

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**REFLEXIONES SOBRE EL ORIGEN DE LAS SUCESSIONES  
EN ROMA. EL *TESTAMENTUM CALATIS COMITIIS* Y SU  
RELACIÓN CON LA SUCESIÓN INTESTADA**

**REFLECTIONS ON THE ORIGIN OF SUCCESSION IN  
ROME. THE *TESTAMENTUM CALATIS COMITIIS* AND  
ITS RELATION WITH THE INTESTATE SUCCESSION**

**Santiago Castán**

Profesor Titular de Derecho Romano  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

I. Uno de los principales problemas<sup>1</sup> con el que nos encontramos historiadores y romanistas al intentar reconstruir la historia política, social y jurídica de la Roma primitiva es la falta de fuentes directas que documenten con precisión y autenticidad los primeros siglos de existencia de la *urbs*. El carácter legendario de gran parte de la información que disponemos sobre la sociedad y el Derecho de aquella época aclara porqué son tan pocas las certezas absolutas y porqué, en general, nuestro conocimiento no pasa de ser incompleto y fragmentario. El apoyo de algunas ciencias autónomas y auxiliares ha servido para completar importantes vacíos que lastraban nuestro saber sobre la vida social y económica de esos tiempos, pero en el campo del Derecho los investigadores continuamos moviéndonos en un terreno sumamente resbaladizo, porque hasta la primera codificación del arcaico *ius civile*, operada a través de la *Lex duodecim*

---

<sup>1</sup> Completo aquí un trabajo preliminar sobre esta materia que bajo el título *Sucesión testamentaria e intestada en el primitivo ius civile romano y en la Ley de las XII Tablas. Problemas, orígenes y evolución*, tiene prevista su publicación en los estudios jurídicos en homenaje al ilustre Notario y civilista Juan José Rivas Martínez. Las limitaciones de espacio características en este tipo de obras colectivas no me permitieron profundizar demasiado en muchas de las cuestiones tratadas ni tampoco aportar una bibliografía más completa. El presente artículo me sirve, asimismo, para afinar especialmente la parte relativa a la *adrogatio* y el *testamentum calatis comitiis*, que había sido expuesta de una forma mucho más sintética.

*Tabularum* (450 a. C.), el carácter que dominaba todo ese Derecho era consuetudinario, como la mayor parte de los ordenamientos antiguos, basado en un conjunto de normas y reglas sociales que procedían de los antepasados (*mores maiorum*). El auxilio del Derecho comparado, allí cuando procede, y las fuentes literarias posteriores permiten reconstruir alguna de las primeras formas jurídicas romanas, pero no puede evitarse en demasiadas ocasiones tener que recurrir a conjeturas para moldear la historia de las primitivas instituciones jurídicas de los romanos.

La aparición del primer código (aunque el valor como código de las XII Tablas es materia discutida en la romanística) de leyes escritas<sup>2</sup> en el mundo romano –y en el occidental– fue un acontecimiento tan trascendental en la historia jurídica y social de Roma que explicaría el insólito hecho de que jamás fuesen derogadas, pese a que cayeron poco a poco en desuso<sup>3</sup> y sus normas fueran paulatinamente retocadas y reinventadas por obra del formidable trabajo de los jurisconsultos romanos, así como por la natural evolución de las instituciones públicas y privadas. Las XII Tablas constituyeron no sólo un peldaño importante

---

<sup>2</sup> Vid. NICOSIA, Giovanni, *La legislazione decemvirale e la conoscenza del diritto*, en «Fides. Humanitas. Ius. Studi in onore di Luigi Labruna», vol. 6, Napoli, 2007, pp. 3778 y 3779.

<sup>3</sup> FRANCHINI, Lorenzo, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, Milano, 2005, pp. 7 ss.

en la historia del Derecho Romano, sino también en la historia social y política de Roma, pues encuadradas en un momento histórico cuando aún no estaba consolidado el nuevo Estado republicano, la ley es parte de un proceso de conquistas democráticas cuyos frutos se fueron incorporando a la constitución política al socaire de las luchas sociales patricio-plebeyas, siendo uno de los pilares de las reformas constitucionales que vendrían con posterioridad. Superadas ya con solvencia todas las críticas antiguas que ponían en entredicho la historicidad de la ley<sup>4</sup>, aunque reconociendo que la reconstrucción de la misma –perdida en el incendio gálico de Roma en el 387 a. C.– sobre la base de fuentes literarias y jurídicas puede no ser lo suficientemente exacta al texto original que sería deseable<sup>5</sup>, las Tablas contuvieron en su momento todo el Derecho público y privado del que se servía aquella reducida comunidad de base económica esencialmente agraria, y constituyeron el fundamento del posterior desarrollo de las instituciones jurídicas romanas<sup>6</sup>, por lo que no sorprende que todavía durante el Principado e Imperio escritores y juristas como Livio y Pomponio

---

<sup>4</sup> TALAMANCA, Mario, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1979, p. 118.

<sup>5</sup> GUARINO, Antonio, *L'ordinamento giuridico romano*, 5ª ed., Napoli, 1990, pp. 226 y 227.

<sup>6</sup> NICOSIA, *La legislazione decemvirale e la conoscenza del diritto*, cit., p. 3784.

vertieran sentidos elogios hacia ella<sup>7</sup>. De hecho, ha sido gracias a autores como los anteriores y otros como Gayo, Cicerón, Ulpiano, Paulo, Festo, Gelio, Macrobio, etc., que escribieron comentarios a las Tablas<sup>8</sup>, por lo que podemos conocer gran parte de sus disposiciones, si bien de forma sesgada, lo que impide un mejor conocimiento de las instituciones antiguas y hasta hacer un juicio riguroso sobre las mismas<sup>9</sup>.

II. En lo que al Derecho privado respecta, la Ley es deudora de los férreos arquetipos socioeconómicos propios de aquel tiempo y en el tratamiento de algunas figuras carece de profundidad y a veces de originalidad. Sin embargo, esto tiene lógica: la impronta de una jurisprudencia privada estaba aún por llegar y eso puede percibirse en el carácter sintético y no analítico de sus preceptos<sup>10</sup>. Las instituciones que recoge procedían, en su mayoría, de los *mores maiorum*<sup>11</sup>, las

---

<sup>7</sup> Liv. *urb. cond.* 3.34.6. D.1.2.2.6 (*Pomp. enchir. sing.*).

<sup>8</sup> AMIRANTE, Luigi, *Una storia giuridica di Roma*, Napoli, 1992, p. 54.

<sup>9</sup> Véase AGNATI, Ulrico, *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari, 2002, pp. 9-19. KASER, Max, *Storia del Diritto Romano*, trad. de la 2ª ed. por Remo Martini, Milano, 1981, p. 63.

<sup>10</sup> TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., pp. 120 y 121.

<sup>11</sup> Sobre lo que puede llamarse «Derecho nuevo» y «Derecho viejo» en la Ley de las XII Tablas, vid. AMIRANTE, Luigi, *Famiglia*,

más arraigadas costumbres ancestrales que algún tiempo después comenzarían a revelarse poco acordes con la realidad económica y jurídica, pero la Ley cumplía con su función de proporcionar seguridad jurídica a patricios y plebeyos, especialmente a estos últimos<sup>12</sup>.

Consecuencia de todo lo anterior es que el Derecho de sucesiones que contiene la Tabla V es un fiel reflejo de las tradiciones y reglas sociales más antiguas, que no excluye, sino todo lo contrario, un predominio del elemento religioso como factor trascendente de índole social y jurídica. Desconocido en esta época el concepto de *hereditas* tal y como luego será entendido por la jurisprudencia, la ley se refiere a la *familia* como el objeto patrimonial de la sucesión<sup>13</sup>. Encontramos la *adgnatio* como el vínculo fundamental sobre el que se asienta la sucesión intestada, de la que se deriva la comunidad de bienes familiares (*consortium ercto non cito*) como una sucesión patrimonial y familiar concorde con las tradiciones tras la muerte del *paterfamilias*. A

---

*libertà, città nell'epoca decemvirale*, en «Società e Diritto nell'epoca decemvirale», Università degli studi di Reggio Calabria, Napoli, 1988, pp. 72 ss.

<sup>12</sup> AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, cit., pp. 52 ss. D'ORTA, Maurizio, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996, p. 33.

<sup>13</sup> Vid. por todos, TORRENT, Armando, *Manual de Derecho Privado Romano*, 13ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, pp. 577 ss.

diferencia de las tendencias legislativas posteriores que ordenaron la sucesión *ex lege* en torno al parentesco, el antiguo *ius civile* tomaba en consideración la pertenencia del individuo a agrupaciones más amplias: en primer lugar la *familia proprio iure*, pero también la *familia communi iure* y la *gens*<sup>14</sup>. El llamamiento universal que dictaminaba la Ley, y esto es importante, no hacía distinciones entre hombres y mujeres, así que no existía discriminación legal alguna para que la mujer pudiera heredar *ex lege*, de la misma forma que tampoco preveía un sistema que favoreciese la primogenitura<sup>15</sup>. Y aunque sin mencionarlo ni regularlo expresamente, la Ley reconocía implícitamente (*'si intestatu moritur...'*, Tab. V.4) la existencia de testamento en Roma, aunque desde luego no era el *testamentum per aes et libram* que se generalizaría en época republicana progresando de la antigua *mancipatio familiae*. Del fragmento citado puede colegirse que para la Ley de las XII Tablas, la sucesión testamentaria era la delación hereditaria preferente<sup>16</sup>,

---

<sup>14</sup> BIONDI, Biondo, *Diritto ereditario romano. Parte generale (Corso di Lezioni)*, Milano, 1954, pp. 158 y 159.

<sup>15</sup> Complementariamente, *infra* n. 190.

<sup>16</sup> ROTONDI, Giovanni, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, en «Scritti giuridici», vol. I, Pavia, 1922, p. 31. PASTORI, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, 3ª ed., Bologna, 1992, p. 746. SCHERILLO, Gaetano, *Corso di Diritto romano. Il testamento*<sup>2</sup>, a cura di Franco Gnoli, Bologna, 1999, p. 167. RASCÓN, César / GARCÍA GONZÁLEZ, José

lo cual no significa que fuera la más frecuente, ya que el testamento en esta época no era un negocio esencialmente privado, sino un acto público que había de otorgarse en unos días o circunstancias muy concretas y cuyo contenido básico, más que obedecer a una libertad personal de disposición, se ajustaba a unos criterios sociales y morales ya preestablecidos que estaban en consonancia con el tipo de sociedad y familia romana. Tampoco el precepto tiene porqué sugerir que la sucesión testamentaria fuese cronológicamente anterior a la legítima, ya que la estela que ha ido dejando el Derecho comparado en materia sucesoria y la propia experiencia jurídica romana arcaica, sugieren que la sucesión legal aparece antes que la testamentaria. La ley regula las dos delaciones: la intestada de forma amplia; la testamentaria, apenas queda esbozada.

Ha quedado dicho que la mayor parte de nuestro conocimiento sobre la legislación decenviral procede de la tradición literaria y de los comentarios a las Tablas elaborados por juristas del período clásico. Por ese motivo, la distancia que los separa del código, los juristas mostraron una gran cautela al tratar las instituciones sucesorias arcaicas y no abundan las afirmaciones categóricas. En realidad, son todavía muchos los interrogantes por resolver, y no hay

---

M.<sup>a</sup>, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*, 3<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 77.

seguridad de que en el futuro puedan llegar a ser resueltos. Con esa misma prudencia intentaremos trazar unas líneas que describan, del modo más aproximado que nos es posible, la regulación del primitivo Derecho sucesorio romano.

III. En consonancia con una antigua práctica muy extendida entre los ordenamientos jurídicos antiguos<sup>17</sup>, en Roma, a la muerte del *paterfamilias* y con el objeto de preservar la cohesión económica y religiosa del grupo, se constituía una comunidad familiar integrada por todos los *heredes sui* que tomó el nombre de *consortium inter fratres* o *consortium ercto non cito*<sup>18</sup>. El

---

<sup>17</sup> Al respecto, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *Las comunidades de bienes familiares en los ordenamientos jurídicos de la Antigüedad*, en «El Derecho de Familia y los Derechos Reales en la romanística española», Universidad de Huelva, 2001, pp. 317 ss., con bibliografía.

<sup>18</sup> Tema suficientemente abordado por la doctrina: remito al lector a unas cuantas obras representativas y otras más recientes con abundantes referencias bibliográficas: GAUDEMET, Jean, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, pp. 53 ss. KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, vol. 1, 2ª ed., München, 1971, pp. 95 ss. BISCARDI, Arnaldo, *La genesi della nozione di comproprietà*, en «*Labeo*», 1, 1955, pp. 154 ss. BRETONE, Mario, *Consortium e communio*, en «*Labeo*», 6, 1960, pp. 163 ss. TORRENT, Armando, *Consortium ercto non cito*, en «*AHDE*», 34, 1964, pp. 479 ss. WIEACKER, Franz, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, pp. 126 ss. ALBANESE, Bernardo, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en

descubrimiento en 1921 de unos papiros en Antinoe (Egipto) que contenían unos fragmentos desconocidos de las Instituciones de Gayo, ha sido determinante para el conocimiento de esta antigua forma comunal y para encontrar el origen del posterior contrato de sociedad<sup>19</sup>: *Gai. Inst. 3.154: 'Item si cuius ex sociis bona publice aut priuatim uenierint, soluitur societas. sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 154a. Est autem aliud genus societatis proprium ciuium Romanorum. olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diuiso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem diuidere est: unde caedere et secare [et*

---

«Annali Palermo», vol. 20, 1949, pp. 133 ss. CALZADA, Aránzazu, *Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere velint*, en «IVRA», 59, 2011, pp. 151 ss. MONACO, Lucia, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli, 2000, pp. 31 ss. y especialmente una completísima relación bibliográfica en p. 32 n. 5.

<sup>19</sup> No obstante la importancia del texto inédito de Gayo, se contaba con numerosas referencias al *consortium*, tanto en las fuentes jurídicas como en la literatura: vid., entre otras, D.17.2.63 pr. (Ulp. 31 ed.). D.10.2.1 pr. (Gai. 7 ed. prov.). D.28.2.11 (Paul. 2 Sab.). Fest. L. 72. Gell. Noct. Att. 1.9.12. Quint. Inst. 7.3.13. Cic. de orat. 1.56.237. Serv. ad Aen. 8.642. Liv. urb. cond. 41.27.2. Plin. Ep. 8.18.4.

*diuidere] dicimus. 154b. Alii quoque qui uolebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. in hac autem societate fratrum ceterorumue, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod uel unus ex sociis communem seruum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat'.*

El *consortium* fue una institución muy frecuente en época monárquica y comienzos de la República. En virtud de los *mores*, a la muerte del *paterfamilias* se constituía automáticamente esta peculiar sociedad de naturaleza familiar entre los *heredes sui* que implicaba una cotitularidad solidaria e indiferenciada de todos ellos sobre la *res familiaris*, un poder colegiado que con el tiempo terminaría transformándose en una división por cuotas<sup>20</sup>. Naturalmente, en el caso de que existiese un único *suus*, éste sucedería automáticamente a su *paterfamilias* sin que procediera la constitución del *consortium*. En la romanística no existe discordia a la hora de aceptar que el *consortium* estaba integrado por todos los *heredes sui*, los llamados en primer lugar a la sucesión del causante, de forma que junto a los descendientes varones también las hijas y la viuda

---

<sup>20</sup> DE MARTINO, Francesco, *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, 1999, p. 18. WESTRUP, Carl W., *Family property and patria potestas*, Copenhagen-London, 1936, pp. 17 y 44 ss.

(*uxor in manu*, que jurídicamente ocupa el lugar de una hija: *quae filiae loco est*)<sup>21</sup>, formaban parte de la comunidad. No es irrelevante insistir en esta cuestión, ya que la “peor condición” de la mujer en el Derecho<sup>22</sup> – que obedecía a postulados sociológicos del mundo antiguo, de los que no escaparon tampoco los juristas clásicos<sup>23</sup>– bien podría hacer pensar que también en el

---

<sup>21</sup> Gai. *Inst.* 1.111; 1.114; 3.2-3. Para la expresión *filiae loco*, vid. MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., p. 56.

<sup>22</sup> Sobre la condición jurídica de la mujer véase, v. gr., CANTARELLA, Eva, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*<sup>2</sup>, Editore Riuniti, Roma, 1986, pp. 153 ss. PEPPE, Leo, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano, 1984, *passim*.

<sup>23</sup> En un mundo, como el antiguo, ferozmente dominado por la identidad masculina, y unos cánones imperantes en lo político y militar en los que la mujer no tenía cabida, no resulta difícil entender que esos postulados se proyectaran hacia otras esferas personales y jurídicas, dejando a la mujer ciertamente en una posición de subordinación o inferioridad con respecto al otro sexo, que se hace más palpable cuanto más profundizamos cronológicamente en la historia de los pueblos. Filósofos y escritores predicaban una serie de atributos de los hombres generalmente ligados a la condición física y al valor o coraje, pero la mujer, por vía de negación de aquéllos, era colocada en un plano completamente opuesto: se destacaban algunas de sus virtudes, caso de la *pudicitia*, y se elogiaban su papel de madre y administradora de la casa, esbozándose en época republicana un patrón de mujer ideal, de “mujer modelo” (véase CASTRESANA, Amelia, *Catálogo de virtudes femeninas. De la debilidad histórica de ser mujer versus la dignidad de ser esposa y madre*, Tecnos,

campo sucesorio y del *consortium* estuvieron excluidas o tuvieron sus derechos limitados, sobre todo cuando leemos que la principal fuente sobre la sociedad familiar, Gai. *Inst.* 3.154, lo denomina simplemente *consortium inter fratres* y no también *inter sorores*. Puede ser que simplemente Gayo diera por hecho que las mujeres estaban incluidas en el término genérico *heredes sui* y, por tanto, no sintió la necesidad de puntualizarlo de otra forma, pero lo cierto es que la mujer integraba con toda certeza el *consortium*<sup>24</sup>, de la misma forma que era llamada a la sucesión intestada de su *paterfamilias* en una posición de perfecta

---

Madrid, 1993, *passim*), pero con demasiada frecuencia se señalaban como parte de su naturaleza una serie de defectos que despiadadamente les atribuían: *infirmitas, levitas animi, impotentia...*: D.48.16.1.10 (*Marcian. Ad sc. Turpill.*). D.22.6.9 pr. (*Paul. de iur. et facti ignor.*). D.16.1.2.2 (*Ulp. 29 ed.*). Cfr. sin embargo Gai. *Inst.* 1.190, que reconoce que la “ligereza de su espíritu” (*levitas animi*) «es más una razón aparente que verdadera». Al respecto: RIZZELLI, Giunio, *Le donne nell’esperienza giuridica di Roma antica. Il controllo dei comportamenti sessuali. Una raccolta di testi*, Edizione del Grifo, Lecce, 2000, pp. 28 ss. RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P., *Hilvanando “atributos” femeninos en la antigua Roma*, en «*Fvndamenta Ivris. Terminología, principios e interpretatio*», ed. Pedro Resina Sola, Universidad de Almería, 2012, pp. 205 ss.

<sup>24</sup> PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, cit., pp. 150 y 151. ASTOLFI, Riccardo, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*<sup>2</sup>, Milano, 2002, p. 377. MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., p. 53.

igualdad con los hombres<sup>25</sup>, siempre y cuando continuara estando *in potestate* o *in manu* con respecto al *de cuius*. Sometidas al mismo poder que sus hermanos, el del *paterfamilias*, la Ley de las XII Tablas no las relegaba de la sucesión intestada, así que tampoco lo estaban del *consortium*. A *contrario sensu*, cuando la mujer estaba casada *sine manu* jamás sucedía a su marido como heredera<sup>26</sup>, de forma que tampoco entraba en el *consortium*, aunque en esta época dicha forma matrimonial no debía ser muy frecuente<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9ª ed., Napoli, 1947, p. 501. PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano*<sup>2</sup>, vol. II, Roma, 1928, p. 452. COLI, Ugo, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, en «IVRA», 7, 1956, pp. 57 ss. THOMAS, Yan, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, en «Storie delle donne in occidente. L'antichità», cur. di Georges Duby, Michelle Perrot, Roma-Bari, 1990, pp. 112 y 116.

<sup>26</sup> Gai. *Inst.* 3.28-24.

<sup>27</sup> Durante todo el período arcaico es opinión mayoritaria que el matrimonio romano conllevaba casi por necesidad la adquisición de la *manus* sobre la esposa. En realidad, no podía ser de otra forma dada la estructura de la familia agnaticia antigua y los intereses comunes que unían a sus miembros, desde los económicos a los religiosos. Así como la esposa del *paterfamilias* pertenecía a la familia de su marido (jurídicamente *in loco filiae*), al celebrar nupcias la hija pasaba a la familia de su marido y sus descendientes entraban en la potestad de éste. Con lit. FAYER, Carla, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia Matrimonio Dote. Parte seconda*, L'erma di Bretschneider, Roma,

Sin embargo, la presencia de la mujer en la comunidad presenta algún problema de índole jurídico. El régimen consorcial dispensaba una suma de poderes solidarios entre todos los participantes, un poder absoluto sobre la cosa común solo limitado por el igual derecho (y el *ius prohibendi*) del resto de consortes, y tal configuración jurídica choca frontalmente con la capacidad general de la mujer<sup>28</sup>. Para los actos generales de gestión y administración, la mujer habría tenido que necesitar el auxilio de un *tutor* para salvar sus limitaciones jurídicas, circunstancia que ya preveía la Ley de las Doce Tablas concediendo la tutela a los agnados, pero por otro lado, y dadas las características

---

2005, pp. 196-199. Ha de recordarse, sin embargo, que la Ley de las XII Tablas ya preveía la posibilidad de que no se hubiese incorporado al matrimonio el rito de la *conventio in manum*, por lo que permitía que se pudiese adquirir la *manus* mediante el *usus*, aunque también la interrupción de ese proceso a través de la *usurpatio trinoctii* (Tab. VI.5 y Gai. *Inst.* 1.111). Se ha discutido en torno a la antigüedad de esta norma: si se trataba de una costumbre que las Tablas recogieron o si, por el contrario, fue una innovación de la ley que abrió algo más la familia a esquemas menos rígidos. Sobre el particular CANTARELLA, Eva, *Diritto Romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, pp. 189 y 190. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, cit., pp. 20 ss. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, cit., pp. 101 ss.

<sup>28</sup> MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., p. 39. GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Ivs Vxorivm. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, pp. 141 ss.

del consorcio, se plantea la duda de si el tutor habría tenido que ser uno de los *fratres*, ya que de otra forma se estaría introduciendo un elemento extraño<sup>29</sup>. Cuestión compleja, porque como ha puesto de manifiesto Monaco<sup>30</sup>, si no actuara mediante el auxilio del tutor tendríamos que pensar que se encontraba en una posición de auténtica paridad con respecto a sus hijos o hermanos consortes o, en el peor de los casos, que no adquiriría ningún poder sobre la *res familiaris*, con el agravante de que estaríamos entonces negando la progresión jurídica hacia el concepto de la cuota. Parece, pues, más plausible considerar la intervención del tutor en nombre de la mujer en todos los aspectos importantes de la vida del consorcio. Ahora bien, si el tutor era uno de los comuneros o uno de los *adgnati*, el *adgnatus proximus*, como establecía la Ley (*Tab. V.2 y 6*) para la *tutela mulieris*, ya es más difícil de precisar<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase en este sentido, TORRENT, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 562.

<sup>30</sup> MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., pp. 40 ss.

<sup>31</sup> Efectivamente, la tutela de la mujer, a falta de nominación testamentaria, recaía sobre los agnados: *Tab. V.2 y 6*. Gai. *Inst.* 2.47. Vid. igualmente D.26.4.1 pr. (*Ulp. 14 Sab.*). D.26.4.9 (*Gai. 12 ed. prov.*). D.50.17.73 pr. (*Q. Muc. Scaev., horoi*). La profesora Monaco ha señalado la posibilidad de que la tutela hubiese sido en época histórica una función fáctica o una facultad encerrada en un más amplio poder, es decir, que el poder tutelar sobre la mujer o los impúberes tuviese más similitud con la *patria potestas* que con la tutela en su concepción más clásica (en

Este régimen interno de cotitularidad solidaria tan característico del *consortium* no generaba ninguna extrañeza entre los juristas clásicos; más bien al contrario, pensaban que era natural que fuera de ese modo, pues dados los condicionantes sociales y religiosos de la época, a los hijos se les consideraban en cierto modo –*quodammodo*– propietarios del patrimonio familiar<sup>32</sup>. Sin embargo, no puede interpretarse esa afirmación de un modo literal, esto es, en un sentido jurídico de plena cotitularidad de padres e hijos sobre los bienes patrimoniales de la familia<sup>33</sup>. El adverbio *quodammodo* que utiliza Paulo en D.28.2.11 tiene una

---

*Hereditas e mulieres*, cit., pp. 75-77). Por otro lado, no cabe olvidar que la tutela testamentaria se retrotrae hasta la época de la Ley de las XII Tablas en virtud del precepto contenido en *Tab. V.3*: ‘*uti legassit (super pecunia tutelave) suae rei, ita ius esto*’. Los autores que ven en este inciso una alusión al testamento, la expresión ‘*suae rei*’ implícitamente incluiría el nombramiento de tutores. En este sentido, el texto de Ulp. *Tit. ex corp.* 11.14 es elocuente: «También los tutores designados nominalmente en testamento, se confirman por la misma ley de las doce tablas con estas palabras: ASÍ COMO DISPUSIESE SOBRE SUS BIENES O SOBRE LA TUTELA DE LO SUYO, SEA ASÍ DERECHO» (‘*UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUAE REI, ITA IUS ESTO*’. Vid., v .gr., FERRINI, Contardo, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il Diritto romano con riguardo all’attuale giurisprudenza*, Milano, 1889, pp. 6-8. Cfr. *infra* nts. 120 y ss.

<sup>32</sup> D. 28.2.11 (*Paul. 2 Sab.*). *Gai. Inst.* 2.157. *Paul. Sent.* 4.8.6. *Inst.* 3.1.3

<sup>33</sup> WESTRUP, *Family Property and Patria Potestas*, cit., p. 19.

intencionalidad puramente descriptiva: «como si se tratase», en un sentido más metafórico<sup>34</sup> que real acerca de la posición de los herederos en vida del padre y sus derechos sobre la *res familiaris*, ya que no puede ponerse en duda para esa época el poder de administración y, hasta cierto límite, de disposición del *paterfamilias* sobre los elementos patrimoniales y no patrimoniales que luego formarían parte de la *hereditas*. El hecho de que debiera destinarlos a un fin común y no individual, la familia, originaba esa ficción de que pertenecían a todos por igual<sup>35</sup>, pero jurídicamente no era así<sup>36</sup>. Ahora bien, es otro de esos elementos que evidencian la especial conciencia social de ese tiempo respecto a la familia y la herencia, en contraposición al individualismo en términos jurídicos que terminaría por imponerse. La existencia del *consortium*, la idea de la continuidad familiar<sup>37</sup>, la conservación de los *sacra*

---

<sup>34</sup> Véase REIMUNDO YANES, Benito, *Nociones básicas introductorias*, en «Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano», Universidade de Vigo, 1998, p. 29.

<sup>35</sup> Cfr. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, cit., pp. 195 ss.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, en «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», 16, 2004, p. 54.

<sup>37</sup> Léase el prólogo de la *Aulularia* en el que Plauto hace hablar al Lar Familiar que ha visto pasar tres generaciones por la misma casa: Plaut. *Aul.* 1-5.

*privata*<sup>38</sup> o la obligatoriedad de conservar los inmuebles<sup>39</sup> y el patrimonio principal son piezas esenciales del carácter familiar de la herencia y de ese especial diseño de la propiedad del grupo.

Íntimamente ligado al tipo de economía –agrícola y pastoral, familiar y doméstica– que se practicaba en esta época, en la que todos los miembros de la familia contribuían con su trabajo a la explotación económica<sup>40</sup>, el nacimiento del *consortium* llevaba consigo la indivisión hereditaria y una situación de *communio*, problema delicado debido al característico individualismo romano que sin embargo en esta época aparece atenuado, subordinado a los intereses del grupo<sup>41</sup>. Porque, como decía Gayo en el texto anteriormente citado, se trataba de una «sociedad natural», cuyo nacimiento se contemplaba como algo

---

<sup>38</sup> Aspecto capital en la sucesión romana. Cada familia tenía sus *sacra* y era trascendental garantizar la perpetuidad del culto familiar. Vid. Cic. *de leg.* 2.8; 2.11; 2.19; 2.20; 2.21. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., pp. 52 y 53.

<sup>39</sup> Varr. *De re rust.* 1.10.2: '*Bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritem, quae heredem sequerentur, heredium apellarunt'*.

<sup>40</sup> Vid. STOJCEVIC, Dragomir, *Adgnatus proximus*, en «Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl», Paris, 1959, p. 276. TORRENT, *Consortium erecto non cito*, cit., pp. 105 y 106.

<sup>41</sup> DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, cit., pp. 8 ss.

perfectamente corriente y acorde con la tradición, la costumbre y la conciencia social y religiosa. De las palabras de Gayo se desprende igualmente que no se producía un acto de constitución formal, sino que espontáneamente se originaba tras la muerte del *paterfamilias*. No le falta razón a F. de Martino cuando escribe que «la morte di questo (el *paterfamilias*) non determinerebbe una *successione* ereditaria, ma solo un mutamento nella direzione del grupo»<sup>42</sup>. El modo ordinario de formarse el *consortium* era a través de la *successio ab intestato*, que era la delación más frecuente antes de la Ley de las XII Tablas.

El hecho de que el consorcio surgiera de forma involuntaria entre los *fratres* no significa que no pudiera procederse a la división del patrimonio por voluntad de uno o todos los consortes. La Ley de las XII Tablas ya recogía una acción divisoria específica como la *actio familiae erciscundae* para cesar el consorcio fraternal<sup>43</sup>, y estoy de acuerdo con A. Calzada en que antes de la ley también se podía salir del estado de indivisión mediante algún mecanismo llevado a la práctica bien por los *pontifices*<sup>44</sup>, bien a través de la mediación de un

---

<sup>42</sup> DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, cit., p. 10.

<sup>43</sup> D.10.2.1 pr. (*Gai. 7 ed. prov.*). *Gai. Inst.* 4.17 (= *Tab. II.1b*). *Quint. Inst.* 7.3.13. Se trata de una *legis actio per iudicis postulationem*.

<sup>44</sup> CALZADA, *Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere velint*, cit., pp. 153, 160, *passim*.

tercero que actuara como *arbiter*<sup>45</sup>. Tampoco debe descartarse la más que probable existencia de la *actio familiae erciscundae* con anterioridad a la ley de las XII Tablas, como ya propusiera Gioffredi<sup>46</sup>, de forma que por cualquiera de los tres medios cabía pedir la división de la *res familiaris* en la época precedente al código. Otra cosa, además de haber sido contraria a los más elementales intereses económicos, habría desvirtuado poderosamente los poderes de los sujetos de derecho en el ámbito de los derechos reales y constreñido a una absurda subrogación *ad infinitum* de padres, hijos, nietos, bisnietos..., en una comunidad de bienes que ya perdería todo carácter familiar para aproximarse a una especie mayor, prácticamente de orden gentilicio<sup>47</sup>. Ahora bien, por lo menos en los primeros tiempos, y sobre todo en función del tipo de economía que se practicaba y el poco dinamismo de ésta, probablemente

---

<sup>45</sup> En este sentido GUTIÉRREZ MASSON, Laura, *Del «consortium» a la «societas»*. 1. «*Consortium ercto non cito*», Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 128.

<sup>46</sup> GIOFFREDI, Carlo, *Diritto e proceso nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 230 n. 90.

<sup>47</sup> Sin embargo, la posibilidad de que el *consortium* se perpetuara durante varias generaciones existía y no tiene porqué negarse: vid. con lit. CALZADA, *Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere velint*, cit., p. 169. RABEL, Ernst, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung. Rechtsvergleichende Bemerkungen zu den neuen Gaiusfragmenten*, en «*Mnemosyna Pappulias*», Athen, 1934, pp. 200 ss.

no fuese frecuente la división del consorcio<sup>48</sup>. Seguramente, la división de la *familia* habría supuesto un escaso estímulo para los que menos recursos tenían, caso de los plebeyos por ejemplo; pero tampoco lo habría tenido durante un tiempo para los patricios, pensando solamente en el criterio censitario timocrático que otorgaba la posición política en los comicios centuriados. La división producía una disminución del patrimonio declarado y podía suponer el cambio a otra clase censitaria con menos protagonismo político.

La decadencia de esta institución fue progresiva a lo largo de la República, estimándose que al final de este período su constitución fue excepcional<sup>49</sup>. *Grosso modo*, el paso de una economía agrícola y familiar a otra más mercantilista y capitalista, así como el apogeo del testamento en detrimento de la sucesión *ab intestato*, determinaron la suerte final del *consortium ercto non cito*.

IV. La Ley de las XII Tablas presumía la existencia de testamento y no mucho más, porque las alusiones a esta figura son tan escasas e imprecisas que apenas pueden sacarse un puñado de conclusiones. Sin embargo, sabemos que antes incluso de la

---

<sup>48</sup> GUARINO, Antonio, *Diritto privato romano*, 12ª ed., Napoli, 2001, p. 421.

<sup>49</sup> Léase, no obstante, Plin. *Ep.* 8.18.1, atestiguando un *consortium* constituido en tiempos del genial escritor.

promulgación del código, los romanos ya disponían de al menos dos formas testamentarias. De acuerdo con Gayo<sup>50</sup>, en época histórica existían con seguridad dos modos de testar: a) Mediante una forma oral y pública ante el pueblo reunido en asamblea (*testamentum calatis comitiis*), y b) A través de una declaración oral ante un grupo también importante, el pueblo armado o *exercitus*, en aquellos momentos en que el ciudadano tuviese próximo el instante de entrar en combate

---

<sup>50</sup> Gai. *Inst.* 2. 101-102: *'Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur'*. Vid. igualmente Gell. *Noct. Att.* 15.27.3: *'Isdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio, et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum quod calatis comitiis in populi contine fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhibetur'*. Ulp. *Tit. ex corp.* 20.2: *'Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comittis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram apellatum est'*. En la compilación: *Inst.* 2.10.1.

(*testamentum in procinctu*). En suma, dos tipos de testamento diferentes para tiempos de paz y tiempos de guerra. Curiosamente las Tablas no mencionan expresamente estas dos formas testamentarias, pero se está de acuerdo en creer que ambas seguían todavía vigentes cuando la ley fue aprobada y que las escasas alusiones al testamento solo pueden referirse a estas dos formas; la *mancipatio familiae* de la que habla Gayo como tercera forma arcaica testamentaria no aparece literalmente en las Tablas y tampoco puede presumirse que los *decemviri* introdujeran un testamento nuevo o que incluso contemplaran ya el *testamentum per aes et libram*<sup>51</sup>; de hecho, nada hace pensar que la ley intentara una derogación de estas formas arcaicas<sup>52</sup>, porque lo cierto es que todavía mantuvieron su vigencia: probablemente el *testamentum calatis comitiis* cayera en desuso poco tiempo después de la aprobación del código romano, habida cuenta de que la *mancipatio familiae* comenzó su proceso de desarrollo que le llevaría a imponerse como testamento civil. Por su parte, el *testamentum in procinctu* mantuvo su eficacia mucho más tiempo por su especial finalidad: Cicerón recuerda que en su época ya no estaba

---

<sup>51</sup> PÉREZ SIMEÓN, Maurici, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona, 2001, p. 20 n. 6.

<sup>52</sup> D'ORTA, *Saggio sulla 'Heredis institutio'*, cit., p. 38.

vigente, pero que había conservado cierta relevancia hasta poco tiempo antes (mediados del siglo II a. C.)<sup>53</sup>.

Así pues, en la Roma primitiva el testamento, definitivamente uno de los negocios privados por excelencia de todo el ordenamiento jurídico, tuvo sin embargo un marcado carácter público.

V. El *testamentum calatis comitiis* es una figura enigmática desde el punto de vista jurídico, tanto por su ancianidad, que sin embargo no afecta en absoluto a su historicidad, como por las escasas ocasiones en que algún texto lo trata. La complejidad de este testamento se concentra en torno a dos puntos esenciales<sup>54</sup>:

---

<sup>53</sup> Véase Cic. *de orat.* 1.53.228; *de nat. deor.* 2.3.9. También Velejo Patérculo relata un testamento en campaña realizado en Hispania en torno al 143 a.C.: ‘...*pulsas praecipiti loco quinque cohortes legionarias eodem protinus subire iuberet, facientibusque omnibus in procinctu testamenta, velut ad certam mortem eundum foret...*’ (Vell. *Hist. Rom.* 2.5.2-3).

<sup>54</sup> Vid., entre otros muchos, AMELOTTI, Mario, *Il testamento romano*, en «Scritti Giuridici», Torino, 1996, p. 404. ID., *Le forme classiche di testamento*, vol. 1, Torino, 1966, pp. 29 y 30. FRANCIOSI, Gennaro, *L’heres extraneus e le Dodici Tavole*, en «Labeo», 10, 1964, pp. 352 ss. VARELA, Esteban, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, en «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez», Universidad Complutense de Madrid, 1978, pp. 547 ss. SEGRÈ, Angelo, *Ricerche di Diritto ereditario romano*, Roma, 1930, pp. 25 y 50. FADDA, Carlo, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, vol. 1, Milano, 1949, p. 49. ARCÉS,

primero, las personas que podían otorgarlo; y segundo, su contenido y la relación concreta con la *adrogatio*.

En relación con el primero de los problemas, el motivo inicial de discusión gira en torno a la composición de la asamblea cívica en que tenía que ser dispuesto, los *comitia curiata*, denominados *comitia calata* cuando presididos por el *pontifex maximus* en época monárquica y por el *rex sacrorum* en la República se convocaban para estos efectos<sup>55</sup>. La cita era dos días al año: 24 de marzo y 24 de mayo, señalados en el calendario romano con las siglas *Q. (uando) R.(ex) C.(omitiavit) F.(as)*<sup>56</sup>. La época histórica presenta el problema todavía no resuelto del encaje preciso de la población no patricia, una incipiente *plebs*, en determinadas instituciones sociales y políticas como la asamblea por curias, el más antiguo comicio con funciones civiles y militares. Si como parece, el

---

Pierfrancesco, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, en «Rivista de Diritto Romano», online, 11, 2011, pp. 3 ss.

<sup>55</sup> Gell. *Noct. Att.* 15.27.1. MOMMSEN, Theodor, *Le Droit Public Romain*, trad. Paul Frédéric Girard, vol. 6.1, Paris, 1889, p. 362. WATSON, Alan, *Roman Private Law and the Leges Regiae*, en «JRS», 62, 1972, p. 105.

<sup>56</sup> Gai. *Inst.* 2.101. Sobre el particular MAGDELAIN, André, «*Quando rex comitiavit fas*», en «Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain», Roma, 1990, pp. 271 ss. ARCES, Pierfrancesco, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, cit., p. 8.

primitivo Estado romano presentó desde sus inicios una manifiesta separación de clases y una estructura gentilicia, es probable que los plebeyos fueran inicialmente excluidos de la asamblea ciudadana<sup>57</sup>, viéndose privados, por tanto, del acceso a esta forma testamentaria<sup>58</sup>. No cabe duda que es simplemente una hipótesis y cabe la posibilidad que los comicios curiados agruparan a todos los ciudadanos<sup>59</sup>, pero tampoco se

---

<sup>57</sup> BURDESE, Alberto, *Manual de Derecho público romano*, trad. de A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 18 y 19. MAGDELAIN, André, *Le suffrage universel à Rome au Ve siècle av. J.-C.*, en «Jus Imperium Auctoritas», cit., p. 454. WOLFF, Hans Julius, *Introducción histórica al Derecho Romano*, trad. por José M.ª Fernández Pomar, Santiago de Compostela, 1953, p. 42. FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis, *La ciudad antigua*, trad. de J. Petit y A. Vilá, Ed. Plus Ultra, Madrid, 1947, p. 295. La influencia de los linajes patricios en los comicios curiados, en KUNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, trad. de la 4ª ed. alemana por Juan Miquel, Ariel, Barcelona, 1989, p. 17.

<sup>58</sup> SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento*, cit., p. 197. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, vol. 1, cit., p. 30. D'ORTA, *Saggio sulla 'Heredis institutio'*, cit., p. 117. PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, cit., p. 23 y 25. Cfr. MOMMSEN, *Le Droit Public Romain*, cit., vol. 6.1, que no obstante la afirmación de que los plebeyos forman parte de las curias en todo tiempo (p. 101), sin embargo piensa que tuvieron denegado el testamento comicial (pp. 87 y 102).

<sup>59</sup> CORNELL, Tim J., *Los orígenes de Roma c. 1000-264 a. C. Italia y Roma de la Edad del Bronce a las guerras púnicas*, trad. de T. de Lozoya, Ed. Crítica, Barcelona, 1995, pp. 145 y 146. DUPLÁ,

descarta que los plebeyos tuvieran limitado en la asamblea el voto (*suffragium*) durante este período<sup>60</sup>, y en este último caso su facultad para otorgar testamento se habría visto reducida por las razones que veremos a continuación. Las exigencias militares tuvieron que abrir las puertas del comicio curiado a todos los ciudadanos en disposición de luchar –como en época serviana lo haría el *comitiatus maximus*<sup>61</sup>– así que más pronto o más tarde los plebeyos formaron parte de la asamblea. No obstante, si los plebeyos tuvieron restringido este derecho, la legislación decenviral, que era un cuerpo legal para todos (patricios y plebeyos), como poco entrañó la superación de esta limitación y extendió el testamento comicial a todo ciudadano, pues la disposición contenida en *Tab. V.4* no discriminaba entre estamentos al indicar el orden de llamamientos en la sucesión intestada: ‘*si intestatus moritur...*’; quedaba implícito, por tanto, el derecho de cualquier

---

Antonio, *La República romana arcaica (509-264 a.C.)*, Ed. Síntesis, Madrid, 2003, p. 64. Vid. con lit. síntesis de autores que aceptan y rechazan la presencia de los plebeyos en los comicios, en D’ORTA, *Saggio sulla ‘Heredis institutio’*, cit., pp. 92 ss. y en VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, cit., p. 556 n. 62.

<sup>60</sup> MOMMSEN, *Le Droit Public Romain*, cit., vol. 6.1, pp. 147 y 361 ss. Vid. con lit. sobre esa posibilidad, RIBAS ALBA, José M<sup>a</sup>., *Democracia en Roma. Introducción al Derecho electoral romano*<sup>2</sup>, Comares, Granada, 2009, p. 147 n. 60 y 62.

<sup>61</sup> KASER, *Storia del Diritto Romano*, cit., p. 27.

ciudadano plebeyo de otorgar esta forma de testamento público<sup>62</sup>. Si esta parificación se produjo antes de las Tablas, precisar el momento exacto es sumamente difícil.

Y por lo que al contenido del testamento respecta, si tenemos en cuenta que en esta época histórica la libertad de disponer por testamento era muy limitada, por no decir inexistente<sup>63</sup>, ya que los *mores* imponían la transmisión de los bienes a los hijos (con la creación, en su caso, del *consortium ercto non cito*), en realidad el testamento podía cumplir pocas funciones: o bien servir para la atribución de ciertos bienes muebles a favor de un *heres*, lo que no parece probable<sup>64</sup>, o bien, como es opinión mayoritaria, para asegurarse la “creación” de un heredero quien no lo tuviera y garantizar así la

---

<sup>62</sup> AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, vol. 1, cit., p. 30.

<sup>63</sup> En el mismo sentido, RIBAS ALBA, José M<sup>a</sup>., *La desheredación injustificada en Derecho romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998, pp. 103 y 115. Como es lógico, esto no es *communis opinio*: vid. por todos y con lit. a favor de la libertad y el poder de disposición sobre la herencia en este período, FRANCIOSI, *L'heres extraneus e le Dodici Tavole*, cit., p. 353 n. 5. CASTRO SÁENZ, Alfonso, *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos*, en «BIDR», 98-99, 1995-1996, pp. 760 ss. CORNELL, *Los orígenes de Roma*, cit., p. 333.

<sup>64</sup> TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, p. 717.

continuidad de la familia y la transmisión de los elementos religiosos (*sacra*, culto a los antepasados, etc.). Esto aparejaba, entonces, a falta de descendencia propia, la producción de un heredero ficticio –un varón, nunca una mujer<sup>65</sup>– mediante una adopción<sup>66</sup> (*adrogatio per populum*)<sup>67</sup>, que implicaba introducir un extraño en el círculo familiar del testador<sup>68</sup>, originándose

---

<sup>65</sup> Gai. *Inst.* 1.99. Ulp. *Tit. ex corp.* 8.5-6. Gell. *Noct. Att.* 5.19.9. La *adrogatio* de la mujer era imposible porque no formaba parte de la asamblea (Gell. *Noct. Att.* 5.19.10), además de que no garantizaba la continuidad de la familia del *sui iuris* adoptante, ya que podía casarse y pasar a formar parte de otra familia. Vid. LINDSAY, Hugh, *Adoption in the Roman World*, Cambridge University Press, 2009, p. 73. Cfr. KASER, *Das Römische Privatrecht*, vol. 1, cit., p. 106. El arrogado, además, tenía que ser púber: Gell. *Noct. Att.* 5.19.7.

<sup>66</sup> Institución muy antigua que podemos encontrar con anterioridad al Derecho Romano en algunos ordenamientos orientales y en el mundo griego. En virtud de la misma, el adoptado ingresaba como hijo en la familia del adoptante. La *adoptio* propiamente dicha recaía sobre un *alieni iuris* y no se precisaba su consentimiento: D.1.7.1.1 (*Mod. 2 reg.*). Gai. *Inst.* 1.98-99. Ulp. *Tit. ex corp.* 8.2-3. Véase GAUDEMET, Jean, *Formes et fonctions de l'adoption dans le monde Antique*, en «Orlandis 70: Estudios de derecho privado y penal romano, feudal y burgués», dir. por Manuel J. Peláez, Barcelona, 1988, pp. 17 ss. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 466. RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Universidade de Santiago de Compostela, 1978, pp. 22 ss.

artificialmente un vínculo agnaticio (*iustus filius*)<sup>69</sup>, para lo que necesariamente se necesitaba convocar a las curias<sup>70</sup>.

*Prima facie*, debemos preguntarnos en qué supuestos o circunstancias podía el *civis* invocar la necesidad de otorgar este testamento o adopción con fines sucesorios. Si en estas páginas estamos

---

<sup>67</sup> La *adrogatio* es una subespecie de la *adoptio*. Si en líneas generales la adopción y la arrogación han respondido a necesidades familiares, sociales y políticas, en la época más arcaica los romanos recurrían a la segunda básicamente por motivos sucesorios (la creación de un heredero) y religiosos (la perpetuidad del culto y la continuidad de los *sacra* familiares). El arrogado, a diferencia del adoptado, era un *homo sui iuris*, de forma que la *adrogatio* implicaba la transformación de un *sui iuris* en *filius (alieni iuris)*, el cambio a una nueva familia y la adquisición por parte del *pater adrogans* de la *familia* del arrogado. De ahí que se requiriera la conformidad del arrogado y se le diera carácter público. Vid. Gell. *Noct. Att.* 5.19. Gai. *Inst.* 1.99. D.7.2.2 pr. (Gai. 1 *inst.* = *Inst.* 1.11.1; 9; 11). Ulp. *Tit. ex corp.* 8.3. Cic. *De domo*, 13.34 ss. KUNST, Christiane, *Römische Adoption. Zur Strategie einer Familienorganisation*, Buchverlag Marthe Clauss, Hennef, 2005, pp. 15 ss. La *adrogatio* como forma de adquirir para el *paterfamilias*, en TORRENT, Armando, *La adrogatio en el sistema de sucesiones inter vivos*, en «RIDA», 14, 1967, pp. 447 ss., y Gell. *Noct. Att.* 5.19.6, que constata la posibilidad de que la principal intención para adoptar fuese hacerse fraudulentamente con la fortuna del arrogado.

<sup>68</sup> Sólo podía adoptar el varón, ya que la mujer no tenía ni siquiera la potestad sobre los hijos que había tenido naturalmente: Gai. *Inst.* 1.104. D.38.16.13 (Gai. 10 *ad leg. Iul. et Pap.*).

defendiendo la prevalencia de la sucesión intestada sobre la testamentaria en la época arcaica, así como el carácter familiar de la sucesión y la inexistencia de poder de disposición sobre los bienes hereditarios porque han de transmitirse a los descendientes, consecuentemente hemos de pensar que toda persona que tuviera hijos no tendría motivo alguno ni justificación para proponer una *adrogatio*; puede que ni tan siquiera de otorgar testamento<sup>71</sup>, ya que las normas sucesorias imponían la adquisición de la *familia* por parte de los *heredes sui*. En otras palabras, la función del testamento comicial a través de la *adrogatio* estribaba en proporcionar un *filius* heredero a quien no lo tuviere<sup>72</sup> y, de esta forma, garantizar la continuidad del *nomen*, los elementos religiosos y la

---

<sup>69</sup> Como recordaba Modestino, «no sólo la naturaleza hace hijos de familia, sino también las adopciones»: D.1.7.1 pr. (*Mod. 2 reg.*).

<sup>70</sup> TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., pp. 677 ss. FACCHETTI Giulio M., *All'origine del testamentum*, en «*Index*», 30, 2002, pp. 227 ss. MANFREDINI, Arrigo D., *La volontà oltre la morte. Profili di Diritto ereditario romano*, Torino, 1991, p. 26. CASTELLO, Carlo, *Il problema evolutivo della 'adrogatio'*, en «*SDHI*», 33, 1967, pp. 132 y 133.

<sup>71</sup> De la misma forma que celebrándose la *adrogatio* no habría necesidad de otorgar testamento, pues el sucesor ya había sido designado por esta otra vía. En otras palabras, la *adrogatio* podría hacer inútil el testamento: VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, cit., p. 550.

transmisión de los elementos patrimoniales<sup>73</sup>. Ante esa situación de riesgo, el ordenamiento reacciona concediendo al ciudadano –pienso, además, que es especialmente un mecanismo de defensa del linaje patricio<sup>74</sup>– la posibilidad de evitar la extinción de su familia. Si ésta fue verdaderamente su finalidad, entonces no debería admitirse la posibilidad de incrementar el número de *sui* mediante un arrogado<sup>75</sup>, porque se estaría introduciendo un elemento ajeno a una familia que ya contaba con herederos propios (salvo, quizá, el supuesto de que no se contara con

---

<sup>72</sup> TALAMANCA, Mario, *Elementi di Diritto privato romano*, Milano, 2001, p. 363. FAYER, Carla, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. Parte prima*, L'erma di Bretschneider, Roma, 1994, pp. 294 ss. FRANCIOSI, *L'heres extraneus e le Dodici Tavole*, cit., p. 352. AA.VV. cur. di Aldo Schiavone, *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003, p. 233.

<sup>73</sup> Gell. *Noct. Att.* 5.19.6. Cic. *de dom.* 13.34.

<sup>74</sup> Coincido aquí con RUSSO RUGGERI, Carmela, *La datio in adoptionem. 1. Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano, 1990, p. 53. Debe recordarse el contexto socio-económico y político en que se mueve desde siempre el patriciado y el hecho de que las familias de este orden no fueran demasiado numerosas. Durante toda la República conservarán este instinto de supervivencia acudiendo continuamente a las adopciones para preservar su *dignitas*, su posición económica y sus opciones políticas.

<sup>75</sup> Como piensa DE MARTINO, Francesco, *Storia arcaica e diritto romano privato*, en «Diritto e società nell'antica Roma», cur. di Alberto Dell'Agli e Tullio Spagnuolo Vigorita, Roma, 1979, p. 45.

hijos varones y entonces sí se autorizara la *adrogatio*, ya que son éstos, en suma, quienes prolongan verdaderamente la familia). Cicerón expuso con claridad, en una época en que adopciones y arrogaciones eran muy frecuentes por motivos políticos, el requisito principal según el derecho pontifical que debía cumplir el *pater adrogans* para que la *adrogatio* pudiera ser autorizada: no tener hijos y haber alcanzado una edad que la naturaleza dictara como presumible no llegar a tenerlos: '*...qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus*'<sup>76</sup>; las finalidades y efectos: *...hereditates nominis pecuniae sacrorum secutae sunt*<sup>77</sup>.

La *adrogatio* comportaba consecuencias trascendentales para el *adrogatus*. Por tener la condición de *sui iuris*, el ingreso en otra familia como *filius* implicaba, desde una perspectiva más de derecho privado, caer bajo la *patria potestas* de su nuevo *pater*, como si de un hijo natural se tratase, lo que por ejemplo llevaba aparejado el reconocimiento del *ius vitae ac necis* sobre su persona<sup>78</sup>. Desde un punto de vista más publicista, la extinción de su propia familia. Así que la arrogación había servido para asegurar la continuidad de una familia, la del *adrogator*, pero al mismo tiempo, había sellado el final de otra. Como

---

<sup>76</sup> Cic. *de dom.* 13.34; 14.36.

<sup>77</sup> Cic. *de dom.* 13.35.

<sup>78</sup> Gell. *Noct. Att.* 5.19.9. Cic. *de dom.* 29.77.

decía W.W. Buckland<sup>79</sup>, «*adrogatio* destroyed a family and thus was allowed only to save another, i. e., to provide a *heres*». El arrogado estaba obligado, también en presencia de las curias, a un acto trascendental como era renunciar a su culto religioso, a sus dioses familiares, por medio de la *detestatio sacrorum*<sup>80</sup>.

La íntima conexión entre la *adrogatio* y el *testamentum calatis comitiis* ha sido siempre convenientemente subrayada, hasta el punto de que en el plano dogmático con frecuencia hayan sido fusionadas como un único acto. En realidad existen tantas similitudes y coincidencias entre esas dos figuras y la *detestatio sacrorum*<sup>81</sup>, que bien parece que se trate de la misma cosa<sup>82</sup>. Sin embargo, y aunque persigan los

---

<sup>79</sup> BUCKLAND, William W., *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3ª ed. revised by Peter Stein, Cambridge University Press, 1963, p. 125.

<sup>80</sup> Gell. *Noct. Att.* 15.27.3. Cic. *de dom.* 13.35. El significado de *detestatio*, en D.50.16.40 pr. (*Ulp. 56 ed.*). D.50.16.238.1 (*Gai. 6 ad leg. XII Tab.*). Vid. DAVERIO, Fabrizio, *Sacrorum detestatio*, en «SDHI», 45, 1979, pp. 530 ss. PAOLI, Jules, *Le testament calatis comitiis et l'adrogation d'Octave*, en «Studi in onore di Emilio Betti», vol. III, Milano, 1962, pp. 532 ss.

<sup>81</sup> Vid. SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento*, cit., pp. 187 y 188. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, cit., p. 550.

<sup>82</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 466. Vid. nota bibliográfica en este sentido, en ARCES, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per*

mismos fines, jurídicamente puede tratarse de dos actos distintos<sup>83</sup>, ya que Aulo Gelio dejó constancia de que los actos públicos en que se llevaban a cabo tenían diferente estructura. Así, por ejemplo, en la *adrogatio* se precisaba la intervención de ambos sujetos, adoptante y adoptado, que eran interrogados públicamente en la asamblea<sup>84</sup>, elevándose una proposición a las curias (*rogatio*) para que autorizaran la adopción mediante el voto<sup>85</sup>; sin embargo, en el testamento se producía una única declaración, la del

---

*disporre «mortis causa»*, cit., p. 3 n.10.

<sup>83</sup> D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., pp. 108 y 109. CASTRO SÁENZ, *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano*, cit., p. 769. ARCES, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, cit., p. 9. DALLA, Danilo / LAMBERTINI, Renzo, *Istituzioni di Diritto romano*, Torino, 1996, pp. 469 y 470.

<sup>84</sup> Gai. *Inst.* 1.99.

<sup>85</sup> Gell. *Noct. Att.* 5.19.8-9: «...esta forma de incorporación a una familia ajena se produce mediante proposición al pueblo. 9. La fórmula de esta proposición es la siguiente: "Quered y ordenad que L. Valerio sea para L. Ticio jurídica y legalmente hijo, como si hubiera nacido de ese padre y de la madre de esa familia, y que tenga sobre él potestad de vida y muerte como un padre sobre su hijo. En los términos en que lo he expuesto os lo propongo a vosotros, Quirites"». El papel del *populus* en la *adrogatio* también señalado por Gayo: '*Populi auctoritate adoptamus eos qui sui iuris sunt*' (Gai. *Inst.* 1.99). Vid. TORRENT, *La adrogatio en el sistema de las sucesiones inter vivos*, cit., pp. 450 y 451.

testador, y ésta se hacía *in populi contione*<sup>86</sup>, lo que significa que el pueblo no votaba, ya que la *contio* era una asamblea no deliberante. Así pues, sobre la base de la participación del pueblo la doctrina ha elaborado una teoría sugerente que entiende la *adrogatio* no sólo como un acto de creación de un *filius*, sino también como un sistema de sucesión *inter vivos*<sup>87</sup>, ya que entiendo que realizada la *adrogatio* no sería necesario otorgar testamento y el *adrogatus* sucedería *ab intestato* como *suus*<sup>88</sup>, por lo que en el fondo la adopción tiene el valor de una *testatio*<sup>89</sup>; mientras que el *testamentum calatis comitiis*, así diferenciado de la *adrogatio*, habría consistido en la dotación de un *heres futuro* mediante una *adrogatio* con efectos *mortis causa*<sup>90</sup>, es decir, la adopción habría producido efectos

---

<sup>86</sup> Gell. *Noct. Att.* 15.27.3: '*...quod calatis comitiis in populi contione fieret*'.

<sup>87</sup> TORRENT, *Derecho Privado Romano*, cit., p. 624. ID., *La adrogatio en el sistema de las sucesiones inter vivos*, cit., pp. 447 ss.

<sup>88</sup> Así también, TORRENT, Armando, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Universidad de Salamanca, 1966, p. 77. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., p. 26.

<sup>89</sup> VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, cit., pp. 553 y 554.

<sup>90</sup> Véase KASER, *Das Römische Privatrecht*, vol. 1, cit., p. 105. ID., *Storia del Diritto romano*, cit., p. 27. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., p. 109. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, vol. II, Santiago de Chile, 1996, p. 413.

jurídicos tras la muerte del testador convirtiéndose en heredero del causante.

Como ha quedado dicho, sólo el *pater* que no tuviese descendencia habría estado legitimado para nombrar un heredero a través de la *adrogatio*. La conciencia social imperante para que los *fili* sucedieran a su progenitor no dejaba demasiado margen de libertad al *paterfamilias*. Socialmente no era admisible que, habiendo hijos, se introdujera un extraño como *suus* en la familia. Sin embargo, pudo haber existido una o dos excepciones: en caso de que los *sui* fueran todos impúberes o mujeres. El *pater*, en lo que puede ser considerado como una temprana manifestación de la «sustitución pupilar», pudo haber tenido el derecho a designar un *suus* condicionado al supuesto de que los descendientes naturales no hubiesen alcanzado la pubertad al tiempo de morir el padre<sup>91</sup>. La sustitución pupilar, en este contexto de la edad arcaica y con la

---

RIBAS ALBA, *Democracia en Roma*, cit., pp. 138 y 139. FINAZZI, Giovanni, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, pp. 23 y 24. TREGGIARI, Ferdinando, *Minister ultimae voluntatis. Esegisi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. 1. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 24.

<sup>91</sup> Vid. IMPALLOMENI, Giambattista, s.v. *Successioni (Diritto Romano)*, en «Novissimo Digesto Italiano» (Torino, 1971), vol. 18, p. 720. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 720. LÓPEZ PEDREIRA, Adela, *Pupillaris substitutio. Del Derecho romano al artículo 775 del Código civil español*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pp. 25 ss.

especial naturaleza del testamento comicial, presenta rasgos de compatibilidad con dicha estructura<sup>92</sup>. Y a su vez, me parece factible que se hubiera permitido al *pater* que sólo tuviese hijas adoptar un varón<sup>93</sup>, porque aunque aquéllas eran *heredes sui* potenciales, su condición femenina no garantizaba siquiera que llegaran a heredar, ya que por regla general eran prometidas a edad temprana y casadas poco después de haber alcanzado la pubertad, así que salían de la *potestas* del *pater* y perdían su condición de sucesoras. Y en caso de que heredaran solas, sin un hermano, no podían contribuir a la continuidad del *nomen*, de forma que el testador habría sentido la misma necesidad de asegurarse un heredero tanto si no tenía descendencia, como si la que tenía era femenina.

Adopciones y arrogaciones continuaron siendo un instrumento extraordinariamente frecuente a lo largo de la República y durante el Principado, especialmente en el círculo elitista de la *nobilitas*, que encontraron en estas figuras la llave para evitar la desaparición de familias importantes, tanto patricias como plebeyas, con la consiguiente pérdida de la posición política,

---

<sup>92</sup> FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, cit., p. 28. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, vol. 2, cit., p. 564.

<sup>93</sup> Vid. TREGGIARI, Ferdinando, *Minister ultimae voluntatis. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. 1. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 24.

económica y social adquirida a lo largo de sucesivas generaciones. El interés político, desde luego, fue el factor principal del auge de las adopciones en estos períodos<sup>94</sup>. La infertilidad, la todavía alta mortalidad infantil y las terribles pérdidas humanas en las contiendas bélicas, especialmente las sufridas en su prolongada pugna contra Cartago, ocasionaron estragos a las grandes casas nobiliarias en la línea sucesoria masculina, que a fin de cuentas era la importante, ya que garantizaba la continuidad del *nomen* y, por tanto, de la familia. Sin embargo, en esta época el *civis* que no tenía hijos, o que los había perdido, podía sencillamente divorciarse de su esposa y casarse de nuevo con otra más joven o de probada fertilidad que pudiera depararle la deseada descendencia, sin tener que recurrir a las instituciones adoptivas. Y eso se hizo. Los divorcios por causa de infertilidad de la mujer pasaron a ser moneda corriente desde la época central de la República.

¿No pudieron, entonces, los romanos de tiempos anteriores, los de época arcaica, haber procedido de igual forma?, esto es, ¿haber dispuesto de la opción del divorcio o repudio como medio auxiliar o sustitutorio de las adopciones cuando no se tenían herederos? La

---

<sup>94</sup> PREVOST, Marcel-Henri, *Les Adoptions politiques à Rome sous la République et le Principat*, París, 1949, pp. 1 ss. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, cit., pp. 2, 53 y 54. KUNST, *Römische Adoption*, cit., pp. 150 ss.

respuesta no está suficientemente clara. Sabemos que el repudio de la mujer casada estaba admitido desde la época romúlea<sup>95</sup>, aunque las primeras noticias sobre un divorcio cuya causa fuera la infertilidad de la esposa datan de una época postrera<sup>96</sup>, concretamente de mediados de la República, y las reacciones ante dicho

---

<sup>95</sup> A Rómulo se le atribuye la disposición que permitía el repudio a la esposa: por tentativa de envenenamiento, suposición de hijos, falsear las llaves y cometer adulterio: Plut., *Rom.* 22. Las XII Tablas (*Tab.* IV.3) también reconocían el derecho al divorcio. Vid. Cic. *Phil.* 2.28.69. Sin embargo, el mismo texto de Plutarco citado informa de sanciones para el marido cuando repudiaba a la mujer por otros motivos de los señalados. Quizá pueda encontrarse en esas consecuencias económicas y en la conciencia social uno de los motivos del relieve de la *adrogatio* y la escasa función del divorcio para el propósito de procrear.

<sup>96</sup> Las fuentes son: Gell. *Noct. Att.* 4.3.1-2; 17.21.44. Val. Max. *Fat. et dict.* 2.1.4. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.25.7. Plut. *Comp. Tes. Rom.* 6; *Comp. Lic. Num.* 3. Salvando la discordancia en la fecha (en todo caso, presumiblemente en la segunda mitad del s. III a. C.; cfr. Val. Max. *Fat. et dict.* 2.9.2), estos autores coinciden en que fue Espurio Carvilio Ruga el primer hombre de Roma en repudiar a su mujer por causa de esterilidad para volver a casarse, lo que le reportó el rechazo de sus conciudadanos. Fuese o no fuese el primero, que es discutible, la historia de Carvilio Ruga pone de manifiesto, al menos, que en aquella época el divorcio no era todavía un acto que contase con la comprensión popular y que no debería ser demasiado frecuente en Roma. En palabras de CLARK, Gillian, *Roman Women*, en «*Greece & Rome*», 28, nº 2, oct. 1981, p. 204: «...indissoluble marriage, which was believed to have been the rule in the Early Republic». Véase FERNÁNDEZ

divorcio fueron muy significativas: tanto el pueblo como los censores señalaron al ciudadano y reprobaron su actitud<sup>97</sup>. Así pues, parece lo más probable que en la época arcaica la costumbre impusiera el socorro de la adopción y la *adrogatio* en caso de ausencia de herederos y no la posibilidad de extinguir el matrimonio.

VI. El *testamentum in procinctu*<sup>98</sup> aparece con posterioridad al comicial, aunque esa fecha siga siendo todavía imprecisa<sup>99</sup>. Como forma jurídica sigue

---

BAQUERO, María Eva, *Repudium-Divortium (Origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada, 1987, pp. 312 ss. ROBLEDA, Olis, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 256 ss. HUMBERT, Michel, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, pp. 95 y 96.

<sup>97</sup> Val. Max. *Fat. et dict.* 2.1.4; 2.9.2; 10.3 (Epítome de Nepociano). Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.25.7.

<sup>98</sup> Además de los textos señalados (Gai. *Inst.* 2.101, Gell. *noct. Att.* 15.27.3, Cic. *de orat.* 1.53.228; *de nat. deor.* 2.3.9. Vell. *Hist. Rom.* 2.5.2-3), tenemos noticias de este testamento en un escolio a Virgilio: Sch. *Ad Aen.* 10.241: '*exercitu in aciem deducto iterum morabatur ut inmoleretur. Interim ea mora utebantur qui testamenta in procinctu facere volebant*'; también en Fest. *de verb. sig.* 67 L.; 96 L.; 251 L. Plut. *Coriol.* 9.3.

<sup>99</sup> MINIERI, Luciano, *Il 'testamentum in procinctu'*, en «SDHI», 64, 1998, p. 256. GIRARD, Frédéric, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8ª ed. revue et mise a jour par Félix Senn, Paris, 1929, p. 855. SCHERILLO, Gaetano, *Corso di Diritto romano. Il testamento*,

adoleciendo de numerosos aspectos oscuros. No se duda de que este testamento propio del *civis-miles* era accesible también a los plebeyos, en cuanto que formaban parte del *exercitus*, y si verdaderamente estuvieron relegados del testamento comicial, durante un tiempo o siempre, la novedad de esta forma testamentaria para tiempos de guerra constituyó una significativa mejoría de los derechos privados de los plebeyos<sup>100</sup>; pero también los patricios se beneficiaron del *testamentum in procinctu*, puesto que tenían la opción de disponer en un momento distinto a los que señalaba el calendario para el testamento comicial. Ahora bien, su naturaleza no es la misma que el *calatis comittis*, de forma que ambos no constituían una única institución testamentaria otorgada en distintos momentos, sino que por circunstancias especiales, '*qui in procinctu versantur*'<sup>101</sup>, se admitía esta otra disposición<sup>102</sup>.

---

cit., p. 199, la sitúa al mismo tiempo de creación del ordenamiento centuriado, consecuencia de la tesis que defiende, pero es casi seguro que el testamento ya existiera antes de la época en que se crea el *comitiatus maximus*.

<sup>100</sup> SCHERILLO, Gaetano, *Corso di Diritto romano. Il testamento*, cit., p. 197. D'ORTA, *Saggio sulla 'Heredis institutio'*, cit., p. 117.

<sup>101</sup> D.37.13.1 pr. (*Ulp. 45 ed.*).

<sup>102</sup> HERNÁNDEZ-GIL, Antonio, *El testamento militar (en torno a un sistema hereditario militar romano)*, Madrid, 1946, p. 27.

Es precisamente en torno a su naturaleza jurídica donde surgen las dudas; y más en concreto, con respecto a su contenido, ya que no puede afirmarse con rotundidad que se tratara de un verdadero testamento que sirviera para designar o crear un heredero<sup>103</sup>. Más bien, al menos parece más probable, este testamento habría cumplido funciones distintas al comicial, tal vez ordenando únicamente la transmisión de algunos bienes muebles personales y las armas<sup>104</sup> o, como indica Cicerón<sup>105</sup>, disponiendo una tutela para los hijos impúberes del *miles* en previsión de una posible muerte en combate. De haber sido así, no habría tenido desde luego la misma importancia jurídica que el *testamentum calatis comitiis*, que mediante la fórmula de una *adrogatio* incorporaba una institución de

---

<sup>103</sup> Sin embargo, Plut. *Coriol.* 9.3 afirma que servía para nombrar herederos. Vid. ARCES, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, cit., p. 13.

<sup>104</sup> Vid. WATSON, Alan, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, Oxford, 1971, pp. 8 ss. TORRENT, Armando, *Diccionario de Derecho romano*, Edisofer, Madrid, 2006, p. 1341. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, vol. 1, cit., p. 31.

<sup>105</sup> Cic. *de orat.* 1.53.228: ‘*Reprehendebat igitur Galbam Rutilius, quod is C. Sulpici Gali propinqui sui Q. pupillum filium ipse paene in umeros suos extulisset, qui patris clarissimi recordatione et memoria fletum populo moveret, et duos filios suos parvos tutelae populi commendasset ac se, tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati*’.

heredero. Pero a lo mejor no era necesario disponer de una segunda forma testamentaria en aquella época, teniendo en cuenta la prevalencia de la sucesión legítima y la sucesión de los *fili*, la existencia de la *adrogatio* como instrumento sucesorio para las familias importantes y el escaso interés que tenía el testamento para el orden plebeyo.

Según Gayo, el testamento *in procinctu* se otorgaba ante el pueblo armado y preparado para salir a la batalla<sup>106</sup>, pero tampoco hay por qué descartar que tuviese validez la declaración realizada ante un grupo más reducido, el formado por los combatientes más próximos al testador, como indica Plutarco<sup>107</sup> y como también sugiere M. Amelotti al amparo de un escolio a

---

<sup>106</sup> La tesis de Gaetano SCHERILLO, *Corso di Diritto Romano. Il testamento*, cit., pp. 171 y 193 ss., sugerente aunque poco probable, se orientaba a su convicción de que el testamento se otorgaba en los comicios centuriados con una finalidad idéntica al testamento *calatis comitiis*, esto es, la designación de un *suus*. Lo sugestivo de esta idea se encuentra, en mi opinión, en que habría supuesto una extensión completa del derecho a testar a todo el grueso de la población, si es que verdaderamente los plebeyos estuvieron excluidos durante un tiempo de los *comitia calata*. Sin embargo, es poco convincente porque no hay referencia alguna a la reunión de los comicios centuriados para este acto y por la duda de que pudiera servir para nombrar un heredero propiamente dicho.

<sup>107</sup> Plut. *Coriol.* 9.3.

Virgilio<sup>108</sup>. En cualquier caso, se realizaba después de haber tomado los auspicios para la batalla, de donde subyace el mismo carácter público-religioso que el *testamentum calatis comitiis*, y constituye un precedente, aunque relativo, del *testamentum militis* del Derecho clásico regulado a partir de algunas disposiciones de Julio César e institucionalizado, más adelante, por los emperadores Nerva y Trajano<sup>109</sup>; y hemos dicho “relativo”, porque las peculiares características del testamento militar clásico, mucho menos convencional, lo configuran no ya como un testamento extraordinario, sino prácticamente como un régimen testamentario especial<sup>110</sup>.

VII. La tercera de las formas testamentarias arcaicas de la que hablan los textos más representativos es la *mancipatio familiae*. Como ya se ha visto, Gayo, Ulpiano y Aulo Gelio unían la *mancipatio familiae* a los dos testamentos anteriores en una suerte de *tria genera*

---

<sup>108</sup> AMELOTI, Mario, *Le forme classiche di testamento*, vol. 1, cit., p. 31. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, vol. 2, cit., p. 525. El texto citado, *supra* n. 98.

<sup>109</sup> D.29.1.1 (*Ulp. 45 ed.*). D.29.1.2 (*Gai. 15 ed. prov.*). C.6.21 (‘*de testamento militis*’). *Inst.* 2.11 (‘*de militari testamento*’).

<sup>110</sup> Vid. BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. de M. Fairén, Bosch, Barcelona, 1960, pp. 73 y 74. La relación entre el *testamentum in procinctu* y el *testamentum militis* o, por mejor decir, las diferencias entre ambos fue ya bien estudiada por HERNÁNDEZ-GIL, *El testamento militar*, cit., pp. 23 ss.

*testamentorum*<sup>111</sup>; Gayo<sup>112</sup> afirmaba que tras caer en desuso los testamentos *in procinctu* y *calatis comitiis*, la forma testamentaria que permaneció fue la *mancipatio familiae*. Su razón de ser estaba precisada: el ciudadano que no hubiera otorgado testamento ante los comicios o, en su caso, *in procinctu*, cuando repentinamente se encontrara en una situación de inminente peligro de muerte podía celebrar este particular negocio que consistía en vender la *familia* a un amigo, a través de la *mancipatio*, con el ruego de que a su muerte la repartiese de una forma determinada. Como afirma Gayo, la *mancipatio*

---

<sup>111</sup> Gell. *noct. Att.* 15.27.3. Gai. *Inst.* 2.101-103. Ulp. *Tit. ex corp.* 20.2 (textos *supra* n. 50).

<sup>112</sup> Gai. *Inst.* 2.102-103: ‘*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur*’. 103. ‘*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*’.

*familiae* apareció con posterioridad a los dos testamentos arcaicos. Ahora bien, y dejando al margen la progresión de la *mancipatio familiae* hasta constituir la base del clásico *testamentum per aes et libram*<sup>113</sup>, interesa ahora intentar fijar su antigüedad como figura autónoma desligada del citado testamento y comprobar si las Tablas la recogían, partiendo de la base de que no hallamos tampoco una referencia directa.

La *mancipatio familiae* probablemente fuera una artimaña<sup>114</sup> ideada por la jurisprudencia pontifical o la praxis<sup>115</sup> para ampliar el círculo de influencia del testamento, fuertemente constreñido en ese tiempo a unos días concretos para su otorgamiento o por unas eventualidades especiales. Desde luego las circunstancias sociales y económicas de la Roma de mediados del s. V a. C. permitían plantear ya propuestas diferentes en relación con los testamentos y la herencia, y uno de ellos se habría concretado con el

---

<sup>113</sup> La bibliografía más extensa sobre el tema, en ARCES, *Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»*, cit., p. 1 n. 2, y TERRANOVA, Francesca, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, en «Annali del seminario giuridico. Università di Palermo», 53, 2009, p. 301 n. 2.

<sup>114</sup> De un «subterfugio al margen de la ley» habla MAGDELAIN, André, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, en «Jus Imperium Auctoritas», cit., p. 661.

<sup>115</sup> TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, cit., pp. 302-304.

expediente jurídico de la *mancipatio* utilizado con fines sucesorios. Ampliando esta última idea, Torrent explica el desarrollo de la *mancipatio familiae* probablemente como consecuencia del deseo de los testadores de disponer de mayor libertad de disposición y escapar de los rígidos esquemas que limitaban la transmisión de la herencia en el ámbito familiar más íntimo<sup>116</sup>. Afirmar que la *mancipatio familiae* se utilizaba ya antes de la ley de las XII Tablas entra dentro de lo posible<sup>117</sup>, pero no deja de ser una conjetura ya que no existen evidencias sólidas ni tampoco la legislación decenviral la menciona expresamente<sup>118</sup>.

En la Ley de las XII Tablas hay dos alusiones a negocios *inter vivos* y *mortis causa* en los que puede advertirse cierta conexión con la *mancipatio familiae*<sup>119</sup>: por un lado, en *Tab. VI.1* se afirma que '*Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius*

---

<sup>116</sup> TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., p. 55.

<sup>117</sup> En este sentido VON LÜBTOW, Ulrich, *Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, en «Studi in onore di Pietro de Francisci», vol. 1, Milano, pp. 434 ss. (con apunte bibliográfico en p. 435 n. 3 y 4).

<sup>118</sup> Véase PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, cit., p. 20 n. 16.

<sup>119</sup> Vid. FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino, *Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana*, en «Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña», 10, 2006, p. 284 n. 15.

*esto'* («Cuando se celebre un *nexum* o un negocio mancipatorio, las palabras pronunciadas tengan valor de derecho»); y en *Tab. V.3* podemos leer, a su vez, que '*Uti legassit [super pecunia tutelave] suae rei, ita ius esto'* («Tal como legase sus bienes, así sea derecho»)<sup>120</sup>. Desde luego, ninguna de las dos disposiciones puede referirse a las formas testamentarias arcaicas anteriormente estudiadas. En el primer texto se aprecia una mayor interrelación con el negocio mancipatorio *inter vivos* y la *nuncupatio* (declaración oral en un negocio jurídico) que con la *mancipatio familiae*<sup>121</sup>; puesto en relación con la letra del segundo texto, un sector doctrinal ha pensado que la legislación decenviral ya preveía a través de un negocio como la *mancipatio* la posibilidad de otorgar disposiciones a título particular (legados) y otros encargos, como tutela y manumisiones testamentarias. Así lo piensa Talamanca<sup>122</sup>, quien además señalaba los

---

<sup>120</sup> El precepto decenviral, en Gai. *Inst.* 2.224. Ulp. *Tit. ex corp.* 11.14. D.50.16.120 (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*). *Inst.* 2.22 pr. Nov. 22.2 pr. Cfr. la versión literaria del mismo fragmento en Cic. *de inv.* 2.50.148, y en la anónima *Rhet. ad Herenn.* 1.13.23 ('*Pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto'*). Véase VOCl, Pasquale, *Diritto ereditario romano. Introduzione. Parte generale*, vol. 1, 2ª ed., Milano, 1967, p. 4. REIMUNDO YANES, *Nociones básicas introductorias*, cit., p. 35.

<sup>121</sup> Cfr. Gai. *Inst.* 1.119-120; 2.27; 2.104; 3.173-174.

<sup>122</sup> TALAMANCA, *Instituzioni di Diritto romano*, cit., pp. 717 y 718. Cfr. igualmente AMELOTTI, *Il testamento romano*, cit., p. 405.

tiempos de la monarquía etrusca como momento probable en que ya se practicaba. En cualquier caso, esa disposición legal se presta a otras interpretaciones, porque ya Pomponio reconocía que podía tener un sentido muy amplio y que cabía entenderlo como una prerrogativa para ordenar legados, pero también para instituir heredero<sup>123</sup>. En la romanística no faltan quienes ven en esta disposición una alusión al testamento<sup>124</sup>, frente a quienes consideran que constituye la primera forma de legado<sup>125</sup> sobre determinados bienes

---

GIOFFREDI, *Diritto e proceso nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., p. 233 n. 98. VOICI, *Diritto ereditario romano*, vol. 1, cit., pp. 13 y 14. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, vol. 1, cit., pp. 54 y 55.

<sup>123</sup> D.50.16.120 (*Pomp. 5 ad Q. Muc.*).

<sup>124</sup> En torno a esta idea, vid. ALBANESE, *La succession ereditaria in Diritto romano antico*, cit., p. 433. WATSON, Alan, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, Princeton University Press, New Jersey, 1975, pp. 54 ss. FRANCIOSI, *L'heres extraneus e le Dodici Tavole*, cit., p. 355. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, cit., p. 64. STOJCEVIC, *Adgnatus proximus*, cit., p. 282. CORNELL, *Los orígenes de Roma*, cit., p. 333.

<sup>125</sup> VOICI, *Diritto ereditario romano*, vol. 1, cit., pp. 13 ss. TORRENT, *Derecho Privado Romano*, p. 650. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, cit., pp. 59-61. MONACO, *Hereditas e mulieres*, p. 9 n. 13. Con una postura particular, LENEL, Otto, *Zur Geschichte der «heredis institutio»*, en «Essays in Legal History», ed. by P. Vinogradoff, Oxford University Press, 1913, pp. 120 ss., quien habla de «Legatentestament»; en torno a esta idea: PAOLI, *Le testament calatis comitiis et l'adrogation*

singulares, aquellos que no vaciasen de contenido la sucesión universal de los *heredes sui* sobre el patrimonio familiar<sup>126</sup>, postura que me parece más acertada. Hay que tener en cuenta, además, que la economía de mediados del siglo V a. C. era muy diferente y permitiría un mayor margen de administración y disposición, abriendo la puerta a los legados. En este último sentido, tiene importancia el empleo del lenguaje: el fragmento no dice que se lega la *familia*, que es el término utilizado durante todo el período antiguo para nominar la herencia en su conjunto, sino simplemente sus bienes (*'suae rei'*), y la misma forma verbal *'legassit'* (de *'legare'*) terminaría por imponerse en el lenguaje clásico para indicar las atribuciones a título particular<sup>127</sup>.

Retomando la *mancipatio familiae*, se está de acuerdo en que partiendo de este primer modelo que contemplaba la necesidad de otorgar por peligro de muerte, la jurisprudencia pontifical ideó la forma del *d'Octave*, cit., pp. 529 ss. MAGDELAIN, *Les mots «legare» et «heres» dans la loi des XII Tables*, cit., pp. 660 ss. Cfr. Gai. *Inst.* 2.224 que parafrasea la expresión decenviral con *'ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur'*.

<sup>126</sup> DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, cit., pp. 16 y 17.

<sup>127</sup> Vid. DILIBERTO, Oliviero, *Studi sulle origine della «cura furiosi»*, Napoli, 1984, pp. 79 ss. RACZ, Emeric, *Les restrictions a la liberté de tester. Droit romain. Législations modernes*, Paris, 1934, p. 10.

*testamentum per aes et libram* valiéndose de la forma de la *mancipatio* como mera solemnidad, pues la finalidad no era la adquisición fiduciaria de la *familia*, sino la designación de un *heres*. Pasó a ser un verdadero testamento: había institución de heredero, siendo este último quien adquiriría *mortis causa*, y el *familiae emptor* no actuaba más que como un simple custodio de la voluntad testamentaria<sup>128</sup>. ¿Esta estructura jurídica es extensible a la primitiva *mancipatio familiae*? ¿Había institución de heredero? En primer lugar, y aunque cumpliera funciones sucesorias, la *mancipatio familiae* no era un verdadero testamento. Su naturaleza estaba más próxima a los negocios fiduciarios que a los testamentarios, puesto que la transmisión global de la *familia* a un tercero fiduciario (*amicus*), encargándole llegado el momento la división de la misma, se asemejaba más a una *fiducia cum amico* que a un testamento propiamente dicho<sup>129</sup>. Y, en

---

<sup>128</sup> Vid. TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., pp. 55 ss. y 80 ss. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pp. 39 ss. AMELOTTI, Mario, *Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti*, en «Estudios de Derecho Romano en honor de A. d'Ors», vol. 1, Universidad de Navarra, 1987, pp. 151 ss. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, cit., p. 58.

<sup>129</sup> Vid. SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento*, cit., p. 211. DE LA FUENTE Y HONTAÑÓN, Rosario, *La herencia fideicomisaria. Desde Roma hasta el Derecho peruano*, Lima,

segundo lugar, no hay seguridad que contuviera una verdadera institución de heredero. Esto sería en el plano teórico e inicial, ya que no debió pasar mucho tiempo para que los romanos advirtieran que con este negocio podían burlar las normas de la sucesión *ex lege* y distribuir la herencia como ellos quisieran.

VIII. Las alusiones al testamento en la Ley de las XII Tablas, por lo que se ha visto, son tan imprecisas que es plausible capitular, con Lévy-Bruhl<sup>130</sup>, que «nous savons par là que le testament existait, et rien de plus». Al mismo tiempo, de lo que se ha expuesto hasta el momento, ya se han podido extraer algunas deducciones en torno a una de las cuestiones más interesantes concernientes al testamento de esta temprana época, por ende de las más debatidas, como es el grado de libertad de que podría haber disfrutado el *pater* para otorgar testamento si ya tenía hijos, o poder designar otro heredero en su lugar, dados los condicionantes que imponían los *mores*. A dichas cuestiones hay que responder que probablemente ninguna<sup>131</sup>: con la excepción de unos pocos bienes que habrían podido ser objeto de dote o legado, si existían hijos *in potestate*, eran automáticamente en cualquier forma de delación *heredes sui* sobre el conjunto de

---

2012, pp. 45 ss.

<sup>130</sup> LÉVY-BRUHL, Henri, *De la dénomination négative de certaines institutions romaines*, en «RH», 15, 1936, p. 340.

<sup>131</sup> *Supra* n. 63.

bienes más importantes, como el *heredium*<sup>132</sup> y la transmisión de las relaciones de tipo personal y religioso<sup>133</sup>. Si no los tenía, como ya se ha dicho, el *testamentum calatis comitiis* cumplía la función de conseguirlo mediante una *adrogatio per populum*. Cuando Gayo y Paulo afirmaban, refiriéndose a este período, que los hijos en cierto modo se consideraban copropietarios de los bienes familiares aun en vida del padre, parecen estar dando a entender que el *pater* no tenía verdadero poder de disposición o que éste era muy limitado<sup>134</sup>. La existencia del *consortium ercto non cito*, el hecho de que los hijos y la esposa casada *cum manu* fuesen considerados condóminos de los bienes familiares junto con el *pater*, y que además tuviesen la condición de *heredes necessarii*, es decir, que estaban obligados a aceptar la herencia tanto si querían como si no<sup>135</sup>, son argumentos significativos para condicionar los poderes de disposición y pensar que en este período no era posible todavía la desheredación<sup>136</sup>. De esta forma, y en cierto sentido, el testamento en época arcaica no servía para corregir o excluir el sistema

---

<sup>132</sup> La propiedad fundiaria familiar: la casa y el huerto. Léase Varr. *De re rust.* 1.10.2. *Tab.* VII.3. Plin. *Nat. His.* 19.19.50.

<sup>133</sup> AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, cit., p. 63.

<sup>134</sup> D.28.2.11 (*Paul. 2 ad Sab.*). Gai. *Inst.* 2.157.

<sup>135</sup> Gai. *Inst.* 2. 156 ss.

<sup>136</sup> VOGLI, Pasquale, *Diritto ereditario romano*, vol. 1, cit., p. 37. FACCHETTI, *All'origine del «testamentum»*, cit., p. 228.

sucesorio *ab intestato* que luego consagraría la ley decenviral. Como tiene escrito Arangio-Ruiz<sup>137</sup>, si una de las ventajas de testar en época clásica era la de modificar el orden legal de la sucesión, y por voluntad del testador mejorar la posición de unos sobre otros, o desheredarlos, no debería ser acertado creer que este ideario existía ya en el arcaico *ius civile*, pues habría chocado con la tradición del matrimonio *cum manu* y con el sistema sucesorio y económico familiar que imperaban en esta época histórica para garantizara la *continuatio dominii* en el patrimonio familiar<sup>138</sup>.

Todo lo anterior pone de manifiesto que el testamento, en la fecha en que entran en vigor las XII Tablas (y, por tanto, tampoco antes), todavía no se había convertido en el negocio jurídico privado tan trascendente y apreciado por los *cives*, máxima expresión del individualismo de la sociedad romana<sup>139</sup>; de otro modo, la Ley de las XII Tablas se habrían ocupado de regularlo expresamente y con profusión,

---

<sup>137</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 512.

<sup>138</sup> AVENARIUS, Martin, *Continuatio domini. Die vorklassische Mitberechtigung der künftigen Hauserben und der Vonselbsterwerb des kassischen Rechts*, en «Fides. Humanitas. Ius. Studi in onore di Luigi Labruna», vol. 1, Napoli, 2007, pp. 231 ss. BRUTTI, Massimo, *Il diritto privato nell' antica Roma*, Torino, 2009, p. 383.

<sup>139</sup> Vid. SCHULZ, Fritz, *Principios del Derecho Romano*, trad. de Manuel Abellán Velasco, Madrid, 1990, p. 178.

como correspondería a un negocio de tanta relevancia. Sin embargo, las menciones tan someras inducen a creer que las únicas formas testamentarias conocidas en ese tiempo, las públicas ante los comicios y el pueblo en armas, con la excepción de la *mancipatio familiae* en caso de peligro de muerte, más que verdaderos testamentos eran designaciones de *sui* para que heredaran *ab intestato* los bienes de la familia y mantuvieran la continuidad del *nomen* y los *sacra*.

IX. El régimen de la sucesión intestada aparece regulado con gran claridad en la Ley de las XII Tablas y respondía al carácter patriarcal de la sociedad romana arcaica<sup>140</sup>:

*Tab. V.4: 'Si intestato moritur, cui suus heres nec scit, adgnatus proximus familiam habeto'* («Si muere intestado quien no tiene heredero propio, herédele el agnado más próximo»).

*Tab. V.5: 'Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)'* («Si tampoco tuviere agnados, hereden los gentiles»)

---

<sup>140</sup> MARRONE, Matteo, *Istituzioni di Diritto romano*, Palermo, 1989, p. 837.

Las concordancias en las fuentes jurídicas y literarias<sup>141</sup> las encontramos en:

*Tab. V.4: Rhet. ad Herenn.* 1.13.23 (Anónimo). Cic. *De invent.* 2.50.148. Gai. *Inst.*1.111. Gai. *Inst.* 1.156. Gai. *Inst.* 2.139. Gai. *Inst.* 3.1-24. Gai. *Ep.* 2.8 pr.-6. Ulp. *Tit. ex corp.* 26.1. Ulp. *Tit. ex corp.* 26. 6-8. Ulp. *Tit. ex corp.* 27.5. Paul. *Sent.* 4.7 (8).20. Paul. *Sent.* 4.8.3. Paul. *Sent.* 4.8.13. *Inst.* 3.1.1. *Inst.* 3.1.9. *Inst.* 3.1.15. *Inst.* 3.2 pr. *Inst.* 3.2.3. *Inst.* 3.5.1 y 5. *Inst.* 3.9.2. D.26.4.9 (Gai. 12 ed. prov.). D.28.2.9.2 (Paul. 1 Sab.). D.28.6.28 (*Iul.* 62 dig.) D.38.10.10.2 (Paul. de grad. et adf.). D.38.16.3.9 (Ulp. 10 Sab.). D.38.16.6 (*Iul.* 59 dig.). D.38.16.11 (Pomp. 10 ad Q. Muc.). D.50.16.162 pr. (Pomp. 2 Sab.). D.50.16.195.1 (Ulp. 46 ed.). D.50.16.220 pr. (Call. 2 quaest.). C. Th. 9.42.9 pr. C. 6.55.3 y 4. C. 6.58.14 y 15. Coll. 16.2.1. Coll. 16.2.9. Coll. 16.3.3. Coll. 13.3.13. Coll. 16.3.17. Coll. 16.3.20. Coll. 16.4.1.

---

<sup>141</sup> Para una completa relación de los textos sobre los que se apoya la reconstrucción de estos fragmentos de las XII Tablas vid. AGNATI, *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, cit., pp. 228 ss. CRAWFORD, Michael H., (Ed.), *Roman Statutes*, vol. 2, University of London, 1996, pp. 640-642. LÓPEZ-RENDO, Carmen, *La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas*, en «Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M<sup>a</sup>. Reimundo Yanes», vol. 1, Universidad de Burgos, 2000, pp. 535 ss.

*Tab.V.5: Rhet. ad Herenn* (Anónimo). Cic. *De invent.* 2.50.148. Cic. *Verr.* 2.1.45.115. Cic. *De orat.* 1.173 y 176. Cic. *Top.* 6.29. Gai. *Inst.* 1.111. Gai. *Inst.* 1.156. Gai. *Inst.* 2.139. Gai. *Inst.* 3.17. Ulp. *Tit. ex corp.* 26.1-1a. *Paul. Sent.* 4.7 (8) 20. D.38.10.10.2 (*Paul. de grad. et adf.*). *Coll.* 16.4.2. *Coll.* 16.4.3.

Hay que empezar por señalar la distancia cronológica que separa la Ley de las XII Tablas (450 a. C.) del primero de los textos que ofrece un testimonio sobre las *Tab. V.4* y *V.5*, que corresponde a la obra anónima *Rhetorica ad Herennium*, cuya datación se estima entre el 86 y el 82 a. C. Casi cuatro siglos más tarde. Aunque para esa fecha las Tablas ya se habían perdido, la memoria de su contenido entendido como un patrimonio jurídico-cultural de los romanos hizo que no fueran relegadas al olvido. El menor número de referencias acerca de la *Tab. V.5*, tiene su explicación en que la organización gentilicia fue perdiendo progresivamente su importancia a lo largo de la época republicana, y los juristas clásicos, así lo aclara Gayo<sup>142</sup>, no sentían la necesidad de explicar en profundidad el derecho gentilicio por haber caído en desuso.

El análisis de estos fragmentos ha sido una de las materias más discutidas en la romanística del siglo pasado y sobre el que resultaría ya demasiado

---

<sup>142</sup> Gai. *Inst.* 3.17.

reiterativo proceder a una síntesis de las principales teorías al respecto<sup>143</sup>. Hemos preferido estudiar el orden sucesorio que establecía la ley a través de un análisis de las distintas frases que componen cada uno de los textos.

a) '*Si intestatu moritur*'. A falta de testamento («si muere intestado»)<sup>144</sup> se abría la sucesión intestada. ¿Significan estas palabras iniciales del fragmento que en la época de las XII Tablas la delación testamentaria era ya la preferente sobre la legítima? Parece evidente que sí lo era, como ya dijimos. El sentido de esos términos y el tono negativo<sup>145</sup> que encierra la expresión *ab intestato*, sugieren el carácter secundario o excepcional de la sucesión intestada; o, por mejor decir, que las normas sobre la sucesión legítima son

---

<sup>143</sup> Me remito, por tanto, a los trabajos de OLIVIERO, Giuseppina M., *A proposito di successio ordinum nell'eredità intestata delle dodici tavole*, en «SDHI», 68, 2002, pp. 625 ss. y n. 4, y LÓPEZ-RENDO, Carmen, *La sucesión intestada en la Ley de las XII Tablas*, cit., pp. 535 ss. y n. 1 y 2.

<sup>144</sup> *Intestatus*, en D.38.16.1 pr. (Ulp. 12 Sab.): *Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicetur decessisse*. Sobre su significado en las XII Tablas, LÉVY BRUHL, Henri, *Intestatus*, en «Studi in memoria di Emilio Albertario», vol. 1, Milano, 1953, pp. 545 ss.

<sup>145</sup> LÉVY-BRUHL, *De la dénomination négative de certaines institutions romaines*, cit., p. 337.

supletorias porque se aplican en defecto de testamento. En este sentido, no hay duda de que ambas delaciones estaban ya representadas en la legislación decenviral y, en cierto modo, puede significar el primitivo embrión de la conocida máxima romana de la incompatibilidad de la concurrencia de ambas vocaciones (*'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*).

Sin embargo, hay que insistir una vez más en que las Tablas dan por supuesto que existía una sucesión testamentaria, pero no hay referencias expresas a ella en la Ley (salvando la interpretación de *Tab. V.3* en el sentido de testamento que hemos recordado *supra*); ni siquiera los juristas clásicos se atrevieron a afirmar con rotundidad que el testamento arcaico tuvo la importancia y el contenido que llegó a poseer el *testamentum per aes et libram* tiempo después de la legislación decenviral. Para los estudiosos que colocan la sucesión intestada, en todas las épocas, en un plano inferior a la testamentaria, estos fragmentos de la Ley de las XII Tablas no pueden sostener esa idea, ya que precisamente ponen de manifiesto la importancia de la sucesión legal, porque es la que regula explícitamente y en cierto sentido prevé<sup>146</sup>. Y si lo hizo de esa forma tiene que obedecer a que era la más frecuente en la sociedad romana del s. V a. C. Más atrás apuntábamos

---

<sup>146</sup> Vid. MONACO, *Hereditas e mulieres*, cit., pp. 9 y 10. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 707.

la convicción de que los factores sociales y económicos de la antigua Roma, aquella sociedad fuertemente jerarquizada y separada entre estamentos, también tendría que tener su repercusión en el mundo de las sucesiones. ¿Tenía la misma importancia para el patricio el testamento, y otras instituciones sucesorias en general, que para el plebeyo? Es seguro que no. El código menciona el testamento y desarrolla suficientemente la sucesión intestada por su mayor índice de frecuencia, porque interesa a una mayoría social<sup>147</sup>. Aparece como una delación excepcional que operaba a falta de testamento, pero es así porque el testamento lo solían otorgar principalmente los patricios y el código decenviral recogía, sobre todo, viejas reglas, prácticas o usos sociales del estamento del patriciado. Y, sin embargo, también interesaba a los patricios la sucesión *ex lege*; de otra forma no puede explicarse que la ley defiera la herencia a los *gentiles* cuando faltan los *sui* y los *adgnati*, porque la organización gentilicia es característica de los patricios.

b) '*...cui suus heres nec scit*'. El Derecho Romano, desde sus orígenes, señaló a un grupo de personas, los *sui heredes* («herederos suyos»)<sup>148</sup>, como destinatarios y beneficiarios en primera línea de los bienes de la

---

<sup>147</sup> DAUBE, David, *Intestatus*, en «RH», 15, 1936, pp. 342 y 343.

<sup>148</sup> Sobre el grupo en general, CALZADA, Aránzazu, *La aceptación de la herencia en el Derecho Romano. Aditio nuda voluntate*, Mira Editores, Zaragoza, 1995, pp. 19 ss.

*familia*, como fruto de la exigencia social del mantenimiento de la estructura familiar tras la muerte del *paterfamilias* y la transmisión de los *sacra*<sup>149</sup>. El grupo de los *sui* estaba integrado, como ya hemos visto, esencialmente por los hijos, tanto adoptivos como naturales, varones y mujeres, que se encontraran en el momento de la muerte bajo la potestad del *paterfamilias*<sup>150</sup>, así como por la esposa del *pater* cuando se había celebrado la *conventio in manum*. Un derecho a la herencia a favor de los hijos que los juristas clásicos fundaban en la *ratio naturalis*<sup>151</sup>. Los hijos emancipados o adoptados por un tercero y las hijas casadas *cum manu*, perdían la condición de *sui* y, por tanto, no eran llamados a la sucesión. La idea o principio que dominaba el Derecho sucesorio de conservar la estructura familiar determinaba su exclusión por el hecho de haber salido de la familia.

La pretensión fundamental era garantizar la *continuatio dominii* sobre el patrimonio familiar. La conciencia social contemplaba también a los descendientes de segundo grado, los nietos, pero únicamente en un supuesto concreto que les otorgara

---

<sup>149</sup> LA PIRA, Giorgio, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, p. 3. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., vol. II, p. 452.

<sup>150</sup> Sólo el varón tenía *sui heredes*; la mujer no tiene la potestad sobre los hijos: D.38.16.13 (*Gai. 10 ad leg. Iul. et Pap.*).

<sup>151</sup> D.48.20.7 pr. (*Paul. de port.*).

la condición de *sui*: si al tiempo de abrirse la sucesión, su progenitor (*sui* del causante) no hubiese llegado a heredar al causante, ya por premoriencia, ya por emancipación. De este derecho se beneficiaban exclusivamente los nietos *ex filio*, pero nunca los *ex filia*, puesto que estos últimos pertenecían a otra familia, la de su padre. La legislación decenviral no mencionaba expresamente esta prerrogativa, pero por Gayo y una larga línea jurisprudencial se piensa que heredaban en lugar de su padre (*successio in locum, successio in stirpes*)<sup>152</sup>, por «derecho de representación», y necesariamente como *heredes sui*: si tuvieran la cualidad de *adgnati* no llegarían a heredar, puesto que serían excluidos por los hijos del causante como grado más próximo<sup>153</sup>. Ahora bien, heredaban *per stirpes* y no *per capita* para no

---

<sup>152</sup> Gai. *Inst.* 3.7-8. Ulp. *Tit. ex corp.* 26.2. *Inst.* 3.1.2. D.38.16.1.4 (*Ulp. 12 Sab.*). La representación hereditaria tuvo desde los primeros momentos una razón de ser plenamente plausible y acorde a la conciencia social del tiempo en que fue introducida: el mantenimiento y la cohesión de la familia. Que los nietos o nietas sucedieran a su abuelo porque su padre no hubiera podido heredarle, entraba en el mismo ideario por el que los hijos sucedían automáticamente a los padres, y éste no era otro que el deseo de mantener y conservar la familia en su vertiente más reducida, la *propio iure*. Véase LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, cit., pp. 72 y 165. ZOZ Maria Gabriela, s.v. *Rappresentazione (successione per) (Diritto Romano)*, en «Enciclopedia del Diritto» (Giuffrè Editore, Varesse, 1987), vol. 38, p. 627.

perjudicar los derechos de los *sui* originarios, que de esta forma garantizaban recibir su cuota inicialmente prevista<sup>154</sup>. Se trataba de un principio plenamente consecuente con la estructura del organismo familiar antiguo y que se mantendría con posterioridad. Razones de solidaridad familiar, de humanidad y de conciencia social exhortaban a que los descendientes de grado posterior concurriesen a la sucesión cuando faltara su progenitor<sup>155</sup>. Análogamente, la nuera *in manu* sucedía al suegro *paterfamilias* cuando el marido de aquélla había premuerto a éste (*in loco neptis*)<sup>156</sup>.

Finalmente, se plantea la duda de si el *postumus* tenía el derecho de suceder a su padre muerto. La reconstrucción del texto decenviral no afirma nada al respecto, y de la jurisprudencia clásica es difícil extraer la conclusión de que su derecho a la herencia fuera previsto inicialmente en la ley, ya que hay juristas que lo incluyeron entre los *sui* también en esta época y

---

<sup>153</sup> SOLAZZI, Siro, *Adgnati*, en «Scritti di Diritto Romano», vol. 5, Napoli, 1972, p. 264.

<sup>154</sup> Gai. *Inst.* 3.8; 3.16. Ulp. *Tit. ex corp.* 26.2. D.38.16.1.4 (*Ulp. 12 Sab.*). *Inst.* 2.1.2; 3.1.6..

<sup>155</sup> ROBBE, Ubaldo, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937, p. 62. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II. Parte speciale. I, Milano, 1956, p. 17.

<sup>156</sup> Véase ASTOLFI, *Il matrimonio nel Diritto romano preclassico*, cit., p. 377.

otros que no lo hicieron<sup>157</sup>. En realidad, como ha señalado Cuenca<sup>158</sup>, las XII Tablas (*Tab. IV.4*) consideraban legítimo al hijo nacido dentro de los diez meses posteriores a la muerte de su padre (marido de su madre), así que su inclusión como heredero por el *ius civile* parece bastante segura siempre y cuando, claro está, llegara a nacer dentro del plazo señalado<sup>159</sup>. Idénticas razones a las que eran esgrimidas para asegurar la *successio in locum* de los descendientes de

---

<sup>157</sup> Cfr. Gai. *Inst.* 3.4. D.38.16.3.9 (*Ulp. 10 Sab.*). D.5.4.3 (*Paul. 17 Plaut.*). D.38.16.6 (*Iul. 59 dig.*) *in fine*. *Ulp. Tit. ex corp.* 22.15. Al respecto LAMBERTI, Francesca, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, vol. 1, Napoli, 1996, pp. 57 ss. POLO ARÉVALO, Eva M<sup>a</sup>., *Conceptus nondum natus en el Derecho Romano: régimen sucesorio*, Liberlibro, Albacete, 2002, pp. 33 ss. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II. Parte speciale. I, cit., pp. 16 y 17. DALLA / LAMBERTINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., p. 461.

<sup>158</sup> CUENA, Francisco, *Sucesión intestada y natura rerum: el caso del postumus suus*, en «O Direito das sucessões: do Direito romano ao Direito actual», Universidad de Coimbra, 2006, pp. 195 ss.

<sup>159</sup> Vid. igualmente BIANCHI, Ernesto, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habentur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Giuffrè Editore, 2009, p. 123. LUCREZI, *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, cit., pp. 30 y 37. De forma que también entra en juego la posible sucesión (al abuelo) del nieto concebido pero no nacido de un padre premuerto: ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, cit., pp. 62 y 63. Cfr. *Paul. Sent.* 3.4b.10.

padre premuerto pueden ser extendidas a la sucesión de los póstumos, tanto o más que el artificio jurídico que prolongaba el poder del *paterfamilias* difunto (y marido) sobre el vientre de la viuda encinta<sup>160</sup>. En lo que sí se está de acuerdo es que la llamada a los *postumi* para suceder a su causante premuerto tiene lugar antes en la *vocatio ab intestato* que en la testamentaria<sup>161</sup>. Todos los anteriores forman, por tanto, un grupo reducido que en realidad concuerda con aquel que los juristas del Derecho clásico denominaban *familia proprio iure*<sup>162</sup>.

Nótese, sin embargo, que el texto decenviral en las distintas versiones del mismo, no afirmaba literalmente que la primera línea sucesoria fuese la de los *heredes sui*, sino que estaba implícita en la llamada al segundo orden: los *adgnati* («si...no tiene heredero propio»). ¿A qué se debe, entonces, esta omisión? El hecho de que no sean nombrados no significa que no sean los llamados en primer lugar. En cierto modo lo que hacía la Ley de las XII Tablas era poner de relieve una evidencia: la herencia iba siempre en primer lugar, hubiera o no hubiera testamento, a los *heredes sui*, a aquellos que «en cierto modo son copropietarios en

---

<sup>160</sup> Cfr. THOMAS, *La divisione dei sessi nel diritto romano*, cit., p. 113

<sup>161</sup> LAMBERTI, *Studi sui «postumi» nell'esperienza giuridica romana*, vol. 1, cit., pp. 64-65 y 73. Vid. Gai. *Inst.* 3.1-4.

<sup>162</sup> D.50.16.195.2 (*Ulp. 46 ed.*).

vida del padre». Siendo como era una exigencia social tan reconocida y antigua, los decenviros no sintieron la necesidad de expresarlo con rotundidad<sup>163</sup>, aunque los juristas clásicos posteriormente sí completaron la llamada con una mención expresa. Estos herederos recibían partes iguales del caudal hereditario y no se discriminaba a las hermanas o a la madre con relación a sus hermanos de sexo masculino<sup>164</sup>: las cuotas eran las mismas para todos los llamados.

c) ‘...*adgnatus proximus familiam habeto*’. Las XII Tablas defieren la *familia* (herencia) al *adgnatus proximus*<sup>165</sup>, esto es, al pariente más cercano en línea

---

<sup>163</sup> En este sentido VOICI, *Diritto ereditario romano*, vol. 1, cit., p. 10.

<sup>164</sup> En el mismo sentido que hemos afirmado su participación en el *consortium*. Vid. DILIBERTO, Oliviero, *Successione legittima*, en «Enciclopedia del Diritto», vol. 43, Giuffrè Editore, 1990, p. 1301.

<sup>165</sup> Para tener el grado de *adgnati* (que podría ser traducido como «nacidos después del paterfamilias») se atendía solo a la línea masculina: es decir, se consideraban agnados a su *paterfamilias* los hijos e hijas de éste, así como los nietos y bisnietos de ambos sexos que descendieran de los hijos varones del *pater*, pero no así la descendencia que tuvieran las hijas del *paterfamilias* (nietos/as, bisnietos/as), pues los hijos de ellas, por razón de matrimonio, formaban parte de la familia de su marido. Vid. D. 50.16.196.1 (*Gai. 16 ed. prov.*). D.38.10.10.3 (*Paul. de grad. et adfin.*). *Gai. Inst.* 1.156. *Inst.* 1.15.1 y 3.2.1. GUARINO, Antonio, “*Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis*” e la compilazione di D. 38.10, en «SDHI», 10, 1944, pp. 267 ss. SOLAZZI, *Adgnati*, cit., pp. 261 ss.

colateral al *de cuius*, que en principio eran los hermanos y hermanas, cuando no existían *heredes sui*. El *adgnatus* no tenía el título de heredero, sino que recibía la herencia en virtud de un *ius familiae habendae*<sup>166</sup>. Si el causante no tenía hermanos (colateral de segundo grado), la ley buscaba hasta encontrar al más próximo en grado para que le sucediese: tíos y tías del causante, tíos y tías del padre del causante, hasta los hijos de los hermanos (no de las hermanas) del padre del causante<sup>167</sup>. La Ley llamaba a todos los que se encontrasen en el mismo grado para que heredasen por partes iguales (*in capita*), excluyéndose en este orden el derecho de representación, de forma que si un agnado renunciaba a la herencia o moría sin haberla aceptado, se producía el acrecimiento de los demás sobre la cuota<sup>168</sup>. Cabe, por último, destacar que las Tablas prescribían también en este grado una absoluta igualdad en hombres y mujeres para heredar al *defunctus*.

d) '*Si adgnatus nec escit*'. El llamamiento hecho a los agnados se prolongaba en esta época hasta el sexto

---

<sup>166</sup> PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del Diritto*, cit., p. 794. OLIVIERO, *A propósito di successio ordinum nell'eredità intestata delle dodici tavole*, cit., p. 626.

<sup>167</sup> MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., pp. 125 ss.

<sup>168</sup> D.38.16.9 (*Marcian. 5 inst.*). Ulp. *Tit. ex corp.* 26.5. *Paul. Sent.* 4.8.24. D.38.17.1.9 (*Ulp. 12 Sab.*).

grado<sup>169</sup>, a partir del cual, no hallando parientes, entraba en juego el último inciso de la disposición. Cuestión importante era la *successio graduum* (delación sucesiva), por la que se transmitía la delación dentro de una misma clase de sucesores a los llamados de grado más remoto<sup>170</sup>, pero que no era aplicada en la sucesión de los agnados. Significa que, si el *adgnatus proximus* no llegaba a adquirir (el *adgnatus*, como heredero extraño, voluntario según la clasificación gayana<sup>171</sup>, tiene que aceptar la herencia según el Derecho clásico), los otros agnados eran excluidos y la delación pasaba a la siguiente clase de herederos: los gentiles (*successio ordinum*)<sup>172</sup>. Sin embargo, la cuestión se ha prestado también a un caluroso debate en la romanística, pues hay un sector doctrinal que admite la *successio ordinum* de los *gentiles* cuando ningún agnado recibiera la herencia, mientras que otro grupo de autores considera que si el *adgnatus proximus* renunciaba a la herencia o moría sin haberla aceptado, la herencia quedaba vacante<sup>173</sup>. Ahora bien, cabe preguntarse en qué casos operaba la *successio ordinum* en la llamada a

---

<sup>169</sup> Vid. TALAMANCA, Mario, *Elementi di Diritto privato romano*, cit., p. 364.

<sup>170</sup> LAMBERTINI, Renzo, *Legge delle XII Tavole e cosiddetta 'successio ordinum'*, en «Studi per Giovanni Nicosia», vol. 4, Milano, 2007, p. 301.

<sup>171</sup> Gai. *Inst.* 2.152 ss. Gai. *Ep.* 2.3.6

<sup>172</sup> TALAMANCA, *Elementi di Diritto privato romano*, cit., p. 365.

los *gentiles*, porque no existía un acto formal de aceptación de la herencia en la época de la Ley de las XII Tablas, lo que lleva a pensar que tal vez los *adgnati* heredaran automáticamente como los *sui*, de forma que los dos únicos supuestos en que podía entrar en juego el tercer llamamiento sucesorio era que no existieran *adgnati*, supuesto excepcional, o que habiendo un *adgnatus proximus* muriera sin haber podido recibir la herencia, en cuyo caso, la ley llamaba a los *gentiles* aunque existiesen *adgnati* de grado posterior en virtud de la prohibición de la *successio graduum*.

e) ‘...*gentiles familiam (habento)*’. En las postrimerías de la época clásica, período en el que escriben Gayo, Ulpiano y otros comentaristas de las Tablas, cualquier aspecto relativo a las *gentes* o al derecho gentilicio no era más que un vestigio del pasado<sup>174</sup>, pero a mediados del s. V a. C. las organizaciones gentilicias todavía jugaban un papel significativo y es comprensible que la Ley defiriera la *familia*, a falta de *sui* y de *adgnati*, a los miembros del

---

<sup>173</sup> Vid. con abundante literatura TALAMANCA, Mario, *L’acquisto dell’eredità da parte del gentiles in XII Tab. 5.5*, en «Hommage à la mémoire de André Magdelain», París, 1998, pp. 447 ss. OLIVIERO, *A proposito di successio ordinum nell’eredità intestata delle dodici tavole*, cit., pp. 625 ss.

<sup>174</sup> Cfr. WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic*, cit., pp. 180 ss.

clan, a otros parientes lejanos que no estaban ligados por vínculos agnaticios, pero sí cognaticios.

Indudablemente se plantean algunos interrogantes lógicos por la escueta mención a los *gentiles*, que es un grupo colectivo en el que no podemos encontrar ningún grado. ¿Significa esto que heredaba el grupo entero?<sup>175</sup> ¿Era posible que un grupo colectivo indeterminado como la *gens* pudiese adquirir del mismo modo que cualquiera de los anteriores llamados individualmente? Desde luego, durante la época clásica no se admitió en el testamento la institución de heredero sobre persona jurídica o indeterminada, así que se hace difícil creer que en la sucesión legítima sí pudiera suceder un ente de esas características. Verdad es que en la época antigua existió el llamado *ager gentilicius*, lo que significa que había formas de propiedad gentilicia, si bien enmarcadas en un contexto socio-político y económico muy determinado<sup>176</sup>, pero la herencia

---

<sup>175</sup> Véase en torno a la sucesión individual de un *gentil* o la colectiva de la *gens*, la interpretación seguida por TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità da parte del gentiles in XII Tab. 5.5*, cit., pp. 453 ss.

<sup>176</sup> Al respecto DE MARTINO, Francesco, *La «gens», lo Stato e le classi in Roma antica*, en «Diritto e società nell'antica Roma», cur. di Alberto Dell'Agli e Tullio Spagnuolo Vigorita, Roma, 1979, pp. 51 ss. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, *Propiedad colectiva, familiar y privada: orígenes del contrato de sociedad en la experiencia jurídica romana*, en «Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Manuel Albaladejo» (coords. J.M. González Porras, F.P.

(*familia*) que había de transmitirse no sólo estaba formada por el fundo, sino también por otros bienes muebles o patrimoniales y religiosos. La ley llamaba a los *gentiles*, de forma conjunta e indiferenciada, pero por motivos prácticos no parece probable que la herencia pudiera ser deferida a un ente colectivo y abstracto tan numeroso, sino que a lo sumo debería recaer sobre un número limitado de *gentiles*<sup>177</sup>, o incluso, en opinión de M. Talamanca<sup>178</sup>, sobre uno solo de ellos. Talamanca pensaba que la herencia era adquirida por el primero que se apoderase de los bienes hereditarios<sup>179</sup>. Lo más seguro, no obstante, es que este llamamiento sólo se produjera en ocasiones excepcionales: así se entiende el adverbio *aliquando* («alguna vez» empleado en *Paul Sent.* 4.8.3: '*Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentilibus deferebatur*'<sup>180</sup>. Abundando en esta

---

Méndez González), vol. 1, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Universidad de Murcia, 2004, pp. 899 ss.

<sup>177</sup> FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, cit., p. 36.

<sup>178</sup> TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità da parte del gentiles in XII Tab.* 5.5, cit. pp. 447 ss.

<sup>179</sup> TALAMANCA, *Elementi di Diritto privato romano*, cit., p. 365.

<sup>180</sup> Vid. igualmente *Coll.* 16.3.3. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*, cit., p. 37.

última línea, Torrent llega a dudar que la llamada tuviese alguna relevancia en la época de las XII Tablas, entendiendo que desde el surgimiento y proceso de estructuración de la *civitas*, los vínculos entre los *gentiles* se habrían difuminado progresivamente<sup>181</sup>.

En la práctica, no obstante, sería excepcional el hecho de no contar con *sui* (que heredaban *sive velint sive nolint*)<sup>182</sup>, ni con un *adgnatus* en todas las líneas. Sin embargo, hay un aspecto interesante dentro de este llamamiento, y es que por los escritos de Livio y A. Gelio sabemos que '*plebei gentes non habent*'<sup>183</sup>, es decir, que no existía una organización gentilicia entre los plebeyos en la época en que fueron dictadas las Tablas. Sus familias se prolongaban, si hacemos caso a los mentados escritores<sup>184</sup>, a lo sumo, de la estricta (*propio iure*) a la más amplia o agnaticia (*communi iure*)<sup>185</sup>, de forma que para este nutrido grupo de

---

<sup>181</sup> TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., p. 77.

<sup>182</sup> Vid. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, "*Conditio iuris*" y "*tacita conditio*". *Las condiciones implícitas en el Derecho privado romano*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2006, pp. 81 ss.

<sup>183</sup> Liv. *urb. cond.* 10.8.9. Gell. *noct. Att.* 10.20; 17.21.27.

<sup>184</sup> Hoy se tiende a relativizar esa creencia tradicional, no dándose por segura la falta de organización gentilicia entre los plebeyos. Al respecto, FALCONE, Giuseppe, *Liv. 10.8.9: Plebei gentes non habent?*, en «SDHI», 60, 1994, pp. 613 ss.

<sup>185</sup> AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, cit., p. 59.

ciudadanos la sucesión intestada sólo tenía dos órdenes de llamamientos. En el fondo, el tercer llamamiento suponía una mayor protección de los intereses patricios, de sus riquezas y patrimonios, que en los casos excepcionales irían a parar siempre a manos de miembros de la *gens* del causante; teóricamente, si el plebeyo muerto no tenía ninguna relación de parentesco, sus bienes podrían ser tomados por cualquiera<sup>186</sup>.

X. El recorrido que se ha realizado por las instituciones sucesorias del arcaico *ius civile* y el que se refleja en la Ley de las XII Tablas, nos lleva a cuestionarnos los aspectos más básicos relativos a la cronología y prevalencia de las dos delaciones, la testamentaria y la intestada. El estudio de los ordenamientos jurídicos anteriores a Roma en términos comparativos no debiera dar lugar, en mi opinión, al planteamiento de ningún debate circunscrito a la antigüedad de la sucesión intestada sobre la testamentaria. Cronológicamente, la aparición de la sucesión legítima es muy anterior a la sucesión testamentaria<sup>187</sup>. De

---

<sup>186</sup> AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, cit., pp. 59 y 60.

<sup>187</sup> En este sentido, entre otros muchos y extendiendo esa premisa a la experiencia jurídica romana, vid. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, cit., pp. 63 y 64. AA.VV. cur. di Aldo Schiavone, *Diritto privato romano*, cit., p. 233. DALLA / LAMBERTINI, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 460. SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento*, p. 169. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, vol. 6, Derecho de

hecho sabemos que era la única que se conocía y utilizaba en muchos ordenamientos antiguos, especialmente entre los pueblos orientales y en el Derecho germánico, teniendo en cuenta que habría de ser el Derecho romano quien ideara una serie de reglas novedosas que permitieran una facultad de disposición con eficacia *post mortem*, creando un negocio de autonomía privada genuinamente propio (el *testamentum*), que sin embargo encuentra su punto de arranque partiendo de unos esquemas publicistas relativamente conocidos y aceptados en muchos ordenamientos que ligaban la adopción o la donación a los efectos sucesorios. El término *heres* aparece en la Ley de las XII Tablas en sede de sucesión intestada<sup>188</sup>; antes de que figure en cualquier forma testamentaria, la ley, y antes la costumbre, designaban como *heredes*

---

sucesiones, vol. 3º, 7ª ed., Ed. Reus, Madrid, pp. 52 ss. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España*, en «AHDE», 1977, pp. 438 ss. TORRENT, *Venditio hereditatis*, cit., p. 77. ID., *Diccionario de Derecho Romano*, cit., p. 1340. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 677. MARRONE, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 833. LUCREZI, *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, cit., p. 54. DI MARZO, Salvatore, *Istituzioni di Diritto romano*, 5ª ed., Milano, 1968, p. 465. ORTUÑO PÉREZ, María Eugenia, *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Edisofer, Madrid, 1999, pp. 32 ss.

<sup>188</sup> PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, cit., p. 15.

a los sucesores de un *de cuius* operada a través de la vía más natural, la legal.

Es significativa la estela que ha dejado la primitiva institución de la adopción en el Derecho comparado antiguo, casi siempre como un instrumento de auxilio en manos de todos aquellos varones que en un momento determinado de su vida, pero en edad adulta, carecían de descendencia y, por tanto, de un sucesor que recibiera sus bienes, tanto los materiales como los religiosos. Ahora bien, el recurso a estas «adopciones hereditarias» requería la ausencia de herederos natos (los descendientes), ya que existiendo éstos, la norma jurídica y social imponía la transmisión de la herencia en su provecho. La sucesión intestada, como forma de protección de las células sociales que forman los clanes familiares, buscaba desde el principio la transmisión de los bienes dentro del propio grupo, fijándose especialmente en el grupo de los descendientes<sup>189</sup>. Sin embargo, no todos los regímenes sucesorios fueron iguales: las diferentes culturas de la antigüedad establecieron entre algunos pueblos, *v. gr.*, la costumbre de privilegiar al primogénito varón<sup>190</sup>,

---

<sup>189</sup> TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 677.

<sup>190</sup> Cuestión interesante la inexistencia del privilegio de la primogenitura en la experiencia jurídica romana. Quienes defienden la existencia del testamento en Roma desde los primeros momentos tienden a aceptar que la antigua sucesión testamentaria sólo servía para nombrar un sucesor de entre

mientras que en otros la discriminación por razón de sexo, tan extendida en aquel tiempo, también se prolongaba en el ámbito de las sucesiones, privando de derechos hereditarios a las mujeres (esposas e hijas) en algunas líneas sucesorias.

Como ha podido comprobarse de la exposición de las disposiciones decenvirales, la delación *ab intestato* cuenta con una regulación lo suficientemente precisa como para subrayar la importancia que tenía en la sociedad romana de los primeros tiempos, aun partiendo de la base que aparece como supletoria de la testamentaria por el sentido de la frase «*si intestato moritur*». Desde un punto de vista formal, entonces,

---

todos los *heredes sui*, de forma que el resto (cuando los había) quedaban en cierto modo bajo la *potestas* de aquél. El designado no tenía que ser necesariamente el primogénito, pero aunque los otros descendientes hubieran podido ser compensados de su desheredación a través de legados o, en el caso de las hijas, por la dote, no deja de ser, por los efectos, una situación similar a la primogenitura. Por el contrario, quienes defendemos la igualdad de todos los *sui* en el marco inicial de una sucesión *ab intestato*, la inexistencia del derecho de primogenitura refuerza la idea de la comunidad familiar, el *consortium* y la continuidad de la familia durante este época histórica. Es más, podía darse el caso de que no heredaran los primeros descendientes del *de cuius* (por estar, v. gr., emancipados), ya que sólo aquellos que estaban bajo la potestad del *pater* en el momento de su muerte eran llamados a la sucesión. Cfr. LUCREZI, *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, cit., p. 55. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, vol. II. Parte speciale. I, cit., p. 17.

hay que señalar la prevalencia de la sucesión testamentaria sobre la intestada en la experiencia jurídica romana desde la promulgación de la *Lex Duodecim Tabularum*. Resulta evidente que el testamento, desde que culminó su evolución y se convirtió en el negocio privado por excelencia, el más apreciado por los romanos, fue también para la jurisprudencia el principal instituto de índole sucesoria, y encontró en esta figura una fuente inagotable sobre la que volcar su actividad creadora e interpretativa. Pero hemos repetido que no sucedió así en los albores del Derecho de Roma, y no puede uno dejar de cuestionarse la importancia real que tuvo el testamento en la época arcaica y la libertad de disposición que pudo llegar a tener.

Existe en el ámbito romanístico una corriente científica, iniciada largos años atrás por el maestro italiano P. Bonfante<sup>191</sup>, que defiende la prevalencia de la sucesión testamentaria sobre la legítima ya desde los primeros tiempos en Roma<sup>192</sup>, generalmente

---

<sup>191</sup> V. gr., en *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res Mancipi e res nec Mancipi)*, en «Scritti giuridici varii», vol. 2. Proprietà e servitù, Torino, 1918, pp. 1 ss., y en *L'origine dell'«Hereditas» e dei «Legata» nel diritto successorio romano*, en «Scritti giuridici varii», vol. 1. Famiglia e successione, Torino, 1916, pp. 101 ss.

<sup>192</sup> No es fácil precisar si se trata de una opinión mayoritaria o minoritaria, pues ciertamente la doctrina se halla sensiblemente dividida en este punto desde hace muchísimo tiempo, y no ha

recurriendo, como base de sus argumentaciones, a la posición de poder del *paterfamilias* en el ámbito público y privado y al hecho de ser el testamento una creación genuinamente romana, lo que les lleva a postergar el estudio comparativo con los ordenamientos de otros pueblos, otorgar menos importancia a las circunstancias económicas y religiosas de aquel tiempo e, indirectamente, a privar al testamento y las instituciones sucesorias romanas de una evolución natural desde un primer estadio a otro más desarrollado producto de la *interpretatio*, por no mencionar las diferentes circunstancias políticas, sociales y económicas de los tiempos venideros que dejaron su impronta en las relaciones jurídicas

---

proporcionado ni parece que vaya a hacerlo en el futuro puntos de encuentro pacíficos con los defensores de la tesis contraria. Remito aquí a una serie de trabajos que aportan una valiosa síntesis de las dos posturas, los fundamentos en que se basan una y otra y la bibliografía esencial, antigua y moderna: VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, cit., pp. 535 ss., especialmente n. 1, y p. 545 n. 33. KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, vol. 1, cit., pp. 668 ss. y 695-697. La postura a favor de la prevalencia de la sucesión testamentaria desde sus inicios puede atestiguararse en CASTRO SÁENZ, *Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano*, cit., pp. 760 ss. y especialmente pp. 765 y 766 y n. 18, 19 y 20. ORTUÑO PÉREZ, *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, cit., pp. 32-46. DILIBERTO, Oliviero, *Successione legittima*, cit., p. 1297 n. 3.

relacionadas con la familia. No se trata aquí de polemizar con nadie, pero en este sentido me parece mucho más aguda la observación de R. Martini<sup>193</sup> en torno a la humildad de los romanos en admitir las influencias de otros ordenamientos y culturas en ciertas instituciones o conceptos jurídicos, frente a la obstinación de los romanistas siempre decididos a probar la originalidad del Derecho Romano. Tampoco significa esto que no haya que prestar la debida atención hacia la mentada línea argumental, poseedora de elementos muy sugerentes y que no puede ser descartada sin más, entre otras razones porque cualquier estudio que verse sobre instituciones jurídicas de la edad antigua romana permite prácticamente todas las hipótesis, pues no contamos con certezas absolutas. Los datos que hemos venido aportando en las páginas precedentes tienen la suficiente entidad, como poco, para cuestionarse la importancia que tuvo el testamento en la época arcaica y verificar la simplicidad de su contenido. Instituciones como el *consortium* definitivamente casan mal con la existencia de un único heredero testamentario al que transmitir la jefatura político-religiosa de la familia (lo que implicaba desheredar a los demás)<sup>194</sup>. Al mismo tiempo, la

---

<sup>193</sup> MARTINI, Remo, *XII Tavole e Diritto greco*, en «Labeo», 45, 1999, p. 23.

<sup>194</sup> Vid. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, cit., p. 555.

posición y poder del *paterfamilias* que sugería Bonfante, nunca fue –ni siquiera más adelante– tan soberana y absoluta como para que no tuviera limitación alguna en su esfera privada. Conductas desordenadas que ponían en peligro la estabilidad económica de la familia (prodigalidad), reguladas probablemente antes de la Ley de las XII Tablas, la prohibición de enajenación del *heredium* o los límites impuestos a un ejercicio abusivo de la *patria potestas* indican que el *paterfamilias* estaba sujeto, como no podía ser de otro modo, a una serie de reglas de índole moral<sup>195</sup>.

Con el transcurso del tiempo el testamento se convirtió en el negocio jurídico más apreciado por los romanos y en uno de sus principales emblemas. La exhaustiva atención jurisprudencial, las innovaciones operadas a través del *ius honorarium* y el interés legislativo que despertó en los emperadores con definitivas reformas y la creación de formas o tipos especiales, ponen de manifiesto la importancia de la sucesión testamentaria y su radio de frecuencia, probablemente muy superior a la intestada. Transmiten palmariamente aquel «singular horror of Intestacy wich always characterised the Roman», que apuntara mucho

---

<sup>195</sup> Sobre la prodigalidad, RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho romano*, cit., pp. 111 ss. Vid. Dion. Hal. *Ant. Rom.* 2.15.2. Véase igualmente RACZ, *Les restrictions a la liberté de tester*, cit., p. 10.

tiempo atrás Sumner Maine<sup>196</sup> y refrendado tantas veces en la literatura grecolatina<sup>197</sup>. Pero también me parece que ese miedo a morir intestado solo empieza a percibirse en un momento posterior, desde luego en época republicana, pero sólo a partir del momento en que la *mancipatio familiae* por vía de la *interpretatio* fue dando lugar al *testamentum per aes et libram*, que ahora sí, permitía que los ciudadanos pudiesen ordenar su sucesión con una mayor libertad y riqueza de contenidos. Los juristas clásicos fueron muy cautelosos a la hora de referirse a los principios que inspiraban el testamento arcaico, la relación que éste guardaba respecto a la sucesión legítima o sobre la libertad de testar<sup>198</sup>. Demasiados silencios como para dar por sentado la prevalencia de la sucesión testamentaria. Pienso que mucho tiempo antes de que se generalizara y consolidara el testamento entre los *cives*, la costumbre ya había impuesto un modo de sucesión que no desentonaba con las características de la familia y sociedad romana<sup>199</sup>. En época arcaica, en definitiva, el

---

<sup>196</sup> SUMNER MAINE, Henry, *Ancient Law: it's connection with the Early History of Society and its relation to Modern Ideas*, New York, 1871, p. 212.

<sup>197</sup> Muy frecuentemente: Plaut. *Curc.* 622. Cic. *Phil.* 2.16.41-42; Verr. 2.1.23.60. Quint. *Decl.* 308. Plut. *Cat. maio.* 9.6

<sup>198</sup> ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, cit., p. 31.

rechazo a la apertura de la sucesión intestada pudo haber sido insignificante<sup>200</sup>.

A la luz de lo expuesto, no puede extraerse la conclusión de que las formas testamentarias arcaicas (*in procinctu* y *calatis comitiis*) fuesen verdaderos testamentos en sentido estricto y pudiesen servir para eludir las rigurosas limitaciones impuestas por la conciencia social en la transmisión de los bienes familiares. Sólo en el caso de que el *pater* no tuviese hijos se podía crear artificialmente un *suus*, a través de la *adrogatio* operada mediante el *testamentum calatis comitiis*. De ahí que Torrent entienda que el inciso '*si intestatu moritur*' «no se refiere a que haya muerto sin testamento, sino a que el *pater* ha muerto sin haber hecho una *adrogatio*»<sup>201</sup>. Las pocas evidencias que se tienen sobre la utilización de la *mancipatio familiae* como forma testamentaria antigua no permiten elucubrar ninguna hipótesis sólida sobre su verdadera importancia. De disponer de más información es probable que en torno a esta figura se pudiera deducir una mayor importancia del testamento en la época de las Tablas, o tal vez antes, porque los otros dos testamentos más viejos denotan de forma directa la

---

<sup>199</sup> LUCREZI, *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, cit., p. 55.

<sup>200</sup> DALLA / LAMBERTINI, *Istituzioni di Diritto romano*, cit., p. 460.

<sup>201</sup> TORRENT, *Derecho privado romano*, cit., p. 619.

prevalencia real de la sucesión intestada sobre la testamentaria.

Si el Derecho es, además, producto del tiempo en que nace y, en su caso, se aplica, no puede soslayarse entonces en el ámbito sucesorio todo el conjunto de circunstancias económicas, sociales, políticas y religiosas que lo impregnan. Traigo esto a colación porque en el ámbito de las instituciones privadas antiguas no siempre se toma en consideración la férrea separación de clases que existió en la Roma primitiva, de la que derivaban repercusiones que afectaban a la tenencia o ejercicio de ciertos derechos, en la práctica de determinadas relaciones jurídicas. La capacidad económica de los individuos determinaba, como lo hace hoy en día también, el interés o, simplemente, la oportunidad de practicar ciertos negocios y relaciones. En este sentido, el pobre desarrollo de la forma testamentaria en la Ley de las XII Tablas y en la praxis evidencia la escasa importancia que para el grueso de la sociedad romana tenía este acto en ese tiempo. Si damos crédito a los relatos tradicionales que describen una sociedad, la romana, formada por unas pocas familias que están en posesión de tierras y practican una economía agrícola y ganadera en régimen familiar –en realidad, ése es el panorama económico que retratan las XII Tablas: una sociedad agraria en la que no abundan las actividades mercantiles<sup>202</sup>–, junto con

---

<sup>202</sup> Vid. DUPLÁ, *La República romana arcaica*, cit., pp. 90 y 91.

una mayoría popular que no dispone de tantos recursos y que a la explotación agropecuaria, muchas veces como asalariados o *clientes* de los patricios, añaden el comercio y la artesanía como sus otros medios de vida, habría que preguntarse por el interés económico que tenían las sucesiones en general en esta época para una gran parte de la población. ¿Realmente tenía mucha importancia para un jornalero o artesano plebeyo otorgar testamento? Sabemos con toda seguridad que al final de la era monárquica ya había plebeyos ricos. Fueron precisamente éstos quienes lideraron los movimientos opositores a los patricios, probablemente por el rechazo y resistencia de estos últimos a aceptarlos en sus filas<sup>203</sup>, reivindicando la igualdad jurídica y política, así como otra serie de medidas de perfil económico que constituían en el fondo el principal anhelo de la anónima masa ciudadana; pero para ese grueso poblacional, negocios jurídicos como el testamento probablemente no significaran demasiado. Normas consuetudinarias y religiosas imponían la permanencia de los bienes en el núcleo familiar íntimo y durante mucho tiempo el único testamento que pudieron realizar los plebeyos, si damos crédito a su exclusión inicial de los comicios curiados, fue el *procinctu*. La permanencia de los herederos, cuando existían varios, en el disfrute común de los bienes familiares (*consortium*) se antojaba la

---

<sup>203</sup> DUPLÁ, *La República romana arcaica*, cit., p. 62.

fórmula más racional y natural para salvaguardar los intereses vitales y económicos de todos los miembros del grupo familiar. Para el patricio, el testamento y la *adrogatio* podían tener una mayor trascendencia como instrumentos de conservación de sus dignidades<sup>204</sup>, pero probablemente tampoco demasiada en una época como ésta en que las costumbres y la economía presentaban esos patrones.

---

<sup>204</sup> RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, cit., p. 53.