

APROXIMACIÓN A LA ESTRUCTURA DE LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN DERECHO ROMANO ARCAICO

EVA MARÍA POLO ARÉVALO

Universidad Miguel Hernández. Elche

I — ESTADO DE LA CUESTIÓN

La regulación jurídica de la sucesión *mortis causa* en época arcaica se encuentra recogida en dos fragmentos de la Ley de las XII Tablas en los que se prevé el destino que se debe dar al *ius familiae habentae* en caso de que un *paterfamilias intestato moritur y cui suus heres nec escit*:

Tab. 5, 4. — *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. 5. — *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* ⁽¹⁾.

La duplicidad de versiones que se conservan en las fuentes — una literaria y otra jurídica — ha originado que la reconstrucción de los fragmentos decemvirales no haya estado exenta de polémica. La versión jurídica se encuentra recogida en *Tit. Ulp.* 26, 1 y en *Coll.* 16, 4, 1-2:

Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habento. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.

⁽¹⁾ Seguimos la reconstrucción del texto de las XII Tablas que proponen E. VARELA, en *Textos de Derecho Romano*, Pamplona, 1998, 25 y C. RASCON-J. M. GARCIA, *Ley de las XII Tablas*, Madrid, 1996, 11. Vid. también S. RICOBBONO, *Fontes iuris Romani anteiustiniani. Pars prima: Leges*, Firenze,

En cuanto a la versión literaria, se conserva en *Rhet. ad Her.* 1, 13, 23 y *Cic., De invent.*, 2, 50, 148:

Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto.

De las dos dicciones, la versión jurídica es la que cuenta con mayor aceptación doctrinal ⁽²⁾, ya que la literaria no menciona al grupo de los *heredes sui*; engloba bajo una misma categoría a agnados y gentiles ⁽³⁾ empleando

1968, 38.

⁽²⁾ P. VOGLI, *Diritto ereditario romano, I. Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, 8 ss., y *Linee storiche del diritto ereditario romano, I. Dalle origini ai Severi*, en *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, 4 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali Palermo*, XX, 1949, 273 ss.; G. FRANCIOSI, *L"heres extraneus" e le dodici tavole*, en *LABEO*, X, 1964, 353; M. KASER, *Das römische Privatrecht, I, München*, 1971, 101; A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons an Property*, Princenton-London, 1975, 60 y 66; G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio, I. La struttura originaria del "gerere pro herede"*, Milano, 1987, 109 ss.; C. RASCON-J. M. GARCIA, *Ley de las XII Tablas, cit.*, 11; E. VARELA, en *Textos...*, *cit.*, p. 25.

⁽³⁾ La ausencia del inciso *cui suus heres nec escit* ha sido para los defensores de la versión literaria la crítica que con mayor interés se ha intentado rebatir. En este sentido, E. COSTA (*Cicerone giuriconsulto*, Roma, 1964, 213) justificó la ausencia del citado inciso señalando que en el caso que comentaba Cicerón no debía existir esta categoría hereditaria y por ello se hacía innecesaria su mención. Acogiendo este argumento, A. GUARINO (*La "lex XII Tabularum" e la "tutela"*, en *Le Origini Quiritarie*, Napoli, 1973, 243 ss.; *Recesione a Lepri, Ancora qualche parola a proposito di sui e di agnati*, en *SDHI*, X, 1944, 408 ss.; y *"Sui" e "agnati" nelle "XII Tavole"*, en *Le Origine Quiritarie*, Napoli, 1973, 134), ha puesto en duda incluso la originalidad del inciso, afirmando que éste no se encontraba en la ley de las XII Tablas. Siguen a GUARINO, entre otros autores, U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, en *IURA*, VII, 1956, 42 ss.; G. FRANCIOSI, *L"heres extraneus"...*, *cit.*, 354, n. 9; y O. DILIBERTO, voz *Successione legittima (diritto romano)*, en *Enc. Dir.*, XLIII, 1299. En esta misma línea, N. LEPRI (*Ancora qualche parola a proposito di sui e di agnati*, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 305) entiende que la expresión *sui heredes* en sentido técnico fue desconocida en tiempos de Cicerón, añadiendo B. ALBANESE (*La successione ereditaria...*, *cit.*, 273 ss.) que la incorporación del inciso se debió a la actividad interpretativa del colegio pontifical como consecuencia de la creación del grupo de los *sui heredes* (en el mismo sentido P. GIRARD, *Les lois des Romains*, Napoli, 1977, 35 ss.; O. KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte. Privatrecht*, II, Leipzig, 1901, 2880; A. KIRK, *Suus heres*, en *ZSS*, LVIII, 1938, 161; A. MAGDELAIN, *Les mots "legare" et "heres" dans la loi des XII Tables*, en *Homm. Schilling*, Paris, 1983, 673). Igualmente, H. LEVY-BRUHL (*Heres*, en *RIDA*, III, 1949, 150 ss. (= en *Melanges de Visscher*, II, 1949, 137 ss.)), propone la eliminación del

la expresión *adgnatum genitiliumque* y se refiere a la herencia con la expresión *familia pecuniaque* en lugar de *familia* ⁽⁴⁾, utilizada en la variante jurídica ⁽⁵⁾. Se debe tener en cuenta además que el fragmento de Ulpiano es un texto jurídico y que concuerda con el resto de fuentes que hacen referencia al precepto de las XII Tablas ⁽⁶⁾.

La preferencia por una u otra versión no es lo único que se encuentra en discusión en la doctrina; a excepción del estricto contenido de la norma, esto es, que en ausencia de testamento y *heredes sui*, la *familia* pasaba a los agnados y, a falta de éstos, a los gentiles, el resto de aspectos contenidos en la Tabla 5 se encuentran debatidos: el significado de *intestato*, *heres*, *suus* y *fami-*

inciso por superfluo ya que sólo sirve para explicar la expresión *si intestato moritur* que le precede; según el autor, *heres* va indisolublemente unido como adjetivo a *suus*, que es el sustantivo y, por ello, la norma decemviral debería haber establecido *cui suus non sit heres*. Sigue la opinión de LEVY-BRUHL, E. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, 553.

⁽⁴⁾ El término *familia* se emplea para indicar el patrimonio o parte del patrimonio de una persona, pero también, como se pone de manifiesto en D. 50, 16, 195, 1, existe en ésta época una equivalencia entre los términos *familia* y *hereditas*, porque ambos se utilizan para designar tanto los elementos personales como los patrimoniales que conformaban la *familia*; la *hereditas* es designada con la palabra *familia* o *familia pecuniaque*: D. 50, 16, 195, 1. — (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum). — “*Familiae*” *appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas diducitur; in res, utputa in lege duodecim Tabularum his verbis: ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; ad personas autem refertur familiae significatio ita, quum de patrono et liberto loquitur lex...* Vid. a este respecto E. ALBERTARIO (*Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, en *Studi di diritto romano, V, Storia, metodologia, esegesi*, Milano, 1937, 452 ss.). Para un análisis exhaustivo de los dos términos, vid. P. VOCI, *Diritto ereditario...*, I, cit., 23 ss.

⁽⁵⁾ No obstante, algunos autores no han considerado decisivos estos motivos y entienden que la versión literaria es la más fidedigna. Entre otros, defienden la variante literaria, A. GUARINO, *La “lex XII Tabularum” e la “tutela”*, cit., 243 ss.; N. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano, I, Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942, 48 ss.; E. VARELA, *La escasa viabilidad...*, cit., 552 ss.; y A. MANZO, *L’organizzazione gentilizia nelle Dodici Tavole*, en *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, III, Capanello, 1984, 100 ss. La posición intermedia o ecléctica ha sido ofrecida O. DILIBERTO (*Successione legittima*, cit., 1298), que entiende que ambas versiones son fiables porque recogen con exactitud el dictado normativo de las XII Tablas, esto es, que cuando un *paterfamilias* hubiera muerto intestado y no tuviera un *suus heres*, los bienes irían al *adgnatus proximus* o, a falta de éste, a los *gentiles*.

lia, su posible interpretación, la ordenación de la sucesión *ab intestato*, la existencia de testamento en ésta época, el posible contenido de éste, la prioridad temporal y prevalencia de la sucesión testada o la intestada, el objeto de la *hereditas*, la posibilidad o no de designar heredero a extraño, etc. Todas estas cuestiones — que todavía hoy se encuentran en discusión — constituyen una muestra de la dificultad de dar una solución definitiva al objeto de esta investigación. Ello sin olvidar, como ya puso de manifiesto GROSSO (7) que la búsqueda de la génesis de un instituto entraña peligros evidentes como trasladar construcciones actuales sobre una etapa en la que no resultan proyectables concepciones más recientes (8).

Las construcciones doctrinales que se han ofrecido para intentar explicar que ocurría en la familia — núcleo de la vida en la Roma arcaica — cuando su jefe — el *paterfamilias* — fallecía, dependerán de la concepción — soberanista o materialista — que se tenga de la *hereditas*; por ello, en unas ocasiones, se entenderá la sucesión *mortis causa* como la sucesión en la soberanía o jefatura familiar, designando el predecesor a su sucesor a través del testamento; en otras, sin embargo, se concebirá la *hereditas* como la sucesión de todos los hijos en los bienes del difunto, formando un consorcio indisoluble entre ellos.

Ahora bien, pese a la evidente discrepancia de las dos teorías, ambas tienen algunos puntos en común que conviene resaltar: la preferencia sucesoria que se otorga a los *sui* es admitida tanto por los soberanistas como por los materialistas; la diferencia estriba en que para los primeros tan sólo es uno de los *sui* el que sucede y para los segundos suceden todos por igual. Igualmente, la sucesión *ipso iure* de los *sui* en contraposición al *extraneus* — que necesita la adición — constituye un punto de encuentro, si bien para los soberanistas la entrada *ipso iure* del *sui* en la herencia del padre se produce en virtud de la designación testamentaria mientras que para los materialistas sucede automáticamente por su cualidad de continuador del dominio familiar. Por último, la atribución de la cualidad de *heredes* únicamente a los *sui* y la negación de la misma a agnados y gentiles es también admitida por ambas posiciones doctrinales, así como el rechazo a que un extraño sucediera en presencia de *heredes sui*.

(6) D. 50, 16, 195, 1; D. 50, 16, 162, pr.; D. 50, 16, 220, pr.

(7) G. GROSSO, *Problemi di origine e costruzione giuridica*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I, 33 ss.

(8) G. GROSSO, *Problemi di origine...*, *cit.*, 46.

1. Teorías soberanistas

El máximo exponente de la teoría soberanista, como es sabido, fue BONFANTE quien, desarrollando primero su concepción de la familia romana arcaica, pasó a explicar la tesis sucesoria en su manual y numerosos artículos ⁽⁹⁾. El autor concibe la familia romana arcaica como un ente político, soberano y perpetuador de la *gens*, originariamente compuesto por todo el cuerpo agnaticio ⁽¹⁰⁾ y que funcionaba de forma idéntica a la *civitas* ⁽¹¹⁾. La sucesión en la familia, por tanto, se configura como la sucesión en su soberanía ⁽¹²⁾ que permanecerá unida bajo la autoridad del nuevo jefe familiar ⁽¹³⁾; éste será quien adquiera el título personal de *heres*, asumiendo la posición jurídica del difunto ⁽¹⁴⁾ y le sucede en los elementos extrapatrimoniales de la herencia — culto

Vid también del mismo autor, *Il primitivismo e il diritto romano*, en *SDHI*, IX, 1943, 287 ss.

⁽⁹⁾ La teoría de P. BONFANTE se encuentra desarrollada de forma extensa en *Corso di diritto romano*, VI, *Le successione, parte generale*, Milano, 1974, 77 ss.; además, BONFANTE expone su teoría en diversos artículos, contenidos todos ellos en *Scritti giuridici varii*, I, *Famiglia e Successione*, Torino, 1916: *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, 18 ss.; *L'origine dell'hereditas e dei legati nel diritto successorio romano*, 101 ss.; *Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano en el diritto moderno*, 152 ss.; *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, 188 ss.; *La successio in universum ius e la universitas*, 250 ss.; y *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, 469 ss.

⁽¹⁰⁾ P. BONFANTE, *L'origine dell'hereditas...*, cit., 110.

⁽¹¹⁾ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, 1963, 5 ss.

⁽¹²⁾ Según BONFANTE, “*anche la designazione del successore trova nell'organismo statale della civitas romana un bellissimo riscontro in quella norma costante del diritto pubblico romano, per la quale il precedente sovrano, e non solo il re, ma il console dappoi e l'imperatore designano il loro successore, il quale è appresso investito legalmente dal populus o dalla civitas del titolo della sovranità*”. Vid. P. BONFANTE, *Res mancipi e nec mancipi*, Roma, 1888-89, 321-322; y *L'origine dell'hereditas...*, cit., 107, 114 y 115.

⁽¹³⁾ Para BONFANTE resulta imposible que la familia se escindiera a la muerte del *pater gentis* en familias separadas e independientes, porque perdería su fuerza política y social. Su continuidad únicamente podía conseguirse con la designación de un *suus* por el *pater* que asumiría la potestad familiar. Solo posteriormente — cuando interesa a la *civitas* romper los grupos gentilicios, probablemente por influencia también de la plebe — el heredero pierde todo su carácter de sucesor soberano y, por ello, el interés se centra en la adquisición del patrimonio. El autor se apoya en el derecho comparado afirmando que allí donde existía un ordenamiento gentilicio semejante al romano, el sucesor siempre era designado por el predecesor; en concreto, el autor pone como ejemplo el antiguo derecho japonés. Vid. P. BONFANTE, *Corso...*, VI, cit., 113 y 114, y sobre todo la bibliografía respecto al dere-

los *sacra, ius sepulchri, hospitum* y patronato ⁽¹⁵⁾ —; por último, y sólo como efecto indirecto de su investidura como *heres*, adquirirá también el patrimonio hereditario ⁽¹⁶⁾.

Para BONFANTE, la sucesión que prevalece en la etapa arcaica es la testamentaria ⁽¹⁷⁾, teniendo el testamento la finalidad de investir *heres* a uno de los *sui* ⁽¹⁸⁾; de ahí que el autor rechace la idea del testamento — adopción ⁽¹⁹⁾, porque la *adrogatio* consistía en la incorporación de un extraño a la familia, que no estaba permitida en el testamento ⁽²⁰⁾.

BONFANTE entiende que las premisas de su teoría encuentran confirmación expresa en los principios que rigen en la sucesión testamentaria: la relevancia de la institución hereditaria — y no la atribución del patrimonio familiar — que a lo largo de todas las épocas tuvo la institución de heredero, *caput et fundamentum* del testamento; la intransmisibilidad y la imposibilidad de comercialización de la delación — puesto que es un título personal que no tiene valor patrimonial —; el derecho de acrecimiento en caso de pluralidad

cho japonés citada en la p. 112 y 113, n. I.

⁽¹⁴⁾ P. BONFANTE, *Corso...*, VI, *cit.*, 101; y *Il concetto dommatico...*, *cit.*, 179 ss.

⁽¹⁵⁾ P. BONFANTE, *Il concetto dommatico...*, *cit.*, 179.

⁽¹⁶⁾ El *nomen heredis* podía ser un *nudum nomen*, como se pone de manifiesto en Gai 2, 24, pero ese título representa el objeto inmediato de la adquisición hereditaria: los elementos extrapatrimoniales. P. BONFANTE, *Corso...*, VI, *cit.*, 101; y *L'origine dell'hereditas...*, *cit.*, 102 a 109. Le siguen, entre otros, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli, 1933, 158; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, 46; y J. IGLESIAS, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1999, 524 ss.

⁽¹⁷⁾ P. BONFANTE, *L'origine dell'hereditas...*, *cit.*, 108 y 109.

⁽¹⁸⁾ BONFANTE deja constancia de que, en casi todos los ejemplos que existen en las fuentes, uno de los hijos, un *suus*, es el heredero único en detrimento de los demás. Ese *suus*, llamado a la herencia por designación testamentaria del *paterfamilias*, sucederá *ipso iure*, esto es, sin necesidad de adición. Por ello, entiende el autor que ni la prevalencia de los *sui* en la sucesión arcaica ni la adquisición automática de la herencia son obstáculos para admitir su teoría. Así, según BONFANTE, “*l'istituzione d'erede è la designazione del figlio che prosegue il nome e la dignità della famiglia, il legato è l'approvvigionamento delle donne e dei cadetti*”. Vid. P. BONFANTE, *Corso...*, VI, *cit.*, 79; y *L'origine dell'hereditas...*, *cit.*, 109.

⁽¹⁹⁾ P. BONFANTE, *Corso...*, VI, *cit.*, 82 ss.; y *Teorie vecchie e nuove...*, *cit.*, 475.

⁽²⁰⁾ En palabras de BONFANTE, “*appunto perchè testamento e adozione ci compaiono come due atti distinti, io direi che sono due atti distinti: che le forme sieno egualmente solenni si comprende, perchè la continuazione di una famiglia e l'assorbimento di una famiglia in un'altra sono fenomeni egualmente gravi. Voler vedere nel testamento un'arrogazione post mortem*

de herederos respecto de la cuota vacante si alguno muere o renuncia a la aceptación — por la indivisibilidad del título hereditario —; la institución hereditaria de una persona aunque acepte *pro parte* la herencia; y, por último, la incompatibilidad entre las dos formas de delación, testamentaria e intestada, y entre dos delaciones testamentarias ⁽²¹⁾.

La teoría de BONFANTE tuvo buena acogida en la doctrina romanística, sobre todo en autores italianos, pudiendo destacar a FADDA ⁽²²⁾ y, con algún matiz diferencial, a SOLAZZI ⁽²³⁾, PACCHIONI ⁽²⁴⁾, COSTA ⁽²⁵⁾, LA PIRA ⁽²⁶⁾, BETTI ⁽²⁷⁾, LONGO ⁽²⁸⁾, SANFILIPPO ⁽²⁹⁾, DE FRANCISCI ⁽³⁰⁾, DE MARTINO ⁽³¹⁾

è un arbitrio”. P. BONFANTE, *Corso...*, VI, *cit.*, 82 ss.; y *Teorie vecchie e nuove...*, *cit.*, 474 y 475.

⁽²¹⁾ P. BONFANTE, *Corso...*, VI, *cit.*, 102 a 106; y *L'origine dell'hereditas...*, *cit.*, 134 ss.

⁽²²⁾ A. FADDA, *Caratteri fondamentali del diritto ereditario romano, parte prima*, Napoli, 1900, 287 ss. El autor realiza una adhesión íntegra a la teoría bonfantiana, manteniendo que la sucesión legítima nunca prevaleció sobre la testamentaria; sostener lo contrario, según el autor, sería desconocer toda la historia del derecho hereditario romano, que pone claramente de manifiesto la prevalencia del testamento en todas sus épocas: el *favor testamenti* y el esfuerzo por mantener las disposiciones testamentarias se afirma de forma evidente “no già nel senso che si voglia favorire la voluntas del testatore, anzi bene spesso si mantiene il testamento anche contro la volontà del testatore”. Según el autor “gli é a questo periodo che si riferisce l'idea, conservata poi anche nel diritto classico, di un condominio familiare, per cui i figli si reputano domini già vivente il padre e alla morete di questo non fanno che ripigliare la libera amministrazione de loro beni”. De esta forma, A. FADDA intenta salvar la idea del condominio familiar presente en las fuentes, sobre todo en Gai, 2, 257; D. 28, 2, 11; y *Paul. Sent.* 4, 8, 6, que resulta incompatible con la tesis de BONFANTE.

⁽²³⁾ S. SOLAZZI, *Contro la rappresentanza del defunto*, en *RISG*, LVIII, 1916, 277 ss.; y *Diritto ereditario...*, I, *cit.*, 158 ss.

⁽²⁴⁾ G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano, III*, Torino, 1922, 413 ss.

⁽²⁵⁾ E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1925, 469 ss.

⁽²⁶⁾ G. LA PIRA, *La successione ereditaria...*, *cit.*, 46 ss.

⁽²⁷⁾ E. BETTI, *Diritto Romano*, Padova, 1935, 105 ss.; *In iure cessio hereditatis, successio in ius e titolo di heres*, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 594 ss.; y *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla 'familia' romana arcaica*, en *SDHI*, XVIII, 1952, 241 ss.

⁽²⁸⁾ G. LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, Torino, 1939, 441 ss.

⁽²⁹⁾ C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano, evoluzione sotorica della hereditas*, Napoli, 1946, 31; *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 305 ss.

⁽³⁰⁾ P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1946, 382 ss.; y *La legittimazione pasiva nell'actio funeraria*, en *Annali Perugia*, XXXII, 1920, 311 ss. No obstante, el autor entiende que la teoría de BONFANTE se refiere a una época “di alta

y DI MARZO ⁽³²⁾. De todos estos autores, quizás sea LA PIRA el que efectúa una nueva aportación a la teoría bonfantiana; según el autor, el *heres* por excelencia es el *suus* y su designación en el testamento no eliminará sino que transformará su vocación ⁽³³⁾, produciéndose lo que él denomina como “*assorbimento delle vocazioni intestate in quelle testamentarie*” ⁽³⁴⁾; así, cuando el *suus* es designado en el testamento, sucede al *paterfamilias* en virtud de la primigenia posición que el testamento no ha eliminado — porque no puede eliminar — sino que acoge como propia. La vocación intestada del *suus*, por tanto, no desaparece, sino que opera con todos sus efectos característicos dentro de la llamada testamentaria; de ahí que el *suus* no necesite adición, adquiriendo *ipso iure* la herencia. En definitiva, vocación intestada y testada son para LA PIRA dos caras de un mismo fenómeno ⁽³⁵⁾.

Fuera de Italia, la teoría de BONFANTE no tuvo muchos seguidores, aunque se pueden citar, entre otros, a BUCKLAND ⁽³⁶⁾, KARLOWA ⁽³⁷⁾, MITTEIS ⁽³⁸⁾, SCIALOJA ⁽³⁹⁾, MEYLAN ⁽⁴⁰⁾, MONIER ⁽⁴¹⁾ y, en España, son conti-

antichità” y admite que, cuando el padre no contara con un *sui* digno de dirigir el grupo familiar, debería acudir a la *adrogatio* para crear de modo artificial un *suus* y poder así testar; la *adrogatio* es entendida como presupuesto del testamento, no como testamento.

⁽³¹⁾ F. DE MARTINO, *Storia arcaica e Diritto Romano*, en *RIDA*, IV, 1950, 398 ss.

⁽³²⁾ S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1968, 433 ss.

⁽³³⁾ G. LA PIRA, *La successione ereditaria...*, cit., 53 y 54.

⁽³⁴⁾ Según el autor, el principio de la absorción explica dos efectos fundamentales: “*da un lato, i casi di validità parziale di un testamento sono quasi tutti dovuti al fatto che il testamento, avendo in sé trasfusa alcune vocazioni intestate, ha per ciò stesso acquistata una solidità che gli permette di non cadere interamente di fronte all'azione rescindente dei legittimari. E, d'altro lato, l'impossibilità per sé successibili ab intestato, istituiti nel testamento e che avessero già acquistato la eredità a tale titolo, di acquistarla ancora a titolo diverso (ab intestato), ha causa nella avvenuta trasformazione della loro vocazione; la quale non può più avere efficacia se non nei limiti e nei modi della chiamata testamentaria*”. G. LA PIRA, *La successione ereditaria...*, cit., 46.

⁽³⁵⁾ G. LA PIRA,, *La successione ereditaria...*, cit., 47.

⁽³⁶⁾ W. BUCKLAND, *Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, Napoli, 1955, 271 ss.

⁽³⁷⁾ O. KARLOWA, *Römisches...*, II, cit., 843 ss.

⁽³⁸⁾ H. MITTEIS, *Das römische Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, Leipzig, 1908, 98. El autor entiende que la herencia debía tener en época arcaica un contenido espiritual y no simplemente patrimonial, aunque, al contrario de BONFANTE, admite la asimilación entre testamento y arrogación.

⁽³⁹⁾ V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1934, 7 ss.

⁽⁴⁰⁾ P. MEYLAN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, en *Zum*

nuadores de la teoría soberanista, entre otros, VALIÑO ⁽⁴²⁾, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET ⁽⁴³⁾ y IGLESIAS ⁽⁴⁴⁾.

2. Teorías materialistas

La tesis soberanista construida por BONFANTE tuvo enseguida detractores ⁽⁴⁵⁾, objetando, sobre todo, la falta de apoyo que tenía ésta en las fuen-

schweizerischen Erbrecht, LXX, 1946, 185 ss.

⁽⁴¹⁾ R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1947, 377.

⁽⁴²⁾ E. VALIÑO, *Instituciones de derecho privado romano*, Valencia, 1977, 316.

⁽⁴³⁾ J. A. ARIAS RAMOS-J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, *Obligaciones, familia, sucesiones*, Madrid, 1986, 813. Estos autores, sin embargo, entienden que la teoría bonfantiana tiene algunos puntos débiles que no se han explicado pese a los esfuerzos de BONFANTE; entre otros, como compaginar la sucesión en la soberanía con la existencia de varios herederos o como explicar la inexistencia de datos respecto a una primitiva incapacidad de las mujeres para tener *heres* o la destacada y preeminente posición de los *heredes sui* en la herencia. Vid. J. A. ARIAS RAMOS-J. A. ARIAS BONET, *Derecho romano*, II, *cit.*, 768, n. 711.

⁽⁴⁴⁾ J. IGLESIAS, *La herencia en derecho romano y en derecho moderno*, en *Estudios*, Madrid, 1968, 133 y ss.; y *Derecho Romano*, *cit.*, 524 ss.

⁽⁴⁵⁾ Entre la doctrina que no acepta la construcción de BONFANTE, cabe citar a M. RIVIER, *Successions a cause de mort en Droit Romain*, Bruxelles, 1878, 137 ss.; A. CARPENTIER, *Essai sur l'origine et l'entendu de la règle nemo pro parte intestatus decedere potest*, en *NRH*, X, 1886, 461 ss.; GERARDIN, *Le tutelle et la curatelle dans l'ancien Droit Romain*, en *NRH*, XIII, 1889, 2 ss.; FILOMUSI GUELFU, voz "Successione", en *NNDI*, XXII, Torino, 1889, 7 ss.; O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, en *Essays in legal history*, Oxford, 1913, 120 ss.; S. BRASSLOFF, *Studien zur römischen Rechtgeschichte*, I, Leipzig, 1925, 61 ss.; V. KOROSEK, *Die Erbenhaftung nach römischen Recht*, I, Leipzig, 1927, 24 ss.; C. W. WESTRUP, *La succession primitive devant l'histoire comparative*, Paris, 1928, 32 ss.; E. RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantines*, en *ZSS*, L, 1930, 295 ss.; M. WLASSAK, *Studien zum altröm. Erb und Vermächtnisrecht*, Viena, 1933; R. SÖHM, *Istituciones de Derecho Privado Romano. Historia y sistemas*, trad. española por Roces, Madrid, 1936, 509 ss.; D. DAUBE, *Intestatus*, en *RH*, XV, 1936, 341 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Ueber die Anfänge des römischen Testaments*, en *Festschrift Siber*, I, Leipzig, 1941, 3 ss.; P. JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. española por Prieto Castro, Barcelona, 1965, 307 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, *cit.*, 81 ss.; y *La famiglia romana arcaica*, en *Conferenze romanistiche della Università di Trieste*, 1950, 39 ss.; D. DAUBE, *The preponderance of intestacy at Rome*, en *Tulane Law Review*, 1965. Entre la doctrina italiana, cabe citar a S. PEROZZI, *Problemi di origini*, en *Studi Scialoja*, II, Milano, 1905, 167 ss. (= en *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 511 ss.); y *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, 452 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La genti e la città*, Messina, 1914, 61 ss. (= en *Scritti di diritto romano*, I, 1974, 519 ss.), y *Istituzioni di diritto romano*, II, Napoli, 1949, 468 ss.; A. SEGRÉ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930, 5 ss.;

tes, tanto literarias como jurídicas; en efecto, las referencias de Gayo y Paulo ⁽⁴⁶⁾ al condominio existente en vida del *pater* y consolidado a su muerte ⁽⁴⁷⁾, revelan una concepción patrimonialista de la *hereditas* basada en el traspaso automático del patrimonio familiar a los *sui* ⁽⁴⁸⁾ y no en una designación testamentaria; además, la realidad histórica tampoco parece avalar la teoría bonfantiana: la institución de una pluralidad de herederos en el testamento, la posibilidad de que las mujeres fueran herederas, la preeminente posición de los *sui*, entre otros, son datos que no se compaginan bien con la tesis soberanista ⁽⁴⁹⁾. Si a todo lo anterior se añade que, como han señalado algunos autores ⁽⁵⁰⁾, la potestad sobre otras personas nunca se adquiría mediante

U. ROBBE, *Origine e concetto dell'eredità*, Milano, 1937, 9 ss.; R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis, Spunto per la valutazione dell'hereditas*, en *SDHI*, X., 1944, 80 ss.; G. I. LUZZATO, *Le organizaioni preciviche e lo Stato*, Modena, 1948, 20 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 127 ss.; G. BORTOLUCCI, *La hereditas come universitas e successione nella personalità giuridica del defunto. Sviluppo storico e critica dei concetti*, en *Melanges de Visscher*, II, 1949, 150 ss.; B. BIONDI, *Obbieto della antica hereditas*, en *IURA*, I, 1950, 150 ss.; U. ROBBE, *Il diritto di accrescimento e la sostituzione volgare nel diritto romano classico*, Milano, 1953, 14 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, 160 ss.; *IDEM*, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, 6 y 7; S. DI MARZO, *Istituzioni*, cit., 464 ss. En España, cabe destacar a J. SANTA CRUZ TEJEIRO, *Manual elemental de instituciones de derecho romano*, Madrid, 1946, 467 ss.; A. TORRENT, *Miscelanea. I. Consortium ercto non cito*, en *AHDE*, XXXIV, 1964, 479 ss.; *IDEM*, "Venditio hereditatis". *La venta de la herencia en Derecho Romano*, Salamanca, 1966, 21 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 23 y ss., y II, *Parte speciale, successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano, 1967, 3 ss.; E. VARELA, *La escasa viabilidad...*, cit., 535 ss.; J. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, 1992, 392 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1996, 562 ss.; J. M. RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querella inofficisosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Granada, 1998.

⁽⁴⁶⁾ D. 28, 2, 11, y Gai 2, 157.

⁽⁴⁷⁾ Vid. también BOYER, *Droit successoral romain dans Polybe*, en *RIDA*, IV, 1950, 169 ss., donde se analiza un fragmento de Polibio en el que se relata la sucesión en una familia patricia, la de Escipión Emiliano, y donde el autor no encuentra ninguna señal que avale la teoría de BONFANTE.

⁽⁴⁸⁾ BONFANTE intentó mantener su teoría señalando que el condominio del que hablan Paulo y Gayo tiene sentido social y no jurídico. Vid. P. BONFANTE, *Corso...*, VI, cit., 230; *Le critiche al concetto dell'eredità...*, cit., 188 ss.; y *Teorie vecchie e nuove...*, cit., 470 ss.

⁽⁴⁹⁾ BONFANTE se defendió de estas críticas, señalando, respecto a la posibilidad de instituir a varios herederos, que en derecho público siempre existió el régimen de colegialidad en las magistraturas sin que ello ocasionara ningún problema, rechazando, por otra parte, la posibilidad de que la mujer fuera heredera por su incapacidad para ostentar este título. Vid. P. BONFANTE, *Corso...*, VI, cit., 82 ss.; y *Teorie vecchie e nuove*, cit., 474 y 475.

designación testamentaria ⁽⁵¹⁾, parece que efectivamente la tesis soberanista tiene bastantes dificultades para ser admitida.

Las tesis materialistas acogen una visión patrimonialista de la herencia, entendiendo que lo relevante en la sucesión era la adquisición del patrimonio familiar; sucesión que se llevaba a cabo de forma natural y automática sin designación del *paterfamilias*. Los *sui*, por tanto, eran los herederos *proprio iure*, adquiriendo a la muerte del padre la independencia familiar pero permaneciendo en indivisión patrimonial. Estas nociones, comunes a todos los autores que se adhieren a la tesis materialista, adquieren matices diferenciales en cada una de las construcciones doctrinales.

Dentro de las teorías materialistas destacan PEROZZI y ARANGIO-RUIZ ⁽⁵²⁾ por ser los iniciadores en Italia de la oposición a la tesis bonfantiana. Estos autores parten de la posición preeminente que ocupa el *heres suus*, que sucede *ipso iure*, a diferencia del *heres extraneus*, que necesita de la adición. La herencia, para ellos, deriva de un solo hecho: ostentar la cualidad de hijo; así, sólo al *pater* que no tuviera hijos — o temiese no tenerlos — se le permitiría la adopción de un siervo propio con efectos para después de su muerte, decayendo si posteriormente tenía algún *suus*, aunque fuera póstumo ⁽⁵³⁾. Originariamente, pues, la sucesión sería un hecho natural que daría continuidad a la familia y su patrimonio y sólo posteriormente — y siempre en ausencia de hijos — se admitió que fuera llamado a la herencia un extraño que quedaría incorporado mediante la adopción con efectos *post mortem*, configurada como un acto de última voluntad o testamento ⁽⁵⁴⁾. A partir de este testamento —

⁽⁵⁰⁾ En este sentido, A. SEGRÉ, *Ricerche...*, cit., 12; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., 92 ss., seguido por G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990, 160 ss.

⁽⁵¹⁾ Otras críticas se han centrado en el procedimiento de *in iure cessio hereditatis*, esto es, la posibilidad que tenía el heredero *ab intestato* de ceder la herencia antes de realizar la adición; ésta facultad no tiene cabida tampoco en la teoría soberanista. Uno de los autores que más han criticado la doctrina bonfantiana desde el estudio de esta institución ha sido R. AMBROSINO, que también conceptúa la herencia como un conjunto de bienes materiales y derechos y entiende que la existencia de la *usucapio pro herede* avala la citada concepción. Vid. R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, cit., 80 ss. En contra, S. SOLAZZI, *L' "in iure cessio hereditatis" e la natura della antica hereditas*, en *IURA*, III; 1952, 21 ss., sobre todo 34 ss. Vid. también F. DE MARTINO, *Nota in tema di in iure cessio hereditatis*, en *Studi Solazzi*, 568 ss.

⁽⁵²⁾ S. PEROZZI, *Problemi di origini*, cit., 167 ss.; y *Istituzioni...*, cit., 452 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La genti e la città*, cit., 61 ss.; y *Istituzioni*, cit., 468 ss.

⁽⁵³⁾ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 454.

⁽⁵⁴⁾ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, II, cit., 582 ss. El *testamentum calatis comitiis*

adopción se posibilitó la evolución hacia el testamento, tal y como se conoce en época posterior, esto es, como acto de última voluntad con una eficacia más amplia ⁽⁵⁵⁾.

Otros

autores

—

WIEACKER ⁽⁵⁶⁾ y KASER ⁽⁵⁷⁾ — han acudido a motivaciones económico — sociales para explicar el desarrollo de la sucesión *mortis causa*. WIEACKER sostiene que la muerte del *pater* ocasionaba la escisión de la familia en tantos grupos como herederos existieran, provocando así un progresivo y dañino detrimento patrimonial; para dar solución a este fraccionamiento surgiría el *con-*

que se efectúa delante de los comicios curiados no debía ser más que una arrogación *post mortem*, por lo que, según el autor, al lado del *heres* de sangre se tuvo al de adopción. Aco- gen la idea del testamento — adopción, entre otros, P. VOCI, *Istituzioni*, cit., 562 y 563; y *Diritto ereditario*, II, cit., 5 ss.; R. APPLETON, *Le testament romain*, Paris, 1903, 61; H. MITTEIS, *Das Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diocletians*, Leipzig, 1908, 100; O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, cit., 120 ss.; A. SEGRÉ, *Ricerche...*, cit., 12; A. TORRENT, *Corsortium...*, cit., 479 ss.; IDEM, *Venditio hereditatis*, cit., 21 ss.; IDEM, *Manual...*, cit., 577 ss.; E. VARELA, *La escasa viabilidad...*, cit., 558 ss.

⁽⁵⁵⁾ La asimilación entre testamento y arrogación queda avalada, según S. PEROZZI y V. ARANGIO-RUIZ, por el derecho comparado, sobre todo de los pueblos griego y anti- guo germánico. ARANGIO-RUIZ afirma que las fases de desarrollo del derecho hereditario en Roma fueron las mismas que en Grecia: una primera etapa en la que el derecho suce- sorio era exclusivo de los descendientes; la segunda, donde se concede al ciudadano que no tuviera hijos la facultad de adoptar uno con efectos *post mortem*: es el testamento por adopción o εἰσπολιτισ; la tercera etapa, que viene caracterizada por una legislación desti- nada a fijar el orden sucesorio de los parientes colaterales para el caso de que una persona hubiera fallecido sin dejar hijos y sin haber efectuado la adopción; la cuarta, donde se admite un acto de última voluntad en el que, sin la formalidad de la adopción, dispusiera del reparto de sus bienes con efectos *post mortem*: es el δόσις ὁ διαθηκη σὺν εἰσπολιτισ; la quinta, dominada por la admisión progresiva de la libertad de los padres para disponer de sus bie- nes a título particular; y la sexta en la que se redactan documentos complejos en los que, por lo general, se confirmaba la vocación hereditaria de los hijos, con algunas limitacio- nes, y al mismo tiempo se ordenaban disposiciones particulares en beneficio de personas extrañas a la familia.

Vid. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, II, cit., 581. En contra, defendiendo la originalidad indiscutible del derecho romano respecto al derecho comparado, entre otros autores, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, 89 ss.; J. SANTA CRUZ TEJEIRO, *Influencia de algunas disciplinas no jurídicas en derecho romano*, en AHDE, XXVII-XXVIII, 1957-1958, 343 ss.; E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Napoli, 1983, 83 ss.; PRÉAUX, *El mundo helenístico. Grecia y Oriente (323-146 a.C.)*, I, trad. Faci Lacasta, Bar- celona, 1984, 366 ss.

sortium indivisible que perduraría por generaciones y que se concebiría, no sólo como comunidad hereditaria, sino como asociación familiar compuesta por elementos patrimoniales y extrapatrimoniales ⁽⁵⁸⁾. En esta misma línea de adecuación del ordenamiento romano primitivo a las necesidades de la economía agrícola, KASER ⁽⁵⁹⁾ sostiene que, en sus orígenes, derecho familiar y sucesorio se encontraban indisolublemente unidos y regidos ambos por los principios que derivaban de la mentalidad rural ⁽⁶⁰⁾. Entendida la familia como una fuerte agrupación doméstica, se dará inevitablemente en su seno la tendencia natural a mantener sus propias fuerzas, no tolerando su desmembración. Los hijos legítimos serán los encargados de la continuidad de la familia, del culto a los *sacra* y de mantener la unidad de la empresa agrícola ⁽⁶¹⁾, debiendo ocupar, a la muerte del *pater*, su posición en esas tareas. En ese momento, según los autores, la familia se descompondrá en tantas como hijos existieran pero continuarán unidos, en régimen de igualdad, por el *consortium* ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁶⁾ F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, cit., 3 ss.

⁽⁵⁷⁾ M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., 81 ss.; y *La famiglia romana arcaica*, cit., 39 ss. Le sigue P. JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho Privado*, cit., 435 ss.

⁽⁵⁸⁾ Tras la época decemviral, según WIEACKER, el aumento de las familias comienza a hacer más difícil la ocupación de nuevas tierras, surgiendo la necesidad de buscar nuevas actividades que reporten beneficios económicos; es ésta dificultad de ocupación de tierras la que motiva que en las XII Tablas se regule la sucesión, concediendo al *pater* la facultad de testar, a través de la *mancipatio familiae*, a favor de uno de sus hijos, generalmente el más dotado, instituyéndole heredero único de todo el patrimonio familiar; paralelamente, también se posibilita al *pater* que pueda reservar legados para compensar económicamente a aquellos hijos que habían salido de la familia por matrimonio o emancipación. Vid. F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, cit., 3 ss. En el mismo sentido, M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, cit., 54 ss.

⁽⁵⁹⁾ M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, cit., 81 ss.; y *La famiglia romana arcaica*, cit., 39 ss. Le sigue P. JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho Privado*, cit., 435 ss.

⁽⁶⁰⁾ La hacienda rural, que comprendía la casa, el huerto, los campos, los animales, los instrumentos agrícolas e, incluso, los clientes y esclavos constituyen para KASER un espacio vital del núcleo familiar arcaico compuesto por el *paterfamilias* y su mujer legítima junto con la descendencia. El núcleo familiar y la hacienda rural funcionaban como un todo único en el derecho arcaico, siendo ésta hacienda propiedad común a todos los miembros de la familia que son, en definitiva, *quodammodo domini* cuando el padre todavía vive. La familia, pues, en cuanto titular de la hacienda es al mismo tiempo potencia económica y social. M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, cit., 45 a 48.

⁽⁶¹⁾ M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, cit., 51 ss.

⁽⁶²⁾ Sólo posteriormente, según el autor, la falta de acuerdo entre los socios llevará a que aceche el peligro de continuidad de esa comunidad, viéndose entonces la necesidad de nombrar un solo heredero que adquirirá el patrimonio completo, con la consiguiente

Posiciones más radicales dentro de las teorías realistas son las tesis que mantienen la imposibilidad, para una época tan primitiva, de entender la *hereditas* como la transmisión de una universalidad, esto es, un patrimonio con bienes, derechos y obligaciones ⁽⁶³⁾. Los autores que defienden esta posición sostienen que en la sucesión arcaica no existía ni herencia, ni institución de heredero, ni transmisión de obligaciones, porque estos conceptos fueron creados posteriormente por la jurisprudencia clásica; únicamente se producía la transmisión de cosas singulares, de bienes tangibles y objetos concretos ⁽⁶⁴⁾, concibiendo la herencia como algo puramente material ⁽⁶⁵⁾. En esta línea cabe destacar a BIONDI ⁽⁶⁶⁾ que presenta la herencia despojada de cualquier elemento extrapatrimonial, como una entidad unitaria que tenía como objeto únicamente las cosas corporales ⁽⁶⁷⁾, por lo que lo único que se transmitía era el *dominium*. Se extinguían por tanto relaciones como las obligaciones y la *patria potestas* y

obligación de atender al resto de miembros familiares. El testamento contendrá, pues, la designación de uno de los hijos, pero con obligación de desheredar al resto que también tienen derecho a la herencia. M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, cit., 51 ss.

⁽⁶³⁾ Entre otros, O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, cit., 120 ss.; V. KOROSEK, *Die Erbenhaftung*, cit., 24 ss.; R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, cit., 80 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria...*, cit., 127 ss.; B. BIONDI, *Obbieto...*, cit., 150 ss.; IDEM, *Diritto ereditario*, cit., 160 ss.; IDEM, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., 6 y 7; A. TORRENT, *Corsortium...*, cit., 479 ss.; IDEM, *Venditio hereditatis*, cit., 21 ss.; IDEM, *Manual*, cit., 577 ss.

⁽⁶⁴⁾ Según O. LENEL (*Zur Geschichte der heredis institutio*, cit., 120 ss.) la ley de las XII Tablas refleja claramente el significado material de la herencia porque, tras nombrar al *suus heres*, hace referencia a los agnados y gentiles con la expresión *familiam habeto* o *habento*, que vislumbra un significado real de autorizar la toma de posesión de los bienes de la herencia; por ello, nunca existió acto formal alguno para la adquisición de la herencia: la palabra *adire*, según LENEL, en su origen debía entenderse literalmente en modo análogo a la expresión griega “*εἰς τὴν οὐσίαν*” o a la alemana “*zu dem Erbe gehem*”, esto es, “*andar por el fundo hereditario*”.

⁽⁶⁵⁾ Vid. A. TORRENT, *Corsortium...*, cit., 479 ss.; IDEM, *Venditio hereditatis*, cit., 21 ss.; IDEM, *Manual...*, cit., 577 ss. Vid. también del mismo autor, *Sucesión testamentaria*, en Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, I, Vigo, 1998, 49 ss.

⁽⁶⁶⁾ B. BIONDI, *Diritto ereditario*, cit., 160 ss.; *Successione testamentaria e donazioni*, cit., 6 y 7; y *Obbieto...*, cit., 150 ss., donde se opone a la concepción de la *hereditas* arcaica como *res incorporalis* que considera una concepción de época más tardía.

⁽⁶⁷⁾ La terminología empleada para indicar el complejo hereditario — *familia* y *pecunia* — pone de manifiesto la corporalidad de la herencia. *Familia* indica el conjunto de cosas y personas sometidas al poder del *paterfamilias*, pero “*come osserva Ulpiano nelle XII Tav., ed in genere in tutto il campo del diritto ereditario, familia è intesa nel senso di complesso di res, e precisamente di cose corporali*”.

se perpetuaban otros elementos, como los *sacra*, los sepulcros, el patronato y el *hospitium*, pero no por la sucesión hereditaria sino porque operaban institutos particulares ajenos a la herencia ⁽⁶⁸⁾. El *heres*, fuera *suus* o *extraneus* ⁽⁶⁹⁾, legítimo o designado por testamento ⁽⁷⁰⁾, subentraba únicamente en el *dominium* sin que se transmitiera la *potestas* sobre las personas; por ello, el *suus* debía *sui iuris* adquiriendo la potestad sobre sus descendientes *iure proprio* y *ex novo*, esto es, por haber obtenido la cualidad de *pater* y no por transmisión del difunto ⁽⁷¹⁾.

3. Teorías intermedias o eclecticas

Hasta ahora se han expuesto las líneas doctrinales más relevantes correspondientes a las dos concepciones mayoritarias ofrecidas para explicar la sucesión *mortis causa* en derecho romano arcaico. Sin embargo, cabe destacar un grupo de autores que no se han adherido a ninguna de las tesis, sino que han pretendido conjugarlas para que éstas, históricamente enfrentadas, se conviertan en una sola. En este grupo cabe integrar, entre otros, a CUQ ⁽⁷²⁾, FRAN-

También la *usucapio pro herede*, según BIONDI, prueba que la herencia era algo material, algo que se podía poseer de forma continuada. Vid. B. BIONDI, *Obbieto...*, *cit.*, 174.

⁽⁶⁸⁾ En su investigación, BIONDI analiza sucesivamente cada uno de los elementos extrapatrimoniales para demostrar que éstos eran elementos esenciales de la antigua sociedad y de la familia, pero no de la *hereditas*; este análisis lleva al autor a la conclusión de que la herencia no es más que un conjunto de *res corporalis*. Vid. B. BIONDI, *Obbieto...*, *cit.*, 155 a 171.

⁽⁶⁹⁾ BIONDI es uno de los pocos autores que da a entender que el heredero en época arcaica podía ser un *extraneus*. Vid. B. BIONDI, *Obbieto...*, *cit.*, 182 y 183. Otros autores que también aceptan la institución hereditaria de un extraño son G. FRANCIOSI, *L' "heres extraneus"*, *cit.*, 352 ss.; A. SEGRÉ, *Ricerche...*, *cit.*, 25; y U. COLI, *Il testamento...*, *cit.*, 73.

⁽⁷⁰⁾ BIONDI no entra en la discusión de la precedencia histórica de la sucesión intestada o testamentaria, porque entiende que no se puede afirmar nada con precisión. Vid. B. BIONDI, *Obbieto...*, *cit.*, 187. Otro de los autores que tampoco se decanta por la prioridad temporal de una sucesión sobre otra es E. VOLTERRA (*Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1972, 704 ss.) que, si bien se adhiere a la concepción materialista de la herencia, no define su postura en este punto.

⁽⁷¹⁾ B. BIONDI, *Obbieto...*, *cit.*, 183 a 185.

⁽⁷²⁾ E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romaines. L'ancien Droit*, Paris, 1891, 284 ss.

⁽⁷³⁾ G. FRANCIOSI, *L' "heres extraneus"...*, *cit.*, 352 ss. Vid. también *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas*, Napoli, 1965, 10 ss.; *Corso istituzionale di diritto romano. I. Famiglia e persone, successioni, diritti reali*, Torino, 1993, 111 ss.; y

CIOSI ⁽⁷³⁾ o LEVY-BRÜHL ⁽⁷⁴⁾, proponiendo éste último una teoría especialmente sugerente.

CUQ, partiendo de la base de que el heredero testamentario en época arcaica es preferido al sucesor *ab intestato*, pero teniendo en cuenta también que éste era excluido si concurrían a la sucesión los herederos domésticos, sostiene que existían tres tipos de delación hereditaria: la de los herederos domésticos — *heredes sui* —; la de agnados y gentiles; y la testamentaria ⁽⁷⁵⁾.

FRANCIOSI, sin embargo, se basa en la anterioridad de la delación intestada respecto de la testamentaria, en el rechazo del testamento — adopción y en la admisión de la posibilidad de instituir heredero a un extraño a la familia. A este respecto, FRANCIOSI entiende que la dicotomía *si intestato moritur — cui suus heres nec escit* que consta en la Tabla 5 no tendría sentido si no se admitiera la designación de un extraño ⁽⁷⁶⁾. La ley de las XII Tablas subordina, según el autor, la llamada del *adgnatus proximus* a dos condiciones: la falta de testamento y la inexistencia de *sui* y, para que la primera condición tenga significado, debe referirse a la hipótesis de una sucesión testamentaria fuera del ámbito de los *sui* ⁽⁷⁷⁾.

Una de las teorías, a nuestro juicio, mejor desarrollada corresponde a LEVY-BRUHL ⁽⁷⁸⁾, autor al que se le debe reconocer — con independencia de que se acepte o no su concepción — el esfuerzo de aunar las teorías soberanista y materialista. Acogiendo los elementos que caracterizan a la teoría soberanista, LEVY-BRUHL introduce algunas correcciones para eliminar los obstáculos que impiden la admisión del *consortium ercto non cito* que se crea a la muerte del *paterfamilias*. Adopta plenamente la idea de que en la sucesión romana arcaica sólo cabía un heredero, varón, púber y elegido por el

Clan gentilizio e strutture monogamich. Contributo alla storia della famiglia romana, II, Napoli, 1980, 5 ss.

⁽⁷⁴⁾ LEVY-BRUHL ha estudiado la sucesión romana arcaica y su evolución en varios artículos: *La fonction du très ancien testament romain*, en *Nouv. Rev. Hist. du droit français et étranger*, XLV, 1921, 634 ss.; *Observations sur le régime successoral des XII Tables*, en *RHD*, XXIV-XXV, 1946-47, 142 ss. (= en *Nouvelles Études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1949, 33 ss.); *La tutelle des XII Tables*, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 318 ss.; *Intestatus*, en *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 543 ss. Sin embargo, el artículo que puede considerarse la plasmación definitiva de su teoría es *Heres*, *cit.*, 136 ss.

⁽⁷⁵⁾ E. CUQ, *Les institutions...*, *cit.*, 284 ss.

⁽⁷⁶⁾ G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*..., *cit.*, 355. Afirma el autor que “*se heres, infatti, fosse stato solo il suus, sarebbe stata superflua la menzione dell'intestato*”.

⁽⁷⁷⁾ G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*..., *cit.*, 355 y 356.

paterfamilias entre los *sui*; el *heres* ocuparía el lugar del difunto en la jefatura espiritual y religiosa del grupo y no adquiriría patrimonio alguno ni *potestas* sobre los miembros de la familia, porque — adhiriéndose ahora a las teorías realistas — todos los hijos devenían *sui iuris*, ostentando plena independencia jurídica y formando, desde el punto de vista económico, el *consortium ercto non cito*, que se mantendría hasta el momento en que, a petición de cualquiera de ellos, se procedía a la partición.

La organización social básica para el autor era la *domus*, organismo de carácter quasi — monárquico presidido por la autoridad despótica del *paterfamilias*, único con autonomía jurídica ⁽⁷⁹⁾; la preocupación esencial en ese organismo era la conservación del grupo como tal y no de los miembros que lo componían y, por tanto, las consecuencias de la muerte del *pater* dentro de la *domus* eran graves para el grupo familiar. La solución romana — original como muchas instituciones, según el autor — consistió en la designación de un *heres* por el *de cuius* en testamento ⁽⁸⁰⁾; de ahí que todo el derecho sucesorio de la época arcaica se encuentre dominado por la noción de *heres* ⁽⁸¹⁾.

El régimen patrimonial se regía por otras reglas: “*celui qu'on appelle la succession ab intestat*” ⁽⁸²⁾. El testamento tendría como función exclusiva la designación

⁽⁷⁸⁾ H. LEVY-BRUHL, *La fonction...*, cit., 142 ss.; *La tutelle...*, cit., 318 ss.; *Intestatus*, cit., 543 ss.; y sobre todo *Heres*, cit., 136 ss.

⁽⁷⁹⁾ H. LEVY-BRUHL, *Heres*, cit., 139.

⁽⁸⁰⁾ Por ello, LEVY-BRUHL entiende que el testamento y la arrogación poseían una identidad funcional: elegir a un heredero; el testamento se encaminaba a designar a un heredero entre los *sui*; la arrogación servía para designar heredero en caso de que el *paterfamilias* careciera de *sui*. H. LEVY-BRUHL, *Heres*, cit., 142 y 150.

⁽⁸¹⁾ El *heres* tenía que haber sido elegido por el *de cuius* entre el grupo de los *sui*, porque iba a ocupar la jefatura espiritual de la familia; debía ser varón, por el vínculo de la agnación y porque, según el autor, aunque la ley de las XII Tablas no estableciera distinción de sexos, siempre se utiliza en ella expresiones masculinas — *agnatus*, *suus*, etc. —; además, no podía ser impúber y, por último, la designación era siempre unipersonal porque “*des origines jusqu'à Justinien, la famille a toujours été un organisme dépendant d'une volonté unique*”. H. LEVY-BRUHL, *Heres*, cit., 146 y 147 y 155 a 157.

⁽⁸²⁾ El *heres* era, pues, un jefe, un *primus inter pares*, pero esa cualidad no le reportaba ninguna ventaja material: resultaba más una autoridad moral que jurídica, derivada del prestigio, de su *auctoritas*. El autor entiende que la expresión “*si intestato moritur*” de las XII Tablas “*a pour objet de fixer la dévolution du patrimoine au cas où le groupe se disloque, faute d'heres désigné*”. Sostiene que la distinción entre sucesión testamentaria y *ab intestato* adquería un aspecto diferente: “*la succession soit dite testamentaire ou ab intestat, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent à la distribution du patrimoine*” y por ello afirma que “*le testament ne vise que la désignation de l'heres, et il n'y a pas d'autre moyen d'y pro-*

de un *heres*, siendo completamente extraño a la devolución de los bienes que se realizaba por un acto distinto — *mancipatio familiae* —; estos dos actos estaban situados en planos diferentes y, por tanto, no se excluían entre sí (83).

Dentro de las teorías eclécticas, algunas acuden a motivos de orden religioso para explicar la sucesión *mortis causa* en época arcaica. En esta línea, DE COULANGES (84) entiende que los hijos son los continuadores naturales del culto familiar, lo que llevaba aparejado que también fuera el heredero natural de los bienes; de ahí su idea de que una familia que se extingue es un culto que muere (85).

En esta línea, GANDOLFI (86) explica la sucesión primitiva a través de la evolución que sufre el régimen de los *sacra*. Según el autor, en el antiguo derecho consuetudinario, el culto a los *sacra* era una obligación que pesaba sobre los descendientes, constituyendo un deber tradicional que toda familia debía proteger; sin embargo, posteriormente, los pontífices encomendaron el deber de culto al heredero (87). Con la *mancipatio familiae* y la imposición del

céder; le partage égalitaire, de son côté, est le mode exclusif de dévolution du patrimoine". H. LEVY-BRUHL, *Heres, cit.*, 161.

(83) H. LEVY-BRUHL, *Heres, cit.*, 169. Según el autor "*la mancipatio familiae a été inventée pour permettre au de cuius d'échapper à la règle de stricte égalité dans la dévolution de son patrimoine. Elle n'est pas un testament. Elle est visée par la loi des XII Tables dans la règle: "uti legassit..."*". Elle peut être pratiquée par un Romain qui a déjà testé". Vid. H. LEVY-BRUHL, *Heres, cit.*, 171.

(84) C. FOUSTEL DE, *La cité antique. Etude sur le culte, le droit et les institutions*, Paris, 1970, 80 ss.

(85) Se adhiere, pues, a tesis de la originaria delación intestada porque la sucesión no podía disponerse al arbitrio del *paterfamilias*, ya que ésta se regía por un orden superior — la religión — que el *pater* no podía desconocer. El derecho natural y las creencias religiosas imponían que el *pater* no pudiera despojar a los *sui* por su propia voluntad de la herencia y tampoco podía disponer libremente de los bienes porque su propiedad pertenecía a la familia. En la misma línea, MAY (*Elements de Droit Romain*, Paris, 1923, 517 ss.) también entiende que el *paterfamilias* es un simple administrador de los bienes que pertenecen a la familia, sin que tuviera posibilidad de disposición de los mismos; por ello, el testamento es un acto extraño, en su origen poco corriente, aunque desde las XII Tablas se generalice.

(86) G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della "hereditas" alla luce del regimen dei "sacra"* (*Cic., De legibus*, 2, 19-20, 47-49), en *SDHI*, XXI, 1955, 223 ss.

(87) Posteriormente, con la introducción de la *mancipatio familiae*, los pontífices gravaron con el deber de culto también, por vía subsidiaria, a aquellos que recibieran más de la mitad del patrimonio. Para GANDOLFI, el desarrollo que se observa respecto del

deber de mantener los *sacra* sobre la persona que recibía una determinada cantidad de bienes, ésta obligación se desvincula definitivamente de la familia e incluso del heredero; así, los *sacra* — deber esencialmente familiar — se relacionará con la *pecunia* — entidad patrimonial —, siendo una carga económica que debía acoger aquél que recibiera bienes del difunto ⁽⁸⁸⁾.

La evolución de la obligación de cultivar los *sacra*, revela, según GANDOLFI, que, en época arcaica, la sucesión en el patrimonio se reservaba a los descendientes, teniendo la herencia carácter exclusivamente familiar ⁽⁸⁹⁾; de ahí la prioridad histórica de la sucesión legítima sobre la testamentaria y de ahí también que el antiguo testamento fuera una *adrogatio*: si la sucesión se reservaba a los descendientes resulta lógico pensar que el testamento constituyera un acogimiento de una persona extraña en el seno de la familia, reservando la *mancipatio familiae* para realizar cualquier disposición de carácter únicamente patrimonial.

II — POSIBLE ESTRUCTURA DE LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN DERECHO ARCAICO

El punto de partida para estudiar la estructura de la sucesión *mortis causa* en derecho arcaico son los fragmentos 4 y 5 de la Tabla 5; en ellos — con independencia de las polémicas doctrinales acerca de la versión que puede consi-

culto a los *sacra* familiares se encuentra directamente relacionado con la evolución de la herencia: si los pontífices, en un determinado momento, obligan al heredero a mantener el culto, ello quiere decir que éste podía no ser un descendiente, ya que, de ser uno de ellos carecería de sentido la mencionada disposición pontifical. G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione...*, cit., 242.

⁽⁸⁸⁾ G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione...*, cit., 243 y 244.

⁽⁸⁹⁾ Según GANDOLFI, el carácter familiar de la antigua sucesión romana encuentra confirmación en dos elementos: el *ius sepulchri* — junto con la distinción entre sepulcros familiares y hereditarios — y el patronato. El autor sostiene que, en tiempos arcaicos, el sepulcro familiar se transmitía al heredero, pero no como heredero sino como descendiente; posteriormente, cuando se introduce la figura del *heres extraneus*, se tiene que crear un instituto análogo para éste, porque a él no le era transmisible el sepulcro familiar. El segundo elemento es el patronato: “*esso rimane costantemente svincolato dall’eredità e mantiene sempre il suo carattere familiare*” y ello solo se explica para una época en la que heredero y descendiente coincidían. Vid. G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione...*, cit., 245 y 246. Vid. también E. ALBERTARIO — a quien GANDOLFI sigue en sus tesis — en *Sul contenuto del “ius sepulchri” nel diritto romano*, en *RIL*, XLIII, 1910, 583 ss.; y “*Sepulchra familia-*

derarse auténtica — se reflejan claramente dos premisas: por un lado, que la única situación sucesoria que necesitaba regulación era cuando un *paterfamilias intestato moritur y suus heres nec escit*; por otro, que no se establecía ningún orden sucesorio de llamamiento ⁽⁹⁰⁾, porque la norma se limita a señalar que personas recibirían la herencia en el supuesto regulado. Partiendo de estas dos premisas cabe inferir que, tanto la sucesión de los *heredes sui*, como la de los designados en testamento constituían supuestos sucesorios habituales; de ahí que la ley de las XII Tablas no haga referencia a ellos ya que, en estos casos, se debía conocer perfectamente la trayectoria a seguir, no siendo necesaria su especificación ⁽⁹¹⁾.

Por lo que respecta a la sucesión de los *heredes sui*, no sólo constituía la norma consuetudinaria vigente en época decemviral ⁽⁹²⁾ sino que, posiblemente, fuera la que prevaleciera en esta época, teniendo en cuenta la estructura de la familia romana. A este respecto, se debe recordar que incluso los defensores de la tesis soberanista aceptaron la preeminente posición que ostentaban los *heredes sui*, reconociendo implícitamente su derecho natural a la sucesión. Este reconocimiento, a nuestro juicio, evidencia que el derecho sucesorio de los *sui* era natural, originario y preexistente a cualquier designación que el *pater* pudiera realizar en testamento.

Para situar exactamente el ámbito en el que se desarrollaba la sucesión, por tanto, cabe preguntarse quienes conformaban el grupo de los *heredes sui* ⁽⁹³⁾. Prescindiendo de la polémica doctrinal suscitada en torno a la estruc-

raia” e “*sepulchra hereditaria*”, en *Il Filiangieri*, XXXV, 1910, 494 (= en *Studi di diritto romano*, II, 29 ss.).

⁽⁹⁰⁾ A este respecto, vid. L. AMIRANTE, *Sulle 12 Tavole. Un'ipotesi di lavoro: le “sequenze” e l'ordine delle norme decemvirali*, en *INDEX*, XX, 1992, 205 ss.

⁽⁹¹⁾ No hay que olvidar que la ley de las XII Tablas no constituye una reglamentación completa del sistema jurídico vigente, sino que constituía una serie de prescripciones, muy sencillas en su estructura y bastante concisas; por ello, instituciones esenciales del derecho arcaico ni siquiera se mencionaban o se regulaban de forma incidental. Vid a este respecto, P. JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho Privado*, cit., 32. V. ARANGIO-RUIZ (*Storia del diritto romano*, Napoli, 1957, 78 ss.).

⁽⁹²⁾ Gai 3, 1. — *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent*. Vid. S. HERBERT, *Ueberlieferung, aufbau und stil von Gai Institutiones*, en *IURA*, XXXII, 1981, 254; J. GAUDEMET, *Tentatives de systematisation du droit a Rome*, en *INDEX*, XV, 1987, 87; M. MEINHART, *Die datierung des Sc. Tertullianum, mit einem beitrage zur Gaiusforschung*, cit., 127 y 131.

⁽⁹³⁾ P. VOCI, *Diritto ereditario...*, I, cit., 402. VOCI entiende que resulta bastante

tura originaria de la familia romana ⁽⁹⁴⁾, parece unánimemente admitido que ésta se presentaba como un complejo de personas unidas fuertemente entre sí por medio del vínculo de agnación y cohesionadas en torno a la autoridad de un jefe o *pater*, único a quién la sociedad reconocía capacidad para relacionarse dentro de ella; así se desprende de D. 50, 16, 195, 2:

D. 50, 16, 195, 2. — (ULPIANUS, libro XLVI, ad edictum.). — *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut*

improbable que las XII Tablas especificaran que personas estaban incluidas o excluidas del grupo de los *sui* cuando ni siquiera mencionaban su derecho a la sucesión.

⁽⁹⁴⁾ Las dos posiciones doctrinales enfrentadas acerca de la estructura de la familia arcaica son, por un lado, la concepción política de BONFANTE y, por otra, la patrimonialista. La concepción bonfantiana, comparando la *familia* con el derecho público romano, entiende que tanto ésta como la *gens* tendrían idéntica estructura y finalidad a la de la *civitas*; lo único que las diferenciaba era el menor grado de complejidad en su organización. Sostiene el autor que, al igual que la comunidad está supeditada a la autoridad del *rex*, la familia está sometida a la soberanía del *pater*, investido de un poder tan sólo limitado por los *mores*. La nota de exclusividad que distingue a la ciudadanía romana constituye un elemento característico en la familia: si alguien entraba a formar parte de una sociedad doméstica debía renunciar a la de origen; además, cada familia tenía sus propios cultos, ritos, divinidades, sacerdote y jefe político, que se confundían en una persona, como ocurría con el *rex* que a la vez es el sumo pontífice. Vid. P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove...*, cit., 18 ss. Seguidores de BONFANTE son, entre otros, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 198 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis Romae*, en *SDHI*, 1959, 126 ss.; GALLO, *Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*, en *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, 195 ss.; E. SACHERS, *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der Klassischen Zeit*, en *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, 310 ss.; G. LEPOINTE, *Le groupement "familiae", unite juridique dans l'ancien droit romain*, en *RHD*, XXXII, 1954, 459 ss.; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, 198 ss.; J. DENOYEZ, *Le "paterfamilias" et l'évolution de sa position*, en *Synthese Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 441 ss.; E. BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*, en *SDHI*, XVIII, 1952, 241 ss. En contra de la posición de BONFANTE, entendiendo que la familia se encuentra unida por intereses económicos y sociales, entre otros, G. I. LUZZATO, *Le organizzazioni preciviche...*, cit., 55 ss.; *Rilievi critici in tema di organizzazione preciviche*, en *Studi Cicu*, I, Milano, 1952, 457 ss.; U. COLI, *Regnum*, en *SDHI*, XVII, 1951, 15 ss.; P. VOCI, *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, en *SDHI*, XIX, 1953, 307 ss.; R. AMBROSINO, *In iure cessio hereditatis*, cit., 80 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La genti e la città*, cit., 15 ss. Acentuando la estructura económica de la familia como pequeño grupo rural, M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, cit., 37 ss.;

natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente prodi sunt.

El núcleo familiar — *familia proprio iure* — comprendía todas aquellas personas sometidas a la potestad del *paterfamilias*; *status* éste que no se adquiría únicamente de forma natural, sino también mediante algunos actos jurídicos — *conventio in manu*, *adoptio* o *adrogatio* — que posibilitaban la entrada en la familia a sujetos extraños a ella.

El conglomerado heterogéneo de personas que conformaban el grupo familiar encontraba su punto de unión en la figura del *paterfamilias* ⁽⁹⁵⁾, que mantenía la cohesión y el orden entre sus miembros. Para ello, la *potestas* debía ser ejercida de forma casi absoluta y de ahí que el *pater* tuviera reconocidos algunos derechos sobre los *filiifamilias* — *ius exponendi*, *ius vendendi*, *ius noxae et dandi* e, incluso, *ius vitae et necis* — que sólo se encontraban limitados por principios y reglas morales o religiosas, basadas en la *pietas*. Sin embargo, la necesidad de estar integrado en una familia para ser aceptado socialmente ⁽⁹⁶⁾ justificaba sin duda

y G. PUGLIESE, *Aperçu historique de la famille romaine*, en *Annali della Facolta de Droit Istanbul*, III, 1954, 11 ss.

⁽⁹⁵⁾ D. 50, 16, 195, 2. — (ULPIANUS, libro XLVI ad Edictum). — ... *familiam dicimus plures personas, quodae sunt sub unius potestate...* Como pone de manifiesto GUARINO, “la parentela naturale tra i membri della “familia” aveva un rilievo puramente sociale. Dal punto di vista del diritto rilevava essenzialmente la dipendenza dei componenti dal “pater-familias”. A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 1970, 275.

⁽⁹⁶⁾ Conviene no olvidar que, en todas las sociedades de la Antigüedad, para que se produjera la aceptación social de un individuo, no bastaba el nacimiento sino que debía estar integrado en una familia. Así, en Atenas, el hijo legítimo debía ser presentado por sus padres, cuando cumplía cuatro años, a la comunidad gentilicia denominada *fratría* y eran éstos quiénes, tras la deliberación y votación, admitían o rechazaban al nuevo miembro. La admisión del niño en la *fratría* era imprescindible para que, cuando cum-

que la situación de subordinación de los *alieni iuris* — tanto en el plano personal como en el patrimonial — no sólo se tolerase, sino que se hiciera indispensable para gozar de privilegios y prerrogativas — entre ellas el derecho a la herencia — inalcanzables para los que no poseían ese *status*.

Ulpiano afirma en D. 50, 16, 195, 2 que la *familia proprio iure* estaba formada por progenitores, hijos, nietos y demás descendientes, siendo su sede la *domus* ⁽⁹⁷⁾, que, a la muerte del *pater*, se descomponía en tantas familias como hijos existieran. De esta escisión procedía la *familia communi iure*, cuyo vinculo era que todos sus miembros *sub unius potestate fuerunt* y, por ello, *recte eiusdem familiae appellabuntur* ⁽⁹⁸⁾. Esta noción amplia de familia, constituida por todos los agnados ⁽⁹⁹⁾, será, a nuestro juicio, la base del *consortium ercto non cito*, al que se hará referencia más adelante ⁽¹⁰⁰⁾.

pliera la mayoría de edad, fuera admitido en el demos o asamblea general y pudiera ejercitar sus derechos como ciudadano ateniense. Vid. a este respecto, F. MILAZZO, *Società e diritto nell'epoca decemvirale*, en *IURA*, XXXV, 1984, 230 ss.; y F. PRIETO, *Historia de las ideas y de las formas políticas, I, Edad Antigua*, Madrid, 1990.

⁽⁹⁷⁾ Isid. Sev., *Etymolog.*, 9, 4, 3. — *Domus unius familiae habitaculum sicut urbs unius populi*.

⁽⁹⁸⁾ En las fuentes literarias aparecen casos de familias compuestas por dieciséis varones de varias generaciones que convivían en el mismo grupo: Val. Max., 4, 4, 8. — *Quid Aelia familia, quam locuples xvi eodem tempore Aeli fuerunt, quibus una domuncula erat eodem loci, quo nunc sunt Mariana monumenta, et unus in agro Veiente fundus minus multos cultores desiderans quam dominos habebat inque circo maximo et Flaminio spectaculi locus. quae quidem loca ob uirtutem publice* *donata* *possidebant.*

Vid. también Plutarco, *Paul. Aem.*, 5, 4 y 28, 12. No obstante, existen autores que han negado la existencia de la *familia communi iure*. A este respecto, vid. S. PEROZZI, *Parentela e gruppo parentale*, en *BIDR*, XXXI, 1921 (= *en Scritti giuridici*, III, Napoli, 1948, 3 ss.); y P. BONFANTE, *Corso...*, I, *cit.*, 153 ss.

⁽⁹⁹⁾ El problema de la extensión generacional de la *familia communi iure* ha sido resuelto por P. DE FRANCISCI (*Primordia civitatis...*, *cit.*, 150 ss.), al afirmar que ésta se extendía hasta la tercera generación, última que tenía obligación de conservar los *sacra* y que podía usar el pronombre del padre, del abuelo y del bisabuelo en los documentos oficiales. Así se desprende de un testimonio de Festo: Fest., sv. *Parens*, 247: *Parens vulgo pater aut mater appellatur, sed iuris prudentes avos et proavos, avias et proavias parentum nomine appellari dicunt*. Las inscripciones de los sepulcros también hacen referencia a tres generaciones en línea recta y seis grados en línea colateral. Avalan esta posición doctrinal otros textos como D. 38, 10, 4, pr.; D. 38, 10, 10, 18; y Cic., *De off.*, 1, 54. En contra, S. PEROZZI (*Parentela...*, *cit.*, 92 ss.) sostiene que no existe límite generacional en la *familia communi iure* y se basa en algunos textos que no establecen limitación alguna de grado para la agnación: entre otros, Gai, 1, 156 y 3, 10; D. 38, 16, 2, 1; I. 1, 15, 1; I. 3, 2, 1; D. 38, 10, 10, 2.

⁽¹⁰⁰⁾ A favor de la existencia del *consortium*, D. DAUBE, “*Consortium*” in *Roman and*

La *familia proprio iure*, sin embargo, será la que *et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere*; en este mismo sentido se pronuncia Gayo en *Institutiones*, I, 127 ⁽¹⁰¹⁾, al afirmar que, muerto el *paterfamilias*, los descendientes que se encontraban sujetos a su potestad directa pasaban a ser *sui iuris*. Estos descendientes, sometidos en el momento del fallecimiento del causante directamente a su *patria potestas* ⁽¹⁰²⁾ serán, pues, los *heredes sui* a los que hace referencia la Tabla 5, 4 ⁽¹⁰³⁾, los que permitirán la continuidad y supervivencia del grupo familiar.

Hebrew Law”, en *The Juridical Review*, LII, 1950, 71 ss.; A. TORRENT, *Corsortium...*, cit., 479 ss.; S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, en *Atti e Memoriae Accad. Toscana*, XL, 1975, 133 ss. En contra, B. ALBANESE, *La successione ereditaria...*, cit., 94 ss. Vid. además V. ARANGIO-RUIZ, *Gayo III, 154 a) y b)*, en *Papiri greci e latini*, XI, n. 1182, Florencia, 1933; R. MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933; P. FREZZA, *Il consortium ercto non cito*, en *Rivista Filologica e Classica*, XII, 1934, 27 ss.; P. COLLINET, *Les nouveaux fragments de Gaius*, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XXV, 1934, 102 ss.; F. DE ZULUETA, *The new fragments of Gaius*, en *JRS*, XXIV, 1934, 168 ss.; S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, II, en *Volume per il XIV Centenario delle Pandette e del Codice Giustiniano*, Padova, 1934, 444 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Neue Bruchstücke ausden Institutionem des Gaius*, en *ZSS*, LIV, 1934, 287 ss.; S. SOLAZZI, *Societas e communio*, en *Atti della Reale Accademia di Napoli*, LVII, 1935, 76 ss.; C. A. MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935; H. LEVY-BRUHL, *Le “consortium” artificiel du Nouveau Gaius*, en *Nouvelles études*, Paris, 1947, 51 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 4 ss.; W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische “Consortium”*, en *Annali della Facoltà di Droit di Istanbul*, IV-V, 1955, 56 ss.; M. BIANCHINI, *Studi sulla “societas”*, Milano, 1967, 51 ss.; D’ORS, *“Societas” y “consortium”*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Cataluña*, II, 1977, 33 ss.; O. TELLEGEN, *Was there a “consortium” in Pliny’s Letter VIII 18?*, en *RIDA*, XXVII, 1980, 295 ss.; y F. GENNARO, *Ancora sul “consortium”*, en *LABEO*, XXXVII, 1991, 269 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Gai, 1, 127. — *Hi uero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt...*

⁽¹⁰²⁾ En palabras de Gayo los *liberi qui in potestate morientis fuerunt*. Gai, 3, 2. — *Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt, ueluti filius filiaue, nepos neptisue ex filio, pronepos proneptisue ex nepote filio nato prognatus prognataue. Nec interest, utrum naturales sin liberi an adoptiui*. También la literatura de la época anterior a la decemviral corrobora el concepto de *suus* como el hijo *in potestate*, manteniéndose la noción en la etapa de las XII Tablas. Significativa a este respecto resulta la definición de *familiae* ofrecida por Ulpiano en D. 50, 16, 195, 2, ya citado. Vid. también Plaut., *Bacch.*, 1, 196 y ss.; Liv., 41, 8, 9-10-12.

⁽¹⁰³⁾ En el momento del fallecimiento del causante el vínculo potestativo entre heredero y *de cuius* debía ser directo, sin persona intermedia. Gai, 3, 2. — *Ita demum tamen nepos neptisue et pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione*.

La absoluta sumisión que el descendiente tenía en vida del *pater*, por tanto, le garantizaba a su muerte una posición especial en la herencia de éste frente al resto de personas, posición que le venía concedida por depender de ellos la perpetuidad de la familia, el culto a *sacra*, el cumplimiento del ritual funerario, la ceremonia de purificación de la casa familiar, etc. ... Los *heredes sui*, a la muerte del *pater*, pasarán a formar familias independientes, pero siempre mantendrán un vínculo de unión — haber estado sometido a una misma potestad paterna en el pasado — que supondrá el nacimiento de la *familia communi iure*.

Parece difícil aceptar la idea de que un grupo fuertemente unido bajo la autoridad *paterfamilias* pudiera descomponerse a su fallecimiento; en efecto, se debe tener en cuenta que los vínculos que subyacían en la familia romana arcaica eran más complejos que los lazos meramente generacionales, ya que también existían intereses sociales, económicos y religiosos, que hacían que funcionara como una sociedad donde cada miembro ocupaba una posición específica y desarrollaba una tarea determinada. Esta tensión entre la tendencia a la dispersión de la familia — debido a la formación de distintas familias a la muerte del *pater* — y al mantenimiento de la unidad — por la existencia de una peculiar sociedad con sede, bienes y tareas comunes —, a nuestro juicio, encuentra explicación si se distinguen de dos vertientes en la sucesión: la personal, en la que cada miembro adquiere el *status* de *sui iuris* pasando a formar una familia independiente con sus descendientes; y la económica, en la que estos mismos descendientes — ya como familias independientes — permanecerían unidos bajo la figura del *consortium ercto non cito* ⁽¹⁰⁴⁾.

Nam si per id tempus quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus. Vid. también Gai, 2, 156; D. 38, 16, 1, 4; y I. 3, 1, 2.

⁽¹⁰⁴⁾ Entre la abundante literatura que ha estudiado el *consortium ercto non cito*, vid. P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, en *RISG*, VII, 1932, 3 ss.; IDEM, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, en *RISG*, VIII, 1933, 412 ss.; R. MONIER, *Les nouveaux fragments*, *cit.*, 15 ss.; C.W. WESTRUP, *Introduction to early Roman Law, II, Joint family and family property*, Copenhagen-London, 1934, 73; V. ARANGIO-RUIZ, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius*, en *Al Quanon wal iqtisad*, IV, 1934, 65 ss.; IDEM, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, en *BIDR*, I, 1934, 571 ss.; P. COLLINET, *Les nouveaux fragments*, *cit.*, 65 ss.; P. FREZZA, *Il "consortium ercto non cito"...*, *cit.*, 27 ss.; S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, II, *cit.*, 530 ss.; E. ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio*, en *Volume per il XIV Centenario delle Pandette e del Codice Giustiniano*, Padova, 1934, 507 ss.; IDEM, *Appunti sul "consortium" familiare romano*, en *Rivista di diritto commune*, XXXII, 1934, I, 227 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Neue Bruchstücke...*, *cit.*, 258 ss.; F. DE ZULUETA, *The news fragments...*

El *consortium inter fratres* aparece reflejado en las fuentes sobre todo en dos fragmentos, uno de Paulo en el Digesto y otro de Gayo en las Instituciones; en ellos se afirma que entre los *heredes sui* se formaba una legítima y *naturalis societas*, denominada *erctum non citum*, al ser considerados *quodammodo domini* del patrimonio familiar; por ello, afirma Paulo, no puede entenderse que *post mortem patris hereditatem percipere*, sino que *liberam administrationem consequuntur*.

GAYO, III, 154 a). — *Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur “erctum” non “citum”, id est dominium non divisum* ⁽¹⁰⁵⁾.

D. 28, 2, 11. — (PAULUS libro II ad Sabinum). — *In suis hereditibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur; unde etiam filius familias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere*

cit., 168 ss.; S. SOLAZZI, “Societas” e “communio”, *cit.*, 5 ss.; F. LANFRANCHI, *Appunti sul “consortium” familiare nei retori romani*, en *SDHI*, I, 1935, 374 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Gaio*, en *Pubblicazioni della Società Italiana di Papiri greci e latini*, II, 1935, 1 ss.; IDEM, “Societas re contracta” e “communio incidens”, en *Studi Riccobono*, IV, 1936, 355 ss.; F. WIEACKER, “Societas”. *Hausgemeinschaft und Erverbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, 5 ss.; G. GROSSO, *Problemi di origine e costruzione giuridica*, en *Studi Arangio-Ruiz*, I, 33 ss.; J. A. ARIAS RAMOS, *Los orígenes del contrato de sociedad: consortium y societas*, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, 149 ss.; S. SOLAZZI, “Tutoris auctoritas” e “consortium”, en *SDHI*, XII, 1946, 7 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Le consortium...*, *cit.*, 60 ss.; P. FREZZA, *L’istituzione della collegialità in diritto romano*, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, 507 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società...*, *cit.*, 4 ss.; W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis...*, *cit.*, 56 ss.; T. MARKY, *Societate ercto non cito*, en *Romanitas*, I, 1958, 51 ss.; M. BRETONE, “Consortium” e “communio”, en *LABEO*, VI-2, 1960, 163 ss.; A. TORRENT, *Corsortium...*, *cit.*, 479 ss.; *Venditio hereditatis...*, *cit.*, 46 ss.; O. TELLEGEN, *Was there a consortium...*, *cit.*, 295 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Aunque según BRETONE (“Consortium” e “communio”, en *LABEO*, VI, 1960-2, 163 ss.) “*chi per poco si soffermi su questo brano famoso non tarderà a trovare come, dal punto di vista sistematico, il nostro istituto si venga componendo con una certa difficoltà nel discorso del giureconsulto*”. Ya afirmó A. TORRENT (*Corsortium...*, *cit.*, 482) que el discurso se muestra coherente porque “*venía hablando de la sociedad consensual, y en un determinado momento de su exposición, recuerda que en otros tiempos (olim) existía otra forma de sociedad, el consortium, que Gayo llama societas ercto non cito*”. El *consortium*, continúa TORRENT,

videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur; hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.

La polémica doctrinal en torno al consorcio familiar se extiende a numerosos aspectos: características, naturaleza jurídica, divisibilidad, origen coactivo o contractual, régimen interno, etc. ... Incluso algunos autores han puesto en duda la genuinidad de los fragmentos citados ⁽¹⁰⁶⁾, negando otros ⁽¹⁰⁷⁾ su carácter jurídico por aludir los textos únicamente a aspectos sociales o éticos y expresarse de forma más metafórica que real ⁽¹⁰⁸⁾. Sin embargo, lo que no se encuentra discutido — ya fuera comunidad social, ética o jurídica — es su existencia en época arcaica; y es que numerosas fuentes jurídicas y extrajurídicas ponen de manifiesto la creación del *consortium* entre los hermanos a la muerte del *pater* ⁽¹⁰⁹⁾.

“no era un tipo de sociedad tal y como el la entendía, es decir, consensual”, por lo que Gayo viene a advertir que “la *societas ercto non cito* no es tal *societas* sino un *consortium* o comunidad de bienes de naturaleza familiar”.

⁽¹⁰⁶⁾ Entre otros, vid. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 231; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, *cit.*, 160 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria...*, *cit.*, 218 ss.; S. SOLAZZI, “*Quodam modo*” nelle istituzioni di Gaio, en *SDHI*, XIX, 1953, 124 ss.; y de forma más leve, E. RABEL, *Die Erbrechtstheorie Bonfantes*, en *ZSS*, L, 1930, 326 ss. En contra, defendiendo la genuinidad de los textos, F. WIEACKER, *Societas...*, *cit.*, 105; y E. LEIFER, *Suus heres und älteres Libraltestament*, en *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, 1939, 248.

⁽¹⁰⁷⁾ B. ALBANESE, *La successione ereditaria...*, *cit.*, 218 ss. y 238 y ss. En el mismo sentido, B. BIONDI, *Diritto ereditario...*, *cit.*, 40 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario...*, I, *cit.*, 35. BIONDI reconoce que Paulo se refiere al condominio familiar en tiempo presente con atenuaciones significativas — *nulla videtur hereditas, quasi domini essent, quodammodo domini, etc.* — que significan que el condominio familiar en época clásica era más bien una institución ético — social, y no jurídica, pero si que tenía un estricto carácter jurídico para el derecho arcaico.

⁽¹⁰⁸⁾ El consorcio ha tenido defensores incondicionales en la corriente doctrinal que sostiene que en derecho arcaico no existió sucesión en sentido propio sino la continuación en el dominio familiar. Vid., entre otros, C. W. WESTRUP, *Introduction...*, II, *cit.*, 73 ss.; y *Joint family and family property*, en *Studi Albertoni*, I, Padova, 1934, 167 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario...*, I, *cit.*, 33 ss.; B. BIONDI, *Diritto ereditario...*, *cit.*, 39 y 40; H. LEVY-BRUHL, *Neue Bruchstücke...*, *cit.*, 258 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, *cit.*, 3 ss.; A. TORRENT, *Corsortium...*, *cit.*, 479 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cabe destacar a Varrón que ponía de manifiesto que el fundo hereditario se llama *heredium* porque pertenecía a las sucesivas generaciones de descendientes: Varr.,

Parece evidente, en nuestra opinión, que Paulo no podía referirse en sentido técnico al funcionamiento del *consortium*, y ello sencillamente porque los hijos no tenían reconocidas facultades de administración en vida del *paterfamilias*, único que ostentaba capacidad jurídica. Ahora bien, que el jurista se expresara en sentido metafórico no empece el valor de sus afirmaciones: el discurso — no sólo de Paulo sino de Gayo — es coherente con la sociedad de esa época que — aunque fuera por motivos extrajurídicos — tendería siempre a la indivisión del patrimonio familiar. No se debe olvidar que la indivisión era sin duda la situación que beneficiaba al grupo ya que posibilitaba el mantenimiento de su fortaleza política y económica ⁽¹¹⁰⁾, mientras que la fragmentación ocasionaba siempre la pérdida de consistencia familiar, debilitándola en la sociedad ⁽¹¹¹⁾. Por ello, si bien es posible que el *consortium* se configurara más como una institución social que jurídica y que no existiera un régimen jurídico estable en su funcionamiento, a nuestro juicio, resulta más coherente esta idea de indivisión del patrimonio familiar que la de su dispersión ⁽¹¹²⁾.

De re rustica, 1, 10, 3. — ... *Bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt*, así como a Aul. Gel., *Notc. Att.*, 1, 9, 12. — *Omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod jure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito"*.

Vid. también Fest., sv. *erctum citumque*, 50. 72. — *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur*; Fest., sv. *Disertiones*, 50. 63. — *Disertiones divisiones patrimoniorum inter consortes*; Cic., *De Orat.*, 1, 56, 237. — *Quibus verbis erctum cieri oportet*; Cic., *In Verr.*, 1, 44, 113; y Serv., *Ad Aen.*, 8, 642; Plin., *Pan.*, 37, 2. Entre las fuentes jurídicas, aparte de Gai, 3, 154 a) y D. 28, 2, 11, vid. D. 25, 2, 1; Gai, 2, 157; *Paul. Sent.*, 4, 8, 6 (= *Coll.*, 16, 3, 6); I. 3, 1, 1, 3. —; I. 2, 19, 2. Por lo que se refiere a la bibliografía, vid. B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 9 ss.; M. BRETONNE, "Consortium" e "communio", cit., 163 ss.; D. STOJCEVIC, *Gens, consortium, familia*, en *Studi Volterra*, I, 1971, 425 ss.; S. TONDO, *Il consorzio...*, cit., 131 ss.; L. GUTIERREZ-MASON, *Del "consortium" a la "societas"*. 1. *Consortium ercto non cito*, 1987, 17 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Vid., entre otros, V. ARANGIO-RUIZ, *La genti e la città*, cit., 119; y E. ALBERTARIO, *Appunti sul "consortium" familiare romano*, en *Rivista di diritto commune*, XXXII, 1934, I, 227 ss.; en especial, 228. Respecto a la conveniencia política de mantener unida a la familia, vid., entre otros, DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit romain privé*, Paris, 1928, 11 ss.; R. MONIER, *Les nouveaux fragments...*, cit., 25; J. GAUDEMET, *Etude sur le regime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 13 ss.

⁽¹¹¹⁾ La calificación por Gayo como sociedad legítima y natural avala que el *consortium* entre los hermanos era la situación habitual. Vid. A. TORRENT, *Consortium...*, cit.,

La existencia de un consorcio familiar en vida del *pater*, como afirma VARELA ⁽¹¹³⁾, explica además la prevalencia de los *heredes sui* a su muerte, justificando que adquirieran la herencia *ipso iure* y sin poder renunciar a ella; incluso Gayo incide en la indivisión del dominio al afirmar que *id est dominio non diviso*. Ahora bien, esta afirmación no debe ser entendida en su literalidad ⁽¹¹⁴⁾ porque, aunque algunas fuentes avalan la indivisión ⁽¹¹⁵⁾, lo cierto es que otras presentan como situación normal la división del patrimonio familiar ⁽¹¹⁶⁾. A nuestro juicio, las palabras de Gayo deben tomarse en

487; y E. ALBERTARIO, *Appunti sul "consortium"...*, *cit.*, 228.

⁽¹¹²⁾ En este sentido, O. KARLOWA, *Römisches...*, II, *cit.*, 143; PRINGSTHEIM, *Stephanos su D. 17, 2, 52, 6*, en ZSS, XLV, 1925, 492 ss.; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, 86; E. ALBERTARIO, *Appunti sul "consortium"...*, *cit.*, 227 ss.; IDEM, *I nuovi frammenti di Gaio*, *cit.*, 511; P. FREZZA, *Il "consortium ercto non cito"...*, *cit.*, 27 ss. En contra de esta opinión, entendiendo que el consorcio entre hermanos no tenía carácter coactivo, pudiendo disolverse, cabe destacar, entre otros autores, a C. A. MASCHI, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935, 23 ss., y A. TORRENT, *Corsortium...*, *cit.*, 485.

⁽¹¹³⁾ E. VARELA, *La escasa viabilidad*, *cit.*, 560.

⁽¹¹⁴⁾ La indivisión del consorcio se ha puesto en entredicho por algunos autores que han entendido que la expresión *dominium non divisum* parecía referirse a una división no provocada, entre otros, S. PEROZZI, *Parentela...*, *cit.*, 118 ss.; H. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrbundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (reimp. Aalen, 1963), 71 ss.; P. GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1929, 585, n. 5; J. GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 11; T. MARKY, *Societate...*, *cit.*, 51; B. ALBANESE, *La successione ereditaria...*, *cit.*, 142 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo...*, *cit.*, 230; A. TORRENT, *Corsortium...*, *cit.*, 484. Sin embargo, no han faltado posiciones defensoras de la necesaria permanencia en la indivisión del consorcio una vez que se había formado, pudiendo cita, entre otros autores, a PRINGSTHEIM, *Stephanos su D. 17, 2, 52, 6*, en ZSS, XLV, 1925, 492 ss.; E. ALBERTARIO, *Appunti sul "consortium"...*, *cit.*, 227 ss.; IDEM, *I nuovi frammenti di Gaio*, *cit.*, 468; P. FREZZA, *Il "consortium ercto non cito"...*, *cit.*, 27 ss.

⁽¹¹⁵⁾ El propio Gayo así lo manifiesta: Gai, 3, 154 a). — *...ercto non cito, id est dominio non diviso...* Vid. también Serv., *Ad Aen.*, 8, 642. — *Donatus hoc loco contra metrum sentit dicens: "citae", divisae, ut est iure "ercto non cito", id est patrimonio vel hereditate non divisa; nam "citus", cum divisus significat, ci longa est. Ergo citae veloces intellegamus;* y Aul. Gel., *Noct. Att.*, 1, 9, 12. — *Sed id quoque non praetereundum est, omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur "ercto non cito"*.

⁽¹¹⁶⁾ Quint., *Decl. Minor*, 321. — *Fratres consortes inimici esse coeperunt. Diviserunt...* LANFRANCHI, sin embargo, ha señalado la cautela con la que se debe tomar la afirmación de la división del consorcio, no sólo porque se trata de una fuente extrajurídica

el sentido de que lo habitual en época arcaica era que el consorcio no se escindiera, pero no que su partición estuviera vetada, puesto que parece extraño que las familias no contaran con algún medio que permitiera su separación en caso de que no quisieran mantenerse unidas. Resulta más lógico pensar que — a pesar de que lo habitual fuera que la familia permaneciera unida — existiera la posibilidad de escisión por acuerdo entre los consortes ⁽¹¹⁷⁾, ya que el caso contrario acarrearía problemas evitables. La propia terminología, como ha analizado TORRENT ⁽¹¹⁸⁾, parece avalar que la traducción más probable no fuera la de dominio indiviso sino la de dominio no provocado, porque *ercisco* significaría dividir o distribuir ⁽¹¹⁹⁾ y *cieo* — de la que deriva *citum* — provocar, poner en movimiento o excitar; por ello, concluye TORRENT, la interpretación más exacta de “*ercto non cito*” sería la de “división no provocada” ⁽¹²⁰⁾.

Con independencia de todo lo anterior, se debe tener en cuenta además que la ley de las XII Tablas regulaba la *actio familiae erciscundae* ⁽¹²¹⁾, reconociendo la posibilidad de división del *consortium* y permitiendo que las familias — ya independientes en el plano personal — lo fueran también en el plano económico. Este dato hace pensar, como afirma GIOFFREDI ⁽¹²²⁾, que debía estar permitida la escisión del consorcio ya que no parece viable que, si lo normal era que el patrimonio permaneciera indiviso, la ley de las XII Tablas rompiera esa costumbre abriendo la posibilidad contraria; seguramente ocurriría lo contrario, esto es, que debido al creciente número de miembros, surgieran cada vez más discrepancias entre ellos que provocaran su división, llegando a ser ésta la situación habitual ⁽¹²³⁾.

y, además, de época lejana a las XII Tablas — según el autor entre la segunda mitad del siglo I y primera mitad del siglo II d.C. —, sino también porque las declamaciones menores eran simples esquemas que no permiten extraer conclusiones seguras. Vid. F. LANFRANCHI, *Appunti sul “consortium”...*, *cit.*, 375 y n. 11 y 12.

⁽¹¹⁷⁾ La división tendría lugar, bien mediante acuerdo entre los consortes, bien mediante algún tipo de procedimiento establecido al efecto. Como afirma PEROZZI cuando autores como Gelio (Aul. Gel., *Noctt. Att.*, 1, 9, 12) afirman la inseparabilidad de la sociedad, no se pronuncian sobre su duración; por ello, pese a que probablemente lo normal fuera la inseparabilidad del consorcio, su permanencia sería en cualquier caso fijada por los consortes. Vid. las distintas opiniones en cuanto a la forma de realizar la división del *consortium*, V. ARANGIO-RUIZ, *La società...*, *cit.*, 6; y C. GIOFFREDI, *Diritto e processo...*, *cit.*, 230.

⁽¹¹⁸⁾ A. TORRENT, *Corsortium...*, *cit.*, 483.

⁽¹¹⁹⁾ I. 4, 6, 20; D. 10, 2, 1 pr.; Cic., *De orat.*, 1, 56, 237; Isid. Sev., *Etym.*, 5, 25, 9; Gai, 2, 219; Fest., *sv. erctum citumque*, 63. — *Disersiones divisiones patrimoniorum inter consortes*; 97. — *Inercta indivisa*.

Ahora bien, ya se ha mencionado que la escisión del consorcio no era la situación idónea para la familia, por lo que resulta lógico pensar que el *pater* pusiera remedio a esta dispersión del patrimonio familiar y la única forma de evitar ese fraccionamiento sería la designación de una persona que le sucediera a su muerte. Por ello, en el mismo acto que designaba heredero, el *pater* debía despojar a los *sui* de su condición natural de *heredes* ya que, en caso contrario, prevalecería su derecho originario a la sucesión ⁽¹²⁴⁾. No es de extrañar, pues, la rigurosidad en la aplicación del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* ⁽¹²⁵⁾: la preterición de los *sui* se castigaba con la nulidad *ab initio* del testamento ⁽¹²⁶⁾, decayendo cuantas disposiciones hubiera

⁽¹²⁰⁾ A. TORRENT, *Corsortium...*, cit., 484.

⁽¹²¹⁾ Vid. D. 10, 2, 1; y Gai, 4, 17 a).

⁽¹²²⁾ C. GIOFFREDI, *Diritto e processo...*, cit., 230.

⁽¹²³⁾ Vid. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo...*, cit., 230.

⁽¹²⁴⁾ Se debe advertir que ni la desheredación conseguía apartarles de algunos derechos como el patronato: Fest., 253. — *Patronus a patre cur ab antiquis dictus sit, manifestum: quia ut liberi sic etiam clientes numerari inter domesticos quodammodo possunt*. Vid. también Aul. Gel., V, 13, 4. — *Patrem primum, postea patronum proximum nomen habuere*.

⁽¹²⁵⁾ Para un análisis del principio, vid. C. LOPEZ-RENDO, *Fundamento de la regla "sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi" en el Ius civile*, Oviedo, 1991. Vid. D. 28, 2, 30. — (GAIUS libro XVII ad Edictum provinciale). — *Inter cetera, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, ne praeteritis istis rumpatur testamentum; namque filio, qui in potestate est, praeterito inutile est testamentum*; I. 2, 13, pr. — (DE EXHEREDATIONE LIBERORUM). — *Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit haec observatio, quam supra exposuimus. Sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patris filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum...*; Tit. Ulp., 22, 14. — *Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi, sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus*. Gai 2, 123. — *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio...* Vid. también Cic., *De orat.*, 1, 57, 241 y 1, 38, 175.

⁽¹²⁶⁾ D. 28, 3, 1. — (PAPINIANUS libro I. Definitionum). — *... aut nullius esse momenti, quum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est...*; Gai II, 123. — *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento exis-*

previsto el testador ⁽¹²⁷⁾ y procediéndose a la apertura de la sucesión intestada ⁽¹²⁸⁾.

Dejando a un lado el aspecto patrimonial de la sucesión, no se puede olvidar que, en derecho arcaico, la obligación de llevar a cabo las ceremonias de funeral y entierro del *pater*, así como el ritual de purificación de la vivienda familiar para que no resultara funesta ⁽¹²⁹⁾ recaía sobre los familiares, ya que de ellos dependía el mantenimiento del culto a los *sacra* ⁽¹³⁰⁾; la inexistencia

tere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio... Vid. también D. 28, 2, 30. — (GAIUS libro XVII ad Edictum provinciale). — ...*nam que filio, qui in potestate est, praeterito inutile est testamentum*; D. 28, 2, 31. — (PAULUS libro II ad Sabinum). — ... *si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum*; D. 28, 2, 29, 10. — (SCAEVOLA libro VI. Quaestionum). — *In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus...*

⁽¹²⁷⁾ J. MIQUEL, *Preterición y argumento histórico* (comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de PERALTA ESCUER, *Derecho y argumentación Histórica*, Lérida, 1999); A. TORRENT, *Sucesión testamentaria*, cit., 49 ss.; CAMACHO DE LOS RIOS, *Exheredatio. Aproximación a un proceso de recepción*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, 189 ss.; R. HERRERA CAMPOS-J. MARTOS CALABRUS, *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998; M. E. ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999.

⁽¹²⁸⁾ Como pone de manifiesto D. 28, 2, 28, a la muerte del *paterfamilias*, los *sui* sólo podían ser instituidos herederos en testamento o desheredados, porque en caso de que no estuvieran en ninguna de estas situaciones pasarían *ipso iure* a ser herederos *ab intestato*: D. 28, 2, 28, pr. — (TRYPHONINUS libro XX. Disputationum). — *Filius a patre, cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis, quam exheredationis; dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia, dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit...*

⁽¹²⁹⁾ Es el *heres* quién debe proveer el *funus ducere*, ceremonia de sepultura del *paterfamilias*, acto inicial del culto a los fallecidos y una de las partes más importantes en los *sacra*; tan relevante se consideraba el cumplimiento de estas ceremonias que el *heres* que no las llevaba a cabo era considerado *sacer*. Mart. Vict., 2470. — *Qui iusta defuncto non fecerint aut in faciendo peccaverint, his porca contrahitur, quam omnibus annis immolari oporteat, antequam novam quasi dapem mercant de segete capere*. vid. también Aul. Gel., Noct. Att., IV, 67; Cic., *De leg.*, 2, 22; y Caton, *De agr.*, 134.

⁽¹³⁰⁾ Fest., sv. *Everriator*. — *Everriator vocatur, qui iure accepta hereditate iusta facere defuncto debet: qui si non fecerit, seu quid in ea re turbaverit, suo capite luat. Id nomen ductum a verrendo. Nam exverriae sunt purgatio quaedam domus, ex qua mortuus ad sepulturam ferendus est, quae fit per everriatorem certo genere scoparum adhibito, ab extra verrendo dictarum*; Cic., *De leg.*, 2, 22, 57. — *Itaque in eo, qui in nave necatus, deinde in mare*

de *heredes sui*, por tanto, ocasionaría el incumplimiento de estos importantes rituales ⁽¹³¹⁾, además de extinguirse la potestad del *pater* al no convertirse en divinidad familiar ⁽¹³²⁾. En efecto, el culto a los antepasados era un deber tradicional de todas las familias porque el respeto que les debían y la protección que les proporcionaban ⁽¹³³⁾.

Teniendo en cuenta lo anterior, el *paterfamilias* que a su muerte dejara descendientes no debería preocuparse de todas estas circunstancias, resultando

proiectus esset decrevit P. Mucius familiam puram, quod os supra terram non extaret; porcam heredi esse contractam, et habendas triduum ferias, et porco femina piandum: si in mari mortuus esset, eadem praeter piaculum et terias; Persio, 6, 33. — Sed cenam funeris heres negleget iratus quod rem curtaveris. Cic., De leg., 2, 9, 22. — Sacra privata perpetua manento; Cic., De leg., 2, 19, 47. — De sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, perpetua sint sacra; Fest., 245. — Publica sacra quae publico sumptu pro populo fiunt, quaque pro montibus pagis curis sacellis; at privata, quae pro singulis hominibus familiis gentibus fiunt; Aul. Gel., Noct. Att., 14, 4, 4.

⁽¹³¹⁾ Como sostiene DE FRANCISCI, los pueblos de la Antigüedad consideraban que las almas insepultas no descansaban en paz; de ahí la obligación erga omnes de enterrar a cualquier difunto. Algunos textos literarios ponen de manifiesto el terror que se sentía si el cuerpo permanecía sin enterrar y, de hecho, uno de las más crueles impiedades que se podían cometer contra el enemigo era dejarle insepulto: Cic., Tuscul., 1, 16; Verg., Aen., 4, 620; 6, 371, 379 y 9, 213; Horat., Od., 1, 18; 23 y 24 a 36; Ovid., Fast., 5, 483; Ovid., Heroid., 10, 119 a 123; Plinio, Ep., 7, 27; Serv., Ad Aen., 3, 68; Plaut., Most., 3, 2; Quint., Decl., 5, 6; Cic., De leg., 2, 22, 59; Sen., Contr., 8, 4. Vid. P. DE FRANCISCI, *La legittimazione passiva...*, cit., 306 ss.

⁽¹³²⁾ El *paterfamilias* era el que se ocupaba del culto privado debido al poder sacerdotal que lo hacía representante de la familia delante de las divinidades familiares; éste poder se extendía desde los *auspicia privata* hasta el culto a los *manes*. Las ceremonias que se realizaban en el culto privado se encuentran descritas en algunos textos, entre otros, Cat., *De agric.*, 83 y ss.

⁽¹³³⁾ Vid. Cic., *De leg.*, 2, 22, 55. — *Maiores eos, qui ex hac vita migrassent, in deorum numero esse voluerunt.* Vid también Cic., *De leg.*, 2, 19-20, 47. — *Exposite haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur iuris consultorum libri. Quaeruntur enim, qui astringantur sacris. Heredum causa iustissima est; nulla est enim persona, quae ad vicem eius, qui e vita emigrarit, propius accedat: deinde, qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes; id quoque ordine est enim ad id quod propositum es, adcomodatum; tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae eius fuerint, quum moritur usu ceperit plurimum possidendo; quarto, qui si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet; extrema illa persona est, ut is, si qui ei, qui mor-*

poco probable que encargara esta tarea a un extraño cuando tenía en su casa a personas que le debían obediencia y respeto e incluso sumisión. Además, no se debe olvidar que la autoridad del *pater* tan sólo se encontraba limitada por los *mores* o costumbres de carácter ético — religioso ⁽¹³⁴⁾, que prescribían que el vasto poder del jefe familiar debía ejercitarse conforme a la justicia, exponiendo a la *ignominia* — sanción de extrema gravedad — al que violara éstos principios ⁽¹³⁵⁾. Debía, pues, considerarse contrario a estas costumbres que el *pater* despojara de la cualidad natural de sucesores que tenían los hijos para concedérsela a un extraño a la familia.

La cuestión, pues, es que ocurría en caso de que el *paterfamilias* no dejara *heredes sui* a su muerte. En nuestra opinión, el *paterfamilias* podía realizar dos actos, distintos, independientes y, además, no excluyentes: la *adrogatio* y el *testamentum in calatis comitiis* ⁽¹³⁶⁾. A pesar de que ambos se realizaban ante los comicios curiados ⁽¹³⁷⁾, el primero tenía por objeto la institución de un heredero mientras que el segundo trataba de integrar en la

tuus sit, pecuniam debuerit neminique eam solverit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit. G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione...*, cit., 242 a 244. Vid. también E. CASTELLI, *Il culto degli antenati e la successione nel diritto giapponese*, en *Il Filiangieri*, 1914, Gennaio-Febbraio, 5; y P. DE FRANCISCI, *La legittimazione pasiva...*, cit., 277 ss.

⁽¹³⁴⁾ G. PUGLIESE, *Istituzioni...*, cit., 99; P. DE FRANCISCI, *Storia...*, I, cit., 392; y M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1975, 10.

⁽¹³⁵⁾ P. DE FRANCISCI, *Storia...*, I, cit., 392. El autor pone de manifiesto que el *pater* no podía imponer pena alguna al hijo o a la mujer sin convocar el *consilium domesticum*, correspondiendo al censor la vigilancia del cumplimiento de esta obligación.

⁽¹³⁶⁾ En este sentido, P. BONFANTE, *Corso...*, I, cit., 20; G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus...*, cit., 353; P. DE FRANCISCI, *Storia...*, I, cit., 166; AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, I, Torino, 1966, 5 y 29; J. IGLESIAS, *Derecho romano*, cit., 592 y 593. Para la corriente doctrinal que identifica *adrogatio* y *testamentum in calatis comitiis*, la expresión *si intestatus moritur* de la Tabla 5, 4 no significaría que el *pater* habría muerto sin otorgar testamento, sino sin realizar la *testatio*, es decir, la *adrogatio* ante los comicios. Vid. entre otros, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, cit., 454; P. JÖRS-W. KUNKEL, *Derecho Privado*, cit., 438; U. COLI, *Il testamento...*, cit., 645. En este sentido, sosteniendo que el testamento comicial es una derivación de la *adrogatio*, C. W. WESTRUP, *La succession primitive...*, cit., 32; M. KASER, *Derecho Privado*, cit., 281; A. SEGRÉ, *Ricerche...*, cit., 40; V. ARANGIO-RUIZ, *La genti e la città*, cit., 577; A. TORRENT, *Venditio hereditatis...*, cit., 47; PAOLI, *Le testament "calatis comitiis" et l'adrogation d'Octave*, *Studi Betti*, III, Milano, 1962, 527 ss.; A. GUARINO, *Diritto Privato*, cit., 445, n. 45; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1989, 288 y 329, seguido por CASTRO SAENZ, *Sobre la naturaleza testada o intestada de la primitiva sucesión romana*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Vigo, 1998, 189 ss.

familia a uno o varios miembros que ocuparan la posición de hijo, nietos, bisnietos, etc. ...; la *adrogatio* implicaba un acto *inter vivos* con efectos en el mismo momento en que se llevaba a cabo, mientras que el testamento suponía un acto *mortis causa* con efectos *post mortem*; la *adrogatio* significaba la asunción de un extraño — de forma inmediata — en la familia del arrogante, que dejaba así de tener familia propia, mientras que en el testamento, el instituido heredero no pasa a integrarse en la familia del testador, ni en el otorgamiento ni en un momento posterior.

Resulta lógico pensar que en el supuesto de que un *paterfamilias* no tuviera descendencia natural, la *adrogatio* se presentara como la solución idónea, siendo seguramente el acto más extendido para solventar el problema sucesorio; de esa forma el *pater* conseguiría proveerse de un descendiente, que se convertiría inmediatamente en sucesor de derecho propio — *heres suus* — como si lo hubiera tenido de forma natural ⁽¹³⁸⁾ y no tendría necesidad de realizar testamento para nombrar a heredero alguno ⁽¹³⁹⁾. Por ello, a nuestro juicio, la expresión *intestato* de la Tabla V, 4 no puede significar que el *pater* no hubiera llevado a cabo la *adrogatio*, ya que el extraño a la familia se convertiría en *sui* una vez que se llevara a cabo la *adrogatio*, teniendo el *pater*, por

Vid., en especial, respecto al problema de las similitudes y diferencias entre *adrogatio* y *testamentum in calatis comitiis*, E. VARELA, *La escasa viabilidad...*, cit., 535 a 550.

⁽¹³⁷⁾ Así lo ponen de manifiesto las fuentes: Gai 1, 99; Tit. Ulp., 8, 3; Aul. Gel., *Noct. Att.*, 5, 19, 11; y Tac., *Hist.*, 1, 15.

⁽¹³⁸⁾ Por tanto, desde el momento en que se produce la *adrogatio*, el *pater* ya habría asegurado la sucesión; en las fuentes consta que la *adrogatio* implica la conversión del arrogado en sucesor necesario, como lo eran los hijos naturales: Gai, 1, 103. Vid. también Tit. Ulp., 8, 6; Aul. Gel., *Noct. Att.*, 5, 19, 6; Cic., *Pro domo*, 13, 34. Vid. también D. 7, 1, 2. — (GAIUS libro I *Institutionum*). — ... *Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse, et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur...*

⁽¹³⁹⁾ Así se pone de manifiesto por Cicerón: Cic., *De domo*, 13, 35. — ... *hereditatem nominis, pecuniae, sacrorum, secuta est*; Tac., *Hist.*, 1, 15. — ... *subolem in penatis adsciscere; quaerere successorem...* El arrogado debía abandonar los *sacra* de su *gens* y cultivar los de la familia adoptiva, tal y como se expone en un texto de Cicerón en el que se reprocha a Clodio, arrogado por Fonteio, que continúe cultivando los *sacra* de la *gens Clodia*, calificando Cicerón este acto una *perturbatio sacrorum* y una *contaminatio gentium*. Vid. Cic., *De domo*, 13, 35 y 44, 116.

⁽¹⁴⁰⁾ Por ello, cuando la citada Tabla hace referencia al *pater cui suus heres nec escit* debe entenderse como el que no tiene hijos naturales ni ha adoptado a ninguno, porque las XII Tablas conocían el *testamentum in calatiis comitiis* y porque el significado de *intes-*

tanto, a partir de ese momento, *heredes sui* ⁽¹⁴⁰⁾.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la *adrogatio* tenía una serie de inconvenientes, siendo el mayor de ellos que no podía llevarse a cabo en cualquier momento, sino que se exigía al arrogante que, bien por edad, bien por enfermedad, no pudiera tener hijos; en D. 1, 7, 15, 2, se establece claramente que el arrogante debía contar al menos con sesenta años, a no ser que tuviera alguna enfermedad o mala salud ⁽¹⁴¹⁾:

D. 1, 7, 15. — (*ULPIANUS libro XXVI ad Sabinum*). — *In arrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit, qui arrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa arrogandi, veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.*

Podía ocurrir, por tanto, que el *pater* no quisiera esperar a cumplir la edad de sesenta años para expresar su última voluntad o incluso que no encontrara a ninguna persona para ser arrogada — no hay que olvidar que ese acto implicaba la renuncia de la familia del arrogado y, precisamente la finalidad que perseguía el arrogante era que no desapareciera la suya —; de ahí que se ofreciera la posibilidad de que el padre realizara algunas prescripciones *post mortem* a través de un testamento otorgado ante el pueblo reunido en comicios: el *testamentum in calatiis comitiis*.

Los datos que ofrecen las fuentes respecto a que el testamento sólo podía otorgarse dos veces al año — cuando los comicios se reunían — hace pensar, a nuestro juicio, que éste tendría un carácter subsidiario, ya que ésta circunstancia pone de manifiesto que no era un acto que se realizara con frecuencia ⁽¹⁴²⁾. No se puede negar que el *testamentum* tuvo en derecho romano

tato parece quedar claro en las fuentes, como *qui, quum possent testamentum facere, testati non sunt* o como *omnino testamentum non fecit*. Aunque luego añada otras situaciones que también pueden comprenderse dentro del termino intestado, lo cierto es que el propio Ulpiano afirma que *intestati proprie appellantur*, es decir, como noción propia y originaria, manteniendo que eran aquellos que pudieron hacer testamento y no lo hicieron: D. 38, 16, 1, pr. — (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*). — *Intestati proprie appellantur, qui, quum possent testamentum facere, testati non sunt*; I. 3, 1, pr. — (*DE HEREDITATIBUS, QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR*). — *Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit.*

⁽¹⁴¹⁾ Aul. Gel., *Noct. Att.*, 5, 19, 5 a 10; 15, 27, 3; Gai, 1, 99 a 102; 2, 101 a 103; 3, 83; Tit. Ulp., 8, 3 a 6 y 22, 2. La exigencia de que el arrogante careciera de aptitud para tener hijos propios pone de manifiesto, una vez más, la prevalencia otorgada a los *heredes sui* sobre cualquier otra persona — D. 1, 7, 15, 2 ofrece incluso el razonamiento que

una relevancia que no puede equipararse a la de otros institutos ⁽¹⁴³⁾, pero posiblemente esa relevancia no fuera originaria sino que se fue adquiriendo progresivamente, por la propia evolución de las costumbres, la sociedad y la familia romana. Probablemente, en la sociedad arcaica sería considerado un recurso excepcional porque lo habitual sería la sucesión de los *heredes sui*.

En el supuesto de que se otorgara el testamento, éste serviría fundamentalmente para la designación del heredero del *paterfamilias*, esto es, la persona que recibiría el patrimonio de éste, pero también quien debería ocuparse de la continuidad del culto y de proveer los funerales y entierro del difunto, así como el ceremonial de purificación del hogar familiar. Por ello, a nuestro juicio, la designación de heredero seguramente no recaería en una persona completamente extraña a la familia, sino en alguien afín a ella; si era posible, probablemente se buscaría a alguien que tuviera antepasados comunes para que su designación como heredero no le supusiera una renuncia al culto de sus dioses familiares. Y esa persona no sería otra, en nuestra opinión, que uno o varios agnados, miembros de la *familia communi iure*.

Ahora bien, según la Tabla 5, 4, el agnado no tenía la cualidad de *heres*, porque únicamente tenía derecho al patrimonio del difunto ⁽¹⁴⁴⁾. La diferente forma que utiliza la citada Tabla para designar al *heres suus*, por un lado, y al agnado y gentil, por otro, no puede ser un olvido o una forma de evitar repeticiones; la calificación de *heres* que recae sobre el *suus* y que se omite tanto en agnados como en gentiles — de los que sólo se dice que *familiam*

justifica este requisito: *quia magis liberorum creationi studere debeat* —.

⁽¹⁴²⁾ E. VARELA, *La escasa viabilidad...*, cit., 550.

⁽¹⁴³⁾ Cicerón incluso llega a poner de manifiesto que es el acto más importante que realizaba el ciudadano romano (Cic., *Phil.*, II, 41). Vid también Quint., *Decl.*, 374, 78 y 308, 79, que afirma que la posibilidad que existía de expresar la última voluntad mediante el testamento era *solacium mortis*; Plaut., *Curculio*, 6, 22, 80, expresa que constituía un insulto el hecho de que un ciudadano *intestatus vivito*; Plin., *Epist.*, 8, 18, señala que los testamentos son espejos de las costumbres; Petron., *Satiricon*, 3, 141, 2, manifiesta que el testamento era consustancial a la esencia romana, que debía hacerse ante el pueblo, lo que denota su origen comicial.

⁽¹⁴⁴⁾ Entre otros, sostienen esta postura P. BONFANTE, en *Scritti giuridici*, I, 116; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, I, cit., 46 ss.; SANFILIPPO, *Corso*, cit., 31 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Heres*, cit., 152 ss.; G. FRANCIOSI, *L' "heres extraneus"...*, cit., 354 ss.; IDEM, *Clan gentilizio e strutture mongamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, II, Napoli, 1980, 113 ss.; y S. HARNARD, *Observations sur l'agnatio*, en *RIDA*, XXVII, 1980, 169 ss. Para una visión general de la sucesión intestada, vid. G. TURIEL, *La sucesión intestada en Derecho Romano*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, 63 ss. En contra de esta posición, manteniendo que la distinción *heredem*

habeto ⁽¹⁴⁵⁾ —, a nuestro juicio, tiene un significado relevante: sólo el *suus* era *heres* ⁽¹⁴⁶⁾; por ello, el agnado, para que fuera considerado *heres* del causante, debía realizar un acto formal y solemne — delante del pueblo que actuaría como testigo — comprometiéndose a cumplir con todas las obligaciones que le iban a incumbir como heredero.

La referencia al descendiente como *heres suus* en las XII Tablas implicaba también la existencia de un *heres extraneus*, que no podía ser otro que el designado en testamento, cobrando ahora también sentido la dicotomía "*si intestato moritur — cui heres suus non escit*", ya que, como indica FRANCIOSI, si el testamento tuviera por finalidad la designación de un *heres suus*, esa dicotomía carecería de sentido alguno, ya que no tener *heredes sui* implicaría necesariamente morir intestado. A nuestro juicio, el heredero testamentario no sería

esse — familiam no es relevante, entre otros, B. ALBANESE, *La successione ereditaria...*, cit., 159, n. 2, 207 y 271.

⁽¹⁴⁵⁾ El término *familia* en las XII Tablas se utilizaba para designar el patrimonio hereditario y con ese significado aparece también en numerosas fuentes literarias: Liv., 45, 40, 7. — ... *nominis, sacrorum, familiaque heredes...*; Cic., *De domo*, 13, 35. — *hereditates, nominis, pecuniae, sacrorum*; Cic., *De domo*, 21, 55. — ... *ut tibi... pecuniam, tibi familias comparent*; Cic., *De leg.*, 3, 3, 7. — ... *ensoris... familias pecuniasque censento*; Fest., *De ver sig.* — *Sine sacris hereditas... heres sic pecuniae ut etiam sacrorum...*; Cat., *De agric.*, 149, 2. — *Siquid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitrato resolvetur. Donicum pecuniam solverit aut satisfecerit, aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, peigneri sunt*; Aul. Gel., 1, 9, 12. — ... *quod quisque familiae, pecuniae habebat*; Aul. Gel., *Noct. Att.*, 1, 14. — ... *quid dixerit feceritque C. Fabricius, magna vir gloria magnisque rebus gestis, sed familiae pecuniaeque inps...*; Aul. Gel., *Noct. Att.*, 2, 24, 11. — ... *plerique in patrimoniis amplis elluarentur et familiam pecuniamque suam prandiorum (conviviorum) que gurgitibus proluissent...*; Tac., *hist.*, 3, 66. — *Nunc pecuniam et familiam et beatos Campaniae sinus promitti*; Tac., *hist.*, 4, 2. — *Is pecuniam familiamque e principis domo quasi Cremonensem praedam rapere*; Pet., *Sat.*, 141, 1. — ... *ex Africa navis, ut promiseras, cum pecunia tua et familia non venit*.

⁽¹⁴⁶⁾ Sobre las distintas acepciones de la expresión *suus heres*, vid. O. KARLOWA, *Römisches...*, II, cit., 2.880; G. LA PIRA, *La sostituzione pupillare*, en *Studi Bonfante*, III, Milano, 1930, 273 ss.; H. J. WOLF, *Die Pupillar substitution. Eine Untersuchung zur Geschichte des "Heres" — Begriffs und der römischen Rechtswissenschaft*, en *Studi Riccobono*, III, Palermo, 1936, 467 ss.; A. KIRK, *Suus heres*, en *ZSS*, LVIII, 1938, 161 ss.; E. LEIFER, *Altrömische Studien*. VI. "*Suus heres*" und älteres Libraltestament, en *Fs. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 233 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Observations...*, cit., 40 ss.; IDEM, *Heres*, cit., 137 a 175; N. LEPRI, *Ancora qualche parola...*, cit., 299 ss.; A. GUARINO, "*Sui*" e "*adgnati*"..., cit., 132 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, en *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, 416 ss.; SENN, *La notion d'"heres suus"*, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XXXVI, 1958, 59 ss.; A. MAGDELAIN, *Les mots...*,

uno de los *heredes sui*, porque en presencia de éstos el *pater* no estaría obligado a designar un continuador, pero tampoco sería una persona totalmente extraña a la familia, ya que las obligaciones que implicaba ser heredero de alguien eran demasiado relevantes para que pudiera asumirlas un extraño.

En definitiva, a nuestro juicio, la posibilidad de realizar testamento en presencia de *sui*, no es que se encontraba vetada en época arcaica, sino que parece más razonable que se recurriera al testamento cuando éstos no existían (147); por ello, la designación de un heredero debía recaer en una persona distinta de los *sui*, esto es, un extraño, pero a la vez afin al *paterfamilias* que, a nuestro entender, podría ser un agnado. No obstante, el agnado, al no ostentar la cualidad de *heres suus*, para que éste se comprometiera a continuar el culto familiar y, sobre todo, cumpliera con el ceremonial funerario impuesto por las costumbres, debía realizar un acto solemne encaminado a tal fin, delante del pueblo reunido en comicios que actuara como testigo del compromiso que el agnado adquiriría en ese momento.

cit., 159 ss. Vid. también algunas posiciones particulares sobre el *suus heres* en autores

