

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOZZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLI - Fascicolo 4 2019



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo*	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94
info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it
www.mucchieditore.it
facebook.com/mucchieditore
twitter.com/mucchieditore
instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).
Finito di stampare nel mese di dicembre del 2019.

Direttori

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

Comitato Scientifico

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma

Giuseppe Rivetti - Università di Macerata

Gianni Santucci - Università di Trento

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Carmelo Elio Tavilla - Università di Modena e Reggio Emilia

Redazione

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum - Avvocato del Foro di Roma

Dott.ssa Maria Teresa Capozza - “Lumsa” di Roma

Dott. Matteo Carnì - “Lumsa” di Roma

Dott. Manuel Ganarin - Università di Bologna

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini - Università di Bologna

Dott. Alessandro Perego - Università di Padova

Norme e criteri redazionali

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"); "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010⁴).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Miguel Herrero Medina

FUNCIÓN DE LAS PRIMITIVAS FORMAS TESTAMENTARIAS*

SOMMARIO: 1. Las formas testamentarias primitivas. – 2. Un testamento realizado ante los *comitia calata*. – 3. *Quando Rex Comitiavit Fas*. – 4. La función del testamento *calatis comitiis*. – 5. Una previsión de futuro para situaciones de peligro. – 6. El testamento *in procinctu*. – 7. A modo de conclusión.

1. *Las formas testamentarias primitivas*

De acuerdo con la interpretación doctrinal más extendida del primer sistema de sucesión hereditaria contemplado en la ley de las XII Tablas, originariamente se habría reconocido la prevalencia histórica de los denominados *sui heredes*. Estos ostentaban la condición de herederos naturales del *pater familias* porque se consideraba que estaban llamados a asegurar la continuidad familiar después de su fallecimiento.

Ahora bien, no deja de resultar sorprendente que existiendo esa preferencia por los *sui heredes*, en el tenor literal de una de las disposiciones decenvirales conservadas apareciera recogida la expresión «*si intestatus moritur*»¹. Con estas palabras se pone de manifiesto la existencia de un orden de llama-

* Contributo sottoposto a valutazione.

Este trabajo ha sido realizado en el contexto de las Ayudas para contratos de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid, convocadas por resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n° 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).

¹ Sobre la posible redacción original de la norma decenviral convencionalmente recogida en XII Tab. 5.4 se han conservado dos versiones distintas: la primera aparece recogida en dos obras de carácter retórico (*Rhet. ad Her.* 1.13.23; Cic., *De inv.* 2.50.148: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*), mientras que la segunda versión procede de obras de carácter puramente jurídico (*Tit. Ulp.* 26.1; *Collatio* 16.4.1: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*). En todo caso, como se puede observar, ambas redacciones comienzan con la proposición «*si intestato moritur*», que de manera indudable implicaría el reconocimiento de ciertas formas testamentarias en época decenviral. En relación con la redacción de esta disposición decenviral, con abundante bibliografía sobre la doctri-

mientos hereditarios en el que se pueden distinguir, al menos, dos clases de delaciones contrapuestas: la sucesión testamentaria frente a la sucesión legítima o *ab intestato*.

Asumiendo la prevalencia histórica en favor de la sucesión de los *sui heredes*, cabe preguntarse acerca de la naturaleza, articulación y funcionalidad de esas primeras formas testamentarias que aparecen mencionadas en las XII Tablas. Con el propósito de arrojar respuestas ante estas incertidumbres, hemos considerado que el presente trabajo debía comenzar tomando como punto de partida las fuentes romanas más antiguas que se han conservado en relación con el testamento.

Los testimonios más antiguos en relación con las primeras formas de testamento que existieron en Roma proceden de unos conocidos pasajes de la obra de Aulo Gelio, quien a su vez se remontaba a los comentarios a la obra de Quinto Mucio Escevola realizados por Lelio Félix. De acuerdo con este jurista, Labeón habría señalado que los comicios calados se convocaban con el fin de realizar la consagración del *rex sacrorum* y los *flámines* para conformar el colegio de pontífices.

Gell. Noct. Att. 15.27.1: *In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere ‘calata’ comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa.*

En relación con la organización de estos comicios, parece que Labeón también habría precisado que podían celebrarse por curias o por centurias².

Gell. Noct. Att. 15.27.2: *Eorum autem alia esse ‘curiata’, alia ‘centuriata’; ‘curiata’ per lictorem curiatum ‘calari’, id est ‘conuocari’, ‘centuriata’ per cornicinem.*

na más reciente, vid. M. HERRERO MEDINA, *La probable formulación originaria de XII Tab. 5.3 y 5.4*, SDHI, 85, 2019 (en prensa).

² Con respecto a las diferencias organizativas entre estas dos asambleas populares, Gell., Noct. Att. 15.27.5: *Item in eodem libro hoc scriptum est: ‘Cum ex generibus hominum suffragium feratur, ‘curiata’ comitia esse; cum ex censu et aetate, ‘centuriata’; cum ex regionibus et locis, ‘tributa’; centuriata autem comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari ius non sit. Propterea centuriata in campo Martio haberi exercitumque imperari praesidii causa solitum, quoniam populus esset in suffragiis ferendis occupatus’.*

Ahora bien, el aspecto más interesante del fragmento radica en que Aulo Gelio termina señalando que en esas asambleas también se celebraban otros actos jurídicos como la *detestatio sacrorum*³ o las primeras formas de testamento. Entre estos últimos se distinguían tres modalidades claramente diferenciadas: el testamento *calatis comitiis*, el *testamento in procinctu* y el testamento *per aes et libram*.

Gell., *Noct. Att.* 15.27.3: *Isdem comitiis, quae, calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum uiri ad proelium faciendum in aciem uocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes libra adhiberetur.*

Aunque esta información constituye un valioso punto de partida para conocer el origen de las formas testamentarias primitivas, Aulo Gelio no especifica nada sobre la antigüedad o evolución histórica de las mismas. A este respecto, resulta más ilustrativo otro fragmento contemplado en las instituciones de Gayo en el que se afirma que las formas testamentarias más antiguas en la historia jurídica romana habrían sido los denominados testamento *calatis comitiis* y testamento *in procinctu*.

Gai. 2.101: *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

Solo con posterioridad en el tiempo se habría desarrollado una tercera modalidad testamentaria que consistía en manci-

³ Aunque la mayor parte de la doctrina considera que la *detestatio sacrorum* era una manera solemne de renunciar a los cultos familiares o gentilicios ante los comicios curiados, F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, en *SDHI*, 45, 1979, p. 530 ss., ha puesto de manifiesto que esta ceremonia pontifical en realidad se habría utilizado antiguamente con el fin de que un ciudadano romano se hiciera cargo, es decir, constituyera un determinado culto familiar.

par la *familia* utilizando el bronce y una balanza⁴, por lo que recibía la denominación de testamento *per aes et libram*.

Gai. 2.102: *Accesit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipatio debat eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari uellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

El testimonio de Gayo permite recomponer la evolución histórica que, en cierta medida, ya se adivinaba en los escritos de Aulo Gelio: originariamente solo se habrían contemplado dos grandes categorías de testamento, de los que uno se realizaba ante los comicios y otro justo antes de comenzar la batalla, pero con posterioridad se habría desarrollado una tercera modalidad testamentaria pensada para situaciones en que el *pater familias* se pudiera sentir amenazado por un peligro de muerte.

La propia redacción del texto pone de manifiesto la distancia temporal entre los tres testamentos. Mientras que las dos primeras formas testamentarias parecen remontarse a tiempos muy remotos⁵, la tercera modalidad testamentaria habría surgido como resultado de la labor jurisprudencial realizada sobre la institución de la *mancipatio familiae* en época post-decenviral.

⁴ F. TERRANOVA, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, en *AUPA*, 53, 2009, p. 304 ss., destaca que las únicas referencias a la expresión «*mancipatio familiae*» en relación con las formas testamentarias arcaicas aparecen en *Tit. Ulp.* 20.3; 20.9; 28.6. Aunque Gayo no menciona expresamente la *mancipatio familiae*, el segundo libro de sus instituciones recoge constantes alusiones al negocio mancipatorio en relación con la evolución de la institución testamentaria, vid. Gai. 2.102; 2.103; 2.104; 2.105; 2.109; 2.115; 2.116; 2.119; 2.121 e 2.149a.

⁵ En este sentido, prácticamente toda la doctrina se muestra unánime a la hora de considerar que tanto el testamento *calatis comitiis* como el testamento *in procinctu* se conocían desde antes de la publicación de las XII Tablas, vid. por todos U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, en *Iura*, 7, 1956, p. 43 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milán, 1963, p. 18.

Con la finalidad de remarcar esa frontera temporal⁶, Gayo todavía recuerda que en su época las dos formas testamentarias más antiguas habían caído en desuso y solo se conservaba el denominado testamento *per aes et libram*.

Gai. 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est.*

Esta misma evolución aparece también contemplada, más tarde, en *Tit. Ulp. 20.2*, que, como es sabido, procede de la época postclásica. De esta forma, se explicaría que el texto apenas prestase atención a las antiguas formas testamentarias y se ocupase más específicamente del denominado testamento *per aes et libram*.

Tit. Ulp. 20.2: Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libri-pens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.

A pesar de que solo en las instituciones de Gayo se manifiesta expresamente la evolución histórica de estas formas testamentarias, todos los testimonios coinciden en el mismo orden expositivo: en primer lugar siempre se sitúa el testamento *calatis comitiis*, luego se alude al testamento *in procinctu* y, por último, se hace referencia a la aparición del testamento *per aes et libram* en relación con la *mancipatio familiae*.

A partir de esa constatación parece concluirse que el testamento *calatis comitiis* no solo habría sido la primera forma testamentaria conocida en Roma⁷, sino que además es posible

⁶ M. TALAMANCA, *Lo schema "genus-species" nelle sistematiche dei giuristi romani*, en *La filosofia greca e il diritto romano (Roma, 14-17 aprile 1973)*, vol. II, Roma, 1977, p. 266 ss., destaca que Gayo habría realizado esta tripartición con una perspectiva histórica.

⁷ A pesar de que la mayor parte de la doctrina tiende a aceptar que el testamento *calatis comitiis* sería la forma testamentaria más antigua, algu-

que se hubiera utilizado como modelo de referencia a la hora de desarrollar la posterior articulación del testamento *in procinctu*, e incluso también hubiera influido, hasta cierto punto, en la elaboración del testamento *per aes et libram*.

Atendiendo a la antigüedad del testamento *calatis comitiis*, este trabajo tiene como objetivo arrojar algo de luz acerca de la naturaleza, la constitución y, sobre todo, la funcionalidad de esta primitiva forma testamentaria. A pesar de la escasa información recogida en las fuentes, contamos con dos grandes referencias para comenzar el análisis: la constitución del testamento *calatis comitiis* se celebraba ante los comicios calados y tan solo podía tener lugar dos veces al año.

Sobre la base de estas dos constataciones pretendemos sustentar el comienzo de nuestro análisis en relación con las formas testamentarias primitivas.

2. *Un testamento realizado ante los comitia calata*

Una de las principales complicaciones a la hora de analizar figuras jurídicas que remontan sus orígenes a tiempos tan remotos radica en la ausencia de testimonios que ofrezcan información concreta sobre su originaria articulación. Como hemos señalado, una de las escasas certezas con las que contamos en relación con el testamento *calatis comitiis* es que su constitución tendría lugar ante los comicios calados.

Desde el punto de vista etimológico, parece que el término *calare* procedería de la raíz indoeuropea *kel*.⁸, que se habría utilizado para referirse a la acción de convocar o llamar públicamente por parte de los pontífices⁹. De esta forma, los comicios calados habrían constituido una antiquísima categoría

nos Autores consideran que el testamento *in procinctu* habría precedido en el tiempo a los demás, vid. E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, París, 1904, p. 281 ss.; U. LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, en *Studi De Francisci*, Milán, 1956, p. 154 ss.

⁸ J. POKORNY, *Indogermanisches Etymologisches Wörterbuch*, Berna, 1959, p. 548.

⁹ En realidad, la convocatoria sería realizada por los auxiliares de los pontífices que eran conocidos por la denominación de *calatores* (καλείν en griego), vid. Varro., *de ling lat.* 5.1.

de asamblea popular que se caracterizaría por presentar unas marcadas connotaciones religiosas.

Sin embargo, la escasa información que se ha conservado en las fuentes romanas sobre los comicios calados ha posibilitado que a lo largo del tiempo hayan germinado un gran número de interpretaciones en el seno de la doctrina en torno a la naturaleza concreta de estas asambleas populares¹⁰, sobre la persona que habría ocupado la presidencia¹¹ y, sobre todo, en relación con la posible capacidad deliberativa de los comicios calados¹².

A pesar de que el análisis de cada una de estas posturas doctrinales excede por mucho el alcance del presente trabajo, cabe destacar que por lo general, tradicionalmente se ha venido considerando que los comicios calados habrían constituido una subcategoría concreta de los comicios curiados, que habrían estado presididos por el Pontífice Máximo y que, bajo

¹⁰ Con respecto a esta cuestión, se pueden distinguir hasta tres grandes grupos doctrinales: en primer lugar, se encontrarían algunos Autores que identifican los comicios calados con los comicios curiados, entre los que destaca la postura de G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, vol. I, Catania, 1977, p. 42; con mayor apoyo cuenta, sin embargo, la posición que defiende que los comicios calados serían una *specie* derivada de los comicios curiados, cfr. G., NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milán, 1940, p. 2 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, p. 562 ss.; C. MASCHI, *Storia del diritto romano*, Milán, 1968; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma. Prima parte*, Nápoles, 2006, p. 109; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le curie*, en *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milán, 1989, p. 45; por último, algunos Autores afirman que los comicios calados constituían una categoría asamblearia independiente, cfr. C. PELLOSO, *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Nápoles, 2018, p. 120 ss.

¹¹ La doctrina mayoritaria considera que la presidencia de los comicios calados habría correspondido a un cargo sacerdotal, aunque algunos Autores como J. BLEICKEN, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, en *Hermes*, 85, 1957, p. 348 ss. o F. VAN HAEPEREN, *Le collège pontifical (3e s. a.C. – 4e s. p. C.)*, Roma, 2002, p. 276 ss., sostienen que habría existido una supuesta presidencia magistratual completamente desvinculada del ámbito sacerdotal.

¹² A pesar de que algunos Autores como I.M.J. VALETON, *De inaugurationibus Romanis caerimoniariu et sacerdotum*, en *Mnemosyne*, 19, 1891, p. 426 ss., hayan defendido que los comicios calados podían disponer de cierta capacidad deliberativa, en la actualidad se considera, de forma prácticamente unánime, que en estas asambleas populares no se desarrollaba ningún proceso deliberativo.

ningún concepto, habrían dispuesto de una verdadera capacidad deliberativa para confirmar actuaciones jurídicas a través del voto de sus participantes.

Sin embargo, algunas de estas interpretaciones encuentran difícil acomodo en las fuentes referidas a los comicios calados, por lo que consideramos oportuno revisar los distintos fragmentos con los que comenzamos esta exposición. Nuestra atención debe centrarse concretamente en los tres pasajes relativos a los comicios calados conservados en la obra de Aulo Gelio¹³, en los que se deben diferenciar las aseveraciones recabadas, a través del jurista Lelio Félix, de la obra de Labeón, y aquellas otras aportaciones que presumiblemente habría añadido el propio Aulo Gelio.

Con respecto al testimonio procedente de Labeón, no parece que los comicios calados constituyesen su principal objeto de estudio. En ningún momento se refiere a la naturaleza, estructura o funciones de estas asambleas populares en un sentido general, sino que se limita a afirmar que los comicios calados podían convocarse conforme a la distribución curiada o centuriada *pro conlegio pontificum*. De estas palabras se deduce que todo su interés en los comicios calados estaría supeditado a su preocupación por la forma de composición del Colegio de Pontífices¹⁴.

Pese a que en estos textos no se alude a la presidencia de los comicios calados, se pueden extraer algunas conclusiones de cierta relevancia. En primer lugar, resulta ciertamente interesante que el jurista no excluya otras formas de organización comicial, lo que parece confirmar que la estructura de los comicios calados no se agotaría en una articulación curiada o centuriada. En consonancia con esta idea, cabe destacar que

¹³ Vid. *supra* Gell., *Noct. Att.* 15.27.1-3.

¹⁴ A este respecto resultan especialmente ilustrativas las palabras de C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., p. 99, cuando afirma que «la citazione labeoniana esplicitamente limitata alla inauguratio e alle modalità di convocazione dei *comitia calata* parrebbe rendere plausibile l'idea del Lenel secondo cui il giurista classico, più che trattare di diritto testamentario o di diritto assembleare – nel contesto di una visione del sistema romano come indifferenziato –, si limitasse a impostare il problema dei comitia alla luce dello studio dei *sacerdotes* e, in particolare modo, dei pontefici».

su afirmación tampoco implicaba que estas populares conllevaran un proceso deliberativo por el simple hecho de convocarse ordenadas por unidad de voto.

Como hemos señalado, el interés de Labeón se centraba en los comicios calados porque tradicionalmente se habrían encargado de las *inaugurationes* sacerdotales tanto del *rex sacrorum* como de los *flamines*. Ahora bien, estos nombramientos sacramentales no se llevaban a cabo mediante un proceso de votación popular, sino que, como afirma Dionisio de Halicarnaso, los más destacados cargos sacerdotales se elegían a través de un sistema de cooptación entre los propios pontífices.

Dion. Hal., *Rom. Ant.* 2.73.3: Ὡστε εἰ βούλεται τις αὐτοὺς ἱεροδιδασκάλους καλεῖν εἴτε ἱερονόμους εἴτε ἱεροφύλακας εἴτε, ὡς ἡμεῖς ἀξιούμεν, ἱεροφάντας, οὐχ ἁμαρτήσεται τοῦ ἀληθοῦς. Ἐκλιπόντος δὲ τινος αὐτῶν τὸν βίον ἕτερος εἰς τὸν ἐκείνου καθίσταται τόπον οὐχ ὑπὸ τοῦ δήμου αἰρεθεῖς, ἀλλ' ὑπ' αὐτῶν ἐκείνων, ὃς ἂν ἐπιτηδειότατος εἶναι δοκῇ τῶν πολιτῶν· παραλαμβάνει δὲ τὴν ἱερατείαν ὁ δοκιμασθεῖς, ἐὰν ἐύορνηθες αὐτῷ τύχῃσιν οἰωνοὶ γενόμενοι¹⁵.

Dado que el texto de Dionisio de Halicarnaso hacía referencia a los tiempos más remotos de la monarquía romana, parece razonable suponer que su exposición acerca de la máxima autoridad sacerdotal estuviera referida al *rex sacrorum*. Como atestiguan diversas fuentes de época republicana¹⁶, tradicionalmente esta figura habría ocupado la más alta posición en el seno del antiguo *ordo sacerdotum*.

Fest. (198 L.): *Ordo sacerdotum aestimatur deorum ordine, ut Deus Maximus quisque. Maximus videtur Rex, dein Dia-*

¹⁵ «De modo que si alguien quiere llamarlos *hierodidascaloi*, *hieronomoi*, *hierofilaces* o, como consideramos más apropiado, *hierofanta* no se alejaría de la verdad. Al morir uno de ellos otro ocupa su lugar, elegido no por el pueblo sino por ellos mismos, el que parece ser el más apropiado de los ciudadanos. Este, una vez aprobado, recibe el sacerdocio, si los augurios le son favorables», traducción de E. JIMÉNEZ, E. SÁNCHEZ, *Historia antigua de Roma. Libros I-III*, Madrid, 1984, p. 246.

¹⁶ Además del fragmento de Festo, la prevalencia histórica del *rex sacrorum* también aparece reflejada en la obra de otros Autores como Gell., *Noct. Att.* 10.15.21; Serv., *Aen.* 2.2; Cic., *har. resp.* 6.12; Cic., *dom.* 52.135; Macrob., *Sat.* 3.13.10-11; Liv. 1.20.

lis, post hunc Martialis, quarto loco Quirinalis, quinto pontifex maximus. Itaque in solis Rex supra omnis accumbat licet; Dialis supra Martialem, et Quirinalem; Martialis supra proximum; omnes item supra pontificem. Rex, quia potentissimus: Dialis, quia universi mundi sacerdos, qui appellatur Diuum; Martialis, quod Mars conditoris urbis parens; Quirinalis, socio imperii Romani Curibus ascito Quirino; pontifex maximus, quod iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque.

A tenor del reconocimiento de su autoridad en la esfera sacramental, el *rex sacrorum* habría gozado de amplísimas potestades sobre el resto de sacerdotes. Aunque con el tiempo muchas de sus competencias habrían terminado recayendo en manos del Pontífice Máximo, resulta razonable pensar que originariamente ostentaba la potestad para designar a los sacerdotes de rango inferior. Atendiendo a las potestades reconocidas al Pontífice Máximo durante la época republicana avanzada, es posible que la elección de los *flamines* se realizase a través de una *captio*¹⁷.

De acuerdo con esta interpretación, desde los tiempos de la monarquía y aun en los primeros siglos del período republicano se habría establecido un sistema de elección de los pontífices romanos en dos niveles: por un lado, se habría establecido un proceso de cooptación para elegir al nuevo *rex sacrorum*, quién a partir de ese momento estaría facultado para designar a otros cargos sacerdotales en virtud del reconocimiento como máxima autoridad dentro del *ordo sacerdotum*. Ahora bien, todos estos nombramientos debían perfeccionarse ulteriormente a través de un acto de consagración (*inauguratio*).

¹⁷ Aunque se trata de una cuestión debatida, la mayor de la doctrina considera que los *flamines* eran designados a través de una *captio*. En este sentido, se manifiestan algunos Autores como T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Leipzig, 1888, p. 25; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 106 ss.; F. VAN HAEPEREN, *Le collège pontifical*, cit., p. 99 ss.; L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Nápoles, 2008, p. 164 ss.; E. BIANCHI, *Il rex sacrorum a Roma e nell'Italia antica*, Milán, 2010, p. 195 ss. Sobre la base de estas aportaciones doctrinales, C. PELLISO, *Ricerche*, cit., p. 105 ss., ha considerado probable que esa misma forma de designación se emplease originariamente por el *rex sacrorum*.

*ratio*¹⁸), que antiguamente se habría desarrollado ante los comicios calados.

De ello se deduce que la participación de las asambleas populares en esos actos de consagración no tenía capacidad deliberativa, pues las designaciones sacerdotales se habrían decidido con anterioridad entre los propios sacerdotes. Los ciudadanos romanos desempeñarían un papel esencialmente testimonial. Ahora bien, los comicios calados posiblemente se convocasen por curias para consagrar tanto al *rex sacrorum* como a los *flamines Dialis* y *Quirinalis*, mientras que para la *inauguratio* del flamen *Martialis* se habría acudido a la organización comicial centuriada¹⁹.

En contraposición a las aportaciones recabadas de la obra de Labeón en torno a los *comitia calata inaugurandi causa*, la segunda parte del texto de Aulo Gelio se ocupa de los comicios calados en función de los actos que se podían concluir en su presencia: la *detestatio sacrorum* y el testamento *calatis comitiis*.

Sin embargo, el aspecto más interesante del testimonio de Aulo Gelio a efectos de nuestra investigación, radica en que este autor especifica que para concluir estas actuaciones, las asambleas populares se convocaban *in contione*²⁰, es decir, solicitando la asistencia de todos aquellos ciudadanos romanos que

¹⁸ En este sentido, P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., p. 534, habría destacado que la importancia de la *inauguratio* radicaba en que se trataba del «rito in forza del quale il sacerdote acquista la potenza che gli consente di esercitare le sue funzioni e cioè il titolo della dignità sacerdotale».

¹⁹ F. VAN HAEPEREN, *Les comicies curiates, une assemblée garante de la norme?*, en *La norme sous la République et le Haut-Empire romains. Elaboration, diffusion et contournements*, Burdeos, 2017, p. 391, señala que esta distinción se fundamentaría en el hecho de que se trataba del sacerdote encomendado al dios de la guerra y, por tanto, debía consagrarse ante la asamblea centuriada.

²⁰ F. PINA POLO, *Las contiones civiles y militares en Roma*, Zaragoza, 1989, p. 9 ss., ha señalado que a pesar de que en un pasaje de Séneca (*Dial. De Constantia* 18.2: *huic in conuiuio, id est in contione, uoce clarissima qualis in concubitu esset uxor eius obiecit*) se emplea esta expresión con el significado de “públicamente”, en general esta expresión aparece en las fuentes para referirse a actuaciones jurídicas que se llevaban a cabo en asambleas populares de carácter informal. A este respecto, vid. A. BERGER, s.v. “*contio*”, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Nueva York, 1953.

formaban parte del *Populus Romanus* sin que tuvieran que organizarse por unidad de voto.

A diferencia de lo que sucedía en los comicios reunidos por curias o centurias, Cicerón recuerda que en las *contiones* no se adoptaban decisiones²¹, sino que se trataba de reuniones convocadas por medio de un *praeco*²² en las que se emitía un testimonio o se dirigía un discurso ante una asamblea popular que había sido convocada sin intención de someter el asunto tratado a deliberación popular. Consecuentemente, los primitivos testamentos romanos se habrían constituido en los comicios calados sin la necesidad de aprobar la propuesta testamentaria del causante²³.

El testimonio de Aulo Gelio resulta ciertamente fundamental para entender que los comicios calados presentaban una naturaleza cambiante tanto en lo que respecta a su estructura organizativa como en relación a su funcionalidad. Por un lado, los *comitia calata inaugurandi causa* a los que hacía referencia Labeón se reunían por curias o centurias en función de los cargos sacerdotales que fueran a ser consagrados, mientras que, por otra parte, para la constitución de las primitivas

²¹ Sobre los distintos significados del término '*contio*' en la obra ciceroniana se pronuncia Gell., *Noct. Att.* 18.7.6-8: *locum suggestumque unde verba fierent, sicut M. Tullius in oratione quae inscripta est contra contionem Q. Metelli: 'escendi' inquit 'in contionem, concursus est populi factus'; ietm significare coetum populi adassistens, sicuti idem M. Tullius in oratore ait: 'contiones saepe exclamare vidi, cum apte verba cecidissent. Etenim exspectant aures ut verbis conligetur sententia'; item orationem ipsam quae ad populum diceretur.*

²² Fest. 38 L.: *Contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico per praeconem convocatur.*

²³ En este sentido se manifiestan, entre otros, T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, vol. III, cit., p. 319 ss.; M. WLASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, en *ZSS*, 31, 1910, p. 210 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, en *Annuario dell'Università di Messina*, 1913-14, p. 70 ss. (= *Scritti di Diritto Romano*, vol. I, Nápoles, 1974, p. 585 ss.); S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, reimp. Milán, 1947, p. 524; C.W. WESTRUP, *Introduction to early Roman Law. Comparative sociological Studies. The patriarchal joint Family. II. Joint family and Family Property*, Copenhagen-Londres, 1934, p. 125; M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Gottinga, 1949, p. 342; P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16; U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 42 ss.; J. ZABLOCKI, *Le più antiche forme del testamento romano*, en *Ius Romanum Schola Sapientiae*, 2009, p. 549 ss.; E. BIANCHI, *Il rex sacrorum*, cit., p. 556.

formas testamentarias o la realización de la *detestatio sacrorum* se convocarían *in contione*.

Ante esta diversidad tanto desde el punto de vista organizativo como funcional, todavía parece que se observan ciertas características en común en la articulación de los comicios calados: en todos los casos constituyen asambleas populares con un marcado carácter sacramental en las que no se realizaba ninguna votación, sino que la presencia del pueblo romano servía para perfeccionar ciertos actos solemnes.

A efectos del presente trabajo, se puede concluir que los primeros testamentos se habrían desarrollado en presencia de una autoridad sacerdotal encargada de convocar al pueblo *in contione*, con el propósito de que atestigüese la voluntad testamentaria del *pater familias*. Queda pendiente, no obstante, determinar quién sería la autoridad sacerdotal encargada de convocar estos comicios y en qué momento podrían llevarse a cabo estas actuaciones jurídicas.

3. Quando Rex Comitavit Fas

Al hacer referencia a las distintas modalidades testamentarias primitivas, en las instituciones de Gayo se destacaba que los comicios calados «*bis in anno testamentis faciendis destinata erant*»²⁴. A pesar de que el jurista no precisa a qué fechas concretas hacía referencia, tradicionalmente se han vinculado con el 24 de marzo y el 24 de mayo, que aparecían señalados en el antiguo calendario romano como días reservados para la reunión de los comicios bajo las siglas Q.R.C.F.²⁵.

Estas cuatro letras conformaban la abreviatura de «*quando rex comitavit fas*», que, de acuerdo con el testimonio de Varrón, se habrían utilizado desde antiguo para hacer alusión a los días en que el *rex sacrorum* convocaba a los comicios.

²⁴ Vid. *supra* Gai. 2.101.

²⁵ Se trata de una posición desarrollada por T. MOMMSEN, *Die römische Chronologie bis auf Caesar*, Berlín, 1859, p. 241 ss., sobre la base de las referencias a dos días que aparecían señalados en el calendario romano sin indicar el motivo de la reunión de los comicios. Las fuentes referidas a estas dos fechas aparecen en CIL. vol. I, p. 289 ss.

Varro 6.31: *Dies qui vocatur sic “Quando rex comitiavit fas,” is dictus ab eo quod eo die rex sacrificio ius dicat ad Comitium, ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe.*

Se trataba de fechas catalogadas como *dies fissi*²⁶, en cuanto que la primera parte del día se consideraba *ne fasto*, pero se convertía en día *fasto* a partir de la realización del acto de *comitiare* por parte del *rex sacrorum*. Esta constatación parece confirmarse en dos textos de Festo conservados en la obra de Pablo el Diácono²⁷, que contenían expresiones tan reveladoras como «*pars anterior et posterior*» (310 L.) o «*e nefastus fastus*» (346 L.) para referirse a estos días²⁸.

Nuestra atención debe centrarse, por tanto, en determinar el significado original de la acción de *comitiare* por parte del *rex sacrorum*, en cuanto que esa actuación daba lugar al comienzo de la parte del día *fasto*. No cabe duda de que se trataría de un acto directamente asociado con la celebración de los comicios, pero las fuentes no aclaran en que habría podido consistir exactamente esa actuación real.

Otro fragmento de Festo aporta cierta información a este respecto, pues señala que el *rex sacrorum* se presentaba o acudía²⁹ ante los comicios calados inmediatamente después de haber concluido una operación religiosa.

²⁶ A pesar de las interpretaciones sostenidas por algunos Autores como F. COARELLI, *Il comizio dalle origini alla fine della repubblica*, en *Parola del passato*, 144, 1977, pp. 234-235 o R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell'actio prima della sua riduzione a strumento processuale*, en *AUPA*, 41, 1991, p. 283 ss., no parece que estos días pudieran ser considerados como *dies intercisi*, pues lo que habría caracterizado a esos días es que tanto las primeras como las últimas horas eran *nefastas* y, además, aparecían señalados en el calendario con las siglas 'EN' (*endotercisi*). Sobre el significado de esta calificación, vid. F. DELLA CORTE, *L'antico calendario dei romani*, Génova, 1969, p. 59 ss.

²⁷ W.M. LINDSAY, *Sexti Pompei Festi, De Verborum Significatu quae supersunt cum Pauli Epitome*, W.M. LINDSAY (ed.), Leipzig, 1933.

²⁸ A. MAGDELAIN, *Quando Rex Comitiavit Fas*, en *RHD*, 1980, p. 5 (= *Ius Imperium Auctoritas. Etudes de droit romain*, 1990, p. 271).

²⁹ El verbo latino 'venire' aparece empleado con una pluralidad de significados en las fuentes romanas, pues se utiliza para referirse a la acción de nacer, crecer, avanzar, atacar, resultar y, por encima de todo, para hacer referencia al acto de dirigirse hacia un lugar concreto. Ahora bien, dado que en el

Fest. (311 L.): *Quando rex comitiavit fas in fastis notari solet, et hoc videtur significare, quando rex sacrificulus divinis rebus perfectis in comitium venit.*

A partir de la lectura conjunta de los testimonios procedentes de Varrón y Festo se ha desarrollado una línea de pensamiento que considera que la acción de *comitiare* habría conllevado la convocatoria, presidencia y clausura de los comicios en los que se constituían las formas testamentarias primitivas³⁰. De acuerdo con esta interpretación, tradicionalmente se ha sostenido que la expresión «*quando rex comitiavit fas*» se habría elaborado para referirse conjuntamente a todas esas actuaciones.

Sin embargo, no parece que la actuación del *rex sacrorum* pudiera comprender un conjunto tan amplio de actuaciones continuadas en el tiempo. Aceptar que la noción de *comitiare* hubiera abarcado desde la convocatoria hasta la disolución de los comicios implicaría que necesariamente la parte del día *fasto* no habría comenzado hasta que no se hubieran dado por concluidas estas asambleas populares. Esta constatación supondría que la realización de actos jurídicos como la *detestatio sacrorum* o el testamento *calatis comitiis* se habrían desarrollado necesariamente en un tiempo *ne fasto*.

Esta posibilidad resulta ciertamente inimaginable, dado que en ningún caso las asambleas testamentarias podrían haber prescindido de las más elementales normas de celebración de los comicios romanos³¹. Ante esta constatación resulta im-

fragmento procedente de la obra de Festo no se indica ningún complemento directo sobre el que recaiga la acción, parece que más bien debería ser traducido como presentarse o acudir a un lugar concreto.

³⁰ Se trata de una interpretación expuesta originariamente en la obra de T. MOMMSEN, *Die römische Chronologie bis auf Cesar*, cit., p. 242 ss., que con el paso del tiempo ha sido acogida por Autores como K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, Múnich, 1967, p. 117 ss.; J. BAYET, *La religion romaine. Histoire politique et psychologique*, París, 1969, p. 99 ss.; A. MAGDELAIN, *Quando Rex Comitiavit Fas*, cit., p. 271 ss.; D. SABATUCCI, *La religione di Roma antica. Dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milán, 1999; J. ZABLOCKI, *Le più antiche forme del testamento romano*, cit., p. 549 ss.; E. BIANCHI, *Il rex sacrorum*, cit., p. 207.

³¹ En este sentido, C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., p. 164, se muestra taxativo cuando afirma que «quanto alla giustificazione del perfezionarsi dei testa-

prescindible buscar otra interpretación del verbo *comitiare*, que, respetando el tenor original de los textos anteriormente expuestos, permitan encuadrar el desarrollo de los actos jurídicos celebrados ante los comicios calados en tiempo *fasto*.

A tenor de las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior se puede afirmar que las asambleas populares que se celebraban los días 24 de marzo y 24 de mayo, indicadas con las siglas Q.R.C.F. en el calendario romano, coincidían con las asambleas testamentarias ante los comicios calados. Sobre la base de este planteamiento de partida resulta razonable pensar que la expresión *comitiare* se hubiera utilizado en un sentido parecido al que adoptaba el verbo *calare*, es decir, para especificar que, tras haberse realizado un cierto acto religioso, el *rex sacrorum* se encargaba de convocar al pueblo con el fin de que los comicios calados se reunieran *in contione*.

Desde esta perspectiva, se puede entender que Festo afirmase que la actuación del *rex sacrorum* hubiera consistido en «*venire in Comitium rebus divinis perfectis*»³², pues solo una vez que se hubiera concluido una ceremonia religiosa se presentaría ante los ciudadanos para proceder, por medio de la figura de un heraldo o *calator*³³, a la convocatoria de los comicios calados.

En consonancia con este testimonio, la expresión «*dicat ad Comitium*» empleada por Varrón debería interpretarse en un sentido literal: el *rex sacrorum* habría utilizado expresamente las palabras «*ad Comitium!*» para convocar al pueblo romano a reunirse en los comicios calados³⁴. A partir de ese momento, el día habría devenido en *fasto* y podrían llevarse a cabo todas las actuaciones jurídicas previstas.

menti comiziali in tempo nefasto, emerge chiaramente come essa sia fondata su presupposti altamente instabili. Se è vero che nulla pare ostare a una collocazione del *testamentum calatis comitiis* al di fuori dei *dies comitiales*, atteso che nessun *agere cum populo* e nessun *suffragium* si hanno in tale evenienza, non altrettanto condivisibile è ritenere che tale atto possa validamente inserirsi in tempo nefasto, solo perché l'assemblea non sarebbe deliberativa».

³² Vid. *supra* Fest. (311 L.).

³³ Un compendio de los distintos significados con los que aparece este término en las fuentes romanas en M.A. MARCOS CASQUERO, *Kalator: su significado*, en *Helmantica*, 27, 1976, p. 77 ss.

³⁴ C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., p. 215 ss.

Esta función le habría correspondido al *rex sacrorum* porque en la época arcaica ostentaba la condición, en tanto que era el continuador de las potestades monárquicas³⁵, de máxima autoridad del mundo religioso. En este sentido, parece razonable pensar que la acción de *comitiare* de los días catalogados como Q.R.C.F. en el calendario romano debería entenderse asociada a las fiestas, ceremonias o festividades de carácter religioso que se venían celebrando en los días previos³⁶.

En concreto, estas dos fechas aparecen estrechamente vinculadas con la antigua ceremonia denominada *Tubilustrium*. Como es sabido, se trataba de una festividad que se celebraba los días 23 de marzo y 23 de mayo de cada año con el fin de purificar las trompetas que acompañarían al ejército romano en la guerra³⁷. Dado que todos estos preparativos tenían un marcado carácter sacramental, una vez concluida la lustración de las trompetas resultaba indispensable la intervención del *rex sacrorum* para posibilitar que pudiera llevarse a cabo la realización de ciertos actos jurídicos ante los comicios calados.

De esta forma, se puede concluir que los primeros testamentos celebrados ante los comicios calados se desarrollaban en dos fechas estrechamente vinculadas con los preparativos para la guerra y bajo la presidencia del *rex sacrorum*.

4. *La función del testamento calatis comitiis*

Una vez analizadas las distintas características formales relativas a la confección del testamento *calatis comitiis*, cabe todavía preguntarse cuál habría sido la función de esta an-

³⁵ Aunque disponemos de poca información sobre la aparición del *rex sacrorum*, parece que su origen estaría ligado a la idea de continuidad de las competencias sacramentales de los antiguos reyes romanos, vid. Liv. 2.2.1: *Rerum deinde divinarum habita cura; et quia quaedam publica sacra per ipsos reges factitata erant, necubi regum desiderium esset, regem sacrificolum creant.*

³⁶ G. WISSOVA, *Religion und Kultus der Römer*, Múnich, 1912, p. 62 ss.

³⁷ Conforme a la antigua mentalidad romana, tanto los soldados como sus propios equipamientos debían ser purificados antes y después de la guerra, pues la actividad militar conllevaba la realización de actos impuros que podían quebrantar la *pax deorum*.

tiquísima modalidad testamentaria. Descartando que pudiera equipararse con la concepción del testamento que existía durante la época clásica en Roma³⁸, tradicionalmente se han planteado diversas interpretaciones sobre cuál habría sido su originaria finalidad. En general, estas posturas pueden agruparse en tres grandes conjuntos expositivos³⁹.

El planteamiento doctrinal más antiguo con respecto a los primeros testamentos parte de la consideración de que se habrían utilizado para que el *pater familias* pudiera transmitir bienes patrimoniales a un determinado heredero⁴⁰. A pesar de que esta teoría recibió cierta acogida en su momento, especialmente por parte de algunos Autores que se enmarcan en el marco de la doctrina germánica, lo cierto es que con el paso del tiempo ha quedado completamente superada⁴¹.

Dos son las principales críticas que tradicionalmente se han dirigido contra los fundamentos de la denominada teoría del «*legatentestament*»⁴².

En primer lugar, cabe destacar que entre la escasa información que disponemos sobre el testamento *calatis comitiis*, al menos sabemos con cierto grado de certeza que se llevaba a cabo ante las asambleas populares. Esta constatación no se correspondería, en ningún caso, con un acto jurídico de natu-

³⁸ Por todos, vid. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, reimp. 2006, p. 609, que define la noción de testamento imperante durante la época clásica como «un atto unilaterale, *mortis causa*, personalissimo, revocabile sino all'ultimo istante di vita, un atto con il quale un soggetto – il testatore – disponeva delle sue sostanze per il tempo dopo la sua morte».

³⁹ En relación con esta ordenación tripartita, seguimos en este punto a G. SCHERILLO, *Corso di Diritto romano. Il testamento*, reimp. Bologna, 1999, a cura di F. GNOLI, p. 179 ss.

⁴⁰ O. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, cit., p. 120 ss., es el principal precursor de esta noción del testamento con una función de atribución patrimonial semejante a los efectos jurídicos que se observan posteriormente en el *legatum per vindicationem*.

⁴¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 717.

⁴² Entre los Autores más críticos con esta teoría se cuentan C. FADDA, *De-ll'origine dei legati*, en *Studi e questioni di diritto*, I, Nápoles, 1910, p. 65 ss.; B. BIONDI, *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, en *Scritti Giuridici*, III, Milán, 1965, p. 735 ss.; B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, en *Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica*, Nápoles, 1984, p. 1633 ss.

raleza eminentemente privada como sería un testamento para otorgar bienes patrimoniales. Por el contrario, la intervención de la ciudadanía romana en las asambleas populares nos lleva a suponer que la importancia de los elementos en juego en estos primeros testamentos habrían requerido de mucha mayor trascendencia pública.

Pero, además, sabemos que Gayo 2.229 afirmaba que la institución de heredero se consideraba «*caput et fundamentum totius testamenti*»⁴³, por lo que no se entendería que las primeras formas testamentarias únicamente hubieran contenido disposiciones de carácter patrimonial sin hacer ninguna referencia a los herederos. Si bien es posible que el testamento *calatis comitiis* todavía no contemplase una verdadera *heredis institutio* desde el punto de vista técnico⁴⁴, tampoco resulta verosímil que su contenido pudiera agotarse en el otorgamiento de un conjunto de legados.

En contraposición a esa teoría, en un segundo grupo doctrinal se encuadrarían los planteamientos sobre las antiguas formas testamentarias que se derivan de la visión eminentemente política de la familia romana. De conformidad con este punto de vista, las primeras comunidades familiares se habrían constituido a imagen y semejanza de las primitivas entidades políticas romanas⁴⁵. En paralelo a las potestades reconocidas

⁴³ Esta misma expresión aparece también en Gai 2.248; *Tit. Ulp.* 24.15; *Ulpiano, 1 ad Sab.*, D. 28.5.1; *Modestino, 2 pand.*, D. 28.6.1.3; *Papiniano, 15 quaest.*, D. 29.7.10; *Inst.* 2.20.34.

⁴⁴ En torno a la posible existencia de la *heredis institutio* en la época decenviral, B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *AUPA*, 20, 1949, p. 425 ss., apunta que «non si capirebbe perché i Romani, se avessero già avuto sotto gli occhi una istituzione d'erede in senso tecnico, non l'avrebbero fin dal principio inserita nello schema della *mancipatio familiae*».

⁴⁵ Aunque las primeras apreciaciones sobre la naturaleza política de la familia aparecen reflejados en la obra de E. DE RUGGIERO, *La gens in Roma avanti la formazione del Comune*, en *Critica e Scienza positiva*, Nápoles, 1872, pp. 1-34, lo cierto es que los principales postulados en torno a la teoría política de la familia romana fueron desarrollados por P. BONFANTE, *Res mancipi e res nec mancipi*, Roma, 1888, reeditada como *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, en *Scritti giuridici vari*, 2, *Proprietà e servitù*, Turín, 1918, p. 1 ss.; *Id.*, *La gens e la familia*, en *Scritti giuridici vari*, 1, *Famiglia e successione*, Turín, 1916, p. 1 ss.; *Id.*, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, en *BIDR*, 27, 1914, p. 97 ss. (= *Scritti*, 1, cit., p.

a las autoridades públicas, el *pater familias* ostentaría amplísimas competencias con el fin de asegurar el funcionamiento interno del grupo familiar.

Sobre la base de ese planteamiento de partida se ha sostenido que las primeras formas testamentarias se habrían utilizado para que el *pater familias* pudiera designar potestativamente a un sucesor que ocupase su lugar al frente de la familia a partir del momento de su fallecimiento⁴⁶. De esta forma se garantizaría una cierta continuidad al frente de la comunidad doméstica, evitando cualquier fragmentación del grupo familiar y asegurando, al mismo tiempo, la conservación de todos los elementos patrimoniales, tradiciones y rituales religiosos que daban sentido a la familia.

Esta posición doctrinal se asienta sobre la pretendida prevalencia histórica de la sucesión testamentaria, que, de acuerdo con parte de la doctrina romanística, estaría fundamentada en la redacción de XII Tab. 5.4⁴⁷. A pesar de que tradicionalmente esta interpretación ha suscitado numerosos apoyos, en la actualidad se tiende a considerar que esta disposición decenviral originariamente reconocía la sucesión legítima y, solo con posterioridad, se habría utilizado para ampliar la capacidad dispositiva del causante.

Ahora bien, incluso admitiendo que la ley de las XII Tablas contuviera alguna referencia a la sucesión testamentaria, ni siquiera esa constatación garantizaría que los primeros testamentos se hubieran empleado para designar al sucesor del *pa-*

18 ss.); Id., *Corso di Diritto romano*, 1, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p. 5 ss.; Id., 6. *Le successioni – Parte generale*, Roma, 1930, p. 37 ss. y con el tiempo han sufrido diversas modificaciones por parte de la doctrina romanística.

⁴⁶ P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, cit., p. 325 ss.

⁴⁷ En las fuentes se han conservado dos versiones diferentes de esta disposición decenviral. Por un lado, en algunas obras de carácter retórico se recoge la una formulación en los siguientes términos: “*Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque*” (*Rhet. ad Her.* 1.13.23; Cic., *De inv.* 2.50.148); pero también se tiene constancia de una segunda versión, contemplada en fragmentos de naturaleza puramente jurídica: “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*” (*Tit. Ulp.* 26.1; *Collatio* 16.4.1).

ter familias. A este respecto, no deja de sorprender que no se haya conservado ningún testimonio en ese sentido, sino que además tampoco concuerda con la información que disponemos sobre la originaria articulación de los antiguos grupos familiares romanos.

En el supuesto de que el testamento hubiera servido para designar al sucesor del *pater familias* entre sus herederos, no solo resultaría inexplicable que Ulpiano hubiera afirmado que todas las personas libres que se encontraban inmediatamente sometidas a la autoridad del *pater familias* devenían *sui iuris* a partir de su fallecimiento⁴⁸, sino que tampoco se podría entender que desde tiempos remotos hubieran existido instituciones jurídicas como la tutela o el *consortium ercto non cito*⁴⁹, pues todos los miembros del antiguo grupo familiar habrían quedado irremediablemente sometidos a la autoridad de la persona designada como heredero testamentario.

Por otra parte, esta interpretación tampoco resultaría operativa desde el punto de vista práctico, pues esta funcionalidad testamentaria habría propiciado que las familias tendiesen a crecer de forma ilimitada hasta llegar a confundirse con la noción de *gens*⁵⁰ y, en caso de que no se hubiera realizado un

⁴⁸ Ulpiano, *46 ad Ed.*, D. 50.16.195.2: *Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt.*

⁴⁹ A pesar de los esfuerzos realizados por Autores como H. LEVY BRUHL, *Observations sur le régime successoral des XII Tables*, en *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, París, 1947, p. 33 ss., por conciliar la existencia del *consortium ercto non cito* con las interpretaciones expuestas por Bonfante, el descubrimiento de los papiros egipcios de Antioe, que vinieron a completar la escasa información que se conocía sobre el *consortium ercto non cito*, supusieron un obstáculo prácticamente insalvable para el sostenimiento de esa pretendida funcionalidad testamentaria. Con respecto a la publicación de los papiros, la doctrina ha aceptado generalmente la versión publicada en el año 1933 por V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Gaio*, en *Pubblicazioni della Società italiana papiri greci e latini*, Florencia, 1934, p. 1 ss., recogida un año más tarde también en *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, en *BIDR*, 42, 1934, p. 571 ss. y, con posterioridad, en *La società in diritto romano*, Nápoles, 1950, p. 3 ss.

⁵⁰ En relación con este argumento en concreto, G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., p. 184, ha señalado que «in buona sostanza, tale famiglia agnatzia, di dimensione sempre più crescenti ed unita sotto un solo capo, avrebbe finito

testamento a la muerte del *pater familias*, habría que suponer que la antigua comunidad familiar quedaría totalmente fragmentada al carecer de un nuevo cabeza de familia⁵¹.

Algunos de estos obstáculos se han intentado salvar a través de la modificación de los postulados iniciales de la teoría bonfantiana⁵². En esta línea, algunos defensores de esta interpretación han señalado que la designación testamentaria como heredero no conllevaría ocupar la soberanía al frente del grupo familiar, sino que los testamentos servirían para escoger al *heres* que, entre los distintos *sui*⁵³, debía encargarse de dirigir los rituales sacramentales en el seno de la comunidad doméstica.

A pesar de que algunos de los aspectos de esta interpretación resultan sugestivos, lo cierto es que no concuerda con el hecho de que el testamento *calatis comitiis* tan solo se pudiera llevar a cabo en dos ocasiones al año y, sobre todo, esta concepción resulta especialmente difícil de conciliar con el hecho de que los «*sui heredes et necessarii*»⁵⁴ adquiriesen automáticamente la condición de herederos naturales del *pater familias* y, por ese motivo, con el tiempo se terminase desarrollando la

per confondersi con la “*gens*”, o, se così si preferisce, non si riuscirebbe più a trovare un criterio distintivo tra cotesta più grande *familia* e *gens*».

⁵¹ A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Relaciones familiares y derecho a la herencia por razón de parentesco en la experiencia jurídico-cultural romana*, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, p. 239, señala que en estos casos sería impensable que los romanos hubieran recurrido a la primogenitura o figuras jurídicas análogas, pues resultaban ajenas al pensamiento romano.

⁵² A este respecto destaca especialmente la obra de H. LEVY BRÜHL, *Observations sur le régime successoral des XII Tables*, cit., p. 33 ss., quien en un primer momento habría abrazado los principales postulados de la teoría bonfantiana, pero que con el paso del tiempo matiza algunas de estas posiciones. En relación con el heredero, tiende a considerar que más que ocuparse de la soberanía del grupo familiar, se encargaba de ejercer una cierta autoridad espiritual y moral sobre el resto de sus familiares.

⁵³ G. COPPOLA BISAZZA, *Brevi riflessioni sulla funzione della “mancipatio familiae”*, en *Iura*, 50, 1999, p. 161, nt. 1, señala que durante la época decenviral únicamente los *sui* podrían haber ostentado la condición de herederos testamentarios.

⁵⁴ Gai 2.156: *Sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiaue, nepos neptisue ex filio et deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt.*

institución de la *exhereditio* con el fin de retirar la condición de herederos a los *sui heredes*⁵⁵.

Frente a las críticas recibidas por estas dos interpretaciones, la mayor parte de la doctrina se decanta actualmente por atribuir una cierta finalidad adoptiva a las primeras formas testamentarias conocidas en Roma. Desde esta perspectiva, se ha considerado que tanto el testamento *calatis comitiis* como el testamento *in procinctu* se empleaban para llevar a cabo la institución de un nuevo heredero que asegurase la continuidad del grupo familiar después del fallecimiento del causante.

Atendiendo a esa funcionalidad testamentaria se han venido subrayando ciertas similitudes con la institución jurídica de la *adrogatio*⁵⁶, que, como es sabido, consistía en una actuación jurídica que tenía lugar ante las asambleas populares, en presencia de una autoridad sacerdotal, con la finalidad de que un *pater familias* pudiera adoptar a un varón púber *sui iuris* que garantizase la continuidad de la familia en el tiempo.

Dada la importancia de esta última consideración a efectos de nuestra investigación, resulta imprescindible detenernos a analizar algunas de estas pretendidas similitudes entre la *adrogatio* y el testamento *calatis comitiis*.

⁵⁵ P. VOCI, *Esame della tesi del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*, en *Studi Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Nápoles, 1953, 1, p. 135 ss.

⁵⁶ Con respecto al intenso debate doctrinal en torno a la eventual finalidad adoptiva que habría ostentado el antiguo testamento *calatis comitiis* resultan especialmente relevantes las aportaciones de Autores como M. WLASAK, *Studien zum Altrömischen Erb- und Vermächtnisrecht*, en *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaft in Wien*, 215 Bd. 2, 1933, p. 15 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, cit., p. 577 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milán, 1955, p. 34 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 16 ss.; A. GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, Nápoles, 1996, p. 94 ss.; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, 1, *Le forme classiche di testamento*, Florencia, 1966, p. 460 ss.; D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Turín, 1991, p. 26 ss.; G.M. FACHETTI, *All'origine del "testamentum"*, en *Index*, 30, 2002, p. 227 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002, p. 56; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed anti-quari. Parte prima*, Roma, 2005, p. 381, nt. 8.

5. Una previsión de futuro para situaciones de peligro

Si bien se puede considerar la posibilidad de que el testamento *calatis comitiis* asumiera cierta finalidad adoptiva y, en consecuencia, presentase similitudes formales con la *adrogatio*, no parece que pudieran confundirse⁵⁷. En este sentido, cabe señalar que no solo habría carecido de cualquier sentido otorgar una denominación distinta a dos actos jurídicos pretendidamente idénticos, sino que, además, parece que se pueden observar notables diferencias en su articulación procedimental.

La primera de estas diferencias atañe a las asambleas populares donde debían desarrollarse estos actos jurídicos, pues mientras que el testamento *calatis comitiis* se llevaba a cabo ante los comicios calados, convocados y presididos por el *rex sacrorum*, los procesos adoptivos de arrogación habrían tenido lugar ante los comicios curiados, que estaban presididos por el Pontífice Máximo⁵⁸.

En estos últimos procesos se observa una mayor intervención de las autoridades sacerdotales, pues Aulo Gelio recuerda que la ceremonia de arrogación venía precedida de una consulta preliminar por parte del Colegio de Pontífices en la que se tomaba la decisión de conceder o rechazar la *adrogatio* solicitada⁵⁹. De esta forma, los sacerdotes procedían a realizar un interrogatorio a los dos ciudadanos romanos que se encontraban directamente afectados por la celebración del acto adoptivo, con el fin de asegurarse de que efectivamente cumplían con todos los requisitos exigidos.

⁵⁷ P. ARCÉS, *Sulla "natura fideicommissaria" del "gestum per aes et libram" utilizzato per disporre "mortis causa"*, en *Rivista di Diritto Romano*, 11, 2011, p. 9 ss.

⁵⁸ La mayor parte de la doctrina considera que la presidencia de los comicios curiados correspondía al Pontífice Máximo, pero algunos Autores han manifestado sus dudas a este respecto; Así, por ejemplo, G. LONGO, *Diritto romano. Vol. 3: Diritto di famiglia*, Roma, 1940, p. 9, afirma que «In epoca storica, non sembra che il Pontefice abbia più presieduto i Comizi; in suo luogo subentra il Console».

⁵⁹ C. CASTELLO, *Il problema evolutivo della adrogatio*, en *SDHI*, 33, 1967, p. 138 ss.

Gell., *Noct. Att.* 5.19.5-7: *Sed adrogationes non temere nec inexplorate committuntur; nam comitia arbitris pontificibus praebentur, quae "curiata" appellantur, aetasque eius, qui adrogare vult, an liberis potius gignundis idonea sit, bonaque eius, qui adrogatur, ne insidiosae adpetita sint, consideratur, iusque iurandum a Q. Mucio pontifice maximo conceptum dicitur, quod in adrogando iuraretur. Sed adrogari non potest, nisi iam vesticeps.*

A través de esta *cognitio* pontifical se pretendía comprobar que la *adrogatio* se realizaba con el propósito de asegurar la continuidad familiar. Por ese motivo, no solo se requería que el adrogante careciese de descendientes ni estuviera en condiciones de procurárselos⁶⁰, sino que, además, el adrogado debería haber alcanzado la pubertad⁶¹ y los sacerdotes tenían reconocida la posibilidad de rechazar la solicitud de arrogación si observaban cualquier motivación lucrativa en el adrogante⁶².

Aunque algunos testimonios de época clásica parecen poner de manifiesto que en algunos casos se habrían obviado estos requisitos⁶³, parece razonable suponer que antiguamente se habrían cumplido de forma escrupulosa. Cuando los pontífices hubieran constatado el cumplimiento de estos requisitos,

⁶⁰ Cic., *de dom.* 13.34: *Quod est, pontifices, ius adoptionis? Nempe ut si adoptet qui neque procreare iam liberos possit, et cum potuerit sit expertus.*

⁶¹ Aunque parte de la doctrina tradicional sostiene que el verdadero motivo de esta limitación radicaría en que los impúberes, al igual que las mujeres, tenían vedado el acceso a los comicios curiados, parece que atendiendo a las razones aducidas por Aulo Gelio (*Noct. Att.* 5.9.10), esta restricción se habría impuesto debido a que no se consideraba justo que los tutores de los impúberes pudieran disponer de sus pupilos hasta el punto de someterlos a la autoridad de otro *pater familias*. Sobre los principales posicionamientos en torno a esta cuestión, vid. C. FAYER, *La familia romana, parte prima*, cit., p. 299, nt. 26.

⁶² A este respecto, Ulpiano recuerda que para arrogar a una persona más rica se debía probar que existía un verdadero afecto, cfr. Ulpiano, *26 ad Sab.*, D. 1.7.17.4: *Interdum et ditioem permittetur adoptare pauperiori, si vitae eius sobrietatis clara sit vel affectio honesta nec incognita.*

⁶³ Resulta especialmente ilustrativo el episodio relatado por Cicerón (*de dom.* 13.34) acerca de la adopción del senador Clodio realizada por el joven Fonteio, que contaba con veinte años de edad y ya tenía un hijo natural. Sobre los pormenores de esta adopción, vid., J. VERNACCHIA, *L'adozione di Clodio*, en *Ciceroniana*, 1, 1959, p. 201 ss.

se procedería a la aceptación de la *adrogatio*. Sin embargo, esta debería ser aprobada todavía en presencia de los comicios curiados. En esta ceremonia, el Pontífice Máximo preguntaba al adrogante sobre su intención de adoptar, luego inquiría al arrogado si deseaba ser adoptado y, por último, solicitaba la aprobación del pueblo.

Gai. 1.99: *Populi 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; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos neptis, pronepos proneptis.*

Como se puede observar, la propia denominación de la *adrogatio* procedería de esa triple interrogación⁶⁴, pues el nombre de este negocio jurídico procedería del hecho de que la cuestión dirigida al pueblo se añade a las dos precedentes⁶⁵.

Gai. 1.99: *Populi 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; et populus rogatur, an id fieri iubeat.*

Independientemente de la voluntad de las partes que promovían la celebración de la *adrogatio*, la esencia de este acto jurídico radicaba en el hecho de que la *rogatio* dirigida al pueblo obtuviera el voto favorable de los comicios⁶⁶.

⁶⁴ B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 223.

⁶⁵ J. PAOLI, *Le testament calatis comitiis et l'adrogation d'Octave*, en *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. III, Milán, 1962, p. 535, recuerda que el término '*rogatio*' se utilizaba en el plano jurídico para hacer referencia a las propuestas presentadas por un magistrado dotado de *ius agendi cum populo* y, en consecuencia, debía entenderse referida a la pregunta formulada al pueblo.

⁶⁶ Con el tiempo la participación del pueblo en los comicios habría sido sustituida por la intervención de treinta lictores que representaban la voluntad popular, como recuerda Cicerón (*leg. agr.* 2.31).

Gell., *Noct. Att.* 5.19.8: “*Adrogatio*” autem dicta, quia genus hoc in alienam familiam transitus per populi rogationem fit.

En este sentido, contamos incluso con la fórmula que empleaban los pontífices para solicitar la aprobación de los comicios curiados.

Gell., *Noct. Att.* 5.19.9: *Eius rogationis verba haec sunt: “Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo”.*

La emisión de ese voto favorable daba lugar a la aprobación de una *lex curiata*⁶⁷ a través de la cual se otorgaba eficacia jurídica a la *adrogatio*. A partir de ese momento se generaba una nueva relación de filiación legítima entre el adrogante y el adrogado, que con su aceptación renunciaba a sus anteriores relaciones de parentesco para pasar a formar parte de una nueva comunidad familiar.

A diferencia de las limitaciones que conllevaba la celebración de una *adrogatio*, en las fuentes no se conserva ninguna alusión a posibles restricciones a la hora de confeccionar los antiguos testamentos más allá de la obligación de realizarlos ante los comicios calados en dos fechas al año. Ahora bien, se desconoce la existencia de cualquier clase de control por parte de los pontífices y, además, tampoco parece que la declaración testamentaria tuviera que ser aprobada en los comicios.

En este sentido, cabe recordar que el término testamento se habría utilizado con dos acepciones durante la época arcaica⁶⁸: por un lado, haría referencia a la acción de prestar testimonio, pero, por otra parte, aludía a la solicitud o petición de

⁶⁷ La expresión *lex curiata* aparece recogida en un pasaje de la obra de Suetonio en donde se refiere a la adopción de Agripa Postumo y Tiberio por parte del emperador Augusto (*Aug.* 65.1: *Tertium nepotem Agrippam simulque privignum Tiberium adoptavit in foro lege curiata*).

⁶⁸ Acerca del origen etimológico del término ‘*testis*’, vid. A. WALDE, J.B. HOFFMAN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1938, p. 676 ss.; A. ERNOUT, E. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, París, 1951, p. 689.

un testimonio. La actividad desarrollada por el *pater familias* ante los comicios calados no parece que pueda encuadrarse más que en la segunda acepción⁶⁹, pues no otorga ningún testimonio, sino que su intervención se encuentra encaminada a solicitar que los asistentes a esos comicios calados otorguen su testimonio de cara al futuro⁷⁰.

El papel desempeñado por los comicios calados en la confección de las formas testamentarias pone de manifiesto que se trata de actos jurídicos con una funcionalidad claramente diferenciada a la de las *adrogationes*. A pesar de que estas dos instituciones consistían en la celebración de actos jurídicos con una importante trascendencia pública, lo que explica que debieran celebrarse ante las asambleas populares, no cabe duda de que ambas estaban encaminadas a conseguir unos objetivos completamente distintos⁷¹.

El hecho de que para la aprobación de la *adrogatio* no solo se precisase de la intervención de las partes intervinientes, sino que también se exigiera el voto favorable de los comicios curiados se debe a que implicaba la desaparición de una familia romana y, en consecuencia, alteraba el orden político y social. Por el contrario, la constitución de un testamento *calatis comitiis* se desarrollaba ante unos comicios calados reunidos *in contione* porque su objetivo primordial consistía en la institución de un heredero por si acaso el testador fallecía sin dejar descendientes naturales.

Naturalmente la arrogación de un hijo de familia suponía que este se convertiría en el heredero a la muerte del *pater familias*, pero eso no quiere decir que el testamento *calatis comitiis* pudiera considerarse una *adrogatio mortis causa*⁷². La

⁶⁹ G.M. FACHETTI, *All'origine del testamentum*, cit., p. 231-232.

⁷⁰ M. TALAMANCA, *Istituzione*, cit., p. 716 ss.

⁷¹ A este respecto, C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., p. 229, afirma que «il testamento comiziale aveva luogo *in contione*, ossia senza la forma della sopravvissuta sequenza 'domanda'-pronuncia di risposta', a mio modo di vedere, implica ipso iure eterogeneità dello scopo negoziale: il testamento comiziale era cioè 'sostanzialmente altro' e 'strutturalmente altro' rispetto alla *adrogatio*».

⁷² Se trata de una expresión utilizada habitualmente por parte de algunos Autores, cfr. G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., p. 233 ss.; M. AMELOTI, *Le forme classiche di testamento*, cit., p. 460.

designación como heredero testamentario implicaba la continuidad de las relaciones jurídicas del causante, pero, sin embargo, excluía algunas relaciones de naturaleza estrictamente familiar como podían ser el derecho de patronato, los *sacra familiaria* o el *ius sepulchri*.

Desde este punto de vista, el otorgamiento de testamento conllevaría la ventaja de no tener que integrar a un extraño en la familia de manera inmediata, sino que esta persona únicamente adquiriría la condición de *suus heres* a partir del momento en que efectivamente se constatare el fallecimiento del *pater familias*. En este sentido, parece que el testamento *calatis comitiis* no habría cumplido tanto una función puramente correctiva⁷³, sino que más bien respondería a una previsión de futuro para el caso de que se produjera una muerte imprevista.

6. *El testamento in procinctu*

De acuerdo con el orden expositivo contemplado en las fuentes referidas a las primitivas formas testamentarias, parece que en un momento posterior a la aparición del testamento *calatis comitiis* se habría desarrollado el testamento *in procinctu*. Pese a que resulta complicado precisar la fecha concreta de su elaboración⁷⁴, no cabe duda de que se trataría de una institución jurídica de época antigua. Por ese motivo, no se dispone de mucha información sobre sus características originarias.

⁷³ En relación con la funcionalidad arcaica de los primeros testamentos, P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 19, afirma que «se al *pater* non è riconosciuto, in presenza di *sui*, il potere di mutare la situazione familiare, che la natura ha creato, il testamento ha, appunto, una funzione sussidiaria e correttiva: dare a un estraneo la posizione del *suus* e così assicurare la continuità della famiglia».

⁷⁴ A pesar de los intentos de G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., p. 199, por relacionar el origen de esta forma testamentaria con la articulación del ordenamiento centuriado, lo cierto es que parece más prudente convenir con L. MINIERI, *Il testamentum in procinctu*, en *SDHI*, 64, 1998, p. 254 ss., que resulta imposible determinar una fecha concreta de aparición del testamento *in procinctu*.

Con respecto a su denominación, sabemos que el término *procinctus* deriva de la construcción verbal *pro-cingere*⁷⁵, que parece estar estrechamente relacionada con el ámbito militar romano⁷⁶. En este sentido, tenemos constancia de un texto procedente de Festo en el que se denomina *classis procincta* a la clase del antiguo ejército centuriado y se alude a la *toga procincta* para hacer referencia a la antigua vestimenta que portaban los soldados romanos antes de entrar en combate⁷⁷.

En paralelo con estas expresiones, los textos relativos al testamento *in procinctu* también inciden en la noción de estar dispuesto para la batalla⁷⁸. A este respecto resulta especialmente revelador el pasaje de las instituciones de Gayo donde se explicaba que «*procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*»⁷⁹, afirmando a continuación que mientras que el testamento *calatis comitiis* se habría desarrollado para tiempos de paz, el testamento *in procinctu* se utilizaba en la guerra.

Sobre la base de esa afirmación se ha planteado que el testamento *in procinctu* podría constituir una derivación del testamento *calatis comitiis* pensado para situaciones de conflicto en que no pudiera acudir a los comicios calados. Sin embargo, tampoco conviene llevar muy lejos este paralelismo, pues

⁷⁵ A. ERNOUT, E. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., p. 121 (s.v. *cingo*).

⁷⁶ Sobre los distintos significados que podía adoptar el término *procinctus*, que generalmente aparece empleado como participio, L. MINIERI, *Il testamento in procinctu*, cit., p. 257, destaca que «i passi in cui compare il termine *procinctus*, pur essendo molto numerosi, sembrano tutti far riferimento, anche se con una varietà di significati, all'ambiente militare».

⁷⁷ Paul-Fest. (294 L.): *Procincta classis dicebatur exercitus ad proelium instructus, et paratus, quem Diali flamini videre non licet anti... dixerunt, ut nunc quoque... tus est. Procincta autem... ad pugnam ire solit... testamenta in procinctu fieri n...*

⁷⁸ Además de las fuentes anteriormente mencionadas, vid. Inst. 2.10.1: *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur, altero, cum in proelium exituri essent, quod procinctum dicebatur; Theoph. Paraph. 2.10.1: Procinctu autem fiebat cum in proelium essent exituri; ac nomen ab habitu sumptum est, quo testabantur. Procinctus enim dicitur instructus et expeditus exercitus. Eum enim dubium esset an redirent, facte prius testamento, ita in praelium exibant.*

⁷⁹ Vid. *supra* Gai. 2.101.

aunque se perciben ciertas similitudes entre ambas formas testamentarias, no puede obviarse que presentaban una serie de características claramente diferenciadas.

Entre sus principales semejanzas cabe destacar que a pesar de que se trataba de actos jurídicos de naturaleza eminentemente privada, para que ostentasen cierta eficacia jurídica su constitución debía realizarse en público. Ahora bien, mientras que el testamento *calatis comitiis* se constituía ante los comicios calados, el testamento *in procinctu* tenía que realizarse en presencia de los compañeros de armas del testador⁸⁰.

Fest. (96 L.) *s.v. in procintu: In procinctu factum testamentum dicitur, quod miles pugnaturus nuncupat presentibus commilitonibus.*

En estos casos se requería la intervención del pueblo, representado por un grupo de soldados⁸¹, con el fin de que verificasen públicamente la voluntad testamentaria de ese *pater familias*. Al igual que sucedía cuando se constituía un testa-

⁸⁰ Pese a que algunos Autores como G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, vol. IV 2.2, Florencia, 1957, p. 52; G. SCHERILLO, *Appunti sul testamento "in procinctu" nel diritto romano*, en *Scritti Giuffrè*, vol. I, Milán, 1967, p. 781; S. SERANGELI, *Studi sulla revoca del testamento in diritto romano. Contributo allo studio delle forme testamentarie*, vol. I, Milán, 1982, p. 101 ss., han planteado que el testamento *in procinctu* podría haberse desarrollado ante los comicios centuriados, esa interpretación no encuentra fundamento en las fuentes referidas a esta forma testamentaria.

⁸¹ Tradicionalmente se ha discutido acerca del número mínimo de compañeros de armas que debían estar presentes durante la constitución del testamento. Aunque algunos Autores como C. ALESSI-AZZOLINI, *Sul testamentum in procinctu*, en *Annuario dell'Istituto di Storia del Diritto Romano di Catania*, 1897-1898, 6, p. 158 ss., han planteado que el testamento debía realizarse en presencia de todo el ejército, la mayor parte de la doctrina considera que, a tenor de los textos de Festo (96 L.) y Plutarco (*Coriol.* 9.3), puede interpretarse que habría bastado con la intervención de los compañeros más cercanos al testador. En este sentido, se manifiestan E. CUQ, *Les institutions juridiques*, cit., p. 127; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 525; P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 18; B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane archaiche*, en *Poteri, negotia, acciones nella esperienza romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano. Copanello 12-15 maggio 1982*, Nápoles, 1984, p. 116 ss.; L. MINIERI, *Il testamentum in procinctu*, cit., p. 277; J. ZABLOCKI, *Le più antiche forme del testamento romano*, cit., p. 558 ss.

mento ante los comicios calados, no había necesidad de proceder a una votación, pues la presencia de esos compañeros de armas como testigos ya otorgaba eficacia jurídica al acto testamentario⁸².

Ahora bien, el acto testamentario debía desarrollarse en un contexto sacramental, pues a partir de un comentario de Servio a un verso de la Eneida, parece deducirse que los compañeros de armas atestiguaban la voluntad del testador únicamente después de que se hubieran obtenido auspicios favorables para la batalla⁸³.

Schol. Verones., *in Verg. Aen.* 10.241 (Hagen, 446): *Sabidius commentar XII vers. Salior. Ut in exercitu (signum ad pugnam datum erat, is, penes que)m imp(erium auspici)umque erat, in tabernaculo in sella (se)dens auspicabatur coram exercitu; ... deinde exercitu in aciem educto iterum (morabantur, ut immolare)tur. Interin ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant.*

Después de haberse constatado que los auspicios eran favorables a los intereses de los romanos, cuando los ejércitos estaban dispuestos para entrar en combate, cabe pensar que habría tenido lugar la constitución de estos antiguos testamentos *in procinctu*. De esta manera se explicaría que esta modalidad testamentaria entrase en declive a partir del momento en que se abandonó la costumbre de realizar auspicios antes de la batalla⁸⁴.

Al margen de estos requisitos, el testamento *in procinctu* no exigía ninguna otra formalidad para su constitución. Al no tener que realizarse ante asambleas populares de carácter gentilicio como los comicios calados, resultaba además acce-

⁸² P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Turín, 1960, p. 245, ha apuntado que es posible que, además de ofrecer cierta publicidad al acto testamentario, los testigos también ejercitasen cierta función de supervisión con respecto al contenido del mismo.

⁸³ Sobre el denominado *auspicium ex tripudiis* que era realizado por el cónsul antes de la batalla, vid. G. WISSOVA, *Religion und Kultus*, cit., p. 531 ss.; P. CATALANO, *Contributi allo studio*, cit., p. 70 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, Milán, 1977, p. 118 ss.

⁸⁴ U. COLI, *Il testamento*, cit., p. 44.

sible a cualquier miembro del ejército romano. En este punto puede que radicarese una de las principales diferencias con el testamento *calatis comitiis*, pues mientras que tan solo los ciudadanos de condición patricia podían participar en los comicios calados, esta nueva modalidad testamentaria resultaba accesible también para los plebeyos⁸⁵.

Una vez consideradas las principales características del testamento *in procinctu*, parece evidente que si bien pueden observarse ciertas similitudes con el testamento que se realizaba ante los comicios calados, se trataba de una modalidad testamentaria con una identidad diferenciada en los aspectos formales. No obstante, es posible que esas similitudes con el testamento *calatis comitiis* respondan al hecho de que ambas modalidades testamentarias perseguían la misma finalidad.

Aunque se trata de una cuestión sumamente debatida en el seno de la doctrina, las distintas interpretaciones que se contemplan en relación con la posible función del testamento *in procinctu* pueden agruparse en tres grandes bloques⁸⁶.

En primer lugar, se encuentran los Autores que sostienen que esta modalidad testamento se habría usado para realizar disposiciones patrimoniales de última voluntad, aunque incluso dentro de esta corriente de pensamiento aún existen notables diferencias a la hora de precisar el contenido de esas disposiciones⁸⁷ y nuevamente se enfrenta a los mismos proble-

⁸⁵ Se trata de una constatación apuntada en su momento por Autores tan destacados como E. CUQ, *Recherches historiques sur le testament per aes et libram*, en *RH*, 10, 1886, p. 539; C. APPLETON, *Le testament romain, la méthode du droit comparé et l'authenticité des XII Tables*, París, 1903, p. 83 o U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma, 1910, p. 8 ss. (= *Scritti di diritto romano*, 1, Milán, 1973, p. 69 ss.), que se ha mantenido vigente en la doctrina romanística, como ponen de manifiesto P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 18; M. D'ORTA, *Saggio sulla heredis institutio. Problemi di origine*, Turín, 1996, p. 116 ss.; G. SCHERILLO, *Il testamento*, cit., p. 197; L. MINIERI, *Il testamentum in procinctu*, cit., p. 266 ss.

⁸⁶ En relación con el posible contenido del testamento *in procinctu*, seguimos la exposición recogida por L. MINIERI, *Il testamentum in procinctu*, cit., p. 278 ss.

⁸⁷ Aunque algunos Autores como E. WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Baisilea, 1949, p. 513 o J. GAGE, *La chute des Tarquins et les débuts de la répu-*

mas que destacamos al analizar la función del testamento *calatis comitiis*: resulta complicado imaginar que un acto eminentemente privado se realizase en público y, sobre todo, careciese de la institución de la *heredis institutio*.

La segunda postura con cierto apoyo entre la doctrina romanística defiende que este testamento tendría una finalidad esencialmente adoptiva. A consecuencia de ello, los Autores que apoyan esta interpretación consideran que se trataría de un acto jurídico equiparable a la antigua *adrogatio*⁸⁸. Sin embargo, esta hipótesis parece que más bien se fundamentaría en una posible asimilación con el testamento *calatis comitiis*, que, como hemos señalado anteriormente, parece diferenciarse tanto en el plano formal como en el plano sustancial de la antigua *adrogatio*.

Ante los evidentes problemas que plantea cualquiera de estas interpretaciones, parece razonable sostener que el testamento *in procinctu* se habría utilizado con el fin de instituir a un heredero que asegurase la continuidad de la familia⁸⁹. No se trataría solo de una hipótesis que concordaría con la finalidad que hemos defendido que presentaba el testamento *calatis comitiis*, sino que, además, contaría con cierto apoyo en las fuentes gracias a un famoso fragmento procedente de Plutarco.

blique romaine, París, 1976, p. 177, sostenían que el testamento *in procinctu* podía contener cualquier clase de legados, la mayor parte de los defensores de esta interpretación tienden a pensar que el testador solo podría haber dispuesto de los bienes que portaba antes de entrar en combate, como señala F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, en *Festschrift für Heinrich Siber*, vol. I, 1940, p. 7 ss. o V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, reimp. Nápoles, 1978, p. 521 ss.

⁸⁸ En este sentido parece pronunciarse M. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 148, quien considera que esta modalidad testamentaria consistiría en una *adrogatio mortis causa*.

⁸⁹ Se trata de una interpretación defendida, entre otros, por Autores como P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, cit., p. 501 ss.; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, cit., p. 93 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, cit., p. 18 ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziale nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 127; Id., *Propettive negoziali*, cit., p. 117 ss.

Plutarco., *Corol.* 9.3: Ἦν δὲ τότε τοῖς Ῥωμαίοις ἔθος εἰς τάξιν καθισταμένοις καὶ μέλλουσι τοὺς θυρεοὺς ἀναλαμβάνειν περιζώννυσθαι τὴν τήβεννον ἅμα καὶ διαθήκας ἀγράφους τίθεσθαι, τριῶν ἢ τεσσάρων ἐπακουόντων ὀνομάζοντας τὸν κληρονόμον⁹⁰.

Como se puede observar, el autor afirma que en tiempos de Coriolano se podía realizar un testamento antes de entrar en combate y, lo que es más importante, que este testamento servía para nombrar a su heredero. A pesar de que el texto no ofrece mayor información a este respecto, sí que parece confirmar que el testamento *in procinctu* sería un nuevo mecanismo de salvaguarda de la noción de continuidad familiar.

Al igual que el testamento *calatis comitiis*, su función consistiría en instituir un heredero para aquellos ciudadanos romanos que, careciendo de descendientes naturales, no habían tomado la precaución o no habían dispuesto de la oportunidad de procurarse un *suus heres* a través de una *adrogatio* o designar previamente a su heredero por vía testamentaria ante los comicios calados. Ante los peligros que implicaba la inminencia del combate, esta modalidad testamentaria les brindaba una nueva posibilidad.

7. *A modo de conclusión*

Comenzábamos nuestra exposición destacando que la ordenación del fenómeno hereditario contemplada en la ley de las XII Tablas confería una posición de absoluta prevalencia en favor de los *sui heredes*. Debido a su condición de herederos naturales del *pater familias* no solo estarían llamados a recibir los bienes que formaban parte del patrimonio doméstico, sino que también debían hacerse cargo de una serie de elementos de naturaleza extrapatrimonial asociados a la familia.

La enorme trascendencia de su cometido explica que desde tiempos remotos los antiguos romanos mostrasen una enorme

⁹⁰ Traducción del texto por A. RANZ ROMANILLOS, *Vidas paralelas*, Tomo II, 2014, pp. 158-159: «Tenían entonces la costumbre los Romanos, al formarse para entrar en acción, de embrazar los escudos, ceñirse la toga y hacer testamentos no escritos, nombrando ante tres o cuatro camaradas su heredero».

preocupación por asegurarse descendientes que garantizaran la continuidad familiar en el tiempo. En el supuesto de que falleciera un *pater familias* sin contar con *sui heredes*, existía el riesgo de que se fragmentase el patrimonio doméstico, se abandonasen los rituales privados de carácter sacramental y, en consecuencia, se produjera la disolución de la comunidad familiar.

Los romanos habrían articulado diversos mecanismos jurídicos con la finalidad de evitar las consecuencias que podían derivarse de ese fatal desenlace. A este respecto, parece que desde la época arcaica se habría desarrollado la institución de la *adrogatio*⁹¹. A través de ella se posibilitaba la adopción de un varón púber *sui iuris* como *suus heres* en la familia del *pater familias* adrogante. Pese a que se trataba de un acto de naturaleza privada, presentaba una enorme trascendencia pública debido a que el *adrogatus* debía renunciar a su *nomen*, a su *gens*, a su *domus*, a su curia, a su culto familiar (*detestatio sacrorum*⁹²) y, además, aceptar que todos los bienes y personas sometidas a su autoridad pasasen a estar bajo el dominio del nuevo *pater familias* adrogante. Por ese motivo, la *adrogatio* debía celebrarse necesariamente ante las asambleas populares en presencia de una autoridad sacerdotal.

A pesar de que la *adrogatio* resolvía muchos de los problemas asociados a la falta de descendientes que asegurasen la continuidad familiar, presentaba un alcance ciertamente limitado en la práctica. Al celebrarse ante los comicios curiados, quedaban excluidos todos los ciudadanos de condición plebe-

⁹¹ A pesar de que las fuentes clásicas reconocen la existencia de dos cauces adoptivos (Modestino, *2 reg.*, D. 1.7.1.1), se admite de forma generalizada que el origen de la *adrogatio* se remonta a una etapa anterior a la publicación de las XII Tablas, mientras que se suele considerar que la *adoptio* habría surgido como resultado de la labor jurisprudencial de época postdecenviral.

⁹² A pesar de que la mayor parte de la doctrina considera que estos pasajes demuestran que la *detestatio sacrorum* era uno de los principales elementos que componían la ceremonia de la *adrogatio*, algunos Autores como F. DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, cit., p. 534 o P. ARCÉS, *Note in tema di sacrorum detestatio*, en *Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, 5, 2006, p. 1 ss., han puesto de manifiesto que se trataba de dos instituciones jurídicas que guardaban poca relación en común. Cfr. Gell., *Noct. Att.* 15.27.3; Cic., *de dom.* 13.35.

ya, pero, además, tampoco podían acogerse a este mecanismo de adopción aquellos *pater familias* que, aun encontrándose en peligro de muerte, todavía estaban en edad de procrear.

En estas circunstancias resulta razonable suponer que los ciudadanos romanos echasen en falta otros mecanismos jurídicos que resultasen más accesibles a la hora de procurarse unos descendientes que asegurasen la continuidad familiar. En respuesta a esta demanda social se habrían articulado las formas testamentarias primitivas.

De acuerdo con los testimonios recabados en algunas fuentes de época clásica⁹³, parece que la forma testamentaria más antigua habría sido el testamento *calatis comitiis*, que, como su propio nombre indica, se celebraba ante los comicios calados. Esta constatación ha llevado a pensar que se trataba de un acto jurídico que guardaba notables similitudes con la *adrogatio*, pero tras haber analizado esta cuestión en profundidad, no puede sino concluirse que se trataba de una institución jurídica completamente diferenciada.

En primer lugar, los comicios calados constituían una forma de asamblea popular independiente, caracterizada por estar presididos por una autoridad de carácter sacramental y presentar una estructura cambiante. Como hemos manifestado en el primer apartado de este trabajo, los comicios calados podían reunirse por curias o centurias en función de los cargos sacerdotales que fueran a ser consagrados, mientras que, por otra parte, para la realización de la *detestatio sacrorum* o la constitución de las primitivas formas testamentarias se convocaban *in contione*.

La convocatoria de los comicios calados en forma de *contio* implicaba que no se requería la aprobación del pueblo para la constitución de testamentos. A nuestro juicio, esta diferencia con respecto a la tramitación de la *adrogatio* se explica porque mientras esta última suponía la desaparición de una familia romana, lo que alteraba gravemente el orden político y social, los antiguos testamentos consistían en la institución de un heredero con el fin de asegurar la continuidad de la familia del testador.

⁹³ Vid. *supra* Gell., *Noct. Att.* 15.27.1-3; Gai. 2.101-103.

De esta forma se explica que, en contraposición a la inmediatez que conllevaba la adopción de un *suus heres* a través de la *adrogatio*, el testamento *calatis comitiis* solo producía efectos jurídicos a partir del fallecimiento del causante. Aunque se trataba de dos actos jurídicos encaminados a asegurar la continuidad familiar, los testamentos no pretendían tanto corregir el problema de la falta de descendientes del *pater familias*, sino que más bien se utilizaban como una previsión de futuro.

En este sentido, resulta razonable pensar que en caso de que el *pater familias* se procurase un *suus heres* después de haber instituido a un heredero por vía testamentaria, este testamento deviniese ineficaz jurídicamente. Mientras que la *adrogatio* conllevaba el ingreso inmediato del *suus heres* en la familia del adrogante, los antiguos testamentos se habrían realizado como una previsión de futuro, condicionada a que el *pater familias* causante no contase con *sui heredes* en el momento de su fallecimiento.

Una medida de estas características concuerda perfectamente con los peligros que acechaban a los romanos durante la época antigua: su forma de vida se habría asentado sobre una economía de subsistencia que dependería en buena medida de los fenómenos meteorológicos⁹⁴, la población era diezmada periódicamente por epidemias y otras enfermedades causadas por la ausencia de políticas de salud pública y, sobre todo, existiría la amenaza constante de perder la vida en los continuos conflictos militares en los que se veía envuelta Roma.

La guerra constituía una actividad fundamental en la antigua sociedad romana⁹⁵, pues no solo se utilizaba para asegurar la defensa de los intereses nacionales, sino que también

⁹⁴ Por lo general, la doctrina romanística ha aceptado que originariamente las actividades económicas de la antigua sociedad romana presentaban una naturaleza eminentemente agrícola y pastoral, vid. G. DE SANCTIS, *Storia dei romani*, vol. II, Turín, 1957, p. 465; F. DE MARTINO, *Historia económica de la Roma antigua*, vol. I, Madrid, 1985, p. 10 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società*, cit., p. 109 ss.; A. MARCONE, *Storia dell'agricoltura romana*, Roma, 1997, pp. 102-103.

⁹⁵ En relación con la importancia de la guerra en el mundo antiguo, vid. J. RICH, *Warfare and the army in Early Rome*, en *A Companion to the Roman Army*, Oxford, 2011, p. 10 ss.

permitía la expansión territorial y el crecimiento económico. De esta manera, no es de extrañar que los antiguos romanos atribuyeran una enorme importancia a todas las actividades de carácter bélico⁹⁶, hasta el punto de que habrían terminado ordenando su calendario en función de las campañas militares.

A comienzos de año tenían lugar los procesos de reclutamiento de los soldados, en los que se atendía a la organización del pueblo romano en tres tribus y treinta curias. El antiguo ejército romano en activo estaba compuesto por los denominados *iuniores*⁹⁷, que eran escogidos en cada una de las curias entre los hombres que estaban capacitados para combatir y que contaban con una edad comprendida entre los 17 y los 46 años⁹⁸.

La mayor parte de los preparativos para la guerra se desarrollaban durante el mes de marzo, que como su propio nombre indica estaba dedicado al dios de la guerra⁹⁹. Las ceremonias de carácter militar en la antigua Roma comenzaban con la celebración de una serie de carreras de caballos en la festividad de la *Equirria*¹⁰⁰, proseguían con los actos de purifica-

⁹⁶ A este respecto, W. HARRIS, *Guerra e imperialismo en la Roma republicana*, Madrid, 1989, p. 52, destaca que desde los tiempos más remotos se puede observar una cierta regularidad en el desarrollo de las actividades militares de los antiguos romanos.

⁹⁷ Además de los *iuniores*, que conformaban propiamente el ejército romano en activo, cabe destacar que también se contaba con una reserva militar compuesta por los denominados '*seniores*', que, de acuerdo con G. VALDITARA, *I seniores e l'ordinamento centuriato*, en *SDHI*, 35, 1989, p. 275 ss., eran los hombres romanos con una edad entre los 47 y 60 años encargados de realizar actividades relacionadas con la defensa de la ciudad, cfr. Liv. 1.43.2, 5.10.4-5; 6.6.12; 10.21.4; Dion. Hal. 4.16.

⁹⁸ Como señalan A. ERNOUT, E. MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., p. 348-349, la propia denominación de las '*legiones*' romanas proviene del verbo *legere*, que puede traducirse como escoger, en el sentido de que originariamente en cada curia se escogían cien soldados de infantería y diez soldados de caballería para que formasen parte del ejército romano.

⁹⁹ Ovid. 3.85-88: *Mars Latio venerandus erat, quia praesidet armis; arma ferae genti remque decusque dabant. Quod si forte vacas, peregrinos inspice fastos: mensis in his etiam nomine Martis erit.*

¹⁰⁰ Se trataba de dos celebraciones desarrolladas en el Campo de Marte durante los días 27 de febrero y 14 de marzo de cada año (Ovid. 2.860), que no

ción de las armas y demás material bélico en la llamada *Quinquatrus*¹⁰¹ y acababan con la lustración de las trompetas en el *Tubilustrum*, que tenía lugar durante los días 23 de marzo y 23 de mayo de cada año.

A este respecto, no deja de llamar la atención que el testamento *calatis comitiis* solo se pudiera constituir los días 24 de marzo y 24 de mayo ante los comicios calados. Desde nuestro punto de vista, esta coincidencia parece confirmar que estas primitivas formas testamentarias se realizaban con el fin de instituir un heredero que asegurara la continuidad familiar de aquellos soldados que, ostentando la posición de *pater familias*, temían fallecer durante el combate sin dejar descendientes.

Las fechas indicadas con las siglas Q.R.C.F. en el calendario romano ponen de manifiesto que los actos testamentarios se realizaban inmediatamente después de que el *rex sacrorum* hubiera realizado un sacrificio con el que daba por finalizados todos los preparativos sacramentales de carácter militar y daba la posibilidad de que los miembros del ejército romano pudieran llevar a cabo disposiciones testamentarias relacionadas con el destino de su familia en previsión de una eventual muerte en combate.

Con esa misma finalidad se habría desarrollado, con posterioridad en el tiempo, el denominado testamento *in procinctu*. Ahora bien, esta nueva modalidad testamentaria ofrecía aun mayor flexibilidad que el testamento comicial, pues su celebración no estaba restringida a dos fechas cada año y, en lu-

solo presentaba profundas connotaciones religiosas, sino que, además, también tendría como finalidad ejercitar a los caballos tras el período de descanso invernal, vid. H. SCULLARD, *Festivals and Ceremonies of the Roman Republic*, Londres, 1981, p. 82.

¹⁰¹ Aunque la mayor parte de los testimonios conservados coinciden en que el nombre de *Quinquatrus* proviene del hecho de que esta festividad se desarrollaría en el quinto día después de los idus de marzo (Varro, *de ling. lat.* 6.14; Gell., *Noct. Att.* 2.21; Fest. 304 L.), Ovidio afirma que se trataba de juegos gladiatorios en honor a la diosa Minerva que comenzaban el 19 de marzo y se extendían durante cinco días (Ovid. 3.809). Sobre las distintas interpretaciones en torno a esta ceremonia, vid. T. CINAGLIA, *Le Quinquatrus, una festa di Minerva, en Gerión, Revista de Historia Antigua*, 2015, p. 145 ss.

gar de realizarse ante las asambleas populares, con las formalidades que ello conllevaba, podía celebrarse ante los propios compañeros de armas.

En este sentido, hemos señalado que se trataría de un nuevo mecanismo jurídico encaminado a salvaguardar la noción de continuidad familiar en aquellos supuestos en los que un *pater familias* se encontraba en los momentos previos a entrar en combate, pero sin embargo no había tomado la precaución o no había dispuesto de la oportunidad de procurarse un heredero con anterioridad ante las asambleas populares.

La aparición de estas dos formas testamentarias primitivas parece encuadrarse en el contexto de una permanente evolución en busca de nuevos mecanismos jurídicos que permitiesen salvaguardar la noción de continuidad familiar en aquellos supuestos en los que un *pater familias* se encontrase en peligro de muerte. Estas mismas características parecen observarse también en el testamento *per aes et libram*, pues de acuerdo con el testimonio de Gayo¹⁰², consistía en una mancipación del patrimonio doméstico por parte de un *pater familias* que, no habiendo realizado un testamento ante los comicios ni antes de entrar en batalla, se encontraba en peligro de muerte.

¹⁰² Gai. 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

MIGUEL HERRERO MEDINA, Función de las primitivas formas testamentarias

De acuerdo con distintos testimonios conservados en las fuentes romanas, las dos primeras formas testamentarias conocidas recibían la denominación de *testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*. Aunque no se conserva mucha información sobre ellos, parece seguro que desempeñaban un papel completamente distinto al de los testamentos de época clásica. Sin embargo, actualmente todavía quedan muchas cuestiones pendientes de resolver en torno a su función originaria. Por ese motivo, el presente trabajo tiene como objetivo profundizar en el estudio de estas primitivas formas testamentarias.

Parole chiave: formas testamentarias primitivas, *comitia calata*, Q.R.C.F., *adrogatio*, *testamentum in procinctu*.

MIGUEL HERRERO MEDINA, Role of the primitive testamentary forms

According to various testimonies contained in the Roman sources, the first two known testamentary forms received the denomination of *testamentum calatis comitiis* and *testamentum in procinctu*. Although not much information about them is preserved, it seems certain that they play a clearly instinct role from the classic testament. Nevertheless, there are still today many questions about their original function. For that reason, the present work has as objective to go in depth in the study of these ancient testamentary forms.

Key words: ancient testamentary forms, *comitia calata*, Q.R.C.F., *adrogatio*, *testamentum in procinctu*.

INDICE DEL FASCICOLO 4 2019

Miscellanea

<i>Gabriele Carapezza Figlia</i> , L'interesse del creditore nell'ermeneutica di Emilio Betti	745
<i>Carlotta Latini</i> , Una legislazione <i>per spot</i> . Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso di codice penale	763
<i>Laura Palazzani</i> , Limite terapeutico e accanimento clinico sui minori: profili bioetici e biogiuridici	789
<i>Giovanni Rossi</i> , Bartolomeo Cipolla, giurista 'esemplare' del maturo diritto comune	813
<i>Daniele Velo Dalbrenta</i> , Immagini di una metamorfosi: albori della concezione penale moderna in <i>Utopia</i> di Thomas More	853
<i>Marina Frunzio</i> , <i>Atilicino</i> e <i>l'institutio heredis del servus 'sine libertate'</i>	879
<i>Francesco Zini</i> , Il perfezionismo nel dibattito biogiuridico sulle biotecnologie	913
<i>Kathryn O'Sullivan</i> , La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma	931
<i>Andrea Favaro</i> , Rinnovata <i>'inventio'</i> del diritto come esperienza giuridica. Il contributo di Paolo Grossi	961
<i>Miguel Herrero Medina</i> , <i>Función de las primitivas formas testamentarias</i>	999
<i>Claudio Gentile</i> , I primi passi dello Stato della Città del Vaticano. L'attuazione del Trattato Lateranense nelle carte d'archivio dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede	1041
Recensioni	1077

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868
Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: info@mucchieditore.it.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.