

# “LIBRE TESTAMENTIFACTIO, LA QUERELLA INOFFICIOSI TESTAMENTI Y LEGÍTIMA HEREDITARIA EN EL DERECHO ROMANO”

Wilberth Arroyo Alvarez<sup>2</sup>

*“Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que las más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de la madrastra, Gayo (Dig., 5.2.4)<sup>1</sup>”.*

## PRESENTACIÓN

Para tener claridad y sentido de comprensión integral del Instituto jurídico Sucesorio, en su constante evolución desde el Derecho Romano –hace casi tres milenios–, se hace imprescindible, como igual respecto de otras instituciones, reglas y principios jurídicos, acudir a esa fuente originaria. Sólo conociendo los orígenes se podrán contestar los “por qué” que plantean los actuales sistemas sucesorios que adoptan y adaptan los ordenamientos jurídicos occidentales, de tradición romanística, como el costarricense

Aún cuando con el presente trabajo no se pretende sino exponer, en grandes rasgos, la

concepción y evolución del derecho sucesorio en el Derecho Romano, la idea es que éste sirva para un posterior estudio sobre el sistema sucesorio costarricense y su (in)evolución desde 1841.

De acuerdo con ese fin, el presente trabajo hará una exposición, lo más clara posible, del Derecho sucesorio en la historia y el derecho romanos, tomando como base los estudios científicos que, con base en las fuentes directas de ese derecho, como la Ley de las XII Tablas o el Corpus Iuris Civilis, entre otras, han hecho connotados juristas como Juan IGLESIAS<sup>3</sup>, ARIAS RAMOS<sup>4</sup> y GARCIA GARRIDO<sup>5</sup> por lo que a ellos se ha de remitir cada dato, cita legal, jurisprudencial y referencial histórica que se señale en el presente.

1 “La legítima Romana surgió estando vigente un sistema de absoluta libertad testamentaria y surgió como freno y resorte moderador de dicha libertad cuando, relajadas las costumbres, testadores, usando, abusivamente, de tal libertad instituyeron herederos a extraños, sin dejar cosa alguna a las personas más allegadas, faltando con ello a los deberes de asistencia que incumben a los próximos parientes entes sí...” ROCA SÁRTRE (RM) Naturaleza jurídica de la legítima, Revista Derecho Privado, Madrid, 1984.

2 Profesor Asociado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

3 Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado), Ariel, 9 ed, 1989.

4 Derecho Romano, 16 ed. Madrid, 1981.

5 Derecho Privado Romano, 3 ed., Madrid, 1985

### **I La libertad de testar del paterfamilias y los derechos de los sui heredes**

En el derecho romano el concepto de herencia está ligado necesariamente con los de familia y el paterfamilias, pues al morir éste, sus hijos y la uxor in manu, sui heredes, los “herederos suyos”, pasaban a ocupar la situación jurídica suya. En el caso de haber varios suis heredes el patrimonio se constituía en un todo indiviso (erctum non cito), con el consecuente perjuicio ante el engrandecimiento posterior de la familia sui que, eventualmente, creaba disputas y provocaba la repartición de la herencia, tal como lo podían solicitar los heredes según lo establecía la Ley de las XII Tablas. Ello a la vez producía otro inconveniente: la atomización, y por ende improductividad del patrimonio familiar dejado por el paterfamilias

Es por ese motivo que el pater, ante el hecho de tener varios hijos, elegía de previo quien le sucedería mortis causa, aplicando al resto de sus hijos la “emancipación” (emancipatio), o los entregaba a otro pater en adopción, o si se trataba de hijas, casándolas cum manu, dándose en todos estos casos nuevas familias, con nuevos paterfamilias en el caso de los hijos. Otra opción era el testamento: así en éste escogía a aquel que le sucedería, pudiendo desheredar pero a la vez dejar legados a sus hijos y a su esposa (uxor in manu) a quien podía darles ya la propiedad de un bien o un usufructo. Aquí, pues, se encuentra el origen de la libre testamentifacio que, en su sentido negativo, se manifestaba con la desheredación.

En un estadio posterior de la evolución del derecho romano -fines de la época republicana- se plantea el tema de los derechos hereditarios de los sui heredes, aún en contra de la voluntad del pater. No obstante, la libertad testamentaria se mantuvo incólume y no es sino de una forma matizada es que aparece la figura jurídica de la “sucesión contra el testamento”. Es así como se darán las siguientes acciones en contra del testamento:

1. Sucesión iure civile en caso de preterición de los sui heredes.
2. Bonorum possessio contra tabulas testamenti.
3. Querella inofficiosi testamenti.

### **II Sucesión “iure civili” y Preterición de los Sui Heredes**

El principio, consecuente con la libertad testamentaria, era que de acuerdo con el ius civile el pater podía instituir herederos o desheredar a los sui heredes pero no podía omitirlos, o sea preterirlos. De haber incurrido en preterición, podía darse las siguientes posibilidades:

- Si se trataba de un hijo que estaba bajo la patria potestas del pater (filius in potestate) debían ser instituido heredero o desheredado “nominativamente” (nominativum) pues sino el testamento era considerado inútil y en consecuencia nulo iure civili. De este modo, al caer el testamento, se abría la herencia ab intestato.
- Si se trataba de los otros sui heredes (caso de hijas, nietos o nietas, uxor in manu), debían ser instituidos herederos o desheredados. Pero para este último caso no se exige la desheredación “nominativa”, bastando una cláusula general colectiva (inter ceteros). Así, vg., “Que todos los otros sean desheredados”. (Ceteri omnes exheredes sunt; Gayo 2.128).

En el caso de preterición de estos últimos, a diferencia del caso de la preterición del hijo varón, el testamento no es nulo, sino que continuaba siendo válido. Pero estos preteridos gozaban de una parte de la herencia. Había que distinguir:

- Si el heredero instituido era uno de los sui heredes, el preterido o la preterida tendrán derecho a una porción viril igual a la del sui heres (Gayo 2.124);

- Si el heredero instituido era un extraño, p. ej., un amigo del testador, el preterido o la preterida tendrán derecho a la mitad de la parte que le corresponde al instituido (Gayo 2.124). Estos herederos preteridos eran “como si hubiesen sido instituidos herederos (quasi scripti heredes) y en consecuencia, al estar en esa situación jurídica, se producía los mismos efectos que para cualquier heredero. Así, los hicieron responsables de los legados (Cod. 6.28.4.1).

Sin duda esta primera protección del sui heredes es la antesala de la posterior querella inofficiosi testamenti y de la “legítima”.

### **III La bonorum possessio contra tabulas**

Sin interferir en la designación de la herencia, por testamento o por ley, con esta regla de la bonorum possessio contra tabulas<sup>6</sup> lo que hace es conceder a determinadas personas la “posesión de la herencia” (bonorum possessio), protegiéndolos no como herederos sino como bonorum possessores ( loco heredis, Gayo, 3.32), siendo el caso de los liberi (hijos y descendientes) que, sin haber sido instituidos herederos o desheredados, fueron preteridos por el pater en su testamento. Se trata genéricamente de liberi, o sea “descendientes libres”, bastando con que lo sean por el vínculo “cognaticio”, entrando los hijos e hijas, incluyendo a la mujer casada, cum manu, y todos los otros descendientes que hubiesen sido emancipados, como si no hubiere sucedido la capitis deminutio y por ello fueran sui heredes.

La bonorum possessio contra tabulas no anulaba el testamento. El pretor se limitó a introducir una reforma más profunda que la admitida por el ius civile, al extender la protección de la praeteritio a los liberi cognados, en detrimento de los herederos

extraños. Pero el resto de las cláusulas testamentarias continuaron manteniendo su validez. Así, el heredero pretoriano debe cumplir los legados hechos en beneficio de los ascendientes y descendientes del testador, así como el legado dejado a título de dote a su mujer, o a su nuera (Ulpiano, Dig. 37.5.1 pr.; Lenel, § 143). Igualmente son válidas las sustituciones pupilares (Dig. 28.6.34.2), así como las manumisiones, daciones de tutores, etc., es decir, todas las cláusulas que surjan de la evidente voluntad del testador, salvo por supuesto lo referente al régimen pretoriano de la bonorum possessio contra tabulas en cuanto a los liberi preteridos.

### **IV La querella inofficiosi testamenti**

Las anteriores soluciones, del ius civile y la bonorum possessio contra tabulas, se basaban en la praeteritio, pero respetaban el principio de la libertad absoluta del testador de instituir heredero o desheredar a quien quisiera. Sin embargo, hacia finales de la época republicana romana se criticaba la conducta del testador que, de manera injustificada, procedía a desheredar o a preterir a sus hijos. Así nace la querella inofficiosi testamenti, basada en la falta de piedad (officium pietatis) del pater que debía tener con el sui heredes. Con esta medida podía o anularse el testamento, o se otorgaba una determinada parte de la herencia al sui. Por la razón de piedad que se alegaba esta medida resultaba ser más del orden moral que jurídico, considerándose al pater como perturbado mental (furiosus), debiendo dejarles a estos sui heredes una determinada porción del patrimonio familiar. Al tenerse al pater como un non sanae mentis (como si estuviese demente) se le consideraba como falto de testamenti factio.

Y aquí es, con la querella inofficiosi testamenti donde nace la llamada *legítima hereditaria*.

<sup>6</sup> Posesión hereditaria en contra de lo establecido en las tablas del testamento.

## **V Características de la querella inofficiosi testamenti**

### **1.-Sujetos legitimados:**

- Podían atacar al testamento por medio de esta querella inofficiosi testamenti sólo aquellos parientes más allegados: descendientes, ascendientes y consorte.
- A partir de Constantino, también podían atacar al testamento como inoficioso los hermanos o hermanas bilaterales (germani) del testador, e incluso los medio hermanos "sanguíneos", es decir los habidos del mismo padre aunque de distinta madre. En cambio, estaban excluidos los medio hermanos "uterinos", es decir los habidos de la misma madre, pero de distinto padre.
- Respecto de los hijos adoptivos, éstos podían, en la época clásica, atacar el testamento inoficioso del pater que los había adoptado, pero no el de su padre natural (es decir el que lo había dado en adoptio).
- El orden para pedir la declaración de testamentum inofficiosum, no les correspondía a todos conjuntamente, sino que se guardaban los mismos grados excluyentes que en la herencia ab intestato.
- Los cognados en mayor grado que el de los hermanos, estaban excluidos de atacar el testamento por la querella inofficiosi testamenti

### **2.-Prueba de la violación hereditaria:**

El que pretenda atacar al testamento inoficioso, debía probar que el testador lo había desheredado sin causa justificada o no le había dejado esa cantidad de bienes que constituye la "legítima". Ello significaba que si el heredero instituido en el testamento probaba la existencia de alguna causa que apoyara la exheredatio, entonces el querellante es repelido en su intento.

## **3.- La parte de legítima**

El primer problema que se planteó fue el de significar cuándo la portio hereditatis se consideraba insuficiente. Como no había ninguna ley que estableciera dicho monto, eran los jueces quienes debían considerar en cada caso concreto cuándo lo recibido "por causa de herencia" por el querellante era insuficiente de acuerdo con el deber de "piedad familiar". Posteriormente se comenzó a aplicar el principio de que la cuantía de "parte suficiente" consistía en una "cuarta parte" de la cuota hereditaria que le hubiera correspondido al querellante si la herencia hubiera sido ab intestato; es la llamada quarta falcidia de la lex Falcidia, según la cual se establecía una protección para el heredero testamentario en una herencia que estuviera demasiado cargada de legados y donaciones mortis y cuyo monto es de una quarta pars (quarta legitimae partis)

### **4.-Cálculo del monto de la legítima.**

Para el cómputo del patrimonio del testador, había que computar todos los bienes. Se incluían los créditos, incluso los sometidos a condición, por lo menos mientras no se decidiera el hecho condicional. Los bienes que hubieren sido legados o donados mortis causa se incluían en la masa hereditaria, puesto que hasta ese momento estaban dentro del patrimonio del testador (Cód., 8.50.5-12; 8.57.2).

Había que descontar las deudas que pesaban sobre la herencia y los gastos funerarios. Pero también se descontaban el valor de los esclavos manumitidos por testamento (Ulpiano, Dig., 5.2.8.9).

Una vez calculado el monto de la masa hereditaria, había que calcular la "cuarta parte". Había que computar todo aquello que el heredero que se querellaba hubiera recibido por causa de muerte, ya como heredero, como legatario, como fideicomisario o por una donación mortis causa (Inst. Just., 2.18.6; Cod. Just., 3.28.36.1). En efecto, con ello

este heredero obtenía bienes respecto de los cuales no podía aducir que el testador había incumplido el officium pietatis.

Para el supuesto de que hubiera varios legitimarios en el mismo grado, la quarta pars se debía dividir entre ellos.

### 5.-La querella inofficiosi donationis

En principio, las donaciones realizadas inter vivos no entran en el cómputo de la masa hereditaria puesto que los bienes donados no estaban en el patrimonio del testador al momento de su muerte. Pero ya desde la época de Alejandro Severo (Paulo, Dig., 31.87.3) se admitió el tomarlas en consideración. Así se va conformando una querella especial, a semejanza de la querella inofficiosi testamenti (Emp. Constancio, Cód., 3.29.9, año 361), y que será conocida como querella inofficiosae donationis. Quienes tienen derecho a la legítima pueden dirigirse contra los beneficiados por las donaciones realizadas por el testador inter vivos, a los efectos de poder defender su portio legitima. De este modo, no se trataba de provocar la nulidad de dichas donaciones, sino simplemente “revocarlas” reduciéndolas hasta un monto que asegurara la “legítima” (Diocleciano y Maximiano, Cód. 3.29.7-8).

Igualmente, si el pater, cuando hizo la donación inter vivos, declaró que lo hacía para que se computara a la “legítima”, entonces el monto de lo donado se imputaba a ésta (Ulpiano, Dig., 5.2.25 pr.). Esta solución será confirmada por Justiniano (Cod., 3.28.35.2; año 530). Se establecerá el principio general de que toda liberalidad concedida en vida debe ser colacionada. Indudablemente juega acá el principio de considerarlas como adelanto de la herencia (Inst. Just., 2.18.6; Cod. 6.20.20). Y aparte de las consideradas propiamente donaciones, también ocurría lo mismo si el pater había donado inter vivos una suma de dinero para que comprara un empleo imperial o un grado militar (ad militiam emenda; Just., Cod. 3.28.30.2). Se ve, por ello, que ciertos cargos resultaban venales.

### 6.-La querella inofficiosi dotis

A su vez, la dote dada a una hija no era computable para la quarta pars, porque ella entraba en el patrimonio de su marido. Pero el emperador Zenón permitió imputar sobre la “legítima” la dote constituida a una hija y la donación propter nuptias hecha a un hijo (Cod. 3.28.29, año 479). Para ello se empleaba una querella inofficiosi dotis.

### VI Requisitos del ejercicio de la querella inofficiosi testamenti

- Plazo: La querella inofficiosi testamenti se debía interponer contra al heredero testamentario dentro de un plazo de cinco años desde el día en que el heredero aceptaba la herencia. Se interpretaba que pasado ese lapso cabía presumir, por parte del familiar allegado, un perdón de la ofensa recibida en contra del officium pietatis. Sin embargo, si existía “una causa grande y justa” (magna et iusta causa), el plazo podía ampliarse (Ulpiano, Dig., 5.2.8.17). Si el heredero perjudicado había muerto antes de ejercer la querella inofficiosi testamenti, se interpretaba que había perdonado la ofensa del officium pietatis, y por lo tanto, el derecho a ejercitarla no pasaba a sus herederos. Pero si el querellante lo había intentado antes de morir, o hubiese preparado su ejercicio con una intimación al heredero, la querella podía ser continuada por sus herederos (Ulpiano, Dig. 5.2.6.2; Paulo, Dig., id., 7).
- Acción de Complemento: Si el testador había dejado a sus hijos legados o donaciones mortis causa imputables a la “legítima”, añadiendo que, si fueran inferiores al monto de ésta, quería que la legítima fuera “completada” según “el arbitraje de un varón honrado” (boni viri arbitratu) debiendo los legitimarios aceptar la voluntad del testador, no pudiendo pedir la querella, pero concediéndoseles una actio ad suppleendam legitimam.

### **VII Efectos de la querella inofficiosi testamenti.**

- 1.- El principio genérico es que la querella inofficiosi testamenti, en caso de ser admitida judicialmente produce la nulidad del testamento.
- 2.- Excepcionalmente podía ocurrir que el testamento fuera anulado en forma parcial, de tal modo que, por un lado se satisface en parte la pretensión del querellante y, por el otro, se continuaba manteniendo algún derecho por parte del heredero instituido.
- 3.- La nulidad del testamento declarado inoficioso tendría efectos en cuanto a los legados y otras liberalidades ordenadas por el testador.
- 4.- A su vez, si la nulidad del testamento inoficioso era solamente parcial, los legados impuestos sobre la parte no anulada continuaban siendo válidos y por supuesto a su cargo. En cambio resultan nulos los establecidos sobre la otra parte.
- 5.- Si el legitimario que inició la querella inofficiosi testamenti fuera vencido y obtuviera una sentencia desfavorable, el testamento quedaba como válido. Pero como el actor perdidioso ha injuriado la memoria del testador, se lo considera indigno. Por esta razón pierde toda liberalidad que le hubiese sido conferida en el testamento, quedando dichos beneficios en favor del Fisco (Ulpiano, Dig. 5.2.8.14).

### **VIII Reformas de Justiniano**

El emperador Justiniano, recogiendo algunas particularidades del derecho posclásico, establecerá mayores precisiones en lo que hace a la querella inofficiosi testamenti y la regulación de la "legítima", como se venía perfilando por medio de esta acción.

#### **1.- Actio ad supplendam legitimam**

En el caso del pater que había dejado ciertas liberalidades a sus hijos, añadiendo que si las mismas resultaban inferiores a la "legítima", quería que fueran completadas "según el arbitrio de un hombre honrado" se dispone que los herederos debían cumplir la voluntad del testador, no pudiendo iniciar la querella inofficiosi testamenti, debiendo acudir a la solución indicada en el testamento, es decir a pedir que se le completara la "legítima". De este modo se les impide pedir la nulidad del testamento por la vía de la querella, debiendo emplear esta acción de suplemento para alcanzar la pars legitima. Esto ocurría así siempre y cuando el testador no hubiera dicho en el testamento que se les dejaba una porción menor debido a que los consideraba "ingratos" (Cód. 3.28.30 pr.).

#### **2.- Modificación del monto de la "legítima"**

En la Novela 18 (cap. 1; año 536) Justiniano, luego de haber expresado en el prefacio su interés en los hijos, y pareciéndole reducida la antigua quarta pars, decide aumentar el monto de la "legítima". De este modo, si el pater o la madre tiene hasta cuatro hijos, la pars debita ascendía a 1/3 de lo que le hubiera correspondido ab intestato; si, en cambio el número de hijos era de cinco, la "legítima" se debía calcular en un 1/2., de acuerdo a lo que hubiera recibido ab intestato.

#### **3.- Las justas causas de desheredación (o de preterición)**

Una reforma importante surge de la Novela 115 (año 542 Justiniano). Se determina en la misma que los ascendientes no pueden ni preterir ni desheredar a los descendientes, y viceversa éstos a aquellos, sin haber mencionado una causa justa de exclusión de la herencia (cap. 3 pr.; cap. 4 pr.). De este modo, estos herederos deben ser o "instituidos" por lo menos hasta el monto de la "legítima", no pudiendo ser ni "preteridos" ni "desheredados" sin haber expresado en el testamento alguna de las cláusulas justas de exclusión.

#### 4.- Necesidad de instituir legitimarios

Estos herederos legitimarios, deben ser instituidos como herederos en el testamento, no bastando que por otros medios se hubiere hecho, es decir por un legado, una donación o un fideicomiso sobre la pars debita. Si se le hubiera dejado una porción inferior a su legítima, el testamento era válido y el heredero debía recurrir a la actio ad supplendam legitimam.

#### 5.- Causas de Ingratitud.

Se enumeran las causas de ingratitud que permitían furrán excluidos como herederos los legitimarios, las cuales debían quedar expresamente señaladas en el mismo testamento:

- Haber maltratado físicamente a los ascendientes.
- El haberles inferido al causante o familiares sui injuria grave y deshonrosa
- El haberlos acusado criminalmente, salvo en las causas contra el Príncipe o la res publica;
- El practicar la hechicería (maleficus) conviviendo con hechiceros;
- El haber atentado contra la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo;
- El haber tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina del padre;
- El haberlos delatado y con su delación hubiese hecho que ellos soportaran graves perjuicios;
- No servir de fiador de sus ascendientes que estaban presos;
- El haberles impedido que hicieren testamento;
- El haberse asociado, contra la voluntad de sus ascendientes, con mímicos o con

gladiadores, a menos que los ascendientes fueran de la misma condición;

- Si la hija o la nieta menor de 25 años, a quien sus padres querían casarla o dotarla, en lugar de celebrar el matrimonio lleva vida licenciosa;
- Si los descendientes desatendieran a su padre demente, y luego este sanara, los podía justamente desheredar;
- No redimirlo estando cautivo;
- El haber hecho herejía.

Esta enumeración es taxativa, de tal modo que son las únicas causales que se podían invocar. Hay que advertir que al existir una tan genérica como la de injuria grave y deshonrosa se puede considerar bastante amplio el espectro y abierto a otras situaciones como las apuntadas.

#### 6.- Prueba de la causal

Si se probaban las causas de preterición o de desheredación expuestas por el testador (bastaba una sola de ellas), el testamento era válido. Caso contrario, el testamento era nulo, pero solamente en cuanto a la institución de herederos, yendo los bienes a los descendientes o ascendientes en el orden ab intestato. En cambio, a diferencia de lo que ocurría en la querella inofficiosi testamenti del derecho anterior, el resto del testamento no caía, permaneciendo válidos los legados, los fideicomisos, las manumisiones, las daciones de tutor, etc.

#### ***IX Configuración de la Legítima como Institución Jurídica del Derecho Romano***

Siendo absoluto, ab initio, el principio de la total libertad del pater de instituir herederos o desheredar a los descendientes, pasa luego por una serie de medidas pretorianas que desembocan en la Legítima como institución sucesoria que ha perdurado hasta hoy.

La libertad testamentaria la ejercía el pater familias con el único propósito de darle continuidad a la familia luego de su muerte. Es de donde se deriva el llamado principio de la continuidad de la personalidad jurídica del de ciuis

Entre aquella libertad absoluta de testar y la Legítima se van dando una serie de "soluciones" que responden más a cuestiones prácticas y morales que teóricas y jurídicas. De ahí la interpretación de los juristas romanos de que el pater debía asegurar bienes a los sui herederos y no preterirlos. Esto prontamente fue extendido, no sólo a los agnados, sino también a los cognados, por medio de la medida pretoriana de la bonorum possessio contra tabulas. De este modo, basado en argumentaciones de tipo formal, lograban en el fondo proteger la herencia de los descendientes. Posteriormente con la aparición de la querella inofficiosi testamenti se da una profundización de estos primeros remedios. Determinados herederos cercanos, ascendientes o descendientes y en su caso los hermanos, podían quejarse de que el testador no se acordó de ellos al no otorgarles una determinada porción de lo que les hubiera correspondido ab intestato. Es de aquí que comienza a configurarse la noción de la "legítima". Continuaban las viejas reglas, pero el considerado legitimario podía reclamar una porción de la herencia. Hasta que finalmente con la Novela 115 de Justiniano, se reconoce de una manera franca y abierta algo que estuvo desde hacía tiempo subyacente, esto es que los descendientes y ascendientes tienen un "derecho de herencia" sobre una parte del patrimonio del ascendiente o descendiente que testaba.

### **X A modo de Resumen**

A pesar de que todos los derechos primitivos hacían descansar sus sistemas en la propiedad colectiva y no es sino después de una lenta evolución que se admite la propiedad privada, ya en el Derecho romano, en su primer

cuerpo de normas, la "Ley de las XII Tablas", se encuentran los principios de una propiedad individual absoluta. No obstante, no puede negarse que el proceso histórico que vivieron otros pueblos contemporáneos al romano lo hayan vivido éstos pues se sabe que, en un principio, también prevaleció la "gens" y que no es sino posteriormente que surge la propiedad individual al usurpar el pater familias el poder dentro de la familia. Con las "doce tablas" no se rompe, sin embargo, bruscamente, con el régimen anterior de devolución sucesorio a la gens. El testamento romano en sus orígenes no consistía en una disposición de bienes sino sólo en la elección que realizaba el pater familias entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia. Incluso, luego se admitirá que el causante testador usara de la desheredación, así como que instituyera herederos a extraños, aunque existieran sui. Ya en la República romana, ante aquellos poderes absolutos que adquiría el pater, se fueron configurando ciertas defensas: una formal y otra material. La primera señalaba que los "herederos necesarios" (bajo la potestad inmediata del testador) debían ser instituidos o desheredados, en forma expresa, pues no bastaba la simple omisión. Respecto a los varones, para desheredarlos debía el testador indicarlo individualmente (nominatum). Para el caso de no cumplirse con esta formalidad, la acción que tiene el hijo es la "actio querella multitalis ex jure antiquo", anulando el testamento y dando paso a la sucesión ab intestato. Más tarde el derecho pretoriano modifica el orden sucesorio dándole participación a otros herederos y para eso contaban ellos con la "honorum possessio contra Tabulas" que podían interponer dentro del año.

La otra defensa que tenía el heredero fue la material con la que se le exige al testador dejar parte de sus bienes a parientes próximos. Sin embargo, la desheredación fue usada a diestra y siniestra y sino el pater dejaba una ínfima parte de sus bienes a sus descendientes. No es sino en los últimos años de la República en que la jurisprudencia sostuvo que cuando

el testador desheredaba al descendiente o le dejaba tan solo una parte insignificante de sus bienes, sin causa justa, el hijo podía impugnar dicho testamento como "inoficioso" (contra officium pietatis factum) anulándolo con base en la ficción de la incapacidad del testador para otorgar testamento. La acción que se usaba para la declaratoria de inoficiosidad se llamó "querrela inofficiosi testamenti". Cuando los herederos no eran del todo desheredados sino que heredaban una pequeña parte, los jueces centumviros fijaron una cuota, naciendo así la legítima, como, en esencia, se conoce hoy día; dicha cuota por algún tiempo fue fijada arbitrariamente, y no es sino luego que se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recogería en la sucesión intestada, inspirados en la Lex Falcidia que establecía que el testador no podía legar más allá de las tres cuartas partes de sus bienes. El nombre de "legítima" se debe al hecho de que ella es una porción de la "sucesión legítima" que el heredero hubiere recogido abintestado (quarta legitimaie partis). Si la acción de inoficiosidad intestada prosperaba el testamento se anulaba por completo, dando paso a la sucesión

intestada donde el querellante obtendría la legítima que le correspondía y de la que fue excluido en el testamento. Si perdía, el querellante se le excluía de todo beneficio testamentario y legal, cuya parte no heredada pasaba al fisco y además se le tenía "como sospechoso de locura, por haber injuriado la memoria del testador". Más tarde la querrela de inoficiosidad se amplía a las donaciones excesivas pero se restringe en cuanto se crea la "acción en complemento" de la legítima, fijándose el mismo conforme al arbitraje de un "hombre honrado" y solo para el caso de que aún cuando no se hubiere heredado le hubiere hecho el testador ciertas liberalidades. Para concluir, de las reformas de Justiniano que importan es la novelle 115 que establece el derecho del legitimario a la querrela sino ha sido instituido o desheredado legítimamente, valga decir, conforme a las causales en numeración taxativa que indicaba la ley. Establecía esa novela que si el legitimario recibía menos de lo que le correspondía tenía la "actio ad suppleandam; sino era instituido tenía la querrela de inoficiodad, desapareciendo la "honorum possessio contra tabulas".

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARROYO ÁLVAREZ (Wilberth) "Legítima Hereditaria y Derecho Sucesorio Costarricense", 1 edic., 1988 y Revista Judicial #42, 1988.

ARGÜELLO, (Luis Rodolfo), "Manual de Derecho Romano", Editorial Astrea, 2 ed., Buenos Aires, 198

GARCÍA GARRIDO (Manuel Jesús) "Derecho Privado Romano", Dykinson, Madrid, 1985.

IGLESIAS ( Juan) "Derecho Romano"; Barcelona, Ariel, 1972.