

APERTURA DE TESTAMENTO

Silvestre Bello Rodríguez
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

El título III del libro XXIX del Digesto trata el siguiente tema, *testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur*, consta de 12 fragmentos de los siguientes juristas, Gayo Ulpiano y Paulo; en D.43.5. se habla de «*Tabulis exhibendis*» en 5 fragmentos tratados por Ulpiano Paulo y Javoleno; también es tratado el tema de apertura de testamento en otros textos jurídicos como son Codex 6.32 bajo el título *quemadmodum testamenta aperiantur inspiciantur et describantur* y en el título 4,6 *de vicissima* de las *Pauli Sententiae*.

El interesado que crea que una disposición testamentaria le pueda beneficiar debe ante todo probar su existencia, lo que quedaría de manifiesto con la prueba del testamento, es decir, proceder a la apertura del mismo.

Este, acto de última voluntad era considerado por los romanos como un negocio que exigía publicación suficiente dada su trascendencia de la que lógicamente se derivan importantes consecuencias jurídicas, podemos observar el interés público en el siguiente texto:

Dig.29.3.5 Paulus libro VIII ad Plautium Vel negare, se signasse; publice enim expedit, suprema hominum iudicia exitum habere.

Y también en este otro:

Dig.29.3.2 Ulpianus libro L ad edictum

Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius publicum est instrumentum.

Se trata de un título que crea y modifica derechos que pueden ser de índole tan diversa y que puede producir tantas alteraciones en Derecho que su apertura, examen y conservación puede afectar a muchos interesados, por lo que era necesaria la apertura del testamento, es decir, que públicamente se tuviera conocimiento de el, entre otras razones para excluir la posibilidad de la sucesión abintestada.

El carácter de negocio jurídico antes citado lo pone de manifiesto por ejemplo el hecho de que ninguna transacción privada, o controversia jurídica que tuviera su origen en un testamento pudiera resolverse y determinarse sin la inspección y conocimiento de sus términos como lo demuestra el edicto del Pretor que a continuación tratamos y que resuelve de la siguiente forma

El Pretor ofrece el examen e incluso el copiar los testamentos a todos los que lo deseen. Está claro que lo permite a todos los que lo solicitan en nombre propio y ajeno como queda de manifiesto en el texto de Gayo que a continuación reproducimos.

Dig.29.3.1.pr. Gaius libro XVII ad Edictum provinciale
Omnibus, quicunque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam
describere, inspiciendi describendique potestatem facturum
se Praetor pollicetur. Quod vel suo, vel alieno nomine desideranti
tribuere eum, manifestum est.

El fragmento siguiente dice “El motivo de este edicto es muy claro, pues no se puede transigir extrajudicialmente ni resolver judicialmente las controversias que de un testamento se derivan más que teniendo a la vista y después de aclarar las palabras del testamento.

Dig 29.3.1.1 Gaius libro XVII ad edictum provinciale
Ratio autem huius Edicti manifesta est; neque enim sine iudice transigi, neque apud
iudicem exquiri veritas de his controversiis, qua ex testamento proficiscerentur, aliter
potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.

Normalmente el testador con la finalidad de que su testamento pudiese ser conservado y custodiado y también para evitar la destrucción por parte de personas interesadas, según Amelotti el interesado solía depositarlo en un pariente cercano como es el caso del soldado Sereno que lo confió a su esposa, o el Emperador Augusto que confió su testamento a las Diosas Vestales, o bien depositarlo en cualquier persona de su confianza con el encargo de custodiarlo y que una vez fallecido el testador se ejecutasen sus disposiciones,

Las dificultades que entraña el disponer mediante testamento no se reducen al ámbito de su otorgamiento sino que alcanzan a su conservación, como puede ser el caso de las primitivas tabulae de cera o el papiro o pergamino en que después se escribe, que podría suceder que si se entregan al instituido heredero este las pueda ocultar para no cumplir los legados con que se grava como se observa en el siguiente texto.

Dig.29.3.10.2 Ulpianus libro XIII ad legem t Iuliam et Papiam
Si tabulae non compareant, vel exustae sint, Futu st, ut subveniri legatariis debeat;
idem est, si suppre, vel occultae sint.

Al testador puede resultarle difícil el escoger la persona adecuada para que custodie el testamento lo que provoca un estado de indefensión que se resuelve invocando penas divinas e imponiendo una multa que habrá de pagarse al Fisco a quién no cumpliera con la voluntad testamentaria *postmortem* surgiendo con ello la necesidad de presentar ante la curia el testamento después de muerto el testador

En este punto, en un papiro de Ravena citado por Arangio Ruiz no se especifica el momento exacto en el que se debe proceder a la apertura del testamento; pero se observa que al efectuarse, uno de los siete testigos ha muerto, tres están ausentes, lo que presupone un cierto espacio de tiempo.

En la colección de fórmulas visigóticas concretamente en la n°25. se indica que la apertura deberá tener lugar al tercer día.

Muerto el testador se procedía a la apertura del testamento a instancia del depositario o de cualquier persona interesada; en cuanto a la forma de apertura creo oportuno citar algunos pormenores curiosos:

Comenta que en Roma la apertura del testamento se hace con asistencia de los testigos o de la mayor parte de los mismos que en él han puesto sus sellos, reconocidos estos se rompe el linum, y el Magistrado procede a la lectura del testamento y se saca copias a quienes lo requieran (*describendi exempli potestas*). Después de hacer constar en acta el cumplimiento de esta formalidad cierra el testamento poniendo en él el sello público procediendo a su depósito en los archivos a fin de que si llega a perecer la copia, sea siempre posible sacar otra nueva, es probable que este sea el antecedente del protocolo notarial.

Los testamentos realizados en los *municipia*, en las colonias, en las *oppidas*, en las prefecturas, en los *vici*, en los *castella* y en los conciliábulos deben ser leídos en el foro o en la basílica en presencia de los testigos o de hombres buenos en el supuesto caso en que los testigos que han firmado no puedan hacerlo entre la segunda y décima hora del día; después de sacada una copia, el testamento será de nuevo sellado por los magistrados en presencia de los cuales se haya verificado la apertura

Creo que se puede entender el tenor literal de las *Pauli Sententiae* en el sentido en que el testamento debe ser abierto inmediatamente después de la muerte del testador; hay que destacar en este punto que en materia de rescriptos existió diversidad de opiniones.

La apertura sigue diciendo el texto debe realizarse, si las personas se hallan presentes, entre el tercer y quinto día después de la muerte y en el caso de que estas estén ausentes en el mismo plazo después de su regreso, en este punto en Paulo 4.6 se destaca la importancia de que los herederos, los legatarios y los esclavos manumitidos regresen a la mayor brevedad. A pesar de que la norma exige rapidez en su apertura se admite alguna excepción como es el caso en que el difunto ha fallecido de muerte violenta en su domicilio, el Senadoconsulto *Silaniense* dado probablemente en el año 10 d.c. prohibía que se procediese a la apertura del testamento antes que los esclavos púberes, impúberes en algunos casos o las familias del difunto que vivían con él fuesen interrogados y sometidos a la tortura como se dice en:

Dig.29.5.3.1 Ulpianus libro L. Ad edictum

Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, Edicto cavetur, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumtum fuerit.

También podría ocurrir que se procediese a la apertura de las tablas antes de conocerse la muerte violenta del testador en cuyo caso el heredero estaba obligado a restituir la herencia según el S.C. Trebeliano como nos dice el texto del

Dig. 29.5.23 Maecianus L. XIII

Si, antequam patefieret, testatorem occisum, tabulae testamenti apertae essent, deinde innotuisset, id admissum esse, causa cognita, puto, compellendum institutum adire hereditatem, quam suspectam diceret, et ex Trebelliano Senatusconsulto restituere.

Las fuentes clásicas afirman que es también competencia del Pretor como se recoge en Dig.29.3.4 obligar a los que han puesto sus sellos a comparecer a la convocatoria con el fin de que puedan reconocerlos o negar haberlo hecho como se observa en el siguiente texto

Dig.29.3.4 Ulpianus libro L. ad Edictum

Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere.

Respecto a la comparecencia, el texto del D.29.3.6 Ulpiano comentarios al edicto libro L dice que basta para proceder a la apertura del testamento con la presencia de la mayoría de los testigos.

Dig.29.3.6. Ulpianus libro L. Ad edictum.

Sed si maior pars signatorum fuerit inventa, poterit ipsis intervenientibus resignari testamentum et recitari

El texto del Dig.29.3.7 de Gayo Comentarios al edicto Provincial libro VII analiza el supuesto en que pudieran estar ausentes todos y fuese urgente la apertura del testamento el magistrado debe proceder a su apertura en presencia de hombres de acreditada reputación; una vez reconocido el testamento y sacada copia de él, se sella por los que han asistido a la apertura y se envía al lugar donde estén en ese momento los testigos ausentes a fin de que reconozcan sus sellos, pues al testigo ausente no se le obliga a concurrir a la apertura, sino que se envía el testamento al lugar donde este se

encuentre, en este punto parece que pueda existir cierta discrepancia con la obligación de la comparecencia

Dig.29.3.7 Gaius libro VII ad Edictum provinciale

Sed si quis ex signatoribus aberit, mitti debent tabulae testamenti, ubi ipse sit, uti agnoscat; nam revocari eum agnoscendi causa onerosum est, quippe saepe cum magna captione a rebus nostris revocamur, et sit iniquum, damnosum cuique esse officium suum. Nec ad rem pertinet, unus absit, an omnes; et si forte omnibus absentibus causa aliqua aperire tabulas urgeat, debet Proconsul curare, ut intervenientibus optima opinionis viris aperiantur, et post descriptum et recognitum factum ab iisdem, quibus intervenientibus apertae sunt, obsignentur, tunc deinde eo mittantur, ubi ipsi signatores sint, ad inspicienda sigilla sua.

Respecto a la facultad de exáminar (*inspicere*) el testamento así como la posibilidad de sacar copia de el mismo (*describere*), la regla general es que el Pretor conceda este derecho a cualquiera que lo desee bien en nombre propio o en nombre ajeno como ya se ha comentado anteriormente. Sin embargo en Dig.29.3.8 y también en Cod.6.32.3 en una Constitución de Diocleciano y Maximiano se plantea la situación en que no se permite la apertura de las tablas, examinar ni sacar copia en los casos en que el testador haya sometido su publicación a término o a condición, tal es el caso de las instituciones pupilares cuando han sido selladas por separado.

Dig.29.3.8 Ulpianus libro L ad Edictum

Pupillares tabulas, etiamsi non fuerit superscriptum, ne aperirentur, attamen, si seorsum eas signatas testator reliquerit, Praetor eas aperire, nisi causa cognita, non patietur.

o las partes del testamento que puedan cubrir a alguno de ignominia así como la indicación del día ni del Cónsul por temor de falsificación.

Cod.6.32.3 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC Aristotelis

Eius, quod ad causam novissimi patris vestri iudicii pertinet, de calumnia tibi iuranti (praeter partem, quam aperiri defunctus vetuit, vel ad ignominiam alicuius pertinere dicitur) inspiciendi ac describendi, praeter diem et consulem, tibi rector provinciae facultatem fieri iubebit.

En Dig.29.3.2.8 y también en Dig.43.5.1.pr. se trata el siguiente supuesto de exhibición de las tablas

Dig.29.3.2.8 Ulpianus libro L ad Edictum

Si quis non negans, apud se tabulas esse, non patietur inspicere et describi, omnimodo ad hoc compelletur; sin tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est, ad interdictum remitti, quod est de tabulis exhibendis.

Dig.43.5.1.pr Ulpianus libro LXVIII ad Edictum

Praetor ait: quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicitur, si hae penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas illi exhibeas. Item si libellus adiudve quid relictum esse dicitur, decreto comprehendam.

En ambos textos se contempla la posibilidad de que el que tiene las tablas del testamento se niegue a presentarlas o bien que niegue tenerlas, en ambos casos y también en el supuesto en que haya dejado de tenerlas dolosamente el Pretor dará contra él un interdicto especial de *tabulis exhibendis*, interdicto que es análogo a la actio ad exhibendum (análogo en el sentido en que en ambos casos se persigue la exhibición) y que según el texto Ulpianus libro LXVIII D.43.5.3.16 *interdictum hoc et post annum competere constat*. Se puede utilizar transcurrido el plazo de un año, lo que pone de manifiesto su carácter reipersecutorio, la finalidad del interdicto es obtener la exhibición y subsidiariamente los daños e intereses *quantum interest*

En Dig.43.5.5 se contempla el siguiente caso:

en caso de estar pendiente una controversia sobre la herencia no procede conceder este interdicto o en el supuesto que pueda afectar a una causa criminal, en estos casos parece que lo que procede es depositarlas en un templo o en persona idónea como en el siguiente texto.

Dig. 43.5.5 Iavolenus libro XIII ex. Cassio

De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet, aut si ad publicam quaestionem pertinet; itaque in aede sacra interim deponendae sunt, aut apud virum idoneum.

Quien en calidad de heredero reclama las tablillas como suyas podrá hacerlo mediante la utilización de la *vindicatio* o para lograr su exhibición tiene la posibilidad de utilizar la *actio ad exhibendum*.

En la Lex Iulia et Pappia bajo el título **Apertura de testamento, Aditione e dies cedens** se estudia la importante derogación que la lex Papia aporta al Derecho Antiguo

Cod.6.51.1.1 Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae

Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quae circa defunctorum hereditates procedebant, sumpsit et ideo non a morte testatoris, sede ab apertura tabularum dies cedere legatorum senatus consulta, quae circa legem Papiam introducta sunt, concesserunt ut, quod in medio deficiat, hoc caducum fiat, primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes sancimus omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatis similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem relictorum diem a morte testatoris cedere.

La lex Papia Poppea con la finalidad de aumentar los peligros de caducidad y siempre persiguiendo un objetivo fiscal daba mayor solemnidad a la apertura del testamento. En relación a las herencias había prohibido la posibilidad de adir la misma antes de la apertura de las tablas (*ante aperta tabulas*) Cod. 6.51.1.1 c ya citado, exceptuando sin embargo al heredero *ex asse* es decir al heredero de la totalidad, ciertamente la falta de este heredero no habría dado lugar a una caducidad útil lo que provocaría la sucesión *ab intestato* y consecuentemente no teniendo el fisco nada que ganar.

En relación a los legados se habría situado el *dies cedens* en el momento mismo de la apertura de las tablas. Justiniano en ambos puntos volvió al derecho primitivo. El heredero podría adir la herencia aun antes de la apertura de las tablas siempre y cuando tenga pleno conocimiento de su derecho. Y el dies cedit respecto de los legados tendrá lugar, desde la muerte del testador, si se trata de disposiciones puras y simples.

En una const. De Teodosio II y Valentiniano III se había dado un nuevo interés a esta apertura de las tablas del testamento, estableciendo que los hijos instituidos por algún ascendiente, cualquiera que muriese antes de dicha apertura habiendo tenido conocimiento o no de su institución, transmitían a sus propios hijos sus derechos de herencia, (actualmente en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1006 del C.c. dice.... Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.

El Derecho Romano contempla esta materia con un riguroso cuidado y de forma muy particular en interés del tesoro, en el cual desde Augusto, se cobraba de todas las sucesiones de ciudadanos romanos un impuesto del cinco por ciento *vicessima hereditatum*

En época de Augusto la Lex Iulia de Vicesima Hereditatum, reguló minuciosamente el procedimiento de apertura de los testamentos, determinando que debía abrirse dentro de los cinco días desde la muerte del testador ante la oficina recaudatoria del tributo: Statio vicessima. Este impuesto creado por Augusto fué elevado al doble por Caracalla *decima hereditatum* y restablecido por Macrino pero ya no existía en época de Justiniano *de aedicto Hadriani tollendo*.

Después de comentar algunos aspectos de la forma en que se trata el modo de abrir, examinar y copiar los testamentos através de algunos de los textos de la compilación jurídica citados al inicio de esta breve comunicacion "*testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describendun*", es decir, después de tratar el tema de forma descriptiva, creo oportuno en este momento proceder al estudio exegetico de algunos de los fragmentos.

En los fragmentos del Dig.29.3.12, Ulp. 1. 13 ad leg. Iul et Pap. y Dig.29.3.10.pr, 10.1 y 10.2 tambien referidos a la leg. Iulia et Pap. podemos observar como Ulpiano dá soluciones distintas según que los supuesto traten de:

En primer lugar el que podríamos calificar como supuesto normal, es decir cuando el acto formal de apertura del testamento y el conocimiento de hecho del mismo sean coetaneos en el tiempo, sería por ejemplo el supuesto en que el heredero tiene conocimiento del contenido del testamento en el mismo momento de la apertura.

En segundo lugar el supuesto en que se tenga conocimiento real del contenido del testamento antes de proceder al acto formal de la apertura, que podría ser el caso en que el mismo testador lo haya puesto de manifiesto al futuro heredero

Del estudio de estos textos cabe preguntarse si Ulpiano se decanta por dar relevancia al acto formal de apertura, es decir que conceda prioridad a la seguridad jurídica o por el contrario considere prioritario el conocimiento del contenido del testamento dando mayor importancia a la justicia interna con independencia de la seguridad jurídica.

Creo que Ulpiano dá relevancia al acto formal de apertura en los casos en que sea materialmente posible abrir el testamento como es el caso del fragmento del 3.2

Dig 29.3.12 Si quis fecerit testamentum et exemplum eius, exemplo quidem aperto non-dum apertum est testamentum, quodsi authenticum patefactum, est totum apertum; en este fragmento es claro que Ulpiano aun cuando ya se tiene conocimiento del testamento porque ha sido abierta la copia da prioridad al acto formal de apertura para que se produzcan las consecuencias jurídicas oportunas.

Sin embargo en Dig.29.3.10.pr. Ulpiano dice:

Si in duobus exemplariis scriptum sit testamentum alterutro patefacto apertae tabulae sunt

Podría dar la impresión al comparar este fragmento con el tratado anteriormente que ambos están en plena contradicción ya que en este dice que abierto uno queda abierto formalmente el testamento.

El fragmento en mi opinión hay que entenderlo en el sentido en que uno sea continuación del otro es decir que por ejemplo en uno se contengan cinco cláusulas y en el otro el resto, Ulpiano en este fragmento da también relevancia al acto formal de apertura pero en este caso con la variante de que no se conocía el contenido real del testamento en su totalidad.

A continuación dos supuestos en los que el denominador común es que no existen las tablas

En Dig.29.3.10.1 ***Si sui natura tabulae patefacto sunt, apertum videri testamentum non dubitatur; non enim quaeremus, a quo aperiantur.***

En este primer supuesto Ulpiano da relevancia al conocimiento tacito del testamento ya que materialmente es imposible la apertura del mismo, se trata de un supuesto en el que no existen tablas; se podría hablar del hecho en que el testamento se realizó de forma oral y por tanto sería absurdo efectivamente preguntarse o intentar buscar a la persona que lo abrió como nos dice el jurista en el texto en cuestión ***non enim quaeremus, a quo aperiantur*** en este caso el contenido de la voluntad testamentaria tendría que adverbarse por los testigos del testamento oral.

En el segundo supuesto, 29.3.10.2 *Si tabulae non compareant vel exustae sint, futurum est ut subveniri legatariis debeat; idem est, si suppressae, vel occultae sint*. Probablemente se trata de casos en los que (por ejemplo) el instituido heredero tiene la obligación de entregar un legado damnatorio y sabe que destruyendo el testamento podrá de todas formas optar a la herencia *ab intestato*

Ulpiano trata en este supuesto, en el que tampoco existen las tablas pero que según consta en el texto **legatariis debeat** si se tiene conocimiento de la existencia de legatarios, de manera en que se dá relevancia al conocimiento real del contenido ya que de otra forma no se podía saber de la existencia de los legatarios.

A modo de conclusión en estas sumarias reflexiones, creo que puede decirse que Ulpiano dá relevancia al acto formal de apertura con independencia de que el contenido se conozca como es el caso estudiado en 29.3.12. o se desconozca, como es el caso visto en D.29.3.10.pr. En los casos en que la apertura del testamento es materialmente posible.

De no ser así, es decir cuando exista la imposibilidad de proceder a la apertura del documento, el acto formal pierde importancia y por razones prácticas o de equidad otorga toda la relevancia al conocimiento del contenido como es en los casos estudiados del Dig.29.3.10.1 y 10.2

BIBLIOGRAFÍA

Archi. *Interese privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano*, *Scritti di Diritto romano* 2(1981) pag.809.

Amelotti M. *Il testamento romano attraverso la praxis documentale. I le forme classiche di testamento*, Florencia (1966).

Arangio Ruiz, *La Sucessione Testamentaria*, Napoles (1906).

Astolfi R. *La Lex Iulia et Papia*,. Padova (1970).

Biondi, *Successione Testamentaria*, Milano (1955).

Lozano Corbi E. *La actio de tabulis apertis* y su caracter de popularidad. *Sodalitas*, Scritti in onore di Antonio Guarino.V, Napoli. p.2561-2566.

Remo Martín, *Sulla Presenza dei "Signatores" all'apertura del testamento*, Studi in onore di Giuseppe Grosso. Torino,I , p.485-495.

F U E N T E S

*Digesto**Dig. 29.3.5**Dig. 29.3.2**Dig. 29.3.1.pr.**Dig. 29.3.1.1**Dig. 29.3.10.2**Dig. 29.5.3.18**Dig. 29.5.23**Dig. 29.3.4**Dig. 29.3.6**Dig. 29.3.7**Dig. 29.3.8**Dig. 29.3.2.8**Dig. 43.5.1.pr**Dig. 43.5.5**Dig. 29.3.12**Dig. 29.3.10.pr.**Dig. 29.3.10.1**Dig. 29.3.10.2**Codex Iustinianus**Cod.6.32.3**Cod.6.51.1.1**Pauli Sententia**Pauli Sent. 4.6**Codigo Civil**1006 C.c.*

