignus quis heres nuntiatur*]; ... Según NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 312 n. 4 las palabras entre corchetes, que indican la categoría general en la que es subsumible el supuesto precedente: *quod mors ...*, constituyen un glosema “como se deduce fácilmente del *nuntiatur*, que no concuerda con la frase inicial”. No obstante, en algunas hipótesis la comprobación de la indignidad está implícita en una sentencia civil o incluso penal, de modo que es el propio juez que emite la sentencia el que actúa como delator invitando enérgicamente al fisco a proceder a la *ereptio*, pues en el sucesivo proceso sobre indignidad, el juez competente, una vez ejercitada la acción por el fisco, se limitará a decretar la *ereptio*.

48. Es de suponer que la administración fiscal permaneciera inactiva ante *ereptiones* de escasa cuantía o para casos muy dudosos –*cfr.*, Ulp., D.30,50,2 (24 *ad Sab.*)-, aunque también es probable, al faltar un elenco taxativo de hipótesis de indignidad, que los *advocati fisci* introdujesen acusaciones de indignidad no previstas, solicitando un rescripto del emperador.

49. Paulo, D.34,9,5,13 (1 *de iure fisci*); Marcelo, D.28,4,3,pr. (29 *Dig.*).

50. Papiniano, D.34,9,18,pr. (15 *resp.*); Paulo, D.34,9,21 (5 *Sent.*); Ulp., D.48,10,4 (8 *disput.*); Gayo, 49,14,14 (11 *ad leg. Iul. et Pap.*). En cualquier caso, la terminología debe ser entendida en un sentido relativo y no como una propia *vindicatio* civil, pues es indudable que el fisco, que actúa como actor, no puede considerarse titular de los bienes que reclama, y que el demandado puede o no ser titular del patrimonio hereditario –lo es efectivamente el heredero que ha adido la herencia e incluso el que no habiéndola adido se ha opuesto a la pretensión del fisco, pues ha realizado un acto de *pro herede gestio*; no lo es en ningún caso el tercer poseedor de los bienes hereditarios-.

51. En época de los Severos, ante el *procurator a rationibus* –C.I. 6,35,3-. Vid. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 314 ss.

52. C.Th. 11,30,26: *Lata sententia, quae pertinet ... ad ea, quae indignis legibus cogentibus auferuntur ...*

53. Vid. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 338 ss.

54. Cfr. C.Th. 11,30,26 y C.I. 7,62,22.

posteriormente ante el *princeps*, quien podía delegar su competencia en un funcionario de la administración. Pese a la terminología empleada en las fuentes, se trata más bien, como dice VOICI⁵⁵, de una acción de rescisión dirigida a averiguar la indignidad del demandado y, consecuentemente, el derecho del fisco a la *ereptio*, sin que, por otro lado, “c’entri il *ius civile*”, puesto que ni el heredero pierde su titularidad civil⁵⁶, si bien es una titularidad meramente formal⁵⁷, ni el fisco adquiere una titularidad civil sino que simplemente es titular de un *in bonis habere*⁵⁸. No obstante esta opinión, debemos citar aquí un pasaje de Ulpiano: D.49,14,43 (6 *fideic.*)⁵⁹, del que se deduce que el fisco puede ejercitar acciones reales en vía directa⁶⁰. Según VOICI, “la indignidad no puede ser calificada como instituto del *ius civile*”, no tiene efectos civiles⁶¹, y, actuada con remedios *extra ordinem*, puede conducir a situaciones válidas para el *ius civile* sólo a través de la usucapión.

Los caracteres sustanciales de la indignidad pasaron del derecho clásico al justiniano prácticamente sin cambios, pero no llegaron al derecho moderno, en el que la indignidad es un instituto completamente distinto del romano.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DELITO DE *INIURIAE*

El delito de injurias es uno de los más antiguos y oscuros del derecho romano⁶². En un sentido

55. VOICI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 469 ss.

56. Permanece eventualmente su cualidad de heredero -Paulo, D.28,6,43,3 (9 *quaest.*): ... *adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res, quae ita relictæ sunt, auferuntur* ...; el perjuicio derivado para él de la confusión hereditaria -Modestino, D.34,9,8 (9 *reg.*); Papiniano, D.34,9,18,1 (15 *resp.*); Ulp., D.49,14,29,2 (8 *disput.*); los *iura sepulchrorum* -Ulp., D.11,7,33 (68 *ad ed.*)-, etc.

57. En la práctica el heredero es excluido de toda relación hereditaria, debiendo prohibírsele la persecución de derechos hereditarios mediante la *denegatio actionis* - Ulp., D.29,6,1,pr., 1 y 2 (48 *ad ed.*); Paulo, D.29,6,2,pr. (44 *ad ed.*); Paulo, D.34,9,5,3,10,11 (1 *de iure fisci*); Ulp., D.34,9,9,2 (14 *ad leg. Iul. et Pap.*); Papiniano, D.34,9,15 (6 *resp.*); Ulp., D.38,2,16,5 (45 *ad ed.*); Juliano, D.38,13,1 (28 *ad ed.*); Papiniano, D.39,5,29,2 (12 *resp.*); Ulp., D.49,14,29,1 (8 *disput.*)- y la *denegatio* de la *bonorum possessio* -simple corolario de la *denegatio actionis*- y no consumándose los efectos de la confusión hereditaria a favor del indigno, salvo si éste actuó de buena fe -Modestino, D.34,9,8 (9 *reg.*); Papiniano, D.34,9,17 (13 *resp.*) y 18,1 (15 *resp.*); Ulp., D.49,14,29,1 (8 *disput.*)-, infrecuente puesto que la indignidad es consecuencia generalmente de un acto doloso. En relación con la *denegatio*, NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 348 s. opina que si bien en un principio se produjo una coexistencia de la *denegatio* con la *ereptio*, actuando ésta como complemento de aquélla, y antes incluso únicamente una *denegatio* pretoria, poco a poco se irá reconociendo la subordinación de la *denegatio* a la *ereptio* hasta que, en derecho justiniano, la *denegatio* se reduce a un mero efecto necesario de la *ereptio*.

58. De ahí que el fisco pueda perseguir a deudores y poseedores de bienes hereditarios, aunque, según VOICI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 470, no con remedios directos. Por otra parte, debe pagar las deudas - Papiniano, D.34,9,18,1 (15 *resp.*); Javoleno, D.49,14,11 (9 *epist.*)-, cumplir los legados y fideicomisos -Gayo, D.29,5,9 (17 *ad ed. prov.*); Ulp., D.30,50,2 (24 *ad Sab.*); C.I.6,50,3; Paulo, D.29,6,2,2 (44 *ad ed.*); Ulp., D.36,1,3,5 (3 *fideic.*); C.I.6,50,3-, conceder la libertad -Gayo, D.29,5,9 (17 *ad ed. prov.*); Modestino, D. 40,5,12,2 (*l. sing. de manum.*); Gayo, D.49,14,14 (11 *ad leg. Iul. et Pap.*)- y asegurar, en la medida de lo posible, el cumplimiento de cualquier otra voluntad del *de cuius* que supusiese una carga para el indigno -Paulo, D.34,9,5,4 (1 *de iure fisci*)-, sin que, según el parecer del citado autor, los interesados puedan hacer valer remedios civiles.

59. D.49,14,43: *Imperator noster rescripsit, fiscum in rem habere actiones ex tacito fideicommissis*.

60. Para ECK, *Indignität und Enterbung* cit. p. 27 todas las acciones, incluso también las acciones *in personam*, eran directas. En contra, NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 350 afirma que al fisco corresponden lícitamente todas las acciones que pueda necesitar: las acciones *in rem* como *vindicationes directæ* especiales y las acciones *in personam*, puesto que las fuentes no hablan de ellas, en vía útil. Según este autor, p. 356, la *ereptio* deja completamente intacto el testamento, implicando únicamente la sustitución, desde el punto de vista patrimonial, del indigno por el fisco.

61. No obstante, pensamos que aunque la indignidad no elimina las consecuencias establecidas por el *ius civile*, las hace inoperantes en la práctica.

62. Como dice DEL PRETE, *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano* (Roma 1937, reimp. 1972) p. 34 la noción de *iniuria*, por su particular posición en el mundo ético, es aquélla más expuesta a sufrir la influencia de concepciones diversas, según los grados de civilización más o menos evolucionados. La jurisprudencia ha trabajado mucho en torno a este concepto, del cual ha sido la causa principal de su evolución.

amplio⁶³, designa todo acto contrario al derecho, *contra ius*, toda violación del ordenamiento jurídico⁶⁴, como su propia etimología indica⁶⁵, pues el término *iniuria* se compone del vocablo *iure* precedido del prefijo negativo *in*⁶⁶, es decir comprende todo acto *non iure*⁶⁷. En un sentido más estricto, y en palabras de DEVILLA⁶⁸ se comprenden bajo esta denominación múltiples y variados delitos⁶⁹ «che riguardano in genere la lesione personale con vie di fatto, e, più tardi, l'offesa all'onore di un individuo o alla sua condizione giuridica»⁷⁰.

63. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, s.v. «*Iniuria*»; BRÉAL et BAILLY, *Dictionnaire étymologique latin*, s.v. «*Iniuria*»; ERNOUT et MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, s.v. «*Iniuria*»; FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* 3, s.v. «*Iniuria*»; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. «*Iniuria*»; LEWIS & SHORT, *A Latin Dictionary* s.v. «*Iniuria*»; WALDE, *Lat. Etymologisches Wörterbuch*, s.v. «*Iniuria*».

64. Ulp. D.47,10,1,pr. (56 ad ed.): *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur...* De modo similar, Paulo (*lib. singularis de iniuriis*), reproducido en *Coll.2,5,1: Generaliter dicitur iniuria omne, quod non iure fit...* y en I.4,4,pr.: *Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit...* Como señala PERNICE, *Labeo III. Römisches Privatrecht im erstem jahrhunderte der Kaiserzeit* (Halle 1895) p. 19 s. el vocablo *iniuria* es ya utilizado en este sentido por la literatura no jurídica (*vid.* p. 19 n. 3) de la época republicana.

65. No obstante, MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana* (Milán 1977) p. 3 señala que *iniuria* expresa «tutto ciò che è posto in essere non iure, cioè ingiustamente; non *contra ius*, cioè in violazione di una norma giuridica espressa».

66. BIONDI, *La terminologia romana como prima dommatica giuridica*, en *Scritti giuridici* 1 (Milán 1965) p. 181 ss.; KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, en *Studi Biondi* (Milán 1965) p. 97 ss.; MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani* (Milán 1966); CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico precettivo romano* (Bari 1968) p. 97 ss. y, en general la literatura más reciente en materia de terminología jurídica, sostiene que, en época remota, el lenguaje jurídico romano fue ampliamente tomado del lenguaje común y no del lenguaje técnico. Tal es el caso del término *iniuria*.

67. PLESCIA, *The development of iniuria*, en *Labeo* 23 (1977) p. 271: «... podría ser definido, en un sentido muy general, como una violación de los derechos de otro, ya sea de hecho o de palabra (*aut re aut verbis*)». VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, en *Labeo* 15 (1969) p. 163 dice que en general *iniuria* significa simplemente la negación del *ius*, «das Unrecht».

68. DEVILLA, en *NNDI VIII* (1962) s. v. «*Iniuria*».

69. En este sentido, SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, (trad. esp., Barcelona 1960) p.567: «En la acepción usada por la *lex Aquilia*, implica culpa. En la rúbrica edictal de *iniuriis* (LENEL, *Edict*, página 397), significa ofensa inferida voluntariamente a la personalidad humana».

70. Ulp. D.47,10,1,pr. (56 ad ed.): *...specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iniuriam; contumeliam autem a contemnendo.* En el fragmento se distinguen claramente tres significados especiales del término *iniuria*: *contumelia*, culpa e iniquidad o injusticia. BETANCOURT, *Derecho romano clásico* (Sevilla 1995) p. 595 menciona estos tres significados restringidos del término, junto a su sentido amplio. En el mismo sentido, y haciendo uso de términos griegos paralelos, Paulo -aunque la atribución a Paulo del pasaje es muy discutida- (*lib. singulari de iniuriis*) en *Coll.2,5,1* y en I.4,4,pr. presenta los diversos significados del vocablo *iniuria*, señalando que unas veces significa *contumelia* -«hybris»-, lo que permite conceptualizar como *iniuria* las ofensas a la personalidad; otras culpa -«adikema»-, como en el delito de *damnum iniuria datum* de la *lex Aquilia*; y otras iniquidad o injusticia -«adikia»-, pues cuando el pretor o el juez no falla en derecho contra alguien, se dice que éste ha recibido injuria. SCHERILLO, «*Pauli de iniuriis liber singularis*», en *Studi in onore di Siro Solazzi* (Nápoles 1948) p. 439 ss. y en *Scritti Giuridici I. Studi sulle fonti* (Milán 1992) p.73 ss. señala que la *Collatio*, y ella sola, ha conservado dos fragmentos de un *liber singularis de iniuriis* -2,5 y 2,6- atribuido a Paulo, de donde deduce que este libro no fue conocido a los compiladores justinianos, aun cuando *Coll.2,5,1* coincida literalmente con I.4,4,pr., pues I.4,4,pr. pudo ser deducido de las Instituciones de Paulo, y éste bien pudo haber repetido en una obra elemental conceptos generales que había expuesto en otra. Scherillo trata de demostrar su afirmación de que Paulo nunca escribió un *liber singularis de iniuriis* y que éste no es sino la parte del comentario edictal dedicado por Paulo a la *iniuria* -el libro 50- o probablemente, más bien, su compendio y ello porque, entre otros motivos, «*Coll. 2,5 muestra haber sido escrito en relación al edicto*». MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniuria»* cit. p. 2 n. 2 encuentra plausible en *Coll. 2,5,1* y en I.4,4,pr. la traducción del primer y del tercer significado especial de *iniuria*, pero no el segundo, pues el término griego «che nell'accezione più diffusa significa atto ingiusto, atto illecito, si trova accostato alla problematica dell'elemento intenzionale solo in opere di retorica e particolarmente in Aristotele (Et. Nic. 5t,8,9; Rhet, 1,13,1373b; 1374a-b) ove però non designa il fatto colposo bensì quello doloso». PLESCIA, *The deve-*

SECKEL⁷¹ considera *iniuria* la lesión premeditada de la personalidad, pero para llegar a esta concepción es necesario tener presente la amplitud y la profundidad de las modificaciones producidas, a partir de la regulación decenviral⁷², a través de la actividad del pretor y de la minuciosa labor

lopment cit. p. 271 define la *iniuria* en sentido estricto y técnico como todo daño *aut re aut verbis* hecho a la persona de otro o de sus dependientes, incluyendo la injuria física, la moral y la social. En el mismo sentido, MOYLE, *Imp. Iustiniani Institutionum Libri Quattuor* (Oxford 1912) p. 534 la define como «wilful violation of what writers on Jurisprudence term the primordial rights of a free man -the rights to personal freedom, safety and reputation», distinguiendo la injuria del resto de los delitos civiles, que son ofensas contra la propiedad. VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 163 s. destaca como contenido nuclear del concepto de *iniuria* la *contumelia* sentida como menosprecio de una personalidad ajena, no limitada a las evidencias o manifestaciones palpables, sino que comprende todo ataque personal que afecta al *status* de ciudadano como la amenaza de la cualidad de ciudadano, el perjuicio de determinados derechos o la violación del honor, casos de los que Ulpiano habla en el comentario al *edictum generale* y no particularmente en el edicto de difamación, por lo que según Von Lübtow estos casos “eran reconocidos como casos de injuria ya antes de la emanación del edicto de difamación”.

71. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen* cit. s.v. “*Iniuria*” considera significados generales de *iniuria* el *non iure*, pero también *iniquitas*, *culpa* y *damnum* y considera como único significado especial el de *contumelia*.

72. Antes de las XII Tablas, como señala MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems* (Breslau 1903) p. 2 la *iniuria* era esencialmente, en el antiguo uso de la palabra, la concepción comprensiva de todos los delitos, y lo trata de demostrar con la fórmula de la *legis actio sacramento in rem*, de acuerdo con la cual -según Gayo 4,16- ...*quando tu iniuria vindicavisti, ...*. Lo único que la doctrina admite pacíficamente en tema de injuria en las XII Tablas es la presencia en la tabla octava del término *iniuria*: tab. 8.2.: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio est*; tab. 8.3.: *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subit sestertiorum*; tab. 8.4.: *Si iniuriam alteri faxsit, vigenti quinque poena sunt*. Un sector de la doctrina considera que las tres disposiciones decenvirales se refieren a otros tres tipos delictivos diferentes, aunque, según PUGLIESE, *Studi sull' "iniuria"* (Milán 1941) p. 5 ss. «fossero per qualche lato connessi e dovessero più tardi venire fusi insieme». Pero gran parte de la doctrina entiende comprendidas en estas normas dos figuras cualificadas de *iniuria-membrum ruptum* y *os fractum*- y una *iniuria* no cualificada ni legislativamente determinada, si bien difieren en cuanto a la naturaleza de esta última y a los caracteres de las primeras. La doctrina oscila entre tres teorías, cuando intenta precisar el contenido del delito de *membra ruptio*: I. teoría restrictiva: la figura del *membrum ruptum* sólo comprendería la amputación o ablación total y violenta de un miembro u órgano del cuerpo -*vid.* HUSCHKE, *Gaius* (Leipzig 1855) p. 119; HUVELIN, *La notion de l' "iniuria" dans le très ancien droit romain* (Roma 1973, reimp. Lyon 1903); VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht* cit. p. 131 ss.; PÓLAY, *Iniuria types in roman law* (Budapest 1986) p. 17 ss.-; II. teoría extensiva: trata de incluir en esta especie delictiva todo acto material que, sin producir la fractura de un hueso, deja huella sobre el cuerpo humano -*vid.* APPLETON, *Notre enseignement de droit romain, en Mélanges Cornil* (Grand-Paris 1926) p. 51 ss.; CORNIL, *Ancien droit romain* (Bruselas-París 1930) p. 80 s.; PUGLIESE, *Studi sull' "iniuria"* cit. p. 10, 29 ss.; SIMON, *Begriff und Tatbestand der "iniuria" in altrömischen Recht*, en *ZSS* 82 (1965) p. 132 ss.; MANFREDINI, *Contributi allo studio cit. p. 54 ss.; L' "iniuria" nelle xii Tavole. Instabilis ex lege* (*Cornelia de iniuriis?*), en *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener* (Madrid 1994) cit. p. 804; PUGLIESE, *Rec. a Manfredini*, en *IURA* 29 (1978) p. 195; VÖLK, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht* (Viena-Colonia 1984); III. teoría intermedia: entraría dentro de este concepto toda lesión que implicara pérdida permanente de la funcionalidad de un órgano o parte del cuerpo humano con propia funcionalidad y autonomía -*vid.* DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di "iniuria"*, en *Annali Catania* 1 (1947) p. 274 ss.; KASER, *Das altrömische ius* (Gotingen 1949) p. 29; KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte* (Weimar 1964) p. 36; WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht* (Munich 1972) p. 11 ss.; PLESCIA, *The development* cit. p. 277 s.-. Tampoco es pacífico en la doctrina el concepto de *iniuria* en el sentido con que es empleado el término en la tab. 8.4.. Se discute incluso cómo pudo ser posible que un término general y abstracto como el de *iniuria* fuese empleado por el legislador decenviral -caracterizado por expresarse de forma precisa, exhaustiva y hasta exageradamente casuística- para designar un ilícito típico, más o menos concreto según la acepción que de la *iniuria* se defiende, que podría expresarse con términos más concretos como *pulsare*, *percutere*, *verberare*... Así, podría tratarse de una cláusula general comprensiva de todo tipo de actos ilícitos -vista ya la acepción general del término *iniuria* como acto *contra ius*-, pero esta postura es rechazada por la doctrina. Generalmente la delimitación de este tipo delictivo se hace por simple exclusión, dentro de los actos de violencia contra la persona, de los supuestos del *membrum ruptum* y del *os fractum*. En esta línea, PUGLIESE, *Studi sull' "iniuria"* cit. p. 10, p. 14 ss. concibe la *iniuria* como acto violento que no produce lesiones y, por esto, no deja huellas externas. DI PAOLA, *La genesi storica* cit. p. 281 s., 285 ss., en cambio, la concibe como ofensa material al cuerpo humano que va desde la bofetada a la herida

de la Jurisprudencia -que, partiendo del significado de *iniuria* como *omnia quod contra ius factum est*, le confieren aquel otro de «lesión de la personalidad humana»⁷³-, extendiéndose así la *actio iniuriarum* a supuestos de ofensas a la personalidad no previstas en principio en el texto edictal. En realidad, la labor conjunta de pretor y jurisprudencia actuó en dos direcciones: por un lado, ensanchando el concepto de *iniuria* para incluir toda lesión corporal o moral -que trate de minorar la estima de una persona⁷⁴- causada por una persona a otra; y por otro lado, evaluando la pena pecuniaria en *quantum aequum et bonum videbitur*⁷⁵, de modo que la pena se adecua a la entidad de la ofensa, sobre la base de la estimación de la ofensa hecha por el actor -en caso de injuria ordinaria- o por el magistrado -en los supuestos de injurias más graves-, quedando a salvo la potestad del juez de emitir una condena *ex bono et aequo* adecuada a la justicia del caso concreto. SANTA CRUZ TEIJEIRO⁷⁶ habla de «una constante tendencia evolutiva que abandonando el materialismo y rudeza de la *iniuria* primitiva, acusa una progresiva inmaterialización de este delito.». La *ratio* de este devenir del término *iniuria* cree hallarla BETTI⁷⁷ en la profunda raigambre entre los romanos del sentimiento de la dignidad personal y del convencimiento de que el orden jurídico «fosse massimamente destinato a difendere la roccaforte della personalità nell'orbita della civile convivenza contro attentati antisociali che ne impedissero le molteplici esplicazioni».

MANFREDINI⁷⁸ distingue dos momentos fundamentales en el desarrollo de la *actio iniuriarum* en conexión con la actividad edictal del pretor. La fase inicial se caracteriza por la emanación de una serie de edictos que tipifican figuras específicas de ofensas personales, pero ninguno de estos edictos promete una acción típica sino que en todos estos casos la fórmula concedida en la promesa edictal es la *actio iniuriarum*⁷⁹. El régimen clásico de la *iniuria* se caracteriza por la sucesiva aplicación de la acción a todo hecho “per numero e natura astrattamente imprecisabili, posto in essere *iniuriandi causa*”; el pretor da relevancia jurídica a la noción técnica de *iniuria* elaborada por la especulación de los *prudentes* en el sentido de *contumelia*.

producida en cualquier modo que, aunque puede dejar huella, no puede incidir ni siquiera mínimamente sobre la funcionalidad de ninguna parte del cuerpo. Por su parte, ALBANESE, *Una congettura sul significato di "iniuria" in XII tab. 8.4.*, en *IURA* 31 (1980) p. 31 ss., alude al sentido genérico antiguo de acto contra *ius*, si bien delimitándolo por el contexto normativo en el que el precepto se encuentra. Y aún hay que dejar constancia de posiciones aisladas, como la de DA NOBREGA, *L' "iniuria" dans la Loi des XII Tables*, en *Romanitas* 8 (1967) p. 269 s. para quien la *iniuria* se refería a ofensas morales más bien que a lesiones físicas o la de BIRKS, *The Early History of "Iniuria"*, en *TIJ* 37 (1969) p. 189 s., que consideraba que la *iniuria* sólo podía entenderse como parte integral de la norma relativa al *os frangere* -que, asimismo no era sino un caso especial de la regla general expresada para el *membrum rumpere*-. Dado que, antes de las XII Tablas, la fractura grave de un hueso era absorbida por la *membri ruptio* y sancionada con el talión, Birks opina que, una vez promulgadas las XII Tablas, si la víctima, después de rechazar el pago de los 300 o 150 ases y pretendiendo ejercitar el talión como la *mos* le permitía, se vengaba en la persona del autor del delito, entonces quedaba él mismo convertido en obligado como un «*fractor*» y, por tanto podría sufrir él mismo el talión; pero por haber pretendido ejercitar una facultad admitida por la costumbre que las XII Tablas sólo habían tratado de contener, podía liberarse pagando el rescate más bajo de 25 ases.

73. CRIFÒ, *Enciclopedia del diritto* 12 (1964) s. v. «Diffamazione e ingiuria».

74. RICCOBONO, *Sommario delle lezioni d'istituzioni di diritto romano* (Nápoles 1980) p. 51.

75. Vid. ARIAS RAMOS/ARIAS BONET, *Derecho Romano III* 6 (Madrid 1981) p. 652.

76. SANTA CRUZ TEIJEIRO, *La iniuria en derecho romano*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo II* (Milán 1982) p. 525.

77. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* 2, 1 (Padua 1960-1962) p.520.

78. MANFREDINI, *Contributi allo studio* cit.p. 183 ss.

79. Cfr. Ulp. D. 47,10,15,14; 15-16; 27; 35 (77ad ed.). El pretor no crea acciones autónomas para ilícitos típicos sino sólo ilícitos a los cuales extiende la aplicación de la originaria *actio iniuriarum* pues en todos estos casos no se habla de acciones típicas sino de *potest agi iniuriarum*. Que haya sido el pretor y no la jurisprudencia quien ha unificado las distintas especies bajo el común denominador de la *actio iniuriarum* lo prueba *Rhet. ad Herenn.* 2,13,19, que asegura para la segunda mitad del siglo II la aplicación de tal acción al *convicium*. WATSON, *The development of the praetor's edict*, en *JRS* 60 (1970) p. 108 n. 32 señala que se trata del *convicium* y no de un alargamiento de la *actio iniuriarum ex generali edicto* debido a la jurisprudencia. Por su parte MANFREDINI, *Contributi allo studio* cit. p. 184 n. 74 encuentra la prueba de esto en que en los casos previstos en la *Rhet. ad Herenn.* encontramos dos de los requisitos típicos del *convicium*: hacer referencia a una persona *nominatim* (D.47,10,15,9) y en público (D.47,10,15,11-12).

El primer edicto en materia de injurias, según el orden edictal reconstruido por LENEL⁸⁰, fue el llamado *edictum generale di iniuriis aestimandis*⁸¹, que probablemente en origen se refería únicamente a las lesiones físicas⁸² inferidas al demandante o a personas libres en su *potestas* o *manus*⁸³. Paralelamente, el pretor fue sancionando por medio de otros edictos particulares –edicto *de convicium*, *de adtemptata pudicitia*, *ne quid infamandi causa fiat*– distintos supuestos lesivos del honor de las personas. Finalmente, parece extraerse de las fuentes que la Jurisprudencia extendió el primer edicto a todos los casos de *iniuriae*⁸⁴ –y de ahí su conceptualización de *edictum generale*–, aunque es esta una

80. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*3 (Leipzig 1927, reimp. 1985) p. 397 ss., páginas referentes al título de *iniuriis* (EP XXXV).

81. SANTA CRUZ/D'ORS, *A propósito de los edictos especiales* cit. p. 655 señalan que es posible que no fuera el más antiguo, sino posterior, al edicto *ne quid infamandi causa fiat* que consideran el más antiguo por anunciar la intervención represiva del pretor mediante el término *animadvertam*.

82. La opinión general de la doctrina es que desde el principio fueron subsumidos en el edicto todos los ataques físicos; no obstante, DAUBE, “*Nocere*” and “*Noxa*”, en *The Cambridge Law Journal* 7 (1939) p. 23 ss. y 45 ss. excluye de este edicto serios daños. Su argumento principal es, en primer lugar, que la bien conocida historia de Aulo Gelio, *N.A.* 20,1,13, muestra que el *edictum generale* en su concepción originaria trató de reemplazar la pena fija de la tab. 8.4 por una condena *in bonum et aequum concepta*, afectando por tanto a la antigua provisión sobre la *iniuria* –para cubrir ofensas semejantes a una bofetada en la cara o de su misma entidad– pero no al *membrum ruptum* y al *os fractum*. En el mismo sentido PLESCIA, *The development of “iniuria”* cit. p. 280 s. En contra, WATSON, *The law of obligations in the later roman republic* (Oxford 1984, reimp. 1965) p. 249 señala que el texto meramente muestra que la pena en el caso de las bofetadas era irrisoria y absurda y, por tanto, en ese supuesto la ley tenía que ser modificada. Para Watson lo máximo que puede probar el argumento de Daube es que el edicto debía incluir injurias semejantes a una bofetada, pero no que quedarían excluidos del edicto ataques a la integridad física más serios. En segundo lugar, Daube atiende a la declaración de Catón, en *Origines* 4: *si quis membrum rupit aut os fregit talione proximus cognatus ulciscitur*. Pero, según Watson, “this could not be a correct statement of the Roman law of any period, since at no time was *os fractum* punished by talio, and further, in *Origines* 4 Cato was discussing the Carthaginians. Thus, et es a reasonable deduction that this text which has come down to us without its context was dealing with Carthaginien law”. En tercer lugar, Daube dice que la *lex Cornelia de iniuriis* –que establecía un procedimiento criminal o cuasi-criminal– era aplicable a los supuestos típicos de *iniuria* en la época de Silla –época de graves conflictos–: *pulsare, verberare, vi domum introire*– y Watson añade que la ley debía estar estructurada para mostrar los límites de la acción. En cuarto lugar, para Daube la fórmula propuesta por el pretor no es la más adecuada para cubrir el *membrum ruptum*, pero Watson alega que tal fórmula podría tratar de mostrar el límite mínimo de las lesiones aptas para ser subsumidas en el edicto. En quinto lugar, Daube alude a otros argumentos que no son contrariados por Watson sino que éste los califica como “very strong argument”; así, le parece insensata a Daube la caducidad de la acción de un año cuando un hombre ha perdido un miembro de su cuerpo y, sin embargo, adecuada cuando ha sufrido una injuria menor; alude además al requerimiento de intencionalidad; y, finalmente, al carácter general de todo el grupo de edictos con los que el *edictum generale* está conectado –que no consisten en causar un daño corporal sino “in coming presumptuously upon one’s neighbour, in encroaching upon another’s personal sphere, in putting a man to shame”– y al supuesto concreto del esclavo que infiere una *iniuria*, supuesto en el que se permite al dueño, para liberarse de toda responsabilidad, entregar al culpable para que sea azotado a arbitrio del juez, pues, para Daube, la *verberatio* sólo sería apropiada para las injurias menores. Por todos estos argumentos, Daube concluye afirmando –p. 45– que el *edictum generale* fue “designed by its author to take the place, not of the ancient provisions on *membrum ruptum* and *os fractum*, but of the ancient provision on *iniuria*”. No obstante, estos argumentos sólo conducen a Watson a confesar alguna duda acerca de si los más graves tipos de ataques fueron totalmente excluidos del fin del edicto general, siendo la causa de la duda la incongruencia de la pena de 300 ases para los casos de *os fractum*, pena inapropiada que parece que no fue modificada por ninguna otra regulación, pues no hay signos de tal reforma. MANFREDINI, *Contributi allo studio* cit. p. 12, por su parte, también somete a crítica la opinión dominante, sosteniendo que hasta el momento de la especulación labeoniana, *iniuria* presenta un valor del todo genérico, vinculado al significado de injusticia.

83. WATSON, *The law of obligations* cit. p. 248, que añade “since further edicts were later introduced to cover other situations”.

84. Una cierta unidad en el tratamiento de la *iniuria* se tuvo cuando Labeón comenzó a considerar como general la noción de *iniuria* en el primer edicto; a partir de entonces las cláusulas específicas no representarían sino, como dice FERRINI, *Diritto penale romano* (Roma 1976) p. 234 “esemplificazione coll’aiuto di alcuni casi piú notavoli”. Paulo, *Coll.* 2,5,2 señala como elementos comunes a toda *iniuria* “...quod semper adversus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest”. Dos pasajes de la *Rhetorica ad Herennium* documentan las primeras tentativas de interpretación unitaria y subsunción dentro del concepto técnico de *iniuria* del ilícito de las lesiones personales. En la evolución histórica es la *iniuria* la que se superpone a las *pulsationes* y a los

idea ampliamente debatida en la doctrina por la presencia en el Edicto hasta la codificación edictal de aquellos edictos especiales.

III. LA *INIURIA* COMO CAUSA DE INDIGNIDAD: EL SUPUESTO DEL LEGATARIO O EL FIDEICOMISARIO QUE *PALAM ET APERTE TESTATORI MALEDIXERIT ET IN FAUSTAS VOCES ADVERSUS EUM IACTAVERIT*

El fr. 9 del título 9 del libro 34 del Digesto –*de his, quae ut indignis auferuntur*– recoge un pasaje de Ulpiano sacado del libro catorce *ad legem Iuliam et Papiam*, cuyo tenor es el siguiente:

pr.: *Si inimicitiae capitales intevenerunt inter legatarium et testatorem, et verisimile esse coeperit, testatorem noluisse legatum [sive fideicommissum] praestari ei, cui adscriptum [relictum]⁸⁵ est⁸⁶, magis est, ut legatum ab eo peti non possit⁸⁷. 1. Sed et si palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum iactaverit, idem erit dicendum. 2. Si autem stutus eius controversiam movit, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio; ex qua specie statim fisco deferetur⁸⁸.*

Nos interesa ahora destacar el supuesto del § 1 –*si palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum iactaverit*–, que guarda una íntima conexión con el del *principium* –

demás supuestos específicos, y no estos a aquélla. El *auctor ad Herennium* ofrece dos definiciones de *iniuria*: una que él mismo considera falsa, *Rhet. ad Herenn.* 2,26,41: *falsae sunt huiusmodi definitiones, ut si quis dicat iniuriam esse nullam, nisi quae ex pulsatione aut convicio constet* –que se limitaba a comprender, junto con la *pulsatio*, una sola figura de ofensa moral que tenía lugar por las palabras ultrajosas proferidas en presencia de público: el *convicium*–, y otra que ofrece como verdadera, *Reth ad Herenn.* 4,25,35: *Item iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus aut convicio auris aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant*, que demuestran que el vocablo apto para acoger las distintas figuras perseguidas con la *actio iniuriarum* es ya el de *iniuria*, entendida ésta como afrenta a la integridad física o a la dignidad y reputación de las personas. PLESCIA, *The development of “iniuria”* cit. p. 286 s. considera posible agrupar sistemáticamente todas las injurias personales subsumibles bajo la rúbrica general de *iniuria*, en cinco especies diferentes: injurias físicas, coerción, difamación escrita y *convicium*, acoso moral y cualquier otro acto dirigido directa o indirectamente a difamar a otra persona.

85. Según NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 229 n. 5 el contexto genuino hablaba únicamente de legados –como resulta de las expresiones *inter legatarium et testatorem* y *magis est, ut legatum ab eo peti non possit*; *sive fideicommissum* y *relictum* serían sólo dos emblemas justinianos correlativos, surgidos por la preocupación de mostrar que legados y fideicomisos *per omnia exaequata sunt*.

86. El inciso *et verisimile ... est* releva, según el parecer de un importante sector doctrinal –FERRINI, *Teoria Generale dei Legati e dei Fedecommissi* (Milán 1889) p. 583 s.; *I commentarii di Ulpiano e di Paolo “ad legem Iuliam et Papiam”*, en *Opere* 2 (Milán 1929) p. 248; NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 229–, que, en el supuesto de que existan entre el legatario o el fideicomisario enemistades capitales o tan considerables que sean susceptibles de hacer presumir que el *de cuius*, como consecuencia de las mismas, no habría querido que el beneficiario del legado o del fideicomiso recibiese los bienes a él dejados, no estamos ante una verdadera hipótesis de indignidad, sino más bien ante un supuesto de revocación presuntiva del legado o del fideicomiso.

87. Si reproducimos aquí el principio es porque el supuesto de *maledicere* que interesa a nuestro estudio guarda una estrecha conexión con aquél, en cuanto dice *idem erit dicendum*, pues este “se habrá de decir lo mismo” presupone el sujeto que habla mal y emite malas voces contra el testador, así como la consecuencia de esta acción: por él no se podrá pedir el legado o, en su caso, el fideicomiso. Ante una eventual petición, se opondrá, como dice NARDI, *ibid.* p. 230 y n. 1 y 2, en el primer caso, una *exceptio doli* –Ulp., D.34,4,3,11 último inciso (24 *ad Sab.*) pues, aunque el pasaje ha sufrido un profundo retoque, la *exceptio* es genuina; Papiniano, D.34,4,22 (6 *resp.*)– y, en el segundo, una *denegatio* –Ulp., D.34,4,3,11 (24 *ad Sab.*)–.

88. En cuanto al § 2 consideramos necesaria su inserción en este trabajo porque, como veremos, fundándose en una confrontación con el mismo, un considerable sector doctrinal justifica la inclusión del pr. y del § 1 dentro del título referente a la indignidad. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 231 n. 6 llama la atención sobre una contraposición tanto en el plano formal –como se deduce de las siguientes expresiones usadas en el § 2: *si autem, ex quae specie statim*– como en el propiamente sustancial (frente a la *exceptio doli* aplicable a los supuestos del pr. y del § 1, procede la *denegatio* en el caso del § 2; y frente a no poder pedir el legado en las hipótesis del pr. y del § 1, procede, en el supuesto del § 2, denegar la reclamación de lo que se le ha dejado en el testamento y deferirlo al fisco).

inimicitiae capitales-, como pone de manifiesto el *idem erit dicendum*. Si bien nos vamos a referir a la difamación por su consideración explícita en este § 1, consideramos, no obstante, que las *iniuriae* físicas podrían ser subsumidas en las *inimicitiae capitales* del pr.⁸⁹ El principal problema que se nos plantea es determinar si los supuestos en cuestión son subsumibles entre los casos de indignidad – como parece indicar su inclusión en el título 9 del libro 34- o si sólo pueden ser considerados supuestos de revocación presunta del fideicomiso o del legado.

Como pone de manifiesto GROSSO⁹⁰, también desde el punto de vista de la revocación presunta viene contemplado el supuesto de las enemistades capitales o gravísimas sobrevenidas entre el testador, por un lado, y el fideicomisario o el legatario, por el otro. En efecto, en el título 4 del libro 34 –*de adimendis vel tranferendis legatis vel fideicommissum*- se recogen dos pasajes de Ulpiano que califican este supuesto como de revocación: D.34,4,3,11 (24 *ad Sab.*), en el que se distingue entre *capitales vel gravissimae inimicitiae* y *levis offensa*, considerando revocado el legado o fideicomiso en el primer caso y subsistente en el segundo⁹¹; y D.34,4,4 (23 *ad Sab.*)⁹², que contempla, para tal supuesto la posibilidad de redención por el testador.

Puesto que el fragmento 9 de D.34,9 es sacado del comentario a la *lex Iulia et Papia*, una primera cuestión que se nos plantea es la de determinar si tal ley se ha ocupado efectivamente de la indignidad. Algunos autores admiten que la *lex Papia* contuviese un *caput* disciplinando la *ereptio* de los *bona* dejados al indigno, atribuyendo a esta ley el origen y primera regulación de la indignidad⁹³. Actualmente, cada vez más autores lo niegan, considerando las palabras del *Epitome Ulpiani* 19,17: *Lege nobis adquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege duodecim tabularum, sive mancipi res sint sive nec mancipi*, demasiado genéricas y pertenecientes a una fuente bastante tardía, no pudiendo por ello considerarse este pasaje como una base textual segura⁹⁴. En cualquier caso, es cierto, como dice NARDI⁹⁵, que los comentarios a esta ley no ofrecen

89. No nos parece de recibo pensar que la difamación se tuvo en cuenta y las agresiones físicas no a la hora de privar al autor que fuese legatario o fideicomisario del ofendido del legado o fideicomiso correspondiente.

90. GROSSO, *I legati nel diritto romano*2 (Turín 1962) p. 328 s.

91. No obstante, el pasaje parece haber sufrido un profundo retoque. *Cfr. Index Interp.: [Non solum autem legata, sed et] fideicommissa adimi possunt[, et quidem] nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur. Et [si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint], ademptum videri, quod relictum est[; sin autem levis offensa, manet fideicommissum]. Secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita.*

92. D.34,4,4: *Quodsi iterum in amicitiam redierunt, et poenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur; ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

93. Así, ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*2 (Padua 1986) p. 288 n. 26 cita, entre los antiguos, a EINECCIO y, entre los modernos, a BIONDI. No obstante, hoy es una teoría comúnmente desechada.

94. En este sentido, NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 38 –que considera *vel ereptorium* una glosa- y p. 63; SOLAZZI, *Attorno ai “caduca”* cit. p. 292 ss., 300 ss. –según el cual la confusión provendría de haber eliminado del original la mención de las disposiciones *in causa caduci* y enuncia como seguras dos proposiciones: 1) que el autor clásico debió mencionar, junto al *caducum*, el *in causa caduci*; 2) que esta última categoría no fue comprendida o, al menos, no fue considerada de interés por los postclásicos-; VOGLI, *Diritto ereditario romano* cit. 463 s. n. 98; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*2 cit. p. 288 s.; RAIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el derecho romano clásico* (Oviedo 1983) p. 29.

95. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 66 ss. se refiere concretamente a Ulp., D.34,9,9 (14 *ad leg. Iul. et Pap.*) y a Gayo, D.34,9,10 (15 *ad leg. Iul. et Pap.*), que parecen indicar que dicha ley se habría ocupado de la indignidad. También menciona otros pasajes igualmente relativos a supuestos de indignidad: Marcelo, D.28,4,3 (29 *ad ed.*); Marciano, D.34,9,2 (11 *Inst.*); Papiniano, D.34,9,13 (32 *quaes.*); Papiniano, D.34,9,14 (33 *quaes.*); Papiniano, D.34,9,18 (15 *resp.*); Paulo, D.49,14,13,9 (7 *ad leg. Iul. et Pap.*); Gayo, D.49,14,14 (11 *ad leg. Iul. et Pap.*), pasajes referentes a puntos distantes, de cuyo examen particular Nardi deduce que “los tratadistas de la ley augustea aludiesen tal vez aquí y allí a nuestros casos, no porque la ley se hubiese ocupado también de estos, sino para revelar incidentalmente algún ligamen, alguna afinidad o alguna divergencia entre ellos y aquellos otros contemplados por la ley”. Así, en relación con el fragmento cuyo estudio ahora nos interesa –D.34,9,9-, dice que en el pr. y en el § 1 se plasma la naturaleza de la hipótesis de *ademptio legati ope exceptionis* –referida por la *lex Papia* a propósito de las disposiciones testamentarias *quae pro non scriptis habentur*-, confrontándose en este pasaje estos dos párrafos con el § 2, en el que sí se contempla un supuesto propio de indignidad. La

numerosos textos en materia de indignidad⁹⁶, pero no podemos dejar de reconocer con REIMUNDO⁹⁷, que los textos que porporcionan son de un notable valor cualitativo⁹⁸, siendo de extraordinario interés para la indignidad los quince libros *ad legem Iuliam et Papiam* de Gayo y los veinte libros *ad legem Iuliam et Papiam* de Ulpiano⁹⁹. No obstante, esta circunstancia no constituye una prueba determinante, pues, como dice ASTOLFI¹⁰⁰, la materia era necesariamente conexa a aquélla de las nupcias prohibidas, de los fideicomisos tácitos, del régimen procesal de la *vindicatio caducorum* y “nessun caso sicuro di indegnità pare fosse contemplato dalla *lex Iulia et Papia*”.

Centrándonos en el estudio del supuesto del legatario o fideicomisario que *palam et aperte testatori maledixerit et infaustas voces adversus eum iactaverit*, debemos señalar que en la literatura más antigua¹⁰¹ era frecuente calificar el supuesto como de indignidad, por su inclusión en el título del

ademptio legati ope exceptiones, en palabras de Nardi, *ibid.* p. 46 se da en el caso de revocación no formal de un legado –supuesto típico es la revocación tácita– y da lugar a una *exceptio doli* contra el legatario que reclame su legado –Ulp., D.34,4,3,11 (24 *ad Sab.*); Papiniano, D.34,4,22 (6 *resp.*); Ulp., D.44,4,4,10 (76 *ad ed.*)–, de modo que, a menos que haya tenido lugar una *translatio*, también aquí el legado *manet in hereditate*. La revocación formal del legado determinaría no una *exceptio* sino una *denegatio*.

96. En cualquier caso, ARCHI, *Rescrits impériaux et Littérature jurisprudentielle dans le développement du droit criminel*, en *RIDA* (1957) p. 224 n. 5 objetó a Nardi la omisión de Ulp., D.49,14,16 (18 *ad leg. Iul. et Pap.*) y REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder* cit. p. 168 señala que Nardi no tiene en cuenta la posibilidad de una mayor amplitud del estudio de la *lex Iulia et Papia*, con textos de interés para la indignidad, “en los *Responsa* de Papiniano ... y pasa por alto similar posibilidad para los *Digesta* de Cervidio Scaevola”, excluyendo además “textos relativos a la privación sucesoria a causa de uniones prohibidas ... basándose en su discutible opinión de que en tal materia no hubo indignidad en época clásica”.

97. REIMUNDO, *ibid.* p. 84 s., p. 167 s. habla de la “posibilidad de una línea sistemática que, a partir de dicha labor jurisprudencial, iría a tener su reflejo último en la sede específica de la indignidad en el *Digesto*”.

98. Así, REIMUNDO, *ibid.* p. 168, objeta a Nardi que, en primer lugar, no concede mayor relieve a la referencia que se haga a la indignidad para legados al tratar de la *ademptio legati* en relación con lo *pro non scripto*; y, en segundo lugar, que, al hablar de Gayo, D.49,14,14 (11 *ad leg. Iul. et Pap.*), Nardi dice simplemente que ilustra una norma que, sancionada primeramente para los *caduca*, se extendió después a los casos de indignidad, siendo así que tal norma es precisamente la subsistencia de los *onera*, elemento clave para distinguir en principio los *caduca* de los *pro non scripto*, y también clave por lo que toca a la indignidad “incluso en el Código justinianeo”.

99. Sobre los comentarios de Ulpiano, *vid.* FERRINI, *I commentarii di Ulpiano e di Paolo “ad legem Iuliam et Papiam”* cit. p. 242 ss., y sobre los comentarios de Gayo, *vid.* FERRINI, *I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio “ad legem Iuliam et Papiam”*, en *Opere* 2 cit. p. 261 ss.

100. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* 2 cit. p. 289.

101. Entre los autores que consideran este supuesto bajo el perfil de la indignidad, NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 230 n. 3 cita los siguientes: KELLER, BRINI, MÜHLENBRUCH, EINECCIO, MAYNZ, VERING y WESTENBERG. LUZZATTO, *Sull’obbligo degli eredi di vendicare l’uccisione dell’ereditando*, en *Studi Ratti* (Milán 1934) p. 573 s., en relación con las disposiciones de la *lex Iulia et Papia Poppaea*, dice que, a través del medio unitario de la sustracción de la herencia a favor del fisco por una lado, “dan a los juristas de la época de los Antoninos y de los Severos modo de sistematizar alguna incompatibilidad a la aprehensión de la herencia, que van poco a poco surgiendo, y que, cuando no se ha proveído a ellas legislativamente, vienen introducidas como extensiones de la *lex Iulia et Papia*” –poniendo como ejemplo Ulp., D.34,9,9,pr. (14 *ad leg. Iul. et Pap.*)– y que, por otro lado, dentro de aquellas disposiciones vienen reconocidas y hechas coercitivas algunas normas antes desprovistas de sanción, o provistas de ella únicamente en el campo penal –poniendo ahora como ejemplo Ulp., D.34,9,9,1 (14 *ad leg. Iul. et Pap.*)–. Para estos casos surgidos *ex novo* “se abre camino el concepto y el nombre de indignidad, que a partir de Marcelo y de Scévola viene empleado siempre más frecuentemente por los jurisconsultos de la época de los últimos Antoninos y de los Severos. Esta indignidad viene originariamente comprendida en el tratado de la *lex Iulia et Papia Poppaea*”. Luzzato califica de nuevo nuestro supuesto como de indignidad cuando dice, p. 574, que al lado de las causas que vienen reconducidas dentro de la *lex Iulia* por un lado, y el Senadoconsulto Silaniano por el otro, “se desarrollan motivos de indignidad que vienen probablemente considerados como independientes, y cuya sanción es sin más también sin duda la de la transferencia de la herencia al fisco”, señalando entre estos últimos, los ataques a la personalidad del *de cuius* y a su honorabilidad – D.34,9,9,1–. Frente a Luzzatto, REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder* cit. p. 28 dice: “parece claro que lo *pro non scripto* implica un régimen opuesto al caducario propio de aquella ley y que si la *tacita ademptio legati* se conecta con lo primero, mal puede entenderse en caso alguno como una aplicación extensiva del régimen típico de dicha ley; del mismo modo que, en

Digesto dedicado a la misma, sin tener en cuenta la distinción entre las hipótesis de indignidad y aquéllas de *ademptio legati ope exceptionis*¹⁰².

Los autores que niegan la idoneidad de este supuesto para ser subsumible dentro de las causas de indignidad se basan principalmente en el *verisimile esse coeperit, testatorem noluisse legatum praestari* y, muy especialmente en el *ut legatum ab eo peti non possit*¹⁰³ del pr. -al que se remite el *idem erit dicendum* del § 1-, del que deducen que no se podía hablar de indignidad sino que se debía hablar de revocación presunta del legado. Como dice FERRINI¹⁰⁴, “se presume el *animus adimendi* en algunos casos, en que parece incompatible con los acontecimientos posteriores al testamento la subsistencia de la voluntad del testador de beneficiar al legatario”.

Ahora bien, antes de tomar partido por una u otra tesis consideramos necesario responder a una cuestión previa, cual es la de si los casos de indignidad, en la práctica y no obstante la norma que los regula, se reconducen en último término a una voluntad del *de cuius*, es decir, si la ley, al quitarle los bienes al indigno, no hace sino aquello que habría hecho el testador. Si fuese así, no habría inconveniente en calificar el supuesto que estamos estudiando de indignidad, pues no habría diferencia entre indignidad del legatario y revocación presunta del legado, en cuanto a los presupuestos de ambos institutos. ECK considera insostenible esta idea¹⁰⁵ y también NARDI¹⁰⁶, que, en relación con los legados, considera necesario distinguir los supuestos de indignidad de los de revocación y afirma expresamente que en derecho justiniano “basta que se pueda presumir que ha habido una *voluntas adimendi* del *de cuius* para que se admita sin más la *ademptio*: en tal caso la indignidad no entra por tanto en función” pues se obedece únicamente a la voluntad presumible del *de cuius*. En los supuestos de indignidad es la voluntad de la norma, una vez promulgada ésta, la que adquiere relieve, y no la voluntad del *de cuius*, de modo que el precepto legislativo entrará en juego aun cuando, en el supuesto concreto, no sea presumible que el testador habría tenido la intención de quitarle el legado o el fideicomiso. A diferencia de estos autores, BIONDI¹⁰⁷, al hablar de la revocación de los legados distingue la revocación expresa¹⁰⁸, la tácita¹⁰⁹, y la legal y, en este último supuesto, la revocación del

relación con lo ahora dicho, mal puede explicarse un caso de *tacita ademptio* conectada con la categoría de lo *pro non scripto*, acudiéndose, como medio explicativo, a un fin sancionador que determina una adquisición fiscal, cuando además ésta no aparece constatada textualmente”.

102. Al decir de NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 46 n. 7 el hecho de no tener en cuenta esta distinción condujo a VITALI –sobre la base de D.34,4,4, perteneciente al título *de adimendis vel transferendis legatis vel ideicommissum*- a afirmar inexactamente que ya en el derecho romano se admitió expresamente la rehabilitación del indigno.

103. Este inciso contrasta con el *ex quae specie statim fisco deferetur* del § 2. Sin embargo, como consecuencia de aquél inciso, sólo podemos decir, como hace LAURIA, *Rec. a Nardi*, en SDHI 6 (1940) p. 187 que “l'onorato perde il lascito”, pero ignoramos quién lo adquiere. Para Lauria, dado que Ulpiano trataba los supuestos recogidos en D.34,9,9,pr. y 1 en los comentarios a la ley Julia, “se puede suponer que lo dejado se devolviese al fisco”. En el mismo sentido, VOCI, *Diritto ereditario romano* cit. p. 461, que considera el supuesto una hipótesis de indignidad sin confiscación. *Vid. supra* n. 20. En contra de Lauria, NARDI, *Legendo una recensione* cit. p. 405 s. dice que la deducción de aquél es gratuita, afirmando que el inciso *et verosimile ... est* demuestra claramente que estamos aquí ante un caso de revocación presunta, en el que “el legado permanece lógicamente *in hereditate*” y para la relación entre el elemento indicado en el inciso y las *inimicitiae capitali* se remite a su Nota *Tornando su due passi delle fonti: D.34.9.22 e 34.9.9.pr., sub 2*, en SDHI 5 (1939) 2, señalando expresamente que para el § 1 “vale un discorso analogo”.

104. FERRINI, *Teoria Generale dei Legati* cit. p. 582.

105. ECK, *Indignität und Enterbung* cit. p. 37, que aduce que, al menos la entrada del fisco, no se corresponde nunca con la voluntad del *de cuius*, y puede mostrarse con seguridad que la motivación que más bien ha regido para considerar un hecho como causa de indignidad fue muy distinta: “ein öffentlich-rechtliches Motiv”.

106. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 54 ss.

107. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*4 cit. p. 720 ss.

108. En principio era necesaria una fórmula inversa a aquélla con la que el legado había sido establecido; sucesivamente se admite que la voluntad de revocar pudiese manifestarse *quibscumque verbis* –I.2,21, pr.- o incluso resultar de una simple cancelación –Paulo, D.34,4,16(l. *sing. de iure codic.*)–.

109. Es decir, mediante el cumplimiento de un acto o un comportamiento del testador del que se deduce inequívocamente la voluntad de revocar el legado.

legado tiene lugar sin más e invariablemente por la verificación de determinadas circunstancias¹¹⁰. Biondi incluye en la revocación legal el supuesto de que entre el testador y el legatario, posteriormente a la confección del testamento, hayan mediado *gravissimae* o *capitales inimicitiae*. Sin embargo, no parece tener en cuenta Ulp., D.34,4,4 (23 *ad Sab.*).

NARDI¹¹¹ justifica la inclusión de la hipótesis que ahora examinamos y la de la prevista en el *principium* en el título 9 del libro 34 rubricado *de his quae ut indignis auferuntur* aduciendo que en la *lex Iulia et Papia* –de cuyo comentario por Ulpiano proviene el fragmento íntegramente¹¹²–, el pr. y el § 1 de D.34,9,9 serían parte integrante de un capítulo sobre la *ademptio legatorum*¹¹³. El autor, para aclarar mejor la esencia y la consecuencia de la revocación presunta de la cual proporcionaba con estos supuestos dos ejemplos, había añadido, frente a estos, una hipótesis de indignidad en tema de legados: la de la controversia sobre el *status*, recogida por Ulpiano en el § 2 de D.34,9,9¹¹⁴. Finalmente, los justinianeos, al incluir la hipótesis de indignidad en D.34,9 no habrían querido separarla de los dos supuestos de revocación presunta con los que había sido anteriormente confrontada, siendo así, como dice NARDI¹¹⁵ que “mientras originariamente fue el caso de indignidad el que debía hacer resaltar los caracteres de los precedentes, ahora fueron los dos de revocación presunta del legado los que permanecieron en un campo extraño a los mismos, para dar un relieve más neto al perfil indignatario del caso sucesivo”.

Cabría aún la posibilidad de admitir una vía intermedia que diese cabida, en los supuestos de D.34,9,9, pr. y 1, tanto a la revocación tácita como a la indignidad, si bien no cumulativa sino alternativamente. Así, no obstante admitir que *verisimili* ... parece referirse a la revocación presunta del legado, ARNDTS, PUCHTA y SINTENIS¹¹⁶ afirman la necesidad de acudir al instituto de la indignidad en el supuesto que ahora examinamos, siempre que no sea posible presumir la revocación del legado; es decir, estaremos ante un supuesto de indignidad y no de revocación presunta:

110. Según BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴ cit. p. 721 s. el fundamento de la revocación “è sempre riposto” en la voluntad del testador; pero mientras en la revocación tácita la voluntad se deduce mediante la interpretación de hechos y comportamientos, susceptibles incluso de valoración inversa, “en la revocación legal el legado cae por el solo hecho de que intervengan aquellas circunstancias, y la revocación tiene lugar invariablemente”.

111. *Vid.* NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 230 s.

112. Concretamente proviene del libro 14 de los Comentarios de Ulpiano a la ley.

113. En este sentido, FERRINI, *I commentarii di Ulpiano e di Paolo “ad legem Iuliam et Papiam”* cit. p. 248, según el cual con el libro 13 de los Comentarios de Ulpiano *ad legem Iuliam et Papiam* se iniciaba el tratado de los *caduca ex lege Papia*, y la exposición de las disposiciones que se tienen *pro non scriptis*, que continuaba en el libro 14: D.34,9,9 (*tacita ademptio*), puesto que “per la legge caducaria” el legado revocado se tiene por no escrito. La figura de las disposiciones que se consideran como si no hubiesen sido escritas, como dice ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*² p. 215 y 224 ss. precede en el tiempo a la *lex Iulia et Papia* y es comprensiva de las disposiciones nulas o ineficaces por un hecho ocurrido antes de la perfección del testamento y de las disposiciones que devienen anulables o ineficaces por una causa verificada después de la perfección del testamento pero diversa de aquéllas que provocan la figura de los *caduca* o de las disposiciones *in causa caduca*. Por su parte, los *caduca* son las disposiciones a favor de una persona total o parcialmente privada de *capacitas* y aquéllas nulas o ineficaces por uno de los hechos indicados en la legislación caducaria y existente al tiempo de la muerte del *de cuius* y las disposiciones *in causa caduci* son aquéllas nulas o ineficaces por incurrir en una de las causas enumeradas por la legislación caducaria y verificadas después de la perfección del testamento, pero antes de la muerte del *de cuius*. SOLAZZI, *Attorno ai “caduca”* p. 288 afirma que, en la edad clásica, las disposiciones anulables después de la redacción del testamento habrían sido siempre y rigurosamente consideradas *in causa caduci* –y no *pro non scriptis*–, cualquiera que fuera la causa de la nulidad.

114. NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 231 piensa que para poner de manifiesto la contraposición habría sido suficiente el fragmento *Si autem ... persecutio* y que si se añade el inciso final *ex quae specie statim fisco deferetur*, es porque este supuesto se había incluido en un tratado presidido por la figura del *caducum*, y de ahí la oportunidad de una discriminación expresa del citado caso de indignidad respecto del *caducum*, pues en los supuestos de indignidad, a diferencia de lo que ocurre con los *caduca*, no había que preocuparse “di precedenti diritti dei patres in testamento”. En cualquier caso, Nardi no considera improbable que este último inciso sea un glosema antiguo, pues advierte que “la chiusa è molto staccata dal resto”.

115. NARDI, *ibid.* p. 231.

116. Citados por NARDI, *I casi di indegnità* cit. p. 230 n. 6.

1. Si el hecho fue cometido en vida del testador y se puede probar que aquél, no obstante la ofensa, no tuvo intención de revocar el legado¹¹⁷. Nos parece difícilmente defendible este supuesto, puesto que si el testador, pudiendo, no ha querido revocar el legado, mal puede pensarse que por esta voluntad contraria a la revocación, dejara ésta de surtir efecto para dar entrada a la indignidad que impide al *de cuius* rehabilitar al legatario, siendo así que si hubiese revocado el legado, sí podría después rehabilitarlo.

2. Si el hecho fue cometido después de la muerte del *de cuius*, pues para admitir la revocación, aunque fuese presunta, era necesario que el testador hubiese tenido conocimiento del hecho que podía dar lugar a la misma¹¹⁸. No obstante lo arriesgado de esta tesis, su fundamentación es impecable, por lo que no nos parece descabellada su defensa. Y así, podríamos preguntarnos en concreto qué ocurriría si, después de la muerte del testador, el legatario *palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum iactaverit*. Si no puede entrar en juego la revocación presunta del testador –porque éste ha muerto antes de que el legatario hablase mal de él- y tampoco la indignidad –porque la doctrina no considera el supuesto subsumible entre los casos de indignidad-, el legatario entraría en la posesión y disfrute de los bienes a él adjudicados por el testador, a pesar de haber actuado ingratamente respecto de él.

Sólo si defendemos que estamos en presencia de un supuesto de revocación legal dejarían de plantearse problemas y no sería necesario acudir al instituto de la indignidad, pues el legado quedaría automáticamente revocado por el mero hecho de haberse producido efectivamente determinadas circunstancias: en este caso, si, después de la perfección del testamento, hubiesen surgido gravissimae o capitales inimicitiae, supuesto al que nosotros asimilamos el de que el legatario palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum iactaverit. No obstante, esta tesis, como hemos apuntado, es difícilmente conciliable con Ulp., D.34,4,4 (23 ad Sab.).

Debemos llamar la atención sobre el hecho de que nos hayamos estado refiriendo al legatario pues parece ser que el contexto genuino hablaba únicamente de legados y que las referencias al fideicomisario serían sólo añadidos justinianeos, surgidos por la preocupación de mostrar que legados y fideicomisos per omnia exaequata sunt¹¹⁹. Hemos evitado en todo caso referirnos al heredero puesto que el régimen de la revocación presunta de la institución de heredero, incluso en el supuesto de haberlo perseguido el testador por enemistades gravísimas, es completamente diverso del de la revocación presunta de los legados, como pone claramente de manifiesto Papiniano, D.34,4,22 (6

117. Si el testador, desde el principio, no ha querido revocar el legado, faltaría un elemento esencial para la revocación y podría entrar en juego la indignidad, en la que es la norma y la voluntad de la misma la que adquiere relieve, independientemente de cual sea la voluntad del *de cuius*. Según NARDI, *ibid.* p. 230 n. 6 en este supuesto no se ve por qué el derecho habría de quitar al beneficiario algo que el testador, pudiendo, no había querido. Encontramos en este punto una cierta contradicción entre la tesis defendida ahora por Nardi y la que sostiene, p. 54 ss., al negar la posibilidad de rehabilitación del indigno haciendo primar en todo caso la voluntad de la ley, pues, al negarle al testador la eventualidad de redimir al indigno, también se le está quitando al legatario algo que el testador, no obstante el acto ingrato de aquél, no habría querido. Pocos romanistas se han ocupado del tema de la posibilidad de rehabilitación del indigno que ECK, *Indignität und Enterbung* cit. p. 42 niega, al igual que Nardi, afirmando que la indignidad, aunque en su forma y sus efectos entra en el derecho privado, en su fundamento y su fin entra en el derecho público, y, por eso, cuando tiene lugar un supuesto de indignidad es lesionada la *respublica*, guarda del ordenamiento jurídico, de modo que si se admitiese la rehabilitación, el testador vendría a perdonar una ofensa que le ha trascendido, afectando a otros antes y principalmente que a él. Ahora bien, distinto es el supuesto de que la revocación del legado haya tenido lugar y, después, testador y legatario volvieran a la amistad, en cuyo caso se le reintegra a éste el legado dejado –D.34,4,4- porque *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*.

118. Dice NARDI, *ibid.* p. 230 n. 6 que en este caso la *ereptio* sería admisible, pero “non v'è una norma che la prescriva”.

119. *Vid. supra* n. 58.

resp.)¹²⁰ para el caso de que el testador hubiese proyectado hacer otro testamento y no lo hubiese perfeccionado, pues al heredero hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, pero si al mismo tiempo el testador hubiese dispuesto en su favor un legado y aquél lo pidiese exceptioni doli mali summovebitur¹²¹.

120. D.34,4,22: *Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat, cum testator inimicitiis gravissimis persecutus quum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit; hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, se legatum si petat, exceptione doli mali summovebitur.*

121. Papiniano. D.29,1,36,3 (6 resp.) afirma lo mismo respecto de un *veteranus* que *moriens testamentum iure communi tempore militiae factum irritum esse voluit et intestatus esse maluit.*