SOBRE LA NATURALEZA TESTADA O INTESTADA DE LA PRIMITIVA SUCESIÓN ROMANA.

*Prof. Dr. Alfonso Castro Sáenz.
Universidad Hispalense.*

1. Planteamiento. 2. Originalidad del sistema jurídico romano frente a otros derechos antiguos. 3. Posición del "filius familias" en vida del "pater". 3.1. Dualismo entre el derecho privado y el público. 3.2. Situación ante las instituciones jurídico-privadas. 3.3. Primera conclusión. 4. Análisis del derecho sucesorio en las XII Tablas. 4.1. Lo que sabemos. 4.2. Lo que propongo. 5. Conclusiones definitivas.

1. El objeto de este estudio es acercarse a la más probable naturaleza que pudo tener el fenómeno sucesorio en los primeros tiempos de la evolución jurídica, social y cultural de Roma¹. Conviene destacar precisamente esos dos elementos: la provisionalidad de las conclusiones que puedan derivarse del cotejo de los textos y de la interpretación de los mismos, de un lado, y la flexibilidad intrínseca que inevitablemente preside siempre el análisis de las circunstancias que entran en juego cuando se estudia una institución de larga historia en los primeros tiempos de su evolución, una institución, de otro lado, "esencial" como ésta, tan incardinada en la realidad más íntima del hombre.

La carencia de datos fidedignos y unívocos, por una parte, y la propia complejidad del fenómeno sucesorio en sí mismo considerado, por otra, explican la dificultad de encontrar una solución a esta cuestión; en ella todo es discutible, menos el rigor con el que se propone una interpretación y la

1. Entre la abundantísima bibliografía que la romanística ha consagrado a este tema cito a continuación, a modo introductorio, algunos estudios que me parecen especialmente relevantes: RIVIER, *Successions a cause de mort en Droit Romain* (Bruxelles, 1878); CARPENTIER, *Essai sur l'origine et l'entendu de la règle "nemo por parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, *NRH*, 10 (1886), pp. 449-474; FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* (Napoli, 1901-1902); LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio, Essays in Legal History* (1913), pp. 120-142; LEVY-BRÜHL, *La fonction du très ancien testament romain*, *NRH*, 45 (1921), pp. 634-669; MICHON, *La succession ab intestat d'après les XII Tables*, *NRH*, 45 (1921), pp. 119-164; BONFANTE, *Corso di Diritto romano, I. Diritto de famiglia* (1925, Milano, 1963), p. 7 y ss.; *idem*, *Corso, cit., VI: Le successioni, Parte generale* (1930, Milano, 1974), p. 71 y ss.; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze, 1930); RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes*, *ZSS*, 50 (1930), pp. 295-332; SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* (Napoli, 1932-1933); SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma, 1934); DAUBE, *Intestatus*, *RH*, 15 (1936), pp. 341-343; ROBBE, *Origine e concetto dell'eredità, Studi Cagliari*, 25 (1937), pp. 247 y ss.; AMBROSINO, "Successio in ius", "successio in locum", "successio", *SDHI*, 11 (1945), pp. 65-192; LEVY-BRÜHL, *Observations sur le régime successoral des XII Tables, Nouvelles Études sur le très ancien droit romain* (Paris, 1947), pp. 33-50; PEROZZI, *Problemi di origini, Scritti giuridici*, 3 (Milano, 1948), pp. 511-557; ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico, Annali Palermo*, 20 (1949), pp. 127-475; KASER, *Das altrömische "ius"* (Göttingen, 1949); BIONDI, *Obbietto dell'antica "hereditas"*, *IVRA*, 1 (1950), pp. 150-191; LEVY-BRÜHL, *Intestatus, Studi in memoria E. Albertario*, 1 (Milano, 1953), pp. 543-550; FRANCIOSI, *L'heres extraneus e le dodici Tavole*, *LABEO*, 10 (1964); VOCI, *Diritto ereditario romano. 1. Introduzione. Parte generale* (Milano, 1967), 2ª ed.; IGLESIAS, *La herencia en Derecho romano y en Derecho moderno, Estudios* (1968, Madrid, 1985), p. 253 y ss.; WATSON, *The Law of Succession in the Later Roman Republic* (Oxford, 1971); SOLAZZI, *Una data per la storia del testamento romano, Scritti di diritto romano*, 5 (Napoli, 1972), pp. 423-430.

relatividad con la que se rechaza otra. La doctrina romanística ha dedicado innumerables páginas desde los primeros tiempos a este interminable debate; éstas -lo sé, y no pretendo lo contrario- no acabarán con él, naturalmente; sólo pretendo aportar una visión que se fundamente, desde las pocas fuentes de que disponemos, en una hilación de conclusiones -más bien de «probabilidades»- sustentadas en el sentido común, en esa *ratio naturalis* de la que todos los hombres disponen y que caracteriza todo el derecho romano de principio a fin.

Entre toda esta inacabable suerte de aportaciones bibliográficas al tema, susceptibles por tanto de análisis que tengan en cuenta sus más delicados matices diferenciadores, pueden distinguirse dos grandes corrientes, casi opuestas en todo en lo principal de sus formulaciones: la de aquéllos que defienden la preferencia, ya desde los primeros tiempos, de la sucesión ordenada por testamento², y la de aquellos otros que propugnan la naturaleza intestada de la primitiva sucesión romana³. Aceptando la premisa de que muy poco es lo que podemos afirmar taxativamente y mucho el terreno abonado para las hipótesis, muchas de las elaboradas en el pasado tan sugerentes como escasamente fundamentadas⁴, intentaré atenerme, de un lado a lo seguro (que es muy poco), de otro lado a lo razonable. Desde esta doble perspectiva nada seguro absolutamente se opone a defender desde el principio de la evolución jurídica romana la preferencia, también jurídica (y es importante destacar este término), de la ordenación que para después de su muerte pudiera decidir hacer el *paterfamilias* de su propio patrimonio; nada razonable se opone tampoco a esta consideración; mucho, creo, es lo que se encuentra en su apoyo.

Pienso también que la forma más correcta de presentar cualquier aproximación a la primitiva naturaleza de las sucesiones romanas nace o ha de nacer de un doble punto de partida: la indiscutible originalidad del derecho sucesorio romano en el más amplio ámbito de los derechos de los distintos pueblos mediterráneos, y el propio estudio intrínseco de las sucesiones dentro del más vasto sistema jurídico, cultural, sociopolítico y económico de Roma.

2. Tesis mantenida fundamentalmente por BONFANTE, *Corso*, I, *cit.*, p. 7 y ss.; *idem*, *Corso*, VI, *cit.*, p. 77 y ss.; además, *idem*, *Scritti giuridici varii: Famiglia e Successione* (Nápoli, 1916), pp. 18-508; BIONDI, *Successione testamentaria. Donazioni* (Milano, 1943), pp. 6-7; BETTI, *Ancora in difesa della congettura dal Bonfante sulla familia romana arcaica*, *SDHI*, 18 (1952), pp. 241-248; en España, fundamentalmente, IGLIASIAS, *La herencia...*, *cit.*, p. 253 y ss.; *idem*, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado* (1958, Barcelona, 1993), 11ª ed., p. 524 y ss.

3. Entre otros, RIVIER, *op. cit.*, p. 137; CARPENTIER, *op. cit.*, p. 461; FILOMUSI GUELFU, v. *Successione*, *Digesto italiano*, XXII, 3ª (Torino, 1889-1897), p. VII y ss.; WESTRUP, *La succession primitive devant l'histoire comparative* (París, 1928), p. 32 y ss.; SEGRÉ, *Ricerca di diritto ereditario romano* (Roma, 1930), p. 5 y ss.; SCIALOJA, *op. cit.*, p. 29; DAUBE, *op. cit.*, p. 341 y ss.; VOCI, *Esame della tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, *Studi Arangio-Ruiz*, 1 (Milano, 1952), pp. 101-146, especialmente p. 134 y ss.; KASER, *Derecho romano privado* (Madrid, 1968, trad. Santa Cruz Teijeiro), p. 298 y ss.; en España, fundamentalmente, TORRENT, *Venditio hereditatis* (Salamanca, 1966), p. 51; VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), pp. 535-560, con exhaustiva bibliografía y un completo análisis de los diversos aspectos del problema; más recientemente, RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querela inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico* (Granada, 1998), p. 1 y ss.

4. Una de las más interesantes es la expuesta por WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbinsetzung. Ueber die Anfänge des römischen Testaments*, *Festschrift Siber*, 1 (Leipzig, 1941), pp. 3-57, en la que defiende que en un principio a la muerte del *pater* la familia se desmembraba, aunque pronto empezó a extenderse la práctica de establecer un *consortium*, muy parecido a la *haugemeinschaft* germánica, mantenido durante generaciones para no debilitar el patrimonio familiar, hasta que la dificultad de ocupar nuevas tierras, única solución del descontento que se independizaba, tras la época decenviral, propició la aparición de la *mancipatio familiae* para reunir el patrimonio en las manos únicas del más dotado de los hijos, nombrado heredero a tal efecto, reservando en legados a los restantes lo que el causante estimase oportuno. Reprocho a esta teoría precisamente el ser más sugerente que cierta, pues es difícil encontrar datos en las fuentes romanas que sustenten esta evolución tal y como ha sido descrita.

2. Hoy en día es absolutamente innegable la originalidad que el derecho romano manifestó desde los primeros tiempos de su evolución⁵. Muchos son los rasgos de auténtica peculiaridad que ofrece el ordenamiento que el pueblo romano se dio desde los más remotos tiempos y que lo individualizan ante los otros grandes derechos del entorno mediterráneo: el derecho hebraico, el egipcio, el babilónico y el helénico, que es con el que guarda más semejanzas, aunque quizás se ha exagerado su influencia sobre el romano⁶. Tal posible influencia encontraba ya un serio inconveniente en las propias circunstancias de orden geográfico; los datos sobre las inmigraciones mediterráneas compellan a sostener una más que segura improbabilidad de influencia de los derechos asirio-babilónico, egipcio y hebreo⁷. Incluso le ha sido negada la influencia en un sentido relevante al derecho helenístico a fines del siglo II a.C.⁸, siendo como es el más próximo en su configuración interna, en lo íntimo de sus propios mecanismos técnicos y, sobre todo, en el ámbito más genérico de la cultura que lo vio nacer⁹. Más que de influencia debe hablarse de simbiosis al analizar el *ius gentium*, derecho que debe calificarse de romano, pero que al estar fundado en la *fides* y no en las formalidades propias del viejo *ius civile* estaba abierto a los extranjeros, y por tanto sometido a la influencia de sus sistemas jurídicos¹⁰. En cualquier caso, si debe matizarse la influencia jurídica griega en los tiempos más adelantados, que fue no obstante gigantesca en otros muchos ámbitos de lo cultural, es evidente que resulta apenas perceptible en la época más antigua de Roma, que es la que me interesa estudiar aquí, pese a algunas referencias más o menos legendarias a ciertos influjos helenos en la misma configuración de las XII Tablas¹¹ y pese a lo que se ha sostenido por algunos¹². El derecho romano, para empezar, es de clara substancia personalista, mientras que en la amalgama cultural y jurídica del mundo helenístico no se pudo configurar un derecho personal¹³, aunque algunos datos superficial-

5. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, (1937, Napoli, 1983), p. 83 y ss.

6. Sobre este tema vid. para algunos ámbitos concretos MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen kaiserreichs* (Leipzig, 1891); WOLF, *Written and unwritten Marriages in Hellenistic and Postclassical Roman Law* (Haverford Pa, 1939); *idem*, *Hellenistisches Privatrecht*, ZSS, 90, pp. 63-90. Lo que en realidad influye en el derecho romano es la filosofía y retórica griegas; vid. en general SANTA CRUZ TEIJEIRO, *Influencia de algunas disciplinas no jurídicas en derecho romano*, AHDE, 27-28 (1957-1958), pp. 343-398.

7. VOLTERRA, *Diritto...*, *cit.*, p. 87.

8. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (München, 1934), p. 89 y ss.

9. Para los primeros contactos entre Roma y la cultura helenística, implantada desde antiguo en el sur de Italia y en Sicilia, vid., entre otros, PIGANIOL, *Essais sus les origines de Rome* (Paris, 1917); GRENIER, *El genio romano en la religión, en el pensamiento y en el arte* (Barcelona, 1927, trad. Deleito y Piñuela)

10. Principalmente a la influencia del derecho griego, pues con las ciudades helénicas, de próspero comercio y muy evolucionadas culturalmente, fue con las que las relaciones de toda índole, públicas y privadas, más, y más duraderamente, se produjeron, y las que de forma efectiva más pudieron influenciar en la configuración de esa especie de derecho internacional, común, que luego se dio en llamar derecho de gentes; para el concepto jurídico en las fuentes cfr. Cicerón, *de off.* 3, 17, 69 y Gai. 1, 1. Vid., entre otros, LOMBARDI, *Sul concetto di «ius gentium»* (Roma, 1947); FERNÁNDEZ-BARREIRO, *El «ius gentium» como expresión de identidad de la cultura romano-helenística, Derecho común y derechos nacionales en la cultura jurídica europea* (La Coruña, 1991), p. 22 y ss.; KASER, *«Ius gentium»* (Köln-Weimar-Wien, 1993); más específicamente sobre los principios fundamentales de este derecho vid. CREMADES, *El «officium» en el derecho privado romano* (León, 1988); CASTRESANA, *«Fides», «bona fides»; un concepto para la creación del derecho* (Madrid, 1991); NÖRR, *La «fides» en el derecho internacional romano* (Madrid, 1996, trad. Domingo).

11. Así GRENIER, *op. cit.*, pp. 67-72, especialmente 70-72, recoge diversos testimonios sobre la consideración de Numa como discípulo de Pitágoras, aun notando el anacronismo evidente, la inspiración de los decenviros en el modelo soloniano o el paralelismo entre el tribunado de la plebe romano y la más antigua magistratura siracusana de los demarcas. En tales referencias se extienden PAIS, *Storia di Roma* (Torino, 1898), I, p. 446 y ss.; *idem*, *Ancient Italy* (Chicago-London, 1908), pp. 260 y ss., 332; DE SANCTIS, *Storia dei Romani* (Torino, 1907-1923), II, pp. 42, 62. Una curiosa pervivencia a través de los siglos de la referida leyenda en la redacción de las XII Tablas se halla en nuestro clásico *Libro de buen Amor*, coplas 46-63, escrito por Juan Ruiz, Arcipreste de Hita, en el siglo XIV, donde se describe la «Disputación que los griegos e los romanos en uno ovieron».

12. GRENIER, *op. cit.*, p. 72 escribe con evidentísima exageración que «desde el siglo V, Roma parece acomodarse del todo a la escuela de los griegos. Cfr. VOLTERRA, *Diritto...*, *cit.*, pp. 3-81.

13. PRÉAUX, *El mundo helenístico. Grecia y Oriente (323-146 a. de C.)* (Barcelona, 1984, trad. Faci Lacasta), I, p. 366 y ss.

mente analizados pudieran hacerlo pensar en un análisis *a posteriori*¹⁴. Por otra parte, el propio contenido de las diversas instituciones comunes a estos pueblos mediterráneos refleja una gran originalidad en el ordenamiento civil romano, desde sus primeras y más arcaicas manifestaciones. Dentro del derecho de familia¹⁵ la adopción romana presenta notables diferencias, por ejemplo, con las existentes en los otros derechos; para empezar la figura típicamente romana de la *adrogatio* es por completo desconocida para el derecho babilónico y la propia figura genéricamente considerada de la adopción ofrece grandes diferencias de tratamiento respecto a los otros derechos¹⁶; el matrimonio romano, que para empezar es rigurosamente monogámico, entre otras cosas porque se reconoce la figura del divorcio en su sentido más puro, ofrece una textura desconocida para los otros derechos de la antigüedad, al fundamentarse en la *affectio maritalis*, entendida como un fundamento inexcusable del consorcio matrimonial y que debe mantenerse como forma de consentimiento perennemente emitido para que el vínculo conyugal no se rompa¹⁷. La *patria potestas*, institución esencial en derecho romano y absolutamente primordial en el de la época arcaica, es desconocida para los derechos babilonio y hebreo y muy diferente a la figura jurídica del padre en el derecho egipcio y heleno¹⁸; la propiedad, que, pese a las infinitas disquisiciones que su fundamento y naturaleza ha despertado¹⁹, recaía en la primera época y aún mucho después en el *paterfamilias*, aparece en otros derechos sometida a vinculaciones de tipo feudal, y cuanto menos colectivo²⁰, que distan mucho de configurarla jurídicamente como ese poder soberano sobre las cosas que quien encabeza el grupo familiar tiene en virtud de su *mancipium*. El mundo de las obligaciones, tan escasamente desarrollado en la compilación decenviral, contrasta con la exquisita variedad de tipos contractuales y financieros existentes en las muy avanzadas economías babilónica, egipcia y helénica²¹, lo que se hace especialmente notable en el caso paradigmático de la compraventa²².

14. Según BICKERMAN, *Beiträge zur antiken Urkundengeschichte, I, Archiv für Papyrusforschung*, VIII (1927), pp. 216-239 y WOLFF, *Plurality of Laws in Ptolemaic Egypt*, *RIDA*, 3, VII (1960), pp. 191-223, con la excepción de los habitantes de Alejandría, Naucratis y Ptolemaida, no existía la personalidad del derecho. Para PRÉAUX, *op. cit.*, p. 367, coincidiendo con los anteriores autores, la pluralidad de derechos no implica en modo alguno la personalidad del derecho, pues todos pueden ser invocados por cualquier ciudadano, cualquiera que sea su raza o cultura, y de ese modo los egipcios tendían a dirigirse con frecuencia a los tribunales griegos y a redactar sus documentos en demótico.

15. La familia romana constituye tal entramado de relaciones relevantes para el derecho que preña por completo todo el ordenamiento jurídico privado de Roma de una forma desconocida para los otros derechos del entorno mediterráneo, entendiéndose este entorno en sentido amplio; unas veces, porque la familia tiene un papel muy fuerte y endogámico, ahogando la autonomía incluso del propio cabeza de familia, como ocurre en los derechos hebreo o egipcio; otras, porque su tejido íntimo es más bien débil y su relevancia jurídica mucho más escasa, poco menos que importante sólo a efectos sucesorios, como ocurre con la familia griega; Dionisio de Halicarnaso (2,26) compara la *patria potestas* romana con su equivalente griega y destaca la endebles de ésta frente a la potencia desmesurada de aquélla. Vid. para la estructura familiar romana, KASER, *La famiglia romana arcaica, Conferenze romanistiche Università Trieste* (Milano, 1960), pp. 39-62, y las recientes FAYER, *La familia romana* (Roma, 1994), especialmente pp. 17 y ss., 123 y ss.; FRANCIOSI, *Famiglia e persona in Roma antica* (Torino, 1995), 3ª ed., pp. 7 y ss., 49 y ss.

16. VOLTERRA, *Diritto...*, *cit.*, p. 96 y ss.

17. *Ibidem*, p. 96 y ss. Vid. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano* (Roma, 1970).

18. VOLTERRA, *Diritto...*, *cit.*, p. 136 y ss.

19. Vid. BRASIELLO, s.v. «Proprietà (Diritto romano)», *NNDI* (1967), XIV, pp. 111-120.

20. VOLTERRA, *Diritto...*, *cit.*, p. 138 y ss. Vid., para comparar las instituciones romanas con sus paralelas en el derecho clásico griego, HARRISON, *The Law of Atenas. The family and the property* (Oxford, 1968); en concreto, sobre la potestad paterna en derecho griego, vid. p. 70 y ss.

21. Mientras que los derechos orientales más desarrollados conocen el concepto genérico de obligación, como ocurre con los modernos derechos occidentales, hijos del romano, el arcaico *ius civile legitimum* de Roma recoge tan sólo singulares formas de obligarse; en aquéllos se impone la libertad de las partes a la hora de encauzar, regidos por la voluntad individual, la forma que se estime más oportuna para establecer el vínculo contractual; en éste el primitivo vínculo obligatorio nace de la cerrada forma promisorias de la *stipulatio*, o de la entrega que se quiere no como modo simplemente de transmisión posesoria, o en su caso del título mismo de propiedad, sino como fundamento de la «obligación» de retransmitir en una ulterior entrega; fundamentada en la voluntad de las partes, en el derecho babilonio los contratos suelen hacerse por escrito; basada en la oralidad de la estipulación o en la simplicidad de la *datio*, la más antigua obligación romana es oral.

22. VOLTERRA, *Diritto...*, *cit.*, pp. 146 y ss., especialmente 150 y ss. La compraventa romana, que en un principio no fue sino de naturaleza real (dos entregas simultáneas de precio por cosa), fue configurada con

Finalmente, dentro de esta indudable especificidad del derecho romano frente al resto de los grandes derechos de la antigüedad, evidente en todo tipo de instituciones y ámbitos jurídicos, es ineludible, y no sólo para el objeto particular de este trabajo, la referencia detenida al que es, sin duda, el más singular y duradero invento debido al genio jurídico romano, y más específicamente al derecho quirritario: me refiero naturalmente al testamento, negocio jurídico que, no sólo puede calificarse de primero en el tiempo entre los elaborados por la mente jurídica romana²³, sino como broche de oro de la originalidad romana en la creación del derecho, al ser substancialmente desconocido fuera de la órbita del derecho de Roma por cualquier otro pueblo de la antigüedad²⁴. Las diferencias son notables: en primer lugar, se desconoce en Roma la institución de la primogenitura, esencial en otras culturas, sirviendo el testamento precisamente de sustituto jurídico de aquélla²⁵; asimismo, no se produce la concurrencia entre sucesión testamentaria y legal²⁶, ni la adopción se utiliza con fines testamentarios, pues, justamente al contrario, se incluyen auténticas adopciones en las disposiciones testamentarias si lo desea el causante²⁷; la sucesión romana se fundamenta en el testamento, aunque la doctrina se escinda a la hora de calificar el alcance de este principio²⁸, mientras que la de los otros pueblos es básicamente legal²⁹. El testamento, como forma de ordenar la propia sucesión, es completamente desconocido en el derecho babilonio, donde sólo se conoce la disposición de los bienes en acto *inter vivos*, entre ellos y emblemáticamente la adopción con fines directa o indirectamente sucesorios: puede realizarse, bien confiriendo a una persona el título de heredero adjuntando el listado de bienes objeto de la transmisión, bien transmitiendo el disponente en vida sus bienes al instituido, comprometiéndose éste a abonar una renta anual³⁰; en derecho hebreo, amén de la bíblica confirmación de la institución de la primogenitura, se excluye expresamente en el Talmud la posibilidad de instituir herederos fuera del elenco recogido por la ley³¹; el derecho egipcio antiguo, a su vez, no

el tiempo por la actividad del pretor como un contrato consensual, categoría al parecer desconocida en los derechos orientales. Vid. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (Padova, 1934), p. 71 y ss.

23. VOLTERRA, *Diritto...*, cit., p. 155.

24. BONFANTE, *Corso*, VI, cit., *passim*; vid. también sobre todo, entre otros estudios donde destaca esta originalidad, *idem*, *Le affinità giuridiche greche e romane. Testamento romano e testamento greco*, *Scritti giuridici vari*, I (Roma, 1918); VOLTERRA, *Diritto...*, cit., p. 155, extiende esta reflexión de Bonfante a una comparación con los derechos babilonio, hebreo y egipcio, donde, como en el griego, tampoco halla rastro del instituto jurídico del *testamentum*.

25. BONFANTE, *Scritti*, I, cit., p. 334 y ss.

26. La regla esencialísima en derecho romano, ya en los primeros tiempos, de «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*» es exclusivamente romana; vid. VOLTERRA, *Diritto...*, cit., p. 156.

27. COSTA, *Storia*, cit., p. 66, n. 2, describe, a mi entender adecuadamente, que la llamada *adoptio* en la *heredis institutio* con la condición de asumir el nombre del testador y ésta son dos cosas claramente diferenciadas; bien distinto es la situación jurídica amparada por el código de Hammurabi, donde la adopción queda configurada como uno de los medios de transmitir los bienes propios, con una clara especificidad de acto *inter vivos* que lo diferencia del acto dispositivo testamentario romano: si el adoptante pretende renegar posteriormente del adoptado, viene obligado a reservar una parte de sus propios bienes.

28. Vid. VARELA, *op. cit.*, pp. 535-554, para un repaso riguroso de los distintos posicionamientos más significativos del problema.

29. Los vínculos en la sucesión *ab intestato* son en Roma de índole agnaticia, hasta la época bien avanzada en que el pretor comienza a complementarlos con la introducción progresiva de la cognación. Esto también contrasta con el sistema babilónico fundamentado exclusivamente en los vínculos de consanguinidad, como ocurre en la ley mosaica, modificada ligeramente por el Talmud, pero en el mismo sentido, o en el antiguo derecho egipcio; en el derecho greco-egipcio se establece un sistema de grados que se aparta del parentesco agnaticio-cognaticio del esquema romano, para dar entrada en la sucesión como herederos próximos a los descendientes sin distinción de sexo, con una porción superior reservada al primogénito, y un orden que en ausencia de descendientes llama a heredar a los ascendientes y a los hermanos. Vid. VOLTERRA, *Diritto...*, cit., pp. 164-168; más específicamente ARANGIO-RUIZ, *Oservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri*, *Studi Economico-Giuridici della R. Univ. di Cagliari*, V (1913).

30. VOLTERRA, *Diritto...*, cit., pp. 157-158; cfr. MILES, *Some Remarks on the Origins of testacy, with some References to the Old-Babylonian Laws*, *RIDA*, 1 (1954), pp. 119-124.

31. VOLTERRA, *Diritto...*, cit., p. 159; se refiere impropriadamente a la sucesión ordenada por ley en el derecho hebraico como sucesión *ab intestato*; mal puede ser calificada de intestada la sucesión legal en un ordenamiento que no conoce la testamentaria. Vid. PIRENNE, *Les institutions du peuple hébreu*, *RIDA*, 1 (1954), pp. 196-255.

concibe el testamento como figura autónoma, tratándose en realidad de una donación *mortis causa*, en la que se crea un derecho para los legatarios, pero no un fenómeno de sucesión ejecutado, desde su voluntad, por la muerte misma del causante³², entre otras cosas porque el padre es administrador y no soberano de los bienes de que dispone. Tampoco el derecho griego conoce una figura comparable a la del *testamentum* romano, como documento albergador de un heredero en el sentido del derecho de Roma, tratándose más bien de adopciones con propósito o alcance testamentario, en las que el disponente ordena sus propios bienes como precaución con vistas a su propia muerte³³, integrándose este expediente en un derecho sucesorio exclusivo de los descendientes, complementado con la llamada legal de los colaterales si no hay hijos propios o adoptados y con la posibilidad, progresivamente aumentada, de actos de última voluntad, sin excesivas formalidades, en los que se facultaba al titular para disponer de bienes concretos³⁴.

Como se ve, el testamento, innovación absoluta introducida por el derecho romano, supone la prueba concreta más evidente de la originalidad, genéricamente defendida ya por todos, del derecho elaborado por los quirites y que alcanza su definitiva plasmación en la ley de las XII Tablas. Interesa ahora evaluar, con los datos de que disponemos y analizando los inmensos vacíos que su escasez provoca, el papel que ese originalísimo negocio jurídico desempeña en el sistema sucesorio de la Roma de los primeros tiempos. ¿Nos encontramos ante un mecanismo que, por derivar de la esencia misma de la intransferible creatividad romana, tiene reservado un papel principalísimo, dentro de las coordenadas sociales de la época? ¿O, por el contrario, pese a esta naturaleza íntima y paradigmática del negocio testamentario, su posición en el fenómeno sucesorio es secundaria frente al orden establecido legalmente, precisamente por esos condicionantes sociales, económicos e históricos, antes aludidos?

3. Dos son los elementos de índole personal que juegan en el ámbito sucesorio: el causante y el heredero³⁵. El primero de ellos es necesariamente un *paterfamilias*³⁶; el segundo, en las circuns-

32. ARANGIO-RUIZ, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizi* (Napoli, 1906), p. 4 y ss. Cfr. PIRENNE & STRACMANS, *Le testament à l'époque de l'Ancien Empire Egyptien*, *RIDA*, 1 (1954), pp. 49-72.

33. Son curiosas las referencias que realiza GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire* (1910, London, 1949), IV, p. 423, en las que califica el testamento como uso o abuso del derecho de propiedad, introducido en Atenas por las leyes de Solón y en Roma por las XII Tablas; en n. 3 se apresura, no obstante, a matizar su apreciación, calificando los ejemplos anteriores a los romanos como testamentos quizás fabulosos, pues en Atenas un padre sin hijos no podía hacer sino un único legado; cfr. Plutarchus, *Solon*, I, 164. En cualquier caso, su visión sobre la sucesión testamentaria es que era excepcional entre los primeros romanos.

34. Progresivamente estos actos de última voluntad fueron convirtiéndose en auténticos legados, y en una evolución posterior de la figura en actos más complejos en los que se confirmaba la vocación hereditaria de los hijos, pudiéndoseles imponer la limitación, en forma de legados en favor de extraños, que el padre estimase oportuna. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano* (Napoli, 1968), 14ª ed., p. 508 y ss., analiza los principios fundamentales de la sucesión griega, y basándose en las semejanzas entre la cultura helena y la romana postula una evolución similar a la expuesta para el derecho romano. No me parece que esas semejanzas generales, que tampoco, por otra parte, pueden hacer olvidar diferencias sensibles entre ambos pueblos, basten para sostener, en afirmación que no deja de ser una hipótesis más o menos hábil pero en absoluto indiscutible, que las sucesiones romanas evolucionasen también desde una cerrada sistemática legal, que no conocía el testamento, hasta la aparición del negocio testamentario en virtud de la progresiva ampliación del radio de acción de las disposiciones a título particular. Entre otras cosas, porque los griegos no llegaron a elaborar en el curso de esa evolución la forma testamentaria, mientras que el ordenamiento jurídico romano la conoció desde el principio, en su forma comicial, y de hecho aparece ya configurada en la precoz regulación de las XII Tablas. Vid. también *idem*, *La genti e la città*, *Scritti di Diritto Romano*, 2 (Milano, 1974), pp. 519-587.

35. Vid. sobre esto, principalmente, MURGA, *Donaciones y testamentos «in bonum animae»* (Pamplona, 1968), p. 331 y ss.; por mi parte, he consagrado atención a este tema en CASTRO, *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, IV & 1, en vías de publicación, y en *idem*, *Los elementos personales y materiales en la yacencia hereditaria según los textos de Paulo*, *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité* (Reggio Calabria, 1998), volumen conjunto de Rubettino Editore con motivo de la LI Sesión de la SIHDA (Crotona-Messina, septiembre de 1997), *passim*.

36. Se reconoce, no obstante, a la mujer *sui iuris*, que naturalmente no puede desempeñar la *patria*

tancias sociales de la Roma arcaica, casi siempre uno de sus *filiifamilias*³⁷. Si el padre carecía de *fili*, podía acudir al expediente de la adopción; en realidad, para muchos autores, *adrogatio*³⁸ y *testamentum calatis comitiis*³⁹ están íntimamente relacionados. Mi opinión en este punto es que ambos mecanismos, la arrogación por un *paterfamilias* de otro, necesariamente realizada ante el pueblo convocado por curias, y el llamado testamento comicial, que es la forma más antigua de testar que conocemos, son expedientes muy próximos en su tejido y funcionamiento internos, pero a la postre diferentes⁴⁰, y no, como se ha afirmado, instituciones inextricablemente unidas⁴¹, o incluso una sola institución, que sería la *adrogatio*, como también se ha dicho⁴². Simplemente se llevan a cabo ante idéntica asamblea

potestas, la facultad de disponer de sus bienes testamentariamente, con el simple plus de la *auctoritas tutoris*. El hecho de que en principio la mujer no tuviese acceso a los comicios curiados de ninguna manera se lo impedía, porque hay que empezar a comprender que, en primer lugar, en virtud de la *interpretatio* jurisprudencial, el *testamentum calatis comitiis* dejó de ser la única forma de testar: sirviéndose del precepto de las Tablas (VI, 1) que dice «*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*», se convirtió la *mancipatio familiae* en la nueva forma testamentaria *per aes et libram*, en la que el heredero, en este acto que formalmente no deja de ser una *mancipatio*, es el que figura en la *nuncupatio* adjunta; en segundo lugar, por otra parte, se hace difícil precisar la posibilidad de testar de la mujer en esta época primera donde el poder se acumula en la figura, necesariamente masculina, del *paterfamilias*; ¿acudía la mujer a los comicios curiados acompañada de su tutor, cuando se disponía a testar?, ¿acudía sólo éste para formalizar ante las curias la voluntad manifestada por su pupila *sui iuris*?, ¿es seguro que la mujer podía testar en esta época en que hacerlo es esencialmente sancionar al sucesor en la dirección de la familia, no habiéndose impuesto todavía la visión fundamentalmente patrimonial del testamento? El legendario testamento de A. Laurentia no puede desde luego darse por cierto. VARELA, *op. cit.*, p. 556, utiliza el hecho de que la mujer podía testar y sin embargo no acudir a los comicios, única forma en tiempo de paz de hacer testamento en la época más antigua, como un argumento más para defender la escasa viabilidad de la sucesión testamentaria para esta primera época, pero, como se ve, por las precisiones antes mencionadas, no parece que se pueda sostener con firmeza. Analicé todas estas cuestiones más detenidamente en CASTRO, *Sucesión testamentaria, I Seminario de Derecho Romano de la Universidad Pablo de Olavide* (Sevilla, enero de 1998). Resulta imprescindible acudir, en otra línea, a las apreciaciones de VOLTERRA, *Sulla capacità delle donne a far testamento*, *BIDR*, 48 (1941), p. 74 y ss.

37. Con la evolución del testamento, y de la propia sociedad que lo albergaba, comenzaron a darse situaciones testamentarias en las que se llamaba a suceder por testamento a un *extraneus*, pero esto fue aproximadamente a partir del siglo IV al III a. C., con la primera gran revolución que afectó a la institución testamentaria; en esta época primera resulta socialmente inconcebible.

38. Cfr. Gell. 5, 19, 5-6-7-8-9-10. Gai. 1, 99-100-101-102; 3, 83; Ulp. 8, 3-4-5-6.

39. Cfr. Gell. 15, 27, 3; Gai. 2, 101-103; Ulp. 20, 2. Los *comitia curiata* se reunían dos veces al año, el 24 de marzo y el 24 de mayo, y no creo que se pueda sostener, que era un plazo excesivamente breve para que el ciudadano pudiese emitir testamentariamente su voluntad respecto a la sucesión, pues hay que tener en cuenta las especiales circunstancias sociales y políticas de aquella Roma, no muy poblada, fuertemente jerarquizada en torno a los *patresfamilias*, y en la que el testamento de uno de ellos era un acto de tan gran relevancia que quien quisiera realizarlo tenía tan sólo dos oportunidades a lo largo del año, y en fechas tan señaladas, para hacerlo, abriéndose, además, en caso de no producirse, la sucesión *ab intestato* prevista por la ley en función de los principios bien vistos socialmente, con lo cual no existía problema alguno, en la conciencia social, de que tan sólo se pudiese testar en dos momentos muy concretos del año. Cfr. VARELA, *op. cit.*, p. 550, en la opinión opuesta.

40. Coincido con la apreciación, por tanto, de D'ORS, *Derecho privado romano* (Pamplona, 1989), 7ª ed., p. 329, que destaca la similitud entre dos figuras que son distintas. En la dirección que me parece más acertada de considerar ambas figuras jurídicas como diferentes inciden BONFANTE, *Corso*, I, *cit.*, p. 20; FRANCIOSI, *L'heres...*, *cit.*, p. 353; DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho Romano* (Madrid, 1954), p. 166; AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, I (Torino, 1966), pp. 5 y 29; IGLESIAS, *Derecho romano*, *cit.*, pp. 592-593.

41. Vid. en este sentido PEROZZI, *Istituzioni di diritto Romano*, II (Milano, 1949), p. 454; JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* (Madrid, 1965, trad. Prieto Castro), p. 438; COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, *Scritti di Diritto Romano*, 5 (Napoli, 1972), p. 645, todos los cuales ven en este tipo de testamento una *adrogatio* testamentaria; cfr. WESTRUP, *op. cit.*, p. 32; KASER, *Derecho Privado*, *cit.*, p. 281, que consideran como derivación de la *adrogatio* el testamento comicial.

42. SEGRÉ, *op. cit.*, p. 40; ARANGIO-RUIZ, *La genti*, *cit.*, p. 577; TORRENT, *Venditio*, *cit.*, p. 47; *idem*, *La «adrogatio» en el sistema de las sucesiones universales «inter vivos»*, *RIDA*, 14 (1967), p. 448; GUARINO, *Diritto Privato Romano* (Napoli, 1970), 4ª ed., p. 445, n. 45; por su parte, PAOLI, *Le testament «calatis comitiis» et l'adrogation d'Octave*, *Studi Betti*, 3 (Milano, 1962), p. 527 y ss., considera que el testamento comicial y la adrogación son las dos fases de un mismo acto jurídico unitario.

popular, la más antigua forma comicial que tuvo Roma, porque se consideraban asuntos de relevancia social suficiente como para que el pueblo reunido conociese de los mismos y con su presencia formalizase el hecho jurídico: dos actos socialmente trascendentes, pues, éste de que la *civitas* perdiese a una de sus familias⁴³, fortaleciendo con su incorporación a otra, aquél de que un *paterfamilias* fuese a manifestar su decisión respecto a la sucesión en el grupo familiar. En realidad, la *adrogatio* supone un presupuesto básico, llegado el caso, para que se pueda testar, pero de ningún modo ambos actos jurídicos pueden confundirse, ni se puede decir que si el arrogado era necesariamente convertido en sucesor del arrogante, en igual necesidad se hallarían los otros hijos del *paterfamilias*, con lo cual se haría superflua la necesidad del testamento⁴⁴; en mi opinión, el nuevo *filius* se equipara a los demás que no lo son en virtud de la arrogación, pero esto no cierra la posibilidad de que el padre civil decida realizar un testamento en el que elija al más dotado de sus hijos, porque el hecho de que se exija para arrogar no tener hijos ni estar en condiciones de tenerlos en el presente no impide al arrogante tenerlos en el futuro⁴⁵; tampoco impide de modo alguno al *pater* que, aun no volviendo a tener ningún otro hijo, sancione en el formalísimo testamento comicial, con la fuerza del prestigio social inmanente a él, a un hijo que, en cualquier caso, le sucederá si no testa, pero en virtud en sentido estricto de la sucesión legal *ab intestato*, y no de la *adrogatio*; ésta lo convierte en hijo del *paterfamilias* arrogante, pero es la sucesión, testamentaria si hay testamento, por ley si no lo hay, la que lo convierte en sucesor jurídico. Por otra parte, el hecho de que las mujeres no puedan ser arrogadas no se debe a que no puedan acudir a los comicios⁴⁶, punto en el que se asemeja al testamento comicial, aparentemente vedado por idéntica causa a las mujeres⁴⁷; en realidad, la mujer testaría o no en esta época arcaica sin que el hecho de que comúnmente no pueda acudir a los comicios influya para nada, porque el testamento no es un acto común, sino de extrema relevancia para la comunidad; del mismo modo, no puede ser arrogada no por esta razón tan superficial, sino por el hecho mucho más importante de que siempre son *filiaefamilias*, aun cuando su padre muera, y tales personas no pueden en puridad ser arrogadas, sino a lo sumo adoptadas⁴⁸.

En caso de guerra, el *pater* podía testar *in procinctu*, esto es, ante el ejército reunido antes de entrar en batalla⁴⁹, clase de testamento que evidencia a mi juicio la enorme relevancia que este negocio jurídico tenía ya en la mentalidad del antiguo hombre romano; antes de luchar, y quizás morir, el *paterfamilias* que lo considerase oportuno podía, ante sus propios compañeros, manifestar su última voluntad, una voluntad ésta que informa el acto testamentario tan preciosa para la mentalidad arcaica del hombre de la Roma más antigua como el cauce a través del que se substancia.

3.1. Pero la situación, apenas enhebrada, del destinatario natural de la disposición testamentaria, el *filiusfamilias*, presenta en el primitivo ordenamiento romano una sorprendente dualidad: notoria incapacidad del *filius* en el terreno privado, capacidad plena para el derecho público. Interesa

43. FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua* (Barcelona, 1984, trad. Yvars), p. 77, escribió, ya en 1868, que «una familia que se extingue es un culto que muere», lo que explica reveladoramente buena parte de la trascendencia que subyacía en el hecho concreto de la *adrogatio*, haciendo necesaria la convocatoria del pueblo todo, de los hombres en edad, para presenciar hecho tan relevante para la vida de la comunidad. También aquí es donde reposa parte de su parecido con el *testamentum calatis comitiis*: la importancia que para la sociedad, desde todos los puntos de vista (religioso, económico, social, jurídico), tienen ambos actos.

44. VARELA, *op. cit.*, p. 550. En realidad, nos encontramos con la situación inversa: la *adrogatio* supone una auténtica sucesión *inter vivos* del arrogado por el arrogante, al hacerse éste con todo su patrimonio, con la familia toda, cuya potestad acaba de entregar el *adrogatus* a quien lo acoge ahora en su grupo familiar.

45. Son requisitos, además, de exigencia segura en época más reciente.

46. Cfr. Gell. 5,19,10, donde se afirma impropriadamente tal cosa. No es necesario acudir a la explicación de SOLAZZI, *Appunti gaiani*, *RIL*, 74 (1940-1941) de que la porción «*id magis placuit*» en Gai. 1,101 es fruto de un glosema. Aulio Gelio se confunde, porque sus conocimientos de derecho le traicionan al remontarse a época tan antigua; en cuanto a Gayo, sabe lo que dice, pero no dice siempre todo lo que sabe.

47. Vid. *supra* n. 36.

48. Si la mujer se halla sometida no a la *potestas* de otro, sino a la *tutela*, su situación se asemeja a la de los impúberos, que tampoco pueden ser arrogados, porque su tutor no está facultado para permitir que se conviertan en *alieni iuris*; vid. Gell. 5, 19, 10.

49. Gai. 2, 101.

contemplar detenidamente esta aparente contradicción, para mejor comprender la situación verdadera de ese individuo *alieni iuris*, que para un importante sector doctrinal⁵⁰ tiene derecho directo como *suus heres* a suceder directamente al causante, sin que éste pueda disponer testamentariamente más que en caso de ausencia de *sui*.

Mientras que en el ámbito del derecho privado es necesario ser libre, ciudadano romano y *sui iuris* para tener plena capacidad jurídica, necesitándose como complemento de ejercicio la capacidad de obrar⁵¹, en el plano de los derechos públicos basta con los dos primeros requisitos, de modo que por el hecho de ser ciudadano el individuo tiene el *ius suffragii* y el *ius honorum*, así como el derecho a servir en las legiones, con independencia de una posible situación familiar de subordinación a potestad ajena⁵², pudiéndose producir casos realmente curiosos en virtud de esa dualidad jurídica⁵³, en los que el hijo, desempeñando la función de *iudex* en un proceso privado, pueda ejercerla incluso ante su propio padre⁵⁴. De esta forma, un hijo de familia puede ocupar un importante puesto en la vida pública de la *civitas* y no poder adquirir algo para él, porque carece de patrimonio propio; puede también ser magistrado y experimentar en su vida privada las inclemencias de una *potestas* que se desencadenará sobre él con toda la fuerza que el más antiguo derecho romano permite; puede sufrir incluso la intromisión de esa potestad paterna en el desarrollo de sus propias funciones públicas⁵⁵. Sin embargo, ese mismo individuo que, independientemente del posible desempeño de altos cargos, debe tolerar la acción a todas luces inabordable de ese poder social y jurídicamente reconocido al *paterfamilias*, para muchos es lo suficientemente importante como para limitar ese mismo poder de su padre a la hora de disponer *mortis causa* de su patrimonio.

3.2. Se impone, creo, no obstante, antes de emitir una primera conclusión al respecto, siquiera sea con carácter en principio provisional, evaluar la posición del *filiusfamilias* en los diversos ámbitos jurídicos en los que se desenvuelve la vida romana, en el propósito de desentrañar, hasta donde sea posible, la situación más probable con la que los *sui heredes* encaraban la sucesión del *paterfamilias* desaparecido.

Lo primero que hay que destacar es que en Roma la familia es la verdadera protagonista de la vida privada, en la que el poder público, como se ha visto, no se inmiscuye⁵⁶, y desde luego no en

50. Vid. *supra* n. 3.

51. Para testar se requiere la condición de *sui iuris* del causante y que éste no se halle imposibilitado por alguna de las causas modificativas de la capacidad de obrar: así, en realidad, sólo dispone de *testamenti factio activa* el *paterfamilias*, haciéndose con el tiempo excepción con el *servus publicus* (vid. Ulp. 20, 16) y el *filiusfamilias* (cfr. Ulp. 20, 10; I. J. 2, 12 pr.; D. 10, 2, 2; D. 14, 6, 2; D. 49, 17, 2) en el límite de sus peculios; de tal modo, el impúber *sui iuris* no puede otorgar testamento (vid. Ulp. 20, 22), ni el demente, salvo en sus intervalos lúcidos (cfr. Ulp. 20, 13; I. J. 2, 12, 1), ni el pródigo (cfr. Ulp. 20, 13; D. 50, 17, 40); tampoco pueden testar los sordos y los mudos, aunque la posterior introducción de las formas testamentarias escritas cambió esta inicial situación (vid. Ulp. 20, 13); sobre la *testamenti factio activa* de la mujer, vid. *supra* n. 36.

52. D. 1, 6, 9.

53. LATORRE, *Sobre la capacidad jurídica de derecho público del «filiusfamilias»*, *Estudios Álvarez Suárez* (Madrid, 1978), pp. 251-259, hace un análisis de esta situación y expone alguno de estos casos, expigando en las fuentes.

54. Cfr. D. 36, 1, 13, 5; D. 40, 2, 18 pr.; como se ve, el *filiusfamilias* no puede manumitir (incapacidad jurídico-privada), pero ante él como magistrado se puede realizar una *manumissio vindicta* (capacidad jurídico-pública).

55. LATORRE, *op. cit.*, pp. 252-253, nos recuerda el caso del famoso Flaminio, tribuno de la plebe, que murió combatiendo a Aníbal en Trasimeno, y a quien su padre sacó en una ocasión a la fuerza del concilio de la plebe.

56. Sólo veintiseis de las ochocientas *leges rogatae* producidas desde inicios de la República hasta el Principado, conciernen en alguna medida al derecho privado: en el cómputo total de leyes referidas a derecho privado cuatro inciden en materia de tutela, dos regulan sobre la dote, cinco son de contenido matrimonial, cinco hay sobre sucesiones, siete sobre los esclavos y la manumisión, dos referidas a la usucapción y cinco sobre materia procesal, aparte de las XII Tablas; vid. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* (1912, Hildesheim, 1962). En esta época inicial a la que me acerco en este trabajo, puede suponerse que la incidencia es mínima.

estos tiempos antiguos; lo segundo, que en ella el poder del *paterfamilias* es soberano⁵⁷, semejante al que detenta el magistrado en la vida pública sobre los ciudadanos⁵⁸. No creo que pueda negarse: es omnipotente, pero en su propia omnipotencia, en la esencia íntima de esa posición totalizadora en la que el *pater* de hoy supone un eslabón más en la inmensa cadena que es la familia romana en el tiempo, halla él los límites, morales, no jurídicos, de un poder que en su desenvolverse cotidiano es inatacable. Poder inatacable por el derecho de los hombres, que así lo reconoce; poder limitado por todo el complejo orbe de creencias religiosas, que desde lo más profundo del sustrato anímico y ético del hombre romano informa todas las esferas de su vida⁵⁹. Ese orbe, esa vida ultraterrena presente en todas las facetas de la vida, por cotidianas que sean, ese verse y volverse a ver en el espejo de las viejas costumbres de los antepasados, es lo que limita, lo que «humaniza» un poder en principio inabordable. ¿Supone un límite a la capacidad dispositiva del padre a través del testamento? Sin duda la respuesta es que sí en el plano moral, en una época en la que «hay más dioses que ciudadanos»⁶⁰ y el *pater* de la hora presente aspira a convertirse cuando muera en otra divinidad más para su familia, que quedará en vida para, entre otras cosas, cuidar de su tumba y de su culto. Pero ¿es una limitación en verdad jurídica que constriñe al padre, impidiéndole incluso testar en caso de que haya *sui heredes*, caso éste en que suceden ellos directamente por ley⁶¹? Creo sinceramente que esto no puede afirmarse, de entrada, sin muchas dudas. No hay duda, sin embargo, acerca de la posición que, con respecto al derecho privado, disfruta el hijo de familia frente a ese poder que lo apabulla, pero que, en la vida y en la muerte, se autolimita en razón de principios éticos: *fides*, *pietas*, *humanitas*, *reverentia*, *amicitia... officium*, cosas todas ellas que importan y mucho al hombre romano, también cuando es, y muy particularmente, *pater*. Sometidos absolutamente en la esfera familiar los *fili*, a sus padres, éstos, sobre el papel, pueden matarlos, exponerlos, venderlos, entregarlos en fin a la persona a la que hayan podido perjudicar; la terminología usada en las fuentes no puede ser más significativa: *ius vitae necisque*, *ius exponendi*, *ius vendendi*, *ius noxae dandi*, es decir, derechos que el Derecho reconoce al *pater* en cuanto tal y que sólo la conciencia del deber, el sentido comunitario de la familia y los propios sentimientos del hombre concreto pueden mitigar o, en su caso, desproporcionar; sólo mucho después la ley limitará, por excesivas, estas facultades⁶². El padre puede dar en matrimonio a sus *fili* y puede disolver después ese matrimonio⁶³; puede fijarles testamentariamente para cuando él falte un tutor⁶⁴ y puede nombrarles un heredero mediante la substitución pupilar⁶⁵. En materia procesal la incapacidad del hijo de familia es también notoria. Ritualización el proceso de las viejas y ancestrales rivalidades prehistóricas que desembocaban en enfrentamiento, en el puro derecho quirritario

57. BONFANTE, *Corso*, 1, *cit.*, p. 91 y ss.; SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (München, 1934), p. 113. Es hecho éste que por mucho que quiera matizarse, y debe, creo que jamás podrá negarse.

58. IGLESIAS, *Espíritu del derecho romano* (Madrid, 1980), p. 98.

59. Vid. recientemente, si se desea, CASTRO, *La herencia yacente*, *cit.*, I & 2-3, donde analizo estas cuestiones más profundamente. IGLESIAS, *Espíritu*, *cit.*, p. 98, llama «institucional» a este poder; cfr. Seneca, *Epist.*, 5, 47, 14; Gai. 1, 55-189; D. 50, 16, 195, 2. Sobre este sentido trascendente que informa la vida del hombre y de la familia de la Roma arcaica, vid. PERUZZI, *La famiglia* (Firenze, 1970), en la colección *Origini di Roma*; CHRISTIANSEN, *A history of Rome: From Town to Empire and from Empire to Town* (Roma, 1995); CORNELL, *The Beginnings of Rome* (Roma, 1995). GRENIER, *op. cit.*, p. 112, escribe: «Existen fuerzas en todas las cosas, y estas fuerzas no conocen otra ley sino su capricho o las limitaciones que le son impuestas por fuerzas superiores a ellas». La fuerza del *pater* es omnicompreensiva, omnipotente, casi omnimoda, pero sobre ella hay fuerzas no humanas que la cincelan y acomodan a lo justo, a lo bueno, a lo que hay que hacer como tal *pater*, a lo que todo el mundo espera y ha de encontrar en su comportamiento, que es a la vez poder y modelo.

60. FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 77.

61. Cfr. VARELA, *op. cit.*, p. 554, que estima que, para esta época primera, hay que preferir esta interpretación a la que defiende la plena libertad del causante para disponer de sus bienes incluso en presencia de *sui*, lo que sólo vale para épocas posteriores.

62. Cfr. C. Th. 5, 10, 1; C. Th. 9, 15, 1; D. 1, 16, 9, 3; D. 37, 12, 5; D. 43, 30, 1, 3; D. 43, 30, 3, 5; D. 48, 9, 5; C. 4, 43, 2; C. 9, 17, 1.

63. Antonino Pío y Marco Aurelio intervendrán para cercenar esta posibilidad; como ejemplo, vid. D. 43, 30, 1, 5.

64. Cfr. Gai. 1, 144-154.

65. Cfr. Gai. 2, 181-182-183; D. 28, 6, 1, 2; D. 28, 6, 4 pr; D. 28, 6, 10, 5; D. 28, 6, 10, 2; D. 28, 6, 10, 3; D. 28, 6, 14; D. 28, 6, 41, 2; D. 29, 2, 59, entre otros.

era más el grupo familiar que el individuo el que litigaba, y naturalmente el *paterfamilias*, como representante de la familia, era el capacitado para personarse ante el magistrado como actor o como reo; se abrió más fácilmente paso la posibilidad, no obstante, de que los *filiifamilias* interviniesen como parte pasiva en una controversia procesal⁶⁶, aunque es difícil saber cuando exactamente se produjo esta primera innovación; la existencia efectiva en toda la época arcaica de una institución como la *noxae deditio* invita a retrasar tal hecho; desde luego, para su intervención como demandantes hubo que esperar mucho más tiempo, concretamente a la elaboración pretoria de las acciones *in factum*⁶⁷, en una época enteramente más próxima.

En el ámbito ya de los derechos patrimoniales la situación de comparsa de los hijos de familia en la época primera es igualmente absoluta; ni siquiera poseen para sí mismos, porque se los considera incapaces en cuanto al *animus*, de modo que detentan la cosa para sus padres, pudiendo éstos adquirir la posesión de las cosas por medio de las personas sometidas a su potestad⁶⁸. El *dominium* les está absolutamente vedado⁶⁹, pues es éste una de las manifestaciones más emblemáticas de la suprema *potestas* que en el ámbito privado caracteriza la posición jurídica del *pater*; en el reducido abanico jurídico que las XII Tablas presentan de los derechos puramente patrimoniales, apenas si puede hablarse de algún otro tipo de derecho sobre cosa, al margen de una propiedad, ya desgajada del tronco nutricio del puro hecho posesorio: sólo las servidumbres de paso y de acueducto, constituidas voluntariamente entre los propietarios de fundos vecinos, y que como tales necesariamente han de ser *patresfamilias*, aparecen recogidas con cierto detalle; nada más⁷⁰. En el ámbito, apenas enhebrado, de las obligaciones la situación es similar: el *filius* se ata sí mismo pero no puede comprometer a su padre⁷¹. Entre hijo y padre no caben obligaciones, fuera de las naturales⁷², porque éste no tiene obligación jurídica alguna con respecto a aquél.

3.3. Siendo esto indiscutiblemente así en vida del *pater*, y de forma abultada en la época arcaica, ¿puede hablarse con propiedad de una obligación del padre, respaldada por la ley decenviral, en favor de los hijos (*sui heredes*⁷³ al abrirse la sucesión) sobre el patrimonio cuya titularidad ejerció de forma tan excluyente mientras vivió? Siendo la sucesión, por otra parte, mucho más que una continuidad en lo patrimonial, ¿cabe hablar de imposibilidad jurídica (que no sólo moral) del *pater* de nombrar sucesor entre sus hijos en una disposición testamentaria cuyo contenido esencial y distintivo⁷⁴ es precisamente la *heredis institutio*? Este *caput et fundamentum totius testamenti*⁷⁵ que es la institución de heredero, ¿sólo cabe en el no muy frecuente supuesto de sucesión sin *sui heredes*? Naturalmente eso parece descartar toda disposición menor que pueda hacerse testamentariamente en

66. Vid. D. 49, 7, 39. La dificultad para el cobro ejecutivo de la sentencia persistía, al carecer los *fili* de patrimonio propio, por lo que el pretor terminó por crear las *actiones adiectitiae qualitatis*, en las que se transponían los sujetos para que se pudiese dirigir el demandante efectivamente contra el padre; pero esto se produjo en época más adelantada a la que estoy tratando aquí.

67. MURGA, *Derecho romano clásico. II. El proceso* (Zaragoza, 1983), 2ª ed., p. 71 y ss.

68. Vid., entre otros, LAURIA, *Note sul possesso*, *Studi Solazzi* (Napoli, 1948), p. 783.

69. Vid. D. 41, 1, 10, 1.

70. ARANGIO-RUIZ, *Historia del derecho romano* (Madrid, 1980, trad. Pelsmaeker), 4ª ed., p. 84.

71. IGLESIAS, *Espíritu*, cit., p. 99. Cfr. D. 15, 1, 44; D. 46, 4, 8, 4. El *filiusfamilias* puede mejorar, pero no empeorar la condición de su *pater*: vid. D. 12, 2, 4; D. 50, 17, 133.

72. Cfr. Gai. 4, 78; D. 5, 1, 4; D. 12, 6, 6, 38; D. 12, 6, 64; D. 35, 1, 40; D. 46, 1, 56, 1; D. 47, 2, 16.

73. Integran esta categoría, primera en el orden decenviral *ab intestato*, junto a los *fili*, las *filiae*; los descendientes no sometidos a *potestas* ajena, debido a la muerte o emancipación del ascendiente intermedio; la *uxor in manu*, que está *loco filiae*; la *nurus in manu*, que sólo heredará si su marido, acacia la muerte del causante, no está bajo la potestad de éste; finalmente los póstumos. No obstante, sobre el alcance y significado del *suus heres* la doctrina dista de ser pacífica; cfr., por ejemplo, KIRK, *Suus heres*, *ZSS*, 58 (1938), p. 161 y ss.; CARCATERRA, *La successione intestata del adgnatus nella legge delle XII Tavole*, *Annali Bari*, 2 (1938), p. 296; LEVY-BRUHL, *Heres*, *RIDA*, 3 (1949), p. 136 y ss.

74. Desconocida en los negocios semejantes de los demás ordenamientos jurídicos es esta institución de heredero a la forma romana; vid. *supra* & 2; en derecho germánico, por ejemplo, sólo se concebía la sucesión sobre cosa singular; vid. SCIALOJA, *op. cit.*, p. 5, n. 1.

75. Gai. 2, 229; cfr. I. J. 2, 20, 34.

ese caso, porque sin institución hereditaria no hay testamento⁷⁶. Creo, en verdad, que tal aseveración es infravalorar la importancia de la creación jurídica que supuso el *testamentum* y el respeto absoluto que inspiró siempre a lo largo de la historia romana tal institución, que quizás como ninguna otra recoge en la propia esencia la entera substancia de todo el Derecho privado romano. Para Cicerón, el testamento es el acto más importante del *civis* romano, y es en la esfera privada lo que la *lex* en la pública⁷⁷; para Quintiliano el hecho de poder manifestar la última voluntad mediante el acto testamentario es, nada menos, que *solacium mortis*⁷⁸; para Plauto, por boca de uno de sus personajes, que insulta así a un enemigo, es cosa terrible decirle a alguien *intestatus vivito*⁷⁹; para Plinio, los testamentos son nada menos que espejos de las costumbres⁸⁰; para Petronio, en fin, el testamento es algo tan consubstancial a la esencia romana que jocosamente habla de uno en el que todos los que tengan asignados legados, para entrar en la posesión de lo que les deja, tendrán que partir el cadáver y comérselo⁸¹. ¿Es posible que algo tan consubstancial a la cultura jurídica romana como el *testamentum*, un acto jurídico tan trascendental como para realizarse en sus formas primitivas ante los comicios por curias o el ejército convocado antes de entrar en batalla, un hecho socialmente tan relevante según tantos testimonios de todo tipo en la época clásica, sea en la más antigua época completamente secundario en el sistema sucesorio romano? Antes de las XII Tablas todo es muy oscuro y resulta fácil conjeturar y casi imposible demostrar si la sucesión testamentaria surgió con preferencia a la intestada, aunque yo me atrevería a decir, ante el desarrollo inmediatamente posterior de la figura, que así fue; en la regulación de la ley decenviral, de la que se tienen algunos datos, se hace difícil imaginar que individuos por completo sometidos al *pater* en la vida de éste puedan limitar a su muerte una capacidad dispositiva que, activa con ésta, lógicamente habría de producirse en vida, una vida que en ningún otro ámbito del derecho privado, como se ha visto, admite limitación alguna en lo jurídico.

4. No obstante, a efectos de comprobar esta primera conclusión provisional, completándola, o bien para cambiarla si el análisis de los preceptos decenvirales así lo requiere, me consagraré en estas páginas finales a un breve análisis, desde la realidad conocida de las sucesiones en la época arcaica, tal y como nos las transmiten las fuentes.

4.1. ¿Qué sabemos con seguridad de la regulación que las Tablas hicieron del derecho sucesorio? En primer lugar, que existe el testamento, como forma de ordenar la propia sucesión. La Tabla V, 4, en la primera versión de ella que conocemos, dice⁸²:

«*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit agnatusproximus familiam habeto.
Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.*»

En una versión distinta, el texto es más reducido⁸³:

«*Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque.*»

La reducción no es, como se ve, precisamente baladí. Según el primer texto, en caso de sucesión sin testamento, suceden en primer lugar los *sui heredes*; en segundo lugar, si no hay *sui* alguno, los próximos agnados; finalmente, los gentiles. En la segunda versión, se excluye toda mención a la categoría de los *sui heredes*, por lo que no puede deducirse, como sí puede hacerse de la lectura del

76. BIONDI, *Successione*, cit., p. 20, escribe justamente «testamento senza *heredis institutio* era un non senso; far testamento e nominare alcuno *heres* era la stessa cosa».

77. Cicero, *Phil.*, 2, 41; cfr. Quintilianus, *Decl.*, 374.

78. Quintilianus, *Decl.*, 308.

79. Plautus, *Curculio*, 622.

80. Plinius, *Epist.*, 8, 18.

81. Petronius, *Satiricon*, 3, 141, 2, con la curiosa mención final de que se haga ante el pueblo, reflejo quizás del origen comicial del testamento.

82. Cfr. Ulp. 26, 1; *Collatio*, 26, 4, 1, 2.

83. Cfr. Cicero, *De inventione*, 2, 50, 158; *Rhetorica ad Herennium*, 1, 13, 23.

primer texto, que el causante pueda testar libremente y disponer de su sucesión habiendo algún *suus*; para algunos autores, que suelen entonces inclinarse por este segundo texto como el más fiel a la originaria redacción del precepto decenviral, de esta versión más corta se deduce que únicamente en caso de ausencia de *sui* podía el *paterfamilias* nombrar sucesor testamentariamente. No obstante, es bastante dudoso que sea esta segunda versión la más cercana al texto original, porque la observación de que la primera es obra de un jurista, pese a que se intente minusvalorar⁸⁴, sigue pesando bastante en mi opinión a la hora de decantarse por uno u otro como el más fiel a la redacción legal. El propio Ulpiano es muy claro en otro lugar al afirmar:

D. 38, 6, 1 pr. (Ulp. 44 ed.): ... *eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium aute de iudiciis testantium, dein sic de successione ab intestato loqui.*

Del citado texto, salvo que se quieran realizar interpretaciones enrevesadas, se deduce claramente que en la regulación decenviral de las sucesiones primero se hablaba de la ordenada testamentariamente por el causante y acto seguido de aquella otra en que por faltar testamento se acudía al orden legal; la propia calificación negativa de ésta como sucesión *ab intestato*⁸⁵ es indicativa, casi tanto como su situación postergada en la redacción de la Tabla V consagrada a las herencias, de su carácter secundario con respecto a la sucesión testamentaria, sin que parezca razonable estimar limitación jurídica alguna a la capacidad dispositiva del testador, pues los textos invitan, en su interpretación más natural, menos forzada, a creer que tal limitación nunca se formuló legal, jurídicamente. No es Ulpiano, por otro lado, el único jurista en mantener con relación a la ley decenviral una aseveración de interés para nosotros; en relación con el contenido del testamento se nos dice:

D. 50, 16, 120 (Pomp. 5 ad Q. Muc.): *Verbis legis duodecim tabularum his uti legassit suae rei, ita ius esto latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

Gai. 2, 224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus ergare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, quo cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: uti legassit suae rei, ita ius esto.*

En segundo lugar, sabemos que, abierta la sucesión *ab intestato*, se establecía el llamado *consortium inter fratres*, conocido con el oscuro nombre de *ercto non cito*⁸⁶, especie de copropiedad familiar y solidaria entre los sucesores, que no obstante no es muy seguro que se llevase a cabo siempre, y que además era perfectamente divisible, a petición de cualquier interesado, a través de la *actio familiae erciscundae*, en la que quien lo desease demandaba necesariamente a todos los demás miembros del consorcio, que quedaban pluralmente legitimados para intervenir en el juicio divisorio de la herencia común del *pater*, haciéndose la partición por estirpes.

En tercer lugar, la sucesión se realizaba en virtud de una serie de principios fijos: la herencia se divide *in capita*, entre los diferentes *sui*, con independencia de su grado, si están bajo la potestad del causante; premuerto un hijo, la división se hace por estirpes, recibiendo los nietos la cuota viril que le hubiese correspondido al padre⁸⁷; no habiendo *sui*, se llama a los *adgnati*, donde el próximo

84. VOICI, *Diritto ereditario*, cit., p. 3 y ss., analiza agudamente desde este texto y los que siguen la substancia de la sucesión arcaica; no me parece, sin embargo, que consiga probar, ni mucho menos, la naturaleza intestada de la misma.

85. DAUBE, *op. cit.*, p. 341 y ss., califica esta conclusión de paralogismo, porque no cree necesariamente que se pueda deducir nada de la expresión; en mi opinión, resulta, cuando menos, indicativa.

86. ARANGIO-RUIZ, *Historia*, cit., p. 83.

87. Cfr. Gai. 3, 7-8.

excluye de la sucesión al remoto, dividiéndose la herencia por cabezas si concurren varios del mismo grado⁸⁸; si no hay agnados, se llama a los gentiles⁸⁹.

En cuarto lugar, no rige la delación sucesiva de uno a otro orden (*successio ordinum*), de modo que, si habiendo un llamado en un orden, no entra en la herencia, ésta queda vacante y no es deferida al orden siguiente.

En quinto lugar, la mujer concurre en igualdad de condiciones que el hombre a la sucesión *ab intestato*, pero no puede decirse lo mismo de su capacidad testamentaria, que en esta época es muy dudosa⁹⁰, aunque no exactamente porque no pueda acudir a los comicios⁹¹, sino más bien por su no consideración de *paterfamilias* y la imposibilidad de tener *sui*, además de por la configuración no simplemente patrimonial, sino también política y religiosa, del testamento en esta época; intestada necesariamente, si excluimos la posibilidad de que pueda testar⁹², o intestada en concreto, si no la excluimos⁹³, le suceden sus agnados o sus gentiles. Muy bien pudiera decirse con Voci que la mujer a nivel sucesorio es igual que el hombre a la hora de recibir, pero no a la de dar⁹⁴.

En sexto lugar, en la Tabla VIII, 22 se establece como pena gravísima la pérdida del derecho a hacer testamento, indicativo de la enorme trascendencia social que se le daba al acto testamentario, lo que se conjuga mal con reducirlo a una mera disposición por parte del causante para el poco frecuente caso de que no tenga *sui heredes*.

4.2. ¿Qué propongo? Creo que para atisbar una solución a este controvertido problema de la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana sólo cabe acudir a lo seguro, y adobarlo con lo razonable. De este modo, en mi opinión, la situación sucesoria en la regulación decenviral romana, enmarcada en el más amplio ámbito de la familia vista por el *ius civile*, se estructuraría en virtud de lo siguiente:

- 1) la *patria potestas* es un fenómeno jurídico exclusivamente romano.
- 2) el testamento también y deriva de la anterior, indiscutiblemente.
- 3) la propiedad del mundo quiritarario es muy diferente a la de los distintos pueblos del entorno mediterráneo, y siendo el derecho por excelencia recae en Derecho romano única y exclusivamente en la figura del *pater*, por mucho que éste sea el que es por ser quien es en su grupo familiar.
- 4) se quiera o no, la transmisión de la propiedad es parte fundamental de la sucesión, y por supuesto de la testamentaria, aunque en esta época arcaica no sea el único elemento que integra la sucesión romana, testada o no.
- 5) no es demasiado lógico atribuirle a la evolución de la institución testamentaria, como hacen quienes defienden la naturaleza intestada de la sucesión primitiva en Roma, y dado lo substancialmente romano del *testamentum*, un desarrollo histórico tan accidentado⁹⁵: papel muy secundario en un *ius*

88. Vid. una matización interesante en Gai. 3, 13; cfr. Gai. 3, 12, sobre la imposibilidad de *successio graduum*.

89. Llamamiento que desaparece lógicamente en la época clásica; vid. Gai. 3, 17.

90. Vid. *supra* n. 36.

91. IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 506, n. 43, afirma que la causa de que las mujeres no pudieran ser arrojadas no era su incapacidad para acudir a los *comitia*, como aparece en Gell. 5, 19, 10, puesto que este impedimento hubiese podido ser salvado fácilmente: vid. *supra* n. 36. En mi opinión tal argumento es ampliable al caso de testamento comicial.

92. VOICI, *Diritto ereditario*, cit., p. 76.

93. IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., p. 619.

94. VOICI, *Diritto ereditario*, cit., p. 76.

95. Así lo considera también BIONDI, *Successione*, cit., p. 7.

civile que, no obstante, lo reviste de una gran relevancia jurídica y una no menor trascendencia social; situación absolutamente principal a partir del siglo III a. C., en el que se supone que se produjo una revolución poco menos que copernicana de la institución, con el reconocimiento de una enorme libertad de disposición al testador; nuevo retorcimiento en la esencia misma del negocio testamentario, con la introducción en el siglo final de la República de la sucesión legítima real por parte del pretor, limitando al testador nada menos que en la *quarta debita portionis*⁹⁶ que por ley hubiese debido corresponder a los descendientes, ascendientes, hermanos de doble vínculo o de padre, cualquiera de los cuales podía solicitar en el plazo de cinco años desde la aceptación de la herencia la *querela inofficiosi testamenti* y rescindir con ella el testamento declarado inoficioso.

6) el hecho de que el propio derecho civil, dentro de sus propias coordenadas esenciales, establezca explícitamente la limitación de la legítima formal al testador, muestra implícitamente que éste podía testar perfectamente en presencia de *sui heredes*, razón por la cual se toma la precaución, puramente formal, de obligarle a nombrarlos en el testamento, positivamente para instituirlos, negativamente para desheredarlos. Da igual que se quiera retrasar la aparición de este tipo de legítima dentro de la evolución del *ius civile* (opción, cuando menos, dudosa), porque en cualquier caso es indiscutible que responde a la propia substancia que lo informa. ¿Cómo se puede decir, por tanto, que en el ámbito del derecho civil el causante no puede hacer testamento en presencia de *sui heredes*, y que la sucesión testada es secundaria y no preferente con respecto a la intestada?

7) finalmente, la propia institución en época antigua de la *lucrativa usucapio pro herede* sólo es imaginable dentro de unas precisas coordenadas jurídicas, en las que el poder dispositivo del testador es jurídicamente omnímodo y sólo por vía de hecho puede desviarse una voluntad en sí misma inatacable por derecho; más aún, sólo siendo muy débil la posición del *heres* es concebible la existencia de una figura extraordinaria como ésta en la que, por motivos compensatorios dentro de la célula familiar, se perjudica al heredero en sus propios derechos sucesorios. ¿Cómo puede sostenerse que el *suus heres* en época arcaica es tan importante como para limitar el poder del *paterfamilias*, llegando incluso a impedirle disponer testamentariamente de sus propios bienes, y sin embargo ser al mismo tiempo su posición tan débil frente a cualquiera que despoje la herencia, pudiendo llegar a perderlo todo transcurrido un año de posesión ininterrumpida por el tercero? ¿No es más lógico que quien está “absolutamente” potenciado por la ley ante su propio *paterfamilias*, causante ahora de la sucesión, no quede “absolutamente” desprotegido ante un familiar de ulterior grado, postergado por ello en el llamamiento sucesorio, para quien está pensada específicamente esta modalidad extraordinaria de usucapión? Ciertamente, esta figura lucrativa y global de *usucapio* hereditaria encaja mucho más fácilmente en el seno de un derecho sucesorio donde la personalidad más relevante es la del testador, y en la que el heredero en modo alguno limita, en el plano jurídico (cosa distinta es en el moral), lo dispuesto por aquél.

5. Mi conclusión sobre el delicado tema objeto de este artículo es que se hace difícil imaginar que un negocio como el *testamentum*, tan esencial y distintivamente romano, tan cuidadosamente elaborado por el genio jurídico de Roma desde los primeros tiempos, tuviese un papel tan secundario como el que le reservan aquéllos que defienden la naturaleza legal de la primitiva sucesión romana. Creo que es más razonable considerar que tuvo precisamente la función primordial que las pocas fuentes referidas a esta época parecen depararle: el *paterfamilias* romano tenía plena libertad jurídica para disponer de su sucesión mediante el acto testamentario, un acto simple, solemnísimo y ritual, como la sociedad que lo cobijaba, perfectamente posible para la mentalidad y conocimientos jurídicos de la cultura romana en estos tiempos iniciales, y que se fue flexibilizando en su tejido íntimo y formal a medida que la sociedad romana lo fue haciendo; la limitación que sobre el *pater* pesaba no era, pues, jurídica, sino social, religiosa, ética, que, nutrida desde el propio ser de su poder de padre, no le permitiría ordenar su sucesión fuera de la familia. Una limitación humana tan fuerte como ésta no requiere de la suma de limitación jurídica alguna; sería superflua; el estudio de las fuentes y su incardinación dentro de las coordenadas de la Roma de los primeros tiempos así parecen indicarlo.

96. Cfr. I. J. 2, 18, 6; D. 5, 2, 8, 8.

No habiendo ordenación testamentaria sería frecuente establecer un consorcio para mantener intacto el poder familiar, pero en la época decenviral, primera en la que podemos hablar con seguridad, la existencia misma de la *actio familiae erciscundae* indica que el *consortium* tenía carácter voluntario: no existía en vida del *pater*, no tenía porqué existir muerto él. En verdad se me hace insólito pensar que un individuo de tal poder en vida resultase tan grandemente maniatado en el momento decisivo de decidir sobre su muerte, como tantos opinan, por el solo hecho de tener hijos, por la sola razón de no estar solo en el mundo. En realidad, el *testamentum* romano es para nosotros, estudiosos del derecho y la historia cultural romanas, un perfecto termómetro de la cultura y las esencias de Roma a través de los tiempos.